

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

1 / 2022

GENNAIO - MARZO

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Dr. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)
- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte

costituzionale, Italia)

- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistrianiana di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)

- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all’approccio tipico dell’analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un “Comitato dei Revisori” che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.0 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l’indicazione del nome dell’autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2022, 1, p. 35 ss.

Per l’invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

© 2022 CERIDAP

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

- GABRIELE BOTTINO, CHIARA PADRIN E PIER FRANCESCO POLI, *La responsabilità medica: l'efficacia dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali al fine di attenuare le responsabilità penali, civili ed erariali* 1
- MASSIMO GIAVAZZI, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia* 32
- ALESSIA MONICA, *Il futuro prossimo delle "concessioni balneari" dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?* 63
- JACOPO RATTI, *The new tax novel: well-known characters but with volatile citizenship* 95

RASSEGNE E COMMENTI

- BENEDETTA LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?* 121
- MICAELA LOTTINI, *Green pass europeo: cooperazione e nuove tecnologie nel mercato unico* 133
- CLARA SILVANO, *Efficiency and digital divide within online public services: The smart mobility case* 144

RELAZIONI, RASSEGNE E SEGNALAZIONI

- GIANLUIGI DELLE CAVE, *Sui termini del procedimento sanzionatorio dell'ARERA: perentori o ordinatori, questo è il dilemma (nota a Cons.*

CERIDAP

| | |
|--|-----|
| <i>Stato, sez. VI, 17 marzo 2021, n. 2309)</i> | 159 |
| MATTEO PALMA, <i>L'intervento di contrasto pubblico della povertà. Notizie di un resoconto di studio</i> | 174 |
| GIULIA RE FERRÈ, <i>Le linee guida per le cure domiciliari dei pazienti Covid tra TAR e Consiglio di Stato: illegittima imposizione o strumento a supporto dell'attività medica?</i> | 179 |

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

GABRIELE BOTTINO, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

GIANLUIGI DELLE CAVE, Dottorando di Ricerca e Cultore della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Brescia

MASSIMO GIAVAZZI, Avvocato nel Foro di Bergamo. Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano

BENEDETTA LIBERALI, Professoressa Associata di Diritto Costituzionale, nell'Università degli Studi di Milano

MICAELA LOTTINI, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tre

ALESSIA MONICA, Borsista di ricerca in diritto dell'Unione europea e diritto amministrativo europeo presso l'Università degli studi di Pavia; docente a contratto in diritto sanitario presso l'Università degli studi di Milano

CHIARA PADRIN, Dottoranda di Ricerca in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo, nell'Università degli Studi di Milano

MATTEO PALMA, Dottorando in Diritto pubblico, internazionale ed europeo (curriculum Diritto amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano

PIER FRANCESCO POLI, Assegnista di Ricerca in Diritto Penale, nell'Università degli di Studi di Milano

JACOPO RATTI, Dottorando di Ricerca in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo, nell'Università degli Studi di Milano

GIULIA RE FERRÈ, Dottoranda in diritto pubblico, internazionale ed europeo
(curriculum diritto amministrativo) nell'Università degli Studi di Milano

CLARA SILVANO, Dottoressa di Ricerca in Diritto Amministrativo,
nell'Università degli Studi di Padova

La responsabilità medica: l'efficacia dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali al fine di attenuare le responsabilità penali, civili ed erariali

Gabriele Bottino, Chiara Padrin e Pier Francesco Poli

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-6

Il presente contributo si propone di delineare i cambiamenti nella percezione del rischio di responsabilità, da parte dell'operatore sanitario, mediante l'analisi critica dei più recenti interventi normativi ed orientamenti giurisprudenziali. Più in particolare, ed esaminando la struttura degli illeciti, le riflessioni hanno ad oggetto la responsabilità penale dei medici, le responsabilità civili dei medici e delle strutture sanitarie, le conseguenti responsabilità erariali.

Medical liability: the effectiveness of recent legislation and case law in mitigating criminal, civil and fiscal liability

This contribution aims to outline the changes in the perception of the risk of liability by the health workers through the critical analysis of the most recent regulatory interventions and jurisprudential guidelines. More specifically, and examining the structure of the offenses, the reflections concern the criminal liability of doctors, the civil liabilities of doctors and health facilities, the consequent fiscal liability.

1. Introduzione

Nel novero degli agenti pubblici – vale a dire dei soggetti legati alle pubbliche amministrazioni da un rapporto di impiego o di servizio – gli agenti che operano all'interno del settore sanitario (delle strutture pubbliche, e delle strutture private accreditate dal servizio sanitario nazionale) sono tradizionalmente tra i soggetti

più esposti a rispondere delle proprie responsabilità.

A tale esposizione contribuisce certamente la complessità delle funzioni esercitate, il rapporto inscindibile tra la prestazione individuale e le modalità di organizzazione proprie della pubblica amministrazione di appartenenza, nonché la costante e progressiva attenzione – da parte dei pazienti, e del settore che offre loro la relativa consulenza-assistenza legale – al verificarsi di eventi lesivi del diritto alla salute ed all'integrità fisica dei pazienti^[1].

Eventi lesivi che sono sempre più spesso all'origine di denunce penali, richieste di risarcimento monetarie (in sede penale e, o, civile) nei confronti dei singoli operatori sanitari e dell'amministrazione sanitaria di riferimento, infine di azioni disciplinari e di giudizi per danno erariale, innanzi alla competente giurisdizione contabile.

Che poi tali eventi lesivi, in sede di accertamento giudiziale, si risolvano sovente in decisioni assolutorie, od in sanzioni – personali e patrimoniali – di minimo importo e rilevanza, è questione che non attenua il rischio che gli operatori sanitari, indipendentemente dall'auspicato esito assolutorio, percepiscono di essere comunque assoggettati ad azioni di responsabilità aventi durata pluriennale, lesive della propria immagine e reputazione, oltre che fonte di ingenti esborsi economici a copertura delle spese legali^[2].

La dimostrazione dell'elevata percezione di tale rischio – indipendentemente dalla concreta valutazione del rischio di essere effettivamente condannati in sede penale, civile, ed erariale – è data da almeno due fattori economico-patrimoniali: il primo incidente sulle finanze del singolo agente pubblico esercente le professioni sanitarie; il secondo incidente sulle finanze pubbliche.

Il primo fattore consiste nel valore del mercato delle assicurazioni, alimentato dalle polizze che gli operatori sanitari pubblici stipulano a copertura delle proprie responsabilità^[3].

Il secondo fattore consiste nel fatto che – per porre in essere elementi di fatto e di diritto capaci di scriminare, in sede giudiziale, le relative responsabilità – i medesimi agenti pubblici ricorrono ad azioni e comportamenti iper-prudenziali (ad esempio prescrivendo accertamenti sanitari non strettamente necessari, ovvero ricorrendo a protocolli standard in grado di soddisfare la tutela del singolo operatore sanitario, rispetto alla appropriatezza delle cure mediche dovute al singolo paziente) che aggravano ed incrementano inutilmente le spese sanitarie

statali e regionali ^[4].

Nel corso degli ultimi anni, e con l'intento di fare fronte a questi elementi critici, il legislatore statale è intervenuto più volte nella materia delle responsabilità poste a carico degli operatori sanitari pubblici: ciò anche al fine di modificare gli orientamenti giurisprudenziali formatisi sulla legislazione previgente, ed orientare le relative magistrature (inquirenti e giudicanti) chiamate ad accertare in concreto la singola responsabilità.

Nel prosieguo dell'analisi, e ponendo sempre l'attenzione alla effettiva capacità – ascrivibile a ciascuno degli interventi normativi considerati – di lenire il rischio che gli operatori sanitari pubblici percepiscono in merito alle responsabilità delle proprie condotte, sono esaminate la responsabilità penale, la responsabilità civile e la responsabilità erariale.

2. La responsabilità penale: gli orientamenti giurisprudenziali rigoristi

Il tema dell'intervento penale nei confronti dei sanitari, per eventi lesivi o mortali occorsi nei confronti dei pazienti, costituisce da sempre una delle questioni più controverse in tema di colpa punibile.

In giurisprudenza, agli orientamenti dei primi anni successivi alla promulgazione del “Codice Rocco”, volti a creare un regime di particolare favore per la classe medica, mediante l'estensione dell'applicabilità dell'art. 2336 c.c. all'ambito penale, se ne contrapposero altri maggiormente rigoristi, sulla base del tramonto di una visione paternalistica del rapporto medico-paziente. Essi, in particolare, determinarono una notevole accentuazione dell'instaurarsi di processi penali, sovente definiti con sentenza di condanna a carico del personale sanitario.

Tali processi penali – il cui avvio già di per sé comporta per chi li subisce evidenti problemi personali, e costi economici per approntare la difesa – si concludono spesso con esiti di condanna, per innumerevoli ragioni. Queste ragioni sono state così individuate dalla dottrina:

- 1) la “disinvoltura” con la quale viene attribuita al sanitario la posizione di garanzia rispetto a tutti gli eventi lesivi astrattamente connessi alla prestazione professionale, o alla mancata esecuzione della medesima ^[5] ;
- 2) la valutazione, in sede di accertamento della colpa, della prevedibilità

dell'evento non in concreto ma in astratto^[6], secondo il modello dell'*hindsight bias*^[7];

3) il trasferimento, in capo al medico operante, della responsabilità per disfunzioni organizzative proprie in realtà della struttura in cui opera^[8], ovvero per eventi nascenti da colpe di altro soggetto, in virtù di un principio di affidamento che nella prassi giudiziaria fatica a trovare puntuale applicazione^[9];

4) la presunzione, infine, della sussistenza del nesso tra colpa ed evento, sulla base della sola violazione di una norma cautelare^[10].

L'accennato mutamento di prospettiva, nell'ascrizione della responsabilità penale a carico dei sanitari, appare determinante nell'insorgere della cosiddetta "medicina difensiva".

Tale prassi, diventata nel corso del tempo ben nota sia alla comunità medica sia alla dottrina penalistica, si declina in comportamenti – posti in essere al fine di evitare i contenziosi legali – di tipo negativo e di tipo positivo. Quanto alle condotte negative, esse si riscontrano nei casi in cui i sanitari rifiutano pazienti, atti chirurgici o pratiche mediche, potenzialmente rischiosi da un punto di vista delle ricadute giudiziarie, con evidenti pregiudizi per soggetti bisognosi di cure in tempi celeri. Le condotte positive riconducibili alla nozione di medicina difensiva, invece, si estrinsecano principalmente nella prescrizione di esami diagnostici non necessari, con ricadute negative sia sui pazienti, i quali vengono sottoposti ad accertamenti più o meno invasivi in realtà superflui, sia sul sistema sanitario nazionale, che si trova a pagare costi enormi^[11].

Quanto ai riflessi di natura economica, nel 2007 si è calcolata una spesa sostenuta, per esami non necessari indotti da pratiche di medicina difensiva, pari a circa il 15% della spesa sanitaria annua, ossia, in quell'anno, 15 miliardi di euro^[12]. Nell'anno successivo, ad un incontro di studio specifico sul tema^[13], l'allora Ministro della Salute Fazio stimò il costo di tali pratiche, in Italia, all'interno di un *range* oscillante tra i 12 ed i 20 miliardi di euro annui^[14]. Cifre incredibilmente elevate, soprattutto in tempi, quali quelli odierni, connotati dalla ben nota crisi economica e dall'incidenza del debito pubblico sulle prospettive di sviluppo.

3. La responsabilità penale: gli interventi legislativi volti ad

attenuare il regime della responsabilità, e le conseguenti interpretazioni giurisprudenziali (ancora rigoriste).

Per tentare di porre un argine a questo fenomeno, il legislatore è intervenuto, nell'ultimo decennio, con riforme tese a limitare la responsabilità penale dei sanitari solamente a comportamenti connotati da una certa gravità.

Sono quindi stati introdotti:

1) l'art. 3, comma 1, d.l. n. 158 del 2012 (cosiddetto "decreto Balduzzi", dal nome dell'allora Ministro della Salute, convertito nella legge n. 189 del 2012), che, in presenza di determinati requisiti – quali l'adesione alle linee guida, od alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica – escludeva la responsabilità penale del sanitario nei casi di colpa lieve;

2) l'art. 6 della legge n. 24 del 2017 (cosiddetta legge "Gelli-Bianco") che, nel riformare la norma del precedente d.l. n. 158 del 2012, ha introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies*, rubricato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario", e disciplinante una esclusione di responsabilità dalle condotte di sola imperizia, per il sanitario il cui comportamento risulti aderente alle linee guida: a dispetto del suo tenore letterale, l'esegesi della nuova disposizione normativa – da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella cosiddetta "sentenza Mariotti"^[15] – ha riconosciuto mantenere una rilevanza al grado della colpa;

3) da ultimo, l'art. 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021 (espressamente rubricato "Responsabilità penale per morte o lesioni in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19", e convertito nella legge n. 76 del 2021), che ha limitato ai soli casi di "colpa grave" la responsabilità dei sanitari per i reati di omicidio e lesioni colpose, connessi allo stato di emergenza pandemica.

L'analisi delle pronunce della giurisprudenza di legittimità, sotto la vigenza del predetto "d.l. Balduzzi" e della "legge Gelli – Bianco", pare offrire un quadro sconcertante circa l'effettiva capacità di limitazione dell'intervento penale nei confronti della classe sanitaria.

In particolare, se l'obiettivo della riforma era quello di arginare la "medicina difensiva", sostanzialmente rassicurando i medici sul tramonto della sanzionabilità penale di determinati comportamenti, esso pare essere clamorosamente fallito^[16] : le antitetiche prese di posizione della Corte di

Cassazione sui punti centrali dell'applicabilità delle norme, la cui scaturigine risiede anche nella scarsa chiarezza dei testi legislativi sopra menzionati^[17] (si pensi, solo per citare l'art. 3, d.l. n. 158, alle tematiche dell'applicazione della norma solo al medico aderente alle linee guida, od anche a quello che erra nel seguirle, oppure all'operare della disposizione per la sola imperizia o negligenza ed imprudenza, infine alla stessa nozione di colpa grave), hanno avuto l'effetto di acuire il disorientamento dell'interprete. In concreto, e nonostante la previsione normativa del "decreto Balduzzi", se a un giurista si fosse presentato un medico, chiedendo un parere legale in ordine alle conseguenze penali di una propria condotta, questi sarebbe stato in seria difficoltà a risolvere il quesito.

Il responso è analogo con riferimento all'esame delle sentenze emesse dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, sotto la vigenza della "legge Gelli – Bianco": si sono offerte interpretazioni antitetiche della legge, invero non risolte in maniera soddisfacente nemmeno dall'intervento delle Sezioni Unite, la cui esegesi dell'art. 590-*sexies* appare collidente con il tenore letterale della norma, così recando un sostanziale sfavore nei confronti del reo^[18].

L'art. 3-*bis*, d. l. 44 del 2021, volto a limitare la responsabilità dei sanitari per eventi lesivi connessi alla pandemia, pare poter soffrire delle medesime problematiche, atteso che anche tale disposizione risulta orfana di una definizione espressa della nozione di "colpa grave", ovvero della nozione da cui dipende l'*an* della sanzione penale.

Se le summenzionate riforme legislative debbono essere salutate con favore, in quanto comunque dimostrative di una certa sensibilità per il tema dei limiti alla responsabilità penale del sanitario, tale sensibilità – per sfociare nell'adozione di decisioni giurisprudenziali effettivamente utili ad arginare il fenomeno della "medicina difensiva" – necessita di essere veicolata mediante le seguenti linee direttrici: l'adozione di norme rispettose del principio di precisione^[19], che rendano chiara al sanitario la via da intraprendere; l'implementazione di una costante operazione "culturale", di effettivo convincimento degli interpreti in ordine alla reale efficacia dell'intervento penale, nella materia di cui trattasi^[20].

Dall'esame della giurisprudenza di legittimità, infatti, non pare potersi evincere una seria analisi e corretta comprensione dei drammatici problemi all'origine della "medicina difensiva", e degli effetti negativi che la medesima genera sulla salute dei pazienti, da un lato, e sulle finanze pubbliche, dall'altro. Problemi che

forse avrebbero suggerito un approccio meno superficiale ad un tema così complesso, una seria analisi sul ruolo del sanitario in rapporto ai profili di rilevanza costituzionale della sua attività, ed infine una piena valorizzazione delle possibilità esecutive offerte dagli interventi normativi^[21], nel senso di un effettivo temperamento della responsabilità sanitaria penale.

Come sottolineato da attenta dottrina, infatti, all'esito di questi anni di riforme e controriforme, attualmente «*resta la consapevolezza, amara, che nell'attività sanitaria l'errore continua a essere fatale sia al paziente sia al medico. Con buona pace delle Sezioni unite*»^[22].

La correttezza di tale convinzione – in ordine alla sostanziale inefficacia degli interventi normativi di riforma che, in questi anni, si sono succeduti a temperare il contenzioso nei confronti della classe sanitaria – trova conferma nel dato allarmante per cui, ancora nel 2018, presso la Procura della Repubblica di Milano vi era, in media ed ogni giorno, l'apertura di un procedimento penale per colpa medica^[23].

4. La responsabilità civile: l'assetto normativo precedente al d.l. n. 158 del 2012, con riguardo ai medici ed alle strutture sanitarie.

Prima della riforma introdotta con il predetto “decreto Balduzzi”, la responsabilità medica veniva classificata, con riferimento al professionista sanitario, come extracontrattuale, fatta eccezione per i casi in cui la natura del rapporto medico-paziente fosse tale da configurare un autonomo rapporto contrattuale, quale espressione del vincolo di fiducia nato tra di essi, precedentemente alla *malpractice*.

Una delle ipotesi rientranti nella suddetta eccezione era quella del rapporto instauratosi a seguito di visite ambulatoriali private, precedenti all'intervento chirurgico poi contestato: in queste fattispecie lo stesso professionista indicava al paziente l'intervento terapeutico da svolgersi, e che lui stesso avrebbe poi eseguito; tra il medico e il paziente si veniva quindi ad instaurare un rapporto che configurava un autonomo contratto di prestazione d'opera professionale, rapporto che trovava per l'appunto origine e fondamento nelle visite ambulatoriali private svolte in data antecedente e, o, posteriore alla *malpractice*

oggetto della richiesta risarcitoria.

Per quanto riguarda invece la struttura sanitaria, la responsabilità veniva diversamente inquadrata come contrattuale (*ex art. 1218 cod. civ.*), e ciò in forza della conclusione di un “contratto atipico di speditività” tra l’ente e il paziente, avente ad oggetto l’obbligo di eseguire prestazioni complesse, quali, ad esempio, prestazioni diagnostiche, terapeutiche, preventive, ospedaliere ed assistenziali^[24]. In particolare, la giurisprudenza riteneva sussistere in tali casi un contratto d’opera professionale tra paziente ed ente ospedaliero, il cui perfezionamento era ricondotto al momento dell’accettazione del paziente nell’ospedale: alla formazione di questo rapporto il medico dipendente, organo dell’ente ospedaliero, non partecipava, ragion per cui alla sua responsabilità era attribuita natura extracontrattuale^[25].

La responsabilità delle strutture sanitarie si differenziava inoltre a seconda che le strutture ospedaliere fossero pubbliche o private: per le prime, questa si fondava essenzialmente sulla prestazione medica imputabile al singolo operatore sanitario, in base ad un rapporto di immedesimazione organica; ciò, inoltre, avveniva nel caso di disfunzioni organizzative riconducibili alla struttura stessa e, per tale ragione, si applicava un unico regime di responsabilità, sia per il medico che per la struttura^[26]. A riprova di ciò, l’orientamento giurisprudenziale al tempo maggioritario assumeva un atteggiamento di favore nei confronti degli enti pubblici, applicando anche nei loro confronti l’art. 2236 cod. civ. (“Responsabilità del prestatore d’opera”), nonostante tale norma fosse rivolta alla tutela, di per sé, soltanto del professionista prestatore di opera intellettuale: la disposizione normativa era così interpretata alla stregua di un criterio di attenuazione della responsabilità professionale^[27].

Per le strutture private, diversamente, si affermava una responsabilità indipendente da quella del medico, in specie in virtù dei servizi offerti presso le stesse (quali vitto ed alloggio), servizi che apparivano assimilabili a quelli di tipo alberghiero^[28].

Nel tempo, come si osserverà nel prosieguo del testo, si è tuttavia assistito ad un lento processo di equiparazione delle strutture private alle strutture pubbliche, ed il primo passo verso questa direzione è stato quello di affermare – anche nei confronti di queste ultime – una responsabilità della struttura autonoma rispetto a quella del medico (ad esempio innanzi all’accertamento di carenze di dotazione

o strutturali)^[29] .

Il quadro sopra delineato ha subito un primo importante cambio di rotta con la sentenza n. 589 del 1999, della Suprema Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. III, n. 589 del 22 gennaio 1999): in tale occasione, i giudici di legittimità hanno affermato che la mera assenza di un contratto tra medico e paziente non può giustificare l'equiparazione del medico dipendente da una struttura ospedaliera ad un qualsiasi consociato, il quale è invece soggetto alle sole regole in materia di responsabilità extracontrattuale^[30] .

L'impostazione tradizionale volta ad ascrivere l'attività del medico all'interno della responsabilità extracontrattuale, riduceva infatti al momento terminale, ossia al danno, una vicenda che non cominciava affatto con esso (l'evento dannoso), bensì che si strutturava come "rapporto" in cui il paziente si affidava alle cure del medico, ed il medico accetta di prestargliele, così venendo a crearsi tra i due un "contatto sociale" di natura contrattuale.

Per tali ragioni la sentenza determina un sostanziale mutamento del paradigma tradizionale, a favore di un regime di responsabilità unitario di tipo contrattuale, sia per la struttura sanitaria che per il medico in essa operante, e grazie al quale discendono considerevoli vantaggi, per il danneggiato, in punto di: prescrizione, decennale anziché quinquennale; onere della prova, in base al quale il paziente ha soltanto l'obbligo di provare il contratto e il danno, spettando invece alla struttura ed al medico la dimostrazione della corretta esecuzione della prestazione.

Oltre a ciò, e con una ricostruzione innovativa rispetto ai precedenti orientamenti, i giudici di legittimità assimilano – ricorrendo alla teoria del cosiddetto "contatto sociale" – il medico dipendente da una struttura ospedaliera a quello libero professionista.

Alla luce di quanto sopradetto, si può concludere che prima della "riforma Balduzzi" l'inquadramento della responsabilità medica potesse dirsi pienamente soddisfacente solo se valutato nell'ottica della tutela del paziente, manifestando invece profonde asimmetrie per quanto riguardava soprattutto la posizione dell'esercente la professione sanitaria.

Da tali asimmetrie sono scaturiti i presupposti per la riforma legislativa Balduzzi, i quali possono essere così riassunti: il dato di fatto relativo ad un notevole aumento delle richieste risarcitorie nei confronti dell'operatore sanitario, viste le

condizioni favorevoli poste dal nuovo inquadramento della responsabilità di quest'ultimo; l'adozione di strumenti di "medicina difensiva"^[31] da parte dei medici, per contenere le richieste risarcitorie avanzate nei loro confronti, recando contestuale pregiudizio alla salute dei cittadini (sottoposti ad esami sovente inutili e non privi di rischi), ed un aumento sostanziale della spesa pubblica^[32].

5. La responsabilità civile: le innovazioni intervenute mediante il d.l. n. 158 del 2012.

Il d.l. n. 158 del 2012 (il cosiddetto "decreto Balduzzi), poi convertito nella legge n. 189 del 2012, viene emanato nell'ambito delle azioni promosse dal Governo in un periodo caratterizzato da una importante crisi economica (con contestuale contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio Sanitario Nazionale), e rappresenta in tal senso una delle misure adottate al fine di contenere la spesa pubblica.

La *ratio* sottostante al testo normativo, focalizzando la nostra attenzione sull'operatore sanitario, può ritrovarsi nel tentativo del legislatore di arginare il predetto fenomeno della "medicina difensiva", originato dalle numerose azioni di responsabilità nei confronti dei medici e delle strutture sanitarie. L'eccesso di responsabilità determinava infatti gravi ripercussioni sul bilancio pubblico, su cui gravavano in via prioritaria i costi e gli oneri del contenzioso sanitario, oltre a riflettersi negativamente sul concreto funzionamento del sistema sanitario, riducendone le risorse e l'efficienza^[33].

Se nella sua iniziale formulazione la norma del decreto legge (art. 3)^[34] interveniva sul solo versante civilistico, dando per scontato che la responsabilità dell'esercente fosse di tipo contrattuale, in sede di conversione quest'ultima configurazione viene sensibilmente modificata.

Sul versante penale, come si è osservato nei precedenti paragrafi, si introduce l'esonero della responsabilità penale per colpa lieve, nel caso in cui il medico abbia rispettato le linee guida e le *best practices* accreditate; mentre, per quanto riguarda la responsabilità civile, viene disposto il sussistere di questa anche nel caso di colpa lieve, con un generico e ambiguo riferimento alla responsabilità extracontrattuale: «*resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ.*» (si legga il testo normativo esplicitato nella nota 34).

Da questa criptica formulazione della norma sono derivate ampie discussioni, in giurisprudenza e dottrina, circa la qualificazione della responsabilità dell'operatore sanitario come contrattuale o extracontrattuale. Tali contrasti hanno dato vita a due principali orientamenti giurisprudenziali, che si possono nella sostanza distinguere in base all'interpretazione data al riferimento all'art. 2043 cod. civ., così come presente all'interno del testo di cui all'art. 3 della "legge Balduzzi".

Secondo un primo orientamento, avendo fatto il legislatore riferimento unicamente agli obblighi risarcitori, tanto la responsabilità del medico quanto quella della struttura sanitaria avrebbero dovuto essere entrambe ancora inquadrata nella categoria della responsabilità contrattuale: il rinvio all'art. 2043 cod. civ. doveva quindi essere inteso in senso atecnico, quale mero richiamo al principio del *neminem laedere*^[35].

Seguendo questo percorso, la Corte di Cassazione^[36] applicava l'onere della prova ex art. 1218 cod. civ. (richiamandosi ai principi giurisprudenziali già affermati nel 2008, con particolare riguardo ai cosiddetti "contratti di protezione"), affermando che spettava ai medici ed alla struttura sanitaria dimostrare la sussistenza di una complicanza non prevedibile e non prevenibile: a tal proposito, e sebbene anche nelle sentenze pronunciate successivamente alla "riforma Balduzzi" fosse presente un generico riferimento alla responsabilità aquiliana del medico^[37], questo primo orientamento giurisprudenziale riteneva che, al di là di un ossequio formale, la norma di legge intendesse persistere nell'applicare, anche in tema di onere della prova, i principi già affermati in tema di responsabilità contrattuale^[38].

Il secondo orientamento giurisprudenziale, diversamente, interpretava il riferimento all'art. 2043 c.c. come una scelta consapevole del legislatore. Da quest'assunto di partenza, si sono poi venute a creare due ulteriori linee interpretative: la prima, minoritaria, che inquadrava sia la responsabilità del medico che quella della struttura sanitaria nella responsabilità extracontrattuale; la seconda, maggioritaria, e che ha peraltro trovato conferma anche nella giurisprudenza successiva, volta a ricondurre la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, e quella della struttura sanitaria all'interno della responsabilità contrattuale.

Si può dunque concludere che la "riforma Balduzzi", interpretata alla luce

dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, ha tentato, in netta discontinuità con il passato, di affermare un regime binario per la responsabilità che consegue ad un errore medico del professionista sanitario, ponendo per il medico l'accento sull'imputazione colposa della responsabilità, e più precisamente sulla "colpa circostanziata", da valutarsi in relazione al caso concreto ^[39] .

6. La responsabilità civile: la riforma contenuta nella legge n. 24 del 2017.

La legge n. 24 del 2017, anche detta "Legge Gelli-Bianco", rappresenta, allo stato, l'approdo finale delle riforme legislative intervenute in tema di responsabilità medica.

Nonostante possano ravvisarsi in essa alcune delle scelte già operate con la "riforma Balduzzi", la *ratio* alla base della legge n. 24 del 2017 è da considerarsi profondamente diversa rispetto ai precedenti interventi normativi, sino a qui considerati, soprattutto per ciò che concerne le modalità individuate per il raggiungimento dei medesimi obiettivi.

A tal proposito e nella prospettiva, ancora una volta, di ridurre il contenzioso giurisdizionale ed il ricorso alla "medicina difensiva", il legislatore ha inteso innanzi tutto attribuire rilevanza alla gestione ed alla prevenzione del rischio sanitario, con l'intento di far gravare quest'ultimo sulla struttura più che sul singolo esercente l'attività sanitaria.

In secondo luogo, assume maggiore centralità l'inquadramento della responsabilità medica. Dalla previsione chiarificatrice dell'art. 7 ^[40], si evince infatti la volontà del legislatore di confermare l'orientamento giurisprudenziale che aveva individuato – già dai tempi della "riforma Balduzzi" – un regime di responsabilità civile differenziato: affermando dunque la responsabilità extracontrattuale per l'esercente la professione sanitaria, e quella contrattuale per la struttura (sia pubblica che privata).

A ciò si aggiunge l'importante specificazione, contenuta nel comma 5 del medesimo art. 7, volta a qualificare tale disposizione normativa alla stregua di una norma dal carattere imperativo, al fine di rafforzare il fatto che il modello adottato dal legislatore non ammette deroghe, ed altresì allo scopo di evitare

ulteriori contrasti giurisprudenziali e dottrinali.

Proprio in merito agli orientamenti giurisprudenziali conseguenti alla “riforma Gelli- Bianco”, la Suprema Corte di Cassazione ha introdotto importanti novità relative alla ripartizione dell’onere della prova: più in particolare, e nei giudizi contro l’esercente la professione sanitaria, spetta al paziente che agisce in giudizio dimostrare sia il danno subito, sia il nesso causale che lega questo alla condotta imputata al medico, sia la colpa o il dolo del sanitario ^[41].

In una fase successiva, la Corte di Cassazione ha tuttavia ritenuto di rivedere il proprio orientamento giurisprudenziale in relazione all’onere della prova del nesso causale, confermando quanto espresso nelle cosiddette «*sentenze di San Martino*» ^[42], al cui interno viene affermato che “nelle obbligazioni di diligenza professionale, la prestazione oggetto dell’obbligazione non è la guarigione dalla malattia o la vittoria della causa, ma il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell’interesse del creditore» ^[43].

Delineata brevemente la cornice normativa e giurisprudenziale affermatasi con la legge n. 24 del 2017, preme sottolineare che sebbene il riaffermarsi di un regime di responsabilità differenziato possa sembrare un ritorno ad un modello già sperimentato in passato, e superato, è invece il quadro di riferimento complessivo della “legge Gelli-Bianco” a risultare profondamente mutato rispetto a quello previgente.

L’obiettivo della riforma è stato infatti quello di soddisfare le esigenze di tutela del paziente, senza rendere eccessivamente gravoso il regime di responsabilità del medico: e ciò al fine, da un lato, di superare le anomalie che un eccessivo aggravamento della posizione di quest’ultimo aveva determinato nonché, d’altro lato, di indirizzare le pretese risarcitorie nei confronti della struttura sanitaria, posto che quest’ultima è nelle condizioni migliori per prevenire e gestire il rischio sanitario ^[44].

Per concludere, non può non essere svolta una breve riflessione su quali effetti l’emergenza sanitaria, causata dalla diffusione del virus Covid-19, possa avere provocato sulla applicazione dei principi sanciti dalla “legge Gelli- Bianco”. L’equilibrio costruito attraverso le varie tappe normative sopra delineate rischia infatti di essere sottoposto ad una nuova ondata di procedimenti giurisdizionali, e richieste di risarcimento, a causa di una indiscriminata responsabilizzazione del personale medico-infermieristico, e della struttura sanitaria.

Se dal punto di vista del diritto penale tale rischio ha condotto il legislatore ad intervenire mediante le norme espressamente contenute nel d.l. n. 44 del 2021 (esaminate nel precedente par. 3), dal punto di vista civilistico si sta tentando di costruire un vero e proprio “sottosistema” della responsabilità civile per i danni cagionati dal medico, o dalla struttura sanitaria, in relazione all’infezione da Covid-19.

Tra le ipotesi sino ad ora esaminate in dottrina, tra le più significative vi è quella che vede l’applicazione del principio individuato dalla sentenza della Corte di Cassazione, sez. pen., n. 28187 del 2017: ivi, focalizzando l’attenzione sulla esimente prevista dall’art. 2236 cod. civ., si è espressamente ricondotto a tale disposizione normativa il punto di riferimento per l’applicazione di un principio di razionalità, nella valutazione dei molteplici e differenziati casi concreti. In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall’urgenza, implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione^[45].

Sulla base di queste premesse, il contesto del tutto imprevedibile in cui i professionisti sanitari si ritrovano ad operare – in presenza di una emergenza pandemica – risulta idoneo ad integrare una di quelle particolari condizioni organizzative che potrebbero essere ricondotte nell’ambito di riferimento dell’art. 2236 cod. civ., e la cui applicazione, in concreto e nel singolo procedimento giurisdizionale, implicherebbe una responsabilità del personale sanitario limitata ai casi di colpa grave ovvero di dolo^[46].

7. La responsabilità erariale: il regime ordinario.

Prima di analizzare e comprendere i più recenti interventi legislativi mediante i quali il legislatore ha inteso attenuare, nei medici e negli altri operatori sanitari, il timore della responsabilità erariale, è necessario tratteggiare brevemente il regime giuridico ordinario, e sostanziale, della medesima responsabilità^[47].

Questa disamina consentirà altresì, sempre con riferimento alle professioni sanitarie, di verificare come si attegga il rapporto tra la responsabilità erariale e le altre responsabilità (penali e civili) innanzi esaminate.

Sono assoggettati alla responsabilità erariale, innanzi alla giurisdizione della Corte dei Conti^[48] gli agenti pubblici – vale a dire coloro che hanno instaurato, con una

pubblica amministrazione, un rapporto di impiego o di servizio – che con le proprie condotte, dolose o gravemente colpose, hanno cagionato all'amministrazione di riferimento, o ad altra pubblica amministrazione, un danno suscettibile di quantificazione monetaria (il cosiddetto “danno erariale”)^[49]. Con specifico riferimento alle professioni sanitarie – ed in ragione delle interpretazioni giurisprudenziali della nozione, progressivamente ampliate ad opera della giurisprudenza contabile e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – la nozione di “agenti pubblici” comprende ad oggi i medici di base, e tutti gli altri esercenti le professioni sanitarie che svolgono la propria attività lavorativa sia presso enti appartenenti al servizio sanitario nazionale, sia presso persone giuridiche private convenzionate con il medesimo servizio^[50].

È ora possibile soffermarsi sulla nozione di “danno erariale”, con specifico riferimento alla responsabilità medica^[51]. Poiché si tratta, come sopra affermato, di un danno suscettibile di quantificazione monetaria, cagionato alla pubblica amministrazione di riferimento od altra pubblica amministrazione, queste sono le possibili configurazioni di danni erariali che gli esercenti le professioni sanitarie possono causare:

a) un danno recato direttamente alla pubblica amministrazione di appartenenza, ad esempio mediante l'acquisto di apparecchiature medicali non necessarie od obsolete, oppure attraverso il loro cattivo uso ovvero, ed ancora esemplificando, attraverso il ricorso a iper-prescrizioni farmacologiche o diagnostiche (è, questo, il cosiddetto “danno erariale diretto”);

b) un danno recato ad un paziente, e per il quale quest'ultimo ha chiesto ed ottenuto il risarcimento monetario dall'ente sanitario presso cui il sanitario presta la propria attività lavorativa, danno e conseguente risarcimento per il quale l'ente sanitario deve rivalersi nei confronti del sanitario la cui condotta ha originato il medesimo danno e risarcimento (è, questo, il cosiddetto “danno erariale indiretto”: se, infatti, il paziente danneggiato chiede ed ottiene il risarcimento direttamente dall'esercente la professione sanitaria, rivolgendo la propria azione risarcitoria direttamente nei confronti di esso, allora nessun danno erariale potrà di regola gravare a carico delle finanze pubbliche, dal momento che il risarcimento grava sul patrimonio personale del medico/operatore sanitario giudicato responsabile, dal giudice ordinario, della condotta dannosa).

Sulla base di queste premesse, la responsabilità erariale degli esercenti le

professioni sanitarie è stata oggetto di attenzione – già prima dei più recenti interventi legislativi in materia – da parte della giurisdizione contabile: questa attenzione ha riguardato tanto l'attività requirente delle Procure contabili^[52], quanto le sentenze emanate dalle Sezioni Giurisdizionali Regionali (nel primo grado del giudizio erariale)^[53], e dalle Sezioni Giurisdizionali Centrali di Appello (nel secondo e definitivo grado del processo contabile)^[54].

8. La responsabilità erariale: i recenti interventi legislativi volti ad attenuare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, e la sostanziale assenza di conseguenti orientamenti giurisprudenziali.

Con la finalità di attenuare il regime giuridico della responsabilità erariale, in anni recenti il legislatore ha posto in essere due rilevanti interventi normativi.

Il primo è un intervento legislativo che ha riguardato direttamente gli esercenti le professioni sanitarie e, più in particolare, il predetto “danno erariale indiretto”: all'interno della legge n. 24 del 2017 (già esaminata nei precedenti paragrafi, per ciò che concerne le nuove disposizioni normative da essa recate in materia di responsabilità medica, penale e civile), è infatti posta una norma – l'art. 9 (rubricato “Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa”)^[55] – espressamente dedicata a disciplinare le “azioni” mediante le quali la struttura sanitaria pubblica, che ha già provveduto a risarcire il paziente danneggiato, può rivalersi sull'esercente la professione sanitaria che ha concretamente posto in essere la condotta dannosa.

Mediante l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva “o”, l'art. 9 pone la alternatività tra le due azioni: di rivalsa (per così dire in senso stretto) della struttura sanitaria, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, innanzi al giudice ordinario^[56]; di rivalsa mediante la denuncia presentata dalla struttura sanitaria, alla Procura Regionale della Corte dei Conti territorialmente competente, in merito al fatto dannoso cagionato dall'esercente la professione sanitaria.

Ratione materiae, la responsabilità medico-erariale è configurabile soltanto in questa seconda fattispecie.

Fermo restando che «*in nessun caso la transazione*» – intercorsa tra la struttura

sanitaria ed il paziente danneggiato – «è opponibile all'esercente la professione sanitaria» (art. 9, comma 4), nel caso in cui il giudice ordinario accolga la domanda di risarcimento, proposta dal paziente danneggiato nei confronti della struttura sanitaria pubblica (art. 9, commi 5 e 7)¹⁶⁷¹ :

a) la struttura sanitaria pubblica deve presentare “tempestiva denuncia” alla Procura Regionale della Corte dei Conti territorialmente competente (art. 52, comma 1, d.lgs. n. 174 del 2016), in essa recando «una precisa e documentata esposizione dei fatti e delle violazioni commesse, l'indicazione ed eventualmente la quantificazione del danno, nonché, ove possibile, l'individuazione dei presunti responsabili, l'indicazione delle loro generalità e del loro domicilio» (art. 53, d.lgs. n. 174 del 2016);

b) l'azione di responsabilità amministrativa, esercitata dal Procuratore Regionale nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, è limitata soltanto alle condotte poste in essere con dolo o colpa grave (ma, sull'odierno regime della colpevolezza, si rinvia alle considerazioni svolte nel prosieguo del testo);

c) il danno erariale posto a carico dell'esercente la professione sanitaria è quantificato tenendo conto delle «situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria (...) in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato» (comma 5, secondo periodo);

d) l'importo della condanna emanata dalle Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti, a titolo di responsabilità erariale dell'esercente la professione sanitaria, in caso di colpa grave – escluse, dunque, le condotte dolose – e per singolo evento dannoso, non può comunque superare una somma monetaria pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti dal medesimo esercente la professione sanitaria nell'anno di inizio della condotta dannosa, oppure nell'anno a questa immediatamente precedente o successivo;

e) nel giudizio di responsabilità erariale, il giudice contabile può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio ordinario – instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria pubblica – soltanto se l'esercente la professione sanitaria è stato parte di tale giudizio.

L'analisi della disposizione normativa recata all'interno dell'art. 9, legge n. 24 del 2017, configura certamente un regime strutturale e costante (non temporaneo) della responsabilità erariale posta a carico degli agenti pubblici che esercitano

professioni sanitarie: si tratta altresì di un regime chiaramente in grado di attenuare il timore della medesima responsabilità, sia per ciò che concerne il rapporto tra il giudizio contabile (per “danno erariale indiretto”) ed il giudizio ordinario (nel quale il paziente danneggiato ha ottenuto il risarcimento dalla struttura sanitaria pubblica), sia – ed ancora più utilmente, in punto di certezza della quantificazione della responsabilità erariale – per ciò che riguarda l’importo massimo della condanna al risarcimento del danno erariale, che la Corte dei Conti può porre a carico dell’esercente la professione sanitaria.

Più di recente, a questa disposizione normativa si è aggiunto un ulteriore intervento legislativo, che deve essere con essa attentamente coordinato: si tratta infatti di una norma che riguarda tutti gli agenti pubblici (ivi compresi gli esercenti le professioni sanitarie, presso le strutture sanitarie pubbliche), e di una norma che ad oggi, almeno per una sua parte, stabilisce un espresso limite temporale alla propria efficacia.

L’art. 21 (“Responsabilità erariale”), del d.l. n. 76 del 2020 – convertito nella legge n. 120 del 2020 – dispone infatti quanto segue ^[58] :

a) con riferimento ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto-legge (17 luglio 2020), e sino alla data del 30 giugno 2023, la responsabilità erariale degli agenti pubblici è assoggettata ad un “doppio regime”, in ragione della natura della condotta posta in essere dal soggetto agente (comma 2): se egli pone infatti in essere condotte attive (l’art. 21 non specifica tuttavia il significato della nozione), la propria responsabilità erariale è limitata soltanto alle condotte poste in essere con dolo (così scriminando, dalla medesima responsabilità, le condotte gravemente colpose); se egli pone invece in essere condotte omissive od inerti (nozione anch’essa assente, all’interno dell’art. 21), la propria responsabilità erariale continua a sussistere tanto per dolo, quanto per colpa grave;

b) per condotta dolosa (attiva od omissiva) si intende la condotta per la quale le Procure e le Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti siano in grado di dimostrare – in capo all’agente pubblico – la “volontà dell’evento dannoso” (comma 1): preme sottolineare che, a differenza della disposizione normativa che distingue le condotte attive dalle condotte omissive od inerti (ed il relativo grado di colpevolezza), questa nozione di condotta dolosa è strutturale, e non soggetta a limiti temporali di durata.

L’interpretazione – in combinato disposto – dell’art. 9, legge n. 24 del 2017, e

dell'art. 21, d.l. n. 76 del 2020, è ad oggi in grado di configurare un regime normativo particolarmente favorevole, in tema di responsabilità erariale degli agenti pubblici che esercitano professioni sanitarie.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 21, d.l. n. 76 del 2020, la loro responsabilità erariale è infatti così configurata.

Se tali soggetti pongono in essere azioni, condotte attive (mediante provvedimenti o comportamenti), allora i danni erariali cagionati da queste stesse condotte possono essere risarcibili soltanto se ed in quanto la Corte dei Conti (in sede requirente e giudicante) è in grado di dimostrarne la natura dolosa: vale a dire la volontà, nell'esercente la professione sanitaria, di cagionare un danno (direttamente alla struttura sanitaria pubblica, ovvero nei confronti del paziente che dalla medesima struttura ha ottenuto il relativo risarcimento) suscettibile di quantificazione economico-monetaria.

Se, invece, tali soggetti pongono in essere condotte omissive od inerti (ancora in termini provvedimenti o comportamentali), il regime giuridico della loro responsabilità erariale rimane tuttora immutato: vale a dire che gli esercenti le professioni sanitarie continuano a rispondere dei danni suscettibili di quantificazione economico-monetaria – cagionati direttamente alle strutture sanitarie pubbliche, ovvero ai pazienti che da tali strutture hanno ottenuto il previo risarcimento – posti in essere tanto mediante condotte dolose, quanto mediante condotte gravemente colpose.

Su queste premesse, agisce di poi l'art. 9 della legge n. 24 del 2017, con queste ulteriori configurazioni.

In presenza di condotte attive che cagionano “danni erariali indiretti”, l'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 – sino alla data del 30 giugno 2023 – ha sostanzialmente “sterilizzato” l'applicazione dell'art. 9, comma 5, terzo periodo, della legge n. 24 del 2017 (il limite alla quantificazione del “danno erariale indiretto”, in caso di colpa grave), dal momento che:

a) innanzi all'accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal paziente danneggiato^[59], presso il giudice ordinario e nei confronti della struttura sanitaria pubblica, l'esercente la professione sanitaria può infatti essere citato in giudizio dalle Procure contabili – presso la Corte dei Conti – soltanto dimostrandone la volontà dolosa;

b) dimostrato il dolo della condotta attiva, l'esercente la professione sanitaria deve

essere condannato – dalle Sezioni Giurisdizionali della medesima Corte – a risarcire l'intero danno, contestualmente cagionato al paziente ed alla struttura sanitaria.

In presenza invece di condotte omissive, l'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020, e l'art. 9, comma 5, terzo periodo, della legge n. 24 del 2017, così coesistono:

a) innanzi all'accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal paziente danneggiato, presso il giudice ordinario e nei confronti della struttura sanitaria pubblica, l'esercente la professione sanitaria potrà infatti essere citato in giudizio dalle Procure contabili – presso la Corte dei Conti – dimostrando tanto il dolo, quanto la colpa grave, della propria condotta;

b) dimostrato il dolo della condotta, l'esercente la professione sanitaria dovrà essere condannato – dalle Sezioni Giurisdizionali della medesima Corte – a risarcire l'intero danno cagionato al paziente, ed alla struttura sanitaria; dimostrata invece la colpa grave della condotta, e sempre in punto di quantificazione del danno erariale, l'esercente la professione sanitaria dovrà essere condannato a risarcire un danno di importo monetario non superiore a tre volte la propria retribuzione annuale lorda.

Questi recenti interventi legislativi non hanno ancora trovato applicazione, all'interno della giurisprudenza contabile: la ragione discende dal loro regime temporale.

Per ciò che concerne, infatti, l'art. 9 della legge n. 24 del 2017, la giurisprudenza della Corte dei Conti – ponendo l'accento sulla preminente “natura sostanziale”^[60] – ne ha affermato l'applicazione agli “eventi lesivi” avvenuti soltanto successivamente alla entrata in vigore della medesima disposizione normativa^[61] : considerando altresì che, come si è più volte osservato, l'azione di responsabilità erariale opera su “danni indiretti” – e dunque su danni che sono stati precedentemente accertati e quantificati, in via definitiva, innanzi al giudice ordinario – gli eventi lesivi (che sono le condotte dannose degli esercenti la professione sanitaria, e non le sentenze definitive del giudice ordinario), posti in essere dopo l'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, non sono ancora giunti all'attenzione del giudice contabile.

A maggior ragione per ciò che concerne l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 21, d.l. n. 76 del 2020 che, come si è innanzi ricordato, trova applicazione ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto-legge (17 luglio

2020), e sino alla data del 30 giugno 2023.

9. Considerazioni finali.

Le risposte alle domande poste in premessa, sulla effettiva capacità dei più recenti interventi legislativi – e della loro applicazione ed interpretazione giurisprudenziale – di attenuare il timore delle responsabilità penale, civile ed erariale, percepito dagli esercenti le professioni sanitarie, discendono direttamente dalle considerazioni sino a qui svolte.

In merito alla responsabilità penale si è infatti osservato che, pur a fronte di nuove disposizioni normative (in specie l'art. 590-*sexies*, cod. pen.) volte ad attenuare il timore di illeciti penali, gli orientamenti rigoristi della giurisprudenza ne hanno ampiamente limitato la portata innovativa, e l'efficacia lenitiva.

Al contrario, e per ciò che concerne la responsabilità civile – e la responsabilità erariale, quest'ultima considerata in particolare come strumento per agire in rivalsa, da parte delle strutture sanitarie pubbliche condannate a risarcire il danno cagionato dagli esercenti le professioni sanitarie – gli interventi normativi hanno certamente effetti positivi, sul timore delle medesime responsabilità.

Per la responsabilità civile, questa affermazione è motivata sopra tutto dall'intenzione legislativa (e dai conseguenti orientamenti giurisprudenziali) volta ad indirizzare direttamente l'azione del paziente danneggiato nei confronti della struttura sanitaria pubblica, e non (anche) nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie.

Per la responsabilità erariale, e ribadendo la sostanziale assenza – sino ad oggi, e *ratione temporis* – della conseguente giurisprudenza applicativa, il tenore letterale delle recenti disposizioni normative non lascia dubbio alcuno in merito alla volontà legislativa di recare un evidente *favor* per le condotte attive degli esercenti le professioni sanitarie (e, più in generale, per tutti gli agenti pubblici), anche se gravemente colpose.

1. * I paragrafi 1 e 9 sono frutto della comune riflessione degli Autori. Per le restanti parti del contributo: i paragrafi 2 e 3 sono di P.F. Poli; i paragrafi 4, 5 e 6 sono di C. Padrin; i paragrafi 7 e 8 sono di G. Bottino. Sul tema, approfonditamente, F. Tigano, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni tra scienza (diritto) e coscienza nell'ambito dei trattamenti sanitari*, in *Federalismi.it*, 28 giugno 2017 e altresì, mediante una

- riflessione comparata, V. Grembi, *Una riflessione tra economia e diritto sulla malpractice medica: i casi di Stati Uniti e Italia*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2005, 3, pp. 455 ss.
2. Sulla distinzione, negli agenti pubblici, tra rischio delle responsabilità pubbliche, percepito e reale: E. D'Alterio, *Come le attività della Corte dei Conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1, 39 e ss. (in specie par. 2.3, "lo «spettro» della responsabilità amministrativa"); G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2020, 1, in specie 124 ss. Più ampiamente, sul tema del rischio e della sua gestione, nell'ordinamento giuridico-amministrativo italiano, A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.
 3. Sul mercato delle assicurazioni aventi ad oggetto le responsabilità pubbliche, *amplius*, S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1, par. 3, e G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 216 ss.
 4. Si tratta dell'atteggiamento tradizionalmente qualificato in termini di "medicina difensiva": in tema, senza pretesa di esaustività, ed oltre alla bibliografia citata all'interno della successiva nota 11, S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, cit., par. 1; C. Granelli, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, 1, p. 22 ss.; Id., *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, *ibidem*, 2018, 2, p. 410 ss.; S. Villamena, *La c.d. legge Gelli-Bianco. Fra strategia di prevenzione del rischio e responsabilità amministrative*, in *Federalismi.it*, 2 gennaio 2019.
 5. Sul punto si veda, tra gli altri, L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, in A. Belvedere, S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 839 ss.; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 270 ss.
 6. Così A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 159 ss.
 7. Con tale espressione, in pratica quello che noi intendiamo per "il senno di poi", si intende l'incapacità di fare un salto nel passato e di non considerare lo sviluppo delle dinamiche materiali, una volta che se ne conosca l'evoluzione. Con il senno di poi, il giudizio postumo tende regolarmente ad esagerare quello che si sarebbe potuto prevedere, creando un vero e proprio pregiudizio, per il quale una volta che un evento si è verificato esso risulta essere evitabile. Sul punto si veda diffusamente G. Rotolo, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, pp. 1263-1264, nonché F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 35 ss. Riprende il tema di recente anche O. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. Pen.*, 2014, p. 14.
 8. In particolare, sul tema: G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione "per colpa": una*

ricognizione interdisciplinare, in M. Donini, R. Orlandi, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, B.U.P., Bologna, 2013, p.118; G. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, pp. 953 ss.; P. Pisa, G. Longo, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche di impresa*, cit., pp. 9 ss.; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., pp. 10 ss.; L. Risicato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Legisl. Pen.*, 7 giugno 2017, p. 17; G. Rotolo, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, cit., pp. 1259 ss.

9. Si veda ad es. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 1410 del 14 giugno 2000 in cui si è affermata, senza alcun riferimento al menzionato principio, la responsabilità del primario per problemi respiratori collegati al lavoro compiuto da un anestesista. Sul tema si veda il fondamentale studio di L. Risicato, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1 ss.; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, P.U.P., Pisa, 2014, pp. 80 ss., nonché l'ancora attualissimo G. Marinucci, G. Marrubini, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, ora in G. Marinucci, *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, 273 ss. Rileva come nella prassi giudiziaria sia ancora presente un atteggiamento estremamente rigoroso, che vede ad esempio attribuire la responsabilità per il ferro lasciato nel corpo del paziente non al solo ferrista, cui è specificamente deputato il compito del conteggio dei ferri, ma a tutti i membri dell'*equipe*, A. Roiati, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *Dir. pen. Contemp.*, 20 maggio 2013.
10. Svolge questa considerazione, con la citazione di pronunce giurisprudenziali sul punto, ancora A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 170 ss.
11. Sul punto la letteratura italiana è estremamente vasta e diversificata. Tra i tanti contributi - di taglio sia giuridico che medico - si vedano, ad esempio: P. Zangani, *Condotta sanitaria omissiva e "medicina difensiva"*, in *Giust. Pen.*, 2002, p. 378 ss.; R. Vaiani, *Qualità e consenso informato: un binomio inscindibile per una medicina non difensiva*, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, fasc. 4, pp. 90 e ss.; M. Capalbo, C. Cattò, N. Nardella, A. Ricci, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, pp. 909 ss.; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, pp. 1 ss.; A. Melucco, *Medicina difensiva e risk management: problematiche assicurative in relazione alla mediazione e conciliazione delle controversie*, in *Temi Romana*, 2007, 3, pp. 213 ss.; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 4 ss.; R. Bartoli, *I costi "economico - penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, pp. 1107 ss.; F. Buzzi, P. Danesino, V. Paliero, F. Randazzo, *"Cause e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2013, pp. 17 ss.; G. Rotolo, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*,

- cit., pp. 1259 ss.; A. Vallini, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo "de iure condendo"*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2013, pp. 1 e ss.; C. Mazzuccato, A. Visconti, *Dalla medicina narrativa alla giustizia riparativa in ambito sanitario: un progetto "integrato" di prevenzione delle pratiche difensive e di risposta alla colpa medica*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2014, pp. 847 ss.; A. Antonietti, V. Ferraro, *Contributi della psicologia alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2014, pp. 895 ss.; F. D'Alessandro, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2014, pp. 927 ss.; S. Alessandrini, A. Ferrante, P. M. Fioravanti, M. Paolucci, *Dal controverso "Decreto Balduzzi" alla proposta di riforma della responsabilità medico-sanitaria: il contrasto alla medicina difensiva nel più vasto scenario della crisi del rapporto medico-paziente*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2016, 1, pp. 129 ss.
12. Il dato è riportato da A. Panti, *La responsabilità nelle attività mediche*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche d'impresa*, Firenze, 2010, 167. Sui costi della medicina difensiva si veda pure R. Bartoli, *I costi "economico - penalistici" della medicina difensiva*, cit., pp. 1107 ss.
 13. Tale incontro di studio, dal titolo "*Medici in difesa - prima ricerca del fenomeno in Italia: numeri e conseguenze*", si è svolto a Roma in data 24 settembre 2008, e aveva la funzione di rendere pubblici i risultati di uno studio sul tema. Evidenzia i problemi appena esposti, tra gli altri, F. Introna, *Un paradosso: con il progresso della Medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 879 ss. Del medesimo Autore è altresì interessante, in chiave comparatistica, *L'epidemiologia del contenzioso giudiziario per responsabilità medica in Italia e all'estero*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, pp. 71 ss.
 14. Per una sottolineatura dei gravi problemi derivanti dalla prassi in questione, si veda ancora R. Bartoli, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, cit., pp. 1107 ss. Il problema è ben noto anche alla dottrina nordamericana su cui, tra gli altri, C. Bartholome, *Leveraging our strengths: reinforcing pay for performance programs as the solution for defensive medicine*, in *Jour. health biom. law*, 2008, pp. 333 ss.
 15. Trattasi di Cass. pen., sent. n. 8770 del 2018.
 16. Si vedano a tal proposito, tra gli altri, G. Canzio, *I nuovi confini del diritto alla salute e della responsabilità medica*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 2082 ss.; F. Basile, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. contemp.*, 23 febbraio 2017, p. 184; L. Risicato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, cit., p. 1.
 17. Sull'approccio casistico, nella definizione degli aspetti maggiormente importanti della riforma, L. Risicato, *Linee guida e colpa non lieve del medico, il caso dell'attività di équipe*, in *Giur. It.*, 2014, in particolare pp. 2067 ss.
 18. Tra i tanti contributi critici sul tema, R. Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. contemp.*, 28 maggio 2019.

19. Sui profili critici derivanti dal rispetto del principio di precisione, scaturente dall'introduzione di una responsabilità penale per sola colpa grave, ed in assenza di una qualsiasi definizione del concetto, A. Manna, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1192. Sempre sul tema, si vedano le considerazioni di L. Risicato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, cit., p. 18, la quale rileva che «ogni formula normativa ossimorica, contorta, ridondante produce l'effetto inevitabile di annientare le migliori intenzioni: di cui, del resto, è notoriamente lastricata la via dell'inferno».
20. Sull'importanza del consenso dell'applicazione giurisprudenziale, al fine della modifica delle categorie dogmatiche, F. Palazzo, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)* in *Cassaz. Pen.*, 2010, in particolare p. 1240.
21. In argomento, *amplius*, P.F. Poli, *La colpa grave in diritto penale*, Milano, 2021, Capitolo 2, paragrafi 2.4.6 e 2.4.7.
22. L. Risicato, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 948 ss.
23. Il dato, rivelato ad un convegno in materia di responsabilità medica dal Procuratore Aggiunto di Milano Tiziana Siciliano, è stato riportato dai principali organi di stampa: cfr. <https://www.ilgiorno.it/milano/cronaca/denuncia-medici-1.4230220>; https://milano.repubblica.it/cronaca/2018/10/08/news/sanita_colpe_mediche_una_denuncia_al_giorno_medico_procura_milano_dati_2017-208473050/.
24. Sul punto, Cass. civ., sent. n. 6141 del 1978.
25. Cfr. Cass. civ. 8 marzo 1979, n. 1716; Cass. civ. 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass. civ. 26 marzo 1990, n. 2428; Cass. civ. 13 marzo 1998, n. 2750.
26. Sul tema A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*”, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 1, 2015, e R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in F. Galgano (a cura di), in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, Padova, XLVI, 2007, p. 618.
27. G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, Padova, 2005, III, p. 251.
28. Cfr. Cass. civ., sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, 3062; Cass., 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Danno e resp.*, 2005, p. 441; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Ced. Cass.*, 2006.
29. Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 2009; R. De Matteis, *Dall'atto medico all'attività sanitaria: quali responsabilità*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), in *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, IV, pp. 123 ss.
30. A.M. Siniscalchi, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente ?*, in *Danno e Resp.*, 2019, 4, p. 461.
31. Sulla nozione di “medicina difensiva”, e la relativa letteratura di riferimento, si rinvia alle considerazioni svolte nelle precedenti note 4 e 11.
32. A.M. Siniscalchi, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova*

- prospettiva di tutela per il paziente ?*, cit.; cfr., inoltre, F. Gelli, M. Hazan, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 4 e ss.
33. Cfr. A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, cit.
34. L'art. 3, comma 11, legge n. 189 del 2012, ad oggi così recita: "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta del primo periodo".
35. Cfr. F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013, 673 ss.; M.G. Di Pentima, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*; N. Tedeschini, *Decreto Balduzzi: alla ricerca di un senso*, in www.personaedanno.it, 28 maggio 2013.
36. Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 3, pp. 367 ss.
37. Secondo Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.: "La responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura, da contatto sociale".
38. A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, cit.
39. Ancora A. Querci, *ibidem*, e M.P. Gervasi, *Solidarietà risarcitoria e rivalsa nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 2021, 3, p. 292.
40. L'art. 7, legge n. 24 del 2017, così dispone: «*La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del cod. civ., delle loro condotte dolose o colpose.* La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. *L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 cod. civ., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.* Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies, cod. pen., introdotto dall'art. 6 della presente legge. Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto art. 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle

attività di cui al presente articolo. *Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile»* (il corsivo è volto alla sottolineatura delle formulazioni normative più rilevanti, così come considerate nel testo).

41. Cfr. P. Frati, P. Mancarella, F. Vizzino, R. La Russa., V. Fineschi, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza Covid- 19: è già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2020, 5, p. 1714.
42. Le cosiddette “sentenze di San Martino bis”, del 2019, rappresentano dieci sentenze della Terza Sezione della Corte di Cassazione (Cass. civ., III sez., sent. 11 novembre 2019, nn. 28985-28994) in materia di *malpractice* medica. Tale “decalogo” di provvedimenti ha il pregio di affrontare questioni controverse e parallele a quelle di cui si è occupata la Legge Gelli-Bianco, quali: la causalità, il consenso informato, la perdita di *chance*, l'onere della prova, ed infine il criterio di riparto della responsabilità fra medico e struttura *ex art.* 1228 cod. civ. La finalità perseguita dai giudici di legittimità è stata quella di razionalizzare e consolidare gli indirizzi giurisprudenziali, in materia di responsabilità medica, affermatasi dopo le c.d. “sentenze San Martino”, queste ultime emanate dalle Sezioni Unite della medesima Corte di Cassazione, nell'anno 2008 (Cass. civ., sez. un., sent. 11 novembre 2008, nn. 26972-26975). Nelle citate sentenze del 2019 viene in particolare riconosciuta autonoma rilevanza al danno per violazione degli obblighi informativi nei confronti del paziente: nel momento in cui la giurisprudenza fondava il rapporto tra il medico e il paziente sul c.d. “contatto sociale”, la violazione degli obblighi informativi rappresentava infatti soltanto uno degli elementi necessari all'accertamento del grado di diligenza dell'operatore sanitario. Per quanto riguarda, altresì, l'onere della prova, è la sent. n. 28991 del 2019 (Cass. civ., III sez.) a tracciare i principi generali di riferimento: in sintesi, i giudici di legittimità chiariscono che l'onere della prova grava sul paziente, e che la prova può essere dimostrata anche ricorrendo al ragionamento presuntivo originato dal nesso causale tra la condotta dei medici ed il pregiudizio patito dal paziente, per il peggioramento delle sue condizioni di salute. Sulla struttura sanitaria grava, invece, la prova della causa non imputabile in merito alla impossibilità della prestazione. *Amplius*, sul tema: N. Rizzo, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: cause e conseguenze*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 2, p. 327; G. Facci, *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Corr. Giur.*, 2020, 3, p. 348; C. Signoretta, *Antinomie risarcitorie e auto-determinismo terapeutico. Una probatio diabolica o una prova provata?*, in *Danno e Resp.*, 2021, 4, p. 500, e G. Navone, *La responsabilità del medico per inosservanza dell'obbligo informativo*, in *Nuovi Leggi Civ. Comm.*, 2020, 6, p. 1394.
43. Cass. civ., 11 novembre 2019, nn. 28891 e 28892.
44. A.M. Siniscalchi, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, cit.
45. In argomento, ancora P. Frati, P. Mancarella, F. Vizzino, R. La Russa., V. Fineschi, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza Covid- 19: è già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2020, 5, p. 1714.
46. A. D'Adda A., *Pandemia e modelli “dogmatici” di responsabilità sanitaria*, in *Riv. Dir.*

- Civ.*, 2021, 3, p. 451.
47. Sul tema, *amplius*, G. Bottino, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. Dir.*, 2017, Annali X, pp. 756 ss. e, *ivi*, la bibliografia richiamata.
 48. Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 174 del 2016
 49. Articoli 82 e 83, R.D. n. 2440 del 1923; art. 52, R.D. n. 1214 del 1934; Articoli 18 e ss. D.P.R. n. 3 del 1957; art. 1, legge n. 20 del 1994.
 50. Sulla nozione di “rapporto di impiego o di servizio” - e sul suo costante e progressivo ampliamento giurisprudenziale -G. Bottino, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, *cit.*, p. 764 e ss.
 51. In argomento, *amplius*, M. Smirollo, *Il danno da responsabilità medica*, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smirollo (a cura di), *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2019, 351 e ss. e, *ivi*, l'approfondita analisi critica della legislazione, della giurisprudenza, e della dottrina di riferimento.
 52. “L'ambito sanitario è altro settore che impegna l'attività istruttoria di numerose Procure Regionali su più fronti: a) per i danni prodotti per la cd. colpa medica, *sub specie* anche di danno indiretto (per i danni prodotti dall'attività medica e per i quali è stata chiamata a risponderne la struttura sanitaria interessata); b) per i danni dovuti alle diverse e ripetute violazioni commesse dal personale medico nella titolarità del rapporto sinallagmatico di lavoro per la violazione del regime di esclusività ovvero per i danni dovuti alle diverse violazioni commesse dai medici specializzandi in medicina generale con riferimento al regime delle incompatibilità (...); c) per i danni da iperprescrizione di farmaci (numerose sono le iniziative della Procura Regionale per la Campania). Si segnala anche che la Procura Regionale per l'Emilia Romagna ha avviato un esame dei criteri di accertamento dei presupposti dell'azione risarcitoria di rivalsa nei confronti del medico e della struttura sanitaria in considerazione della transizione avviata dalla Regione Emilia Romagna verso un nuovo sistema centralizzato di gestione diretta della assicurazione del danno alla salute da attività sanitaria (l.r. Emilia Romagna n. 13 del 2012 (...)), con la finalità di superare una molteplicità di questioni critiche connesse alle clausole di franchigia assicurativa, incidenti in misura significativa sul bilancio regionale. Ha tenuto conto che la colpa medica è stata di recente ricondotta nell'area segnata dalle linee-guida, poiché l'art. 3 della legge n. 189 del 2012 [...], contiene la disposizione secondo la quale: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile». Sulla base del suddetto studio la Procura citata ha introdotto nel 2014 molteplici giudizi di responsabilità amministrativa per colpa medica da infrazione delle linee-guida in materia di trattamenti sanitari”, così la Relazione scritta del Procuratore Generale della Corte dei Conti per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, 140-141, richiamata in G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, *cit.*, 101-102 e, *ivi*, l'ampia bibliografia dedicata al regime giuridico, vigente al tempo, della responsabilità erariale degli esercenti le professioni sanitarie.

53. «Negli anni 2012 e 2013: “in primo luogo, vengono in rilievo i “danni indiretti” conseguenti ai risarcimenti pagati dall’Amministrazione in favore delle vittime della c.d. “malasanità»; questi risarcimenti, in vari casi, sono stati addebitati dalla Corte dei Conti ai sanitari ritenuti responsabili a titolo di “colpa grave” degli episodi in questione (ad esempio, la Sez. Giurisdiz. Basilicata, sent. n. 53 del 2012 ha condannato due medici al risarcimento del danno corrisposto in favore dei genitori di una neonata, che aveva riportato patologie irreversibili nel venire alla luce; la Sez. Giurisdiz. Marche, sent. n. 86 del 2012 ha condannato un medico del pronto soccorso che aveva diagnosticato una patologia gastrica ed aveva quindi dimesso un paziente che presentava invece i segni d’un infarto acuto al miocardio e che era deceduto dopo poche ore; la Sez. Giurisdiz. Piemonte, sent. n. 145 del 2012 ha condannato i responsabili di ritardata diagnosi e omessa cura di meningite a danno di una bambina che aveva subito danni irreversibili (...))” (...). Per ciò che concerne i “danni diretti”: «*altra fattispecie ricorrente è quella relativa ad attività libero-professionali. Si è affermato (Sez. Giurisdiz. Calabria, sent. n. 239 del 2012; Sez. Giurisdiz. Molise, sent. n. 75 del 2012) (...) che l’espletamento da parte di medici ospedalieri in regime di esclusività di attività libero-professionale extra moenia determina danno erariale costituito dall’indebita percezione delle indennità corrisposte in ragione della natura esclusiva del rapporto di lavoro instaurato (almeno nei casi di fatturazione personale, da parte del medico, della prestazione sanitaria) (...)*». Ed ancora, con riferimento ai “medici specializzandi”: «*la violazione delle regole (...) connotate dal carattere vincolante del regime di incompatibilità [stabilito dalla normativa di settore] che inibisce al medico in formazione l’esercizio di attività libero-professionali e ogni rapporto convenzionale, precario o di consulenza, con il Servizio Sanitario Nazionale o con enti e istituzioni pubbliche o private, anche di carattere saltuario o temporaneo, fatte salve le sole sostituzioni a tempo determinato di medici di medicina generale convenzionati, nonché le sostituzioni per guardie mediche notturne, festive e turistiche (Sez. Giurisdiz. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sentenze nn. 24 e 26 del 2013; Sez. Giurisdiz. Liguria, sent. n. 208 del 2013)*” (...)), così le Relazioni scritte del Presidente della Corte dei Conti, per l’inaugurazione degli anni giudiziari 2013 e 2014, rispettivamente pp. 132-133 e p. 154, richiamate in G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., pp.147-148.
54. “Per le fattispecie definitivamente decise in appello (tra danni “diretti”, e danni “indiretti”): a) per il “danno indiretto”: «*la Sez. Giurisdiz. App. Sicilia, sent. n. 18 del 2012 ha condannato due anestesisti che, nel praticare l’intubazione e l’intervento di tracheotomia su un paziente di tre anni e mezzo, avevano causato il decesso del bambino (...)*»; «*una prima tipologia che si mostra in rilievo per questo ambito di attività riguarda il c.d. “danno iatrogeno” che, nel corso del tempo, ha visto incrementarsi il contenzioso di tipo civile e penale (dal quale possono poi derivare giudizi di responsabilità azionati in rivalsa nei confronti degli operatori sanitari), stante anche un radicale mutamento di prospettiva che, a partire dagli anni ‘70 e sul piano giuridico, ha caratterizzato il rapporto medico-paziente. (...) La Sezione Giurisdiz. I Centr. App. (sent. n. 312 del 2013) ha sottolineato (...) che la valutazione degli accertamenti peritali, pronunciatisi in tema di condotta medica, va*

*operata secondo il principio in base al quale il nesso di causalità tra condotta e danno è sussistente non solo quando quest'ultimo possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile», (...); b) sul “danno diretto”: “mancati aggiornamenti delle liste degli assistiti di medicina generale da parte dei medici convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale che [in trasgressione di obblighi previsti dalla normativa di settore] impediscono l’eliminazione dalle stesse di pazienti trasferiti, deceduti, revocati o i doppioni ancora in carico, continuandosi così a corrispondere indebitamente quote di compensi, in realtà non dovuti, ai sanitari convenzionati in base alle tariffe previste dal Contratto Collettivo [Nazionale] di Lavoro (Sez. Giurisdiz. I Centr. App., sent. n. 513 del 2013)” (...))», così le Relazioni scritte del Presidente della Corte dei Conti, per l’inaugurazione degli anni giudiziari 2013 e 2014, rispettivamente p. 133 e pp. 150-154, richiamate in G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., p. 169.*

55. Per un approfondito commento al testo normativo: M. Smioldo, *Il danno da responsabilità medica*, cit., 351 e ss.; V. Tenore, *L’azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei Conti*, e I. Partenza, *L’azione di rivalsa delle strutture private*, in F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., rispettivamente pp. 469 e ss., e pp. 521 e ss.
56. Gli elementi essenziali di tale azione di rivalsa sono i seguenti (art. 9): può essere esercitata soltanto in caso di “dolo o colpa grave” dell’esercente la professione sanitaria (comma 1); se quest’ultimo non è stato parte del giudizio, o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, l’azione di rivalsa - nei suoi confronti - può essere esercitata soltanto successivamente all’effettivo risarcimento del danno posto in essere dalla struttura sanitaria, sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale nei confronti del paziente danneggiato, e deve essere esercitata - a pena di decadenza - entro un anno dall’avvenuto pagamento del *quantum* risarcitorio (comma 2); se l’esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio che il paziente danneggiato ha azionato contro la struttura sanitaria, la decisione ivi pronunciata “non fa stato” nel giudizio di rivalsa che la medesima struttura pone in essere nei suoi confronti (comma 3); nel giudizio di rivalsa, la transazione intervenuta tra la struttura sanitaria ed il paziente danneggiato non è comunque “opponibile” nei confronti dell’esercente la professione sanitaria (comma 4).
57. *Amplius*, M. Smioldo, *Il danno da responsabilità medica*, cit., 351 e ss., e A. Iadecola, *Rapporti con il giudizio civile*, in A. Canale, F. Freni, M. Smioldo (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti*, Milano, 2021, 686.
58. Sul testo normativo, anche mediante la bibliografia ivi richiamata, si rinvia alle osservazioni critiche di G. Bottino, *Le azioni e le omissioni nella responsabilità erariale*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2021, 1, pp. 86 e ss.
59. «È necessario (...), perché si possa parlare di danno erariale indiretto che si realizzi la concreta conseguenza patrimoniale negativa per l'erario che consegue al pagamento del risarcimento (ed indipendentemente dal titolo giudiziale o transattivo) (cfr. Sez. Riun. n. 12/2011), in quanto - anche se più che altro in linea astratta - anche una sentenza passata in

*giudicato potrebbe non esser portata ad esecuzione dalla parte, con possibile prescrizione decennale del diritto ivi affermato», M. Smirolto, *Il danno da responsabilità medica*, cit., p. 373.*

60. *«La citata normativa [la legge n. 24 del 2017, ed il suo art. 9] disegna compiutamente un nuovo sistema di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie ed ha, pertanto, natura sostanziale, di talché le disposizioni di natura processuale, pure in essa contenute, non possono che leggersi in stretta ed indispensabile connessione con il complesso del nuovo regime di responsabilità, non essendone ipotizzabile una applicazione avulsa dalla intra vigenza del nuovo sistema», così Corte Conti, Sez. Giurisdiz. Centr. I App., sent. n. 536 del 2017, testualmente richiamata in M. Smirolto, *Il danno da responsabilità medica*, cit., p. 355.*
61. *«[L'art. 9, comma 5, terzo periodo] indica quale fulcro interpretativo la realizzazione dell'evento lesivo, ed in tale prospettiva può ritenersi che anche il suo ambito temporale vada circoscritto a quegli eventi lesivi consumatisi successivamente all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco», così ancora M. Smirolto, *Il danno da responsabilità medica*, cit., p. 354.*

Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia

Massimo Giavazzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-16

L'articolo analizza la recente giurisprudenza sul prospective overruling delle misure amministrative nazionali disciplinate dal diritto dell'UE (sentenza del Consiglio di Stato n. 17 e 18/2021) per verificarne la conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Infatti, è nella giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia stabilire se una violazione dichiarata del diritto dell'UE può essere tollerata per il tempo necessario ad evitare la violazione di un legittimo affidamento. Quindi le sentenze del giudice nazionale sul prospective overruling riguardante il diritto UE sono ultra vires.

A seductive heresy: the temporal modulation of the effects of interpretative judgments of the court of administrative nomofilachy in the areas of exclusive jurisdiction of the European Court of Justice

The paper analyzes the recent jurisprudence about prospective overruling on national administrative measures governed by EU law (Council of State judgment nos 17 e 18/2021) to test its compliance with ECJ's jurisprudence. Indeed, it's in the Court of Justice's exclusive jurisdiction to determine if a declared violation of UE law may be tolerated for the time necessary to avoid the infringement of a legitimate expectation. So sentences of national judge about prospective overruling concerning EU law are ultra vires.

1. Il *prospective overruling* dell'Adunanza plenaria.

L'Adunanza plenaria, con le due recenti sentenze^[1] sulla proroga *ex lege* delle concessioni demaniali^[2] affronta una questione antica (la disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con le norme comunitarie, anche da parte degli organi della P.A.^[3]) in una prospettiva pressoché^[4] inedita: il *prospective overruling*.

In effetti, il dubbio interpretativo che si è voluto far risolvere dall'Adunanza plenaria era di agevole soluzione: «*la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva self-executing, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione*»^[5].

E, in realtà, la questione nemmeno si sarebbe dovuta porre, giacché la sentenza *Costanzo*^[6] – che già trent'anni fa aveva esteso il principio *Simmenthal*^[7] sull'obbligo di disapplicazione della norma anticomunitaria (quanto diverrà nell'insegnamento della Consulta «*non applicazione*»^[8]) da parte del giudice nazionale anche agli organi di amministrazione attiva – si era proprio espressa con riguardo a una direttiva il cui precetto era sufficientemente preciso e incondizionato (una direttiva *self-executing*, quindi).

Da qui la (condivisibile) affermazione dell'Adunanza plenaria che «*la sussistenza di un potere di non applicazione in capo agli organi della P.A. [tocca] una questione sulla quale esistono orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) ancor più consolidati e granitici*»^[9].

Quanto, invece, vi è di nuovo è, appunto, l'approccio a un problema antico.

L'Adunanza plenaria ha, invero, ritenuto di non potersi sottrarre alle sollecitazioni derivanti da «*una situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione*»^[10], volendo quindi soddisfare le esigenze di tutela dei legittimi affidamenti (così erroneamente ritenuti) conseguenti al principio di certezza del diritto attraverso la modulazione degli effetti temporali della propria decisione, rinviandone l'efficacia al 31/12/2023. Quanto, appunto, giustificherebbe «*La deroga alla retroattività [che] trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far*

valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa»^[11]. Ciò al fine di «consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali»^[12].

Le due sentenze toccano, in effetti, molti altri aspetti critici degli effetti conformativi delle norme UE sui provvedimenti amministrativi nazionali di amministrazione comunitaria indiretta (il rapporto con il giudicato anticomunitario e i limiti del sindacato giurisdizionale rispetto alla riserva di amministrazione, tra gli altri).

Si tratta di temi assai complessi, che ben altro approfondimento richiederebbero^[13].

Quanto si vuole qui indagare è l'affermazione dell'Adunanza plenaria della sussistenza, nel caso concreto, dei «presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione»^[14].

2. I primi presagi del problema

La Corte costituzionale si era posta il problema già nel 1989 con la ben nota sentenza Fragd^[15], nella quale essa avvertì la possibilità di un contrasto con l'art. 24 Cost. dell'estensione della facoltà della Corte di giustizia di conformare gli effetti nel tempo del giudicato di annullamento, ora codificata nell'art. 264, comma 2, TFUE («la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi»), anche alle sentenze dichiarative da essa pronunciate in esito a un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Quanto poneva il problema della ammissibilità costituzionale (perché in contrasto con uno dei controlimiti – uno «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale»^[16] –: l'esercizio del diritto di difesa della sfera soggettiva del privato) dell'interpretazione estensiva di una norma europea che attribuisce al giudice «il potere di limitare nel tempo gli effetti delle pronunce pregiudiziali rese sulla validità di disposizioni regolamentari impositive di

prestazioni patrimoniali, escludendo dagli effetti della dichiarazione di invalidità gli atti di esecuzione compiuti in epoca anteriore alla pronuncia anche se oggetto della stessa controversia del procedimento incidentato che ha dato origine al deferimento della questione pregiudiziale»^[17].

Fu così che la Consulta statuì che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima»^[18].

Quanto non si tradusse, tuttavia, nell'applicazione concreta della teoria dei controlimiti (con il rifiuto del giudice nazionale di fare applicazione della giurisprudenza comunitaria sull'estensione della conformazione temporale degli effetti della sentenza anche ai giudizi incidentali), solo perché la Corte costituzionale ritenne che, nel caso concreto, la questione fosse irrilevante, non essendovi lesione effettiva del soggetto che si era fatto promotore del giudizio da cui era scaturito il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Il problema astratto (la compatibilità della limitazione temporale degli effetti della sentenza con la sanatoria – a delimitare uno spazio di illegalità sottratto alla tutela giurisdizionale – delle situazioni pregresse e, tra esse, anche di quella che ha dato origine al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE) tuttavia sussiste.

Così che vi è, in effetti, da dubitare che si possa ora estendere la norma processuale europea (l'art. 264, comma 2, TFUE) sino a consentire al giudice nazionale di modulare nel tempo gli effetti dell'accertamento di una violazione di una norma UE, anche in pregiudizio delle parti coinvolte nel giudizio da cui quell'accertamento è scaturito (ancorché ad avvantaggiarsene sia il privato in pregiudizio dell'ente pubblico; dovendosi ritenere che il diritto del privato di agire in giudizio contro gli atti della pubblica amministrazione ex art. 113 Cost. non elida il diritto di quest'ultima di difendersi facendo valere il legittimo esercizio di una sua potestà, avvantaggiandosi dell'accertamento della legalità del suo operato per rivendicare l'efficacia del suo provvedimento in danno del privato: il diritto alla tutela giurisdizionale è inevitabilmente bilaterale).

Ma, come vedremo, non è nemmeno questa la questione (quantomeno, non la

principale), giacché nella vicenda in esame – come poi si dirà – la statuizione dell’Adunanza plenaria non pare soddisfare proprio i principi UE (come emergenti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull’interpretazione dell’art. 264, comma 2, TFUE), di cui essa intende fare applicazione.

3. Il problema nella prospettiva nazionale

La modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze d’annullamento del giudice amministrativo è, probabilmente, un azzardo rispetto alla dogmatica tradizionale che individua nella retroattività (con il solo limite insuperabile espresso nella massima «*factum infectum fieri nequit*») un attributo ontologico dell’annullamento^[19].

La conclusione cui è giunta l’Adunanza plenaria trova però conforto nella giurisprudenza d’Oltralpe^[20] – dunque anche in un sistema di giustizia amministrativa analogo al nostro^[21] –, a dimostrazione che la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze d’annullamento del giudice amministrativo risponde indubbiamente alla necessità di svecchiare gli strumenti di giustizia nel processo amministrativo^[22]; ancorché – come poi si dirà – ciò solo con riferimento alle sue implicazioni di diritto nazionale, essendo, di contro, dubitabile la sostenibilità comunitaria di questa nuova prospettiva.

Come affermato dal Consiglio di Stato la prima volta che esso ha inteso relativizzare il principio, «*Di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti "ora per allora". Tale regola fondamentale è stata affermata ab antiquo et antiquissimo tempore da questo Consiglio (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità*»^[23].

La prevalente dottrina ammette, tuttavia, che l’annullamento giurisdizionale – al pari di quello d’ufficio^[24] – possa in taluni casi^[25] avere solo effetti *ex nunc*,

escludendo che la naturale retroattività della sentenza costituisca un imperativo dogmatico.

E, invero, già nel passato si era voluto modulare nel tempo gli effetti di una sentenza di annullamento, ogniqualvolta – nella peculiare situazione controversa – questo consentisse di apprestare una migliore tutela alla parte ricorrente^[26] (quanto consente di giustificare il *prospective overruling* rispetto ai fondamentali della tutela giurisdizionale effettiva, così come individuati dalla Corte costituzionale nella sentenza *Fragd*^[27]).

Nella vicenda in esame l'Adunanza plenaria ha, tuttavia, inteso andare oltre, volendo addirittura conformare la futura azione della P.A.

Il giudice della nomofilachia amministrativa ha infatti, da ultimo, inteso proiettare la sua statuizione verso il futuro, assegnando in questo modo alla tutela giurisdizionale una funzione proattiva (di evitare l'insorgenza di futuri contrasti sull'applicazione della norma), che senz'altro rompe con la tradizione (ma più probabilmente è un'esigenza dogmatica), secondo la quale la giustizia è piuttosto funzionale a risolvere controversie insorte nel passato.

Nelle sentenze in commento si legge, invero, che «*Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ... sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*».

Quanto sembrerebbe da escludere, se non altro, perché l'art. 34 c.p.a. statuisce ora inequivocabilmente che «*in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati*»^[28].

E, in effetti, si è addirittura affermato – in un primo sommario commento alle due sentenze dell'Adunanza plenaria – che «*non si può però mancare di segnalare l'oggettiva difficoltà di ricondurre al potere giurisdizionale la "decisione" di procrastinare al 31 dicembre 2023*»^[29].

Vi è, però, che la nomofilachia^[30] è indubbiamente strumento di tutela dell'individuo (l'unificazione giurisprudenziale è a garanzia della correttezza della decisione), ma è altresì a salvaguardia della legalità obiettiva (a evitare l'eccesso di potere giurisdizionale). Quanto introduce al fondamentale distinguo di Canelutti tra lo «*scopo negativo*» della nomofilachia (la tutela della legge

dall'eccesso di potere del giudice, che volesse assegnare alla norma un significato diverso da quello consentito dai sintagmi di cui si compone il suo precetto, in tal modo facendosi egli stesso legislatore^[31]) dallo «*scopo positivo*» (la formazione di una sentenza giusta attraverso l'uniformazione giurisprudenziale)^[32]. Ciò che consente di accomunare la giurisdizione della nomofilachia (nel perseguimento del suo «*scopo negativo*») a quella del giudice delle leggi. Tant'è che la prima definizione del *Tribunal de cassation* (l'antesignano della nostra Cassazione) fu appunto quella di «*la garde du corps des lois*»^[33]. Entrambe le giurisdizioni sono, dunque, istituite a presidio del «*contratto sociale*»^[34] (la tutela del diritto obiettivo, in termini più attuali). Donde, il parallelismo della Corte di cassazione – a giustificazione del proprio *prospective overruling* – tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva (lo «*scopo negativo*» della nomofilachia è funzionale all'effettività della norma e in questa prospettiva la statuizione del giudice della nomofilachia si congiunge alla norma, divenendo il diritto vivente), negando in ragione di ciò la retroattività del nuovo principio di diritto da essa affermato, perché «*ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza*»^[35].

Quanto (la differenziazione tra «*scopo negativo*» e «*scopo positivo*» della nomofilachia) è, ora, reso evidente nel disposto dell'art. 99 c.p.a., che consente all'Adunanza plenaria di «*decide[re] l'intera controversia*» in tal modo uniformando la giurisprudenza con l'affermazione dell'unica sentenza giusta («*scopo positivo*»), ma le consente altresì di «*enunciare il principio di diritto*», eventualmente anche solo «*nell'interesse della legge*» («*scopo negativo*»).

Così che è, senz'altro, più agevole acconsentire all'estensione all'Adunanza plenaria (il giudice della nomofilachia amministrativa) del modello della *prospective overruling*, cui si sono adeguate diverse giurisdizioni costituzionali^[36].

Ciò che, invece, più difficilmente si conviene alla giurisdizione delle singole sezioni del Consiglio di Stato, cui è più semplicemente assegnato il compito di rendere giustizia rispetto a una concreta vicenda controversa^[37].

In effetti, l'Adunanza plenaria si era già espressa nel senso della «*praticabilità della prospective overruling, in forza della quale il principio di diritto, affermato in contrasto con l'orientamento prevalente in passato, non verrà applicato (con vari aggiustamenti) alle situazioni anteriori alla data della decisione [dove la] possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti*

i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata»^[38].

Quali che siano le perplessità (invero tante^[39]) che quella sentenza ha provocato^[40] – tanto da dare persino l’abbrivio a un atto di ribellione giurisdizionale^[41] –, quanto vi è qui di nuovo è che l’attivazione del *prospective overruling* consente addirittura all’Adunanza plenaria di impedire, per un certo determinato lasso di tempo, la disapplicazione di una norma nazionale in (dichiarato) contrasto con la norma europea di effetto diretto. Obietta

Ciò che attenta a uno dei fondamentali principi UE: l’uniforme applicazione del diritto comunitario; quanto costituisce un limite oltre il quale non può spingersi l’autonomia processuale degli Stati membri^[42].

E questo, ovviamente, induce a nuove riflessioni (e fa emergere ulteriori perplessità sull’uso disinvolto del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa).

4. La prospettiva comunitaria

La scelta di modulare nel tempo gli effetti delle sentenze d’annullamento, anche nel difetto di una espressa copertura legislativa (com’è, nel processo amministrativo, solo negli artt. 121 e 122 c.p.a., con riguardo agli effetti caducanti dell’annullamento della procedura di evidenza pubblica sui contratti stipulati dalla P.A.), già di per sé opinabile nella dogmatica del processo nazionale, diviene difficilmente giustificabile nella prospettiva comunitaria, quantunque, paradossalmente, proprio nell’erroneo richiamo ai principi del diritto UE l’Adunanza plenaria vorrebbe giustificarla.

Nel precedente di cui si è appena scritto^[43], invero, era controversa una vicenda (l’imposizione di un vincolo paesaggistico) che esauriva i suoi effetti all’interno dell’ordinamento interno, senza attingere alle norme dell’ordinamento comunitario. Quantunque l’Adunanza plenaria avesse giustificato l’ammissibilità della tecnica del *prospective overruling* nel richiamo a «*un principio affermato dalla Corte di Giustizia UE (e, meno incisivamente, dalla giurisprudenza costituzionale), che trova terreno fertile nel processo amministrativo*» e nel richiamo all’art. 1 c.p.a. (che consente di applicare nel processo amministrativo nazionale i principi del diritto europeo^[44]), in realtà il giudice della nomofilachia

amministrativa ha poi fatto applicazione, non già del principio UE, bensì di un principio del (immanente al) ordinamento nazionale, che ha solo una assonanza simbiotica con il principio affermato dalla giurisprudenza comunitaria (in effetti, quanto all'applicazione nel giudizio di annullamento, piuttosto, la piana applicazione del disposto 264, comma 2, TFUE^[45]).

Ora, invece, l'Adunanza plenaria pretende di modulare nel tempo gli effetti della sua sentenza, in relazione a una norma UE e in deroga ai principi del primato e dell'effetto diretto.

Ed è in questa (limitata) prospettiva che si vuole verificare la tenuta dogmatica del principio ora affermato dall'Adunanza plenaria; giacché non pare che il giudice della nomofilachia amministrativa si sia accorto di avventurarsi, con ciò, nell'esercizio di una potestà giurisdizionale semmai attribuita alla competenza esclusiva della Corte di giustizia (come poi meglio si dirà).

5. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 264, comma 2, TFUE

L'art. 264, comma 2, TFUE prevede che *«Se il ricorso è fondato la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi»*.

Questa facoltà di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento deliberata all'esito di un ricorso ex art. 263 TFUE era, in origine, limitata ai regolamenti (l'art. 174 del Trattato CEE stabiliva, infatti, che *«per quanto concerne i regolamenti, la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi»*).

Sicché, la Corte di giustizia ne faceva applicazione solo con riguardo agli *«atti a carattere puramente normativo»*^[46].

In seguito, con il Trattato di Lisbona, quella facoltà è stata genericamente estesa a tutti gli atti impugnati nel ricorso d'annullamento (art. 264, comma 2, TFUE).

La Corte di giustizia fa applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE e dunque affranca l'atto impugnato nel ricorso d'annullamento dagli effetti normalmente retroattivi della sentenza di accoglimento del ricorso ogniqualevolta, *«in considerazione di motivi di certezza del diritto, gli effetti di un tale atto possono*

essere conservati in particolare quando gli effetti immediati del suo annullamento comporterebbero conseguenze negative gravi per le parti interessate»^[47].

Quanto si giustifica, in particolare, quando «*la legittimità dell'atto impugnato sia contestata non a causa della sua finalità o del suo contenuto, ma per motivi attinenti all'incompetenza del suo autore o alla violazione di forme sostanziali*»^[48].

Normalmente, la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento è a evitare che essa retroagisca (in tal modo assegnando efficacia *ex nunc* alla pronuncia giurisdizionale); altre volte il giudice comunitario giunge persino a proiettare nel futuro (sia pure per un tempo limitato) la sterilizzazione degli effetti della sentenza d'annullamento – a tutela di interessi economici rilevanti –, per consentire alle istituzioni comunitarie di modificare la normativa in senso conforme ai Trattati^[49].

Si è, tuttavia, escluso che la limitazione degli effetti nel tempo della sentenza di annullamento di un atto comunitario potesse pregiudicare le «*imprese che hanno proposto prima della data della sua pronuncia un ricorso giurisdizionale o un reclamo equivalente*»^[50].

6. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estensibilità dell'art. 264, comma 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE

Pur nel difetto di un esplicito avallo normativo, la Corte di giustizia dispone degli effetti diacronici delle sue sentenze (similmente a come espressamente le è consentito di fare dall'art. 264, comma 2, TFUE) anche nei giudizi di rinvio pregiudiziale (di validità e di interpretazione) ex art. 267 TFUE^[51].

Quanto fu, per la prima volta, statuito dalla Corte di giustizia nel 1976, nella sentenza *Defrenne*^[52], inaugurando una giurisprudenza pretoria che, da allora, non è mai più stata smentita^[53].

Con riferimento al rinvio pregiudiziale di validità, l'applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE si giustifica, senz'altro, per l'analogia tra le due situazioni processuali^[54].

Quanto è, invece, da escludere con riguardo al rinvio pregiudiziale d'interpretazione^[55]: in un caso, la sentenza è dichiarativa, donde la retroattività

costituisce l'inevitabile conseguenza della sua struttura giuridica; nell'altro, invece, la sentenza è costitutiva, quanto consente alla norma processuale di modulare gli effetti nel tempo della pronuncia giurisdizionale (come si è dinanzi scritto, la retroattività non è coesistente all'annullamento, anche se talvolta è stata così intesa)^[56].

Nondimeno, la Corte di giustizia ha ritenuto che *«in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede»*^[57].

Sicché, il giudice comunitario ha operato, in questo caso, in assenza di una norma dei Trattati che gli consentisse di modulare gli effetti temporali delle sue sentenze^[58]; superando tuttavia il *deficit* normativo nel richiamo ai principi della certezza del diritto^[59] e della tutela del legittimo affidamento^[60].

Perciò, la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze interpretative della Corte di giustizia nel rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE si giustifica solo allorché sia indispensabile a tutela di un legittimo affidamento. E, al riguardo, *«fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario»*^[61].

Tuttavia, la stessa Corte di giustizia ha precisato che *«il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità [sicché] La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto»*^[62].

Quanto induce a una cauta applicazione del *prospective overruling* rispetto alle sentenze interpretative^[63].

Nello specifico, la Corte ha chiarito che la limitazione degli effetti di una

pronuncia su una domanda di interpretazione è da considerarsi assolutamente eccezionale ed è consentita *«soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando vi [è] un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute in particolare all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza relativa alla portata delle disposizioni comunitarie, incertezza cui avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione»*^[64].

La Corte di giustizia – sin dagli albori della sua giurisprudenza pretoria – ha esteso l'eccezionale potestà di modulare nel tempo gli effetti delle sue sentenze anche ai rinvii pregiudiziali, solo con riferimento agli effetti *erga omnes* delle sue pronunce interpretative, ma facendo, tuttavia, salva la naturale retrodatazione degli effetti delle sue sentenze, non solo con riguardo a chi avesse già proposto un'azione giudiziaria^[65], ma anche rispetto a chi si fosse attivato prima della sentenza interpretativa facendo valere stragiudizialmente il proprio diritto negato dalla norma anticomunitaria^[66].

Costituisce, invero, *ius receptum*, l'affermazione giurisprudenziale, a tenore della quale *«dev'essere prevista una deroga a tale limitazione degli effetti della ... sentenza a favore di coloro che, prima della data della sua pronuncia, abbiano avviato azione giurisdizionale ovvero proposto domanda equivalente, poiché, diversamente ragionando, verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario»*^[67].

Come già si è visto, non è, tuttavia, un principio assoluto^[68].

La Corte di giustizia ha, poi, precisato che a essa soltanto compete di limitare gli effetti nel tempo della sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta dal giudice del rinvio, affermando di conseguenza che *«gli effetti nel tempo di una decisione della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non possono dipendere dalla data di pronuncia della sentenza con cui il giudice nazionale statuisce definitivamente sul procedimento principale, e nemmeno dalla valutazione di quest'ultimo sulla necessità di preservare gli effetti giuridici della normativa nazionale in questione»*^[69].

Altro è a dirsi del fatto che sono, comunque, le norme nazionali (sulla

prescrizione e sulla decadenza) a stabilire le regole che possono limitare il diritto dei singoli di trarre vantaggio concreto dall'accertata illegittimità comunitaria di una norma nazionale (quanto è sempre possibile a ogni Stato membro di fare, nell'esercizio della sua autonomia processuale, sempreché le regole da esso autonomamente scelte non siano tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale e l'effettività della norma UE^[70]). Invero, «*benché gli effetti di una sentenza interpretativa della Corte retroagiscano normalmente sino alla data in vigore della norma interpretata, perché quest'ultima venga applicata dal giudice nazionale a fatti precedenti a tale sentenza occorre inoltre che siano state rispettate le modalità processuali nazionali, di natura sia sostanziale sia formale, stabilite per agire in giudizio*»^[71].

Si è tentato di conformare l'esercizio del *prospective overruling* a una regola astratta, distinguendo i casi in cui la Corte di giustizia si fosse limitata a dichiarare il significato di una disposizione attribuendole uno dei possibili significati individuati in base all'esperienza comune (quanto indurrebbe a ritenere consequenziale la naturale retrodatazione degli effetti dell'interpretazione al momento in cui la norma interpretata è entrata in vigore) da quelli in cui la sentenza fosse invece il formante di un nuovo diritto pretorio (quanto escluderebbe ordinariamente di farne retroagire i suoi effetti), e ancora distinguendo le ipotesi in cui l'interpretazione facesse sorgere diritti soggettivi dei privati nei confronti degli Stati membri (rispetto alle quali sarebbe connaturale l'efficacia retroattiva della sentenza) da quelle in cui invece la statuizione giurisdizionale facesse sorgere obblighi a carico dei privati (dove l'effetto *ex tunc* della sentenza sarebbe ammissibile solo a condizione che non sia in tal modo arrecato pregiudizio alla certezza del diritto e alla tutela del legittimo affidamento)^[72].

Ma il giudice comunitario ha sbrigativamente concluso nel senso che «*la norma di diritto comunitario interpretata nel modo indicato ha, fin dalla sua entrata in vigore, effetti conformi all'interpretazione data, senza che si debba distinguere fra il caso in cui le disposizioni in questione impongano oneri agli interessati e quello in cui attribuiscano loro vantaggi, e, in particolare, senza che si debba distinguere fra il caso in cui si tratti di importi che le amministrazioni nazionali avrebbero dovuto riscuotere, ma, violando il diritto comunitario, hanno ommesso di riscuotere, e quello in cui dette autorità abbiano riscosso importi violando tale diritto*»^[73]. In tal

modo, chiarendo definitivamente che si tratta di un potere discrezionale, dagli esiti non prevedibili *ex ante*, ma esclusivamente condizionato dalle particolarità del caso concreto.

In questo senso, infatti, l'Avvocato Generale Stix-Hackl nelle sue osservazioni nella causa *Banca Popolare di Cremona*^[74], dopo avere tentato una rappresentazione delle varie situazioni in cui fosse possibile modulare nel tempo gli effetti d'una sentenza su rinvio pregiudiziale e la ricostruzione di una sistematica delle differenti tecniche ammissibili di declinazione temporale dell'efficacia delle pronunce giurisprudenziali sui rinvii pregiudiziali, ha tuttavia concluso che «*qualsiasi decisione di limitare gli effetti nel tempo di una sua pronuncia dev'essere adottata in base ad un'analisi di ogni singolo caso concreto, alla luce volta per volta del complesso delle circostanze*».

7. I presupposti della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza nella giurisprudenza comunitaria

La Corte di giustizia consente di limitare nel tempo gli effetti delle sue sentenze solo nella ricorrenza di eccezionali circostanze: (i) quando vi sia «*un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente*»; (ii) quando «*i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione*»^[75].

Così definiti – in positivo – i presupposti per la limitazione degli effetti nel tempo delle sue sentenze, la Corte di giustizia ha, altresì, chiarito – in negativo – che «*le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non giustificano, di per sé, la limitazione dell'efficacia nel tempo di tale sentenza*»^[76]; giacché, «*se così non fosse, le violazioni di maggiore gravità sarebbero trattate più favorevolmente dal momento che sono queste che possono comportare implicazioni finanziarie di maggiore rilevanza per gli Stati membri [e poi] considerazioni di questa natura porterebbero ad una sostanziale riduzione della tutela giurisdizionale dei diritti*

che i contribuenti traggono dalla normativa fiscale comunitaria»^[77].

Si è, tuttavia, ritenuto che la Corte di giustizia segua un differente approccio, a seconda che la sentenza abbia un impatto economico verticale (nel senso che a sopportarne gli effetti sia lo Stato membro), piuttosto che abbia un impatto economico orizzontale (quando gli effetti ricadono su soggetti privati), ricavandosi dalla lettura della giurisprudenza un approccio meno rigoroso ad accordare il beneficio dell'irretroattività, quando a esserne avvantaggiato sia il privato in buona fede^[78].

Esemplare di questo maggiore rigore nei rapporti con gli Stati membri è la sentenza *Stradasfalti*^[79] (ove si è escluso il beneficio dell'irretroattività, quantunque la sentenza mettesse oggettivamente a rischio la tenuta del bilancio statale), se paragonato alla sentenza *Bosman*^[80], nella quale si sono invece modulati gli effetti della sentenza nel tempo, dando per postulato il rischio di gravi ripercussioni economiche che le associazioni calcistiche avrebbero altrimenti subito in conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità delle norme da loro emanate a disciplinare il trasferimento dei calciatori.

8. L'eresia

Come si è scritto, – per quante perplessità possa destare (e abbia destato) l'impiego del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa – vi sono valide ragioni (discendenti dai principi ordinamentali nazionali; dovendosi invece escludere la possibilità di applicare un principio comunitario) per condividere questo nuovo traguardo del processo amministrativo (sempreché si abbia l'accortezza di conciliare la tutela del legittimo affidamento con l'obbligo costituzionale di assicurare ai soggetti lesi dall'attività della P.A. una tutela giurisdizionale effettiva, secondo il monito espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza *Fragd*^[81]).

Altro è a dirsi della modulazione nel tempo degli effetti d'una sentenza da parte di un giudice nazionale con l'obiettivo di sospendere l'applicazione di una norma UE di effetto diretto.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE e, soprattutto, nell'estensione del *prospective overruling* anche al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE svela l'insostenibilità dogmatica (e l'eresia

comunitaria) delle due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria.

Concorrono a suffragare questa conclusione, due notazioni: una (risolutiva) di carattere processuale; l'altra (corroborante) di sostanza.

La prima (che è sì di carattere processuale, ma si riverbera nella sostanza del principio di uniforme applicazione del diritto UE) è di chiara evidenza: l'invasione di campo dell'Adunanza plenaria in una competenza esclusiva della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia ha chiarito che *«gli effetti nel tempo di una decisione della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non possono dipendere dalla data di pronuncia della sentenza con cui il giudice nazionale statuisce definitivamente sul procedimento principale, e nemmeno dalla valutazione di quest'ultimo sulla necessità di preservare gli effetti giuridici della normativa nazionale in questione»*^[82].

Quanto il giudice comunitario ha didascalicamente spiegato con l'affermazione che questa sua conclusione si impone in ragione del fatto che, altrimenti, *«se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con quest'ultimo, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»*^[83].

Vero è che la Corte di giustizia si è pronunciata con riferimento alla (im)possibilità del giudice del rinvio di modulare nel tempo gli effetti di una sentenza nazionale che facesse applicazione del principio di diritto affermato dal giudice comunitario all'esito di una interpretazione pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

È, tuttavia, di immediata evidenza che quella sua statuizione (che si giustifica nell'impossibilità di *«attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente»*) non può non valere anche con riferimento a una interpretazione della norma UE e all'accertamento del contrasto con essa della norma nazionale, cui sia giunto autonomamente il giudice nazionale, senza coinvolgere nel giudizio – attraverso il rinvio pregiudiziale – la Corte di giustizia.

In effetti, il giudice comunitario ha, tuttavia, riconosciuto che – nella ricorrenza di particolari circostanze – *«il giudice remittente potrà eccezionalmente essere autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere*

determinati effetti di un atto nazionale annullato»^[84]; ma ha avuto altresì cura di precisare che «una simile limitazione può essere ammessa unicamente nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta»^[85].

La Corte di giustizia ha, invero, precisato che, *«anche a voler ritenere che considerazioni analoghe a quelle sottese [alla] giurisprudenza, sviluppata riguardo agli atti dell'Unione, possano condurre, per analogia e a titolo eccezionale, a una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma, una siffatta sospensione, [è comunque nel rispetto delle] condizioni [che] potrebbero essere determinate solo dalla Corte»^[86].*

In questo modo, la Corte di giustizia ha, dunque, assegnato a se stessa il monopolio dell'esercizio di quell'eccezionale facoltà di acconsentire alla momentanea sospensione degli effetti conformativi di una norma UE sulle norme e sugli atti amministrativi nazionali^[87], ancorché, eventualmente, delegandone l'attuazione concreta al giudice nazionale sulla base di principi astratti (a valere quali condizioni di legittimazione all'esercizio del *prospective overruling*) da essa previamente definiti^[88].

Quanto sarebbe sufficiente a escludere la compatibilità comunitaria delle sentenze in commento.

E, dunque, la stessa possibilità che queste due statuizioni abbiano giuridica efficacia nel nostro ordinamento.

Invero – in somiglianza con quanto affermato dalla Corte di giustizia con riguardo agli effetti di un giudicato coinvolgente le competenze esclusive delle istituzioni UE e quindi la giurisdizione del giudice comunitario^[89] – si tratta di atti *ultra vires*, insuscettibili di produrre alcun giuridico effetto, perché destinati a incidere là (sulla *primauté* delle norme UE) dove nessun giudice nazionale può statuire^[90].

Donde, anche in questo caso, le sentenze in commento sono *inutiliter datae*^[91].

Inutile, dunque, soggiungere che l'Adunanza plenaria ha persino violato tutti i principi giurisprudenziali (a valere quali presupposti di legittimazione all'esercizio dell'eccezionale facoltà di modulare gli effetti nel tempo delle sentenze dichiarative di una violazione di una norma UE): primo fra tutti la sussistenza di un legittimo affidamento, vieppiù indotto dall'atteggiamento equivoco delle istituzioni comunitarie o degli altri Stati membri.

Quanto è, per vero, categoricamente da escludere nella vicenda dei rinnovi automatici delle concessioni demaniali, la cui illegittimità era da tempo stata dichiarata dal giudice comunitario^[92].

Ciò che è testimoniato dalla stessa argomentazione dell'Adunanza plenaria, a escludere la necessità di un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, giustificata dall'affermazione che «*Nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla c.d. "giurisprudenza Cilfit"*»^[93] non vi è l'obbligo del rinvio, altrimenti prescritto come cogente per le autorità giurisdizionali di ultima istanza.

Vale a dire (nel richiamo alla sentenza *Cilfit*) la ricorrenza nel caso concreto dei presupposti teorici dell'*acte clair*: «*la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*»^[94].

Ciò che difficilmente si acconcia al legittimo affidamento di chi abbia confidato sulla validità della norma contrastante con il principio perentoriamente (e inequivocabilmente) dichiarato dalla Corte di giustizia.

Donde, conclusivamente, l'insussistenza dei presupposti processuali (l'autorizzazione della Corte di giustizia) e di sostanza (il legittimo affidamento) che, eccezionalmente, consentirebbe al giudice nazionale di disporre la «*sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma*»^[95], senza con ciò infrangere i fondamentali principi comunitari del primato e della uniforme applicazione del diritto UE e senza invadere una competenza esclusiva della Corte di giustizia.

Da ciò consegue, secondo quanto recentemente statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Randstad*^[96], che «*In una situazione del genere, il rimedio contro la violazione [del diritto UE] derivante dalla giurisprudenza del supremo giudice amministrativo consiste nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro*».

Di più, trattandosi, qui, di un giudice che ha preteso di farsi legislatore (comunitario), sarà possibile altresì annullare le due sentenze dell'Adunanza

plenaria con un ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost., non essendovi dubbio di un eccesso di potere giurisdizionale^[97].

Quanto, appunto, conferma che le sentenze in commento sono *inutiliter datae*.

1. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18. Quantunque differenti siano gli estensori e (in parte) la composizione dei collegi, pressoché identico è il loro contenuto.
2. Corte di giustizia, 14/6/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, ha statuito che «l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo». Non è, tuttavia, del problema di diritto sostanziale che si vuole qui scrivere. Al proposito, si rinvia a F. Gaffuri, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, in Rivista CERIDAP, fascicolo n. 3/2021.
3. Problematica già da tempo affrontata e risolta da Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88, *Costanzo*, ove appunto si legge che «Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni».
4. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13 si era, in effetti, già espressa nel senso che «L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche». Quanto era già stato anticipato da Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755, con la quale – per la prima volta – si è affermato che la «sentenza debba avere unicamente effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, e non anche i consueti effetti *ex tunc* di annullamento, demolitori degli effetti degli atti impugnati, né quelli *ex nunc*». E ciò in ragione del fatto che, nella particolare vicenda in contenzioso, «l'annullamento *ex tunc* e anche quello *ex nunc* degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice *ex lege* l'associazione appellante». Su di essa hanno scritto, in senso critico, A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e*

- “non annullamento dell’atto illegittimo”, in Urb. app., 2011, 936 ss.; E. Follieri, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in Giur. it., 2012, 438 ss.; L. Bertozzi, *Sentenza che accoglie l’azione di annullamento amputata dell’effetto eliminatorio?*, in Dir. proc. amm., 2012, 1128 ss.. Ugualmente critico è il commento di M. Macchia, *L’efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in Giorn. dir. amm., 2011, 1310 ss., il quale tuttavia conclude nel senso che «*se, da un punto di vista teorico, l’ingresso nel processo amministrativo del potere di precisare l’efficacia della sentenza di annullamento, sotto le due forme dell’annullamento ex nunc ovvero della dichiarazione di perduranza degli effetti di un atto invalido, sembra a chi scrive un percorso del tutto naturale e in linea con i processi di maturazione degli strumenti a tutela dei privati, la cui paternità è tradizionalmente delle corti giurisdizionali, da un punto di vista pratico, si registrano viceversa maggiori perplessità*». Prima di allora, Consiglio di Stato, Sez. VI, 9/3/2011, n. 1488 era giunto ad affermare l’irretroattività della sentenza in esito a valutazioni equitative che l’avevano condotto a individuare una soluzione intermedia (tra l’accoglimento e la reiezione del ricorso) che tenesse «*ragionevolmente conto delle posizioni in conflitto*». Quanto pareva giustificarsi, piuttosto che con la negazione degli effetti *naturaliter* retroattivi d’una sentenza d’annullamento, nell’applicazione del principio ritraibile dall’art. 1227 c.c., che esclude dal risarcimento il danno imputabile al concorso colposo del danneggiato. Donde, l’impossibilità di ricavarne una qualunque indicazione dogmatica a consentire di modulare nel tempo gli effetti della sentenza d’annullamento.
5. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 6. Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88.
 7. Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, ove appunto si legge: «*Il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*».
 8. Corte costituzionale, 8/4/1991, n. 168.
 9. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 10. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 11. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 12. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 13. Al proposito, si rinvia a M. Giavazzi, *Anatomia del processo amministrativo (riflessioni sull’autonomia processuale degli Stati dell’UE)*, Napoli, 2021.
 14. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
 15. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 16. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 17. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 18. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
 19. C.E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di*

annullamento, in Dir. proc. amm., 2012, 282, sostiene che «*se il provvedimento amministrativo è sin dall'origine, illegittimo, e per ciò da quando è divenuto efficace, la sentenza del giudice, che ne accerta l'illegittimità e per questo l'annulla, non può che avere effetto retroattivo*». Quanto (l'effetto retroattivo della sentenza d'annullamento) costituisce, del resto, affermazione risalente. In questo senso, A. M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato, Napoli, 1963, 412, così definiva gli effetti delle decisioni di annullamento: «*Esso consiste infatti nella eliminazione, dal mondo del diritto, del provvedimento amministrativo annullato, con la conseguente eliminazione ex tunc della sua operatività giuridica, vale a dire con la instaurazione ex tunc di una situazione giuridica tale, quale sarebbe esistita se l'atto annullato non fosse mai stato posto in essere*».

20. Come osserva R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2008, 1105, a partire dal celebre *arrêt AC!* (CE Ass. 11/5/2004), anche la giurisprudenza francese ha dato avvio a un percorso giurisprudenziale inteso ad affermare un «*relâchement du lien entre annulation et effet rétroactif*», consentendo la modulazione degli effetti retroattivi della sentenza ogniqualvolta la naturale retroattività della sentenza («*l'acte annulé soit regardé comme étant jamais intervenu*») comporti «*conséquences manifestement excessives*». Sulla prospettiva d'Oltralpe, si rinvia al recente scritto di M. Condorelli, *Modulation des effets de l'annulation et protection de la sécurité juridique de la part du juge de l'excès de pouvoir*, in Dir. econ., 2021, 269 ss., la quale spiega come nella giurisprudenza del *Conseil d'État* l'esercizio della potestà di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento è eccezionale, volendosi riaffermare ogniqualvolta la regola generale della retroattività, sia pure giustificando talvolta la deroga a quel principio all'esito di un bilanciamento costi-benefici (certezza del diritto vs. legalità) della modulazione degli effetti della sentenza, da valutarsi in una istruttoria *ad hoc*, dovendo il giudice sollecitare al proposito il contraddittorio tra le parti. Quanto, per certi versi, vale a rinvigorire l'antico adagio «*juger l'administration, c'est encore administrer*». Ciò che allontana tuttavia il giudice amministrativo dall'esercizio della funzione giurisdizionale. Vi è, tuttavia, (come osserva l'A.) che nel processo amministrativo francese emerge – a differenza di quanto accade da noi – una marcata funzionalizzazione dell'azione alla tutela della legalità obiettiva. Quanto non consente di importare superficialmente nel nostro ordinamento acquisizioni dogmatiche e evoluzioni (ma forse meglio sarebbe dire involuzioni) giurisprudenziali, che hanno attecchito in un differente sistema processuale. Invero, in quel diverso ordinamento, orientato alla tutela della legalità obiettiva e dunque conformato a una più blanda verifica della legittimazione al ricorso, non necessariamente la scelta di non fare retroagire gli effetti della sentenza si riverbera nella negazione della tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive. Com'è, invece, inevitabilmente da noi.
21. In effetti, nei Paesi di *common law* è espressamente previsto che nel caso di mutamenti giurisprudenziale i giudici «*terranno a mente i pericoli insiti nel disturbare retroattivamente la base du cui sono stati conclusi contratti, o le negoziazioni in materia proprietaria o fiscale, come pure le particolari esigenze di certezza in materia penale*» (così il *Practice Statement* del 1966 nella traduzione offerta da V. Varano - V- Barsotti, *La*

tradizione giuridica occidentale, I, *Testi e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2006, 304). Non pare, tuttavia, si possa sovrastimare quanto accade in Gran Bretagna, nella considerazione del differente ruolo che vi svolge la giurisprudenza nella formazione delle norme giuridiche e il differente effetto conformativo dello *stare decisis*. Nondimeno, quella prassi giudiziaria è indiziaria dell'esigenza – per così dire – di carattere globale di conciliare i principi di legalità e di certezza del diritto, talvolta sacrificando il primo a tutela del secondo.

22. F. Satta, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospettive 'outruling'*, in giustamm.it, 2018, risolve sbrigativamente la questione con l'osservazione d'ordine pratico che «sostenere di non applicare il *prospective outruling* perché non è in potere della giurisprudenza stabilire il grado di retroattività delle proprie determinazioni, all'uopo occorrendo una disposizione legislativa ad hoc, sembra alquanto anacronistico ove si consideri, a tacer d'altro, che già da tempo il giudice amministrativo, pur non essendo facultato da alcuna norma processuale a disporre degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, ritiene di potere temperare la tradizionale regola dell'efficacia retroattiva di tali pronunce».
23. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755. A commento della sentenza, si veda, tra gli altri, F. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento*, cit., 1128 ss., il quale ritiene che fosse possibile realizzare altrimenti l'obiettivo dichiarato di meglio soddisfare l'interesse del ricorrente alla migliore tutela dell'ambiente, svolgendo (o modificando d'ufficio la domanda di annullamento in) una domanda di condanna a un *facere* della P.A. (la rinnovazione del procedimento pianificatorio con acquisizione della VAS). Quanto, tuttavia, sarebbe compatibile con il principio dispositivo solo a intendere (come l'A. suggerisce) la domanda di condanna pubblicistica implicitamente contenuta nella domanda di annullamento. Ciò che – per vero – pare sollevare perplessità d'ordine dogmatico forse anche superiori a quelle che sollecitano il *prospective outruling*. Al proposito, A. Travi, *Accoglimento*, cit., 937, osserva che, peraltro, la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento non è nemmeno idonea al perseguimento dell'obiettivo, giacché «ai fini della applicazione di un divieto elemento della fattispecie è anche la illegittimità del divieto [sicché] se il divieto è stato posto da un atto illegittimo, la sua violazione non è sanzionabile. E nel nostro caso lo stesso Consiglio di Stato ha accertato l'illegittimità dell'atto».
24. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 143, afferma il «carattere non assoluto alla retroattività dell'annullamento» con riguardo all'annullamento d'ufficio, in ciò rifacendosi al classico insegnamento di G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 214. Nondimeno, egli esclude la possibilità di graduare gli effetti dell'annullamento nell'esercizio di una funzione giurisdizionale o para-giurisdizionale, con riferimento alle quali «non si potrebbero graduare gli effetti dell'annullamento dell'atto se non in presenza di norme derogatorie espresse, le quali proteggessero determinate situazioni giuridiche soggettive anche contro gli effetti della sentenza o dell'atto ad essa materialmente

assibilabile».

25. Casi che – secondo taluni autori – dovrebbero essere, tuttavia, individuati attraverso l'intermediazione della legge, così come previsto dall'art. 113, comma 3, Cost., che, appunto, prevede che «*La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblicazione amministrativa nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*». In questo, senso, tra gli altri, A. Travi, *Accoglimento*, cit., 938. M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze*, cit., 1313, obietta tuttavia che la norma costituzionale si giustificò storicamente quale soluzione di compromesso sulla rivendicazione di Calamandrei che «*della lesione dei diritti fosse unico giudice quello ordinario*», volendo appunto il Costituente con quella formula rinviare al legislatore ordinario il riparto di compiti tra le giurisdizioni e la soluzione del contrasto. Così che la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento non sembra, per vero, contrastarla.
26. Quanto parrebbe porsi in contrasto con il carattere tipico dell'azione di annullamento, in violazione del più generale principio della tipicità delle azioni nel processo amministrativo. In questo senso, A. Travi, *Accoglimento*, cit., 938.
27. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
28. In questo senso, M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze*, cit., 1315, individua l'ostacolo di una azione di accertamento nel processo amministrativo nell'art. 34 c.p.a, nel richiamo a quanto sostenuto da B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 190, secondo il quale «*il provvedimento giurisdizionale dichiarativo, se rapportato alle situazioni soggettive, pone nel presente un criterio di qualificazione di fatti futuri in seguito alla ricognizione di fatti passati*».
29. M.A. Sandulli, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in www.federalismi.it, 2021.
30. Sulla funzione nomofilattica («*le garanzie che mirano a far sì che il giudice, nella premessa maggiore del suo sillogismo, ponga una massima giuridica conforme alla legge*») si rinvia al fondamentale insegnamento di P. Calamandrei, *La Cassazione civile* (Parte seconda), Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VII, Roma, 2019. Quanto ci consente di avvertire che, «*Quando si parla di una interpretazione vera, contrapposta ad una interpretazione falasa della stessa legge, si intende sempre riferirsi ad un concetto di verità o di falsità relativa*» (ivi, pag. 99). Donde la constatazione – fondamentale ai fini che qui interessano – che «*la verità o la falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile e incerto*» (ivi, pag. 100). Così che la funzione nomofilattica, quantunque funzionale ad affermare la certezza del diritto nei suoi rapporti con la giurisprudenza dei giudici di merito (operando in coppia con la funzione di «*unificazione giurisprudenziale*»), è tuttavia inevitabilmente destinata a creare l'incertezza del diritto ogniqualvolta il giudice della nomofilachia sia chiamato a interpretare una legge oscura che ammette una molteplicità di interpretazioni. Donde, la necessità di salvaguardare la certezza del diritto rispetto all'esercizio della funzione nomofilattica (che pure ne è il

principale strumento di garanzia), attraverso la modulazione nel tempo degli effetti della giurisprudenza del giudice della nomofilachia, ogniqualvolta si manifesti in concreto la natura ontologicamente variabile e incerta della sua giurisprudenza. Sicché, è senz'altro da condividere l'affermazione di A De Siano, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in Dir. proc. amm., 2019, pag. 1164, che «tra nomofilachia e prospective overruling corra un rapporto di strumentalità del tutto esclusivo».

31. Ad avvalorare questa prospettiva, è senz'altro interessante quanto si legge in Corte di giustizia, 21/12/2021, causa C-497/20, *Randstad*: «A tal riguardo, il giudice del rinvio ritiene che, quando il Consiglio di Stato effettua un'applicazione o un'interpretazione di disposizioni nazionali che risulti incompatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte, esso eserciti un potere giurisdizionale di cui è privo. In realtà, eserciterebbe in tal caso un potere di produzione normativa che non rientrerebbe nemmeno nella competenza del legislatore nazionale. Ciò costituirebbe un difetto di giurisdizione che dovrebbe poter essere impugnabile».
32. P. Calamandrei, *La Cassazione civile* (Parte seconda), cit., 54.
33. P. Calamandrei, *La Cassazione civile* (Parte prima), Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VI, Roma, 2019, 381, nel richiamo alle discussioni tenute nell'Assemblea Nazionale francese del 25/5/1790.
34. J.J. Rousseau, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, nella traduzione di G. Mennini, Parigi, 1796.
35. Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.
36. Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10, nella quale si legge: « Questa Corte ha già chiarito (sentenze n. 49 del 1970, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966) che l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte; esso, tuttavia, non è privo di limiti. Anzitutto è pacifico che l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le "situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili" ovvero i "rapporti esauriti". Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza dei rapporti giuridici ... Inoltre, come il limite dei "rapporti esauriti" ha origine nell'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto, così ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito ... Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo. Del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali

europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale».

37. E. Follieri, *L'Adunanza plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in Urb. app., 2018, 395, afferma che «il potere di modulare la portata temporale delle pronunce appartiene alle sentenze della Plenaria nella parte in cui dichiarano l'interpretazione della norma, non è un principio affermato per il giudice, quando annulli l'atto illegittimo e come possibile effetto della sentenza di annullamento».
38. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.
39. A commento di essa, si veda E. Follieri, *L'Adunanza plenaria*, cit., 373 ss., il quale, in effetti, condivide l'estensione del *prospective overruling* alla norma sostanziale, ma nondimeno esprime delle perplessità sia in ordine al richiamo ai principi comunitari (giacché «Non si può pensare di applicare disposizioni dettate per il processo comunitario al processo amministrativo poiché ogni processo ha una sua sistematica e struttura che rendono i "trapianti" dall'uno all'altro forieri di possibili "rigetti"»), sia con riferimento alla giustificazione della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza interpretativa del giudice della nomofilachia amministrativa, nell'improprio richiamo all'art. 34 c.p.a. e all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990. A. Cassatella, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in Dir. proc. amm., 2018, 1133 ss., del pari disconosce l'esistenza di un principio UE che attribuisca al giudice un potere di modulazione degli effetti annullamento. M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in Foro it., 2018, III, 163 ss., obietta che l'Adunanza plenaria sarebbe incorsa nell'errore di assimilare la modulazione della sentenza di annullamento alla modulazione degli effetti della sentenza interpretativa e, comunque, oppone che, a differenza di quanto consentito alla Corte di giustizia dall'art. 274, comma 2, TFUE, manca una previsione analoga nell'ordinamento italiano, soggiungendo a conclusione che, oltretutto, il giudice amministrativo non avrebbe in questo modo tutelato un legittimo affidamento, bensì ragioni di interesse pubblico (la tutela del paesaggio).
40. Si dubita che il *prospective overruling* possa essere impiegato a paralizzare nel tempo l'efficacia di una norma di diritto sostanziale, essendo esso piuttosto riferibile alle sole norme processuali. Quanto corrisponde all'insegnamento di Corte di cassazione, Sez. un., 12/2/2019 n. 4135, volendo essa individuare il suo presupposto legale nell'art. 153 c.p.c., alla stregua del quale «La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini». Sicché, un simile potere di interferire con l'efficacia di una legge «non è conferito al giudice in presenza di orientamenti interpretativi innovativi di norme di diritto sostanziale che incidono su atti di

- autonomia privata o fatti illeciti o comunque compiuti, sui quali neppure al legislatore è consentito di intervenire (arg. ex art. 11 disp. gen.), vertendosi su un terreno extraprocessuale cui è estraneo l'istituto della rimessione in termini».* Ciò in sintonia, peraltro, con Consiglio di Stato, Ad. plen., 23/2/2018, n. 1, che ha, appunto, definito i presupposti che cumulativamente devono ricorrere per giustificare la modulazione nel tempo delle sentenze del giudice della nomofilachia amministrativa: «a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto overruling comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte». In senso contrario, si è di recente espresso A. De Siano, *Il prospective overruling*, cit., pag. 1165, il quale ritiene «ancor meno persuasiva la utilizzazione del prospective overruling nei confronti delle sole disposizioni di natura processuale, in quanto il potere nomofilattico può essere esercitato verso qualunque disposizione, pure di natura sostanziale».
41. TAR Molise, 5/3/2018 n. 117, ove si afferma che «la limitazione pro futuro degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza Plenaria equivale alla creazione di una norma transitoria, in funzione para-normativa che non può vincolare il giudice di primo grado, in quanto recessiva rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101 Cost».
 42. Corte di giustizia, 21/9/1983, causa 205/82, *Deutsche Milchkontor*.
 43. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.
 44. Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.
 45. E. Follieri, *L'ingegneria processuale*, cit., 2012, 438 ss., osserva al proposito che «*Qui non si tratta di recepire principi del diritto comunitario, ma di voler applicare una disposizione dettata per un giudizio ad altro giudizio. Ogni processo ha le sue regole che non possono disinvoltamente trasmigrare da uno ad altro processo*».
 46. Corte di giustizia, 30/9/1982, causa 108/81, *Amylum*.
 47. Corte di giustizia, 2/9/2021, causa C-180/20, *Commissione/Consiglio (Accord avec l'Arménie)*.
 48. Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-660/13, *Consiglio/Commissione*. Nello stesso senso, anche Corte di giustizia: 20/9/2017, causa C-183/16, *Tilly-Sabco/Commissione*, 1/12/2015, cause riunite C-124/13 e C-125/13, *Parlamento/Consiglio*; 28/4/2015, causa C-28/12, *Commissione/Consiglio*; 26/11/2014, cause riunite C-103/12 e C-165/12, *Parlamento e Commissione/Consiglio*; 22/10/2013, causa C-137/12; 6/9/2012, causa C-490/10, *Commissione/Consiglio*; 1/4/2008 cause riunite C-14/06 e C-295/06, *Parlamento e Danimarca/Commissione*. In questo senso, recentemente, si è espresso anche il Tribunale UE, 9/6/2021, causa T-665/29, *Ryanair*, che ha altresì considerato che la retrodatazione degli effetti della sentenza avrebbe negativamente inciso su di «*un contesto economico e sociale già funestato dalla pandemia di COVID-19*». Altre volte, la sterilizzazione degli effetti della sentenza d'annullamento si giustifica nel perseguimento dell'obiettivo di «*evitare una discontinuità o una regressione nell'attuazione di politiche*».

- condotte o sostenute dall'Unione, come in materia di protezione dell'ambiente o di sanità pubblica»* (Tribunale UE, 27/1/2021, causa T-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*. In questo senso, anche Corte di giustizia: 16/4/2015, cause riunite C-317/13 e C-679/13, *Parlamento/Consiglio*; 28/11/2006, causa C-414/04, *Parlamento/Consiglio*; 25/2/1999, cause riunite C-164/97 e C-165/97, *Parlamento/Consiglio*).
49. Tribunale UE, 13/12/2018, cause riunite T-339/16, T352/16 e T-391/16, *Portogallo/Commissione*. Quanto corrisponde a un risalente principio affermato da Corte di giustizia 29/6/1988, causa 300/86, *Van Landschoot*.
50. Corte di giustizia, 22/12/2008, causa C-333/07, *Régie Networks*.
51. Corte di giustizia, 9/2/2017, causa C-585/15, *Raffinerie Tirlémontoise*, ove si legge: *«qualora lo giustifichino esigenze imperative di certezza del diritto, la Corte può avvalersi, in forza dell'articolo 264, secondo comma, TFUE, applicabile per analogia anche nell'ambito di un procedimento pregiudiziale vertente sulla validità degli atti dell'Unione, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, di un potere discrezionale per stabilire, in ciascun caso concreto, quali effetti di tale atto debbano considerarsi definitivi»*.
52. Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.
53. Risalgono a questo primo periodo tre coeve sentenze nelle quali la Corte di giustizia statui che l'accertata illegittimità di un regolamento comunitario *«non consente di rimettere in discussione la riscossione o il versamento degli importi compensativi monetari effettuati dalle autorità nazionali, in base a detto regolamento, per il periodo anteriore alla data della presente sentenza»* (Corte di giustizia: 15/10/1980, causa 4/79, *Providence Agricole de la Champagne*; 15/10/1980, causa 109/79, *Maiseries de Beauce*; 15/10/1980, causa 145/79, *Roquette Frères*; nelle tre sentenze, il principio è riproposto pressoché con la medesima espressione letterale). Ciò che condusse la Corte di giustizia a escludere dagli effetti della sentenza anche quegli stessi soggetti coinvolti nel giudizio di rinvio. Quanto difficilmente reggerebbe, ora, la verifica di compatibilità di quella giurisprudenza con l'art. 24 Cost. (a valere quale controlimita). Ma – come vedremo – la giurisprudenza della Corte di giustizia si è però, poi, raffinata, escludendo dalla modulazione nel tempo degli effetti della sentenza coloro che *«abbiano proposto un ricorso giurisdizionale o presentato un reclamo equivalente»* (Corte di giustizia, 15/1/1986, causa 41/84, *Pinna*).
54. R. Baratta, *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne?*, in Giust. civ., 2006, 2275. Ciò perché *«Tale possibilità si fonda infatti sull'interpretazione dell'art. [264 TFUE], in considerazione del rapporto di necessaria coerenza tra il rinvio pregiudiziale nell'ambito del quale la Corte si pronuncia sulla validità di un atto comunitario e il ricorso d'annullamento, i quali costituiscono i due aspetti del sindacato di legittimità voluto dal Trattato»* (Corte di giustizia, 26/4/1994, causa C-228/92, *Roquette Frères*).
55. Eppure – come si è dinanzi anticipato – la prima applicazione dell'art. 264, comma 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE si è avuta nella sentenza Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*, con riferimento a una sentenza interpretativa. Dunque, in una situazione processuale non consentita da alcuna norma dei Trattati (nemmeno amplificata nel suo perimetro di azione dall'estensione analogica del suo precetto).

56. Difatti, «*L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. [267 TFUE] chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore [sicché] la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa*» (Corte di giustizia, 27/3/1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*).
57. Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*.
58. P. Mariani, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generali e tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 636.
59. Corte di giustizia, 2/2/1988, causa 24/86, *Blaizot/Université de Liège*.
60. Come ci rammenta la stessa Corte di giustizia, «*secondo costante giurisprudenza, il principio della certezza del diritto costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, il quale esige, segnatamente, che la normativa sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza*» (Corte di giustizia, 26/10/2006, causa C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Cosun*). Quanto è direttamente da essa collegato al principio del legittimo affidamento, che «*costituisce il corollario del principio della certezza del diritto ... ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario*» (Corte di giustizia, 15/2/1996, causa C-63/93, *Duff*).
61. Corte di giustizia, 5/3/1996, cause riunite 46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*.
62. Corte di giustizia, 22/3/1961, cause riunite 42/59 e 49/59, *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità*.
63. Questo (consolidato) orientamento giurisprudenziale è stato da ultimo così riassunto dalla Corte di giustizia: «*conformemente ad una giurisprudenza costante, l'interpretazione che la Corte dà di una norma del diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata di tale norma, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione [sicché] Solo in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, vale a dire la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti*» (Corte di giustizia, 18/11/2021, causa C-413/20, *Bluetail Flight School*).
64. Corte di giustizia, 11/8/1995, cause riunite da C-367/93 a C-377/93, *Roders*.
65. Corte di giustizia: 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*. In questo senso anche Corte di giustizia: 9/9/2004, causa C-72/03, *Carbonati Apuani*; 14/9/1995, causa C-485/93, *Simitzi*. In ragione di ciò (a volere realizzare un utile compromesso tra l'effettività della tutela giurisdizionale e il principio della certezza del diritto) l'Avvocato Generale Antonio

Tizzano nelle sue conclusioni nella causa C-292/04 suggerì di ammettere a usufruire della normale retroattività della sentenza interpretativa solo chi avesse intrapreso un'azione giudiziaria anteriormente alla pubblicazione sulla GUUE dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, giacché «*si può ragionevolmente ipotizzare che è da quella data che la possibilità di un recupero abbia avuto adeguata pubblicità e che quindi si sia risvegliata l'attenzione anche dei soggetti meno diligenti*». In tal modo, dunque, discriminando tra chi si fosse diligentemente adoperato per la tutela dei propri diritti (e che sarebbe ingiustamente frustrato dall'irretroattività della sentenza) e chi, invece, avesse sostanzialmente prestatato acquiescenza all'atto comunitariamente illegittimo. Quanto si tradusse poi nella seguente affermazione dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle sue osservazioni nella causa C-475/03: «*Se un'eccezione dev'essere stabilita a favore di azioni avviate prima di una certa data ... essa deve soddisfare le seguenti condizioni: dev'essere la più oggettiva possibile; deve dare la possibilità di distinguere il più possibile tra le azioni avviate tempestivamente, nella convinzione che fossero realmente fondate, e nondimeno con un certo rischio vista l'incertezza del loro risultato, e quelle avviate in epoca successiva, nella prospettiva di un successo considerato abbastanza probabile; e deve essere tale da risolvere efficacemente il problema posto dal numero estremamente elevato di ricorsi*».

66. Corte di giustizia: 16/7/1992, causa C-163/90, *Administration des douanes e droits indirects/Legros e a.*; 2/2/1988, causa 24/86, *Blaizot/Université de Liège*.
67. Corte di giustizia, 4/5/1999, causa C-262/96, *Sürül*.
68. R. Baratta, *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne*, cit., 2276, sostiene che, in linea di principio, «*una pur soggettivamente ristretta retroazione della sentenza è stata in principio salvaguardata*». Ma si tratta, appunto, di una prassi ordinariamente seguita. Non di un imperativo categorico, come pure i principi fondamentali del nostro ordinamento, invece, richiederebbero, secondo quanto statuito da Corte costituzionale, 21/4/1989, n. 232. Invero, Corte di giustizia, 27/2/1985, causa 112/83, *Produits de maïs*, ha statuito che «*Spetta quindi alla Corte, qualora si valga della possibilità di limitare l'efficacia in passato di un accertamento d'invalidità nell'ambito dell'art. [267 TFUE], il determinare se una deroga a tale limitazione dell'efficacia temporale della sentenza possa essere fatta a favore, vuoi dell'attore dinanzi al giudice nazionale, vuoi di qualsiasi altro operatore economico che abbia agito nello stesso modo prima dell'accertamento d'invalidità, ovvero, anche per gli operatori economici che abbiano preso tempestivamente iniziative intese a far salvi i loro diritti, la dichiarazione d'invalidità con effetto solo ex nunc costituisca un rimedio adeguato*». Allo stesso modo, anche Corte di giustizia, 15/1/1986, causa 41/84, *Pinna*.
69. Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima*.
70. Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*.
71. Corte di giustizia, 15/9/1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*.
72. Nelle cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, si era sostenuto dalle parti coinvolte nel giudizio che «*Mentre, allorché la Corte si limita a dichiarare il significato di una disposizione, è lecito ritenere spontaneamente che l'interpretazione valga dal momento in cui*

la disposizione interpretata è entrata in vigore; la situazione è diversa quando la sentenza colma le lacune del sistema apparendo come una sorta di diritto pretorio. Nella prima ipotesi, nulla si oppone all'efficacia retroattiva della sentenza d'interpretazione allorché essa fa sorgere per i soggetti privati nei confronti degli Stati membri, diritti soggettivi che i giudici nazionali debbono tutelare, ma se la sentenza fa sorgere obblighi a carico dei privati, bisogna accertare che l'effetto "ex tunc" della sentenza stessa non contraddica elementari esigenze di certezza del diritto. L'efficacia retroattiva della sentenza interpretativa non presenta difficoltà nella misura in cui il significato attribuito dalla Corte alla norma interpretata costituisce uno dei possibili significati individuati in base all'esperienza comune. Al di fuori di tal caso, l'efficacia "ex tunc" della sentenza interpretativa è ammissibile solo nella misura in cui il diritto comunitario non escluda, a certe condizioni, l'efficacia retroattiva dei suoi atti normativi».

73. Corte di giustizia, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Meridionale industria salumi*.
74. Conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nella causa C-475/03.
75. Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*.
76. Corte di giustizia, 23/5/2000, causa C-104/98, *Buchner*.
77. Corte di giustizia, 11/8/1995, causa C-367/93, *Roders e a./Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*.
78. P. Mariani, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali*, cit., 2007, 639.
79. Corte di giustizia, 14/9/2006, causa C-228/05.
80. Corte di giustizia, 15/12/1995, causa C-415/93.
81. Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.
82. Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité)*.
83. Corte di giustizia, 25/6/2020, causa C-24/19, *A e a. (Impianti eolici ad Aalter e Nevele)*.
84. Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*.
85. Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité)*.
86. Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409-06, *Winner Wetten*.
87. M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling*, cit., 163 ss., sostiene di contro «l'indifferenza del giudice comunitario sulla questione». Quanto, tuttavia, non è condivisibile.
88. Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*.
89. Corte di giustizia, 19/12/2018, causa C-219/17, *Berlusconi*.
90. Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88, *Zuckerfabrik* ha eccezionalmente consentito al giudice nazionale di «concedere la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo adottato a stregua di un regolamento comunitario [illegittimo]», in tal modo acconsentendo alla (indiretta) sospensione dell'efficacia delle norme UE da parte delle autorità giurisdizionali dei singoli Stati membri, così da infrangere (provvisoriamente) il dogma della uniforme applicazione del diritto UE. Ma ciò essa ha acconsentito di fare solo perché non vi era altra via per coniugare il principio del primato del diritto

comunitario e della sua uniforme applicazione e quello di effettività della tutela giurisdizionale di cui è imprescindibile espressione la tutela cautelare (N. Trocker, *Civil Law e Common Law nella formazione del diritto processuale europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 445). Quanto già di per sé aveva, tuttavia, sollevato commenti critici. In questo senso, tra gli altri, J. Mertens de Wilmars, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, in SEW, 1986, 40. È, dunque, da escludere che la sospensione provvisoria dell'efficacia delle norme UE possa giustificarsi persino a detrimento dell'effettività della tutela giurisdizionale, per il soddisfacimento del legittimo affidamento eventualmente indotto dall'equivocità della norma comunitaria. Invero, quel legittimo affidamento (se sussistente, come non lo è nella vicenda in esame) potrebbe esaustivamente essere tutelato a livello accentrato dal giudice comunitario, senza compromettere le esigenze della *primaauté* comunitaria e, soprattutto, senza infrangere l'uniforme applicazione delle norme UE sull'intero territorio comunitario.

91. M. Giavazzi, *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in Riv. ital. dir. pubbl. com., 2019, 683 ss.
92. Corte di giustizia, 14/6/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.
93. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.
94. Corte di giustizia, 6/10/1982, causa 283/81, *Cilfit*.
95. Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409-06, *Winner Wetten*.
96. Corte di giustizia, 21/12/2021, causa C-497/20.
97. In questo senso, nell'affermazione di un più generale principio, Cassazione civile, Sez. un., 4/6/2021, n. 15569 «*L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, denunciato in sede di ricorso alle Sezioni Unite di sentenza di giudice speciale, è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete*».

Il futuro prossimo delle “concessioni balneari” dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?

Alessia Monica

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-12

L'analisi ha origine dalle “sentenze gemelle” nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato destinate ad incidere sul futuro delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative. A partire dalla conferma dell'illegittimità dell'istituto della proroga automatica, poiché in contrasto sia con l'art. 49 TFUE che con l'art. 12 della Direttiva servizi, si intende soffermarsi, in particolare, sulla questione dell'interesse transfrontaliero. Quest'ultimo è, infatti, definito dai giudici amministrativi quale necessariamente esistente e non da determinare sulla base del contesto. Il che impone una riflessione sull'attività futura delle pubbliche amministrazioni chiamate a predisporre le procedure di aggiudicazione delle concessioni in scadenza sulla base delle prossime indicazioni del legislatore. Le stesse pronunce si fanno creatrici del diritto: non solo esse spostano a fine 2023 gli effetti del giudicato, ma non rinunciano ad offrire al legislatore dei criteri chiari e ben precisati per il riordino della materia.

The forthcoming future of marine state property concessions following the decision of the Plenary Assembly of the Council of State: nihil medium est?
The analysis stems from the judgment n. 17 (and its “twin” n. 18) of the Plenary Assembly of the Council of State concerning the future of state-owned maritime concessions used for touristic and recreational purposes. Starting from the confirmation of the illegitimacy of the automatic extension, as contrary to both Article 49 TFEU and Article 12 of the Services Directive, the key focus of attention is on highlighting how the administrative judges define the cross-border interest of state concessions as necessarily existing and not to be established because of the context. This implies a reflection on the future activity of public administrations called to set up the procedures for the award of expiring concessions, according to the forthcoming indications of the legislator. The judgment itself attempts to create the law: not only does it postpone the effects until the end of 2023, but it offers the legislator clear and

established criteria for the reform of the sector.

1. La parola “fine” ad una “lunga vicenda”?

Il 9 novembre sono state pubblicate le “sentenze gemelle” nn. 17 e 18 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato^[1] riguardanti il futuro del quadro giuridico-amministrativo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico - ricreative. Le pronunce appaiono degne di nota sotto diversi e complessi aspetti, i quali spaziano dal diritto sostanziale a quello processuale, dal diritto amministrativo al diritto europeo e costituzionale, proiettandosi direttamente sul destino di un intero comparto economico^[2]. Esse presentano perciò valore non solo sul piano giuridico, ma si riflettono in maniera determinante sul contesto politico, nonché dei rapporti tra Italia e Unione europea in un periodo storico in continuo mutamento. Non di minore rilevanza, preannunciano un’intensa attività sul versante amministrativo per quanto concerne la necessità di predisporre, da qui a due anni, i bandi di aggiudicazione delle parti di demanio marittimo affidate in concessione ai privati.

Riassumendo brevemente: avendo ravvisato molti profili controversi nella disciplina della materia, il Presidente del Consiglio di Stato ha richiesto la pronuncia dell’Adunanza Plenaria ai sensi dell’art. 99 c.p.a. al fine di assicurare certezza di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate, nonché uniformità di orientamenti da parte della stessa giustizia amministrativa^[3]. Prima di decidere in merito ad una controversia, il Presidente del Consiglio di Stato, anche d’ufficio, può deferire all’Adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di particolare importanza, ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali^[4]. Nel caso delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative tali presupposti sono ricorsi entrambi: è fatto notorio il forte clamore mediatico che ha atteso e fatto seguito alla pronuncia. Al contempo, il contenzioso giurisprudenziale ha interessato ogni organo e grado di giudizio, distinguendosi per la forte disparità tra gli orientamenti^[5].

In estrema sintesi, dunque, le sentenze hanno cristallizzato tre principi di diritto molto importanti: essi indirizzano il futuro delle concessioni demaniali europee

alla luce dell'illegittimità acclarata della proroga. Quest'ultima è stata lo strumento privilegiato dal legislatore per procrastinare *sine die* un riordino organico della materia nel pieno rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Tra questi si ricorda la diretta applicabilità delle norme dei Trattati dotate di efficacia diretta e delle disposizioni puntuali contenute nella Direttiva 2006/123/CE^[6], meglio conosciuta come *Direttiva servizi*. In primo luogo, i giudici di Palazzo Spada hanno riaffermato come la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, nonché la moratoria (introdotta quale misura correlata all'emergenza Covid-19 nel 2020), risultino in contrasto sia con l'art. 49 TFUE che con l'art. 12 della *Direttiva servizi* (primo punto del dispositivo). Sicché, tali norme debbono essere disapplicate sia dai giudici, sia dalla pubblica amministrazione nell'esercizio delle loro funzioni^[7]. In secondo luogo, ne deriva anche che, qualora siano stati già rilasciati atti di proroga, non si rileva la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari discendente da tali provvedimenti. Essi, per l'appunto, non sono che atti ricognitivi il cui effetto è determinato dalla legge, vale a dire che non presentano carattere volitivo da parte dell'amministrazione^[8] (secondo punto del dispositivo). Per contemperare parzialmente alle conseguenze di questa seconda statuizione, i giudici riconoscono, infine, l'esigenza di garantire l'efficacia delle concessioni demaniali marittime in essere fino al 31 dicembre 2023. Perciò, gli effetti prodotti dalle sentenze vengono posticipati di due anni, con l'auspicio che il legislatore sappia, nel frattempo, intervenire a riordinare la materia e permettere, di conseguenza, alle amministrazioni di procedere con gli affidamenti in conformità con i principi di derivazione europea (terzo punto del dispositivo).

Pur nella chiarezza e apoditticità dei principi riassunti, le pronunce sono interessanti in vari passaggi: essi meritano di essere analizzati privilegiando il rapporto tra norme dell'ordinamento europeo e diritto nazionale, alla luce anche dei vari tentativi della dottrina di giustificare il ricorso all'istituto della proroga. Su tale scorta, a parere di chi scrive, è rilevante il ragionamento effettuato sulla valutazione dell'interesse transfrontaliero e il legittimo affidamento del concessionario (§3). In ultimo, non per importanza, il collegio non si sottrae dal fornire una specie di "decalogo" di come dovrebbero e potrebbero essere regolati gli affidamenti ad evidenza pubblica che andranno gestiti direttamente dalle

amministrazioni. (§4). L'obiettivo argomentativo finale di questo scritto è ragionare su alcuni punti delle sentenze e porne in rilievo la rilevanza per l'attività materiale delle pubbliche amministrazioni, non solo dal punto di vista della eventuale soluzione palinogenetica che potrebbe essere trovata dal legislatore - su cui il dibattito è vivo e aperto proprio mentre questo scritto vede la luce- (§5). Piuttosto, le pronunce ben evidenziano come il paradigma giuridico, in materie ove la forte connotazione economica non è affatto trascurabile, si riveli alquanto permeabile ai solleciti del mondo esterno^[9].

2. Le tappe di una “vicenda ormai nota”.

Prima di procedere ad analizzare alcuni dei passaggi più stimolanti dal punto di vista dall'analisi giuridica, è bene ripercorrere brevemente alcune tappe fondamentali che hanno determinato le pronunce dell'Adunanza Plenaria.

Occorre, innanzitutto, ricordare come ad essere oggetto delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative sia «il demanio marittimo» -e per analogia della natura dei rapporti concessori a rilevanza economica anche il «demanio lacuale e fluviale» - quale complesso dei beni appartenenti allo Stato. Il demanio marittimo è tradizionalmente collocato dalla dottrina nel «demanio necessario» appartenente allo Stato o alle Regioni. Ai sensi dell'art. 822 del codice civile e dell'art. 28 del codice della navigazione, fanno parte di esso il lido del mare, le spiagge, i porti, le lagune e le rade, le foci dei fiumi e i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo. Il demanio è bene inalienabile, il quale non può formare oggetto di diritti a favore di terzi (art. 823 cc), se non nei modi e nei limiti previsti dalla legge. In altre parole, il venir meno della «demanialità» riguardo ad una delle categorie elencate, può determinarsi a seguito del cessare della destinazione da cui essa deriva, vale a dire la “destinazione pubblica”. L'inalienabilità comporta, perciò, che tali beni non possano essere oggetto di negozi di diritto privato diretti a trasferire la proprietà a persone diverse dallo Stato, o a costituire a favore degli stessi dei diritti reali. Vero è che i beni demaniali sono per loro stessa natura «oggetto di pubblica amministrazione», nel senso che l'attività dispiegata per garantirne l'uso, conservarli, regolarne l'utilizzo da parte dei singoli, è da considerare in tutto e per tutto «attività amministrativa». Di conseguenza, l'atto di concessione sul demanio marittimo ha le caratteristiche

proprie di un «provvedimento ampliativo» rispetto al quale il privato è titolare di una posizione di «interesse legittimo pretensivo», al fine di conseguire una utilità – in questo caso trattasi di una remunerazione – per il cui soddisfacimento è necessaria l'intermediazione dei pubblici poteri. L'ordinamento riconosce, perciò, la possibilità alla pubblica amministrazione di trasferire in capo al privato stesso la posizione giuridica soggettiva di cui essa stessa sarebbe, invece, titolare, con l'intento di garantire alla collettività un migliore perseguimento degli interessi pubblici. L'essenza primaria del rapporto concessorio sta nel riconoscimento della possibilità di un perseguimento degli interessi generali in modo più efficiente ed efficace, attraverso l'affidamento ai privati dell'attività svolta sul bene oggetto dell'affidamento. In altre parole, l'attività privata esercitata dal concessionario è tenuta a valorizzare la «natura oggettivamente pubblica» del bene.

È poi risaputo come la riforma del Titolo V abbia aggiunto complessità al quadro regolatorio delle concessioni, rendendo talvolta controversa la titolarità di rilascio di queste sul demanio marittimo. Infatti, l'art. 1 del decreto-legge 400/1993 ha introdotto «una tipizzazione delle concessioni demaniali marittime» tra cui rientrano anche gli stabilimenti balneari. La legge 135/2001 volta a riformare la normativa sul turismo, ha rimesso alle Regioni la disciplina del loro rilascio. Anche perché, stante il significato non solo letterale degli elenchi di materie, il «demanio costiero» non è più materia esclusiva dello Stato ma rientra nel «governo del territorio», ove la competenza è concorrente (art. 117 c. 3 Cost.). Ne consegue che gran parte delle funzioni operative spettano ai Comuni, nel rispetto del quadro legislativo statale; gli stessi Comuni esercitano poi le varie funzioni amministrative (ex art. 118 Cost). Si aggiunga anche che la potestà legislativa, a tutti i livelli, deve tenere conto dei «vincoli imposti dall'ordinamento comunitario» (art. 117 c.1 Cost.). Ecco che i principi di libera circolazione sanciti nei Trattati e – successivamente – i vari interventi normativi di secondo grado del legislatore europeo, quali ad esempio la Direttiva servizi, impattano in maniera non trascurabile sull'attività materiale delle pubbliche amministrazioni, incidendo sulla formazione e sugli esiti dell'attività provvedimentale ad esse affidata. L'adozione di atti amministrativi nel settore riguarda inevitabilmente anche la materia della «tutela della concorrenza» riconducibile alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (ex art. 117, c. 2 Cost) e

la materia «turismo», quest'ultima a competenza residuale.

In sintesi, anche nell'attività di affidamento ai privati di un bene non si può ignorare come la «nozione giuridica di servizio» (ex art. 57 TFUE), intesa come «ogni attività fornita dietro retribuzione», faccia sì che oggetto della concessione a livello sostanziale sia la facoltà di esercitare un'attività economica su un'area demaniale (p.to 47 Promoimpresa). Poco rileva se per il diritto italiano vi sia una differenza consolidata nel nomen iuris tra «autorizzazione» e «concessione», né tantomeno siano ravvisabili dissomiglianze tra la «concessione di beni» e la «concessione di servizi». Proprio l'erompere dei principi di liberalizzazione di matrice comunitaria ha progressivamente reso sempre più impalpabile la distinzione tra concessione e autorizzazione, laddove ogni attività di impresa è tendenzialmente libera, ma necessariamente soggetta al rispetto delle procedure competitive. Sotto questo profilo – dalla prospettiva del diritto europeo – è importante capire se l'attività che viene esercitata abbia o meno rilevanza economica e, in caso affermativo, essa deve essere accessibile a tutti i potenziali prestatori presenti nel mercato. Nel caso specifico, la spiaggia quale oggetto della concessione comincia dove finisce il lido e si estende verso terra per una larghezza variabile, dipendente dalla natura dei luoghi. Ne consegue che le procedure di affidamento debbono rispettare i principi di pubblicità e trasparenza al fine di assicurare l'imparzialità delle procedure: solo così sarà permesso il reale esercizio delle libertà di circolazione, quale presupposto di un mercato dei servizi senza restrizioni. Tuttavia, l'effettività di tali principi è volta a permettere la tutela di tutti gli operatori, sia dal lato della domanda, sia dal lato dell'offerta. Occorre anche dar conto del fatto che il concessionario assume su di sé non solo il rischio legato alla corretta gestione del servizio, ma anche quello economico derivante da squilibri che possono essere generati – anche in questo frangente - sia sul lato della domanda, sia sul lato dell'offerta.

A tutto quanto premesso, si aggiunga che le disposizioni puntuali della Direttiva servizi, nata con l'intento di rimuovere gli ostacoli comuni agli Stati membri per l'esercizio delle libertà di circolazione nel mercato dei servizi, hanno posto lo Stato italiano di fronte alla necessità di gestire con la Commissione UE una procedura di infrazione. Il «diritto di insistenza» previsto dall'art. 37 c.2 del Codice della navigazione nella sua formulazione originaria del 1942 era, infatti, in contrasto con l'ordinamento UE, laddove esso accordava un regime di preferenza

in favore del concessionario uscente nell'assegnazione del bene in questione. Il diritto di "insistere", vale a dire di essere preferito tra i vari aspiranti concessionari, sarebbe stato giustificato in virtù degli investimenti effettuati nel corso del rapporto concessorio giunto al termine. Non solo, per loro natura, le concessioni in questione sono «sempre temporanee ed onerose», ma l'illegittimità di un regime di "preferenza" è chiaramente evidente dalla preclusione alla contendibilità effettiva del bene, sulla base di un aprioristico riconoscimento della necessità di ammortamento degli eventuali investimenti fatti. Tale procedura di infrazione sarà poi chiusa con la legge comunitaria del 2010 (art. 11 L. 217/2011) e l'abrogazione consequenziale del diritto di insistenza. In seguito a tale pre-contenzioso con la Commissione UE, il quale ha chiaramente creato un precedente in relazione all'adeguatezza della normativa nazionale rispetto agli obblighi imposti dell'ordinamento comunitario, il legislatore avrebbe dovuto porsi il problema di come disciplinare le concessioni a scadenza al 31 dicembre 2009 (data dell'entrata in vigore delle disposizioni della Direttiva servizi). Benché l'art. 16 del d.lgs. 59/2010 abbia recepito in maniera pedissequa l'art. 12 della Direttiva, in realtà, i vari Governi hanno sempre preferito procedere a prorogare la durata delle concessioni in essere attraverso decreti-legge, poi confermati dal Parlamento in sede di conversione. Ecco che, eludendo di fatto il problema dell'incompatibilità del sistema nazionale di affidamento delle concessioni balneari con il diritto europeo, veniva disposta la proroga ex lege di tutte le concessioni demaniali ad uso turistico ricreativo al 31 dicembre 2012. I successivi interventi normativi hanno poi semplicemente spostato in avanti il termine della proroga: dapprima al 2015, successivamente al 2020 e infine al 2033, reiterando «dietro lo schermo giustificatore della transitorietà» per un periodo chiaramente molto dilatato il ricorso a tale strumento. Tale atteggiamento del legislatore deriva in primis dalla difficoltà del potere politico di affrontare questioni che hanno un effetto diretto sul consenso: tale incertezza si riverbera anche nella stasi del Parlamento. E' evidente come l'adeguamento alle disposizioni europee non è mai stato avvertito come un dovere necessitato dall'appartenenza all'UE, quanto come «una valutazione di opportunità lasciata alla discrezionalità del legislatore», sia statale, sia regionale. Va anche aggiunto come, dal canto suo, la Commissione UE non abbia poi più riaperto procedure di infrazione fino alla recente lettera di messa in mora inviata all'Italia lo scorso 3 dicembre 2020, dal momento che tale

facoltà è espressione di un potere del tutto discrezionale dell'istituzione europea. L'approvazione della Direttiva servizi può essere, dunque, considerata alla stregua del *casus belli* nel settore turistico – balneare, in ragione del fatto che tale atto legislativo ha tentato di raggiungere una maggiore integrazione nel mercato dei servizi. Quest'ultimo era caratterizzato da molte asimmetrie e dalla persistenza di molti ostacoli alla libera circolazione che non garantivano, oltretutto, un'adeguata tutela del consumatore. In quest'ottica, la Direttiva ha provveduto a fissare alcuni principi e obiettivi comuni volti a permettere la libertà di impresa anche nei servizi. A questi le legislazioni nazionali non possono derogare seppure possano rimanere tra loro differenti. Di conseguenza le varie discipline nazionali, rilevanti direttamente o indirettamente per il mercato unico dei servizi, non potevano più risultare contrastanti con il diritto europeo. Come però ricordano bene anche i Giudici di Palazzo Spada - già in virtù di quanto dettato dall'art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento- la disciplina italiana presentava numerosi profili di incompatibilità, necessitando una disapplicazione della legge nazionale in contrasto con le disposizioni del diritto europeo direttamente applicabili. E, come verrà chiarito in seguito, la concessione del demanio marittimo rientra viepiù nella nozione di autorizzazione ai sensi dell'art. 12 della Direttiva. Anche perché il considerando 39 della Direttiva medesima afferma come «La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni [...] L'autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita [...]». Sulla scorta di ciò, laddove è manifesto che le concessioni demaniali siano da ricondurre al campo di applicazione della Direttiva servizi, il Consiglio di Stato sentenza come sia ormai un «tentativo di confutazione» fine a sé stesso da parte del dibattito dottrinario insistere sulla difficoltà di inquadramento giuridico delle concessioni demaniali. Sulle differenze di interpretazione tra i giudici dell'Adunanza Plenaria e la dottrina, di cui si sono avvalse anche le parti appellanti in giudizio, si tornerà nel paragrafo §3 per la rilevanza di alcune argomentazioni proposte.

L'approvazione della *Direttiva servizi* può essere, dunque, considerata alla stregua del *casus belli* nel settore turistico – balneare, in ragione del fatto che tale atto legislativo ha tentato di raggiungere una maggiore integrazione nel mercato dei servizi. Quest'ultimo era caratterizzato da molte asimmetrie e dalla persistenza

di molti ostacoli alla libera circolazione che non garantivano, oltretutto, un'adeguata tutela del consumatore. In quest'ottica, la Direttiva ha provveduto a fissare alcuni principi e obiettivi comuni volti a permettere la libertà di impresa anche nei servizi. A questi le legislazioni nazionali non possono derogare^[10] seppure possano rimanere tra loro differenti. Di conseguenza le varie discipline nazionali, rilevanti direttamente o indirettamente per il mercato unico dei servizi, non potevano più risultare contrastanti con il diritto europeo. Come però ricordano bene anche i Giudici di Palazzo Spada – già in virtù di quanto dettato dall'art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento – la disciplina italiana presentava numerosi profili di incompatibilità, necessitando una disapplicazione della legge nazionale in contrasto con le disposizioni del diritto europeo direttamente applicabili. E, come verrà chiarito in seguito, la concessione del demanio marittimo rientra viepiù nella nozione di autorizzazione ai sensi dell'art. 12 della Direttiva. Anche perché il considerando 39 della Direttiva medesima afferma come «*La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni [...] L'autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita [...]*». Sulla scorta di ciò, laddove è manifesto che le concessioni demaniali siano da ricondurre al campo di applicazione della Direttiva servizi, il Consiglio di Stato sentenza come sia ormai un «*tentativo di confutazione*»^[11] fine a sé stesso da parte del dibattito dottrinario insistere sulla difficoltà di inquadramento giuridico^[12] delle concessioni demaniali. Sulle differenze di interpretazione tra i giudici dell'Adunanza Plenaria e la dottrina, di cui si sono avvalse anche le parti appellanti in giudizio, si tornerà nel paragrafo §3 per la rilevanza di alcune argomentazioni proposte.

3. L'Adunanza Plenaria: il diritto nazionale alla luce del diritto europeo

Nel pronunciarsi sui diversi profili della materia, i giudici del Consiglio di Stato hanno anche ribadito come non fosse necessario operare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (*ex art. 267 TFUE*) seguendo la “c.d. *giurisprudenza Cilfit*”, riaffermata anche di recente nella causa *Consorzio Italian*

Management^[13]. Dal canto loro, i principi già espressi dai giudici europei nella pronuncia *Promoimpresa* del 2016 non lasciano margini per nuovi e ragionevoli dubbi. Inoltre, tali disposizioni sono state già più volte recepite dalla giurisprudenza nazionale, a partire da quella costituzionale^[14] la quale, a sua volta, ha arginato il perpetuarsi di applicazioni del diritto interno in contrasto coi principi europei^[15]. Sicché, una lettura sistematica delle norme interne, volta a dare la massima efficacia al diritto europeo, può essere bastante a fugare ogni dubbio interpretativo in relazione alla diretta applicabilità dell'art. 12 della Direttiva servizi, «*demandando al giudice nazionale solo il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale*»^[16].

Tuttavia, il perdurante e vivace dibattito dottrinale animatosi negli anni vista la rilevanza sul piano economico, sociale e politico della questione in oggetto^[17], non è stato confinato ad una mera diatriba tra giuristi sull'istituto della concessione o sul rinnovato interesse per una "teoria dei beni comuni"^[18], la quale si rivelasse in grado di legittimare le pretese di un uso collettivo su beni pubblici o privati; né tantomeno è parsa relegata al sostanziale problema del libero accesso al mare attraverso il passaggio nella "spiaggia affidata ai privati"^[19]. Piuttosto, ha indotto una riflessione sul destino di un intero comparto alla luce dell'incertezza del quadro normativo. In tal senso va anche considerato il dibattito, seppur senza seguito significativo, sulla base giuridica sulla quale si fonda la Direttiva. Va poi ricordato che gli obiettivi propri del mercato interno (ex art. 26 TFUE), sono poi completati da basi giuridiche più precise^[20]: in questo caso la base giuridica è quella prevista dall'art. 114 TFUE. In tal senso, non può essere condiviso il richiamo operato da parte della dottrina alla base giuridica prevista dall'art. 115 del TFUE^[21], in quanto essa si riferisce alle disposizioni «che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno». Essa prevede, in aggiunta, che sia necessario raggiungere l'unanimità in Consiglio per atti il cui obiettivo sia l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Il che, non rientra tra gli obiettivi della Direttiva attenendosi *già* alla lettura testuale del Considerando 7. A maggior ragione, poi, il ragionamento previsto per l'art. 115 TFUE vale anche per l'art. 195 TFUE: quest'ultima base giuridica, la quale prevede competenze di completamento dell'Unione rispetto all'azione degli Stati membri nel settore turismo, non può prevalere sul 114 TFUE poiché, nel caso delle concessioni demaniali marittime non ci si trova davanti solo alla

materia «turismo».

Alla luce della vivace diatriba dottrina e giurisprudenziale, il Consiglio di Stato fissa alcuni punti per cercare di mettere ordine anche al rapporto tra le fonti. Dapprima, infatti, pone un punto fermo in relazione alla natura dell'art. 12 della Direttiva servizi, ribadendone la caratteristica di norma *self-executing*, la quale è stata spesso contestata in una serie di pronunce giurisprudenziali soprattutto ad opera del Tar Lecce. Detto tribunale ha più volte messo in discussione le implicazioni derivanti dall'obbligo di disapplicazione^[22], il quale incombe anche a «*tutti gli organi dell'amministrazione*»^[23]. Sicché, smentendo tale impostazione fuorviante^[24], l'Adunanza Plenaria riconosce in capo all'amministrazione l'obbligo di non applicare la norma interna in contrasto con quella europea in quanto «*approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale*». Del resto, tale aspetto era già stato già ben chiarito a partire dalla sentenza *F.lli Costanzo*^[25], nonché dalla giurisprudenza interna, sia della Corte Costituzionale, sia del Consiglio di Stato.

Sull'opinabilità o meno del carattere *self-executing* della Direttiva servizi si innesta anche l'altro punto su cui il Consiglio di Stato fa chiarezza in modo alquanto laconico. Secondo gli orientamenti maggioritari dei giudici amministrativi di primo grado e di molti commentatori, la *Direttiva servizi* lascerebbe alla discrezionalità dello Stato membro di determinare la «certezza» dell'interesse transfrontaliero. La stessa dottrina ha spesso guardato oltre confine per evidenziare le notevoli differenze fra le legislazioni degli Stati membri che si affacciano sul mare quali Spagna, Portogallo, Francia, Grecia e Croazia, con l'intento di far risaltare le differenze fra le varie normative nazionali nel recepimento della Direttiva^[26]. Si è così spesso confidato che la Direttiva potesse incidere solo sulle norme di settore delle imprese e non sui titoli di occupazione del demanio, quale invece è la concessione^[27]. Il Tar Lecce, inoltre, facendo propria l'interpretazione della mancanza di natura auto-esecutiva dell'art. 12 della Direttiva, ha più volte sostenuto che la qualificazione dell'interesse transfrontaliero e la verifica dell'effettiva scarsità delle risorse naturali sarebbero state da riservare caso per caso agli «*organi di amministrazione attiva*»^[28]. Gli esempi a sostegno di tale tesi sono rappresentati dalle concessioni demaniali marittime ubicate in zone costiere caratterizzate da bassa redditività, aventi ad oggetto stabilimenti balneari a conduzione familiare^[29]. Queste ultime – è quasi

inutile sottolinearlo - hanno di certo patito gli effetti maggiori della crisi economica conseguente al fenomeno pandemico degli ultimi due anni.

A parere di chi scrive, per quanto riguarda la determinazione dell'interesse transfrontaliero, nelle sentenze gemelle qui analizzate, l'Adunanza Plenaria ha addirittura inverato alcuni passaggi della Corte di giustizia nella pronuncia *Promoimpresa*^[30]. I giudici del Lussemburgo, infatti, richiamando la giurisprudenza *Belgacom*^[31] in materia di appalti, avevano nel 2016 rimarcato come l'interesse transfrontaliero fosse da determinare caso per caso, «*tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione*»^[32]. Siffatto indirizzo era stato seguito dallo stesso Consiglio di Stato nella sentenza di appello n. 1219 del 2018^[33] proposta dai titolari della società *Villa Olmo*, ove era stata ritenuta pienamente legittima la disapplicazione della normativa nazionale operata dal TAR Lombardia con la pronuncia n. 959 del 2017^[34] per contrasto con l'articolo 12 della Direttiva servizi, atteso che la concessione in esame integra pienamente le caratteristiche previste dalla norma. Difatti, la concessione in questione veniva prefigurata come un provvedimento erogabile in numero limitato a causa della scarsità delle risorse naturali della costa lacuale^[35]. Nella fattispecie, poi, il TAR Lombardia aveva ritenuto sussistenti tutti gli estremi volti ad evidenziare l'interesse transfrontaliero manifesto della concessione del compendio immobiliare "*Lido di Villa Olmo*"^[36]. La sua rilevanza è, infatti, facilmente desumibile da due peculiarità del complesso gestito in virtù della concessione in questione: la collocazione vicino al confine nazionale, nonché l'indiscutibile pregio naturalistico e turistico, attribuitogli dalla collocazione sulle rive del lago di Como. È chiaro che in certi frangenti l'interesse transfrontaliero non possa essere negato, mentre a livello astratto, valutate le condizioni specifiche del contesto oggetto del contenzioso, il giudice possa stabilire che tale interesse transfrontaliero non vi sia. Ciò non sarebbe in contrasto con lo stesso diritto europeo laddove l'interesse transfrontaliero, da qualificare sulla base del contesto di riferimento, potrebbe determinare anche una *qualche* forma di «legittimo affidamento» del concessionario. Tale principio assume carattere dinamico, imponendo alle pubbliche amministrazioni di tutelare situazioni giuridiche consolidate, nel caso in cui emerga una contrapposizione tra interessi della collettività e interessi dei privati^[37]. Dal canto suo, l'Adunanza Plenaria ravvisa, invece, l'esistenza di un interesse

transfrontaliero di «*carattere indistinto*» sul piano nazionale, definibile a priori sulla base della potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale. Indi, «*un artificioso frazionamento*» del patrimonio costiero determinerebbe possibili disparità di trattamento^[38] sul territorio, consentendo solo per alcuni operatori la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*. Ecco che, se l'interesse transfrontaliero risulta quale un dato a sé stante, la proroga generalizzata è chiaramente contrastante già con gli artt. 49 e 56 del TFUE ed equivale, nella sostanza, ad un rinnovo automatico delle concessioni stesse, accordando oltremodo un vantaggio al prestatore uscente il quale però è espressamente vietato dall'art. 12 par. 2 della Direttiva. Da qui, a parere di chi scrive, l'importanza granitica di tale passaggio.

Non da ultimo, tale argomentare, supera ogni tentativo da parte degli studiosi e operatori del diritto volto ad individuare l'interesse generale che potrebbe giustificare il fatto di privilegiare il concessionario uscente, quali (tra i tanti) la difesa del patrimonio culturale, oppure la tutela dell'ambiente^[39]. Sebbene si sia al cospetto di un mercato ove le dinamiche concorrenziali sono state ingessate e limitate a causa della lunga durata delle concessioni, è pur vero che le limitazioni alla libertà di circolazione imposte per il governo della pandemia hanno avuto ripercussioni tutt'altro che trascurabili *anche* sul mercato dei servizi. Ebbene, non pare corretto, per un gioco ad armi pari nel contesto odierno fluido e globalizzato, sottovalutare le istanze dei destinatari quali "utenti" dei servizi^[40]. In altri termini, alle amministrazioni in fase di aggiudicazione è richiesta una valutazione globale degli interessi coinvolti, contrappesando il principio di primazia del diritto comunitario con la necessità di salvaguardare il legittimo affidamento dei concessionari, nonché la certezza del diritto. Tale aspetto sarà ripreso anche nel proseguo della trattazione. Per quanto riguarda, invece, l'obbligo di ricorso all'evidenza pubblica, come sottolinea per inciso l'Adunanza Plenaria, quest'ultimo è indipendente dall'interesse transfrontaliero, ed è connesso alla diretta applicabilità, appunto, dell'art. 12 della Direttiva.

I giudici di Palazzo Spada specificano anche come, tra gli effetti della proroga, non si possa porre una vera e propria questione di autotutela amministrativa sui provvedimenti adottati in virtù di tale previsione normativa. In altre parole, l'atto di proroga altro non sarebbe che «*un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge*»^[41]. Riprendendo la prospettiva del

rapporto tra le fonti, sono dunque le dinamiche proprie derivanti dall'obbligo di disapplicazione della fonte primaria, chiamata a regolamentare la durata del rapporto di diritto pubblico, a determinare l'effetto di mancato rinnovo delle concessioni. Il potere di regolamentazione dell'interesse pubblico sotteso alla gestione del demanio attraverso l'istituto della concessione è avocato a sé dal legislatore; un provvedimento di secondo grado in via di autotutela non può perciò avere ad oggetto una disciplina puntualmente – ed esclusivamente – contenuta nella legge. Pertanto, l'Adunanza Plenaria altro non può aggiungere, se non invitare le varie amministrazioni a provvedere «*a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo e comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto*»^[42], privandole di fatto dei poteri previsti dall'art. 21-*nonies* della L. 241/90^[43]. Le disposizioni legislative con le quali si è previsto un rinnovo automatico delle concessioni, non possono essere considerate quali fonti giuridiche di un ipotizzato provvedimento amministrativo tacito – peraltro non tipizzato dalla legge – ma incidono sugli effetti giuridici di provvedimenti amministrativi già emanati, senza la necessità che l'amministrazione eserciti alcun potere^[44]. Anche perché, eventualmente, gli effetti generati debbono sempre risultare compatibili con il diritto europeo. La conseguenza finale è, dunque, quella del venire meno degli effetti della concessione, sia nei casi in cui siano stati adottati atti formali di proroga da parte delle pubbliche amministrazioni, sia nel caso in cui sia intervenuto un giudicato favorevole^[45].

Dacché il Collegio riconosce la perdurante inerzia del legislatore sul tema delle concessioni demaniali di fronte alle numerose pressioni esercitate a livello europeo, esso ritiene tuttavia di dover «*modulare gli effetti temporali della propria decisione*». Anzi, offre un termine ultimo per sollecitare l'intervento del legislatore e, fino ad allora, congelare lo *status quo*. Ritiene perciò congruo prevedere un intervallo di tempo funzionale a svolgere le procedure di evidenza pubblica, destinato a cessare al 31 dicembre 2023.

4. L'Adunanza Plenaria: amministrazioni e criteri di aggiudicazione

Il ricorso al principio dell'evidenza pubblica per assegnare le concessioni demaniali appare necessario per tutte le ragioni già esposte, quale conseguenza

della diretta applicabilità delle disposizioni riguardanti i regimi di autorizzazione contenute nella Direttiva servizi: non solo l'autorizzazione deve avere sempre una durata limitata e sono vietate forme di rinnovo automatico, ma essa può essere negata solo quando vengano in rilievo interessi pubblici prevalenti che ne giustificano l'utilizzo^[46]. Il tema dell'accesso e della fruibilità da parte della collettività del bene è un tema estraneo all'ambito di applicazione della Direttiva^[47], ma risulta preminente la connotazione transazionale del servizio svolto. Seguendo tale prospettiva, non è possibile permettere al singolo Stato membro una regolazione discrezionale di tali istituti autorizzatori proprio per evitare distorsioni del mercato^[48]. Ciò posto, rimane inevitabile il superamento del rinnovo automatico di cui le concessioni in scadenza hanno di fatto beneficiato anche successivamente all'abolizione del diritto di insistenza. Ecco che, nel corso degli anni, complice anche un'interpretazione dell'art. 37 del codice della navigazione volta a legittimare un'attività meramente discrezionale da parte dell'amministrazione^[49], il concessionario prescelto è stato colui il quale offriva maggiori garanzie di proficua utilizzazione; quindi, colui il quale assumeva maggiori garanzie di tutela dell'interesse pubblico. Tale prassi, di conseguenza, ha introdotto nel dibattito dottrinario e politico il problema dell'«indennizzo in favore del concessionario uscente». Chiaro è, infatti, che una delle ragioni per cui il legislatore ha tergiversato in una riforma organica del settore, è legata anche al fatto che il concessionario uscente edifica o investe in migliori volte alla valorizzazione del demanio marittimo. Egli diventa anche titolare di «*un autonomo e separato diritto di superficie per effetto dello ius aedificandi sul tratto di arenile*» a lui affidato in concessione^[50]. In ragione del legittimo affidamento che detti concessionari hanno maturato in merito al rinnovo della stessa, e in virtù della complessa interpretazione dell'art. 49 del codice della navigazione volta a garantire coloro i quali hanno avuto la gestione del bene in concessione da decenni, essi confidano di mantenere la proprietà dei beni accessori. In tale scenario, il «principio dell'accessione gratuita» dovrebbe, ovviamente, ritenersi quale disposizione eccezionale e da rendere effettiva solo nel momento della concreta cessazione – e non alla mera scadenza – del rapporto concessorio, onde evitare di penalizzare gli investimenti che contribuiscono alla valorizzazione del demanio^[51].

Se si osserva, dunque, lo stato delle concessioni balneari in vigore, si enumerano le

numerose attività economiche esercitate su di esse, oppure si pensa al possibile subentro di un nuovo gestore, è inevitabile interrogarsi sulla necessità di una qualche forma di ristoro per le attività svolte dal concessionario uscente, al fine di rispettare *anche* il principio di certezza del diritto^[52], nonché di tutelare il diritto fondamentale alla proprietà privata previsto anche dall'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU firmato nel 1952. D'altro canto, la tutela dell'affidamento degli operatori è conseguente alla corretta applicazione della libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, come ribadito anche nella Direttiva sugli appalti^[53]. Ecco che, una sostanziale espropriazione senza indennizzo dell'impresa avviata sul suolo demaniale^[54], comporterebbe un trasferimento di ricchezza ingiusto e privo di causa^[55] i cui effetti non possono essere ignorati, né dal punto di vista del contenzioso giuridico che ne deriverebbe, né sul piano economico e sociale.

Proprio al fine di evitare conseguenze difficilmente governabili, l'Adunanza Plenaria, giustifica la decisione di blindare le concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023, non rinunciando a offrire al legislatore dei criteri di cui tenere conto nel riordino della materia. Tra le prerogative «*in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore*»^[56] possono essere richiamati i «motivi imperativi di interesse generale» identificati nell'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la necessità di tutelare la salute pubblica o l'ambiente, invocati per imporre dei limiti o restrizioni alla libera circolazione dei servizi da parte di uno Stato membro, ovviamente nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. Tali esigenze possono spaziare dagli obiettivi di politica sociale e del lavoro (dal momento che l'obiettivo di un'economia sociale di mercato innerva i Trattati europei), alla necessità di valorizzare l'ambiente e il patrimonio storico culturale. Su tutti questi motivi di interesse generale, quali possibili deroghe ex art. 12 c.3 della Direttiva *servizi*, la dottrina ha già ampiamente riflettuto: sia consentito solo di sottolineare come, indipendentemente dalla possibile evoluzione e non tassatività di tale nozione ad opera della Corte di giustizia^[57], il contesto del mercato dei servizi è fortemente mutato rispetto al 2006. Per tali ragioni, chi scrive, non condivide il riferimento riportato nelle sentenze riguardo alla moratoria generalizzata al ricorso alla gara per le concessioni. Secondo i giudici essa sarebbe disincentivante per nuovi investimenti. In realtà si deve ricordare come tale moratoria sia stata prevista dal d.l. n. 34 del 2020 proprio per far fronte

alla crisi economica derivante dall'emergenza sanitaria e inserita in un decreto-legge volto a sostenere il settore turistico nel suo complesso. L'intero settore dei servizi legati al turismo si trovava, dopo la prima ondata di contagi, al cospetto di una stagione estiva quanto più incerta perché strettamente connessa all'andamento del virus e subordinata al rispetto di rigidi protocolli in materia di prevenzione^[58]. Ecco che, in tal specifico caso, in un bilanciamento dei vari interessi, le ragioni di tutela della salute – come la pandemia ci ha ben insegnato – prevalgono ampiamente sulle varie libertà di circolazione.

In ogni caso, sebbene i giudici invitino il legislatore a non dimenticare di inserire disposizioni volte a permettere di premiare *l'esperienza professionale* e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi «*tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale*»^[59], saranno tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici nella stesura del bando di gara (e nella scelta della procedura selettiva)^[60] a dover tenere conto di tutte le criticità concrete del settore tra cui, appunto, rientrano anche i requisiti soggettivi di partecipazione^[61]. L'obiettivo ultimo rimane quello di offrire una qualche forma di tutela agli operatori del settore, proteggendo il demanio dalle conseguenze di un'apertura senza regole che possa favorire grandi potentati economici, o peggio ancora, soggetti riferibili alla criminalità organizzata.

Nello specifico, le possibilità di avvalersi della discrezionalità amministrativa sono sicuramente riservate alla fase di determinazione dei criteri dell'offerta, vale a dire le caratteristiche specifiche dei servizi offerti ai destinatari/utenti. Nella predisposizione del bando di gara si esplica infatti la potestà normativa della pubblica amministrazione, ove quest'ultima non esegue solo il diritto ma, nel rispetto dei principi dell'attività amministrativa, può creare delle norme le quali, solo in parte, sono riprodotte di quelle legislative, mentre restano in parte norme "autonome"^[62]. Ecco che, in tal caso, dopo aver ricercato elementi di similitudine tra i servizi già svolti dal soggetto partecipante rispetto alle attività connaturate alla concessione, l'amministrazione sarà chiamata a valutare il contenuto dell'offerta comparando le varie proposte, ed essendo legittimata a premiare chi davvero valorizza la specificità del servizio prestato, oppure incontra maggiormente le esigenze del destinatario identificato con il «consumatore medio»^[63].

È possibile prevedere che, nel rispetto dell'equilibrio ragionevole tra i vari interessi in gioco, tra cui (non da ultimo) vi sia il pieno sfruttamento del reale valore del bene demaniale oggetto della concessione^[64], siano previste modalità particolari di erogazione del servizio. Ecco che, come anche evidenziato dal Tar Lecce^[65], l'amministrazione non potrà prescindere dalla necessità di salvaguardare davvero un'offerta che incontri le più diverse esigenze dei destinatari, le quali non son mai avulse dalla peculiarità del contesto, e perciò non trascurabili. Almeno, ciò vale nel caso di rilascio del provvedimento ampliativo (non di un suo eventuale diniego) laddove la motivazione della concessione sarebbe rivolta non solo alla comunità locali ma, soprattutto, agli altri aspiranti concessionari esclusi^[66].

5. Verso la riforma del settore: giudici e amministrazioni “creatrici”

Analizzato il contenuto delle pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria, e avendolo posto in relazione con le vicissitudini che affliggono il settore balneare sin dal 2006, la domanda previa riguarda il futuro prossimo delle concessioni demaniali: quale sarà il loro avvenire dal momento che è stata sì ribadita l'illegittimità della proroga, ma è stata riconosciuta la necessità di slittarne in avanti nel tempo gli effetti? Tale scelta operata dal collegio è generata dalla consapevolezza della complessità della materia, sia dal punto di vista normativo, sia dal punto di vista sociopolitico. Il legislatore è chiamato perciò al riordino: in questo contesto, più che mai, il diritto positivo si caratterizza per una sua penetrabilità da parte dei fenomeni sociali, e per la facile cattura da parte degli interessi di parte, non riuscendo a rimanere distante dal mondo extra-giuridico. Come già sottolineato, il potere legislativo ha dato prova di non seguire una direzione precisa, ma di adattarsi alla contingenza ignorando i principi e gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE. Il ricorso all'istituto della proroga non è stata una scelta laica, bensì dettata dalla precisa volontà di non legiferare sulla materia, proprio perché ogni scelta normativa dispiega i suoi effetti e orienta la successiva azione amministrativa.

In tale scenario, il giudice non rinuncia, perciò, ad esercitare lui stesso una «funzione nomofilattica» andando di fatto ad indirizzare il legislatore quanto al

contenuto delle norme da promulgare. D'altro canto, tale possibilità, prevista proprio dall'art. 99 c.p.a.^[67], è volta ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto «da parte di quel giudice che quel diritto è chiamato ad applicare, cioè dal giudice munito di giurisdizione» sulla controversia, proprio perché la nomofilachia deve essere intesa quale «attributo interno alla giurisdizione»^[68]. Tale esercizio da parte di giudici amministrativi muove dalla lucida consapevolezza del cambiamento socioeconomico^[69], il quale si riverbera anche nell'eterogeneità dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione^[70] e aspirerebbe a garantire l'unità del diritto oggettivo, cercando di offrire una qualche forma di stabilizzazione al diritto vivente. Quest'ultimo, come ben emerge nello specifico caso delle concessioni demaniali, si contraddistingue per una "imprevedibilità giuridica" alquanto spiccata. Seguendo questa scia, l'Adunanza Plenaria detta perciò alcuni criteri di cui tenere conto in sede di aggiudicazione rendendo sempre più labile il confine tra attività di mera interpretazione e attività di "creazione" da parte del giudice^[71]. I passaggi delle sentenze che si spingono in questa direzione non sono nuovi da parte dei giudici amministrativi^[72] i quali hanno più volte sottolineato quanto occorra la tempestiva approvazione di una normativa «che preveda, oltre ad una preliminare proroga tecnica delle concessioni in atto per almeno un triennio, regole uniformi per l'intero territorio nazionale», al fine di porre un freno alla discrezionalità evidente con la quale agiscono le amministrazioni locali in un quadro giuridico incerto. Tali precisazioni, avanzate dai giudici, sollecitano in chi scrive due spunti di riflessione tra loro intrecciati: la questione della determinazione dell'interesse transfrontaliero e il bilanciamento dei vari interessi da parte delle amministrazioni.

Procedendo con "l'interesse transfrontaliero" sotteso alle concessioni demaniali marittime, le pronunce statuiscano come esso *debba* esistere in modo aprioristico: risulta perciò quasi "ridondante" accertare, di volta in volta, se la sua sussistenza sia necessariamente certa al di là del contesto. Ne consegue che tale assunto impone di capire, in sede di aggiudicazione della concessione, quale possa essere davvero lo spazio per il legittimo affidamento del concessionario in un mercato dei servizi turistici molto penetrabile ad ogni pressione socioeconomica e ove, di conseguenza, è necessario un bilanciamento proporzionale dei vari interessi in gioco^[73]. Questi ultimi sono, infatti, anch'essi caratterizzati dalla

dinamicità, proprio perché il mercato dei servizi odierno è strutturalmente diverso rispetto a quello fotografato nel 2006. Ciò è uno tra i tanti esiti prodotti dalla globalizzazione, nonché della maggiore apertura dei mercati incentivata *anche* dall'utilizzo delle tecnologie digitali^[74].

Venendo alla questione del bilanciamento, le posizioni dei concessionari non sono da tenere in considerazione solo per quanto riguarda la durata del rapporto concessorio, ma anche per quanto concerne la questione dell'indennizzo. Nella predisposizione delle procedure ad evidenza pubblica si tratta, dunque, di riequilibrare costantemente i vari interessi, tra i quali non va tralasciato di considerare, ad esempio, la sostenibilità ambientale e la qualità dei servizi offerti. Il tema della *qualità del servizio*, se ricollegato alla questione della capacità tecnica dell'aspirante concessionario, può impattare in modo non irrilevante sull'esercizio della discrezionalità amministrativa: le amministrazioni possono, infatti, operare delle scelte in relazione al *quando* e al *quomodo* tale capacità tecnica debba essere determinata^[75]. Ovverossia, la qualità dell'offerta è anticipatrice della qualità del servizio finale erogato ai destinatari. È pur probabile che, con riferimento alla determinazione della capacità tecnica del concessionario, l'amministrazione decida di ricorrere a valutazioni o apprezzamenti tecnici i quali, a seconda del caso di specie, possono dare luogo a risultati opinabili e tra di loro differenti^[76].

Per ritornare al “futuro prossimo” del settore, giova ricordare che l'Autorità garante della Concorrenza e del mercato (AGCM) il 23 marzo 2021 ha inviato una segnalazione al Governo contenente le proprie proposte ai fini della redazione del disegno di legge annuale sulla concorrenza (*ex. art. 43 legge 99/2003*)^[77]. È stato così osservato come porre in essere procedure competitive consenta la valorizzazione delle coste italiane quali «elemento strategico per il sistema economico del Paese». È stata anche evidenziata la necessità che la determinazione dei canoni demaniali^[78] sia oggetto della procedura competitiva di modo che l'esito dell'aggiudicazione rifletta il valore economico e l'effettiva valenza turistica del bene. L'Autorità ha anche rilevato come sia auspicabile intervenire sull'art. 45-*bis* del Codice della navigazione limitando a casi eccezionali e per periodi limitati le possibilità di sub-concessione, in quanto quest'ultime sono spesso utilizzate dal concessionario per realizzare ingenti rendite di posizione. Coerentemente col suo ruolo, l'AGCM è orientata a

garantire la massima apertura del mercato, ponendosi spesso in contrasto (e fuori dal coro) rispetto alle determinazioni delle amministrazioni^[79]. Ovviamente, anche procedure di gara di facciata caratterizzate, o da un eccesso di trattativa coi privati, o addirittura dal ricorso all'affidamento diretto, sono da intendersi come anti-competitive^[80] e volte ad ostacolare l'accesso di prestatori provenienti da un luogo diverso rispetto a quello ove è situata la concessione^[81].

Nella prassi, la tendenza a “creare” diritto da parte del giudice, sostituendosi così esso stesso al legislatore, è stata legata alla presenza di un c.d. “vuoto normativo” in materie che toccano da vicino questioni etiche e i diritti fondamentali^[82]. Di fatto, «il creazionismo giudiziale può così muovere per inesplorate “avventure del giuridico”»^[83]. A partire dalla funzione del Consiglio di Stato di “unificazione” della giurisprudenza, questa confusione di ruoli rischia però – come nel caso delle concessioni demaniali - di far sì che il legislatore finisca col rinunciare del tutto al suo ruolo lasciando poi alle amministrazioni il ruolo di “creatrici”, a loro volta, del diritto. In altre parole, l'eccessivo determinismo rinvenibile nelle sentenze volto a definire come le gare “dovrebbero” essere, porta ogni potere a fare ciò che non spetta a quel potere, dal momento in cui chi vi è legittimato si astiene dall'esercizio del potere stesso. Tale prospettiva potrebbe avere i suoi aspetti positivi laddove anche la norma autonoma posta dalla amministrazione nella definizione del bando di gara, sia espressione del contenuto della legge (futura). D'altra parte, la legge stessa – a sua volta – definisce il perimetro della sua determinazione^[84] poi assolta da «norme interne»^[85], senza però inficiare la discrezionalità delle amministrazioni, vale a dire la possibilità di scegliere tra più opzioni (nessuna delle quali puntualmente vincolata dalla legge, ma nel rispetto dei principi del procedimento amministrativo). E qui si innesta – nuovamente – il problema del bilanciamento tra i vari interessi contrapposti, soprattutto nell'evenienza in cui sia possibile prevedere un margine per valorizzare peculiarità specifiche del territorio, o del servizio stesso. In definitiva, essendo proprio atti quali i «bandi di gara» chiamati ad indirizzare nel concreto l'esercizio della discrezionalità amministrativa^[86], sarebbe più auspicabile che il contenuto della legge^[87] (che li prevede) fosse il risultato di un dibattito tra le forze politiche in sede parlamentare nazionale, e di un dialogo aperto e franco con la Commissione UE, piuttosto che una riproduzione di quanto indicato dai giudici^[88]. In caso contrario, non si può che continuare a constatare come la giurisprudenza,

seppure a volte nella sua contraddittorietà, intercetti – anche con grande incisività – le urgenze reali^[89], provando ad offrire una qualche forma di certezza e tutela dell'affidamento. Nel caso delle concessioni demaniali, ciò vale non solo per i concessionari uscenti e gli aspiranti affidatari, ma anche per i destinatari dei servizi, nonché per le pubbliche amministrazioni chiamate a regolare l'accesso alle varie attività economiche in un mercato unico dei servizi in continua mutazione.

1. Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza nn. 17 e 18, 9 novembre 2021.
2. Il peso del settore turistico è dell'11% circa sul PIL e del 12,5% sull'occupazione; il comparto balneare coinvolge ben 15 Regioni italiane per un totale di 7.458 Km di costa distribuiti in 651 territori comunali e rappresenta, per molte di queste, l'offerta turistica principale. Cfr., Ministero del Turismo, Piano Strategico del Turismo 2017-2022, <https://www.ministeroturismo.gov.it/il-piano-strategico-del-turismo/>
3. In particolare, il decreto 160/2021 del Presidente del Consiglio di Stato richiama l'appello presso la V sez., n.1975/2021, proposto dal Comune di Lecce, avverso il signor Andrea Caretto e l'Associazione federazione imprese demaniali e l'appello, pendente presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, iscritto con il r.g. n. 311/2021, proposto dalla Comet s.r.l., nei confronti della Autorità di sistema portuale dello Stretto e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.
4. Nonostante le pronunce della Corte di giustizia, sez. V, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite *Promoimpresa e sig. Melis*, C-458/14 e C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558 avrebbero dovuto chiarire ai giudici nazionali come dirimere controversie in merito alla proroga al 31 dicembre 2020 delle concessioni demaniali marittime dichiarata illegittima, i vari tribunali -a cominciare da quelli amministrativi cui si dà preferenza in questo scritto-, si sono contraddistinti per l'utilizzo di approcci ermeneutici per quanto riguarda l'effetto automatico di tale illegittimità. *Ex pluribus*, il T.A.R. Campania, Sez. VII, sentenza 14 febbraio 2017, n. 911 sostiene la necessità di ricercare il «giusto equilibrio» tra diritto interno e diritto comunitario»; oppure il T.A.R. Sardegna, Sezione I, sentenza 1 marzo 2017, n. 149, ritiene legittimo l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione concedente in relazione al ricorso o meno allo strumento della proroga. Per ulteriori approfondimenti sull'istituto della proroga, *infra*, §3.
5. Nel prosieguo, si darà rilevanza alle più recenti disparità di orientamenti propri della giustizia amministrativa, quali ad esempio il Tar Lecce e il Tar Toscana. Si può, in sintesi, affermare come l'orientamento del Tar Lecce si contraddistingua per un favor spiccato verso il concessionario uscente e le varie situazioni giuridiche consolidate; mentre il Tar Toscana predilige un approccio volto a valorizzare i principi di libera concorrenza necessariamente applicabili anche al settore delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. Cfr., *infra*, nota n. 41 e nota n. 53.
6. Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

7. Sul dovere, ad opera delle pubbliche amministrazioni, di disapplicazione della norma interna contrastante con la norma di diritto europeo, *infra*, nota n. 54.
8. Si tratta, quindi di un atto pressoché dichiarativo, basato su un mero accertamento di determinati fatti e dati, che incide su una situazione giuridica preesistente, vale a dire il rapporto del concessionario rispetto allo sfruttamento economico del bene pubblico affidatogli, rafforzandola. Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 356. Ciò è anche diretta conseguenza del fatto che la titolarità della proprietà dei beni pubblici trova la sua fonte primaria nella legge. Su questo specifico aspetto si rimanda a V. C. Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983, p. 418-420.
9. M. Zanichelli, *Introduzione. Per un diritto in ascolto*, in M. Zanichelli (a cura di), *Il diritto visto da fuori*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 12-15.
10. Cfr. T.A.R. Toscana, I sez., sentenza 10 novembre 2017, n. 1368.
11. Ad. Plen., p.ti 18-19.
12. Il diritto UE conosce infatti due tipologie di provvedimenti amministrativi rilasciabili dalla PA in favore dei privati al fine di erogare un servizio: il «contratto di appalto» per l'erogazione di servizi pubblici e il «provvedimento di concessione amministrativa». La concessione di beni demaniali non è equiparabile alla figura europea della «concessione amministrativa per la fornitura di servizi pubblici» ai sensi della direttiva 2014/23/CE. Stando infatti al considerando 15 «taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico [...], mediante i quali l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva». Ecco che la «concessione di beni demaniali» rappresenta perciò un *tertium genus* rispetto ai «contratti di appalto» - i quali tra l'altro, non trasferiscono nessun rischio operativo poiché questo permane in capo all'ente aggiudicatore - e alle «concessioni di servizi europei». Sul punto D. D'Amico, in *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, cit.
13. Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335; Corte di giustizia, sentenza 06 ottobre 2021, C- 561/19, *Consorzio Italian Management*, ECLI:EU:C:2021:799. Per una sintesi della giurisprudenza *Cilfit*, si veda J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 218.
14. Cfr., di recente, Corte Cost., sentenza 07 giugno 2018, n. 118.
15. D. Paris, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e il giudizio in via principale*, Giappichelli, Torino, 2018. «L'esempio della giurisprudenza costituzionale sulle concessioni demaniali testimonia l'importanza che può assumere il giudizio in via principale per prevenire violazioni del diritto europeo. Di fatto, in questo caso, lo Stato non fa altro che muovere nei confronti delle leggi regionali le stesse censure che la Commissione opererebbe in una procedura di infrazione», p. 115.
16. Ad. Plen., p.to 18
17. Una sistematica ricostruzione dell'intera vicenda fino alla rimessione il ricorso all'esame

- dell'Ad. Plen del Consiglio di Stato è presente in B. Caravita, G. Carlomagno, *La proroga "ex lege" delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2021, pp. 1-20.
18. Il dibattito scientifico è stato riaperto in seguito alla pubblicazione dell'opera di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007. Era stata anche istituita una Commissione, la c.d. *Commissione Rodotà* con il compito di portare ad una riforma del Titolo II del Libro III del Codice civile del 1942 non più incentrata sul regime del bene, quanto piuttosto sull'utilità che questo produce sul singolo o sulla collettività, superando l'antica dicotomia tra pubblico e privato. Per approfondimenti, M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del Codice civile sui beni pubblici*, in G. Colombini, *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali*, cit., p. 15-29.
 19. Si tratta, per l'appunto, di beni considerati «di proprietà collettiva». Cfr. I. Ciolli, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, in *Diritto e società*, n. 3, 2016 p. 457-482. «Dal punto di vista politico i beni comuni rappresentano, perciò, una risposta al tentativo di monetizzare o assegnare un valore economico a beni che in passato non erano considerati merci di scambio, ma la cui scarsità e o importanza riconosce loro un valore di mercato», *ivi*, p. 459.
 20. Per approfondimenti, J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., p. 150-152.
 21. Cfr., F. Capelli, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. L'autore analizza nello specifico i motivi che escludono o rendono illegittima l'applicazione della direttiva 2006/123/CE alle concessioni balneari, a partire proprio dalla questione della base giuridica non idonea. È giusto precisare che, proprio a partire da questa lettura interpretativa, qualora la direttiva comportasse un'armonizzazione, essa non potrebbe essere applicata alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa dal momento che, in materia di turismo ai sensi dell'art. 195 TFUE, l'Unione non ha una competenza piena, ma solo di coordinamento e sostegno rispetto all'azione degli Stati membri. Tale punto di vista non può essere condiviso poiché per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri l'art. 114 TFUE introdotto con l'Atto unico europeo prevale sull'art. 115 TFUE, già presente nel Trattato di Roma con eccezione rispetto «a disposizioni fiscali, a quelle relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti». Va da sé che le concessioni demaniali marittime non rientrano in nessuna di queste tre categorie.
 22. Il Tar Lecce, e in particolare la sez. I negli ultimi anni, ha sposato una "tesi minoritaria" per quanto riguarda la diretta applicabilità dell'art. 12 della Direttiva servizi, cercando di offrire una lettura delle norme europee e nazionali inerenti al settore delle concessioni demaniali marittime, volta a favorire gli operatori balneari. Si ricordano, a tal proposito, le sentenze 1321 e 1322 del 2020 con cui il tribunale, I sez., ha annullato il diniego di proroga

- di una concessione da parte del comune di Castrignano del Capo; successivamente il tribunale è ritornato sul tema della proroga anche nelle successive sentenze nn. 71, 72, 73, 74 e 75 del 15 gennaio 2021 e nella sentenza n. 268 del 15 febbraio 2021; nella sentenza n. 347 del 3 marzo 2021; nella sentenza n. 881 del 12 maggio 2021. Da ultimo, si segnala la sentenza n. 981 del 29 giugno 2021 sul ricorso proposto da AGCM contro il Comune di Manduria cui rimandano molti dei riferimenti in questo scritto (cfr. *infra*, nota, n 55). L'indirizzo di tale sezione pare ignorare i principi direttamente derivanti dai Trattati primi tra tutti il principio del primato, Per approfondimenti, G. Vitale, *Considerazioni a margine della pronuncia del Tar Puglia sulla disapplicazione da parte dell'Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione europea – Osservatorio europeo*, 11 febbraio 2020, in cui si evidenzia la pericolosità di tale orientamento soprattutto per quanto riguarda il dialogo tra le Corti, rispetto ad un sistema consolidato di divisione dei ruoli e di rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione; B. Caravita, G. Carlomagno, *La proroga "ex lege" delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, cit., p. 10-12.
23. Corte di giustizia, causa 103/88, *F.lli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256, p.t1 31-33. Si ricorda anche come la pronuncia Corte di giustizia, 09 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, ricomprenda tra le amministrazioni anche le autorità indipendenti. Ne deriva che anche l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM), nei suoi provvedimenti con efficacia vincolante ha il compito di dare attuazione al diritto dell'Unione disapplicando la normativa interna con esso contrastante. Si rimanda sul punto, *infra*, nota 106.
 24. Nella pronuncia 981/2021 il Tar Lecce ha rigettato il ricorso dell'AGCM. L'Autorità aveva infatti contestato al Comune di Manduria il ricorso all'istituto della proroga. Il Tar, dal canto suo, nella sentenza di rigetto aveva evidenziato come il rimando alla L. 145/2018 avrebbe dovuto comportare la sollevazione da parte dell'Antitrust ricorrente della questione di costituzionalità della norma davanti alla Corte Costituzionale. Perciò, quest'ultima sentenza è degna di rilievo non solo per le ragioni esposte nel proseguito sul ruolo del giudice e la sua funzione nomofilattica, ma anche riguardo al rapporto tra le Corti.
 25. D. U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 96.
 26. Senza pretesa di esaustività si rimanda a M. De Benedetto, F. Di Lascio, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n.1-2, 2014, p. 29-47; M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, Bologna, Il Mulino, 2011; G. Cerrina Ferroni, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2020, p. 21-44.
 27. Ad. Plen., p.to 19.
 28. Sul punto si è espressa in senso contrario la Corte Cost., 118/2018 dichiarando illegittimo

l'art. 3, comma 3, l. r. Abruzzo 27 aprile 2017, n. 30, ove si demandava genericamente ai Comuni e alla «discrezionalità delle amministrazioni» la determinazione delle modalità concrete con cui tutelare il legittimo affidamento dei titolari di concessioni rilasciate anteriormente al 30 dicembre 2009 nell'ambito delle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni. Sul punto si tornerà nel §5.

29. T.A.R. Lecce, 981/2021, cit.
30. In realtà che G. Marchegiani aveva già sposato una simile interpretazione dell'art. 12 della Direttiva intesa ad imporre il diritto europeo alle concessioni prive di un interesse transfrontaliero certo, in *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in *GiustAmm.it*, n. 10, 2016, p. 1-15.
31. Cfr. Corte di giustizia, X sez., 14 novembre 2013, C-221/12 *Belgacom*, ECLI:EU:C:2013:736, «Per quanto riguarda l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, essa può risultare, segnatamente, dall'importanza economica della convenzione di cui è prevista la conclusione, dal luogo della sua esecuzione (...)», p.to. 28.
32. *Promoimpresa*, p.to 67. Di tale avviso anche C. Benetazzo. *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2016, p. 24.
Va poi segnalato come l'utilizzo in questo passaggio da parte dei giudici del riferimento al "bene" abbia determinato numerosi fraintendimenti legati al fatto che la concessione in oggetto non sia di "servizi" già per gli stessi giudici europei. A parere di chi scrive tale interpretazione non può essere condivisa, proprio a partire da una lettura non solo formale, ma anche sostanziale dei principi dei Trattati e della Direttiva volti a valorizzare la "logica di risultato" della concessione. Sul punto, A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, cit., p. 18-22. Cfr. *supra* nota 2.
33. Consiglio di Stato, V sez., sentenza 28 febbraio 2018, n. 1219.
34. T.A.R. Lombardia, Brescia, II sez., sentenza 27 aprile 2017, n. 959.
35. In fondo, ove c'è scarsità, il diritto traduce in norme il pensiero economico; in tali contesti ogni agente persegue la massimizzazione del proprio benessere. Per garantire il funzionamento delle società, soprattutto dove le risorse sono limitate, è necessario avere delle regole. Sul punto, L. Giua, *Testare gli effetti delle norme giuridiche: il contributo dell'analisi economica*, in M. Zanichelli (a cura di), *Il diritto visto da fuori*, cit., p. 40.
36. La ricorrente gestiva il compendio di *Villa Olmo* sulla base di una concessione demaniale rilasciata nel 1981 e più volte prorogata in virtù della normativa vigente fino all'ultima scadenza il 31 dicembre 2011. Ella aveva perciò chiesto al Comune di non procedere alla pubblicazione del bando per l'assegnazione in concessione delle aree demaniali da essa occupate, rivendicando il diritto ad una proroga tacita fino al 2020, in conformità all'articolo 1, comma 18 d. l. 194/2009.
37. S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012. L'autore richiamando la pronuncia *Duff* C-63/93 (15 febbraio 1996, ECLI:EU:C:1996:51) e, in particolare il p.to 20, ricorda come il legittimo affidamento sia un corollario de la «*certezza del diritto*». La certezza del diritto avrebbe un carattere

CERIDAP

statico, mentre il legittimo affidamento avrebbe un carattere dinamico imponendo agli organi che danno attuazione al diritto europeo di tutelare situazioni giuridiche *anche* consolidate. *Ivi*, p. 83.

38. Ad. Plen., p.to 16.
39. Art. 12, c.3 Direttiva 2006/123/CE.
40. A. Monica, *Il destinatario e le concessioni demaniali marittime nel mutato contesto del mercato europeo dei servizi*, in AA. VV., *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, EUM, Macerata, in corso di pubblicazione.
41. Ad. Plen., p.to 42.
42. Ad. Plen., p.to 44.
43. Il Consiglio di Stato non solo dichiara l'efficacia di tutte le proroghe ma ravvisa la mancanza di interesse ad intervenire in giudizio alle parti intervenute *ad adiuvandum* del ricorrente. Si tratta sia privati concessionari di stabilimenti balneari, associazioni di categoria, finanche la Regione Abruzzo, nonché l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto. L'Ad. Plen. dichiara inammissibili tutti gli interventi. Per quanto concerne l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto, questa è parte di un ricorso davanti al CGAS per cui non è sufficiente che essa sia già parte di un (altro) giudizio, in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella oggetto del giudizio in questione; né tantomeno si desume abbia alcun interesse specifico rilevante nel caso di specie. Per quanto riguarda la Regione Abruzzo e i vari concessionari demaniali, l'Ad. Plen. ravvisa che il loro intervento sia motivato da una chiara e astratta finalità di giustizia: la decisione dispiegherà i suoi effetti sulla successiva azione amministrativa orientando l'attività dei funzionari. Chiaramente, anche per quanto concerne le associazioni di categoria, esse non riescono a dimostrare un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso, ma si constata semplicemente l'interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa, nonché mere finalità di giustizia. (Su tale aspetto cfr. Ad. Plen., sentenza 02 novembre 2015, n. 9).
44. In questi termini cfr. Cons. Stato, VI sez., 6 giugno 2018 n. 3412. Secondo il Collegio «in un ordinamento ispirato al principio di legalità, non può essere qualificato come provvedimento, ancorché tacito, un mero contegno di fatto non riconoscibile come espressione del potere amministrativo». Stando, infatti, all'art. 2 della l. n. 241/90 l'amministrazione ha l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso. Ecco che i provvedimenti taciti e i «silenzi significativi» sono configurabili solo nei casi espressamente previsti dalla legge (con impossibilità di applicazione analogica delle relative disposizioni). Nello specifico, le disposizioni legislative con le quali si prevede un rinnovo automatico delle concessioni balneari, o una proroga *ex lege* delle stesse, non possono essere considerate come fonti legali di un ipotizzato provvedimento amministrativo tacito in quanto esse si sono limitate ad incidere, *ex lege*, sugli effetti giuridici di provvedimenti amministrativi già emanati. In pratica, non vi è stata la necessità che l'amministrazione esercitasse alcun potere e, quindi, non vi è la possibilità di

- configurare la sussistenza di un provvedimento tacito di rinnovo o di proroga che, se emesso, ha natura meramente ricognitiva delle conseguenze previste dalla legge.
45. In *primis* ciò avviene per effetto del dispositivo della sentenza *Promoimpresa C-458/14*. Si rammenta infatti come le sentenze pregiudiziali della Corte UE abbiano la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate; lo stesso rinvio è volto ad orientare il giudice *a quo* chiamato a decidere nel merito della questione sollevata. Sul punto, J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 621.
 46. Cfr. M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Diritto amministrativo*, n.3, 2016, p. 321.
 47. Cfr. A. Giannelli, p. 160. L'autrice evidenzia come la Corte di giustizia nel caso italiano *Promoimpresa C-458/14*, utilizzi una nozione «atecnica» di scarsità, laddove «perde ogni pregnanza semantica e, quindi, ogni potenziale connotativo rispetto alla totalità dei beni presenti in natura» in *Concessioni di beni e concorrenza*, cit., p. 160. In sintesi, nel volume viene proposta una distinzione tra «concessione funzionale» e «concessione reddituale» assumendo come elemento dirimente il tipo di interesse pubblico sotteso alla singola concessione. In altre parole, la «concessione funzionale» è quella cui si riferirebbe l'art. 12 della Direttiva: il regime concessorio è volto a perseguire l'interesse pubblico della migliore regolazione del bene. Nel caso di una «concessione reddituale», invece, non vi sono necessità di restringere l'accesso al bene, se non risulta scarso in senso assoluto, anzi viene liberalizzata pienamente l'attività economica che ne consente lo sfruttamento. Sulla scorta di tale ragionamento, le «concessioni balneari» sarebbero escluse dal campo di applicazione dell'art. 12 della Direttiva in quanto non risulta rintracciabile il presupposto della scarsità quanto, piuttosto, esse sono rilasciate allo scopo di consentire delle entrate reddituali all'ente concedente. *Ivi*, p. 159-164.
 48. Come già detto, A. Giannelli vede la questione dal punto di vista diametralmente opposto. Le concessioni balneari sarebbero reddituali, dunque, il diritto nazionale deve poter evitare distorsioni del mercato, *ivi*, p. 164.
 49. Cfr. Cons. Stato, VI sez., sentenza 1 febbraio 2013, n. 626, da cui discende il principio applicativo dell'articolo 49 del codice della navigazione: per tutte le concessioni in atto, rilasciate agli stabilimenti balneari la facoltà, da parte delle amministrazioni concedenti dello Stato, di incamerare le opere “non amovibili” o di “difficile sgombero o rimozione” (pertinenza dello Stato), potrà essere esercitata «soltanto dopo la effettiva cessazione del rapporto». Cfr., E. Sartor, *L'acquisizione di opere inamovibili da parte della pubblica amministrazione ex art. 49 c. nav.: un'inversione di rotta del Consiglio di Stato*, in *Diritto dei trasporti*, n. 2, 2014, p. 570-575.
 50. F. Gaffuri, in *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, cit., p. 48.
 51. Si richiama a tal proposito il principio dell'equilibrio economico-finanziario della concessione, come previsto anche dall' art. 165 del d. lgs 50/2016 che lo inquadra quale «presupposto per la corretta allocazione dei rischi». Per approfondimenti, M. Calcagnile, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, cit., p. 596.

52. A tal proposito si ricorda come “*Il rispetto dei principi generali del diritto si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario*” (causa 230/78 Eridania). Anzi, tali principi reggono tutta l’attività amministrativa. cfr. D. U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 109-110.
53. Considerando 1, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.
54. F. Gaffuri, in *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, cit. p. 53.
55. Sul punto, T.A.R. Lecce 981/2021, par. XI, lett. c) in cui si ricorda come «*l’indennizzo risponde a esigenze di equità, atteso che il concessionario in essere con la sua opera e con i propri investimenti, nonché attraverso la realizzazione delle opere legittimamente autorizzate, ha determinato un incremento di valore del bene demaniale (...)*».
56. Ad. Plen., p.to 49.
57. G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, cit., p. 34.
58. A. Monica, *Stessa spiaggia stesso mare*, in *questa Rivista*, n. 2, 2020, p. 61-74.
59. Già nella pronuncia n. 981/2021 il Presidente del Tar Lecce, il giudice Antonio Pasca, non si era sottratto al compito di indicare in maniere puntale e precisa alcuni criteri volti a definire come le gare “dovrebbero” essere. Per la precisione aveva elencato come “necessario” definire nella legge: 1) la durata delle concessioni; 1) la composizione delle commissioni di gara; 3) i requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione; 4) le forme di pubblicità (anche a tutela degli interessi transfrontalieri); 5) i criteri di selezione; 6) la modifica delle norme del Codice delle Navigazione in tema di indennizzo; 7) la previsione di un procedimento amministrativo che consenta di indentificare, in contraddittorio e secondo regole certe, l’importo per ciascuna concessione; 8) la previsione di norme a tutela del legittimo affidamento di rapporti concessori in vigore già da prima dell’adozione della Direttiva servizi.
60. M. Conticelli, rileva come anche dopo l’abrogazione del diritto di insistenza la disciplina abbia comunque lasciato ampi margini di discrezionalità alle amministrazioni sia per la scelta del concessionario, sia per le procedure di selezione: cfr., *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, cit., p. 1076. Per un’analisi giurisprudenziale riguardo al potere di scelta del concessionario da parte delle amministrazioni si rimanda a B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, cit., p. 362-366.
61. Come di recente ribadito dal T.A.R. Lazio, II sez., sentenza 01 aprile 2021, n.3935, le Stazioni appaltanti (nella cui nozione rientrano anche gli enti aggiudicatori), hanno il potere di fissare nella *lex specialis* parametri di capacità tecnica dei partecipanti e requisiti soggettivi specifici di partecipazione attraverso l’esercizio di un’ampia discrezionalità, fatti salvi i limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità. Sul punto si sottolinea essere alquanto rilevante quanto affermato di recente dal T.A.R. Bologna (II sez., sentenza 16 novembre 2021 n. 93): la definizione dei parametri valutativi e dei metodi di attribuzione dei punteggi volti a premiare la professionalità e la capacità organizzativa e

- progettuale dei concorrenti, dunque legati al “merito tecnico”, è sindacabile in sede di legittimità allorché «sia manifestamente irragionevole, illogica o abnorme».
62. Intervento di G. Corso, in *Colloqui di diritto amministrativo - Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, 18 novembre 2021, radiatoradiale.it
 63. Sul punto, cfr. G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, cit., p. 46.
 64. F. Gaffuri in riferimento alla determinazione dei canoni richiama il «*principio di corrispettività*», in *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, cit., p. 57.
 65. Ci si riferisce al criterio indicato dal T.A.R. Lecce, 981/2021, che invita a prevedere norme a tutela del legittimo affidamento di rapporti concessori in vigore già da prima dell'adozione della Direttiva servizi.
 66. A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, cit., p. 45-46.
 67. M. R. Ferrarese, *Nomofilachia ed evoluzione giuridica. Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2021, p. 115 in cui si evidenzia come l'incremento delle competenze e dei poteri del giudice amministrativo sia dovuto anche all'effetto dell'art. 99 c.p.a e non solo all'estensione delle materie riconducibili alla sua esclusiva giurisdizione.
 68. A. Travi, *Il giudice amministrativo come risorsa?*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2021, p. 23.
 69. Cfr., C. Franchini, G. Della Cananea, G. Lo Presti, B. G. Mattarella, *Giustizia amministrativa e sviluppo del paese*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia*, Utet, Torino, 2011.
 70. Le pubbliche amministrazioni sono, dunque, chiamate a curare l'interesse pubblico potendo «incidere sulle collettività e sulle categorie (potestà)» cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza n. 6, 20 febbraio 2020. La sentenza è richiamata in G. Portaluri, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2021, ove l'autore sottolinea come la funzione di nomofiliachia esercitata dall'Ad. Plen. possa consentire di garantire forme “ulteriori” di tutela a varie situazioni giuridiche consolidate o emergenti, quali frutto della complessità crescenti dei rapporti sociali (*ivi*, p. 137), e difenderle da «iniziative regressive» (*ivi*, p. 155). La strada per limitare gli eccessi di un potere di merito eccessivamente discrezionale è rappresentata, secondo l'Autore, dai «valori» guidati dal catalogo costituzionale e dalla *rule of law*. In altre parole, «ogni operazione interpretativa, persino distante non solo dal core della certezza semantica, ma addirittura dalla penombra del dubbio (lo dico in termini hartiani), dismette il suo potenziale di offensività nei confronti dei diritti sostanziali: l'avventura ermeneutica, pur con tutte le riserve che ritengo debbano accompagnarla (e sorvegliarla), può tradursi in senso ampliativo degli spazi di accesso al giudice.», *ivi*, p. 116.
 71. Sul punto, cfr., M. A. Sandulli, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2021, p. 186.

72. Cfr., T.A.R. Lecce, 73/2021, «Appare inoltre necessario che una normativa nazionale stabilisca regole specifiche ed uniformi, anche al fine di evitare disparità di trattamento, relativamente all'espletamento delle gare ad evidenza pubblica».
73. Scrive il Presidente del Tar Lecce, A. Pasca, nella sentenza 981/2021 «In sede di normativa di riordino del settore, sarebbe peraltro auspicabile prevedere il necessario ed inscindibile collegamento tra concessione e titolo edilizio, abbandonando – anche sul piano delle competenze – il doppio e parallelo procedimento e prevedendo una autorizzazione integrata demaniale con valenza edilizia e paesaggistica».
74. A. Monica, *Il destinatario e le concessioni demaniali marittime nel mutato contesto del mercato europeo dei servizi*, cit.
75. Cfr., Cons. Stato, V sez., n. 837 del 2009 in cui si afferma come sia legittimo prevedere nel bando di gara eventuali elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti cioè la specifica attitudine del concorrente, desunta da analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara. Sul punto, *infra*, nota n. 92.
76. I problemi sulla sindacabilità da parte del giudice sono oggetto di intenso dibattito tra i giuristi e, nell'economicità della trattazione, in questa sede sono solo portati all'attenzione da un punto di vista epistemico e non critico. Cfr. G. Greco, M. Cafagno, D.U. Galetta, M. Ramajoli, M. Sica, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 199.
77. AGCM, S4143 - Segnalazione contenente le proprie proposte ai fini del disegno di legge per la concorrenza, 23 marzo 2021.
78. Il canone demaniale è una sorta di corrispettivo dovuto a seguito del particolare uso del bene collettivo. Cfr. G. Pallotta, *Imposta regionale sulle concessioni demaniali marittime*, in *Il Diritto Amministrativo - Rivista giuridica*, 17 dicembre, 2018.
79. Si segnala all'uopo che il T.A.R. Toscana (II sez., sentenza 8 marzo 2021, n. 363) ha annullato la Determina Dirigenziale n. 408 del 21 maggio 2020 del Comune di Piombino, oggetto di parere motivato dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il mercato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/90 (cfr. AS1701 – Comune di Piombino (LI) con la quale l'ente locale in questione aveva avviato la procedura per la proroga della validità temporale delle concessioni demaniali marittime insistenti sul territorio comunale senza dar corso alla procedura comparativa prevista dall'articolo 12 delle Direttiva 2006/123/CE.
80. M. Ceruti, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici, problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, cit., p.60
81. L'abolizione delle restrizioni, dal punto di vista del diritto europeo, è da valutare in chiave transfrontaliera come ricorda la Corte di giustizia in molte sue pronunce (cfr., Corte di giustizia, I sez., sentenza 26 gennaio 2003, *Commissione c. Spagna*, C- 514/03, ECLI:EU:C:2006:63, p.to 24) ma è chiaro che anche la semplice esclusione (di fatto) di operatori potenziali nazionali crei una distorsione del mercato.
82. Si prenda come esempio il (non più recente) caso Englaro in cui bene si riverbera il problema dei "limiti" della c.d. «funzione creatrice» dell'attività giurisdizionale. In assenza di una specifica normativa sul c.d. «fine vita» la Corte di cassazione con la sentenza n.

- 21748 del 2007 e la Corte di appello di Milano con il decreto 25 giugno 2008 hanno, di fatto, colmato il vuoto normativo nell'ordinamento interno. Cfr. S. Spinelli, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzione tra potere legislativo e giurisdizionale*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2009, p. 1488-1519.
83. Sul punto, G. Portaluri, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, cit. L'Autore, pur ponendo il problema soprattutto del punto di vista processuale e dell'interesse sostanziale che consente l'accesso al giudice, laddove l'azione pubblica è suscettibile di ledere una pluralità di interessi che meriterebbero tutela, constata come da «l'irripetibilità della vicenda singola, la quale reclama un *respondere* che non può più fondare sul diritto positivo» derivi la ricerca di una regola decisoria "altra" da quella posta dalla legge. *Ivi*, p. 64.
84. Nel contesto specifico, poi, non bisogna trascurare l'importanza data dall'apporto dell'analisi economica per valutare gli effetti di future disposizioni normative che riguardino il mercato dei servizi. La norma, in questo caso, va intesa nella prospettiva positivista di Hart, vale a dire quale giustificazione dell'azione e di definizione di ciò che il diritto è. Cfr. B. H. Bix, *Teoria del diritto, idee e contesti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 53-64.
85. L'idea centrale della norma interna è di «una regola priva di efficacia normativa nell'ambito dell'ordinamento generale statale» ma posta dagli atti normativi di qualsiasi ordinamento a rilevanza pubblicistica che deriva, in ogni caso, dall'ordinamento statale. Per approfondimenti, F. Bassi, *La norma interna*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 7; p. 13.
86. Cfr. A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2015, p. 357.
87. Sul punto si rimanda al concetto di «forza di legge», vale a dire la capacità dell'atto normativo di innovare rispetto all'ordinamento di appartenenza che, a sua volta, ne determina la tipicità. Cfr., F. Bassi, *La norma interna*, cit., p. 491-492.
88. Cfr. anche, F. Liguori, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, n. 2, p. 587-600. L'autore riflette sull'esercizio nomofilattico da parte della giurisprudenza amministrativa e sul principio di certezza del diritto, messo in discussione da molte decisioni giurisprudenziali. In *questo* scritto non si è volutamente trattato il rapporto tra giurisdizioni. In proposito, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria pone diversi interrogativi anche in merito ai limiti esterni della giurisdizione. Inoltre, nel dibattito futuro, non sarà sicuramente trascurato il problema della frammentazione della funzione nomofilattica tra Corti nazionali e Corte di giustizia, nonché di una sua diversa organizzazione. Cfr., A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, cit., p. 361-362.
89. P. Grossi parla di ceto giudiziario che dà vita al «*diritto vivente che si affianca ad uno sclerotico diritto ufficiale*», in *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2012, p. 111. Sulla percezione delle giuridicità e la contaminazione del diritto per opera delle numerose sollecitazioni esercitate da parte di altri ambiti e materie si rimanda a M. Zanichelli, *Introduzione. Per un diritto in ascolto*, cit. (cfr., *supra*, nota n. 9).

The new tax novel: well-known characters but with volatile citizenship

Jacopo Ratti

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-21

La globalizzazione del commercio, la digitalizzazione, la circolazione di grandi quantità di ricchezza imponibile e la facilità con cui oggi si possono attuare pratiche elusive volte a deviare la materia imponibile, hanno fortemente intaccato le rigide definizioni giuridico-fiscali che, ancora oggi, cercano di imbrigliare queste nuove forme di ricchezza altamente mobili. Infatti, non solo le imprese digitali approfittano delle definizioni e degli istituti preesistenti, creati per tassare i redditi prodotti dalla cosiddetta economia tradizionale, per non essere radicate in un determinato territorio; ma, soprattutto, utilizzando i nuovi strumenti digitali, riescono direttamente a nascondere molti segmenti della loro attività. In questo articolo, dopo una rapida rassegna della storia dell'economia digitale, cercheremo di offrire un'ipotetica soluzione alla questione ancora controversa di come tassare questi redditi, altamente mobili.

Trade globalisation, digitization, the circulation of vast amounts of taxable wealth, and the ease with which elusive practices aimed at diverting taxable material can be implemented today, have greatly affected the rigid legal-tax definitions that, even today, attempt to harness these new forms of highly mobile wealth. In fact, not only do digital enterprises to avoid being rooted in a specific territory take advantage of pre-existing definitions and institutions, created to tax income earned by the so-called traditional economy; but, above all, by using new digital-tools, they directly manage to hide many segments of their activity. In this paper, after a quick review of the history of the digital economy, we will try to offer a hypothetical solution to the still controversial issue of how to tax these highly mobile incomes.

Foreword

The original idea presented in this text was studied and wrapped for the Gargnano Conference, organized by the University of Milan, which should have been held before the COVID-19 pandemic crisis: in its original traits, the idea is essentially based on the hypothesis that it is possible – and indeed necessary – to privilege an approach based on the search for a *new nexus* that allows income to be linked to the state in which it is produced. This research was conducted on the assumption that it was still possible, also due to the renewed political spirit, to bend the narrow and formal meshes of the law to achieve the aforementioned goal.

However, as said the health crisis, but also the normal course of time, have upset just these premises, thus making the drafting of this introductory paragraph necessary: in fact, the need to quickly find new resources to face the continuing crisis^[1] has led the major national states, as well as almost all the countries belonging to the O.E.C.D., to opt for a different solution from the one set out here^[2].

Although introduced after the conclusions drawn in the original version of this paper, these new and highly remarkable changes will nevertheless to be briefly examined, in order to see whether those conclusions, previously reached, still have meaning in this new context – at least in theory – or whether, together with the assumptions underlying them, they should be definitively abandoned.

1. Introduction

Although in recent decades the economy has been required to answer continuous demands and threats – which have contributed to the spread of new theories on the subject –, the traditional economic studies and the related scientific literature are (most) still firmly geared towards identifying the maximisation of the entrepreneur's profit as the ultimate goal to which organised business activity should aim^[3].

According to this interpretation, to maintain a constant cash flow into the company coffers if it is not possible to increase the marginal utility resulting from the goods sale, the entrepreneur is led – almost naturally – to reduce operating

costs.

Among the outgoing cash flows which are considered unfavourably in business management, it is not new to include the tax burden that the company will be required to pay to the single states where it carries out its economic activity at the end of its fiscal year.

However, unlike normal management and operating costs, taxation is particularly unpleasant for entrepreneurs themselves who, aware of the possibility of assessing *ex-ante* the results of virtuous company management, taking advantage of rigid creationist schemes, have a natural tendency to minimize this levy^[4].

So, any misalignment between the fixity of individual state legislation is an excellent corporate opportunity to be able – legitimately or not – to escape the meshes of the tax authorities of the respective countries.

For this frantic chase aimed at minimizing the tax burden to cease, it would seem necessary, in the application of the hypotheses at the basis of the Coase Theorem^[5], to agree on general and common clauses which, starting from the respective aims of the tax system of the individual country, make the individual tax system neutral concerning business choices and, also, aimed at interfering as little as possible in the economic choices and capital allocation of companies^[6].

The digital revolution and the technological evolution of the production and distribution mechanisms have enabled, on the one hand, economic operators to access suitable remote markets which would otherwise be unbreachable, with the consequence of making the customer pool even more mobile and depersonalizing; on the other hand, companies have been able to organize their activities by enhancing the value of their *intangible assets* and to transfer the latter ownership rights within groups of companies^[7].

This practice has had the effect of making the groups thus constituted the most profitable specifically due to the already low overall cost of the properties and assets holded^[8].

If described in this way the phenomenon is of immediate and clear understanding, on the contrary, in practice the situation is complicated by a continuous tension with definitions and institutions that would seem unsuitable for the changing and fast digital business reality.

The combination of activities and the allocation of intra-group resources aimed,

as prior said, at minimizing the fiscal cost^[9] takes place through cross-border transfers between related parties within the economic group considered as a whole^[10].

These (fictional) transfers are often real international transactions carried out by economic subjects which are subordinated to different state jurisdictions. Those, individually, require that their own right tax “*slice*” is guaranteed.

But this new economic consistency is not based on the use of traditional resources^[11] – i.e. the income generated by tangible physical assets, which can be localized and well-evaluated because of their particular characteristics –; so consequently, it has to be reconstructed and distributed through the use of fictitious instruments, which are designed and assigned for the sole purpose of identifying the imaginary “*slice*”.

For years indeed, these instruments have been identified out of the stipulation and adoption of bilateral treaties which, even today, constitute the backbone of the current international tax law. Unfortunately, this traditional *paraphernalia* has conducted to a legislative superfetation, in which the digital mesh not only cannot be compressed but finds further loopholes^[12].

In doctrine, several voices call for a re-reading – or even a change – of the basic notions of international tax law that derive their origin from those agreements: the concepts of “*permanent establishment*”, “*residence of society*”, price determination “*at arm’s length*”^[13], are affected by the past vision of the economy^[14].

The first part of this brief work we will focus on the definition and the historical-legal framework of the concept of the permanent establishment, outlining its characteristic features, as originally conceived in the international context, and subsequently implemented and modified in the European one.

The paper will then focus on the definition of permanent establishment that the Italian legislator, autonomously implementing some “progressive” tendencies and thus anticipating the unitarian European intervention, decided to introduce unilaterally into the national system, in order to attract locally the income produced by non-resident digital multinationals.

In the last paragraph we will finally provide some concluding remarks, aimed at offering some possible future developments of the research and possibly suggesting some systemic indications, also valid in the new international context.

2. The common notion of p.e.: Dogmatic and Definitions ^[15]

As briefly mentioned in the previous paragraph, the studies related to the aggressive fiscal plans have been carried out over time ^[16], although the advent of digital technology has led to a rapid and abrupt change in the ways in which this result could be and it is actually perpetrated ^[17].

However, in the first decades of the last century, the allocation of profits and the unbundling of intra-group costs were related to companies that even if articulated on a global scale they had been drawn most of their wealth from the use of geopolitical resources clearly identifiable.

The Compromise of the 1920s ^[18] addressed and attempted to propose a solution to the problem of the distribution of taxable income, granting to the “source State” the taxation of business income, meanwhile to the “investor’s State of residence” the taxation of portfolio income ^[19].

Despite the years passed, even today this twofold definition is still at the basis of many agreements drawn up at the international level, the so-called bilateral Conventions against double taxation ^[20].

Nevertheless, the simple allocation in these terms was hardly ever satisfactory.

The State of residence of the company, in fact, in the application of the worldwide taxation principle ^[21], would have wanted to attract the entire taxable amount, even if the entire economic activity had taken place outside its national borders.

And, in the same way, the State of the source of income would have wanted to tax any economic manifestation generated by the usage of the local resources, even if the exercise of the economic activity was not explicitly manifest in this State.

It was, therefore, left to international organisations to determine which legislative compromise could resolve the tax dilemma as presented above.

The introduction of the permanent establishment, formulated in Article 5 of the Model Convention against double taxation OECD ^[22], was set up to grant an instrument legitimising the tax collection into the State where the non-resident enterprise carries on a relevant part of its economic activity, even without the necessity of a tangible physical articulation ^[23].

The permanent establishment (from now on also p.e.) – in its dual definition of a

material or personal p.e. – represents, in fact, a mere articulation of the so-called parent company, not autonomous from a legal point of view, but still such as to be fiscally relevant ^[24] .

Due to his fiscal consistency, the state where the permanent establishment is identified has the right to tax the income produced by the latter.

In the international context, moreover, a distinction has also been made between a «*material permanent establishment*» – understood as a fixed place of business, as will shortly be detailed below – and a «*personal permanent establishment*». The latter is a p.e. which operates in the territory of the State on behalf of the foreign enterprise by concluding contracts other than those for the sole purchase of goods ^[25] .

For a tangible permanent establishment to take shape – a case of unquestionable importance if we want to deal with the significant developments caused by the digitalized economy – the mandatory presence of three symptomatic indexes is required: i) objective, i.e. the possibility of identifying a fixed place of business in the State of the establishment of the p.e.; ii) subjective, i.e. the traceability of the transactions made by the p.e. referred to the parent company; iii) functional, i.e. the possibility of providing a set of instructions and functional relations between the parent company and the established branch.

Having verified the existence of these requirements – and therefore identified the p.e. –, the state of the source will be able to subject to competing and/or exclusive taxation the income that is directly attributable to this subsidiary, at this point viewed as a fixed place of business.

For the shrewd reader will be of immediate relevance that applying to the digital world the definition of p.e. currently existing in the legislation inspired by the OECD Model Convention may be difficult, due to the precise limits of that definition by itself: as said, this legal fiction – created to achieve an attractive link between the income produced by an entrepreneur and the territory of the State ^[26] where such income is supposed to be generated –, cannot ignore the concepts like territorial sovereignty or fixed place of business.

However, trying to identify a fixed place of business where to locate the movements of the intangible assets fluid and very mobile, is a task of extreme complexity: indeed, this research could lead to wonder just which new physical structures make these manifestations of wealth evident, not solving the problem

of how to distribute the possible surplus-value generated.

From this base knowledge it is necessary to understand the action that, on several levels, today try to revolutionize the concept of p.e. or to create new connecting criteria (so-called *nexus*).

3. The new ideas developed in the E.U. context

Starting from the analysis and the results achieved in that international scenario, the European Union has moved along two distinct lines. At one time in the past, the most widely accepted and most suggestive hypothesis, to ensure that income tax was paid where the value was produced, was consolidating and then redistributing, based on three simple criteria (i.e. assets, labour, and sales), the revenue of the international group of companies or of the company operating in several European countries^[27].

On the other hand, however, the slow decision-making process, mainly due to the lack of will to adopt such a binding directive, has gradually led the European Commission to dismiss the idea of being able to directly influence income tax, prompting it to consider alternative solutions^[28],

In addition to international studies^[29], the European Commission has always been able to draw directly on the experiments and judicial experiences already conducted for other types of taxes with a different taxable event^[30].

The Commission's active action has led to the formulation of two innovative proposals for directives which, based on previous communications where it was addressed the need for new specific international rules^[31], contribute significantly to highlighting new forms of income and taxation rules.

In particular, the Commission has now-a-day chosen to co-ordinate its action to scale up the impact of the new provisions: firstly, by consolidating the previous structure discussed in the OECD; then, starting from this substratum, establishing rules and provisions for «*digital presence*»^[32], which aims to reform corporate tax rules so that profits are registered and taxed where businesses have significant interaction with users through digital channels rather than where they make their profits; and finally, creating an *interim* turnover tax on services provided by certain types of digital companies^[33].

However, the implications of the latter – although systematically relevant – are

not the subject to this discussion, but moreover are equally going to be outlined in their interaction with the Directive on the «*digital presence*».

As pointed out by the Commission in its own assumption «*the digital economy is transforming the way we interact, consume and do business. Digital companies are growing far faster than the economy at large, and this trend is set to continue [...] However, digitalisation is also putting pressure on the international taxation system, as business models change. Policymakers are currently struggling to find solutions which can ensure fair and effective taxation as the digital transformation of the economy accelerates, and the existing corporate taxation rules are outdated to catch such evolution*^[34] ».

The concerns arising from this scenario led to a strong institutional debate. However, the many discussions have the virtue of underlining that a globally accepted definition of permanent establishment and the related transfer pricing and profit attribution rules should remain pivotal when addressing the challenges of taxation of profits of the digital economy.

The willingness to integrate the already existing notions of p.e. and to include nuances suitable for digital enterprises – and therefore the choice not to distort the current system of taxation which is still anchored on the solid principles of state of residence and state of source – finds inspiration and confirmation in the recent contributions of the OECD: in the modulation of subsequent measures to the BEPS project^[35], the same international organization, acknowledging the increasingly relevant character of the digital economy, has nonetheless chosen not to change the standard definitions and set of rules on the permanent establishment, preferring and addressing techniques used to inappropriately avoid the tax nexus, instead.

However, the European proposal introduces a significant additional element: starting – as pointed out – from a consolidated regulatory situation, the Commission proposes to introduce, to establish a taxable nexus in a set jurisdiction^[36], the concept of a significant digital presence^[37]. The introduction of this simplistic formulation is considered an evolution of the already existing concept of the permanent establishment^[38], well known, and applied; at the same time, this innovation led States to uncritically transpose this definition into national legislation for their benefit, without waiting for systematic detailed indications. However, this proposal merely outlines the rules for establishing the

taxable status of a digital company in a Member State; they are essentially based on i) revenues from supplying digital services, ii) the number of users of digital services or iii) the number of contracts concluded for the delivery of a digital service. As said, these general criteria are proxies for determining the “*digital footprint*” of a business in a jurisdiction based on certain indicators of economic activity. However, the innovation is not unprecedented: the idea of identifying a new type of nexus regardless of the actual presence or absence of a permanent establishment is an hypothesis also developed in 2018, on the other side of the ocean.

In the well-known United States Supreme Court case *South Dakota v. Wayfair*^[39], the Supreme Court stated that States may charge tax on purchases made from out-of-state sellers, even if the seller does not have a physical presence in the taxing state. Even in the United States, the original concept of *nexus*, based on the fact that a company has some kind of physical presence in the state (such as offices, staff, warehouses, sales agents and so on) could now be integrated with the new type of nexus created by the Supreme Court ruling^[40]: the sales tax is due even in the absence of a permanent establishment in the state when sales in that state exceed a certain level or a certain number of orders.

Therefore, it seems possible to assimilate the two experiences which, in different ways and with equally heterogeneous aims^[41], have identified an essential component in the taxation of modern and digitized multinational enterprises: those companies benefit from public services and market infrastructures, but do not pay tax there unless they have a significant physical presence as well. Both the initiatives presented so far also demonstrate a willingness to move beyond the concept of fixedness required by the classic definition of p.e., and to embrace, at least in the digital context, a new guiding criterion that disregards material and objective elements and privileges the moment of contact between the user and the company generated using a digital tool, instead.

4. The Italian case, food for thought on digital multinationals? A brief analysis on the new art. 162 d.p.r. 917/1986

However, the absence of a clear definition of «*digital presence*», as well as many

other definitions included therein, as anticipated, limits the scope of innovation. Among the various European proposals and initiatives^[42], the domestic experience is a good starting point.

Indeed, the unilateral application made by the Italian legislator is useful to detail the problems that intervene when the notion of a permanent establishment is identified unilaterally, without noting that, within the current European panorama, the tax intervention of the single state (which generally concerns income taxes) must be coordinated with the work of tax harmonization delegated to the European bodies (which as stated concerns harmonized taxes).

With the Budget law for 2018, the Italian legislator has introduced, in the body of article 162, a new letter (*f-bis*), with which the stable organization also includes «*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*»^[43].

The ambiguity of the normative formulation, due to the use of blank clauses of difficult practical application and, also, the silence on the point of the *Supplementary Report* to the Budget law, immediately entailed criticism of the provision in question^[44].

The unfortunate expressions used by the legislator rather than being the formulation of a new nexus to allocate portions of digital income, identify a new form of anti-avoidance rule, aimed at countering simulated behaviours, design to disguise a different factual and legal reality^[45].

Furthermore, it would also seem difficult to apply this notion. In fact, following the principles of international tax law^[46], state law prevails only if it provides greater guarantees for the taxpayer: on the contrary, the Italian provision does not appear to have such meaning, precisely because of its blurred boundaries of interpretation and, consequently, could be invoked only against states with which Italy has not concluded a treaty against double taxation.

Moreover, the legislation is also in clear contrast with the VAT legislation, for which it is unthinkable that a «*significativa e continuativa presenza economica*» could integrate a p.e., without the simultaneous presence of technical and human equipment suitable for carrying out the operations^[47].

In this regard, for VAT purposes, the existence of a permanent establishment requires the combination of human and technical means that allow the execution

of significant operations so that, for example, the presence of installations used for auxiliary and preparatory activities is never enough^[48].

Moreover, the national legislator does not provide any notion of p.e. of the non-resident taxable person; it is especially noticeable when the case-law of the Supreme Court is scrutinized^[49]: the Supreme Court, referring to the idea of p.e., directly invokes the combined provision of Article 162 d.P.R. 917/1986 and the Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 which replaced the Sixth Directive 77/388/EEC (see Article 9, paragraph 1, where the concept was explicit of «*stable activity centre*»).

As abovementioned, in the Italian legal system, this attraction leads to clear contamination between the profile of direct and indirect taxation: indeed, despite the contrasting pressures, in the opinion of national jurisprudence a tangible physicality of the p.e. cannot be ignored.

5. (only) Hypothetical conclusions

The concept of permanent establishment is still considered to be at the heart of taxation of businesses outside their home country^[50]: indeed, the existence of a permanent establishment makes possible to place the income of a foreign business on the territory of a State, thus allowing the latter to tax that income^[51]. However, the current legislation^[52] on permanent establishment, as noted, does not allow proper regulation of the situation because it exists, on the one hand, the difficulty – if not the total impossibility – to classify the new asset used by digital economics (i.e. websites) as permanent establishment and, on the other hand, the ease, for the parent company, to adopt strategies to allocate servers in low tax states^[53].

An example^[54] to clarify the difficult situation: in the case of direct electronic commerce, where a non-resident company decides to locate its server in a privileged tax country and uses a website to distribute its products in Italy, income generated in Italy would be taxed in the country under preferential taxation.

More specifically, this last instance makes it clear how the individual state intervention can only grasp some individual aspects of the problem: the difficulty of establishing and locating – and consequently taxing – the income generated by

those using the network highlights the need for greater harmonisation of the various tax systems^[55] or, from a collaborative point of view, to provide for specific agreements to identify which circumstances of the internet protocol make them taxable and whether they should be taxed^[56].

The considerations reproduced so far, the highlight, on one hand, the awareness of the problem and, on the other, the will (at least declared) to contribute to study and legislate on the phenomenon^[57].

They also reflect the idea that – perhaps – it is appropriate to ask ourselves whether it is necessary to introduce a new method of taxation of digital enterprises^[58].

Allow me just to make a few brief concluding remarks.

The institution of an Italian digital tax and a special definition of p.e., included in the list of the general provision, highlights the ineffectiveness of unilateral intervention. This is due to a triple order of reasons: in the first place, because the digital tax would yield a tax based on gross revenue, exposing the rule to significant objections of constitutionality for breach of the principle of ability to pay^[59]; secondly, because if the non-resident digital multinational were to ascertain a higher amount not subject to taxation, it would seem difficult to proceed with the compulsory collection of that amount, since the latter does not have physical assets that could be attacked.

Finally, the anticipation of unilateral measures, in the current economic situation, could have repercussions on resident companies: the idea of taxing the profits of the web colossuses may clash with the protectionist policies of some countries, in defiance of the principle of cooperation and loyalty that should govern international relations^[60].

On the contrary, cooperation between states and a unified approach^[61] to the matter must be pursued: following this guideline, the unity of the MNE is not dispersed or fragmented into several underlying units but the MNE is considered as one single enterprise, which should present consolidated financial statements in each State in which it operates, subsequently allocating the share of income generated in each State based on its actual economic presence in each territory^[62].

The same mechanism and devices used by companies to make their profits can be readjusted for tax purposes to locate the income.

Many digital businesses use a tracking system based on sending and receiving

cookies. Those cookies are small pieces of data sent from a website and stored on the user's computer by the user's web browser while the user is browsing^[63]. Cookies were designed to be a reliable mechanism for websites to remember stateful information or to record the user's browsing activity^[64].

The types of cookies can be divided and grouped into three different categories, each with its own specificities: technical cookies^[65]; profiling cookies^[66]; third-party cookies^[67].

Well, technical cookies, which are necessary for the sites to function properly – such as displaying information and moving between sites – can in no way provide relevant information to the site owner or the person using the cookie other related functionality.

Indeed, the other two types of cookies – profiling and third-party – do not make sites work properly but only secretly collect information about the use and the habits of the individual searching the internet; in the case of third-party cookies, this collection may take place, without the individual's knowledge, outside the normal navigation of the self-aware chosen site.

As said before, we could then use the already existing regulation in the privacy law for the location profiles relevant here^[68]: if a site plants a cookie on a customer's computer, the new *nexus* based on a significant *digital presence* is created in the state where the user is located.

Obviously, it is necessary to add corrective measures to the raw rule thus presented: for instance, one should think of thresholds – referable to the turnover or sales made – to limit the effects of this interaction only if those are relevant.

We could also anticipate the scope of the investigation and intervene to identify how the relevant factors for digital businesses are created and how to evaluate them.

Looking at the problem with different lenses, one can reasonably assume that the relevant data for digital enterprises corresponds to the economic translation of sensitive data which, at the time of their “extraction”, have no practical or significant use.

Only when the single data is contrasted and compared with the plurality of raw data collected off a multiplicity of users does it become a creation of an immaterial asset economically relevant for the company.

However, this mass of data may be relevant for the action of companies that sell goods or produce services only if weighted according to the socio-cultural particularities of the individual territory where the data is extracted: the data acquired from individual personalities are mainly relevant due to the cultural preferences that could find an explanation only if the history of the individual national states is concerned^[69].

The localization of the incomes and their enhancement have to be carried out, therefore, according to this tripartite scheme: starting from the moment of the extraction of the raw data, in a second time this has to be compared with other relevant data, extracted from the same geographical cultural context, to make the choices of individuals intelligible.

The limitation to only two types of cookies as a prerequisite for the tax, moreover, would overcome the objection that a digital permanent establishment could never be set up if the transactions carried out by the permanent establishment are merely preparatory or ancillary:

the constant and continuous work of profiling to which the individual is, even unconsciously, subjected can be likened to the constant activity of the business finder who, driven by the idea of hypothetical profit, hastens to guarantee the conditions to the parent company in order to conclude as many contracts as possible.

The advent of the internet has undoubtedly brought considerable advantages but also related new questions that – as far as I am concerned – cannot find simple answers in ancestral tools: likewise at the time when man, choosing to use the sea as a new network of communication, decided to regulate the new legal world with innovative instruments, so the new technological discoveries, relying on different means, introduce additional and unusual meanings in need of a positive discipline^[70].

1. This is neither the time nor the place to review the numerous initiatives that have taken place over time to contain the negative effects and externalities of the crisis. For an analysis of the actions undertaken, see Oecd (2021), *Tax and Fiscal Policies after the COVID-19 Crisis: OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, October 2021, Italy, Oecd, Paris, www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-and-fiscal-policies-after-the-covid-19-crisis.htm.
2. The new international scenario modelled by the OECD is already well known. Despite the

CERIDAP

entry into force of the previous BEPS project, by the international organisation's own admission, that project was not able to remedy – or at least contain – one of the main problems that had led the OECD to adopt the BEPS (acronym for *Base Erosion and Profit Shifting*) approach, namely “to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy”. Following this admission, the international organisation immediately explored alternative solutions to solve this issue: to date, in line with the search for simple solutions that do not require complex negotiation mechanisms, to ensure that multinational enterprises pay a fair share of tax wherever they operate and generate profits in today's digitalised and globalised world economy, an agreement modelled on a two-pillar solution has been reached. Briefly, the first pillar of the agreement consists in a partial reallocation of taxing rights, for the implementation of which, in the EU, international rules on how to allocate taxing rights on the corporate profits of the largest and most profitable multinationals between several countries will be adapted, in order to reflect the changing nature of business models and the ability of companies to operate without a physical presence.

Instead, the second pillar makes operative two interconnected rules, called GloBE (*Global anti-Base Erosion rules*) which are an *Income Inclusion Rule* (IIR), which introduces an additional tax to a parent entity on income taxed at a lower rate by a controlled entity; and an *Undertaxed Payment Rule* (UTPR), which denies deductions or requires an adjustment to the extent that an entity's income is not subject to a minimum rate. For the original BEPS project see Oecd (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Oecd Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. For the new ideas see Oecd (2021), *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): inclusive Framework on BEPS*, Oecd, Paris, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-htm>; Oecd (2021), *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy* – 8 October 2021, Oecd, Paris, www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm; M. P. Devereux, et al., *The OECD Global Anti-Base Erosion Proposal*, Oxford University Centre for Business Taxation, 2020; P. Pistone, J.F. Pinto Nogueira, B. Andrade Rodríguez, A. Turina, *The OECD Public Consultation Document 'Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal-Pillar Two': An Assessment*, in *Bulletin for International Taxation*, 2, 2020.

3. A. Damodaran, *Applied corporate finance, Fourth Edition*, Wiley, 2014, p. 48: «*the objective in corporate finance is to maximize the firm value*».
4. The comparison is based on the observation that, in most cases, the operating cost is manageable in advance between the counterparties; while the tax burden, typical of authoritarian systems, cannot be negotiated in advance.
5. A free interpretation of Coase's theorem is hereafter provided: if both taxpayers and taxing states were considered perfectly informed, having full and perfect knowledge of the

economic and legal environment in which to operate, tax policy choices would be indifferent: taxing states placed in a situation of perfect competition would behave as price takers of the tax rate rationally established by interstate negotiations; in this scenario, it would be indifferent for taxpayers to choose to locate their activity in a particular state or in another, considering the total homogeneity of the tax burden. In this regard, it should be noted that the theorem in question is subject to criticism, especially regarding the impossibility of eliminating transaction costs and the impracticality of the theorem when more than two persons are involved, see R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, J. Law & Econ. 3, 1960.

6. D. Schanz, S. Schanz, *Business Taxation and Financial Decisions*, Springer, 2011, p. 4.
7. R. E. Caves, *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Cambridge, 2007; D. Harvey, *A Brief history of neoliberalism*, Oxford, 2005.
8. M. Álvarez-Martínez, S. Barrios, D. d'Andria, M. Gesualdo, G. Nicodème, & J. Pycroft, *How Large is the Corporate Tax Base Erosion and Profit Shifting? A General Equilibrium Approach*, in *CEPR Discussion Papers 12637*, 2018.
9. The reader should remember that in the reconstruction offered here, the entrepreneur will seek to minimize the remuneration of endogenous factors from which he cannot benefit directly (so-called *externalities*). The latter are generally valued and protected by the state.
10. «that's [not] all folks!» – end of quotation –. The collateral problem, which will also be discussed in the conclusions of this article, also concerns the new definition of the relevant income components: technological tools, in fact, as well as allowing for an ideal localisation of intangible assets, aimed precisely at minimising taxation, pose the significant issues on the definition of the tax base itself. It will be seen, in fact, that very often the new terms adopted to define the subsidiary connection criteria or the indices of significant – and therefore taxable – wealth are harbingers of many doubts. For instance, see S. Dulevski, *Digital Permanent Establishment*, in *Economic Archive*, 4, 2020, p. 52-69.
11. <https://www.emarketer.com/content/amazon-dominates-us-ecommerce-though-its-market-share-varies-by-category>. The typical example of Amazon gives a clear picture. Apart from being a killing machine – because in any sector it enters, on average, it imposes itself as the leading monopolist –, the company founded by Jeff Bezos, despite its excellent revenues, is subject to little or no tax pressure, or even to special tax treatments aimed at attracting investment by the company in individual states, to the detriment of other nations. See <https://www.cnn.com/2019/02/15/amazon-will-pay-0-in-federal-taxes-this-year.html>.
12. The current high number of bilateral treaties in the tax world makes it even more difficult to unravel. For a graphic representation of the event, see R.A. de Mooij, A.D. Klemm, J. P. Victoria, *Corporate income taxes under pressure: why reform is needed and how it could be designed*, International Monetary Fund, Washington, 2021, p. 50.
13. As will be discussed below, the arm's length principle, referred to in the Oecd Model Convention as the only permissible method for determining the tax base of a permanent establishments, has a theoretical basis, well known to tax scholars and economists: in

theory, it allows to levy to the same tax treatment the transactions carried out by companies that are part of an MNE group as they would have if they were acting as independent companies. However, it is obvious that MNE can easily exploit this principle to its advantage by requiring group companies to perform work or activities that independent companies would have no reason to do. So, anticipating the conclusions of this article, it is evident that, concerning digital business, trying to attribute the part of total income to the e.g., that generates that income through the “*separate entity arm’s length principle*” could be even more complex - if not impossible -: the digital world allows you to configure your business at will, without being able to find a comparable organization in other enterprises. See Y. Brauner, P. Pistone, *Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*, in *Bulletin for International Taxation*, 4/a, 2018; and Y. Brauner, *Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes*, in *Va. Tax. Rev.* 79, 2008, p. 96 – 103; M. P. Devereux, C. Keuschnigg, *The Distorting Arm’s Length Principle*, 2009, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1462004>.

14. P. Hongler, P. Pistone, *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, 2015, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2586196>; R. Petrucci, S. Buriak, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?*, in *Bull. Intl. Taxn.* 4a, 2018, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3746882>.
15. It is beyond the scope of the present study to provide a comprehensive review of the vast literature on BEPS. Please refer to S. R. Avi-Yonah, Haiyan Xu. *Assessing beps*, in *Erasmus L. Rev.*, 3, 2017; Y. Brauner, *What is beps*, in *Fla. Tax Rev.*, 16, 2014; A. Cristiani, *beps and the new international tax order*, in *BYU L. Rev.*, 2016.
16. M. Pugliesi, *La tassazione delle imprese di carattere internazionale*, Cedam, Padova, 1930; G. Tremonti, *La fiscalità del terzo millennio*, in *Riv. sc. fin. dir. trib.*, 1, 1998, p. 72 ss.; S. Cipollina, *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Giuffrè, Milano, 2003.
17. See P. Janský, M. Palanský, *Estimating the scale of profit shifting and tax revenue losses related to foreign direct investment* in *Int Tax Public Finance*, 26, 2019, p. 1048–1103.
18. See T. Rixen, *From double tax avoidance to tax competition: Explaining the institutional trajectory of international tax governance*, in *Review of International Political Economy*, 2011, p. 197-227: «*When it was created in the 1920s and 1930s the sole purpose of the international tax regime was to mitigate international double taxation so that governments could benefit from international economic liberalization... From the 1960s onwards, under-taxation – comprising the related phenomena of tax competition, tax evasion and tax avoidance – became a pressing issue*».
19. G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Cedam, Padova, 1999.
20. See previous note 12.
21. S. Dorigo, P. Mastellone, *L’evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell’ambito del progetto BEPS*, in *Riv. dir. trib.* 3, 2015, p. 35-75; P. Boria,

European Tax law: institutions and principles, Giuffrè, Milano, 2014.

22. R.A. de Mooij, A.D. Klemm, J. P. Victoria, *Corporate income taxes under pressure: why reform is needed and how it could be designed*, International Monetary Fund, Washington, 2021, p. 27 – 28: «*In practice, essentially every country taxes active business income deemed sourced within it—provided that the activity giving rise to the income is sufficiently closely linked to the country under the standards of the current international architecture. This typically requires a degree of physical presence (reflecting its origins in a world of commodities and physical goods, in a predigital age). This is the so-called permanent establishment or nexus concept. Legal incorporation in the country normally would constitute this, as would physical business locations in the country, and certain activities meeting minimum time or degree of activities such as construction work*».
23. In the Italian legal framework, as we will see below, the regulatory definition is nowadays contained in article 162, d.P.R. n. 917/1986 (Consolidated text of law on income taxes), which implements the definition offered by the OECD in article 5 of the ‘Model Tax Convention on Income and on Capital’. See A. Gaffuri, *La stabile organizzazione nelle imposte sul reddito*, Giappichelli, Torino, 2021; F. Tundo, *Stabile organizzazione personale e determinazione del reddito secondo le recenti direttive OCSE*, in *Rass. trib.*, 5, 2011, p. 305 ss.; E. Della Valle, *Contributo allo studio della stabile organizzazione nel sistema di imposizione sul reddito: profili di diritto interno*, Roma, 2004; Id, *La nozione di stabile organizzazione nl nuovo Tuir*, in *Rass. trib.*, 5, 2004, 1597 ss.
24. See Commentary on Article 5, §4.1.
25. However, the independent agent acting within the scope of their business, or the non-representative agent do not constitute a personal establishment as they are separate and autonomous from the parent company. This simple definition, which was originally sufficiently precise, now appears increasingly blurred, precisely because of the ease with which the Internet now makes it possible to circumvent it. Consider, for instance, a person who, although formally separate from a company, is, in his individual activity, paid by the latter to constantly advertise its products. There is more. In fact, imagine that this person constantly solicits the purchase of those products, at (more or less) regular intervals; and to facilitate the purchase, he or she clearly displays the link to the manufacturers or seller’s website, easily reachable by the user through a simple *click*. In this scenario, it is not clear whether these web personalities (so-called *influencers*, *creators* or others, so-called because of the strong connection with the Internet – that characterises their activity –) can, at least in some segment of this activity – for example, at the beginning of a future career, when they associate their name exclusively with that of a certain brand – fall within the definition under consideration here or whether, on the contrary, this activity does not simply constitute a development of the classic marketing activity. For now, there is no solution to this problem, except for some timid idea of subjecting this type of income to a peculiar taxation – as it would seem to happen also in the digital field.
26. Which refers as an entity endowed with territorial authority, which exercises that authority on an original basis, in a stable and effective manner and in full independence from other

- entities – *Treccani.it – Vocabolario Treccani on-line*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
27. The Commission proposed a *Directive for a Common Consolidated Corporate Tax Base* (Proposal for a Council Directive 2016/685/EU on a Common Consolidated Corporate Tax Base of the 25 October 2016), with the dual purpose of «*alongside the anti-tax avoidance function of the CCCTB, the re-launched project would also retain its features as a corporate tax system which facilitates cross-border trade and investment in the internal market*». However, this proposal, in light of the most recent interactions, should be considered definitively set aside: in fact, in the express declaration of the European Commission itself, adherence to the new proposals and ideas developed at the Oecd «*will replace the pending proposals for a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), which will be withdrawn*» (see the Communication 2021/251/EU from the Commission to the European Parliament and the Council of 18 May 2021 concerning the Business Taxation for the 21st Century).
 28. M. Aujean, *Tax Competition and Tax Planning: What Solution for EU?*, in *EC Tax Review*, 2014; Id, *Fighting Tax Fraud and Evasion: in Search of a Tax Strategy?*, in *EC Tax Review*, 2013.
 29. See previous note 2.
 30. The Commission's work has been carried out mainly regarding indirect taxes, in particular Value added tax (VAT), universally considered to be less exposed to the risk of *harmful tax competition* than direct taxes and especially corporate income taxes. However, even for VAT there are considerable problems of territoriality and related to the search for a new connecting factor that make the sale of a good or the delivery of a service subject to the specific obligations.
 31. The Communication 2017/547/EU from the Commission to the European parliament and the Council on A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market adopted on 21 September 2017 stated that new international rules are needed specific to the challenges raised by the digital economy in order to determine where the value of businesses is created and how that value should be attributed for tax purposes; see also, Communication 2018/146/EU from the Commission to the European parliament and the Council, Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy of 21 March 2018. Recently, also in the light of the pandemic still going on in the world, the European commission (see Communication 2021/251/EU from the Commission to the European Parliament and the Council of 18 May 2021 concerning the Business Taxation for the 21st Century) has once again stressed the importance of providing specific rules, also at international level, in order to be able to correctly allocate the portion of wealth between the various states and thus «*ensuring fair and effective taxation*». However, the European union, while waiting for a shared sought-after reform of taxation rules and while waiting for the publication of the Oecd's guidelines for the taxation of multinationals' profits, is now nevertheless trying to formalise alternative solutions, aimed at constantly monitoring the scale of the phenomenon («*a first step for a fairer tax system is a greater public transparency on the*

taxes paid by large economic actors. There is a growing demand from citizens and civil society organisations to ensure both more transparency and fairness regarding business taxation, in particular corporate income taxation») and actively combating the most notorious abusive practices («fight against the abusive use of shell companies – i.e. companies with no or minimal substantial presence and real economic activity – through a new legislative initiative to neutralise the misuse of shell entities for tax purposes»).

32. P. Pistone, *Permanent Establishment and the Digital Economy*, in G. Maisto, *New Trends in the Definition of Permanent Establishment*, IBFD, Amsterdam, 2019.
33. For the purposes of this discussion, only the Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence of the European Commission 147/2018/EU shall be discussed.
34. Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services of the European Commission 148/2018/EU.
35. Oecd addressed the digital economy in the *Public Discussion Draft: Addressing the tax challenges of the digital economy*, of the 24 March 2014. Those ideas were later incorporated into the current wording of Action 1 of the BEPS project. The report of this action, devoted exclusively to the challenges of the digital economy, states that the current system of rules at the national and international level is not effective in satisfactorily intercepting and attracting to taxation the income generated by large digital multinationals. The commentary on Action 1, after identifying the distinctive traits of the digital economy (which are reported in the body of the work) provides an analysis of some business models of the digital economy, highlighting how, in these new samples, it is possible to structure tax planning operations aimed at avoiding state taxation. To counter this order of operations, the analysis has the merit of highlighting it is necessary to identify forms of taxation that disregard the presence of a taxable presence, identified, in most cases, with a permanent establishment in the territory of the State in which the digital multinational operates. However, the action of the OECD and the additions of the BEPS project have always privileged the detail of the existing rules, with the aim of sterilizing the effects of the distorted use of the form of the permanent establishment. A. A. Paula Dourado, *The EU antitax avoidance package: moving ahead of BEPS?*, in *Intertax*, 44, 2016.
36. The European Union therefore seems to have followed the indications that, even before the compilation of the final BEPS project, some Authors, critical of the too broad definitions that had been discussed in the international arena, perspicuously indicated as the main path to follow. See Y. Brauner, *What the BEPS*, in *Fla. Tax Rev.*, 16, 2014, p. 79: «a clear statement of the necessary tie between value creation and tax jurisdiction would be a desirable first step».
37. Article 4, paragraph 3, Proposal 2018/147/EU of the European Commission, *cit.*: «A “significant digital presence” shall be considered to exist in a Member State in a tax period if the business carried on through it consists wholly or partly of the supply of digital services

through a digital interface and one or more of the following conditions is met with respect to the supply of those services by the entity carrying on that business, taken together with the supply of any such services through a digital interface by each of that entity's associated enterprises in aggregate [...]».

38. W. Schön, *One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy*, working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 10, 2019, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3409783> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3409783>
39. *South Dakota v. Wayfair, Inc., Overstock.com, Inc., and Newegg, Inc.* also in <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17-494>. See also, J. Inscore, *The Amazon Argument: An Examination of South Dakota v. Wayfair and a Discussion of its Implications*, in *Campbell L. Rev.*, 41, 2019.
40. To be thorough, there are also some states that adopted a different type of nexus called “click-Through” and “affiliate nexus”. They are new concepts of nexus that arose, before the cited Supreme Court ruling, to subject online sales to the sales tax: when a customer is directed to an e-commerce site through a link or an affiliate program, then nexus is created.
41. O. Marian, *U.S. International Tax Reforms under the Trump Administration*, in *Campbell L. Rev.*, 41, 2019.
To be thorough, there are also some states, in order to stop this hemorrhage, that have adopted a different taxation system, introducing unilateral DST (digital service taxes) which, however, in accordance with the new international agreements, will have to be revoked once the new Oecd measures come into force.
42. Pending shared action and pending a measure with the force of law, individual member states have chosen to introduce unilateral measures aimed at hitting the profits of large digital multinationals. See P. Lampreave, *Spain Has Approved the Digital Service Tax: The Controversy Is Served*, in *Kluwer International Tax Blog*, 2020, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3824117>.
43. Art. 162 – Stabile organizzazione – d.P.R. n. 917/1986 (Consolidated text of law on income taxes): «1. *Fermo restando quanto previsto dall'articolo 169, ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, l'espressione «stabile organizzazione» designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato.*
2. *L'espressione «stabile organizzazione» comprende in particolare:*
a) *una sede di direzione;*
b) *una succursale;*
c) *un ufficio;*
d) *un'officina;*
e) *un laboratorio;*
f) *una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale*

relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali; f-bis) una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso».

44. See A. Gaffuri, *La stabile organizzazione nelle imposte sul reddito*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 238: «*il nuovo precetto – introdotto in modo troppo frettoloso, senza adeguate riflessioni – presenta molteplici aspetti problematici, che ne rendono irta di difficoltà l'applicazione. Innanzitutto, il tenore letterale è eccessivamente vago e impreciso. Non si sa in che cosa consista la significativa e continuativa presenza economica*». Id, *La stabile organizzazione nelle imposte sul reddito*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 239: «*si cerca di mutare la definizione di stabile organizzazione per farvi rientrare qualcosa che palesemente, secondo i canoni tradizionali, stabile organizzazione non è*».
45. Id, *La stabile organizzazione nelle imposte sul reddito*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 244: «*in definitiva, [...] la norma è stata scritta frettolosamente e malamente e ha una collocazione sbagliata all'interno dell'apparato di regole tributarie internazionali. Inoltre e soprattutto mancano tutti gli indispensabili criteri di riferimento per la sua corretta e precisa applicazione*».
46. V. Ukmar, G. Corasaniti, P. Dè capitani di Vercate, *Diritto tributario internazionale. Manuale*, Padova, 2012; P. Boria, *European Tax law: institutions and principles*, Giuffrè, Milano, 2014; C. Sacchetto, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, AA. VV. (a cura di C. Sacchetto), Giappichelli, Torino, 2016.
47. F. Spina, *Per individuare una stabile organizzazione l'accertamento dev'essere condotto soprattutto sul piano sostanziale*, in *IlTributario*, 2018, note to Cass. civ. 6 June 2018, n. 14753.
48. See Valued Added tax committee, Working Paper no 791/2014. To date, in fact, although some authors have acknowledged some openings in the opposite direction (see R. De La Feria, *On the Evolving VAT Concept of Fixed Establishment*, in *EC Tax Review*, 5/6, 2021, pp. 201-206 and the Community forces are favoring the possibility of setting up a “virtual p.e.” – as said –, the European Court of Justice, questioned on the subject, has not yet definitively abandoned the well-trodden path, anchored to the firm principles of “fixity” and the presence of adequate territorial and human resources. For the most recent approach see Court of Justice, judgement 3 June 2021, C-931/19, ECLI:EU:C:2021:446 (*Titanium Ltd v Finanzamt Österreich*) at paragraph 42: «*in accordance with the Court's settled case-law, implies a minimum degree of stability derived from the permanent presence of both the human and technical resources necessary for the provision of given services. It thus requires a sufficient degree of permanence and a structure adequate, in terms of human and technical resources, to supply the services in question on an independent basis [...]. In particular, a structure without its own staff cannot fall within the scope of the concept of a 'fixed establishment'*».
49. Cass. civ., sez. V, 14 July 2018, n. 19616; Cass. civ., sez. V, 19 September 2019, n. 23355; Cass. civ., sez. V, 4 December 2019, n. 31609.

50. L. M. Cidália, A. C. dos Santos, *Tax Sovereignty, Tax Competition and the Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment*, in *EC Tax Review*, 5, 2016, p. 296-311; W. Schoen, *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*, in *Bulletin for International Taxation*, 4/5, 2018.
51. W. Cui, *The superiority of the digital services tax over significant digital presence proposals*, in *National Tax Journal* 72.4, 2019: p. 846: «The concept of “nexus” is either a pre-requisite to the allocation of taxing rights or at least an indispensable concept for making statements about profit attribution».
52. M. Kobetsky, *History of tax treaties and the permanent establishment concept*, in *International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*, 2011 (Cambridge Tax Law Series, pp. 106-151), Cambridge University Press. «the current international tax treaty system still reflects the principles and structures developed in the 1920s by the League of Nations, despite the effects of globalization. These principles were developed in a world economy in which international trade was in tangible items and international communication was slow».
53. As far back as the late 1990s, it was already argued that if the European Court of Justice did not drop the human resources element from the fixed establishment concept, the tax system would be «slowly committing suicide»; B. Terra, *BTW en het elektronische handelsverkeer*, *Weekblad fiscaal recht*, 1998, at 1049, cited in P. Pistone, *Fixed Establishment and Permanent Establishment*, in *International VAT Monitor*, 11/3, 1999.
54. A. De Luca, *La stabile organizzazione nel commercio elettronico: spunti per una revisione delle soluzioni adottate dall'OCSE*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 9, 2004, p. 1171 ss.; A. Tommassini, A. Tortora, *Stabile organizzazione ed esterovestizione nel commercio elettronico*, in *Fisco (II)*, 28, 2006, p. 4334 ss.; S. Mascia, *Service permanent establishment and e-commerce*, in *Dir. prat. tribut. internaz.*, 1, 2015, p. 494 – 500.
55. Yet, in 1998, the O.E.C.D. published a report on harmful tax issues, in which it made explicit reference to the «race to the bottom», a distorting practice of competition and economic markets: this practice consists in reducing corporate tax rates or guaranteeing concessions for specific types of income (first income deriving from financial activities), in order to attract external capital and stem the outflow of internal capital. The so-called «race to the bottom» seems, today, still one of the causes of the main asymmetries and distortions in force in the various legal systems, a cause that affects the effectiveness and effectiveness of international tax law. This practice, already stigmatized in the 1998 Oecd report mentioned above, must be countered by starting from general agreements aimed at stopping the reductions in rates and the subsidies on corporate tax. However, it is known that, in the world, there are different tax systems, due to the diversity of the level of development and the multiplicity of the same, which make the prospect of a non-symmetric tax system difficult or extremely burdensome. see S. Cipollina, *Profili evolutivi della c.f.c. legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2015, p. 356 ss.
56. R.A. de Mooij, A.D. Klemm, J. P. Victoria, *Corporate income taxes under pressure: why*

reform is needed and how it could be designed, International Monetary Fund, Washington, 2021, p. 49: “double tax agreements can be used by multinational enterprises to minimize taxes – mainly, but not only, by lowering cross-border withholding tax rates on royalty, interest, or dividends – by establishing “conduit” companies instead of investing directly in the final host country”.

57. Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence of the European Commission 2018/147/EU of 21 March 2018, where is stated: «*In a broader context, it should be emphasised that the proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) would be the optimal solution to ensure fairer and more efficient corporate taxation within the EU. However, the CCCTB with its current scope would not offer a structural solution to some of the important challenges in taxing businesses of the digital economy. This is because the CCCTB has a limited scope (it is mandatory only for large multinational companies) and because the definition of a permanent establishment in the CCCTB follows the one currently applied internationally*».
58. A. Denaro, *La Direttiva sulla base imponibile comune per l'imposta sulle società (CCCTB) vs Modello OCSE di convenzione fiscale: una coesistenza possibile?*, in *Fisco (il)*, 18, 2012. Nonetheless, it should be noted that even before the revolution brought about by the Oecd with the 2021 declarations, the debate on the correct method of taxing digital multinationals was already fervent and fuelled. Among the ideas, see Y. Brauner, A. Baez Moreno, *Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, in *WU International Taxation Research Paper Series*, 14, 2015, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2591830> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591830>, for a discussion on the benefits that a withholding tax on income earned by multinationals; the already mentioned W. Cui, *The digital services tax: a conceptual defense*, in *Tax L. Rev.* 73, 2019; W. Cui, *The superiority of the digital services tax over significant digital presence proposals*, in *National Tax Journal* 72.4, 2019: pp. 839-856, to applaud the DST (digital service taxes) and criticise the new attempts to set up an SDP (significant digital presence); Y. A. Reuven, N. Fishbien, *The Digital Consumption Tax*, in *Intertax*, 5, 2020, pp. 538-543, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/48.5/TAXI2020048>, for the introduction of a new type of tax; A. B. Moreno, Y. Brauner, *Taxing the Digital Economy Post BEPS... Seriously*, in *Colum. J. Transnat'l L.* 58, 2019.
59. G. Gaffuri, *L'attitudine alla contribuzione*, Giuffrè, Milano, 1969; E. Giardina, *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Giuffrè, Milano, 1961.
60. See Y. Brauner, *Agreement? What Agreement? The 8 October 2021, OECD Statement in Perspective*, in *Intertax*, 1, 2022, p. 5: «*agreement completely disregards the focus of the post-BEPS work on the digital economy. It applies generally with no specific attention to the problems presented by this economy*».
61. In line with the BEPS project, the OECD has recently launched a new public consultation on the identification of a new link «*for the companies falling within the perimeter a new link is created, not dependent on physical presence but largely based on sales*». More than

305 comments were submitted to this “*call for papers*”.

As anticipated in the previous note 2, it would seem the OECD has nevertheless chosen to adopt a new approach. This new idea, as mentioned, is based on a two-pillar approach: alongside the classic measures and lump-sum levies which should, hopefully, increase the tax levy without complicating the already existing scenarios, new concepts and ideas are however introduced which, in various measures, they innovate the fiscal scenario. However, the sudden change in the method chosen by the OECD was not welcomed by all the doctrine. Indeed, according to Y. Brauner, *Agreement? What Agreement? The 8 October 2021, OECD Statement in Perspective*, in *Intertax*, 1, 2022, p. 3: «*portraying multinationals as the enemy and the sole culprit for the state of the international tax regime appears to be a populist move attempted to camouflage the failure of BEPS to deliver a reform that would make the international tax regime fairer and more legitimate*».

62. The «*formula apportionment*», a theory already known in the «*compromise of the Twenties*», which technical superiority was immediately recognized but, due to the resistance of the States, never found a general shared application – R. S. Avi-Yonah, *Unitary Taxation and International Tax Rules*, in *Law and Economics Working Papers*, 2013, p. 83, available at http://repository.law.unimich.edu/law_econ_current/83; Id, *Advanced introduction to international tax law*, Edward Elgar Pub, 2015, and see also, S. Picciotto, *International Business Taxation, a Study in the Internationalization of Business Regulation*, Cambridge, 1992; Id, *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations*, in *Tax Justice Network*, 2012.
63. From a technical IT point of view, a cookie is nothing more than a simple text file that is stored on the surfer’s computer. See *Cookie Law*, Premessa, 1. Considerazioni Preliminari, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884>: “*i cookie sono stringhe di testo di piccole dimensioni che i siti visitati dall’utente inviano al suo terminale (solitamente al browser), dove vengono memorizzati per essere poi ritrasmessi agli stessi siti alla successiva visita del medesimo utente. Nel corso della navigazione su un sito, l’utente può ricevere sul suo terminale anche cookie che vengono inviati da siti o da web server diversi (c.d. “terze parti”), sui quali possono risiedere alcuni elementi (quali, ad esempio, immagini, mappe, suoni, specifici link a pagine di altri domini) presenti sul sito che lo stesso sta visitando*”.
64. The activity pursued through cookies, once unregulated, is now regulated in detail in Regulation 2016/679/EU of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 concerning the protection of individuals with regard to the processing of personal data, as well as the free circulation of such data and which repeals Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), for the relevant privacy profiles.
65. *Cookie Law*, Premessa, 1. Considerazioni Preliminari, a. *Cookie Tecnici*, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884> quelli utilizzati al solo fine di “*effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell’informazione esplicitamente richiesto dall’abbonato o dall’utente a*

- erogare tale servizio*” (cfr. art. 122, comma 1, del Codice).
66. Cookie Law, Premessa, 1. Considerazioni Preliminari, b. Cookie di profilazione, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884>, “*volti a creare profili relativi all’utente e vengono utilizzati al fine di inviare messaggi pubblicitari in linea con le preferenze manifestate dallo stesso nell’ambito della navigazione in rete*”
 67. Cookie Law, Premessa, 2. Soggetti coinvolti: editori e “terze parti”, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884> “*un ulteriore elemento da considerare, ai fini della corretta definizione della materia in esame, è quello soggettivo. Occorre, cioè, tenere conto del differente soggetto che installa i cookie sul terminale dell’utente, a seconda che si tratti dello stesso gestore del sito che l’utente sta visitando (che può essere sinteticamente indicato come “editore”) o di un sito diverso che installa cookie per il tramite del primo (c.d. “terze parti”).*”
 68. The necessity, declared by the European Commission, to go beyond the limits of the Oecd’s work corroborates this: at international level, the ongoing work that States are called to perform can lead to a mediated solution that, although accepted by many members, is nevertheless too general or not adaptable to individual national situations. The mediation work, however, is far from over: «*the Commission will therefore propose a new framework for business income taxation in Europe (Business in Europe: Framework for Income Taxation or BEFIT). BEFIT will be a single corporate tax regulation for the EU, based on the key features of a common tax base and the allocation of profits between Member States on the basis of a formula (formula apportionment)*» (once again, see Communication 2021/251/EU from the Commission to the European Parliament and the Council of 18 May 2021 concerning the Business Taxation for the 21st Century).
 69. In this sense, the innovative reconstruction of M. Verisglioni is underlined, effectively summarized in the article ‘*Liquinomics*’ and ‘*Double-rate VAT: a discussion about «value-creation»*», in *Riv. trim. dir. trib.*, 1, 2020, on the side-lines of the conference on *Taxation and value creation*, which had taken place on 24 January 2020 in Milan, at the Catholic University, on the initiative of the Association of Tax Law Professors.
 70. As correctly pointed out by M. Keen, *False profits: avoidance by multinationals and competition between governments are forcing a rethink of the international tax system*, in *Finance&Development*, 54, 2017, p. 10: “[T]he League of Nations did not have a Facebook page. Its staff didn’t Google or order online from Amazon. A century ago, foreign direct investment involved tangible things like railways and oil wells. Royalties meant charges on coal and the like, not payment for the use of brand names or patents”.

La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?

Benedetta Liberali

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-18

Il saggio individua alcuni profili problematici della decisione con cui il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha disposto una istruttoria, subordinando alle relative risultanze la valutazione intorno alla sussistenza del requisito di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale eccepita dall'appellante relativa all'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19.

The non-manifest unfoundedness subject to the preliminary investigation findings: an improper transformation?

The essay singles out the problematic profiles of the decision by which the Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ordered a preliminary investigation, before evaluating the existence of the non-manifest unfoundedness of the question of constitutional legitimacy raised by the appellant relating the Covid-19 vaccine mandates.

1. I motivi di interesse della decisione

L'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana – chiamato a pronunciarsi sul ricorso di un tirocinante cui era stata negata da parte dell'Università degli Studi di Palermo la possibilità di partecipare in presenza ai relativi corsi formativi all'interno delle strutture sanitarie in quanto non vaccinato – consente di tornare a ragionare sia su alcuni specifici profili problematici che attengono alle modalità di somministrazione delle vaccinazioni contro il Covid-19 e al loro grado di affidabilità, sia, più in

generale, sul rapporto fra giudizio costituzionale e compiti demandati ai giudici *a quibus*^[1].

Con tale pronuncia, infatti, si subordina alle risultanze di un'istruttoria (avente a oggetto una pluralità di quesiti sulle «modalità di valutazione di rischi e benefici operata, a livello generale, nel piano vaccinale e, a livello individuale, da parte del medico vaccinatore», anche in rapporto alla «anamnesi pre-vaccinale»; sulle «modalità di raccolta del consenso informato»; sull'«articolazione del sistema di monitoraggio», in particolare relazione al rischio di eventi avversi e al grado di efficacia dei vaccini anche rispetto alle varianti del virus; e sulla «sorveglianza post-vaccinale e sulle reazioni avverse») la decisione intorno alla sussistenza della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale eccepita dall'appellante sull'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19, ritenendosi invece sussistente, con motivazione particolarmente succinta, la rilevanza della stessa.

Gli esiti dell'attività istruttoria, in tale prospettiva, risulterebbero essenziali per colmare le lacune della «causa» non «sufficientemente istruita» e permetterebbero di «verificare se l'obbligo vaccinale per il Covid 19 soddisfi le condizioni dettate dalla Corte [costituzionale] in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria [...] in ambito vaccinale»^[2].

La decisione in commento, dunque, da un lato mira ad approfondire – anche condivisibilmente – talune questioni fortemente tecniche e problematiche relative ai vaccini contro il Covid-19 e legate alle concrete modalità della loro somministrazione, dall'altro intreccia le sorti di un (eventuale) giudizio di legittimità costituzionale al più o meno ampio grado di soddisfazione derivante dai risultati della stessa istruttoria.

2. I profili di differenziazione rispetto alla sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato

L'appellante ha impugnato l'ordinanza del TAR Sicilia con cui era stata respinta la sua domanda cautelare tesa all'annullamento del provvedimento adottato dall'Università, deducendo di «non potersi sottoporre all'inoculazione del vaccino sia per la natura sperimentale dello stesso, sia perché in passato ha contratto il virus Sars-CoV-2 ed è guarito»; inoltre, ha affermato che laddove si fosse sottoposto alla vaccinazione avrebbe rischiato di «morire per A.D.E.», un

fenomeno di «grave reazione del sistema immunitario»^[3].

Fra i numerosi profili di censura (con cui si giunge anche a ritenere illegittima la stessa dichiarazione dello stato di emergenza del gennaio 2020) emergono in particolare l'erroneità della deduzione per la quale una persona vaccinata esporrebbe gli operatori sanitari e i pazienti al rischio di contagiarsi; la circostanza che la «terapia genica sperimentale in corso di somministrazione è basata sulla proteina-S degli “spike” del ceppo virale originario di Wuhan, che ormai non sarebbe più in circolazione», considerando le numerose mutazioni del virus; e il carattere sperimentale del trattamento di vaccinazione, che per tale motivo non potrebbe essere reso obbligatorio, anche tenendo conto del numero ampliamento sottostimato di decessi e di reazioni avverse. Per tali motivi e sempre laddove si dovesse ritenere effettivamente applicabile anche agli studenti l'obbligo vaccinale, viene prospettata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 (Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici), per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione al Codice di Norimberga sulle sperimentazioni umane, e dell'art. 3 Cost. Tutti questi elementi inducono il Consiglio a ritenere che essi si differenzino nettamente rispetto a quelli che hanno formato oggetto della sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato. In quella occasione, infatti, il Consiglio di Stato si era soffermato sia sull'efficacia e sulla sicurezza dei vaccini e delle relative procedure di autorizzazione all'immissione in commercio (chiarendo che quella “condizionata” non è «una scorciatoia incerta e pericolosa escogitata ad hoc per fronteggiare irrazionalmente una emergenza sanitaria come quella attuale, ma una procedura di carattere generale, idonea ad essere applicata [...] anche al di fuori della situazione pandemica»^[4]), sia sul profilo più strettamente giuridico relativo al rapporto fra diritto e scienza. A questo ultimo riguardo, in modo significativo il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la «riserva di scienza, alla quale il decisore pubblico sia livello normativo che amministrativo deve fare necessario riferimento nell'adottare le misure sanitarie atte a fronteggiare l'emergenza epidemiologica, lascia a questo, per l'inevitabile margine di incertezza che contraddistingue anche il sapere scientifico nella costruzione di verità acquisibili solo nel tempo, a costo di severi studi e di rigorose sperimentazioni e sottoposte al criterio di verificazione-falsificazione, un innegabile spazio di discrezionalità nel bilanciamento tra i valori

in gioco, la libera autodeterminazione del singolo, da un lato, e la necessità di preservare la salute pubblica e con essa la salute dei soggetti più vulnerabili, dall'altro, una discrezionalità che deve essere senza dubbio usata in modo ragionevole e proporzionato e, in quanto tale, soggetta nel nostro ordinamento a livello normativo al sindacato di legittimità del giudice delle leggi e a livello amministrativo a quello del giudice amministrativo»^[5]. Poiché come indicato nella sentenza n. 7045 del 2021 il carattere condizionato dell'autorizzazione dei vaccini, che non incide sulla sicurezza e sull'affidabilità degli stessi, impone di completare gli studi in corso o di condurne di nuovi per confermare gli stessi requisiti, ecco che per il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana assumono specifico rilievo non solo i dubbi dell'appellante intorno alla attendibilità e sufficienza degli studi e del monitoraggio sulla vaccinazione, ma anche il mutamento della situazione sanitaria, che renderebbe non più aggiornati i vaccini a fronte delle varianti del virus, e la prospettiva della «reiterazione di somministrazioni in tempi ravvicinati [...], sulla cui opportunità non si ravvisa, parimenti, una posizione unanime, per cui l'attuale obbligo vaccinale pone un (nuovo) problema di proporzionalità»^[6]. Se, dunque, il «bilanciamento, rispetto alla maggior completezza dei dati ottenuti nella procedura ordinaria di autorizzazione, è imposto e assicurato», come ha chiarito il Consiglio di Stato, «da quattro rigorosi requisiti» (ossia il rapporto positivo fra i rischi e i benefici, la probabilità che il soggetto richiedente l'autorizzazione all'immissione in commercio possa in seguito fornire dati clinici completi, il soddisfacimento di specifiche esigenze mediche e, infine, i benefici per la salute collettiva che derivano dall'immediata disponibilità del farmaco superiori al rischio sotteso alla mancanza di dati supplementari^[7]), occorre specificamente soffermarsi sull'andamento di questi stessi requisiti e sul progressivo completamento degli studi sui vaccini.

3. La valutazione intorno alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale subordinata alle risultanze istruttorie

Poste queste premesse, come si è anticipato, il Consiglio di Giustizia amministrativa avvia un'approfondita analisi intorno al requisito di non

manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale eccepita dall'appellante, che si articola in due passaggi. Il primo in questa direzione è rappresentato dalla ritenuta necessità di verificare se l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 «soddisfi le condizioni dettate dalla Corte in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria [...] in ambito vaccinale». Queste condizioni riguardano la «non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente», il «beneficio per la salute pubblica», la garanzia della comunicazione informata circa i rischi e le precauzioni che devono essere adottate, l'esercizio della discrezionalità legislativa entro il perimetro delle acquisizioni mediche e scientifiche e finalizzato anche a disciplinare gli accertamenti preventivi tesi a prevenire eventuali complicanze. In ragione di questi che vengono definiti «indici costituzionali», il Consiglio ritiene necessario al fine di valutare la sussistenza della non manifesta infondatezza disporre l'istruttoria che ha a oggetto i già citati quesiti, che vengono ulteriormente specificati. Questa operazione, che rappresenta il secondo passaggio della complessiva valutazione sulla ritenuta impossibilità, allo stato, di valutare la non manifesta infondatezza dell'eccepita questione di costituzionalità, risulta senz'altro necessaria per guidare l'attività richiesta all'organismo verificatore. Essa, però, conduce a individuare profili che, in molti casi, attengono alle concrete modalità con cui si svolge la relazione fra medico e paziente e la più generalizzata azione di farmaco-vigilanza. Richiamare partitamente le informazioni che vengono richieste si rivela necessario per comprendere la portata dell'istruttoria e gli effetti che potrà o dovrà dispiegare sulla valutazione di non manifesta infondatezza della questione relativa all'obbligo vaccinale, cui espressamente la stessa istruttoria è funzionale. In particolare, si richiede che venga chiarito: «se ai medici di base siano state fornite direttive prescrivendo loro di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali»; quali siano le «modalità in virtù delle quali venga data comunicazione al medico di base dell'avvenuta vaccinazione spontanea di un proprio assistito»; quale sia «la documentazione offerta alla consultazione dell'utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato»; quale sia la portata del «perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche in situazione di obbligatorietà vaccinale»; quali siano i «dati attualmente raccolti [...] in ordine all'efficacia dei vaccini, con specifico riferimento al numero dei vaccinati che

risultino essere stati egualmente contagiati dal virus» e «i dati sul numero di ricovero e decessi dei vaccinati contagiati», in comparazione con «quelli dei non vaccinati»; «se sia demandato ai medici di base [...] di comunicare tutti gli eventi avversi [...] e patologie dai quali risultino colpiti i soggetti vaccinati, ed entro quale range temporale di osservazione; [...] di comunicare solo eventi avversi espressamente elencati in direttive eventualmente trasmesse ai sanitari»; «se sia a discrezione dei medici di base comunicare eventi avversi che, a loro giudizio, possano essere ricollegabili alla vaccinazione»; «con quali modalità i medici di base accedano alla piattaforma per dette segnalazioni, chi prenda in carico dette segnalazioni, da chi vengano elaborate e studiate».

4. I profili problematici

Alla luce delle considerazioni svolte sembrano emergere alcune criticità della decisione. Innanzitutto, occorre considerare che le scelte legislative, come più volte sottolineato dalla Corte costituzionale, devono essere sostenute dal raffronto costante e aggiornato con le risultanze scientifiche e sperimentali in continua evoluzione e, quindi, devono rispondere al canone di cd. ragionevolezza scientifica, ben potendo costituire oggetto di sindacato costituzionale^[8]. E, infatti, con giurisprudenza costante la Corte ha ribadito come non possa essere di norma il legislatore a definire «direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»: «la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione», e, pertanto, «la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»^[9]. A questo proposito, si può notare come non costituiscano oggetto di istruttoria da parte del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana profili attinenti alla validità e al grado di affidabilità delle procedure di sperimentazione e di immissione in commercio, al contrario specificamente indagati dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 7045 del 2021. I requisiti di validità e di affidabilità dei vaccini certamente devono costituire un saldo punto di riferimento per la determinazione intorno alla loro

somministrazione. Occorre peraltro sottolineare che tale conclusione sembra imporsi non solo a fronte della scelta normativa di introdurre il relativo obbligo, ma anche la mera raccomandazione. La scelta dell'uno o dell'altra, come ha sottolineato la Corte costituzionale, può essere certamente «il frutto di concezioni parzialmente diverse del rapporto tra individuo e autorità sanitarie pubbliche» o anche «il risultato di diverse condizioni sanitarie della popolazione di riferimento, opportunamente accertate dalle autorità preposte»^[10]. Rispetto all'obiettivo comune a entrambe, ossia il raggiungimento della più ampia copertura vaccinale, però, esse risultano del tutto assimilabili sotto il profilo specifico dell'assunzione di responsabilità da parte dell'ordinamento in caso di insorgenza di menomazioni permanenti all'integrità fisica e psichica. Per tale motivo la stessa Corte costituzionale ha in più occasioni esteso il riconoscimento del diritto all'indennizzo – previsto dalla l. n. 210/1992 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati) solo per le vaccinazioni obbligatorie – anche ai casi di menomazioni derivanti dalle vaccinazioni solo raccomandate di volta in volta specifico oggetto delle relative questioni di legittimità costituzionale sollevate^[11]. Al contrario, costituiscono oggetto dei quesiti posti con l'ordinanza n. 38 del 2022 le concrete modalità operative di farmaco-vigilanza, di raccolta dei dati sui vaccini, di loro somministrazione, di svolgimento del rapporto fra medico e paziente e di costruzione dello stesso consenso informato. Questi ultimi due profili sono guidati dai ben noti principi costituzionali, per come essi sono stati interpretati dalla Corte costituzionale, secondo cui la «circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»^[12]. Tali principi sono stati trasfusi, da ultimo, nella l. n. 219/2017

(Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), che all'art. 1 dispone che «la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico [...] si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico». Il monitoraggio e la farmaco-vigilanza, che hanno come obiettivo quello di identificare, valutare, comprendere e prevenire gli effetti avversi o di altra natura correlati all'utilizzo dei farmaci, affinché sia garantito un rapporto favorevole fra rischi e benefici derivanti dalla loro somministrazione, sono regolati da discipline generali, come per esempio il d.lgs. n. 42/2014 (Attuazione dell'articolo 1, paragrafi 1, 5 e 12 della direttiva 2012/26/UE, che modifica la direttiva 2001/83/CE, per quanto riguarda la farmacovigilanza), il d.lgs. n. 274/2007 (Disposizioni correttive al decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, recante attuazione della direttiva 2001/83/CE relativa ad un codice comunitario concernente medicinali per uso umano) e il d.lgs. n. 219/2006 (Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano). Con specifico riferimento alle vaccinazioni contro il Covid-19 da un lato sono stati predisposti specifici monitoraggi sull'andamento epidemiologico da parte del Ministero della Salute, rispetto ai quali si segnala in particolare il decreto del 30 aprile 2020 (Emergenza COVID-19: attività di monitoraggio del rischio sanitario connesse al passaggio dalla fase 1 alla fase 2° di cui all'allegato 10 del DPCM 26/4/2020), dall'altro sono state implementate le relative attività di sorveglianza da parte dell'Agenzia Italiana del Farmaco con cadenza trimestrale, che confluiscono in rapporti in cui vengono trasferiti tutti i dati sulle reazioni determinate dalla somministrazione dei vaccini^[13]. A ciò si aggiungono gli ulteriori provvedimenti relativi alla complessiva “composizione” del piano sulle vaccinazioni contro il Covid-19, che è stato adottato dal Ministero della Salute con il decreto del 12 marzo 2021 (Approvazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento recante «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto 2 gennaio 2021 nonché dal documento recante «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021)^[14] - in cui sono previsti anche le procedure di vaccino-vigilanza e gli obiettivi di comunicazione completa - e che è stato progressivamente

aggiornato e modificato, in relazione alle scelte sia delle categorie di soggetti nei cui confronti disporre l'obbligo o la raccomandazione sia del tipo di vaccino da somministrare. In secondo luogo, si pone l'interrogativo circa la futura decisione del Consiglio di Giustizia amministrativa, cui dovrà pervenire a fronte delle risposte che saranno fornite dall'organo verificatore (composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il medesimo Ministero e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria). Come si è visto, lo specifico oggetto di indagine sembra non pienamente conferente rispetto alla determinazione di imporre il trattamento di vaccinazione (o prevedere la sola raccomandazione, non potendosi immaginare per ciò solo una diversa regolamentazione del rapporto fra medico e paziente e del regime di farmaco-vigilanza), né con gli «indici costituzionali» che il Consiglio richiama e che associa alle condizioni dettate dalla Corte costituzionale in punto di beneficio per la salute individuale e collettiva, di comunicazione informata e di esercizio della discrezionalità legislativa che tenga conto dello stato di conoscenze scientifiche^[15]. Si pone al riguardo un ulteriore profilo problematico, in ragione del fatto che le regole di controllo e monitoraggio e quelle di conduzione del rapporto fra medico e paziente – in ordine alle quali viene disposta l'istruttoria e che quindi si ritengono poter essere problematiche rispetto alla successiva somministrazione del vaccino – non sono dettate direttamente dalla disposizione della cui legittimità costituzionale l'appellante dubita e di cui il Consiglio ritiene di dover fare applicazione nel caso sottoposto al suo giudizio (ossia l'art. 4 del d.l. n. 44/2021), con conseguente riflesso sulla ritenuta rilevanza della questione. In questa prospettiva, occorrerà verificare in che modo il Consiglio di Giustizia amministrativa qualificherà l'attività istruttoria richiesta (questa potrebbe essere ritenuta soddisfacente o meno sul mero piano della completezza delle informazioni richieste) e se e in che modo il Consiglio intenderà tenere conto delle risultanze istruttorie ottenute, sia laddove ritenga la «causa» ancora non «sufficientemente istruita», sia laddove ritenga soddisfatte le proprie richieste. Rispetto alla prima evenienza, si segnala che nella stessa ordinanza che fissa il termine per il deposito della documentazione al 28 febbraio 2022 si è provveduto a convocare l'organo incaricato dell'istruttoria per il 16 marzo 2022, considerando «la rilevanza e la complessità della questione», in modo che possa «rispondere oralmente agli

eventuali approfondimenti che il Collegio riterrà necessari». In ogni caso, però, il Consiglio di Giustizia amministrativa sarà chiamato a sciogliere la propria riserva e alla decisione se sollevare o meno la questione di legittimità costituzionale perverrà in modo (forse) problematico, come si è cercato di mostrare, considerando sia il merito dei quesiti (anche in rapporto all'obiettivo prefissato dallo stesso Consiglio intorno alla verifica del soddisfacimento dei richiamati «indici costituzionali»), sia la loro approfondita articolazione, che pare oltrepassare la soglia della (mera) *non manifesta infondatezza*, per giungere rispettivamente alla *manifesta fondatezza* o alla *manifesta infondatezza*. In questa seconda ipotesi, evidentemente, si può determinare una impropria sostituzione rispetto al sindacato costituzionale, con conseguenti, altrettanto improprie, «strozzature limitative della funzione riservata alla Corte»^[16], soprattutto tenendo conto dell'indubbio rilievo della questione eccepita^[17].

1. Si vedano a questo proposito le considerazioni svolte da M. D'Amico, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum cost.*, 13 maggio 2004, p. 2, che sottolinea che «compito del giudice dovrebbe essere infatti quello di una sommaria delibazione della questione. Quando solleva una questione di legittimità costituzionale, soprattutto se questo avviene "su istanza di parte", il giudice non deve essere soggettivamente convinto che la Corte accoglierà la questione, né deve dividerne soggettivamente il contenuto. Se soltanto il giudice ritiene che la Corte possa entrare nel merito della questione, egli è tenuto a sollevarla». E, infatti, «nel nostro ordinamento il giudizio sulla non manifesta infondatezza della questione non assegna affatto al giudice il compito di selezionare soggettivamente le questioni da trasmettere alla Corte costituzionale, bensì quello di filtrare soltanto le questioni che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute del tutto prive di fondamento». Sul requisito della non manifesta infondatezza si vedano per tutti le note osservazioni di F. Pizzetti, G. Zagrebelsky, «*Non manifesta infondatezza*» e «*rilevanza*» nella *instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1972.
2. Cons. Regione siciliana, sezione giurisdizionale, ordinanza 12 gennaio 2022, n. 38.
3. *Ibidem*.
4. Cons. St., sezione III, sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045.
5. *Ibidem*. In senso fortemente critico rispetto alla somministrazione delle vaccinazioni contro il Covid-19 e alle relative procedure di immissione in commercio si veda A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, p. 432 ss.
6. Cons. Regione siciliana, sezione giurisdizionale, ordinanza 12 gennaio 2022, n. 38.
7. Cons. St., sezione III, sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045.

8. Su tali profili si vedano C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, p. 1 ss., G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB Edizioni, Messina, 2008, A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, e S. Penasa, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, p. 817 ss.
9. Corte Cost., sentenza 19 giugno 2002, n. 282; nello stesso senso si vedano anche Corte Cost., sentenza 10 novembre 2003, n. 338; 1 aprile 2009, n. 151; 1 dicembre 2014, n. 274; 21 marzo 2017, n. 169; 22 novembre 2018, n. 5.
10. Corte Cost., sentenza 22 novembre 2017, n. 268.
11. Corte Cost., sentenza 23 febbraio 1998, n. 27, relativa alla vaccinazione contro la poliomielite; sentenza 9 ottobre 2000, n. 423, relativa alla vaccinazione contro l'epatite B; sentenza 16 aprile 2012, n. 107, relativa alle vaccinazioni contro il morbillo, la parotite e la rosolia; sentenza 22 novembre 2017, n. 268; e sentenza 26 maggio 2020, n. 118, relativa alla vaccinazione contro l'epatite A.
In questa direzione sembra essere intervenuto da ultimo il Consiglio dei Ministri, che ha annunciato l'estensione del diritto all'indennizzo anche per la somministrazione della vaccinazione raccomandata contro il Covid-19 (21 gennaio 2022).
12. Corte Cost., sentenza 15 dicembre 2008, n. 438. Sul consenso informato si rinvia a F. G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, P. Borsellino, *Consenso informato. Una riflessione filosofico giuridica sul tema*, in *Salute e Società*, 3, 2012, p. 17 ss., A. Apostoli, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal*, 1, 2021, p. 239 ss., e B. Vimercati, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014.
13. I rapporti dell'Agenzia Italiana del Farmaco sono pubblicati in www.aifa.gov.it/rapporti-su-sorveglianza-dei-vaccini-covid-19.
14. I documenti che compongono il piano vaccinale sono pubblicati in www.salute.gov.it.
15. Al riguardo sembra particolarmente significativo il passaggio della sentenza n. 5 del 2018, con cui la Corte costituzionale ha ribadito che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria». Considerando che «i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici», il relativo «contemperamento [...] lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso,

calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante [...] sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)».

16. F. Pizzetti, G. Zagrebelsky, «*Non manifesta infondatezza*» e «*rilevanza*» nella *instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, cit., p. 80, che si soffermano anche sulla necessità, nelle ipotesi in cui la questione sia eccepita a istanza di parte, di definire quando essa sia manifestamente infondata: laddove «quest'ultima condizione non ricorra, la questione dovrà essere trasmessa alla Corte, nulla importando come possa essere qualificata [...]: non manifestamente infondata, probabilmente fondata, manifestamente fondata» (ivi, p. 87).
17. Sono numerosi i contributi che restituiscono il quadro complessivo e complesso sotteso alla somministrazione delle vaccinazioni contro il Covid-19 e anche al parallelo strumento della cd. certificazione verde. Fra i molti si vedano R. Romboli, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione giustizia*, 6 settembre 2021, p. 1 ss., A. Ruggeri, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 15 settembre 2021, A. R. Vitale, *Del green pass, delle reazioni avverse ai vaccini e di altre cianfrusaglie pandemiche come problemi biogiuridici: elementi per una riflessione*, ivi, 15 settembre 2021, G. Grasso, «*Certificato verde digitale*», «*Passaporto vaccinale*» e diritto costituzionale: prime osservazioni, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, p. 231 ss., M. Massa, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 89 ss., e T. Cerruti, *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-covid per attraversare i confini dell'Unione Europea?*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, p. 1 ss., oltre che volendo B. Liberali, *Le complesse tematiche sottese alla somministrazione dei vaccini fra discrezionalità del legislatore e sindacato della Corte costituzionale*, in M. Cavino, L. Conte, S. Mallardo, M. Malvicini (a cura di), *Dove va la Repubblica? Istituzioni e società ancora in transizione. 2017-2021*, Bologna, il Mulino, in corso di pubblicazione.

Green pass europeo: cooperazione e nuove tecnologie nel mercato unico

Micaela Lottini

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-10

Con il Regolamento (UE) 2021/953 è stato previsto il quadro di riferimento volto al rilascio di un certificato europeo digitale per facilitare gli spostamenti tra Stati membri, garantendo delle condizioni minime di sicurezza sanitaria data la corrente situazione pandemica. Il nuovo meccanismo, testimonia (tra le altre cose) un processo in atto da alcuni anni, in relazione al quale la cooperazione amministrativa, strumento di governance del mercato unico e volano dell'integrazione europea, non può che fondarsi sull'utilizzo delle nuove tecnologie, le quali da mezzi di semplificazione ed efficientamento, ne costituiscono ora elemento essenziale.

European Green Pass: Cooperation and New Technologies in the Single Market

With Regulation (EU) 2021/953, a common framework for an EU Digital COVID certificate was established to facilitate free movement between member States during the current pandemic, guaranteeing minimum health safety conditions. The new mechanism testifies (among other things) to a process that has been underway for some years, in relation to which administrative cooperation, as an instrument for governing the single market and a driving force for European integration, can only be based on the use of new technologies, which now constitute an essential element.

1. Premessa

Il 14 giugno 2021 è stato adottato il Regolamento (UE) n. 953^[1] per definire il quadro relativo al rilascio, verifica e accettazione del certificato COVID digitale dell'Unione europea (c.d. "green pass" europeo).

Come è noto, una delle questioni giuridiche maggiormente significative e

complesse riguardanti il rapporto tra il processo di integrazione europea e le misure^[2] imposte dagli Stati per fronteggiare la crisi pandemica, è rappresentato proprio dal *vulnus*^[3] che queste ultime determinano al diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, diritti che costituiscono attributi fondamentali della cittadinanza europea^[4] (nonché, evidentemente, un prerequisito per lo svolgimento delle più svariate attività lavorative ed economiche).

Le suddette misure limitative, protratte nel tempo, seppure giustificate dalla gravità della situazione sanitaria, rischiano di mettere in crisi, in ultima analisi, lo stesso processo di integrazione, peraltro, nell'ambito di un clima politico già fortemente sotto stress a causa della traumatica uscita della Gran Bretagna dall'Unione.

Per questo motivo, al fine di tentare il contemperamento fra le esigenze di tutela della salute pubblica e quelle della stessa esistenza dell'Unione europea, il 13 ottobre 2020, il Consiglio ha adottato la Raccomandazione n. 2020/1475^[5], per introdurre un approccio coordinato alle limitazioni della libertà di circolazione imposte per contrastare la diffusione del virus, approccio riguardante l'applicazione di criteri e soglie comuni, una mappatura delle zone a rischio, ecc.

Nel documento si ribadisce, poi, che tutte le restrizioni alla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione, attuate per fronteggiare la pandemia, devono basarsi su motivi specifici e limitati di interesse pubblico e devono essere applicate conformemente ai principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente la proporzionalità^[6] e la non discriminazione.

In altre parole, le misure adottate devono essere strettamente limitate nella portata e nel tempo e non devono andare al di là di quanto strettamente necessario per tutelare la salute pubblica.

Nell'ambito di questo contesto, evidenze medico/scientifiche hanno rilevato che coloro i quali siano stati vaccinati, o abbiano avuto di recente un risultato negativo ad un test per la COVID-19, ovvero siano guarite nei sei mesi precedenti, comportano un rischio ridotto di contagio.

Sicché, queste categorie di persone che, appunto non costituiscono un "rischio significativo" per la salute pubblica, in linea di principio, potrebbero non essere soggette a restrizioni della circolazione, non essendo siffatte restrizioni "necessarie" a conseguire l'obiettivo di tutelare la salute pubblica.

Di qui l'esigenza di creare un quadro giuridico che consenta l'individuazione condivisa a livello europeo dei soggetti "a basso rischio", nei confronti dei quali è possibile ridurre le misure limitative della libertà di circolazione, in modo da contemperare le esigenze di tutela della salute e quella dell'integrazione europea, appunto nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità.

Per questi motivi, il 17 marzo 2021, la Commissione europea ha presentato una proposta^[7] di Regolamento (poi adottato il 21 giugno) per stabilire un quadro comune per il rilascio, la verifica e la mutua accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione dalla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE – c.d. "green pass"), che possano attestare la caratteristica di "basso rischio" del titolare dello stesso certificato e facilitare, quindi, la libera circolazione transfrontaliera. La base giuridica della proposta regolamentare (e poi del successivo Regolamento) è rappresentata sia dall' art. 114 par. 1 TFUE, quale misura armonizzativa volta a favorire l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno (art. 26 TFUE), nonché dall'art. 21 par. 2 TFUE, quale azione necessaria per raggiungere l'obiettivo di garantire il diritto di ogni cittadino di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (art.21 par. 1 TFUE).

2. Il "green pass" europeo e la rete eHealth

Il Regolamento (UE) 2021/953 prevede un meccanismo di reciproco riconoscimento transfrontaliero dei certificati rilasciati dalle autorità dei singoli Stati membri, certificati dei quali, evidentemente, devono essere garantiti la sicurezza, l'autenticità, la validità e l'integrità, nonché la relativa conformità con il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati.

A questo fine, alla base del sistema, viene posta^[8] la già esistente rete di assistenza sanitaria online (eHealth), istituita a norma dell'art. 14 della Direttiva 2011/24/UE (sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera)^[9] e attuata con la Decisione della Commissione n. 2019/1765^[10], che, appunto, indica le regole per la costituzione, il funzionamento e la gestione della rete.

La eHealth^[11] viene individuata dalla summenzionata Decisione (art. 2. 1 a) quale rete volontaria che collega le autorità nazionali responsabili dell'assistenza

sanitaria online designate dagli Stati membri e che persegue gli obiettivi di migliorare lo scambio transfrontaliero di dati sanitari e di conseguire l'interoperabilità tecnica, semantica e organizzativa tra i sistemi nazionali di assistenza sanitaria online^[12]; il relativo lavoro si basa sulle priorità individuate nel piano di lavoro pluriennale 2018-2021^[13].

Con riguardo al “green pass” la rete eHealth, ha pubblicato^[14] specifiche tecniche dettagliate che descrivono i meccanismi per il riconoscimento e l'interoperabilità reciproci dei certificati di vaccinazione, guarigione e test (formati, gateway, codice a barre bidimensionale, applicazioni, governance dei certificati a chiave pubblica, ecc.). Le specifiche tecniche sono state ufficialmente adottate con la Decisione di esecuzione (UE) 2021/1073 della Commissione del 28 giugno 2021^[15].

I lavori sono stati condotti dalla rete eHealth in collaborazione con agenzie dell'UE, il comitato per la sicurezza sanitaria, l'Organizzazione mondiale della sanità ed altre istituzioni.

Il modello del “green pass” europeo si fonda, quindi, sulla cooperazione amministrativa a diversi livelli e secondo diversi schemi, tra cui evidentemente quello del mutuo riconoscimento in attuazione del principio di equivalenza^[16], riconoscimento che viene facilitato e consentito dalla condivisione di una base tecnico/scientifico/giuridica comune. Questo complesso meccanismo, come abbiamo detto, è fondato sulla cooperazione che rappresenta ormai uno dei modelli della nuova governance europea alla base del processo di integrazione, nella sua dimensione più moderna che prevede l'utilizzo delle tecnologie informatiche, e l'adozione di certificazioni digitali ed interoperabili.

3. Cooperazione amministrativa, strumenti informatici e certificati digitali

La cooperazione amministrativa^[17], da un paio di decenni, è alla base della nuova governance del mercato europeo^[18]. Gli strumenti e le modalità di cooperazione sono spesso indicati nelle normative secondarie, basti pensare alla Direttiva servizi^[19], che dedica alla questione un apposito Titolo, ma anche alla normativa in materia di mutuo riconoscimento dei diplomi^[20], ecc.

Ad ogni modo, la cooperazione ha anche una dimensione generale, a partire dall'art. 4.3 del Trattato sull'Unione europea (TUE), che impone all'Unione e

agli Stati membri di assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati, ma soprattutto dall'articolo 197 TFEU titolato, appunto, "cooperazione amministrativa", che, per un verso, definisce l'attuazione "effettiva" del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri come "essenziale" e come "questione di interesse comune", per altro verso, prevede che l'Unione possa sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa

(facilitando lo scambio di informazioni e di funzionari pubblici ovvero sostenendo programmi di formazione).

A ben vedere, il concetto di cooperazione amministrativa ha diversi significati e sfaccettature. Le pubbliche amministrazioni possono cooperare in vari modi: attraverso il mutuo riconoscimento^[21] dei propri atti, documenti, certificazioni, lo scambio di informazioni, la mutua assistenza nell'esercizio dell'attività, ecc.

In questo contesto, le amministrazioni nazionali sono chiamate ad interagire tra loro in modi diversi: costituiscono reti di cooperazione e coordinamento^[22], in cui condividono informazioni o forniscono assistenza reciproca, le loro decisioni sono adottate con il contributo formale o informale delle autorità di altri Stati membri^[23], ecc. Le pubbliche amministrazioni nazionali interagiscono anche con la Commissione europea, in quanto cooperano e condividono competenze nell'applicazione del diritto europeo.

Data l'importanza della cooperazione amministrativa per favorire l'integrazione del mercato interno, sono state avanzate diverse iniziative volte facilitare la corretta applicazione del diritto dell'UE da un "punto di vista amministrativo" e per supportare le amministrazioni nazionali nell'adempimento dei loro obblighi cooperativi^[24]. Questi strumenti si avvalgono delle opportunità offerte dall'informatica.

Per esempio, dal 2007, l'Internal Market Information System (IMI)^[25], in alcuni settori del mercato interno, collega autorità nazionali, regionali e locali, in una dimensione transfrontaliera, consentendo loro di comunicare velocemente e facilmente. Il sistema ha come scopo di favorire l'attuazione di alcune normative europee, attraverso lo scambio di informazioni, consentendo un'attività amministrativa più efficace ed efficiente attraverso il superamento delle barriere linguistiche e tecniche.

Allo stesso modo, la European professional card (EPC)^[26], un documento

elettronico rilasciato tramite IMI a professionisti interessati a lavorare in un altro Stato membro, facilita il riconoscimento reciproco delle qualifiche professionali. La EPC è stata introdotta con la Direttiva 2005/36/CE (come emendata dalla Direttiva 2013/55/UE)^[27], che, come è noto, stabilisce le regole in base alle quali uno Stato membro, qualora subordini l'accesso o l'esercizio di una professione regolamentata al possesso di una specifica qualifica professionale, deve riconoscere le qualifiche professionali ottenute negli altri Stati membri, al fine di consentire ai titolari delle predette qualifiche di accedere ed esercitare tale professione nel suo territorio, in via permanente (stabilimento) o temporaneo (prestazione di servizi - mobilità temporanea), sia come lavoratore autonomo che subordinato.

La tessera professionale europea è uno strumento volto a semplificare le procedure per valutare se un professionista soddisfa tutte le condizioni necessarie per fornire servizi in uno Stato membro ospitante su base temporanea e occasionale o per riconoscere le qualifiche professionali per lo stabilimento.

Ciò considerato, il meccanismo EPC è un certificato elettronico volto a provare che il professionista ha superato tutti i controlli amministrativi necessari o che le qualifiche professionali sono state riconosciute dal Paese ospitante.

La procedura è supportata dal sistema di informazione del mercato interno (IMI), attraverso il quale cooperano le autorità competenti e attraverso il quale viene rilasciato il certificato.

Evidentemente, il principio di cooperazione (amministrativa) è ormai ritenuto cruciale per la corretta applicazione del diritto europeo, ma è anche il principio stesso attorno al quale ruotano altre iniziative, avviate per fornire un'alternativa alle Corti per garantire una tutela effettiva ai cittadini (e imprese) europei nei confronti delle amministrazioni nazionali.

In particolare, si fa riferimento alla rete SOLVIT^[28], istituita nel 2002, al fine di risolvere controversie transfrontaliere^[29] tra cittadini o imprese da una parte e amministrazioni nazionali dall'altra, con riguardo alla corretta attuazione delle regole del mercato interno^[30].

SOLVIT è concepito per fornire un sistema rapido ed economico, sebbene non vincolante, per la risoluzione delle controversie. Il suo funzionamento si basa sulla cooperazione reciproca^[31] tra i diversi livelli di amministrazione: i Centri nazionali partecipanti alla rete, l'amministrazione nazionale che avrebbe violato il

diritto dell'UE e che alla fine prende la decisione finale, la Commissione europea. Il sistema presuppone una rete informatica di collegamento che consente la cooperazione tra i Centri SOLVIT e con i richiedenti, che appunto possono inoltrare la richiesta tramite il sito internet gestito (come l'intera rete) dalla Commissione europea.

4. Conclusioni

Con il Regolamento (UE) 2021/953, è stato previsto il quadro di riferimento volto al rilascio di un certificato europeo digitale per facilitare gli spostamenti tra Stati membri, garantendo delle condizioni minime di sicurezza sanitaria, data la corrente situazione pandemica.

Il certificato rilasciato dallo Stato membro di origine, sulla base di specifici criteri e condizioni, viene (mutualmente) riconosciuto dalle competenti autorità degli altri Stati membri; in altre parole, lo stesso è il frutto di un meccanismo di cooperazione a diversi livelli, nell'ambito del quale le competenti autorità nazionali svolgono un'attività di controllo sanitario, o certificativa dell'avvenuta vaccinazione e questa attività viene 'mutualmente' riconosciuta, con l'ausilio dei nuovi strumenti informatici.

Come abbiamo detto, il 'green pass' non rappresenta una assoluta novità, ma si fonda su meccanismi già ampiamente collaudati.

Ad ogni modo, il nuovo strumento europeo induce ad una riflessione.

Come appare evidente, la cooperazione amministrativa quale strumento di governace del mercato unico e volano dell'integrazione europea, non può che fondarsi sull'utilizzo delle nuove tecnologie, la quali non sono più un meccanismo di semplificazione o efficientamento^[32], ma ne costituiscono elemento essenziale.

La connessione informatica rappresenta un elemento imprescindibile della rete SOLVIT che viene trasformata, proprio attraverso di essa, da un semplice meccanismo di cooperazione ad un sistema di risoluzione delle controversie tra cittadini europei e pubbliche amministrazioni nazionali strutturato e basato su regole comuni di funzionamento, nonché su una sorta di "precedente", dato che i Centri nazionali, prima di fornire la loro soluzione, devono verificare nel sistema se casi simili siano stati già risolti. Questo ha portato, peraltro, la dottrina^[33] a

sollevare dubbi riguardo alla natura europea o nazionale dei singoli Centri SOLVIT che seppure inseriti nell'amministratore nazionale, fanno parte, però, di un sistema europeo con proprie regole ed in costante contatto con la Commissione.

L'utilizzo dello strumento informatico consente di superare alcuni degli ostacoli pratici più significativi all'azione amministrativa in una dimensione transfrontaliera, quali le differenze linguistiche o di prassi; questo emerge chiaramente dal sistema IMI, nonché dal certificato informatico della EPC, del quale, peraltro, è stato pensato all'utilizzo anche con riguardo all'attuazione della Direttiva servizi^[34].

L'indicazione dell'importanza dello strumento telematico, che finisce per diventare essenziale (soprattutto a livello transfrontaliero) è già stata evidenziata in dottrina, secondo cui: *it is basically in the "cooperation via computer" that the idea of creating better functioning Network-Systems of Public Administrations develops and expresses itself more fully*^[35].

Il "green pass" si inserisce, quindi, nell'ambito di questo contesto e rappresenta l'ennesima testimonianza dell'importanza della cooperazione per l'integrazione del mercato europeo, della quale, però, lo strumento informatico è ormai divenuto elemento essenziale ed imprescindibile.

1. Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19, OJ L 211/1 del 15.6.2021.
2. Ad esempio, restrizioni all'ingresso o l'obbligo per i viaggiatori transfrontalieri di sottoporsi a quarantena o ad autoisolamento o ad un test per l'infezione da SARS-CoV-2.
3. Sul tema approfonditamente, G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *aisdue.eu*, *i Post di aisdue*, 2, 2020, p. 72.
4. L'art. 21, par. 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) riconosce ad ogni cittadino dell'Unione «il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi». L'art. 45 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, individua questo diritto come un attributo essenziale della cittadinanza europea. In Argomento, cfr., *inter alia*, Corte giust., sentenza 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast*, EU:C:2002:493. Ancora, sul tema, Commissione

CERIDAP

- europea, *Citizenship Report 2020 - Empowering citizens and protecting their rights*, 15 December 2020, disponibile su: <https://ec.europa.eu/>. A livello di normativa secondaria, cfr. Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) OJ L 77 del 23.3.2016; nonché, Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 e abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, OJ L 158 del 30.4.2004.
5. Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio, del 13 ottobre 2020, per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19, OJ L 337 del 14.10.2020.
 6. Sul tema D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2019, p. 907.
 7. Proposta di Regolamento del parlamento europeo e del Consiglio, su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale), del 17 marzo 2021, COM(2021) 130 final.
 8. Considerando n. 22 del Regolamento (UE) 2021/953.
 9. Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, OJ L 88/45 del 4.4.2011.
 10. Decisione di esecuzione (UE) 2019/1765 della Commissione, del 22 ottobre 2019, che stabilisce le norme per l'istituzione, la gestione e il funzionamento della rete di autorità nazionali responsabili dell'assistenza sanitaria online e che abroga la decisione di esecuzione 2011/890/U, OJ L 270/83 del 24.10.2019.
 11. Tutte le informazioni sono disponibili su: https://ec.europa.eu/health/ehealth/policy/network_it
 12. Per un approfondimento, cfr. C. Ingenito, *La rete di assistenza sanitaria on-line: la cartella clinica elettronica*, in *federalismi.it*, 5, 2021, p. 70.
 13. Disponibile su: https://ec.europa.eu/health/ehealth/cooperation_it.
 14. Secondo le regole di procedura che la stessa rete si è data in attuazione dell'art. 5 della Decisione di esecuzione (UE) 2019/1765 della Commissione, *cit.* Le regole di procedura sono reperibili su: https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/ehealth/docs/rules_procedures_ehealth_network_en.pdf
 15. Decisione di esecuzione (UE) 2021/1073 della Commissione, del 28 giugno 2021, che stabilisce specifiche tecniche e norme per l'attuazione del quadro di fiducia per il certificato COVID digitale dell'UE istituito dal regolamento (UE) 2021/953 del

- Parlamento europeo e del Consiglio, C/2021/4837, OJ L 230 del 30.6.2021.
16. L Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, il Mulino, Bologna, 2006.
 17. «*Co-operation assumes importance as a legal tool that might ensure effectiveness of European Union law and of its national implementation, thus favouring integration between public administrations and their legal systems (...)*». R. Cavallo Perin e G. M. Racca, *Administrative cooperation in the public contracts and service sectors for the progress of European integration*, in F. Merloni e A. Pioggia (edito da), *European democratic institutions and administrations*, Springer, Berlin, 2018, p. 265, 267.
 18. See F. Lafarge, *Administrative cooperation between member States and the implementation of EU law*, in *European public law*, 4, 2010, p. 597.
 19. Direttiva 2006/123/CE, del 12 dicembre 2006, servizi nel mercato interno, OJ L 376/06 del 27.12. 2006.
 20. Direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»), OJ L 354 del 28.12.2013.
 21. Sul tema del mutuo riconoscimento come meccanismo di cooperazione, cfr. K. Armstrong, *Mutual recognition*, in C. Barnard e J. Scott (edito da), *The law of the single European market*, Hart Publishing, Oxford, 2002, *passim*.
 22. H.C.H. Hoffman, *Composite decision making procedures in EU administrative law*, in H.C.H. Hofmann e A.H. Türk (edito da), *Legal challenges in EU administrative law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 136. Su questo argomento, cfr. D.U. Galetta, *Amministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di «cooperazione amministrativa» dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2009, p. 1689.
 23. In questo senso, P.P. Craig, *Shared administration, disbursement of Community funds and the regulatory State*, in H.C.H. Hofmann e A.H. Türk (edito da), *Legal challenges in EU administrative law, legal challenges in EU administrative law, cit.*, p. 34.
 24. C. E. Koops, *Compliance mechanisms compared. An analysis of the EU infringement procedures, SOLVIT, Pilot and IMS?*, in J.M. Beneito - J. Maillo (diretto da) e J. Corti e P. Milla (coordinato da), *Fostering growth in Europe: reinforcing the internal market*, CUE, Madrid, 2014, p. 431.
 25. Tutte le informazioni sono disponibili sul sito: https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_it.htm. Ci sia consentito, inoltre, rinviare a, M. Lottini, *An instrument of intensified informal mutual assistance: the Internal Market Information System (IMI) and the protection of personal data*, in *European public law*, 1, 2014, p. 104.
 26. Su questo argomento ci sia consentito rinviare a, M. Lottini, *The European Professional*

Card: a new single market governance tool, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2017, p. 1254.

27. *Cit.*
28. Tutte le informazioni sono disponibili sul sito: https://ec.europa.eu/solvit/index_en.htm. Sul tema, ci sia consentito rinviare a, M. Lottini, *Correct application of EU law by national public administrations and effective individual protection: the SOLVIT network*, in *Review of European administrative law*, 3, 2, 2010, p. 5.
29. Sulla questione cfr. D.U. Galetta, *Informal information processing in dispute resolution networks: informality versus the protection of individual's rights?*, in *European public law* 1, 2014, p. 71.
30. Raccomandazione della Commissione, del 17 settembre 2013, relativa ai principi per l'utilizzo di SOLVIT, COM(2013) 5869 final, 3.
31. D. Sindbjerg Martinsen e M. Hobolth, *The effectiveness of trans-governmental networks: managing the practical application of European integration in the case of SOLVIT*, in S. Drake e M. Smith (edito da), *New directions in the effective enforcement of EU Law and policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, p. 152.
32. Sul tema del rapporto tra buona amministrazione e utilizzo delle nuove tecnologie, cfr. D.U. Galetta *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *questa Rivista*, 3-4 2021; nonché, Ead, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p.85.
33. Ci sia consentito rinviare su questa problematica a, M. Lottini *Correct application of EU law by national public administrations and effective individual protection: the SOLVIT network*, in *Review of European administrative law*, 3, 2, 2010, p.5.
34. Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio, che introduce una carta elettronica europea dei servizi e le relative strutture amministrative, del 10 gennaio 2017, COM/2016/0824 final.
35. D.U. Galetta, *Public administration in the era of database and information exchange networks: empowering administrative power or just better serving the citizens?*, in *European Public Law*, 25, 2, 2019, p.171-176.

Efficiency and digital divide within online public services: The smart mobility case

Clara Silvano

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-22

Il contributo ha ad oggetto l'impatto dell'evoluzione tecnologica sulla gestione e sulla erogazione dei servizi pubblici. Il focus dell'analisi riguarda specificamente la mobilità urbana, evidenziando come le nuove tecnologie introducono un nuovo concetto di mobilità, la cui compatibilità deve essere verificata alla luce dei principi dei servizi pubblici.

This essay deals with the impact of new technologies in the provision of public service. The analysis focuses specifically on urban mobility, stressing out the new mobility concept that technologies has brought and its compatibility with public service principles.

1. Online public service: a multi-faced definition

According to the European E-government Action Plan 2010-2016^[1], the online delivery of public services represents one of the most important steps to accelerate the digital transformation of government. As stated specifically in the document aforementioned, digital public services will manage to «reduce administrative burden on businesses and citizens by making their interactions with public administrations faster and efficient, more convenient and transparent, and less costly».

This ambitious target has been taken into account in our legal system as well^[2]: section 7 of Legislative Decree n. 82/2005 (Italian Digital Administration Code), recently amended by the Legislative Decrees n. 179/2016 and n. 217/2017^[3], provides the right to everybody to benefit from public services in a digital and

integrated way. To make it possible, public administration need to redesign the delivered services digitally by default^[4].

Though, what has to be intended as online public service is not very clear; the definition offered by the law is quite tautological, since it just provides that an online service is every kind of public service accessible from remote electronically^[5].

According to the literature's opinion^[6], the notion of online public service is very wide and it includes all the traditional public function, i.e. the digital conduct of administrative procedure, the specific provision of public service, and the general activity of information and communication.

In these three identified forms of administrative activity, the conformation of online public service is different: so, in the explication of administrative authoritative function through administrative procedure, the specific object of public service is not the function itself, but it consists in the provision of all the enabling service which allow the online conduction of administrative procedure.

Regarding the specific delivery of public service, we could have either a service which is itself online delivered, such as distance learning service and the so known telemedicine, either some services, such as public transport or electricity delivery, which could not be dematerialized and delivered online. Thus, in the latter case, the digitization could involve the delivery of information related to the service and other fundamental aspects, such as, in the transport sector, online ticket purchase or online monitoring of transportation's track.

With specific regard to the duty of information and communication, the ICT has contributed to make the administration more transparent, according to the open data paradigm^[7]. So now administrations need to provide very specific information in their websites, which could be intended as a new kind of online service they have to provide.

Bearing in mind this extensive notion of online public service, in this paper we will limit our analysis to the classic notion of public service^[8], trying to define the impact of new technologies in their provision.

In particular, since the research is focused on the mobility sector, we will analyse the public service of general economic interest^[9], to which the sector of transport belongs.

2. The impact of new technologies in public service delivery

The delivery of service of general economic interest^[10], should respect four different principles: the continuity principle, the principle of non-discrimination, the obligation to adjustment to public needs and the universality of the provision, which means that the service has to be delivered at affordable prices to everybody, in every geographical areas, even the most disadvantage ones. The service provision also needs to satisfy efficiency and quality standard, stated in specific Service Charters^[11].

If these are the core principles of public services delivery, it is interesting to sketch out the main changes that technologies' development has brought in the provision of public service, verifying their compatibility with these fundamental principles.

First, the development of technologies makes the provision of services simpler and faster: simpler because with the new SPID system^[12] the private user can benefit from a unique digital identity to access to different services provided by different administrations: from service user's point of view, the fragmentation that characterized our administration is eliminated, with a great simplification in the relationship between private and administration.

Secondly, service delivery becomes much faster, taking advantages of the space-time contraction made possible by new technologies. In the transport sector, specific object of this paper, people can easily purchase train or bus ticket with their smartphone in one minute or less without the necessity to physically buy it in the ticket-office.

This leads not only to more efficiency in public service provision, but it has a strong influence on the principle of continuity. According to it, public service providers must guarantee a regular service provision without any unjustified interruption, which does not mean that it has to be provided at any time, but only that it has to be ensured during office time^[13]. Thanks to ICT technologies, there are no more spatial and temporal limits for service which could be online delivered, so the service is deliverable at any time in any place; continuity principles in a digital administration means that administration must assure a constant delivering of online service, when it's delivering is possible without human contribution.

The online dimension promotes a more intensive collaboration between users and providers, implementing user's participation in this sector^[14], which consists in a collaborative contribution of people who have used a specific service in order to improve it^[15]. This changes the way to intend the principle of adjustment to public needs, since the adaptation follows not more the new needs identified by political power, but the service reshapes itself constantly according to the specific user's needs which has emerged in the interaction with the administration.

This is one aspect of another trend emerged in online public sector: the personification of the service^[16], which is not more provided with the same characteristics to all users, but it is shaped according to the single user's specific preferences and needs, thanks to big data analysis^[17].

According to this brief description, public service digitization brings several advantages: online service will be simpler, high performing, user-centred and user-shaped. However, this transformation has its costs, both evident both hidden.

Regarding the material cost of this transformation, they are considered more as investment, because, according to legislative's expectations, online public service delivery will guarantee a significant public spending saving.

But, if it is generally true that with the digital transformation of public service administrations will gain in efficiency and in costs saving, it is not so obvious and automatic that the digitization is always the best solution, considering the real user's needs: for instance, it could be discussed the opportunity and the real benefits gained with the online delivery of services which, in the most cases are addressed to elderly people, which generally have no or few digital skills^[18].

In addition, digitization has its hidden costs: the big data processing and the re-use by one administration of data collected by another^[19], fundamental to ensure digital service delivery, affects massively users 'data confidentiality'^[20]. The storage of such amount citizen's data raises important security concerns, since it is less easy to guarantee high security standards in the digital dimension^[21].

Even if, in spite of all these costs, public service digitization represents the best choice, there are others obstacles, not so easy to remove.

The biggest concerns regard the non-discrimination principle which implies that the access to public service should be guaranteed to everybody. To respect it in the digital dimension, it should be assured that everybody has the proper tools

and enough digital skills to really take advantages of online public service. However, this necessary precondition, especially in Italy, is still far from being real. Digital divide^[22], which affects a great part of our population, and, in particular the weakest one, which more benefit from public services, represents a great obstacle to complete public service digitization process. Actually, if public service provision is a social justice mean able to overcome social inequalities, the risk is that with the digitization of public service inequalities just exacerbate^[23]. Even if, in the respect of multichannel principle^[24], services are both provided in digital and in analogical way, people who can profit from the advantages related to digital service analysed so far, are, according to statistic, people with high instruction level, while elderly people, immigrants, people with low instruction level or who live in depressed areas, have to be satisfied with the traditional ones. In this sense digitization raises inequality, because the advantages related to digital service can be enjoyed only by the part of population with sufficient digital skills; with the exclusion of the weakest part of the population which more needs public intervention.

To better understand the impact of digitization in the provision of public service, we will be focusing on local public transport service.

In particular, we would like to analyse how ICT technologies have affected this specific sector and if the new urban mobility scenario is consistent with the principles cited above which regulates, in general, public services provision, with specific regard to the non-discrimination principle.

3. The impact of new technologies in urban mobility: the new concept of mobility as a service (MaaS)

The decision to focus on the impact of new technologies in urban mobility is based on different reasons. First, the urban transport organization represents one of the sectors most affected by digital transformation^[25].

Secondly, mobility issue is related to the other big challenge of our age, the environmental one, since technologies development could help to build a more sustainable mobility, with good effects on the environment^[26].

Third, the city has represented, in the last period, the ideal lab to elaborate smart solutions, which combine technology and sustainability. Finally, smart mobility

plays a key role^[27] in smart city construction^[28].

Traditionally, urban mobility was regulated by local institutions with several planning instruments, which identified, for example, traffic limit zone, park place and regulated traffic flows^[29]. In addition, local institutions had to provide local public transport, as a relevant part of city mobility.

The use of technologies in urban mobility has considerably changed this panorama: on one hand, it has improved traditional administrative function, such as traffic flows regulation, which, thanks to intelligent system, can now optimise traffic performance^[30], and it has enriched public local transport service with smart tools, such as electronic tickets, or applications which allow a real time monitoring of bus tracks.

On the other hand, it has created new kind of services, such as car, bike and taxi sharing, car-pooling or private car transport that operates through an aggregation and payment platform, with intensive big data processing to match provision to demand in real time.

As already noted^[31], the companies, normally starts up, which offer this new service, do not only provide transport service, but they offer innovative complementary service, such as financial service that allows the electronic payment of the ride, the geolocation both of the vehicle both of the users, the possibility to know in advance the ride fare and the driver rating, also providing legal assistance in case of problems.

The last step made in this sector is the development of a new mobility concept, which intends globally mobility as a service^[32] (MaaS).

At its core, MaaS relies on a digital platform that integrates end-to-end trip planning, booking, electronic ticketing, and payment services across all modes of transportation, public or private. Rather than having to locate, book, and pay for each mode of transportation separately, MaaS platforms let users plan and book door-to-door trips using a single app. By answering the question of how best to get individual users where they're going based on real-time conditions throughout the network, taking account of all the possible options and each user's own preferences (for example, time and convenience vs. cost), and facilitating seamless mobile payment, MaaS starts to move us toward a more user-centered mobility paradigm.

With this revolutionary mobility concept, the classical distinction between

public and private transportation system becomes more undefined, since they are combined to offer to the users the best solution. To make it possible, it is required, apart from specific infrastructural and technological tools, a deep collaboration between public and private transportation providers.

This new way to provide transports solutions meets perfectly the new transport demand: integrated, flexible, and environment friendly. On the other hand, it raises big concerns, regarding the role of the public in this new urban mobility scenario.

4. The new urban mobility scenario and its compatibility with public service principles

The attitude of public institutions towards smart mobility in Italy is ambivalent: on one hand, the innovation brought by new transportations system has been stopped, in order to protect the existing asset, as it happened with Uber service^[33]. On the other hand, new urban mobility system is encouraged, in order to build a more sustainable mobility to improve people's life. This is particularly evident in the new mobility plan, significantly called Sustainable Urban Mobility Plan (SUMP)^[34], which has to be adopted by local institutions.

In the guidelines provided by the Ministry of Transport for the redaction of this new planning tool^[35], sharing mobility is specifically tackled as a new kind of mobility which has to be improved. Some of the SUMP's which has already been adopted^[36] put sharing mobility in a key position in the new mobility building process.

In light of the increasingly important role played by new transport systems in the mobility supply, stressed out even by local institutions, it is not so easy to understand if they have to be intended and regulated as public service or not.

Some local authorities have entrusted the management of this services to the same TPL company^[37] or outsourced the service according to the possibilities given by the law^[38], including the new mobility services in the management of local public transport.

In case law, a recent ruling of the Regional Administrative Court of Milan^[39] has stated that the new sharing mobility service, in particular by hoverboard, segway and monowheel, has not to be intended as public service because the

municipality did not undertake it to meet a specific public need, which could be properly satisfied by market's rules.

Anyway, even if the consideration as public service of this new kind of mobility services is controversial, it is clear that, to make sharing mobility service part of the whole mobility supply in a city, important steps have to be undertaken^[40]. For example, Local Authorities and Mobility Agencies should be able to rely on national guidelines for the assignment of shared mobility services to easier identify service minimum content having regard to: minimum quality standards to protect the customer, minimum monitoring and reporting obligations to the Granting Body, minimum requirements for interoperability and legal framework applicable for service management.

However, in light of the developing "Mobility as a service" concept (and reality), we should not more intended the provision of one transport service as isolated from one other, but we have to imagine an integrated system: the user will receive an unique offer, which combines in real time all the different transport supply, to guarantee him the faster, cheaper and more environmental friendly option.

So, in this new contest, it is more indicated to investigate if this new way to provide public service in the crucial sector of mobility respects the principles that always has ruled this subject, namely if we are in front to a service provided with continuity, efficiency, to everybody with the same conditions at a reasonable price.

As already noted, concerning the general provision of public service, the biggest concerns regard the respect of equality principle.

First, some research has pointed out that most innovative mobility supply is allocated in central areas or in particular dense node in biggest city, with a visible discrimination of the less attractive areas^[41].

Secondly, this new way to provide mobility, and its most innovative components such as sharing mobility, operates with a less or more sophisticated application downloaded in users' own smartphone. It is obvious that people with no confidence with these tools are completely cut off from them and will not benefit from the new possibilities provided by technologies innovation.

The exacerbation of inequality that the widespread of technologies has brought, due to the lack of real fighting policies against digital divide, is particularly dangerous in mobility sector: on one hand, the areas most difficult to reach,

typically, rural and mountain areas or peripheral areas in urban contexts, underserved by public transport, host population with lower income levels and few digital skills compared with more accessible areas; on the other hand, they cannot rely on a broad supply of digital and telematics infrastructures, at least in their more advanced versions^[42].

5. Some final suggestions

Smart mobility, in its different concrete manifestations, relies strongly on ICT technologies and their ongoing development. However, it is important to underline that the use of technology represents only one of the ingredients necessary to redesign in a more “smart” and sustainable way citizens transport habits. Attention should be paid also to the urban space planning, with the predisposition of special line for auto-alternative transports, bicycle paths and pedestrian zones.

Others concrete measures have to be adopted, such as reserve parking spaces for vehicles used for sharing mobility services, possibly close to the large poles of attraction for urban mobility, with a specific space reserve for electric vehicles; allocate spaces for stopping and collecting passengers for ridesharing services; allow transit in the lanes reserved for the circulation of vehicles used for public transport services transport and access to limited traffic or toll areas, with reduced rates, if compatible with existing traffic flows.

In addition, in order to avoid inequality exacerbation between the centre and the peripheral part of the cities and, in larger scale, between cities and rural zone, it is fundamental that public institutions promote innovative mobility projects in these more depressed areas.

Finally, it is important to bear in mind that the digital revolution has to be and remain human-oriented, as a toll to ameliorate people life.

This could be possible if people are provided with the instruments to take advantages from it, especially if digitization involved public services provision, which, as already stressed out, has to be guaranteed to everybody.

Therefore, governments have to put computer literacy at the first step in their digital agenda^[43], especially in our country where digital skills are not homogeneously widespread, with large digital divide^[44].

Without proper measures in this direction, the digitization of public administration risks to become a self-referential process, not more focused on its final goal: the wellbeing of the community they have to serve.

1. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A Digital Agenda for Europe” COM/2010/0245
2. About the central influence played by European Union in the construction of e-government see V. Sarcone, *La Società dell'informazione come strumento di «integrazione» e «amministrazione» nell'Unione europea*, in www.amministrazioneincammino.it, 11; C. Leone, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, 867.
3. On the reform see G. Pesce, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018; G. De Maio, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, Napoli, 2016, in particular from p. 121; M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in Foro. amm., 2016, in particular pages. 2555-2562; B. Carotti, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, in Giorn. dir. amm., 1/2017, 7; Id., *Il correttivo al Codice dell'Amministrazione Digitale: una meta-riforma*, in Giorn. dir. amm., 2/2018, 131.
4. According to the definition given by the European E-government Action Plan 2010-2016, the “Digital by Default” principle means that public administrations should deliver services digitally (including machine readable information) as the preferred option (while still keeping other channels open for those who are disconnected by choice or necessity).
5. See Art. 1, para. 1, subpar. n- quarter of the Italian Digital Administrative Code (IDAC).
6. G. Cammarota, *Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa*, in (a cura di) S. Civitaresse Matteucci – L. Torchia, *La tecnificazione. A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze, 2016, 113-114; D. De Grazia, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel 'nuovo' codice dell'amministrazione digitale*, in Dir. pubbl. 2/2011, 616 and ff. Contrarily, A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in Dir. pubbl. 1/2019, 122, which includes in the concept of online public service only the non- authoritative activity of public administration headed to provide a utility to the public.
7. In Italy the open data regime was introduced by art. 9 of the legislative decree 179/2012, which amended art. 52 of the IDAC. According to the current notion contained in the law aforementioned, for open data we mean «data that have the following characteristics: 1) they are available according to the terms of a license or a regulatory provision which allow its use by anyone, even for commercial purposes, in a disaggregated format; 2) are accessible through information and communication technologies, including public and private telematics networks, in open formats pursuant to letter l-bis), are suitable for automatic use

by computer programs and are provided with the related metadata; 3) are made available free of charge through information and communication technologies, including public and private telematics networks, or are made available at the marginal costs incurred for their reproduction and disclosure except as provided for in article 7 of legislative decree 24 January 2006, n. 36». In literature see E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti e limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014, in particular from p. 196; D.U. Galetta, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in Ist. Fed. 3/2019, 663; B. Ponti, "Open-data" and Trasparenza: a Paradigm Shift, in D. Tiscornia (curated by), "Open-data" e riuso dei dati pubblici, special number of Informatica e diritto, 1-2, 2011, 312.

8. The literature on this thema is huge: here we just mention S. Cassese (edited by), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, (edited by) G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 131.
9. The concept of SGEI appears in Articles 14 and 106(2) TFEU and in Protocol No 26 to the TFEU, but it is not defined in the TFEU or in secondary legislation. The Commission has clarified in its Quality Framework that SGEIs are economic activities which deliver outcomes in the overall public good that would not be supplied (or would be supplied under different conditions in terms of objective quality, safety, affordability, equal treatment or universal access) by the market without public intervention. A Public Service Obligation is imposed on the provider by way of an entrustment and on the basis of a general interest. SGEI includes traditionally postal service, telecommunication and transport sector.
10. According to N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, 21, the service of general economic interest includes the universal service notion, which implies a minimum quality standard which has to be accessible to everybody at a reasonable price.
11. M. Calabrò, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 373; F. Giglioni, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003, 405; S. Battini, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 185.
12. The Italian Digital Agency has developed the Public Digital Identity System SPID, which allows citizens to access the online services of Public Administrations with a single Digital Identity. Currently the number of Service Providers, or public administrations that allow you to access your services with SPID, is approximately 4,000. To facilitate adherence to the SPID system, conventions have been defined that provide for the accession of the so-called "aggregator subjects", intended as subjects that offer aggregate administrations the possibility of making their online services accessible through SPID. On the demand-side, the SPID has been required by more than 5 million of the entitled. All the information is available on IDA website <https://avanzamentodigitale.italia.it/it>.
13. G. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, 2008, 281.
14. Actually, in the Directive of the President of the Council of Ministers January 27th, 1994

“Principles on the provision of public services”, one of the key principles that must always be guaranteed is «citizen participation in the provision of the public service» in order «both to protect the right to guarantee the provision of the service, and to encourage collaboration with the providers». The widespread of technologies has enhanced it, since it makes more immediate the feedback on the observation and suggestions made and the consequent service quality improvement.

15. G. Cammarota, *Servizi pubblici online*, cit., 113.
16. A. Masucci, *Digitalizzazione*, cit., 145.
17. M. Maciejewski, *To do more, better, faster and more cheaply: using big data in public administration*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2017, Vol. 83(1S), 128. The Author points out that in public service delivery big data allows the «analysis of customer behaviour to better understand needs and deliver public services better suited to those needs (this also includes the creation of new services)».
18. According to the Istat Report “*Internet@Italia 2018 Domanda e offerta di servizi online e scenari di digitalizzazione*”, available at <https://www.istat.it/it/files/2018/06/Internet@Italia-2018.pdf>, the use of internet is deeply connected to the age of users: after 34 years, internet use begins constantly to decrease till 55 years, when it dramatically sinks. The age based digital divide comes before all the other socio-economic variables which affect internet use.
19. Data Exchange between administrations is regulated at a European level by GDPR: specifically, it is stressed out the necessity to allow data transfer «in certain circumstances where the data subject has given his or her explicit consent, where the transfer is occasional and necessary in relation to a contract or a legal claim, regardless of whether in a judicial procedure or whether in an administrative or any out-of-court procedure, including procedures before regulatory bodies and also «where important grounds of public interest laid down by Union or Member State law» (Consideration 111). Thus, according to consideration 31, «The requests for disclosure sent by the public authorities should always be in writing, reasoned and occasional and should not concern the entirety of a filing system or lead to the interconnection of filing systems». For the national regulatory status of this topic see art. 50 IDAC, which allows data reuse by different administration, with the respect of the rules on the protection of personal data and of the European legislation on the re-use of public sector information. On the national regulation limits in this sector derived from European legislations see G. Carullo, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. e merc.*, 23/2016, 202-204.
20. M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2017, 614 and ff. About this topic sees also G. Finocchiaro, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. It.*, 2019, 1670.
21. P. Montessoro, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, in *Ist. Federalismo*, 3/2019, 783.
22. On the configuration of digital divide as a new form of substantial inequality A. Papa, *Il*

principio di eguaglianza sostanziale nell'accesso alle tecnologie digitali, in *Federalismi.it*, 2008.

23. See M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir.amm.*, 3/2020, 527, which pointed out that during the pandemic, the uneven distribution of the internet meant that some students were unable to use online education, potentially increasing unacceptable inequalities.
24. G. De Maio, *Semplificazione*, cit., 133 and ff.
25. J. Auby, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. del federalismo*, 3/2019, 625.
26. On the relationship between urban mobility and sustainability see O. Baccelli, R. Galdi, G. Grea, *La sostenibilità della mobilità in ambito urbano*, in G. Franco Ferrari (edited by), *La prossima città*, Milano-Udine, 2017, 329.
27. According to the policy paper “*Sustainable urban mobility and smart city*” drawn up by Polis (cities and region for transport innovation), where it is stressed out that «Europe is currently underexploiting the potential of urban transport in its Smart Cities policies. Urban transport can contribute substantially to quality of life, health, economic and urban development, competitiveness, energy efficiency and ‘smartness’ in cities. It is inefficient to put the urban transport sector in a subsidiary role».
28. For recognition on the several definitions of smart cities see A. Cocchia, *Smart and Digital City: A Systematic Literature Review*, in R.P. Dameri and C. Rosenthal-Sabroux (eds.), *Smart City. How to Create Public and Economic Value with High Technology in Urban Space*, Switzerland, 2014; T. Pardo, n. Taewoo, *Conceptualizing smart city with dimensions of technology, people, and institutions. Proceedings of the 12th Annual International Conference on Digital Government Research*, New York, ACM, 2011, p. 282 ff. On smart city see G. Franco Ferrari (edited by), *La prossima città*, Milano-Udine, 2017; the several contributions collected in the monographic number of the *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2015; F. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 2015, 1267; R. Ferrara, *The smart city and green economy in Europe: a critical approach*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 635.
29. At municipal level we could have Urban Mobility Plan, Urban Traffic Plan and Urban Parking Program. On the mobility regulatory system see L. Marfoli, *Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, 3-4, 305.
30. Intelligent Transport Systems (ITS) apply Information and Communication Technologies (ICT) to transport. ITS allows local and regional authorities to manage more efficiently and safely the transport network and to influence travel behaviour through the provision of static and real-time information services and integrated payment schemes.
31. Cons. Stato, Sez. I, 25 novembre 2015, n. 757, in www.giustiziaamministrativa.it.
32. See, for example, the case of Helsinki where residents have been able to use an app called Whim to plan and pay for all modes of public and private transportation within the city—be it by train, taxi, bus, car share, or bike share. Similar projects are taking place in Paris, Eindhoven, Gothenburg, Montpellier, Vienna, Hanover, Las Vegas, Los Angeles,

Denver, Singapore, and Barcelona. This data come from W. Goodall, T. Dovey Fishman, J. Bornstein, B. Bonthron, “*The rise of mobility as a service: Reshaping how urbanites get around*”, *Deloitte Review* 20, 23 January 2017 available at <https://www2.deloitte.com/us/en/insights/deloitte-review/issue-20/smart-transportation-technology-mobility-as-a-service.html>

33. After conflicting decision on the admissibility of this new service in Italy, the recently approved Decree 29 December 2018, n. 143, which amended the law 15 January 1992, n. 21 “*Framework law for the transport of people by non-scheduled public bus services*”, has imposed strict conditions to the car rental service with driver, for example, the obligation to start and end the rental service always at the car park, which make the service less attractive both for providers both for users. About the problems arisen with the entrance of Uber in Italy see M. Midiri, *Nuove tecnologie e regolazione: il caso di Uber*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 3/2018, 1017; E. Raffiotta, *Trasporti pubblici locali non di linea e nuove tecnologie: il caso di Uber nel diritto comparato*, in Munus, 1/2016, 75; O. Pollicino, V. Lubello, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in Giur. cost., 6/2016, 2479.
34. Sustainable Urban Mobility Planning (SUMP) is urban transport planning concept adopted by European Union with the Urban Mobility Package at the end of 2013, where the European Commission defined in an Annex the concept of Sustainable Urban Mobility Plans. According to the ELTIS Guidelines for developing and implementing a Sustainable Urban Mobility the Sustainable Urban Mobility Plan as to be intended as «strategic plan designed to satisfy the mobility needs of people and businesses in cities and their surroundings for a better quality of life. It builds on existing planning practices and takes due consideration of integration, participation, and evaluation principles». In the Italian contest, SUMP is a strategic planning tool which, in a medium-long term time horizon (10 years), develops a system view of urban mobility (preferably referred to the metropolitan city area, where defined), proposing the achievement of environmental, social and economic sustainability target. This new tool is put at the higher level in urban mobility planning.
35. Decree of the Ministry of Infrastructure and Transport of 4 August 2017 n. 397, recently amended by the decree 28 August 2018, n. 396.
36. See the SUMPs adopted by the cities of Milan and Padua, as example of big and medium size city. For an updated landscape about SUMP adoption see <https://www.osservatoriopums.it/>.
37. In Padua, for example, car sharing is provided by APS Holding. In Milan ATM provides a bike sharing service.
38. The methods for entrusting the local public transport service were defined at European level by Regulation (EC) no. 1370/2007, as amended by regulation 2016/2338, relating to public passenger transport services by road and rail, which also establishes the conditions under which the competent authorities, if they impose or stipulate public service obligations, compensate the operators of public service for the costs incurred and / or

confer on them exclusive rights in exchange for the fulfillment of public service obligations.

39. T.A.R. Milano, Sez. III, 03/07/2020, n. 1274 available at www.giustiziaamministrativa.it.
40. As noted in the third national report on sharing mobility, available at <http://osservatoriosharingmobility.it/>
41. R. Dowling, J. Kent, *Practice and public private partnerships in sustainable transport governance: the case of car sharing in Sydney*, Australia, in *Transport Policy*, 2015, 58
42. L. Staricco, *Smart mobility: opportunità e condizioni*, in *Journal of Land Use Mobility and Environment* 3/2013, 347.
43. Art. 8 of IDAC tackles expressively the problem of computer literacy; according to it, public administrations have to support initiatives aimed to promote the spread of digital culture among citizens with particular regard to minors and categories at risk of exclusion, also in order to encourage the development of legal IT skills and the use of digital services of public administrations with specific and concrete actions, using a set of different means, among which the radio and television service.
44. In order to combat the digital divide, Italy has put in place the Operational Plan of the National Strategy for Digital Competences. In particular, in the context of the strategy “Italy 2025”, the Plan aims to reduce digital illiteracy and to increase the percentage of ICT specialists in emerging technologies, ensuring a high level of digital literacy, and ensuring that young people and the entire working population have the key digital skills for the new job requirements. The Plan is available at <https://repubblicadigitale.innovazione.gov.it/assets/docs/Piano-Operativo-Strategia-Nazionale-per-le-competenze-digitali.pdf>.

Sui termini del procedimento sanzionatorio dell'ARERA: perentori o ordinatori, questo è il dilemma (nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2021, n. 2309)

Gianluigi Delle Cave

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-23

Con sentenza n. 2309 del 17 marzo 2021, il Consiglio di Stato ha ulteriormente ribadito – superando l'idea secondo la quale il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio di ARERA sarebbe meramente ordinatorio – la perentorietà del suddetto termine, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso. Ed infatti, la previsione di un tempo procedimentale, la cui determinazione è rimessa all'amministrazione in ragione del singolo caso concreto, è difficile ritenere non debba garantire che il tempo dell'accertamento della violazione sia ravvicinato rispetto a quello della sua punizione, con la conseguenza che l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio.

On the terms of ARERA's sanctioning procedure: peremptory or ordinary, this is the dilemma (note to Council of State, section VI, 17 March 2021, no. 2309)

By judgment No. 2309 of 17 March 2021, the Council of State has further confirmed – overcoming the idea that the term for the conclusion of ARERA's sanctioning procedure is merely ordinary – the peremptory nature of such term, therefore its overrun affects the challenged sanctioning measure, implying that it is unlawful. Indeed, the provision of a procedural time frame, to be determined by the Authority on a case-by-case basis, shall ensure that the time of sanction ascertainment is close to that of its punishment, thus meaning that the undue time lapse of the administrative action implies the unlawfulness of the sanction measure.

1. Il caso

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha confermato l'annullamento delle sanzioni irrogate dall'Autorità di Regolazione per l'Energia, le Reti e l'Ambiente (ARERA) nei confronti di un gruppo societario operante nel settore del *gas* naturale, rilevando come i termini di conclusione del procedimento sanzionatorio debbano considerarsi di natura perentoria a prescindere da una espressa previsione di legge in tal senso. Più nel dettaglio, il procedimento sanzionatorio di ARERA nei confronti del gruppo *de quo* era stato avviato nel dicembre 2011 ma il provvedimento finale veniva adottato dall'Autorità soltanto sei anni dopo, nel febbraio del 2017, in violazione dei termini di conclusione del procedimento stabiliti dalla medesima Autorità.

2. La soluzione dei giudici di Palazzo Spada

Per meglio inquadrare la vicenda al vaglio del Consiglio di Stato, occorre dare conto – in via preliminare – dell'evoluzione del contesto giurisprudenziale in relazione all'applicazione dei termini perentori previsti dall'art. 14, comma 1, della n. 689 del 1981 ai provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti. Ebbene, delimitato in generale l'ambito di applicazione della disciplina della stessa l. n. 689/1981 – che si riferisce unicamente alla categoria delle sanzioni pecuniarie, oltre le quali «*non può che tornare a trovare applicazione quello generale di cui alla l. n. 241/1990*»^[1] – si è dapprima ritenuto che questa non fosse comunque applicabile ai procedimenti delle autorità (in particolare, di quelli dell'AGCM in materia di illeciti anticoncorrenziali), avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale^[2]. Tuttavia, tale orientamento, mai del tutto pacifico^[3], è stato oggetto di una recente rivisitazione pretoria^[4] che ha portato ad affermare come il termine per la contestazione delle violazioni amministrative abbia valenza “perentoria”, avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa; ciò con la precisazione che l'ampia portata precettiva della disposizione è esclusa soltanto dalla presenza di una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio^[5].

Ciò brevemente premesso, il Consiglio di Stato ha esaminato *funditus* il tema anche in relazione ai procedimenti sanzionatori di ARERA, autorità appellante, con specifico riferimento alla violazione dei termini delle procedure *de qua*.

Più nel dettaglio, superando il conflitto venutosi a creare in giurisprudenza fra «*due orientamenti interpretativi di segno palesemente opposto*» sulla natura del termine per l'adozione del provvedimento sanzionatorio finale^[6], il Consiglio di Stato, nel rigettare l'appello, si è espresso a favore della perentorietà del termine di conclusione del procedimento in esame – anche indipendentemente da una sua espressa qualificazione come “termine perentorio” – sulla base delle seguenti, plurime e concorrenti, considerazioni: (I) da un punto di vista regolatorio, secondo i giudici di Palazzo Spada, la circostanza che nei “considerato” della deliberazione ARERA del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com (disciplinante il procedimento *de qua*) si dia atto della natura “ordinatoria” di detti termini, non avrebbe alcuna «*efficacia decisiva*» ai fini della soluzione della *querelle* sulla natura degli stessi^[7]; (II) non è escluso che la esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali^[8] a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività^[9]; (III) non può essere sovrapposto l'archetipo normativo di cui all'art. 28 della l. n. 689/1981 (*i.e.* prescrizione del diritto a riscuotere le somme) con quello della disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, che riguarda l'esercizio di un potere di natura discrezionale, in quanto modelli differenti sotto diverse prospettive^[10]; (IV) il tempo dell'azione amministrativa non è uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato. Come chiarito dai giudici amministrativi nella sentenza in commento, il tempo dell'azione amministrativa rappresenta una “parentesi” all'interno della quale la potestà amministrativa spiega efficacia attrattiva sulla sfera giuridica dell'amministrato. La relazione che può generarsi è, quindi, poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco^[11]; pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell'amministrato possono comporsi in modo differente.

Ebbene, con riferimento al caso che ci occupa: (i) la previsione di un tempo procedimentale, la cui determinazione è rimessa all'amministrazione in ragione del singolo caso concreto, è difficile ritenere non debba garantire che il tempo

dell'accertamento della violazione sia ravvicinato rispetto a quello della sua punizione^[12]; (ii) il tempo dell'agire amministrativo sostiene, nell'ipotesi del potere sanzionatorio dell'ARERA, il soddisfacimento di interessi che sono ulteriori rispetto al mero rilievo dell'avvenuta infrazione^[13]. Di conseguenza, secondo i giudici amministrativi, è ragionevole affermare che – nella fattispecie in commento – l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio^[14]; (V) nel procedimento sanzionatorio l'interesse dell'amministrato è quello di non essere sanzionato, ovvero è quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole. Pertanto, il predicare che il soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio abbia interesse a veder concluso il procedimento in qualsivoglia modo una volta sia decorso il termine ultimo per provvedere, «*sembra evocare*» una nozione di interesse legittimo inteso come interesse alla legittimità formale dell'azione amministrativa rispetto alla quale l'interesse del privato è solo occasionalmente protetto^[15]; (VI) sebbene la violazione del termine di conclusione del procedimento e dell'affidamento ingenerato nel privato venga indicata quale ipotesi tipica di violazione di una “regola di comportamento” piuttosto che di una violazione di una “regola di validità”^[16], nel diritto amministrativo non risulta corretta l'individuazione a priori di tale dualismo all'interno della relazione tra potestà dell'amministrazione e interesse legittimo dell'amministrato, giacché il mancato rispetto della regola non è in grado di descrivere in se la lesione generata ed il rimedio appropriato per fronteggiarla. Emblematica, a tal proposito, è proprio l'ipotesi della violazione della regola che fissa il termine finale per adottare il provvedimento sanzionatorio pecuniario: in questo caso, la regola si presenta, infatti, come regola di validità e la lesione è rimediabile solo attraverso la caducazione dell'atto^[17]; (VII) da ultimo, va evidenziato il ruolo dell'art. 6 CEDU (diritto a un equo processo) pure in relazione al procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti^[18]. A tal proposito, i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato come la circostanza che il (successivo) processo amministrativo si svolga secondo un modello pienamente aderente ai dettami e alle garanzie dell'art. 6 cit. non consentirebbe comunque di recuperare il tempo del procedimento sanzionatorio inutilmente decorso, sicché risulta difficile sostenere che il termine ragionevole non rispettato all'interno di quest'ultimo possa essere sanato da quello

ragionevole entro il quale può svolgersi il giudizio amministrativo^[19].

In virtù delle suddette considerazioni, dunque, il Consiglio di Stato ha chiarito come «*deve ritenersi che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall'Autorità appellata ha natura perentoria*», sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato, con ciò che ne consegue in termini di illegittimità dello stesso.

3. Brevi considerazioni

Alla luce di quanto sopra esposto, pare utile effettuare, innanzitutto, una brevissima ricostruzione del quadro normativo di riferimento desumibile dal d.lgs. n. 93/2011, nonché dalla già citata deliberazione 243/2012/E/COM e dalla determinazione DSAI/49/2017/EEL.

Nel dettaglio, secondo l'art. 45, comma 6, del d.lgs. n. 93 cit., l'Autorità disciplina, con proprio regolamento, i procedimenti sanzionatori di sua competenza, in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. L'Autorità ha adottato detto regolamento con deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/COM (di seguito "Regolamento"), nel quale, in prima battuta, nulla veniva prescritto/dettato, nemmeno in via generale, in materia di "termini massimi" di conclusione del procedimento (ciò in considerazione della eterogeneità delle violazioni nonché della diversità degli elementi di volta in volta raccolti nella fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della diversa complessità dei procedimenti sanzionatori medesimi).

Successivamente – per ragioni di opportunità e per ovviare a tale, inammissibile, genericità e indeterminatezza – l'Autorità, con deliberazione 388/2017/E/COM del 01 giugno 2017, ha introdotto nel Regolamento l'art. 4 *bis*, con il quale ARERA si è auto-imposta specifici e puntuali termini procedurali, in particolare: (i) un termine di 120 giorni, decorrenti dalla comunicazione dell'avvio del procedimento, entro cui il responsabile del procedimento medesimo comunica le risultanze istruttorie ai partecipanti e trasmette gli atti per l'adozione del provvedimento finale; (ii) un termine per la conclusione di tutto il procedimento sanzionatorio pari a 220 giorni, decorrenti dalla comunicazione

dell'avvio del procedimento medesimo (salvo ricorrano motivate esigenze procedurali). Per completezza, il novellato Regolamento specifica che detti termini possono essere: (i) sospesi, solo qualora l'Autorità disponga ispezioni, perizie, consulenze o informazioni, fino alla data di ricevimento dei documenti/informazioni/perizie richieste; (ii) prorogati, esclusivamente in presenza di sopravvenute esigenze istruttorie o di formale estensione soggettiva od oggettiva del procedimento sanzionatorio. In buona sostanza, dunque, il procedimento sanzionatorio si articola: (a) in una fase preistruttoria, in cui viene acquisito ogni elemento necessario ai fini di un eventuale avvio del procedimento sanzionatorio medesimo. Al termine di tale fase, l'Autorità, in buona sostanza, decide se dare avvio ad un procedimento vero e proprio, attraverso la notifica della relativa delibera, ove vengono indicati, *ex aliis*, gli elementi essenziali già acquisiti; (b) se avviato, in una fase istruttoria vera e propria, le cui risultanze, ai sensi del Regolamento, devono essere comunicate ai partecipanti entro 120 giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento; (c) in una fase decisoria, a conclusione dell'*iter* procedimentale, che non deve comunque superare i 220 giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento *de qua*.

Accade, dunque, nella fattispecie al vaglio del Consiglio di Stato, che l'Autorità ha adottato il provvedimento sanzionatorio ben al di là del complessivo termine di 220 giorni, indicato da ARERA stessa quale termine per la conclusione del procedimento (il provvedimento finale è stato adottato sei anni dopo l'avvio del procedimento), determinando un *agere* procedimentale illogico e irragionevole^[20]. Ebbene, se già la violazione di una regola di legalità procedurale sarebbe, di per sé, idonea a configurare l'illegittimità del provvedimento adottato, a ciò deve necessariamente aggiungersi che detti termini, come ampliamento chiarito dalla più recente giurisprudenza, devono pure essere considerati "perentori"^[21].

Giova premettere, a tal proposito, come in materia di procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti^[22] – in ragione del noto *deficit* di legittimazione democratica che le connota – il termine fissato per l'adozione del provvedimento finale non può che avere natura perentoria, cioè «*a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività*

del diritto di difesa dell'incolpato, avente come è noto protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.), oltre che per la esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive»^[23], con la conseguenza che il suo superamento comporta sempre l'automatica illegittimità dei provvedimenti sanzionatori impugnati.

Più nel dettaglio, tale ragionamento discende dalla pacifica giurisprudenza del giudice ordinario formatasi in tema di sanzioni irrogate ai sensi della l. n. 689/1981 che, in seguito alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (27 aprile 2006, n. 9591), ha rilevato il carattere perentorio o comunque decadenziale del termine fissato dall'art. 18 l. n. 689 cit. dall'autorità competente per l'adozione della "ordinanza-ingiunzione", tenuto conto anche della particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990 (in cui è pacifico, per contro, che lo spirare del termine per provvedere non determina conseguenze invalidanti sul provvedimento tardivamente adottato). Sulla scorta di tali premesse, recentemente i giudici amministrativi^[24], hanno esteso tali principi anche ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'ARERA, affermando e confermando la natura perentoria dei termini auto-imposti dall'Autorità. Ed infatti – sulla scorta dei supremi principi sul "giusto processo"^[25] (fra cui è ricompreso anche quello di "ragionevole durata del procedimento"), sanciti della Corte CEDU^[26] in relazione alla natura "afflittivo-deterrente" di tali sanzioni^[27] – i giudici amministrativi hanno evidenziato (nella sentenza in commento) come il processo sanzionatorio (quasi penale) "è di per sé una pena" e il principio di ragionevole durata del procedimento assume maggior importanza nel caso di procedimenti sanzionatori di competenza delle Autorità amministrative indipendenti. In questo caso, infatti, le tradizionali garanzie del giusto procedimento si rafforzano in ragione della particolare configurazione strutturale-organizzativa delle stesse Autorità, sottratte al circuito politico governo-parlamentare e, quindi, non sottoposte alla funzione di indirizzo politico dell'Esecutivo.

Appaiono, pertanto, decisive alcune considerazioni in relazione allo specifico valore che il tempo dell'agire amministrativo assume nell'ipotesi del potere sanzionatorio dell'ARERA funzionale al soddisfacimento di interessi che sono ulteriori rispetto al mero rilievo dell'avvenuta infrazione. Ed infatti: (i) da un lato,

è evidente che il carattere “effettivo e dissuasivo” della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale in quanto «*se l’irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo*»^[28]; (ii) dall’altro, adottando una visione più articolata e contemporanea della nozione di interesse legittimo, è palese che nel procedimento sanzionatorio l’interesse dell’operatore «*è quello di non essere sanzionato, ovvero quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole*». Al contrario, il soggetto sottoposto al procedimento sanzionatorio non ha alcun interesse «*a veder concluso il procedimento in qualsivoglia modo una volta che sia decorso il termine ultimo per provvedere*». Invero, il tempo dell’agire dell’amministrazione non ha mai carattere “assoluto” in quanto (anche) l’annullamento del provvedimento illegittimo non potrà mai spingersi sino al punto da restituire all’amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia “quel tempo” sprecato dall’amministrazione^[29]. Ai fini della dichiarazione di illegittimità del provvedimento sanzionatorio adottato oltre i termini perentori di conclusione del procedimento, quindi, ciò che conta è l’irragionevolezza della violazione dell’auto-limite che in tema di procedimenti sanzionatori non può che assumere un significato invalidante. Ne consegue, inevitabilmente, che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio promosso dall’Autorità debba essere considerato perentorio, sicché il suo superamento inficia il provvedimento sanzionatorio impugnato^[30].

L’auspicio, dunque, è quello di addivenire – pure con la sentenza in commento – ad una classificazione chiara e inequivocabile della natura (perentoria) dei termini per la conclusione dei procedimenti sanzionatori dell’Autorità, a maggior ragione in un campo così delicato per operatori economici, imprese e cittadini e in presenza della sempre più pressante domanda del bene giuridico della certezza del diritto, che non ammette oscillazioni di comportamenti.

1. Si veda Cons. St., 4 giugno 2020, n. 3548; Id., 04 giugno 2020, n. 3548; C.G.A.R.S., 29 dicembre 2020, n. 1210.
2. Disciplina rinvenuta nei procedimenti di competenza dell’AGCM nel d.P.R. n. 217/1998; cfr. Cons. St., 25 giugno 2019, n. 4357; Id., 20 giugno 2019, n. 4215; in termini più sfumati, Id., 12 febbraio 2020, n. 1046.
3. Si veda, *ex multis*, Cons. St., 29 maggio 2018, n. 3197.

4. Da ultimo, Cons. St., 21 gennaio 2020, n. 512; Id., 17 novembre 2020, n. 7153.
5. L'orientamento da ultimo citato – relativo, peraltro, al termine per la contestazione – è stato confermato dal Consiglio di Stato anche nella sentenza in commento, con la specificazione che *«il termine che rileva come essenziale è il termine di conclusione del procedimento [...] decorrente dal momento di accertamento pieno della violazione, dipendente a sua volta dalla complessità del caso di specie, e non è quindi applicabile al tempo della c.d. preistruttoria (ove esistente come scansione procedimentale autonoma tipizzata dalla legge, dal regolamento o dall'atto di regolazione del procedimento amministrativo), deve sempre valutarsi nel concreto contesto procedimentale come un parametro dell'eccesso di potere più che come una violazione di legge ove si sia in presenza di una disciplina autonoma del procedimento dettata da fonte secondaria o da un regolamento dell'Autorità»*.
6. Secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. St., 13 febbraio 2018, n. 911), il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, ove non diversamente previsto dalla legge, avrebbe carattere meramente ordinatorio e, pertanto, il provvedimento intervenuto in ritardo non sarebbe mai illegittimo, purché comunque adottato nel termine prescrizione di cinque anni previsto dall'art. 28 della l. n. 689/1981.
7. Come evidenziato dai giudici amministrativi, *«da un lato, infatti, non si è in presenza di locuzione avente valore normativo. Dall'altro, anche nel caso in cui l'ARERA avesse operato un'autoqualificazione del termine di conclusione del procedimento come ordinatorio, ciò non sottrarrebbe la detta operazione al sindacato di legittimità dell'odierno giudicante, trattandosi dell'esercizio del potere di autoorganizzazione che deve anche esso necessariamente svolgersi nel rispetto dei parametri legislativi e costituzionali»*.
8. A tal proposito, il Consiglio di Stato ha evidenziato come l'affermazione dell'appellante secondo cui la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento deve essere accompagnata da un'esplicita previsione legislativa in tal senso nella sua rigidità *«da un lato, presuppone che il legislatore possa disporre in via esclusiva di valori di rilievo costituzionale o convenzionale al punto di rimetterla ad un'espressa previsione. Dall'altro, porterebbe a concludere che anche qualora il legislatore costruisca una disciplina che premia la necessità del rispetto del termine di conclusione del procedimento in termini di normazione sostanziale, la mancanza di una locuzione esplicita ponga nel nulla l'impianto complessivo della disciplina»*, oltre a sminuire, poi, *«il ruolo dell'interprete»*, avallando un approccio esegetico, cieco rispetto all'imperante pluralismo normativo delle fonti nazionali e sovranazionali. È noto, infatti, al contrario come la ricerca di un non semplice equilibrio tra le fonti multilivello in ogni campo dell'amministrazione ha accresciuto, e non diminuito, l'importanza del momento interpretativo.
9. Né rilevarebbe in materia il dettato dell'art. 2, l. n. 241/1990, norma di chiusura, che prevede al comma 2 un termine di carattere generale pari a 30 giorni per la conclusione del procedimento. E ciò anche in ragione di quanto disposto dal successivo comma 5, secondo il quale, fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di

conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. In conformità a quest'ultimo principio, infatti, il comma 6 dell'art. 45, d.lgs. 93/2011 demanda ad un regolamento specifico di ARERA la disciplina dei procedimenti sanzionatori di propria competenza, vale a dire la deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, che prevede, per l'appunto, che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio sia fissato di volta in volta dall'Autorità stessa in ragione della complessità della fattispecie. Del pari, come evidenziato dal Consiglio di Stato, risulta assente a livello sostanziale una norma di carattere generale quale quella contenuta nel comma 2 dell'art. 152 c.p.c., secondo il quale i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori (precetto che *«trova applicazione in ambito processuale»*).

10. Secondo i giudici di Palazzo Spada, le differenze tra i due modelli sono plurime: a) la natura del potere esercitato; b) la tipologia di accertamento della violazione, che nel paradigma di riferimento per la l. n. 689/1981 ha carattere di immediatezza, quindi, di regola non prevede un accertamento a contraddittorio differito, ma un accertamento immediato ed in via eccezionale una contestazione se non contestuale, differita; c) il termine prescrizione quinquennale di cui al citato art. 28, *«ben può essere recuperato anche con riferimento alla disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'ARERA, potendosi distinguere tra termine decadenziale di conclusione del procedimento sanzionatorio entro il quale emettere il provvedimento sanzionatorio e determinare la sanzione pecuniaria e termine prescrizione, quello appunto di cui all'art. 28, entro il quale riscuotere le dette somme»*. Merita di essere rammentato, poi, quanto dispone l'art. 2964 c.c., che distingue il regime giuridico della decadenza e della prescrizione, chiarendo che le norme relative all'interruzione e alla sospensione della prescrizione non si applicano all'istituto della decadenza, rimettendo, però, alle singole discipline l'individuazione dei casi di prescrizione e di decadenza.
11. Ciò, peraltro, *«ha condotto a elencare all'interno della stessa nozione di interesse legittimo, distinte classificazioni, così enucleate: a) interessi legittimi oppositivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ablatorio; b) interessi legittimi pretensivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ampliativo; c) interessi legittimi rivali, in capo ai partecipanti ad una procedura selettiva di natura concorsuale o competitiva; d) interessi legittimi ostili, configurabili in capo a coloro che sono terzi rispetto all'esercizio (pregiudizievole nei loro confronti) di un potere ampliativo; e) interessi legittimi alla legalità, da riconoscere in capo ai terzi pregiudicati dall'esercizio di un potere ad efficacia plurisoggettiva (o, se si preferisce, plurioffensiva); f) interessi legittimi dipendenti, intestati in capo a chi si trova in un rapporto di "dipendenza" con il titolare di uno dei precedenti tipi di interessi legittimi»*. L'esemplificazione di una pluralità di figure di interesse legittimo evidenzia, in buona sostanza, la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell'amministrazione e dell'amministrato. Accettando questa visione, *«risulta insostenibile affermare il carattere assoluto nel suo valore intrinseco del tempo dell'agire amministrativo»*.
12. A quanto appena sopra citato, deve aggiungersi che – secondo quanto rilevato dal

Consiglio di Stato – il processo sanzionatorio (quasi penale) «è di per sé una pena, e per cittadini e imprese i tempi moderni esigono certezze dei rapporti giuridici, per ulteriori plurime ragioni: a) la possibilità dell'amministrazione di provare la sussistenza della violazione si deteriora con il decorso del tempo; b) la possibilità per l'amministrato di offrire la prova contraria soffre la stessa sorte; c) l'effetto dissuasivo di prevenzione speciale è assicurato dall'esistenza di un lasso temporale ristretto tra contestazione della violazione e adozione del provvedimento sanzionatorio; d) lo stesso dicasi per l'effetto dissuasivo di prevenzione generale; e) in generale, il tempo ha la sua rilevanza come fatto giuridico e, in materia sanzionatoria, alla lunga, esso cancella ogni cosa».

13. Ciò si coglie in modo chiaro anche dal considerando 34 della direttiva n. 2009/73/CE attuata dal d.lgs. 93/2011, secondo cui qualsiasi armonizzazione dei poteri delle autorità nazionali di regolamentazione dovrebbe comprendere i poteri di fornire incentivi alle imprese di gas naturale e di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive a tali imprese. È evidente che il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l'irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo.
14. A ciò si aggiunga che il tempo dell'agire dell'amministrazione «per la sua valenza estrinseca ha carattere assoluto, come il tempo dell'agire umano, sottratto alle leggi della fisica quantistica, e scorre in una sola direzione». Tanto è confermato dal fatto che il processo amministrativo, da sempre, utilizza delle finzioni giuridiche per contrastare questa verità (così la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento compressivo della sfera giuridica del privato comporta, attraverso una qualificazione giuridica negativa, la rimozione *ex tunc* degli effetti del provvedimento stesso). Ma una simile *fictio* non può spingersi sino al punto «da restituire all'amministrato il tempo trascorso del procedimento, ossia 'quel tempo' sprecato dall'amministrazione. Come l'annullamento del provvedimento di diniego può assegnare all'amministrato un 'altro tempo' utile per vedere soddisfatto il suo interesse, così l'annullamento di un provvedimento sanzionatorio non può riportare indietro le lancette dell'orologio, restituendo all'amministrato 'quel tempo' male utilizzato dall'amministrazione. In definitiva, il tempo dell'amministrazione è nel suo valore intrinseco relativo e nel suo valore estrinseco assoluto».
15. Al contrario, una visione contemporanea della nozione di interesse legittimo aprirebbe al più la strada ad un'azione atipica di accertamento dell'inutile decorso del termine per adottare il provvedimento sanzionatorio con ciò che ne consegue, ad esempio, in termini di venir meno delle misure cautelari *medio tempore* adottate dall'amministrazione precedente e di azione risarcitoria spiegata per i danni derivati dalla sottoposizione a procedimento per il rischio di subire un provvedimento sanzionatorio (si pensi al danno reputazionale societario).
16. La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento (cfr., *ex aliis*, Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725) si sviluppa nel diritto civile in relazione all'interpretazione dell'art. 1337 c.c. e dell'oscillazione tra il rimedio risarcitorio di cui al

successivo art. 1338 c.c. e il rimedio invalidante *sub specie* di annullamento per vizio del consenso. Già all'interno della riflessione civilistica, la relazione tra le dette regole è stata apprezzata «*non in termini di alternatività in astratto ovvero di non interferenza, quanto di verifica in concreto della portata della violazione del precetto di buona fede, ritenendosi che quest'ultima potesse essere limitata al fatto ovvero avere forza penetrante tale da colorare di anti giuridicità il regolamento contrattuale con ciò che ne consegue in termini di accesso alla tutela rimediabile di annullamento nei casi previsti dalla legge o di nullità*». La trasposizione delle nozioni in questione nell'ambito del diritto amministrativo «*comporta una minore difficoltà, atteso che il legislatore ha da sempre ammesso il rimedio generale dell'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere, figure all'interno delle quali può essere pacificamente ricondotta la violazione di quelle regole comportamentali, che scandiscono l'agire dell'amministrazione*». In sintesi, il ragionamento nel diritto amministrativo è, se vogliamo, rovesciato, nel senso che un atto amministrativo si presenta in genere come illegittimo e meritevole di annullamento per violazione delle regole di condotta dell'amministrazione, ossia dei principi generali che ne ispirano l'operare, ivi incluso il principio di buona fede. Quest'ultimo del resto – ai sensi del comma 2 *bis* dell'art. 1, l. n. 241/1990, introdotto dal d.l. n. 76/2020 – deve improntare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, unitamente al dovere di collaborazione. In via residuale, il provvedimento amministrativo «*può essere legittimo, nonostante l'amministrazione abbia violato delle regole di comportamento e ciò, però, può generare un danno illecito che deve essere rimediato per equivalente*» (l'ipotesi tipica è quella del danno da ritardo per provvedimento amministrativo favorevole).

17. Del resto, anche sotto il profilo rimediabile, «*non avrebbe alcun senso ritenere che l'amministrato possa invocare la sola tutela risarcitoria, riducendo la relazione giuridica con l'Autorità ad un rapporto reciproco di dare/avere, ossia di sanzione pecuniaria versus risarcimento del danno*».
18. Riflessione “necessaria” dal momento che la sanzione dell'Autorità in commento «*risulta soddisfare i cd. criteri Engel (Corte europea diritti dell'uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel and Others v. the Netherlands), trattandosi di un provvedimento che ha natura afflittivo-deterrente, come spiegato sopra, e che può colpire la generalità dei soggetti sottoposti al potere sanzionatorio dell'Autorità e che si caratterizza per la sua severità*».
19. Quanto all'operatività delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU con riferimento ai procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti, si segnala l'orientamento della Corte di Cassazione – non pienamente “condiviso” dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento – secondo il quale «*in materia di irrogazione di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano, alla stregua dei criteri della Corte EDU, natura sostanzialmente penale - gli Stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale Convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) ad un*

sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione. Nel secondo caso, non può ritenersi che il procedimento amministrativo sia illegittimo, in relazione ai parametri fissati dall'art. 6 della Convenzione, e che la successiva fase giurisdizionale determini una sorta di sanatoria di tale originaria illegittimità, al contrario, il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all'art. della Convenzione, risulta ab origine conforme alle prescrizioni di detto articolo, proprio perché è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo» (Cass. civ., 03 gennaio 2019, n. 4; Id., n. 4725/2016).

20. Come evidenziato in via pretoria, infatti, «la valutazione del tempo necessario è demandata alla stessa Autorità, che stabilisce il termine di conclusione del procedimento, rapportato alle effettive esigenze istruttorie e alle garanzie difensive, per cui il tempo del procedimento deve essere funzionale» a tali attività, ma «diviene illegittimo se si traduce in una inerzia ingiustificata. Il superamento del termine diviene quindi di per sé illegittimo quando il tempo non è più funzionale alle due esigenze sopra indicate» v. T.A.R. Lombardia (sezione II), sentenza del 31 ottobre 2018, n. 2456.
21. Anche la dottrina si è prevalentemente espressa nel senso della perentorietà del termine. Sul punto si veda, W. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012, 173 ss.; M. Fratini, G. Gasparri, *Il Testo Unico della Finanza*, Utet, Milano, 2012, 2678 ss.; M. Fratini, G. Gasparri, A. Giallongo, *Le sanzioni della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, in M. Fratini (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2011, 458 ss.; V. Turchini, *La natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'ARERA*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 365 ss.; A. De Vita, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente*, in *Riv. guar. fin.*, 2020, 1, 123 ss.; W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla CONSOB e della Banca d'Italia: riflessi in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 39 ss.; E. Traversa, *Il potere sanzionatorio dell'ANAC alla prova del principio di legalità*, in *Giur. it.*, 2019, 3, 645 ss.
22. Si veda F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 29 ss.; M. Allena, *La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo*, in M. Allena, S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 26, 17 ss.; E. Peroni, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (Aeegsi)*, *ibidem*; A. Marra, *Brevi note sugli effetti dell'annullamento di una delibera dell'Arera in tema di costi di sbilanciamento e sul legittimo affidamento delle imprese*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 2, 213 ss.
23. *Ex multis*, Cons. St., 25 febbraio 2016, n. 1199 e 08 aprile 2019 n. 2289; T.A.R.

- Lombardia (sezione II), sentenza del 12 maggio 2021, n. 1177.
24. *Ex aliis*, Cons. St., 17 marzo 2021, nn. 2308, 2307, 2306 nonché 19 gennaio 2021, n. 584.
25. In materia di giusto processo, si veda, *ex plurimis*, F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; E. Picozza, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2000, 1071 ss.; M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 3, 101 ss.; M. Luciani, *"Giusto" processo amministrativo e sentenza amministrativa "giusta"*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 2, 47 ss.; F. Patroni Griffi, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 3, 109 ss.; P. Ferrua, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2012; A. Travi, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 2017, 986 ss.; F.G. Scoca, *Processo amministrativo e principio di raggiungimento dello scopo*, in *Giur. cost.*, 2018, 1402 ss.; M. Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 437 ss.; G. Falcon, *Buone notizie per la giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 166 ss.; P. Piras, *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. diritto al giusto processo versus intelligenza artificiale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 3, 472 ss.
26. M. Allena, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *federalismi.it*, 2017, 4, 12 ss.; S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, 35 ss.; P. Provenzano, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 6, 1073 ss.; E. Bindi, A. Pisaneschi, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2019, 22, 14 ss.; M. Allena, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 25 ss.
27. In dottrina, si veda V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equoprocesso e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 5, 2014; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983, 74 ss.
28. Sul punto, si segnala (con riferimento a diversa fattispecie) Cons. St., 14 febbraio 2022, n. 1081, ove si rileva che l'amministrazione, pur in assenza della predeterminazione legale del termine massimo per la conclusione del procedimento sanzionatorio ex l. n. 689 del 1981, agisce comunque in modo tempestivo, rispettando l'esigenza del cittadino di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri, e, ove protragga in modo ingiustificato l'esercizio del potere, deve dare puntuale motivazione delle ragioni che le hanno, in ipotesi, impedito di applicare la sanzione in contiguità temporale con l'accertamento dell'illecito.
29. Si veda anche M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995, 176, per il quale «una volta chiarito che l'atto emanato fuori termine, nullo o annullabile che sia, determina l'impossibilità per l'amministrazione di operare la sanatoria o di esercitare nuovamente il potere sulla base degli stessi elementi posti alla base del

*provvedimento tardivamente emanato, diventa un problema semplicemente terminologico e non di sostanziare una espressione anziché l'altra» (ovvero nullità o annullabilità). L'Autore afferma di preferire tra le due soluzioni prospettate quella che qualifica il provvedimento emanato fuori termine come nullo per carezza sopravvenuta di potere perché il termine rappresenta un limite esterno del potere avendo «la funzione di delimitare nel tempo la situazione di incertezza e di sospensione dell'assetto dei rapporti che si determinano nel periodo intercorrente tra l'avvio del procedimento e la sua conclusione con l'emanazione del provvedimento». Sull'argomento, si veda anche A. Scognamiglio, *I termini del procedimento (sanzionatorio) presi sul serio (nota a Cons Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584)*, in *Giustizia Insieme*, 2021.*

30. Pur non volendo attribuire valenza perentoria al termine, poi, giova comunque evidenziare che detti provvedimenti sanzionatori sarebbero comunque illegittimi per la violazione del principio di buona amministrazione, essendo stato adottato eccessivamente e ingiustificatamente oltre un più che ragionevole lasso temporale. L'inerzia infraprocedimentale determina infatti, a ben vedere, un procedimento *sine die* (al di là dei termini prestabiliti e in assenza di provvedimenti di rideterminazione degli stessi), passibile di esporre gli interessati «ad un più difficile esercizio del loro diritto di difesa, essendo un dato comune di esperienza quello secondo cui la difesa è tanto più efficace quanto più la stessa ha modo di esercitarsi in un arco temporale il più possibile ravvicinato rispetto alla commissione dell'illecito» v. T.A.R. Lombardia (sezione II), sentenza del 31 ottobre 2018, n. 2456; Cons. St., 20 dicembre 2011, n. 582.

L'intervento di contrasto pubblico della povertà. Notizie di un resoconto di studio

Matteo Palma

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-31

Nell'ambito dell'iniziativa "Book Forum" del CERIDAP si è tenuto lo scorso 27 gennaio 2022 l'incontro di studi su "L'intervento di contrasto pubblico della povertà", in occasione del quale è stato presentato l'omonimo volume di cui è autore il Prof. Claudio Franchini (Editoriale Scientifica, Napoli, 2021). Il contributo intende ripercorrere gli interventi dell'incontro.

L'intervento di contrasto pubblico della povertà. Short notes on a study meeting

As part of CERIDAP's "Book Forum" initiative, a study meeting to present the book "L'intervento pubblico di contrasto della povertà" (Editoriale Scientifica, Naples, 2021), written by Prof. Claudio Franchini, was held on 27th of January 2022. The contribution aims to review the interventions of the meeting.

Lo scorso 27 gennaio 2022 il Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche ha dedicato uno degli incontri organizzati nella cornice dei "Book-Forum CERIDAP" al volume "L'intervento di contrasto pubblico della povertà" (Editoriale Scientifica, Napoli, 2021) del Prof. Claudio Franchini. Durante l'evento, svoltosi sulla piattaforma Microsoft Teams, la Prof.ssa Diana-Urania Galetta (Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano e direttore del CERIDAP) ha moderato, nello spirito interdisciplinare del Centro, gli interventi di illustri giuristi e politologi: prof. Marco Dugato (Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Bologna), Prof. Marco Sica (Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano), Prof.ssa Ilaria Madama (Associato di Scienze politica

nell'Università degli studi di Milano), dott. Stefano D'Ancona (Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano).

Il Prof. Dugato ha dapprima fornito alcune indicazioni introduttive sull'opera, evidenziandone la sottile metodologia utilizzata per affrontare il tema. L'Autore, infatti, ha fatto ricorso nella prima parte dell'opera a una ricostruzione storica degli istituti giuridici e degli organi amministrativi deputati al contrasto della povertà per meglio comprenderne l'attuale conformazione. In questa prima parte l'A. fornisce i dati sulla povertà, ne offre alcune definizioni utili e rilevanti per l'analisi giuridica. Viene evidenziata, ad esempio, la dirimente differenza tra povertà quantitativa, tradizionale oggetto delle analisi economiche, e povertà qualitativa la quale, posta come parametro, consente di rinvenire diverse e nuove tipologie categorie di "poveri", quali i "*working poors*". Permette altresì di mostrare sfaccettature del fenomeno della povertà, quale la disoccupazione giovanile, e di individuare le criticità dei classici interventi in materia, tutti concentrati a porre una soluzione sul singolo problema, invece di intercettare le cause per rimuoverle e rompere la ripetibilità dell'evento. In questa prima parte, più statica secondo la ricostruzione del Prof. Dugato, viene costruito il "*motore*", che verrà avviato nella seconda parte dell'opera, più dinamica e dedicata all'attività amministrativa. Con riferimento alla seconda parte dell'Opera, invece, il Prof. Dugato ha evidenziato le critiche mosse alle tradizionali attività di contrasto del bisogno, individuando nella confusione, da parte degli attori pubblici, tra povertà economica e *vulnerabilità*, come campi di interventi, la principale delle cause dell'inefficienza dell'intervento. Infatti, concentrandosi sulla singola risposta al bisogno, la risposta *monoculare* perde di vista la necessità di approntare tutele a quelle fasce di popolazione meglio definibili come *vulnerabili*, perché abbienti secondo gli standard economici, ma insicuri nel godimento dei loro diritti. Questa sarebbe la matrice dell'attenzione pubblica tutta rivolta all'assistenza agli anziani e ai malati, che avrebbe generato, in materia di welfare, molta spesa ma poco risolutiva. Integrando dunque nell'analisi il concetto di situazione di *vulnerabilità*, così come inteso all'interno dell'Opera, il Prof. Dugato ha concluso il suo intervento osservando come la risposta a tale contingenza possa generare due distinti tipi di intervento. Il primo è quello dello Stato che provvede: conduce a un intervento immediato, breve; predefinibile, dai risultati pressoché certi con riguardo alla riduzione del bisogno; tuttavia, non

durevole perché non incide sulla disuguaglianza come processo. Il secondo modello, invece, è quello dello Stato che induce alle modifiche: questo costa molto di più, richiede leve finanziarie, produce effetti alla lunga e non nell'immediato e non è certo, perché risente di contesti mutevoli nel tempo che non garantiscono la permanenza nel tempo delle intenzioni originarie. Tra i due modelli non necessariamente vi è concordanza e compatibilità: le due vie possono essere mediate al ribasso oppure richiedono una scelta.

La seconda relazione, affidata alla Prof.ssa Madama, si è concentrata su due aspetti diversi. L'analisi, infatti, si è spostata sulla dimensione sociale dell'Unione europea e sulle dinamiche politiche che hanno plasmato le *policies* di contrasto al fenomeno della povertà nel contesto nazionale. Sul primo piano, la prof.ssa Madama ha sottolineato come la recente instaurazione del cd. *terzo pilastro sociale* induca a rivedere le precedenti critiche mosse all'Unione per le sue carenze nel settore delle politiche sociali. Su questo fronte la Prof.ssa Madama registra una rottura tra la precedente "strategia di Lisbona" e la nuova "strategia *Europea 2020*", nella quale si è adottata una governance ibrida che vede associarsi target quantitativi la destinazione di fondi a specifici qualitativi. Nell'attuazione di questa nuova strategia, si è osservato come nei Paesi con una maggiore tradizione di politiche di welfare si sia manifestato un sovranismo "sociale", espressosi in una maggiore resistenza all'intervento europeo in materia di politiche sociali. Con riferimento al fronte istituzionale nazionale, invece, alle critiche mosse nel volume ai ritardi nell'adozione di *policies* universalistiche, la prof.ssa Madama associa altre due considerazioni che vede innanzitutto nelle *policies* di stampo sociale una connotata "debolezza", dovuta al fatto che esse hanno ad oggetto fasce della popolazione i cui interessi trovano scarsa rappresentanza. In secondo luogo, tali *policies* necessitano di una lettura comprensiva delle evoluzioni politiche che le hanno accompagnate, per potere essere pienamente comprese. Così solamente può spiegarsi l'introduzione di una misura come il reddito di cittadinanza, adottata con un ritardo di circa dieci anni rispetto ad altri Paesi dell'Unione europea, e che trova una prima giustificazione proprio nell'estensione della base degli interessi sociali rappresentati, dovuta a una maggiore integrazione delle posizioni dei sindacati negli indirizzi di governo e dall'affermarsi del "Movimento 5 Stelle".

L'intervento del Prof. Sicasi è soffermato invece, in un primo momento, su una

conseguenza peculiare della povertà che emerge dalla lettura del volume e che consiste nella generazione di un circolo vizioso che rende il povero non solo privo di risorse materiali, ma altresì privo della consapevolezza delle opportunità di tutela. Il mancato ricorso ai rimedi apprestati concorre poi al radicamento della situazione di povertà, con le conseguenti maggiori difficoltà di interrompere il processo. In secondo luogo il Prof. Sica ha sottolineato la necessità di ripensare gli strumenti di accesso alle tutele giurisdizionali per consentire di individuare strumenti azionabili da soggetti collettivi per gli interessi di soggetti che altrimenti resterebbero emarginati in zone franche. Un ultimo rilievo il Prof. Sica lo ha rivolto all'opportunità di razionalizzare la disciplina normativa dei controlli, per consentire alle pubbliche amministrazioni di intervenire con maggiore efficacia nel contrasto a quegli abusi che spesso vanificano gli interventi di contrasto alla povertà.

In linea con le precedenti relazioni, i tre nuclei principali in cui il dott. D'Ancona ha articolato il suo intervento hanno posto in risalto quei passaggi del volume in cui la critica viene mossa alla frequente confusione tra interventi di contrasto alla povertà e politiche del lavoro. In questi casi, infatti, si assiste all'erogazione di un sussidio che viene vincolato a obbligazioni da parte dell'individuo, ponendo l'intervento in una dimensione sinallagmatica che lascia privo di tutela l'inadempiente.

Al termine delle relazioni previste, l'Autore ha voluto ribadire (nel suo intervento finale) l'assoluta scompostezza degli interventi di contrasto della povertà che non hanno mai preso in considerazione il concetto di povertà nella sua multidimensionalità e lo hanno sempre affrontato esclusivamente in chiave economica. L'Autore ha dedicato un passaggio del suo intervento ai potenziali effetti esclusivi che potrebbe avere la digitalizzazione della pubblica amministrazione, se non pensata e attuata avendo attenzione alle fasce più deboli della popolazione, che viceversa sarebbero condannate a rimanere escluse da servizi basilari per la conduzione della vita quotidiana. L'ultima considerazione è stata rivolta alla collaborazione tra soggetti pubblici e privati nell'attuazione di politiche efficienti di contrasto alla povertà. Secondo l'Autore, è indispensabile per l'attività pubblica coinvolgere i soggetti privati, perché depositari di patrimoni informativi e relazionali, in assenza dei quali è praticamente impossibile progettare un intervento che si prospetti efficiente.

Sollecitati da alcuni interrogativi del Prof. Gabriele Bottino, vicedirettore del Centro di ricerca, e dei partecipanti, gli autori hanno avuto modo di riprendere alcuni passaggi delle loro relazioni. Gli interrogativi rivolti ai relatori vertevano sulle relazioni intersoggettive tra le amministrazioni durante la pandemia, sulle situazioni meritevoli di tutela del “povero”, sulla concezione del pubblico servizio nell’ambito della riflessione sugli interventi di contrasto alla povertà e, infine, sul problema del lucro, potenzialmente emergente dal coinvolgimento dei privati. Prendendo posizione su tali questioni il Prof. Franchini ha voluto innanzitutto escludere, nel momento presente, il rischio concreto di una partecipazione privata a scopo lucrativo; e, in secondo luogo, partendo dall’esperienza della pandemia, ha rilevato come le relazioni intersoggettive non siano di per sé un ostacolo all’attuazione di misure amministrative ma come queste risentano fortemente del moltiplicarsi dei decisori politici. Anche la Prof.ssa Madama, prendendo come spunto l’esperienza dell’assegno unico, ha rilevato l’importanza di chiarire gli obiettivi politici e i metodi di intervento, prima di dare mandato alle amministrazioni per provvedere alla loro attuazione. Il Prof. Sica, invece, con riferimento alle tutele ha considerato come il discorso debba spostarsi sull’individuazione di figure di rappresentanza collettiva prima di poter pensare alle singole fattispecie meritevoli di tutela. L’intervento conclusivo del Prof. Dugato si è concentrato particolarmente sul coinvolgimento dei privati, sottolineando l’opportunità del loro coinvolgimento e della neutralità dello scopo di lucro rispetto al fine dell’intervento. Partendo proprio da questo assunto ha paventato invece il rischio, spesso realizzatosi in passate esperienze, di “amministrativizzare” il privato sottoponendolo a controlli pubblici e non rispettando la cornice di quella che dovrebbe limitarsi a essere una “cooperazione per il risultato”.

Le linee guida per le cure domiciliari dei pazienti Covid tra TAR e Consiglio di Stato: illegittima imposizione o strumento a supporto dell'attività medica?

Giulia Re Ferrè

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-1-27

Con una recente sentenza, il TAR Lazio ha annullato la circolare del Ministero della Salute contenente i principi in tema di gestione domiciliare dei pazienti positivi al virus SarsCov2, sostenendo che la natura vincolante lede la libertà del medico di individuare la terapia più adatta al paziente. Di opinione opposta il Consiglio di Stato che ha riformato la decisione del TAR, pronunciandosi anche sulla complessa tematica del rapporto tra standardizzazione delle cure e autonomia del medico. Il presente contributo, dopo una panoramica delle pronunce del Giudice amministrativo sul tema, si incentra su una breve analisi della sentenza di secondo grado.

The guidelines for home-based care of Covid patient between the TAR and the State Council: unlawful imposition or tool to support medical activity?

In a recent judgement, the administrative court of Lazio has annulled the circular of the Ministry of Health concerning the domestic management of Covid-19 patients. It has in fact argued that the binding nature of the circular undermines the possibility of the physicians to freely select the most suitable therapy for the patient. The Council of State has a different opinion and, reforming the judgment of the TAR, has also ruled on the complex issue related to the relationship between the standardization of care and autonomy of the physicians. This contribution offers an overview on the rulings of the administrative courts on this topic and then focuses on a short analysis of the second instance judgment.

1. Premessa

La tematica della gestione domiciliare dei soggetti positivi al virus SarsCov2 ha suscitato un acceso dibattito sin da inizio pandemia ed è stata altresì al centro di una serie di pronunce del Giudice amministrativo, aventi ad oggetto le linee guida adottate dal Ministero della Salute^[1], che riprendono le indicazioni AIFA sui principi di gestione dei casi Covid-19 nel setting domiciliare. A riaccendere l'interesse della stampa generalista sull'argomento è stata, da ultimo, una sentenza del TAR Lazio del 15 gennaio 2022^[2] che ha annullato la menzionata circolare ministeriale e che è stata a sua volta dapprima prontamente sospesa in sede cautelare dal Consiglio di Stato^[3] e successivamente riformata con sentenza pubblicata il 9 febbraio 2022^[4].

2. Precedenti pronunce in tema di gestione domiciliare

Una simile contrapposizione tra la visione del giudice di prime cure e il giudice di secondo grado sulla medesima questione si era già manifestata ad inizio dello scorso anno. Con ordinanza del marzo 2021^[5], infatti, il TAR Lazio aveva sospeso in via cautelare la nota AIFA del 9 dicembre 2020, sostenendo che comprimesse il diritto/dovere dei medici di prescrivere i farmaci che vengono ritenuti, in scienza e coscienza, più opportuni, imponendo di osservare una “vigilante attesa”. Successivamente tale ordinanza è stata riformata dal Consiglio di Stato^[6], che ha posto in luce un profilo venuto in rilievo anche nelle recenti pronunce e che si analizzeranno di seguito, ossia che la nota AIFA (così come la circolare ministeriale) non pregiudica l'autonomia dei medici, che ben possono valutare quale sia la terapia più opportuna per il paziente nel caso concreto ed anzi si pone come strumento non vincolante ma di supporto a tale autonomia.

3. L'annullamento della circolare da parte del TAR

La circolare del Ministero della salute, nella versione aggiornata al 26 aprile 2021 è stata oggetto di un nuovo procedimento di fronte al TAR Lazio, fondato principalmente sui medesimi motivi posti a sostegno del ricorso pocanzi citato. Parte ricorrente infatti, a fondamento della domanda di annullamento, ha sostenuto che sia la circolare, sia le linee guida AIFA prevedono un elenco di

terapie vietate, senza dare indicazione valide per le cure da fornire al paziente a domicilio, obbligando ad una “vigilante attesa” e permettendo solo la somministrazione di paracetamolo.

La sentenza di accoglimento si caratterizza per una estrema sinteticità, che a tratti rende difficile la comprensione della connessione logica tra gli argomenti esposti. Infatti, dopo aver dato atto che le linee guida costituiscono mere esimenti in caso di eventi sfavorevoli e che è onere del sanitario individuare la terapia che in scienza e coscienza ritiene più adatta, assumendosi la responsabilità di tale scelta, il Tribunale ritiene che le prescrizioni contenute nella circolare contrastino con la richiesta di professionalità del medico e i principi deontologici poiché impediscono l'uso di terapie che il sanitario ritenga idonee ed efficaci. Tuttavia, subito dopo questa netta statuizione, in maniera contraddittoria, viene richiamata l'ordinanza del Consiglio di Stato dell'aprile 2021, con cui, come già ricordato, si precisava che le indicazioni dell'AIFA (trasposte nella circolare) non pregiudicano l'autonomia dei medici nella prescrizione della terapia più opportuna, ed infine con un altro, almeno apparente, salto logico si statuisce che «la nota ministeriale, imponendo ai medici puntuali e vincolanti scelte terapeutiche, si pone in contrasto con l'attività professionale».

Avverso tale sentenza è stato proposto appello e ne è stata chiesta, in via cautelare, la sospensione. Accolta l'istanza cautelare, successivamente il Consiglio di Stato si è pronunciato con sentenza n. 946/2022, accogliendo le domande degli appellanti.

4. La decisione del Consiglio di Stato

La sentenza del Consiglio di Stato in esame si distingue per una puntuale ed approfondita analisi non solo dell'inquadramento giuridico della questione, ma anche dei risvolti sul piano tecnico-scientifico.

Nel contestare la posizione assunta dal Tar Lazio nella pronuncia impugnata, i giudici di secondo grado colgono l'occasione per una riflessione più ampia, richiamando i principi enunciati non solo dalla giurisprudenza amministrativa, ma anche di legittimità, nonché della Corte Costituzionale in tema di diritto ad una cura personalizzata, quale espressione del valore riconosciuto dall'ordinamento alla dignità umana e tutelato anche attraverso il diritto

fondamentale alla salute ex art. 32 Cost.

4.1. Sulla natura non vincolante delle linee guida e sulla irrinunciabile individualità della cura

Il primo e centrale aspetto ad essere affrontato è quello relativo alla natura non vincolante della circolare ministeriale e al rapporto tra linee guida e autonomia del medico. Contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti e dal giudice di prime cure, infatti, viene chiarito come le linee guida contestate non abbiano effetto precettivo cogente, rappresentando, invece, un ausilio all'autonomia prescrittiva del medico, senza tuttavia vincolarlo all'osservanza. A sostegno di questa ricostruzione depongono innanzitutto l'argomento formale, per cui per costante giurisprudenza lo strumento della circolare non ha valore normativo o provvedimentale ed efficacia vincolante^[7] e quello letterale, atteso che il testo della circolare, dato atto della complessità dell'infezione da SarsCov2 e della costante evoluzione delle conoscenze scientifiche sul decorso della malattia, nonché dei margini di incertezza che ancora caratterizzano alcuni approcci terapeutici, parla di indicazioni, raccomandazioni e non di obblighi e divieti. Sul piano sistematico, invece, le linee guida sono da inquadrare nel complesso fenomeno del c.d. *soft law*, che in ambito medico innegabilmente incontra problematiche specifiche e peculiari.

Tanto premesso, il *focus* passa all'analisi del rapporto tra l'autonomia del medico e l'aderenza alle *best practices* esistenti, che deve essere letto alla luce di una nozione di cura, intesa come strategia concreta, individualizzata e che risponde, oltre che alla necessità terapeutica, anzitutto «al concetto di dignità che di sé ha la singola persona, nell'incontro tra l'autonomia professionale del medico e il consenso informato del paziente» e non già come astratto e indifferenziato protocollo applicabile a chiunque. Se da un lato, infatti, è vero che la c.d. "*evidence based medicine*" comporta anche una standardizzazione delle cure, basate su quelle terapie che abbiano mostrato profili di efficacia e sicurezza, dall'altro persiste in capo al medico il dovere di individuare quale sia l'approccio migliore da seguire, in ragione delle peculiarità del caso concreto, anche adottando terapie diverse da quelle indicate nei protocolli, purché, però, sicure ed efficaci. E si noti che la non applicazione delle linee guida -costituenti dunque

criteri orientativi di base - alla luce della «irriducibile singolarità del paziente» non costituisce l'eccezione, bensì la regola scaturente dal principio personalistico accolto dalla Costituzione, dal diritto fondamentale alla salute, nonché dalle regole deontologiche che presidiano l'attività dei sanitari. A conferma di ciò depone anche l'art. 5 della legge 24/2017 (c.d. legge Gelli-Bianco) che prevede che il medico si attenga ai protocolli salvo la specificità del caso concreto ed esclude la punibilità dell'esercente la professione sanitaria in caso di imperizia, purché le linee guida selezionate risultino in concreto adeguate alle specificità del singolo caso^[8].

4.2. Autonomia del medico non è “relativismo terapeutico”

Un ulteriore profilo che il Collegio ha ritenuto di trattare *funditus* è quello legato alla supposta natura sostanzialmente cogente delle linee guida, poiché il loro rifiuto comporterebbe, secondo quanto esposto dagli appellati, di fatto, conseguenze disciplinari e responsabilità civile e penale. I giudici hanno chiarito come la tematica sia da inserire all'interno del processo di affermazione della c.d. medicina dell'evidenza, fondata su efficacia clinica e su studi clinici a carattere sperimentale, randomizzati e controllati. In questo contesto l'autonomia del medico non può trascendere nel “relativismo terapeutico”, per cui si considera cura tutto quello che medico e paziente ritengono tale, ancorché in assenza di riscontri oggettivamente verificabili. Di tale limite si trova conferma anche nella normativa sull'utilizzo dei farmaci “*off label*”^[9]. L'utilizzo di medicinali per indicazioni o con modalità diverse da quelle autorizzate è manifestazione dell'autonomia decisionale del medico, ma avviene sotto sua diretta responsabilità ed a specifiche condizioni; è infatti richiesto che il medico ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale^[10]. Né si potrebbe ritenere che il carattere emergenziale della situazione pandemica possa travolgere tali limiti e portare ad un superamento del principio di doverosa cautela nella somministrazione di nuovi farmaci, affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza del caso *Stamina*^[11].

4.3. Discrezionalità tecnica e ampiezza del sindacato giurisdizionale

Acclarato, quindi, il carattere *refutabile* o non vincolante delle linee guida, la sentenza si preoccupa di chiarire i limiti del potere di annullamento delle linee guida da parte del giudice amministrativo. Si rileva, infatti, che l'esercizio di discrezionalità tecnica da parte di un'autorità indipendente non comporta che il sindacato giurisdizionale si limiti ad un controllo meramente estrinseco e formale, ma deve riguardare anche la verifica diretta dell'attendibilità delle scelte tecniche, poiché contrariamente la discrezionalità tecnica del decisore pubblico assumerebbe le connotazioni di un insindacabile arbitrio.

Tuttavia, anche procedendo ad un'analisi nel merito delle indicazioni di trattamento terapeutico – analisi che non è stata effettuata in primo grado - non si potrebbe comunque pervenire all'accoglimento delle censure dei ricorrenti. Ritiene, infatti, il Collegio che la circolare ministeriale e le raccomandazioni AIFA da essa richiamate non si discostino dalle acquisizioni più recenti e condivise dalla società scientifica e dalla pratica clinica nazionale e internazionale. Si sottolinea, innanzitutto, che è errato concepire la c.d. vigile attesa come mera inerzia o immobilismo in attesa di un peggioramento della malattia e che le raccomandazioni sull'utilizzo di alcuni farmaci non costituiscono un elenco di divieti, bensì linee di indirizzo per individuare gli ambiti di utilizzo efficace e sicuro.

Diversi punti della parte motiva sono poi dedicati ad una puntuale disamina nel merito delle indicazioni terapeutiche riportate nelle linee guida, all'esito della quale si ribadisce come non sia possibile ravvisare nella circolare impugnata alcun profilo di manifesta irragionevolezza o erroneità.

5. Conclusioni

Le problematiche relative alle indicazioni ministeriali sulle cure domiciliari dei pazienti Covid-19 si iscrivono nella più ampia e certamente complessa tematica del rapporto tra linee guida^[12] e responsabilità medica, come delineata dai più recenti interventi normativi^[13]; una riflessione più approfondita sugli effetti che il ruolo sempre maggiore di protocolli e *best practices* ha sull'autonomia dei medici

può essere opportuna^[14], ma esula dalla valutazione sulla vincolatività della circolare sulle cure domiciliari^[15]. Sembra, tuttavia, opportuno evidenziare come l'ampia portata sentenza del Consiglio di Stato oggetto di questa breve nota possa essere l'occasione per riportare nel dibattito, accanto al ruolo della scienza, la centralità dei principi costituzionali, primo tra tutti quello di dignità della persona, che nemmeno, ed anzi soprattutto, nel contesto emergenziale possono essere accantonati.

1. Circolare del Ministero della salute per la gestione domiciliare dei pazienti con infezione da Sars-CoV-2, aggiornata al 26 aprile 2021 <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2021&codLeg=80056&parte=1%20&serie=null>
2. TAR Lazio sent. n. 6949/2021 del 15 gennaio 2022
3. Consiglio di Stato, sezione III, decr. n. 411/2022 del 19 gennaio 2022
4. Consiglio di Stato, sezione III, sent. 946/2022 del 9 febbraio 2022
5. TAR Lazio ord. n. 1557/2021 del 4 marzo 2021
6. Consiglio di Stato ord. n. 3238/2021 del 23 aprile 2021
7. *Ex multis* si veda Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 313
8. La Cassazione ha avuto modo di esprimersi, in ambito sia civile, sia penale, sulla necessità di accertare se la specificità del quadro clinico del paziente imponga un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato nelle linee guida (Cass. penale sez. IV, 04/03/2020, n.10175). Esse, infatti, rappresentano solo un parametro di valutazione della condotta del medico, ma ciò non impedisce che una condotta difforme dalle linee guida possa essere ritenuta diligente, se nel caso di specie esistevano particolarità tali che imponevano di non osservarle (Cass. civile sez. III, 30/11/2018, n.30998)
9. Art. 3, comma 2, del d.l. n. 23 del 1998, conv. in l. n. 94 del 1998
10. Per una approfondita analisi sull'uso dei farmaci *off-label* e in particolare sull'uso dell'idrossiclorochina nel trattamento del Covid19 si rimanda a G. Strazza, *Sull'uso off-label dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19 (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, ord.za 11 dicembre 2020, n. 7097)*, in *Giustizia Insieme*, 13 gennaio 2021 <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1492-sull-uso-off-label-dell-idrossiclorochina-per-il-trattamento-del-covid-19-nota-a-consiglio-di-stato-sezione-terza-ord-za-11-dicembre-2020-n-7097>
11. Corte cost., 10 dicembre 2014, n. 274
12. Sulla natura delle linee guida e sul loro inquadramento nel sistema delle fonti si veda E. D'Orlando, F. Nassauto, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva* in *Corti supreme e salute*, 1, 2021
13. Per una esaustiva trattazione in tema di responsabilità medica si rimanda a G. Bottino, C. Padrin, P.F. Poli, *La responsabilità medica: l'efficacia dei recenti interventi normativi*, ed

CERIDAP

orientamenti giurisprudenziali, per l'attenuazione delle responsabilità penali, civili ed erariali in CERIDAP, gennaio 2022

14. S. Timmermans, *From autonomy to accountability: the role of clinical practice guidelines in professional power* in *Perspectives in Biology and Medicine*, 2005 vol. 48, no. 4, pp. 490
15. Per una riflessione più approfondita su potenzialità e limiti dello strumento delle linee guida si veda M. Caputo, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, luglio 2012