

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

1 / 2024

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

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche di classe A con Delibera ANVUR n. 147/2023

Rivista indicizzata nella [Directory of Open Access Journals](#) e in [SCOPUS](#).

VICEDIRETTORE E RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena Buoso, Prof. Gherardo Carullo, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haerberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Gianpaolo Maria Ruotolo, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Prof. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Pierandrea Corleto, Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Massimo Giavazzi, Micaela Lottini, Giulia Mattioli, Alessia Monica, Clara Napolitano, Matteo Palma, Paolo Provenzano, Giulia Re Ferrè, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Leonardo Scuto, Corso Tozzi Martelli

RESPONSABILI OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA: Gherardo Carullo, Stefano D'Ancona, Massimo Giavazzi

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 Europei 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 4.00 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*, 2024, 1, p. 35 ss.

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

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

GABRIELE BOTTINO, <i>L'Amministrazione dell'Emergenza</i>	1
FORTUNATO GAMBARDELLA, <i>La protezione della salute umana attraverso i procedimenti di tutela ambientale: la Valutazione di Impatto sulla Salute</i>	35
FIorenzo LIGUORI, <i>Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un'introduzione</i>	58
ROBERTA LOMBARDI AND STEFANO ROSSA, <i>Theoretical Models and Implementation Practices: Critical Legal Analysis of Joint Cross-Border Procurement</i>	84
GIULIA RE FERRÈ, <i>Digitalizing healthcare in Italy and Germany: the Electronic Health Record and m-Health regulation as key for e-Health</i>	103
SARA SPUNTARELLI, <i>Forma di sentenza e ricorribilità in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione</i>	136
THOMAS VON DANWITZ, <i>Current Challenges for the Rule of Law and the Role of the Judiciary in Europe</i>	148

RASSEGNE E COMMENTI

PIERGiacOMO MASTELLONE, <i>La disciplina in materia di fonti di energia rinnovabili e la tendenza "decentralizzante": quale ruolo per lo Stato?</i>	162
LUCA PELLIZZONI, <i>Gatekeeper: vecchie idee o nuove soluzioni?</i>	214
MAGDALENA PORZEZYŃSKA, <i>A Green Light for a Green Aid? Between Challenges and Opportunities resulting from the European Green Deal for EU State Aid Law</i>	238

CERIDAP

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

PIETRO LOSCIALE, <i>T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 28 novembre 2023, n. 17846</i>	252
MATTEO PALMA, <i>Corte dei Conti, Sez. Centrale di Controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, Deliberazione 21 luglio 2023, n. 63/2023/G</i>	255

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

GABRIELE BOTTINO, Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Vicedirettore CERIDAP.

FORTUNATO GAMBARDELLA, Professore Associato di Diritto Amministrativo nella Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

FIRENZO LIGUORI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

ROBERTA LOMBARDI, Professore ordinario di Diritto Amministrativo nella Università del Piemonte Orientale.

PIETRO LOSCIALE, Istruttore direttivo amministrativo presso il Comune di Montemurlo. Già Istruttore amministrativo presso il Comune di Firenze e il Comune di Bari.

PIERGIACOMO MASTELLONE, Laureato in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

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

LUCA PELLIZZONI, Dottorando di ricerca in "Applied Data Science and Artificial Intelligence" (Ambito Pubblica Amministrazione - Diritto Amministrativo), nell'Università degli Studi di Trieste.

MAGDALENA PORZEŻYŃSKA, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università di Varsavia.

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

STEFANO ROSSA, Ricercatore (RTDA) di Diritto Amministrativo nell'Università del Piemonte Orientale.

SARA SPUNTARELLI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, e Pro-Rettrice, nella Università di Camerino.

THOMAS VON DANWITZ, Professore di Diritto Pubblico e Direttore dell'Istituto di Diritto Pubblico e Amministrativo dell'Università di Colonia (Germania). Dal 2006 Giudice presso la Corte di giustizia dell'UE a Lussemburgo.

L'Amministrazione dell'Emergenza

Gabriele Bottino

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-29

Lo scritto considera le risposte che le pubbliche amministrazioni italiane sono capaci di dare agli eventi emergenziali. Dopo una prima parte, dedicata alla possibilità di definire la nozione giuridica di "emergenza", l'analisi prosegue attraverso la considerazione critica delle organizzazioni amministrative della emergenza, e della loro costante sovrapposizione strutturale. Segue, successivamente, la ricognizione dei molteplici provvedimenti emanati dalle medesime organizzazioni, e le deroghe che tali provvedimenti possono contenere, rispetto alle norme ed ai principi dell'ordinamento giuridico. Le brevi considerazioni finali propongono alcune ipotesi di cambiamento e miglioramento.

Emergency Administration

The paper considers the responses that Italian public administrations are capable of giving to emergency events. After dealing with the possibility of identifying a legal notion of "emergency", the analysis continues through the critical consideration of the various administrative organizations responding to emergencies and their structural overlap. This is followed by a recognition of the multiple administrative acts issued by the organisations and the exceptions they may contain in relation to the rules and principles of the legal system. The brief final considerations propose some hypotheses for change and improvement.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. La definizione giuridica di "emergenza".- 2.1. I dati normativi.- 2.2. I dati empirici.- 2.3. Come ragionare sui dati normativi ed empirici: la definizione normativa di "emergenza" è un ossimoro?- 3. Le organizzazioni amministrative della emergenza.- 3.1. Il "Servizio Nazionale della Protezione Civile".- 3.2. I "Commissari Straordinari del Governo".- 4. I provvedimenti amministrativi della emergenza.- 4.1. I provvedimenti delle amministrazioni "ordinarie".- 4.2. I provvedimenti del "Servizio Nazionale della

Protezione Civile”- 4.3. I provvedimenti dei “Commissari Straordinari del Governo”- 5. Considerazioni finali.

1. Introduzione^[1]

L’argomento di questa relazione coincide con il tema del Convegno Annuale della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, svolto a Roma nell’anno 2005^[2] : purtroppo, in questi 18 anni, è troppo semplice e doloroso rammentare che sono molte, troppe, le emergenze che si sono succedute, e che le pubbliche amministrazioni italiane hanno dovuto e continuano a dovere fronteggiare.

Se il XX secolo è stato autorevolmente definito come il «*il secolo breve*»^[3], credo che sia allora possibile affermare che i primi 23 anni del XXI secolo sono stati caratterizzati, senza soluzione di continuità, da una lunga e costante emergenza: in ordine cronologico, alla emergenza del terrorismo, hanno fatto seguito emergenze sismiche, climatiche, economico-finanziarie, sanitarie e pandemiche, migratorie, di ordine e sicurezza pubblica.

Al fine di considerare il diritto amministrativo della emergenza, e la pubblica amministrazione da esso creata e disciplinata, è necessario volgere le riflessioni, in ordine progressivo, sui seguenti argomenti:

- 1) verificare, in primo luogo, la possibilità di dare una definizione giuridica di “emergenza”, all’interno del diritto positivo;
- 2) da qui, muoversi di poi verso la organizzazione amministrativa delle emergenze, e verso i suoi provvedimenti amministrativi;
- 3) esprimere infine alcune brevi considerazioni finali, sui profili critici dell’odierno diritto amministrativo delle emergenze, e sulla sua amministrazione.

2. La definizione giuridica di “emergenza”

Cominciamo dunque dalla definizione giuridica di emergenza, vale a dire dal significato che il sostantivo “emergenza” assume all’interno dell’ordinamento giuridico italiano e ivi, più in particolare, all’interno del diritto amministrativo.

A questo scopo, è possibile procedere lungo tre direttrici di riferimento: i dati

normativi; i dati empirici; infine un ragionamento, che trae linfa da entrambi i predetti dati.

2.1. I dati normativi

Le norme giuridiche che disciplinano il diritto amministrativo, e l'amministrazione della emergenza – indipendentemente dalla natura della fonte (Costituzione, legge o regolamento), e dal soggetto che la emana (Stato, Regioni, Enti territoriali o non territoriali) – sono costantemente caratterizzate da questi elementi:

- 1) non definiscono espressamente la nozione di “emergenza”;
- 2) individuano invece le pubbliche amministrazioni cui spettano i poteri e le competenze, volti a fronteggiare le emergenze;
- 3) aggettivano con sinonimi di “emergenza” – di regola “eccezionalità”, “necessità”, “contingibilità”, “straordinarietà”, “indispensabilità”, “urgenza” – i provvedimenti amministrativi – di regola “piani”, “direttive”, “dichiarazioni”, “autorizzazioni”, “ordinanze”, “decreti” – che le predette amministrazioni sono chiamate ad adottare, per fronteggiare le emergenze;
- 4) riconducono le emergenze a specifici àmbiti, settori o materie.

Un breve ma significativo excursus, percorrendo fonti normative ad oggi vigenti, può motivare tali affermazioni.

L'art. 81, comma 2, della Costituzione – previa autorizzazione delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti – consente il ricorso all'indebitamento (alla emissione di nuovi titoli del debito pubblico dello Stato) *«al verificarsi di eventi eccezionali»*: tali eventi sono individuati, nell'art. 6, comma 2, legge n. 243 del 2012, nei *«periodi di grave recessione economica»*, e negli *«eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi crisi finanziarie nonché le gravi calamità naturali»* ^[4].

Nei casi di *«urgenza»*, o *«per grave necessità pubblica»*, il Prefetto può adottare i provvedimenti *«indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica»* (art. 2, comma 1, R.D. n. 773 del 1931) ^[5].

Sempre al Prefetto spetta l'adozione – in caso di sospensione o interruzione di un esercizio farmaceutico, *«dipendenti da qualsiasi causa, e dalle quali sia derivato o possa derivare nocumento all'assistenza farmaceutica locale»* – dei

«*provvedimenti di urgenza*», volti ad assicurare il mantenimento di tale assistenza (art. 129, comma 1, R.D. n. 1265 del 1934).

In materia di “igiene, sanità pubblica e polizia veterinaria”, l’art. 32, legge n. 833 del 1978, attribuisce al Ministro della Sanità, al Presidente della Giunta Regionale ed al Sindaco – rispettivamente in ragione della estensione territoriale della medesima emergenza igienica, sanitaria o veterinaria, da fronteggiare – il potere di emanare «*ordinanze di carattere contingibile e urgente*»^[6].

All’interno dell’ordinamento degli Enti locali, ed a norma del d.lgs. n. 267 del 2000:

a) l’art. 50, comma 5, attribuisce al Sindaco – in qualità di «*rappresentante della comunità locale*» – il potere di emanare «*ordinanze contingibili e urgenti*» a fronte: «*di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale*»; della «*urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell’ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti*»^[7];

b) l’art. 54, commi 4 e 4-bis, attribuisce sempre al Sindaco – questa volta in qualità di «*ufficiale del Governo*» – il potere di adottare, con «*atto motivato*», «*provvedimenti contingibili e urgenti*», allo scopo «*di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana*», rispettivamente definite: come tutela della «*integrità fisica della popolazione*» (la “incolumità pubblica”); come prevenzione e contrasto alla insorgenza sia «*di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l’accattonaggio con impiego di minori e disabili*», sia di «*fenomeni di abusivismo, quale l’illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all’abuso di alcool o all’uso di sostanze stupefacenti*» (la “sicurezza urbana”)^[8].

In “materia ambientale”, ed all’interno delle norme del d.lgs. n. 152 del 2006: si confermano i “poteri di ordinanza” – spettanti al Ministero dell’Ambiente (ora Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica), al Ministero della Salute, alle Regioni ed agli Enti locali – «*in caso di urgente necessità*» volta a tutelare le acque dall’inquinamento (art. 75, comma 2, ultimo periodo)^[9]; si attribuiscono al Presidente della Giunta Regionale, al Presidente della Provincia ovvero al Sindaco – sempre in ragione della estensione territoriale della singola emergenza – i poteri

di emanare *«ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti»*, *«qualora si verificchino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere»* (art. 191, comma 1)^[6].

Da ultimo, ma certamente non per ultimo – *ratione materiae* – il “Codice della Protezione Civile” (d.lgs. n. 1 del 2018)^[11]:

1) definisce il “Servizio Nazionale della Protezione Civile” come il *«sistema»* che esercita l'insieme delle *«competenze»* e delle *«attività»* dirette a tutelare *«la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo»* (art. 1, comma 1);

2) nonostante la dizione letterale della epigrafe dell'art. 7 (*«Tipologia degli eventi emergenziali»*), la medesima norma non tipizza gli *«eventi emergenziali»*: fatta eccezione per il loro eventuale *«rilievo nazionale»*, tali eventi sono infatti costantemente definiti come *«emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo»*;

3) la *«tipizzazione»* concerne invece (art 7, comma 1), gli *«interventi»*, i *«mezzi»* ed i *«poteri»*, capaci di fronteggiare la singola *«emergenza»*: si differenziano così emergenze che possono essere fronteggiate *«dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria»* (lettera a); emergenze che *«comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni»*, e che devono essere fronteggiate *«con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo»* (lettera b); infine emergenze di *«rilievo nazionale»*, che devono essere fronteggiate *«con immediatezza d'intervento»*, ed ancora con *«mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo»* (lettera c);

4) infine, ed in ordine alle attività di *«previsione»* e *«prevenzione»* dei *«rischi»* (art. 16), capaci di tradursi in eventi emergenziali, la tipizzazione consiste nella seguente elencazione di ambiti scientifici di riferimento: rischio *«sismico»*, *«vulcanico»*, *«da maremoto»*, *«idraulico»*, *«idrogeologico»*, *«da fenomeni meteorologici avversi»*, *«da deficit idrico e da incendi boschivi»*, *«chimico»*, *«nucleare»*, *«radiologico»*, *«tecnologico»*, *«industriale»*, *«da trasporti»*, *«ambientale»*, *«igienico-sanitario»*, *«da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali»*.

2.2. I dati empirici

Il percorso che si è compiuto all'interno delle fonti normative sino a qui considerate, trova una evidente conferma nell'art. 42, d.lgs. n. 33 del 2013, e nei dati empirici che possono essere ricavati dall'applicazione – a dire il vero tuttora non completa né pervasiva – di questa disposizione normativa.

L'art. 42, d.lgs. n. 33 del 2013⁽¹²⁾, obbliga infatti tutte le pubbliche amministrazioni – in esse ricomprese le amministrazioni commissariali e straordinarie, costituite sia a norma del “Codice della Protezione Civile” (d.lgs. n. 1 del 2018), sia mediante provvedimenti legislativi di urgenza – a pubblicare, su di una apposita sezione del proprio sito internet istituzionale “Amministrazione Trasparente”, i «*provvedimenti contingibili e urgenti*» e, più in generale, i «*provvedimenti di carattere straordinario*», adottati «*in caso di calamità naturali o di altre emergenze*».

Questo obbligo di pubblicazione è reso ancora più dettagliato dal fatto che esso deve ricomprendere, per ciascuno dei predetti provvedimenti, i seguenti ulteriori elementi:

- 1) la indicazione espressa delle norme di legge eventualmente derogate, e la motivazione delle deroghe;
- 2) la indicazione di eventuali atti amministrativi o giurisdizionali sopravvenuti;
- 3) i limiti temporali fissati per la adozione dei provvedimenti contingibili, urgenti o straordinari;
- 4) il costo previsto, ed il costo effettivamente sostenuto dall'amministrazione, per gli interventi posti in essere per effetto dei medesimi provvedimenti.

Sebbene mediante una opera di non facile ricognizione e tipizzazione, l'art. 42 consente dunque di ricavare in concreto, almeno successivamente all'anno 2013, il numero e le fattispecie di eventi emergenziali che hanno dato origine alla emanazione, ad opera delle amministrazioni pubbliche, di provvedimenti contingibili, urgenti o straordinari.

Ancora, e con riferimento alla definizione giuridica di “emergenza”, l'art. 42 dimostra che l'ordinamento giuridico-amministrativo continua a non definire tale nozione, ma attribuisce invece rilevanza alle singole pubbliche amministrazioni che devono fare fronte agli eventi emergenziali, ai relativi provvedimenti ed al loro contenuto, infine ai costi economico-finanziari

sostenuti in conseguenza delle emergenze (più precisamente, al differenziale tra i costi previsti ed i costi effettivamente sostenuti).

Scandagliando all'interno dei dati pubblicati sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni preposte alla emanazione di provvedimenti contingibili, urgenti o straordinari, dal mese di marzo dell'anno 2013 ad oggi, è dunque possibile procedere ad una loro quantificazione e categorizzazione.

In punto di categorie^[13], si distinguono gli eventi emergenziali derivanti dal "rischio meteo-idrico" (vale a dire gli «*eccezionali eventi meteorologici, le alluvioni e le frane*»), le "emergenze per il rischio sismico e vulcanico", le emergenze per il "rischio ambientale, sanitario, tecnologico e da incendi" (ivi compresa la "Emergenza da Covid-19"), ed i provvedimenti contingibili ed urgenti emanati dalle Amministrazioni Comunali^[14].

Rinviando per motivi di sintesi – e con riguardo alle altre categorie ora enumerate – ai dati pubblicati all'interno delle apposite "sezioni" di cui alla nota (12), sono qui esaminati i dati relativi: agli eventi emergenziali derivanti dal "rischio meteo-idrico"; ai provvedimenti contingibili ed urgenti, emanati da alcune Amministrazioni Comunali.

Con riguardo ai primi, e con riferimento al periodo temporale marzo 2013 – marzo 2023, si tratta di 174 eventi emergenziali, che hanno complessivamente prodotto un danno economico – risultante dalla sommatoria della "ricognizione dei fabbisogni", operata da ogni "Commissario di Protezione Civile Delegato" alla singola emergenza – complessivamente pari a 10 miliardi e 96 milioni di euro^[15].

Di particolare interesse è il fatto che non sussiste una proporzione diretta tra la percentuale di eventi emergenziali che hanno colpito una singola Regione, ed i correlati fabbisogni economici, derivanti dai danni cagionati dai medesimi eventi emergenziali: alla Regione Campania, ad esempio, sono infatti ascrivibili 5 eventi emergenziali (pari al 2,87 % del totale), che hanno cagionato danni economici per 1 miliardo e 178 milioni di euro (pari all'11,66 % del totale); alla Regione Emilia-Romagna sono invece ascrivibili 19 eventi emergenziali (pari al 10,91 % del totale), che hanno cagionato danni economici per 1 miliardo e 11 milioni di euro (pari al 10 % del totale).

In entrambi le fattispecie, si tratta sempre di eventi emergenziali derivanti da "eventi meteorologici" indifferenziati, non specificamente individuati, e tuttavia

qualificati come “eccezionali”.

Per ciò che concerne le ordinanze contingibili ed urgenti, emanate dai Sindaci di alcune tra le principali Amministrazioni Comunali, i dati esaminati si riferiscono agli anni 2018-2023 (settembre): il dato concernente il Comune di Milano è pari a 211 ordinanze, mentre il dato di Roma Capitale è pari a 167 ordinanze.

Al di là della proporzione inversa, rispetto al numero di abitanti ed alla estensione territoriale (Milano: 1 milione e 362 mila abitanti, su 182 Km. quadrati di territorio; Roma: 2 milioni e 750 mila abitanti, su 1.287 Km. quadrati di territorio), gli accadimenti che hanno dato luogo alla emanazione delle predette ordinanze sono ancora una volta del tutto eterogenei, e con probabilità di verifica molto diverse.

Soltanto ad esemplificare:

- 1) Comune di Milano, Ordinanza n. 60 del 12 settembre 2023 (Per la tutela del decoro, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della sicurezza urbana nelle aree urbane interessate dalla «MOVIDA») = Probabilità Elevata;
- 2) Roma Capitale, Ordinanza n. 75 del 28 giugno 2023 (Divieto di circolazione dei veicoli a trazione animale e disposizioni a tutela degli equidi nelle attività ludiche e sportive in presenza di ondate di calore di particolare intensità) = Probabilità Minima o Media.

2.3. Come ragionare sui dati normativi ed empirici: la definizione normativa di “emergenza” è un ossimoro?

Il fatto che i dati normativi ed empirici, sino a qui considerati, rifuggano da una definizione di emergenza, e si concentrino invece sulla individuazione delle pubbliche amministrazioni di volta in volta chiamate a fronteggiare la singola emergenza, e sui relativi provvedimenti emergenziali, pone un legittimo interrogativo: il fatto che una definizione normativa di “emergenza” sia ontologicamente impossibile e, forse, concretamente nemmeno opportuna.

La questione può essere motivata attraverso le seguenti argomentazioni.

In primo luogo, in termini diacronici, e dinanzi ad ogni emergenza come accadimento fattuale, vi è sempre un “prima”, un “durante”, ed un “dopo”.

Il “prima”, a bene vedere, non si configura il come tempo dell'emergenza, ma come il tempo dedicato alla analisi del rischio della sua prevedibilità^[16] : una

eventuale definizione di emergenza, qui, dovrebbe dunque normare le probabilità – i cosiddetti “scenari” – dell’accadimento emergenziale.

Il “durante” è invece il tempo proprio di ogni emergenza^[17] : qui invece, e se mi è consentita una affermazione apodittica, le fonti normative – la competenza alla loro emanazione, così come la loro stessa qualificazione e gerarchia – recedono^[18] : ciò che assume invece rilievo è soltanto la immediatezza e la efficacia dell’amministrazione, vale a dire come la pubblica amministrazione, con comportamenti fondati su provvedimenti^[19] , può e deve reagire a ciò che è accaduto, e che sovente continua ad accadere.

Il “dopo” è infine il tempo della ricostruzione delle cose e delle vite, del loro ritorno ad una vita ordinaria, e non invece ad una vita cosiddetta “normale”, poiché la emergenza non può essere dimenticata, né dalle cose, né tanto meno dagli esseri umani ed animali: qui le fonti normative devono dunque disciplinare come avviene questo dopo, questa transizione, possibilmente con provvedimenti celeri, concretamente finanziati, e sicuri, vale a dire in grado di apprendere, per il futuro, da ciò che è accaduto nel passato.

Proprio con riguardo a questi tre “tempi” della emergenza, e sempre a volere ragionare in termini definitivi, si aggiunge di poi la difficoltà di differenziare chiaramente il tempo del “prima”, del “durante”, e del “dopo”.

Mi aiuterò, qui, con alcune fattispecie concrete.

Sul “prima”: come e con quale probabilità – ovviamente secondo le più avvertite scienze geofisiche, medico-sanitarie od ingegneristiche^[20] – è predicibile ex ante l’accadimento di un terremoto, di una alluvione, di una pandemia, od il crollo di un ponte autostradale? E di conseguenza, e sempre su questo “prima”, quale di questi eventi emergenziali è ontologicamente non predicibile, più o meno probabile (e quanto), o molto probabile? Ed ancora, come definire tutto questo, ex ante, all’interno di norme giuridiche, che si pongono di poi come regole da applicare in sede giurisdizionale, nel momento in cui – ed ex post – il diritto dell’emergenza lascia il posto al diritto delle responsabilità^[21] ?

Sul “durante”^[22] : quali sono le attività ed i provvedimenti che sono meglio in grado di fronteggiare uno specifico accadimento emergenziale, quando ciascuno di questi accadimenti si verifica su differenti territori e popolazioni, e con gradi di forza ed entità altrettanto differenziati? Ed ancora, come definire tutto questo, e sempre ex ante, all’interno di norme giuridiche?

Infine, sul “dopo”: questa è forse la fase temporale più assoggettabile ad una possibile normazione, dal momento che si tratta di implementare – per quanto e nel migliore modo possibile – le condizioni per il ritorno allo status quo ante. E tuttavia tale ritorno all’ordine delle cose, e delle persone, sconta anche esso una evidente dipendenza dalle caratteristiche proprie ed esclusive di ogni singolo evento emergenziale, e dalla specifica gestione del suo “durante”.

Sulla base di queste riflessioni, è allora possibile la seguente conclusione.

La definizione normativa di “emergenza” può essere considerata un ossimoro, in questo significato: l’accadimento emergenziale, ogni evento emergenziale, è una di quelle evidenze – ad oggi certamente non l’unica – nelle quali si manifesta con chiarezza, ed indipendentemente dalla natura e qualificazione della singola fonte normativa, la cosiddetta “crisi della fattispecie giuridico-normativa”.

Si tratta, come noto^[23], della “crisi” di uno degli elementi essenziali e tradizionali della stessa nozione di diritto positivo: vale a dire la difficoltà/impossibilità di sussumere un qualsiasi accadimento, un fatto, all’interno di una norma giuridica che, per sua stessa natura, lo deve definire con parole, ed ex ante.

Ed è proprio e soltanto mediante questa sussunzione – del fatto nel diritto – che tale fatto indifferenziato, naturale o artificiale, diviene una determinata “fattispecie giuridica”^[24].

Ricordando la definizione delle “leggi” – delle “fattispecie giuridiche” che originano dal “diritto positivo” – recata da Montesquieu, nell’incipit “De L’Esprit des Lois”^[25], se «*le leggi [...] sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose*» – e se è innaturale escludere gli accadimenti emergenziali dalla “natura delle cose” – allora tali accadimenti rifuggono ontologicamente da ogni sussunzione in una o più fattispecie giuridiche, normativamente date, poiché è estremamente difficile, se non addirittura impossibile, definire e disciplinare quali siano i “rapporti necessari che derivano” da ciò che è contingibile, urgente o straordinario.

3. Le organizzazioni amministrative della emergenza

Dopo avere considerato la possibilità di addivenire ad una definizione normativa di “emergenza”, e proseguendo nell’ordine degli argomenti individuato nella “Introduzione”, è ora necessario rivolgere la attenzione al momento

organizzativo, alle organizzazioni amministrative della emergenza^[26].

La declinazione plurale del sostantivo – le “organizzazioni” – intende porre in evidenza il fatto che i soggetti e gli organi, ai quali le fonti normative attribuiscono poteri e funzioni volti a fronteggiare le emergenze, non costituiscono ad oggi un sistema organizzativo lineare e coerente^[27].

Da questo fatto discendono tre conseguenze:

1) ad uno stesso soggetto od organo, e dinanzi ad una stessa emergenza, sono attribuiti molteplici poteri e funzioni, ma a differente “titolo”: ad esemplificare, alcuni poteri e funzioni gli sono attribuiti come Sindaco, Presidente della Regione o Prefetto e, nel contempo, altri poteri e funzioni gli sono attribuiti come “autorità di protezione civile”, o come “commissario”^[28];

2) a soggetti od organi diversi, ma sempre in relazione ad una stessa emergenza, sono attribuiti poteri e funzioni che – se non addirittura sostanzialmente identici – sovente si sovrappongono tra loro: ancora in via esemplificativa, i poteri e le funzioni che spettano al Sindaco, al Presidente della Regione o al Prefetto coesistono e collidono con analoghi poteri e funzioni contemporaneamente attribuiti ad una apposita “autorità di protezione civile”, o ad uno specifico “commissario”;

3) allo scopo di dirimere questi conflitti intra-funzionali, od inter-soggettivi, sono creati soggetti ad hoc – sempre in relazione ad un medesimo evento emergenziale – denominati “comitati”, “cabine”, “conferenze”, “tavoli”, et similia^[29]: poiché il dettato normativo non può espressamente affermare che trattasi di organi volti a dirimere conflitti, od a stabilire un ordine di priorità tra i molteplici interessi pubblici e privati coinvolti nella emergenza, le norme di legge che istituiscono tale pletora di soggetti ed organi li qualificano invece come “comitati”, “conferenze”, “cabine”, di “regia”, di “collaborazione”, “coordinamento”, “collegamento”, “integrazione”, et similia.

La motivazione di queste conseguenze risiede nella dimostrazione che le organizzazioni amministrative della emergenza, ad oggi, consistono sostanzialmente in tre differenti ordini strutturali.

Il primo ordine strutturale è costituito dai soggetti e dagli organi ai quali le norme di legge attribuiscono poteri e funzioni di emergenza, “in via ordinaria”^[30]: si tratta dei soggetti e degli organi – i Prefetti, i Sindaci, i Presidenti di Regione, i Ministri – già considerati nel corso della precedente analisi dei dati normativi, con

riguardo alle emergenze disciplinate dalle leggi in materia di ordine e sicurezza pubblica, di igiene e sanità pubblica, di incolumità pubblica e sicurezza urbana, di ambiente.

3.1. Il “Servizio Nazionale della Protezione Civile”

Il secondo ordine strutturale è composto e disciplinato dalle norme del “Codice della Protezione Civile” (d.lgs. n. 1 del 2018)^[31], e consiste nel relativo “Servizio Nazionale”^[32]: il medesimo “Codice” individua le attività attribuite alla competenza di tale “Servizio”, e la sua organizzazione.

In merito alle “attività di protezione civile”, sono definite tali quelle «*volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento*» (art. 2).

Ciascuna attività viene puntualmente definita all’interno dell’art. 2 – le “attività di prevenzione” sono altresì definite e distinte in «*prevenzione non strutturale*», e «*strutturale*» – ma, ciò che più preme evidenziare, è il fatto che ad oggi il “Servizio Nazionale di Protezione Civile” esercita poteri e funzioni riferibili non soltanto alla “emergenza” strettamente considerata (e ivi, in specie, ai cosiddetti “primi soccorsi ed interventi”), bensì riferibili a tutto l’accadimento emergenziale, ad iniziare dalla sua previsione e prevenzione, e sino al suo definitivo superamento^[33].

Per ciò che concerne la organizzazione del “Servizio Nazionale”^[34], di esso “fanno parte” (art. 3, comma 1) le seguenti «*autorità di protezione civile*»: il Presidente del Consiglio dei Ministri; i Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano; i Sindaci ed i Sindaci Metropolitan.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri – in qualità di “autorità nazionale di protezione civile” – esercita i propri poteri e funzioni, di regola, mediante il Capo del Dipartimento della Protezione Civile (articoli 5 e 8), Dipartimento che costituisce una delle “strutture generali” della Presidenza del Consiglio dei Ministri: si tratta di poteri e funzioni di “direttiva” e di “ordinanza”, rispettivamente volti ad assicurare «*l’indirizzo unitario per lo svolgimento delle attività di protezione civile*» (art. 15, “direttive”), ed a coordinare l’attuazione delle attività e degli interventi da effettuare durante le “emergenze di rilievo nazionale” (art. 25, “ordinanze”).

Allo scopo di «*coordinare l'attuazione delle ordinanze di protezione civile*» – e con le medesime ordinanze – il Capo del Dipartimento della Protezione Civile può nominare «*commissari delegati*», specificandone «*il contenuto dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio*» (art. 25, comma 7).

Di fronte ad eventi emergenziali che non assumono invece “rilievo nazionale” – e che possono dunque essere fronteggiati dagli Enti territoriali, singolarmente od in coordinamento tra loro – spetta invece al Prefetto, «*nel limite della propria competenza territoriale*» (art. 9):

- 1) assicurare un «*costante flusso e scambio informativo con il Dipartimento della Protezione Civile*»;
- 2) assumere – nella «*immediatezza dell'evento*», ed in raccordo con il Presidente della Regione – «*la direzione unitaria di tutti i servizi di emergenza da attivare a livello provinciale*»;
- 3) adottare «*tutti i provvedimenti necessari ad assicurare i primi soccorsi a livello provinciale e comunale*».

Ancora in qualità di “autorità di protezione civile” e, più in particolare, di “autorità territoriali”, i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome, i Sindaci ed i Sindaci Metropolitan:

- 1) esercitano le «*funzioni di vigilanza sullo svolgimento integrato e coordinato*», da parte delle rispettive amministrazioni, delle attività di protezione civile (art. 6);
- 2) disciplinano l'organizzazione dei «*sistemi di protezione civile*», e delle conseguenti «*attività*», all'interno dei rispettivi territori (articoli 11 e 12).

Se questi sono i soggetti e gli organi che costituiscono – come «*autorità*» nazionali e territoriali – il “Servizio Nazionale di Protezione Civile”, la sua «*articolazione*» consiste di poi in «*componenti*», «*strutture operative nazionali e regionali*», e «*soggetti concorrenti*» (art. 3, comma 2):

- a) ne sono «*componenti*» (art. 4), ancora lo Stato, le Regioni, le Province Autonome di Trento e Bolzano, e gli Enti locali (Comuni, Città Metropolitane e Province);
- b) ne sono «*strutture operative nazionali*» (art. 13, comma 1): il Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco; le Forze Armate; le Forze di Polizia; gli Enti e gli Istituti di Ricerca nazionale, con finalità di protezione civile; le strutture del Servizio Sanitario Nazionale; il volontariato organizzato (iscritto nell'apposito “Elenco nazionale”), la Croce Rossa Italiana ed il Corpo Nazionale del Soccorso

Alpino e Speleologico; il Sistema nazionale per la Protezione dell’Ambiente; le strutture preposte alla gestione, a livello nazionale, dei Servizi Metereologici; le articolazioni, centrali e periferiche, dei Ministeri per i Beni e le Attività Culturali (ora Ministero della Cultura), e del Turismo;

c) ne sono «*strutture operative regionali*» (art. 13, comma 3), «*relativamente ai rispettivi ambiti territoriali*», i soggetti espressamente individuati dalle singole Regioni – anche mediante l’esercizio della propria competenza legislativa concorrente, nella materia “protezione civile”^[35], a norma dell’art. 117, comma 3, Cost. – a condizione che tali soggetti svolgano tuttavia funzioni operative diverse, da quelle già spettanti ed esercitate dalle predette «*strutture operative nazionali*»;
d) ne sono «*soggetti concorrenti*» (art. 13, comma 2): gli Ordini ed i Collegi Professionali, ed i rispettivi Consigli Nazionali; gli Enti, gli Istituti e le Agenzie Nazionali che svolgono funzioni in materia di protezione civile; le aziende, le società e le altre organizzazioni – pubbliche e private – che svolgono funzioni utili per le finalità di protezione civile.

A queste “autorità”, “componenti”, “strutture operative” e “soggetti concorrenti”, si assommano da ultimo ulteriori soggetti ed organi, in qualità di «*strumenti di coordinamento e integrazione*» del “Servizio Nazionale”: il «*Comitato Operativo Nazionale*» (art. 14); la «*Commissione Grandi Rischi*» (art. 20); il «*Comitato Nazionale del Volontariato*» (art. 42).

3.2. I “Commissari Straordinari del Governo”

Il terzo ordine organizzativo strutturale è composto e disciplinato, all’origine, in maniera generale e coerente, di poi ed al contrario – nel corso del tempo, ed in conseguenza di ogni singola emergenza – in maniera costantemente ripetuta ed emulativa.

Si tratta della nomina di “Commissari Straordinari”^[36], e della creazione delle relative strutture organizzative ed operative, ai quali il Governo dello Stato – mediante appositi e continui decreti legge – affida la gestione di ogni evento emergenziale, indipendentemente dall’impatto che la medesima emergenza produce su territori e popolazioni circoscritti, ed in addizione, sovrapposizione e collisione – in ordine alle competenze ed ai poteri – nei confronti della amministrazione ordinaria della emergenza, e del “Servizio Nazionale della

Protezione Civile”.

In sintesi, e mediante un consapevole ossimoro, si tratta della gestione della emergenza come gestione di una normale emergenza^[37].

Il fondamento originario di tale prassi, oramai assurta a consuetudine legislativa, è tuttora contenuto e disciplinato nell’art. 11 (“Commissari Straordinari del Governo”)^[38], legge n. 400 del 1988 (dedicata, come noto, alla disciplina della attività di Governo ed all’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), che così ne statuisce la ratio, la finalità, i poteri ed i correlati limiti:

- 1) in ordine alla ratio ed alle finalità, si tratta della sussistenza di *«particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali»*;
- 2) in ordine ai poteri ed ai limiti, si tratta della nomina – *«disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri»* – di “Commissari Straordinari del Governo” per i quali, con il medesimo decreto di nomina, devono essere *«determinati i compiti e le dotazioni di mezzi e di personale»*, *«ferme restando le attribuzioni dei Ministeri»*.

La figura ed il ruolo del “Commissario Governativo Straordinario” diviene poi forma e sostanza costante, propria invece di ogni evento emergenziale^[39], mediante l’art. 4, d.l. n. 32 del 2019 (convertito nella legge n. 55 del 2019), e l’art. 11, d.l. n. 76 del 2020 (convertito nella legge n. 120 del 2020).

Sulla base di quanto statuito nelle predette disposizioni normative:

- 1) l’atto di nomina viene degradato ad *«uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri»*, da adottare su proposta di specifici titolari di dicasteri ministeriali, sentito il Ministero della Economia e delle Finanze, e previo parere delle competenti Commissioni Parlamentari (art. 4, comma 1, d.l. n. 32 del 2019);
- 2) l’oggetto e la motivazione della nomina vengono ricondotti, tautologicamente, alla stessa “necessità” di nominare i medesimi Commissari Straordinari: si tratta infatti di *«interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale, per la cui realizzazione o il cui completamento si rende necessaria la nomina di uno o più Commissari Straordinari che è disposta con i medesimi decreti»*

(ibidem);

c) infine, spetta ai medesimi Commissari il potere di nominare eventuali «*sub-commissari, responsabili di uno o più interventi*» (art. 11, comma 2, d.l. n. 76 del 2020).

Sulla base di questi presupposti normativi – molto più specifici e particolareggiati rispetto a quelli dettati all’interno dell’art. 11, legge n. 400 del 1988 – gli eventi emergenziali per i quali viene disposta la nomina di “Commissari Straordinari Governativi” divengono sostanzialmente, e sino ai giorni odierni, cronaca ricorrente.

Tra gli eventi che il Governo, costantemente con decreti legge, ha dichiarato “emergenziali” e per i quali, per conseguenza, ha provveduto alla nomina di un apposito “Commissario Straordinario”, figurano infatti:

1) la necessità di «*fronteggiare la situazione di grave degrado in cui versa la rete provinciale della Regione Siciliana*», siccome la «*prosecuzione dei lavori di realizzazione del modulo sperimentale per la tutela e la salvaguardia della Laguna di Venezia (MOSE)*», e la necessità di «*procedere celermente alla realizzazione delle opere di infrastrutturazione viaria nella Regione Sardegna*» (art. 4, commi 6, 6-bis, 6-quinquies, d.l. n. 32 del 2019, convertito nella legge n. 55 del 2019);

2) la «*ricostruzione ed il sostegno delle aree colpite da eventi sismici verificatisi sul territorio nazionale*», a fare data dall’anno 2016 in poi (art. 11, d.l. n. 76 del 2020, già sopra richiamato);

3) la «*tempestiva realizzazione degli interventi*» necessari all’adeguamento ed alla realizzazione delle infrastrutture necessarie allo svolgimento dei “Giochi Olimpici Invernali”, previsti nell’anno 2026 tra Milano e Cortina (art. 16, d.l. n. 121 del 2021, convertito nella legge n. 156 del 2021);

4) per ultimi, ma soltanto in ordine cronologico, gli interventi volti a coordinare «*le procedure e le attività di ricostruzione*» nei territori delle Regioni Emilia-Romagna, Toscana e Marche, colpiti dagli “eventi alluvionali” verificatisi a fare data dal 1° maggio 2023 (art. 20-bis, e seguenti, d.l. n. 61 del 2023, convertito nella legge n. 100 del 2023), nonché gli interventi volti a «*fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile presenti nel territorio del Comune di Caivano*», di cui all’art. 1, del d.l. n. 123 del 2023 (convertito nella legge n. 159 del 2023).

4. I provvedimenti amministrativi della emergenza

Terminata l'analisi dei profili organizzativi, e sempre secondo l'ordine degli argomenti individuato nella "Introduzione", è ora necessario considerare i provvedimenti con i quali le pubbliche amministrazioni agiscono prima, durante, e dopo gli eventi emergenziali.

Si tratta più in particolare di esaminare – nel rispetto del principio di "tipicità" – la qualificazione legislativa del singolo provvedimento^[40], i suoi spazi di discrezionalità, ed i correlati limiti^[41].

Allo scopo di rendere più chiara l'analisi, è opportuno procedere distinguendo i provvedimenti emanati dalle tre differenti strutture organizzative della emergenza, sino a qui considerate: le pubbliche amministrazioni alle quali le norme di legge attribuiscono poteri di emergenza "in via ordinaria"; il "Servizio Nazionale della Protezione Civile"; i "Commissari Straordinari del Governo".

4.1. I provvedimenti delle amministrazioni "ordinarie"

Si tratta di provvedimenti che intervengono e sono emanati sempre durante e dopo l'accadimento di un evento emergenziale.

Con riguardo al Prefetto, sia il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, sia il Testo Unico delle Leggi Sanitarie^[42] – forse anche in ragione del tempo proprio della loro emanazione – qualificano i rispettivi atti, in via generale, come "provvedimenti indispensabili" da adottare nei casi «*di urgenza o per grave necessità pubblica*», e come «*provvedimenti di urgenza*», senza ulteriori specificazioni: in concreto si tratta, di norma, di appositi "decreti".

La legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale – ancora vigente, sul punto, nel suo testo originario^[43] – attribuisce al Ministro della Sanità, al Presidente della Regione ed ai Sindaci^[44], il potere di «*emettere*», «*in materia di igiene, sanità pubblica e polizia veterinaria*», «*ordinanze di carattere contingibile ed urgente*», aventi rispettivamente efficacia sull'intero territorio nazionale, sul territorio regionale o di più Comuni, o sul singolo territorio comunale: anche in questa fattispecie normativa, non si aggiungono ulteriori specificazioni.

Molto più dettagliata – in conseguenza delle molteplici modificazioni che hanno riguardato, sovente in maniera episodica e non coordinata, gli articoli 50 e 54 del

Testo Unico degli Enti locali, nonché di una importante sentenza della Corte Costituzionale (sent. n. 115 del 2011), intervenuta proprio su di una di queste modificazioni – è invece la disciplina dei provvedimenti emergenziali attribuiti alla competenza del Sindaco.

Si tratta infatti di provvedimenti espressamente qualificati alla stregua di “ordinanze contingibili e urgenti”, che possono essere adottate in presenza di «*emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale*», oppure di «*provvedimenti contingibili e urgenti*» – di regola aventi anche essi la qualificazione di “ordinanze” – «*preventivamente comunicati al Prefetto*» ed emanati, «*nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento*», «*al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana*»^[45].

Infine, ed in materia ambientale^[46], sono sopra tutto i provvedimenti attribuiti alla competenza del Presidente della Regione, della Provincia ed ai Sindaci – in ragione della estensione territoriale della relativa emergenza, e «*per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti*»^[47] – a ricevere una disciplina normativa di estremo dettaglio: si tratta infatti di “ordinanze contingibili ed urgenti”, che possono essere emanate «*anche in deroga alle disposizioni [normative] vigenti*», ma comunque «*nel rispetto delle disposizioni contenute nelle direttive dell’Unione Europea*», e senza potere derogare – in ordine all’affidamento dei «*servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani*» – alle disposizioni contenute del “Codice dei Contratti Pubblici”. Ed inoltre tali ordinanze:

- 1) devono indicare «*le norme a cui si intende derogare*»;
- 2) devono essere adottate sulla base di un apposito «*parere degli organi tecnici o tecnico-sanitali locali, che si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali*»;
- 3) devono essere comunicate al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell’Ambiente (ora Ministro dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica), al Ministro della Salute, ed al Ministro delle Attività Produttive (ora Ministro delle Imprese e del Made in Italy), entro tre giorni dalla loro emanazione;
- 4) hanno di regola efficacia per un periodo non superiore a 6 mesi, e possono essere reiterate – «*per ogni speciale forma di gestione dei rifiuti*» – sino ad un periodo massimo comunque non superiore a 18 mesi: soltanto in presenza di

«comprovate necessità», e «dettando specifiche prescrizioni», il Presidente della Regione – d’intesa con il Ministro dell’Ambiente (vedi sopra) – può adottare tali ordinanze anche oltre il predetto limite di 18 mesi.

4.2. I provvedimenti del “Servizio Nazionale della Protezione Civile”

Si tratta dei provvedimenti amministrativi – disciplinati all’interno del relativo “Codice” (d.lgs. n. 1 del 2018)^[48], e delle leggi regionali di riferimento – e che, a fronte di un evento emergenziale:

- 1) sono gli atti quantitativamente e qualitativamente più rilevanti;
- 2) sono gli atti che sono emanati durante tutto l’arco temporale che precede, coesiste, e fa seguito, ad ogni singola emergenza.

Proprio in ragione di questo costante parallelismo tra la previsione, la prevenzione, la gestione ed il superamento di ogni evento emergenziale, e le correlate competenze attribuite alle “autorità” ed alle “componenti” – nazionali e territoriali – del “Servizio della Protezione Civile”, si tratta inoltre di provvedimenti amministrativi tra loro molto eterogenei, sia in punto di qualificazione e denominazione, che per il loro contenuto e la loro concreta incidenza.

Con riferimento alle attività di indirizzo e programmazione, assumono rilievo le “direttive”, le conseguenti “indicazioni operative”, ed i provvedimenti di “pianificazione”:

- 1) le «*direttive*» (art. 15, comma 1) sono emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri – su proposta del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, e previa intesa con il sistema delle Conferenze (“Conferenza Stato-Regioni” e “Conferenza Unificata”) – al fine di assicurare «*sul piano tecnico*», e «*nel rispetto delle peculiarità dei territori*», «*l’indirizzo unitario*» nell’esercizio delle funzioni, e nello svolgimento delle attività, di protezione civile;
- 2) «*nell’ambito dei limiti e delle finalità*» contenuti nelle «*direttive*», ed allo scopo di dare attuazione alle medesime, il Capo del Dipartimento della Protezione Civile può adottare apposite «*indicazioni operative*» (art. 15, comma 3);
- 3) i «*piani di protezione civile*» – redatti, monitorati, aggiornati e valutati ai

diversi livelli territoriali di riferimento (statale, regionale, provinciale, metropolitano e comunale) – formano un sistema gerarchico “top-down” e coordinato, volto alla cosiddetta «*prevenzione non strutturale*» degli eventi emergenziali (art. 18): a dimostrazione di ciò, e con specifico riferimento all’ordinamento comunale, il relativo «*piano di protezione civile*» è approvato dall’organo consiliare, ed è redatto secondo i criteri e le modalità definite sia attraverso le “direttive” adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, sia mediante gli “indirizzi” a tale scopo espressamente emanati dalle singole Regioni (art. 12, comma 4).

Di poi, e con specifica attenzione all’accadimento di un evento emergenziale – inteso come ogni «*evento calamitoso di origine naturale o derivante dall’attività dell’uomo*» (a norma della già considerata definizione normativa, contenuta nell’art. 7 del “Codice”) – i provvedimenti ulteriormente rilevanti sono le “dichiarazioni”, le “deliberazioni” e, sopra tutto, le “ordinanze”.

Le “dichiarazioni” attengono al cosiddetto «*stato di mobilitazione*» (art. 23):

1) sono adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri – su proposta del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, o su richiesta del Presidente della Regione o della Provincia Autonoma interessata – all’approssimarsi od al verificarsi di eventi emergenziali «*che, per l’eccezionalità della situazione, possono manifestarsi con intensità tale da compromettere la vita, l’integrità fisica o beni di primaria importanza*»;

2) dispongono la «*mobilitazione straordinaria del Servizio Nazionale a supporto dei Sistemi Regionali interessati*», mediante il «*coinvolgimento coordinato*» delle colonne mobili di protezione civile delle altre Regioni e Province Autonome, del volontariato organizzato, nonché dei Comuni o delle loro forme associative;

Le “deliberazioni” hanno invece ad oggetto lo «*stato di emergenza di rilievo nazionale o regionale*» (art. 24):

1) le prime (in presenza di uno “stato di emergenza di rilievo nazionale”) sono adottate dal Consiglio dei Ministri – su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o della Provincia Autonoma interessata, e comunque acquisitane l’intesa – nella imminenza od al verificarsi di eventi emergenziali (come sopra definiti) che, in ragione della loro intensità o estensione, debbono essere fronteggiati con immediatezza d’intervento, e con mezzi e poteri straordinari; deliberando lo

“stato di emergenza”, ne fissano altresì la durata temporale (che non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi), ne determinano l’estensione territoriale, ed infine autorizzano l’emanazione delle conseguenti ordinanze di protezione civile; tali deliberazioni non sono assoggettate al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti (commi da 1 a 5);

2) le seconde (in presenza di uno “stato di emergenza di rilievo regionale”), sono volte a deliberare lo “stato di emergenza” nella imminenza od al verificarsi di eventi emergenziali (ancora come sopra definiti) che, per loro natura od estensione, comportano l’intervento coordinato di più Enti o Amministrazioni territoriali, e devono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari, da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo; tali deliberazioni sono disciplinate da ciascuna Regione, mediante propria legge, in conformità ai predetti principi, sanciti per lo «*stato di emergenza di rilievo nazionale*» (comma 9).

Infine le “ordinanze”, si distinguono in «*ordinanze di protezione civile*» (art. 25), ed in «*ordinanze volte a favorire, a seguito di emergenze di rilievo nazionale, il rientro nell’ordinario*» (art. 26).

Le prime sono volte a coordinare la «*attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale*»: sono emanate – acquisita l’intesa delle Regioni e delle Province Autonome territorialmente interessate – dal Presidente del Consiglio dei Ministri o, come suo tramite, dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile (art. 5, comma 1); possono prevedere la nomina di eventuali “Commissari Delegati”, specificandone il contenuto dell’incarico, i tempi, e le modalità del suo esercizio; non sono assoggettate al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti; sono adottate «*in deroga ad ogni disposizione vigente, ma nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza*», e comunque «*nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea*»; in ogni caso, e qualora «*rechino deroghe alle leggi vigenti*», tali ordinanze «*devono contenere l’indicazione delle principali norme a cui si intende derogare*», e «*devono essere specificamente motivate*».

La lettura e l’analisi del contenuto di queste ordinanze – con riguardo alla prima “ordinanza di protezione civile”, emanata subito dopo l’accadimento emergenziale, e dopo la deliberazione dello “stato di emergenza nazionale” –

evidenzia che le disposizioni normative, ivi derogate^[49], sono sostanzialmente costanti, e sono le seguenti: il R.D. n. 2440 del 1923, in materia di “contabilità di Stato”, ed il suo regolamento di attuazione (R.D. n. 827 del 1924); la legge n. 241 del 1990, con specifico riguardo all’avvio della comunicazione del procedimento, alla partecipazione al procedimento, alla disciplina delle conferenze di servizi, alla segnalazione certificata di inizio attività ed al silenzio assenso; i Testi Unici in materia di Espropriazione per Pubblica Utilità e di Edilizia (D.P.R. n. 327 del 2001, e D.P.R. n. 380 del 2001); il “Testo Unico delle norme in materia Ambientale” (d.lgs. n. 152 del 2006); il “Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio” (d.lgs. n. 42 del 2004); il “Codice dei Contratti Pubblici”, ma nel testo previgente di cui al d.lgs. n. 50 del 2016: a questo proposito sarà certamente di estremo interesse verificare se, e come, le eventuali e future ordinanze di protezione civile derogheranno alle nuove norme del medesimo “Codice”, di cui al d.lgs. n. 36 del 2023.

Le seconde, vale a dire le «*ordinanze volte a favorire, a seguito di emergenze di rilievo nazionale, il rientro nell’ordinario*», sono anche esse emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri o, come suo tramite, dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile (art. 5, comma 1); sono adottate «*almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale*», allo scopo di «*favorire e regolare*» il «*proseguimento dell’esercizio delle funzioni commissariali*» da parte delle pubbliche amministrazioni competenti «*in via ordinaria*» (in specie gli Enti locali), e di coordinare gli interventi, «*conseguenti all’evento emergenziale*», pianificati ma non ancora ultimati; con tali ordinanze possono inoltre essere consentite – per la durata massima di sei mesi, non prorogabile, per i soli interventi connessi al medesimo evento emergenziale, e comunque nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione Europea – deroghe alle disposizioni normative in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi (vale, anche in questa fattispecie, la precedente considerazione rivolta al nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”), nonché deroghe volte alla riduzione di termini procedurali analiticamente individuati.

A conclusione della disamina dei provvedimenti di competenza del Servizio Nazionale di Protezione Civile, è altresì opportuno ricordare che – in deroga al principio di “universalità”^[50] del bilancio dello Stato – e per l’attuazione delle

predette “ordinanze di protezione civile”, è di regola “autorizzata”, con le medesime ordinanze, l’apertura di apposite “contabilità speciali”, contestualmente individuando i soggetti che ne sono intestatari e responsabili (art. 27): tali “contabilità speciali” possono essere mantenute aperte *«per un periodo massimo di quarantotto mesi», «dalla data di deliberazione dei relativi stati di emergenza»*.

4.3. I provvedimenti dei “Commissari Straordinari del Governo”

Gli ultimi provvedimenti amministrativi della “emergenza”, che devono essere considerati, sono quelli attribuiti alla competenza dei “Commissari Straordinari del Governo”.

Sebbene, come si è già osservato esaminandone i profili organizzativi, siano i singoli decreti legge che istituiscono tali “Commissari” a determinarne, di volta in volta, la struttura, i poteri, e le funzioni, è tuttavia possibile – attraverso una lettura sinottica dei medesimi decreti legge – individuare alcuni elementi costanti, che caratterizzano i provvedimenti emanati da tutte le gestioni commissariali straordinarie.

D’altronde – e proprio a giustificare la sinossi tra i predetti decreti legge, in ordine al contenuto dei provvedimenti di competenza dei “Commissari Straordinari del Governo” – l’art. 11 della legge n. 400 del 1988, vale a dire la disposizione normativa che abbiamo già visto costituirne il fondamento originario, non contiene, in merito, alcuna prescrizione.

Invece – e sulla base delle disposizioni normative contenute nei singoli decreti legge – i provvedimenti dei “Commissari Straordinari” costituiscono:

- 1) atti quantitativamente e qualitativamente rilevanti, in specie se considerati in rapporto ai provvedimenti contestualmente emanati, su di un medesimo evento emergenziale, dalle autorità di protezione civile;
- 2) atti emanati soltanto dopo l’evento emergenziale, in vista della sua risoluzione, e del conseguente ritorno alla amministrazione ordinaria.

Più in particolare, e con specifico riguardo alla qualificazione, al contenuto, ed ai limiti di questi provvedimenti, è possibile evidenziare quanto segue^[51].

Si tratta di “direttive”, “decreti” e, in misura prevalente, di “ordinanze” (articoli 1,

comma 7, e 2, comma 2, d.l. n. 189 del 2016, convertito nella legge n. 229 del 2016, “Eventi Sismici dell’Anno 2016”), anche se talora il relativo testo normativo può farvi riferimento in maniera innominata, semplicemente come “interventi” o “attività” (art. 1, d.l. n. 109 del 2018, convertito nella legge n. 130 del 2018, “Ponte Morandi”).

Dinanzi ad emergenze connesse ad eventi calamitosi, siano essi di origine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo, tali provvedimenti hanno ad oggetto sia gli interventi necessari alla ricostruzione ed al ripristino dei relativi territori – vale a dire degli edifici pubblici e privati insistenti su di essi, siccome delle correlate opere infrastrutturali – sia la determinazione dei contributi economico-finanziari destinati alle popolazioni danneggiate dalla interruzione delle proprie attività, produttive e lavorative (ibidem).

Sovente, tuttavia, l’oggetto dei provvedimenti commissariali consiste invece in attività, opere ed interventi che le pubbliche amministrazioni competenti in via ordinaria (in specie lo Stato, le Regioni e gli Enti locali) non sono in grado di progettare, eseguire, o completare, per inadeguatezza, cattiva amministrazione, od infiltrazioni criminali^[52] : si tratta della “generalizzazione” dell’organo commissariale come sostituto, normale e necessario, della ordinaria amministrazione (art. 4, d.l. n. 32 del 2019, con riferimento agli interventi ricordati nel precedente par. 3.2).

In entrambe le fattispecie – emergenze da calamità, o sostituzione delle amministrazioni normalmente competenti – i provvedimenti commissariali godono comunque di un ampio e profondo potere di deroga, nei confronti della legislazione vigente.

Le “ordinanze” trovano infatti i propri limiti esterni soltanto «*nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’ordinamento europeo*» (art. 2, comma 2, d.l. n. 189 del 2016, “Eventi Sismici dell’Anno 2016”, già richiamato).

Ed ancora: «*per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l’affidamento e la ricostruzione dell’infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario Straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice delle Leggi Antimafia e delle Misure di Prevenzione [d.lgs. n. 159 del 2011], nonché dei*

vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea» (art. 1, comma 5, d.l. n. 109 del 2018, "Ponte Morandi", già richiamato).

In ordine alla «esecuzione degli interventi infrastrutturali», «per la cui realizzazione o completamento si rende necessaria la nomina di uno o più Commissari Straordinari», tali Commissari provvedono «anche a mezzo di ordinanze», potendo «assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante», ed operare «in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi [della medesima materia contrattuale]^[63], nonché delle disposizioni del Codice delle Leggi Antimafia e delle Misure di Prevenzione [d.lgs. n. 159 del 2011], e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea» (art. 4, commi 1 e 3, d.l. n. 32 del 2019, già richiamato).

Con specifico riferimento alle «gestioni commissariali finalizzate alla ricostruzione e al sostegno delle aree colpite da eventi sismici», i «commissari straordinari» individuano «con propria ordinanza gli interventi e le opere urgenti e di particolare criticità, per i quali i poteri di ordinanza sono esercitabili in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice delle Leggi Antimafia e delle Misure di Prevenzione [d.lgs. n. 159 del 2011], delle disposizioni del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio [d.lgs. n. 42 del 2004], nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea» (art. 11, comma 2, d.l. n. 76 del 2020, anche esso già richiamato).

Ancora in via derogatoria – qui con riferimento al predetto principio di “universalità” dei bilanci pubblici, ed al divieto di “gestioni fuori bilancio” – tutti i decreti legge che prevedono la istituzione e la nomina di un “Commissario Straordinario”, autorizzano di regola contestualmente la apertura di apposite “contabilità speciali”, intestate ai medesimi “Commissari”, e volte a finanziare le spese di funzionamento e di realizzazione dei relativi interventi.

Non stupisce dunque – e soltanto a trarre esempio dalle innumerevoli “ordinanze” commissariali – il fatto che, nella Gazzetta Ufficiale del 25 gennaio 2023, è stata pubblicata la “Ordinanza n. 130 del 2022”, con la quale il “Commissario Straordinario del Governo”, nominato «*ai fini della ricostruzione nei territori interessati dagli eventi sismici verificatisi a fare data dall'agosto 2016*» ha approvato, in allegato alla medesima “ordinanza”, il “Testo Unico della

Ricostruzione Privata” e la relativa “Relazione Illustrativa”: il “Testo Unico” si compone di 131 “articoli”, e 15 “allegati”, per complessive 255 pagine (non della Gazzetta Ufficiale, ma del file “pdf” pubblicato sul sito web istituzionale del medesimo Commissario).

5. Considerazioni finali

A conclusione di questo scritto, è possibile ed opportuno trarre due brevi considerazioni, tra di loro correlate e connesse, ed entrambe formulate in forma di domanda ^[54].

La prima considerazione ha natura sostanziale: che cosa hanno tra di loro in comune il crollo di una opera pubblica, il susseguirsi di eventi sismici, la realizzazione di un sistema viario, e la necessità di fare fronte a situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile?

Poco, o forse nulla: e tuttavia ognuno di questi “eventi emergenziali” è affrontato con le medesime fonti normative, le medesime organizzazioni amministrative, e provvedimenti amministrativi sostanzialmente redatti o in forme e contenuti del tutto avulsi dai contenuti tipici di un atto provvedimentale (si pensi al predetto “Testo Unico della Ricostruzione Privata”), oppure seriali e similari ^[55].

La seconda considerazione origina invece dai dati empirici, sopra esaminati: perché, dinanzi ad una disposizione normativa (il predetto art. 42, d.lgs. n. 33 del 2013) che ad oggi consente la rilevazione – puntuale, ricognitiva e, per conseguenza, complessiva – di ogni “evento emergenziale” accaduto sul territorio italiano (locale, regionale e nazionale), tali dati non sono concretamente utilizzati allo scopo di “categorizzare” dapprima (nei limiti delle odierne competenze tecnico-scientifiche, e comunque ricordando quanto affermato nel precedente par. 2.3) i medesimi “eventi emergenziali”, e differenziarne di poi le pertinenti modalità – normative, organizzative, con provvedimenti e comportamenti – di intervento?

La “trasparenza amministrativa” ^[56], in questa fattispecie, potrebbe certamente contribuire a recare un ulteriore e concreto effetto utile, anche in termini di controllo delle risorse economico-finanziarie certamente destinate – ma non sempre interamente e celermente utilizzate – a fronteggiare gli “eventi emergenziali”, ed a consentirne il superamento.

1. Lo scritto riproduce, con alcune minime modifiche, il testo della relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, "Lo spazio amministrativo. Vecchi territori e nuove frontiere", tenutosi presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" nei giorni 29 e 30 settembre 2023, in corso di pubblicazione su *Annuario AIPDA 2023 per i tipi dell'Editoriale Scientifica*, Napoli.
2. Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), *Il diritto amministrativo dell'emergenza, Annuario 2005*, Milano, Giuffrè, 2006. Sul tema, tra le Opere monografiche: A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008, e G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023. Con riferimento ad altri scritti monografici: R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., pp. 31 ss.; P. Forte, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, in *L'Ircervo*, 2021, 1, pp. 109 ss.; F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. Dir., Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 44 ss.; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., pp. 5 ss.; O. Pfsermann, E.A. Imparato, *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *Federalismi.it*, 2023, 15, pp. 161 ss., in specie pp. 164 ss. (*L'emergenza giuridica non è un dato naturale*); F. Salvia, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., pp. 93 ss.
3. Il riferimento è a E. Hobsbawm, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, New York, Random House, 1994.
4. In argomento, in maniera molto approfondita, A. Brancasi, *Bilancio (Equilibrio di)*, in *Enc. Dir., Annali VII*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 167 ss.
5. Sul tema V. Mazza, *Prefetto e prefettura (dir. vig.)*, in *Enc. Dir., XXXIV*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 952 ss., in specie p. 965 (*I poteri e le competenze*).
6. In argomento, *amplius*, con specifico riferimento alla emergenza da Covid-19: A. Celotto, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, pp. 423 ss.; G. Marchetti, *Il ruolo dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2022, 8, pp. 39 ss.; M.C. Grisolia, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su "Emergenza e Governo-Pubblica Amministrazione"*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, pp. 433 ss.
7. Sul tema, dopo le modificazioni intervenute nell'anno 2017, S. Gardini, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, in *Federalismi.it*, 2018, 15, pp. 2 ss.
8. Sul tema, sempre successivamente alle modificazioni normative dell'anno 2017: V. Antonelli, *La sicurezza in città ovvero l'iperbole della sicurezza urbana*, in *Istit. Fed.*, 2017, 1, pp. 31 ss.; A. Manzione, *Potere di ordinanza e sicurezza urbana: fondamento, applicazioni e profili critici dopo il decreto legge n. 14 del 2017*, in *Federalismi.it*, 2017, 17,

CERIDAP

- pp. 2 ss.
9. In argomento A. Capria, *Acque e Inquinamento Idrico*, in S. Nespor, L. Ramacci (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 459 ss.
 10. In argomento V. Paone, *Rifiuti e Economia Circolare*, in S. Nespor, L. Ramacci (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, cit., pp. 2483 ss.
 11. Sul tema, approfonditamente, U. Allegretti, *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 2018, 1, e G. Razzano, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta Online*, 17 marzo 2020.
 12. Sul tema, specificamente, G. Arena, G. Corso, G. Gardini, C. Marzuoli, F. Merloni (a cura di), *La Trasparenza Amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008 e, ivi, in specie E. Carloni, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, pp. 349 ss., e A. Brancasi, *La trasparenza della pubblica amministrazione fornita dalla contabilità*, pp. 531 ss.
 13. I dati utilizzati per la elaborazione, riportata nel testo, sono disponibili qui: Eventi emergenziali di protezione civile | Dipartimento della Protezione Civile.
 14. Anche per queste fattispecie, i dati utilizzati sono reperibili all'interno dei siti web istituzionali delle Amministrazioni Comunali, nella apposita "Sezione - Amministrazione Trasparente".
 15. Più nel dettaglio, sono questi i dati relativi alle "emergenze meteo-idro" – suddivisi per ciascuna Regione e Provincia Autonoma [numero eventi emergenziali; loro percentuale, rispetto al numero complessivo degli eventi emergenziali accaduti sull'intero territorio italiano; fabbisogno economico regionale/provinciale (euro), per i relativi eventi emergenziali; percentuale del fabbisogno economico della singola Regione/Provincia Autonoma, rispetto al fabbisogno economico relativo al numero complessivo degli eventi emergenziali accaduti sull'intero territorio italiano] – da me elaborati a partire dai dati riferiti alle singole "emergenze", e pubblicati sul sito web istituzionale del Dipartimento della Protezione Civile, richiamato nella precedente nota (12): Abruzzo = 2; 1,14 %; 806.612.016; 7,98 %; Basilicata = 7; 4,02 %; 252.612.290; 2,50 %; Calabria = 8; 4,59 %; 180.178.407; 1,78 %; Campania = 5; 2,87 %; 1.178.127.471; 11, 66 %; Emilia-Romagna = 19; 10,91 %; 1.011.871.612; 10,02 %; Friuli-Venezia Giulia = 3; 1,72 %; 5.159.704; 0,05 %; Lazio = 4; 2,29 %; 594.429.668; 5,88 %; Liguria = 12; 6,89 %; 920.854.442; 9,12 %; Lombardia = 8; 4,59 %; 177.280.106; 1,75 %; Marche = 5; 2,87 %; 624.083.279; 6,18 %; Molise = 2; 1,14 %; 117.096.644; 1,15 %; Piemonte = 14; 8,04 %; 309.442.429; 3,06 %; Puglia = 7; 4,02 %; 641.195.304; 6,35 %; Sardegna = 12; 6,89 %; 665.012.426; 6,58 %; Sicilia = 19; 10,91 %; 140.025.479; 1,38 %; Toscana = 11; 6,32 %; 785.224.349; 7,77 %; Provincia Autonoma Trento = 2; 1,14 %; 0; 0 %; Umbria = 3; 1,72 %; 111.496.800; 1,10 %; Valle d'Aosta = 10; 5,74 %; 1.809.701; 0,01 %; Veneto = 18; 10,34 %; 1.102.686.856; 10,92 %; Eventi che hanno coinvolto più Regioni/Province Autonome = 3; 1,72 %; 471.347.391; 4,66 %.
 16. In argomento, in chiave monografica: A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè,

- 2006; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018. Con riferimento a scritti dedicati a specifici settori dell'organizzazione, e della attività amministrativa: M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., pp. 141 ss.; F. De Leonardis, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro Amm.-CdS*, 2005, 10, pp. 3118 ss., in specie par. 1 (“Tra «hazards» e «environmental degradation»”); V. Di Capua, *La regolazione del rischio di emergenza e la regolazione del «panico del rischio» nella pandemia Covid-19*, in *P.A. Persona e Amm.*, 2020, 2, pp. 301 ss.; F. Di Porto, *Regolazione del rischio, informazione e certezza giuridica*, in *Riv. Dir. Alim.*, 2011, 4, pp. 34 ss.; G. Lofaro, *La certezza giuridica tra principi e regole nella transizione dal “diritto amministrativo dell'emergenza” al “diritto amministrativo del rischio”*, in *AmbienteDiritto*, 2021, 1, pp. 926 ss.; F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020, 32, pp. 183 ss.; M. Simoncini, G. Martinico, *Dall'emergenza al rischio nel diritto pubblico comparato: un'introduzione*, in *DPCE Online*, 2022, 54, pp. 67 ss.
17. In argomento, *amplius*: A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 87 ss. (“Il potere amministrativo d'emergenza e i diritti individuali”); F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., pp. 44 ss. (“Una funzione distinta”); G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 23 ss. (con riferimento al “Sisma del Centro Italia” dell'anno 2016), pp. 83 ss. (con riguardo al crollo del “Ponte Morandi”), pp. 121 ss. (per la approfondita analisi della pandemia da Covid-19).
18. «Una delle questioni più avvertite nella scienza giuridica per la funzione di emergenza è il rapporto con il principio di legalità [...]. Sia che si imponga il tema sul lato della reazione necessitata a un fatto straordinario e imprevisto, sia che si tratti delle attività di prevenzione per governare il rischio da incertezza, sorge il problema di fornire criteri di legittimazione al potere pubblico di emergenza. Nel primo caso, infatti, è l'imprevedibilità a mettere in crisi l'ordine che esige il principio di legalità; nel secondo caso il principio [...] è relativamente inservibile, dovendo il potere regolare situazioni la cui interpretazione dipende da criteri incerti», F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., p. 52 (“La legittimazione dei poteri di emergenza”).
19. Si tratta – per l'obbligato rispetto del “principio di legalità” (come bene evidenziato nella nota a questa precedente) – di comportamenti e provvedimenti amministrativi fondati sempre su fonti normative: vi è tuttavia da dire che, seguendo la singola ascesa alle fonti normative di riferimento (locali, regionali, statali, e sovranazionali), la scala di osservazione si allontana progressivamente dai fatti e dalle necessità emergenti.
20. In argomento, senza pretesa di completezza: D.W. Hubbard, *The failure of risk management: why it's broken and how to fix it*, Hoboken, Wiley, 2020 (in specie “Chapter 2 – A Summary of the Current State of Risk Management”); D. Vose, *Risk Analysis: A*

- Quantitative Guide*, Hoboken, Wiley, 2008 (in specie “Part 1, 2 – Planning a risk analysis”).
21. Il tema viene sovente declinato – in maniera evidentemente più semplicistica che ragionata (in specie dimenticando la complessità propria della nozione di “rapporto di causalità”) – nella cosiddetta “ricerca del/i colpevole/i”. In termini più meditati L. Principato, *L’art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell’amministrazione sanitaria dell’emergenza-urgenza*, in *Giur. Cost.*, 2016, 4, pp. 1606 ss. e, su di una nota emergenza tragica, D. Quaranta, *La sentenza sul disastro di Rigopiano: “Nessun fiocco di neve, in una valanga, si sente mai responsabile”*, in *Cass. Pen.*, 2023, 10, pp. 3083 ss.
 22. Il “tempo” della emergenza appartiene tradizionalmente anche alle scienze psicologiche: ivi, ancora senza pretesa di completezza, F. Borghini, F. Garzia, A. Borghini, G. Borghini, *The Psychology of Security, Emergency and Risk*, Southampton, WIT Press, 2016; L. Pietrantoni, G. Prati, *Psicologia dell’emergenza*, Bologna, Il Mulino, 2009 (in specie “Parte Prima, II. Processi psicologici nel pericolo”); F. Sbattella, *Manuale di psicologia dell’emergenza*, Milano, FrancoAngeli, 2020 (in specie “Parte I. Psiche ed emergenza”).
 23. Sul *thema*, e con esclusivo riferimento a due delle Opere degli Autori che vi hanno contribuito magistralmente: P. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, in specie pp. 79 ss. (“Storicità *versus* prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno”); N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, in specie pp. 19 ss. (“La crisi della fattispecie”).
 24. Sul punto, con acume e chiarezza, F. Giglioni, *Amministrazione dell’emergenza*, cit., 45: «Nella tradizione degli ordinamenti di impianto liberale, da cui ha avuto origine anche il diritto amministrativo europeo continentale, la relazione ordinaria tra norma e fatto è fondata sulla costruzione di ipotesi qualificate dalle norme cui ricondurre posizioni giuridiche tra soggetti entro una cornice giuridica di relativa certezza al verificarsi di certi fatti. Nei casi di emergenza, invece, il fatto prorompe in una condizione di imprevedibilità o, comunque, in un’intensità tale da manifestarsi comunque in modo eccezionale rispetto a un quadro assegnato di certezze predefinite. Dunque mette in crisi il rapporto con la norma per la sua eccezionale rilevanza».
 25. C.L. De Secondat (Montesquieu), *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 1999, pp. 147 ss. (“Libro Primo - Delle Leggi in Generale”, “Capitolo Primo - Delle leggi, nei rapporti che hanno con i diversi esseri”), trad. it. di *De L’Esprit des Loix*, Ginevra, 1748.
 26. In argomento, *amplius*, S. Amorosino, *Profili pubblicistici comuni delle amministrazioni d’emergenza, straordinarie e commissariali, di imprese in crisi o con gravi irregolarità gestionali*, in AIPDA, *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, cit., pp. 105 ss.; A. Fioritto, *Le forme organizzative dell’amministrazione d’emergenza*, in AIPDA, *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, cit., pp. 157 ss.
 27. In argomento, *amplius*: A. Fioritto, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 161 ss. (“L’organizzazione dell’amministrazione dell’emergenza”); F. Giglioni, *Amministrazione dell’emergenza*, cit., p. 46 («il modello organizzativo prescelto [...] non è unico, nel senso che né prevede l’attribuzione esclusiva a una singola

- amministrazione per quanto si tenti di concentrare il più possibile le competenze, né appartiene in modo riservato a livelli di governo predeterminati»*); G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 23 ss., pp. 83 ss., pp. 121 ss., con specifica attenzione ai differenti modelli organizzativi adottati, nelle emergenze richiamate dall'Autrice, all'interno della precedente nota (16).
28. In argomento, *ex plurimis*: F. Astone, F. Manganaro, R. Rolli, F. Saitta (a cura di), *Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, e ivi, in particolare, M.R. Spasiano, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione: dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*, pp. 9 ss.; G. Avanzini, *Il Commissario Straordinario*, Torino, Giappichelli, 2013, in specie pp. 33 ss. ("Il commissario per la protezione civile", "I commissari straordinari alle opere strategiche", "Le nuove figure di commissario straordinario per le emergenze"), e pp. 133 ss. ("Il commissario straordinario e la struttura organizzativa ordinaria").
29. Su questi organi variamente denominati, ripercorrendo attentamente l'ampia dottrina del diritto amministrativo in materia di relazioni inter-organiche ed inter-soggettive, F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo*, FrancoAngeli, Milano, 2012, *passim*.
30. In argomento, *amplius*: A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 161 ss. ("Le amministrazioni per la prevenzione dei rischi delle emergenze"); F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., pp. 48 ss. ("Una funzione anche parallela?"); G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 23 ss., pp. 83 ss., pp. 121 ss., ancora con riguardo alle emergenze considerate nella precedente nota (16).
31. Si rinvia, sul punto, alla dottrina citata nella precedente nota 10.
32. In argomento, *amplius*, per la organizzazione del "Servizio Nazionale" all'interno della previgente legge n. 225 del 1992, "istitutiva" del medesimo "Servizio", A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 166 ss., e F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., pp. 57 ss. Per la organizzazione recata dal nuovo "Codice della Protezione Civile", G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 377 ss. ("La gestione ordinaria della nuova protezione civile").
33. Sul punto G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 123 ss., e pp. 317 ss. ("Il potere amministrativo d'emergenza uniforme").
34. *Supra*, ancora nota 10.
35. Consapevole del dettato costituzionale, l'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 1 del 2018, afferma espressamente che le norme del "Codice" costituiscono «*principi fondamentali in materia di protezione civile ai fini dell'esercizio della potestà legislativa concorrente*».
36. Si rinvia, sul punto, alla dottrina richiamata nella precedente nota (27) e ivi, in particolare, a G. Avanzini, *Il Commissario Straordinario*, cit., pp. 33 ss.
37. Sul tema, *amplius*, G. Bertini, *Gestione commissariale e gestione amministrativa della prevenzione di eventi emergenziali*, in *Amm. in Cammino*, 17 novembre 2020. Sulle "patologie" dell'amministrazione dell'emergenza, come fattore di normalità

- amministrativa, F. Salvia, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., p. 102: «esse [tali patologie] appaiono il frutto di una cultura istituzionale divenuta ormai egemone: la cultura appunto dell'emergenza, che tende a investire l'intero processo decisionale, passando dalle scelte più impegnative a quelle più umili».
38. In argomento, *amplius*, G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., p. 54 e p. 385.
 39. Sul tema, con particolare attenzione allo “statuto del potere amministrativo d'emergenza commissariale”, dettato nel d.l. n. 109 del 2018 (“Ponte Morandi”, convertito nella legge n. 130 del 2018), G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 103 ss.
 40. Sulle “ordinanze di necessità e d'urgenza”, come “atto tipico del potere d'emergenza”, A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 91. In argomento, senza pretesa di completezza: R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., pp. 31 ss. (“La disciplina generale delle ordinanze d'emergenza”); E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2019, in specie pp. 75 ss. (“La normatività del potere di ordinanza tra discipline e prassi”), e pp. 237 ss. (“I tratti distintivi delle ordinanze emergenziali e la loro normatività”).
 41. In argomento, *amplius*, C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 5 ss.
 42. Rispettivamente nell'art. 2, comma 1, R.D. n. 773 del 1931, e nell'art. 129, comma 1, R.D. n. 1265 del 1934.
 43. Art. 32, legge n. 833 del 1978.
 44. Sul tema G. Marchetti, *Il ruolo dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., pp. 39 ss.
 45. Particolarmente condivisibili e pertinenti, in punto di “giurisdizione”, sono le considerazioni di A. Cioffi, *Emergenza e teoria della necessità. Il caso del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, II, pp. 941 ss. L'Autore ricorda infatti come, anteriormente al dettato dell'odierno “Codice del Processo Amministrativo” (d.lgs. n. 104 del 2010, Art. 134, “Materie di giurisdizione estesa al merito”), «la giurisdizione del Consiglio di Stato sulle ordinanze extra ordinem fosse anche giurisdizione estesa al merito» (par. 4) e nota (30): «Emblematico è Tar Lazio sez. II n. 6208/2016: In precedenza, invece, come noto in virtù del combinato disposto dell'art. 7, l. Tar (l. 6 dicembre 1971 n. 1034); degli art. 27 e 29 n. 2 5 e 8, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) e dell'art. 1 r.d. 26 giugno 1924 n. 1058 la giurisdizione del giudice amministrativo risultava estesa anche al merito di siffatte ordinanze, le quali quindi potevano essere sindacate con riguardo non solo a tutti i profili di legittimità, ma pure a quelli di convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate (Cons. St., sez. V, sentenza n. 220 del 19.2.1996)».

46. Articoli 75, comma 2, ultimo periodo, e 191, comma 1, d.lgs. n. 152 del 2006.
47. In argomento L. Baroni, *Le principali sentenze di condanna dell'Italia per la mala gestione dell'emergenza rifiuti in Campania e la perdurante violazione della normativa europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 2, pp. 615 ss.
48. In argomento, *amplius*, per la disciplina della previgente legge n. 225 del 1992, A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 91 ss., e F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, cit., pp. 55 ss. ("Atti e poteri di emergenza"). All'interno del nuovo "Codice della Protezione Civile", G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 321 ss. ("Potere amministrativo d'emergenza residuale e criteri di urgenza, necessità e contingibilità").
49. In argomento M. Falcone, *Le norme sulle garanzie procedurali e l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro Amm.*, 2014, 7-8, pp. 1965 ss.
50. Si tratta del "principio" così enunciato nell'art. 24 ("Integrità, universalità ed unità del bilancio"), commi 2 e 3, della legge n. 196 del 2009 ("Legge di contabilità e finanza pubblica"): «*tutte le entrate devono essere iscritte in bilancio [...] tutte le spese devono essere iscritte in bilancio. [...] è vietato gestire fondi al di fuori del bilancio, ad eccezione dei casi consentiti e regolati in base all'art. 40, comma 2, lettera p) [della medesima legge n. 196 del 2009]*».
51. Sul punto, *amplius*, G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 23 ss., pp. 83 ss., pp. 121 ss., esaminando – in concreto – i provvedimenti emanati durante le emergenze richiamate nella precedente nota (16).
52. «*Il frequente ricorso alle procedure straordinarie fa, poi, sorgere il dubbio che la stessa condizione per l'utilizzo delle ordinanze (ossia il sorgere di un'emergenza), sia determinata da un cattivo uso dei poteri amministrativi ordinari e dunque, da una cattiva amministrazione*», A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., p. 211.
53. Come si è osservato nel precedente par. 4.2., l'odierno "Codice dei Contratti Pubblici" (d.lgs. n. 36 del 2003), diversamente dal previgente "Codice" (d.lgs. n. 50 del 2016), enuncia espressamente i propri "principi generali", negli articoli da 1 a 12.
54. Sui "paradossi" dell'amministrazione italiana dell'emergenza, S. Cassese, *I paradossi dell'emergenza*, in AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 223: «*Primo paradosso: l'abuso o la dilatazione dell'emergenza per rimediare alla lentezza cronica della pubblica amministrazione o per sfuggire a vincoli procedurali (per esempio l'obbligo di gare per la scelta del contraente). Secondo paradosso (del quale non ci si può lamentare): ricorriamo ai poteri di emergenza, in casi in cui l'emergenza non c'è. Ma quando c'è, si è preferito non adoperare poteri speciali, ma ricorrere alle procedure normali, specialmente quando si è dovuto limitare la libertà personale (artt. 13 e ss. della Costituzione)*».
55. Utili correttivi possono giungere, su questo profilo critico, dall'analisi e dallo studio comparato di altri modelli giuridici di riferimento: si rinvia, al proposito, alle accurate ricostruzioni di A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., pp. 60 ss. ("I modelli europei: gli esempi della Francia, della Germania, della Spagna e della

- Gran Bretagna”), e G. Mancini Palamoni, *Potere amministrativo d'emergenza*, cit., pp. 285 ss. (“Una prospettiva comparata”, con riguardo alla Francia, alla Spagna ed alla Germania).
56. In argomento, di recente, T. Alti, C. Barbieri, *La trasparenza amministrativa come strumento di potere e di democrazia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2023, 2, pp. 809 ss. (in specie par. 2.2, “Usare trasparenza amministrativa”), e E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2022 (in specie V, “Doveri”, 1, “Il dovere pubblico di informare”).

La protezione della salute umana attraverso i procedimenti di tutela ambientale: la Valutazione di Impatto sulla Salute

Fortunato Gambardella

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-19

La Valutazione di Impatto sulla Salute (VIS) rappresenta un percorso partecipativo multidisciplinare finalizzato a consentire ai decisori pubblici di acquisire le conoscenze sugli effetti che politiche, piani, programmi e progetti possono avere sulla salute della collettività. Negli ultimi anni, nell'ordinamento italiano, lo strumento ha trovato ripetute applicazioni, con diverse varianti terminologiche, in ambito regionale e comunque ad un livello amministrativo. Sul piano normativo nazionale, invece, l'istituto ha trovato riconoscimento in una serie di recenti novelle al testo unico delle norme di protezione ambientale, con specifico riguardo alle procedure di valutazione dell'impatto ambientale e attraverso una configurazione che appare distante dal modello internazionale dell'Health Impact Assessment (HIA) e che invece dispiega i suoi effetti lungo due ridotte traiettorie: onerare il privato dell'istruttoria sugli specifici impatti sulla salute; garantire l'amministrazione nella prospettiva che l'istruttoria sulla componente salute, in sede di valutazione di impatto ambientale, sia svolta in un quadro procedimentale definito dalla pubblica amministrazione

Safeguarding human health through environmental protection procedures: the Health Impact Assessment

The Italian Health Impact Assessment (VIS) is a multidisciplinary participatory technique intended to assist public decision-makers in understanding the potential effects of policies, plans, programmes, and initiatives on community health. In recent years, in the Italian legal system, the instrument has found repeated applications, with different terminological variations, in the regional sphere and at an administrative level. At the national regulatory level, the VIS has found recognition in a series of recent amendments to the Consolidated Environmental Protection Act,

specifically in environmental impact assessment procedures, through a configuration that appears to be far from the international model of Health Impact Assessment (HIA). The amendments require the private sector to do research on the specific health implications, while ensuring that the health component of the environmental impact assessment is carried out within a procedural framework established by the relevant public administration.

Sommario: 1. Il fattore “salute” nei procedimenti di Valutazione e autorizzazione ambientale: il modello dell’Health Impact Assessment (HIA).- 2. L’emersione dei modelli di Valutazione di impatto della salute nell’ordinamento italiano: il precedente della Valutazione del danno sanitario.- 3. Il modello italiano della Valutazione d’impatto sulla salute (VIS) e il difetto di un’autonoma dimensione procedimentale.- 4. L’estensione dell’ambito di applicazione della VIS tra indicazioni giurisprudenziali e suggestioni del legislatore.

1. Il fattore “salute” nei procedimenti di Valutazione e autorizzazione ambientale: il modello dell’Health Impact Assessment (HIA)

L’articolo 191 del TFUE contempla espressamente la “protezione della salute umana” nell’ambito degli obiettivi della politica dell’Unione Europea in materia ambientale. Si tratta un approccio teso a collegare le istanze di tutela della salute a quelle di tutela dell’ambiente, che il diritto euro-unitario coltiva da tempo nel contesto della definizione normativa delle caratteristiche di strumenti e procedure costruite a salvaguardia del bene ambiente.

Il riferimento è, nello specifico, alla direttiva del Consiglio 85/337/CEE del 27 giugno 1985⁽¹⁾ in tema di Valutazione di impatto ambientale (VIA), nella quale, posto che «*gli effetti di un progetto sull’ambiente debbono essere valutati per proteggere la salute umana e contribuire con un migliore ambiente alla qualità della vita, provvedere al mantenimento della varietà delle specie e conservare la capacità di riproduzione dell’ecosistema in quanto risorsa essenziale di vita*», si stabilisce che l’autorizzazione di progetti pubblici e privati aventi possibile impatto rilevante vada concessa solo previa valutazione delle probabili

ripercussioni sull'ambiente. È il primo passo nella direzione della costruzione di un sistema di procedure di valutazione e autorizzazione ambientale che troverà ulteriore risalto in successivi strumenti normativi: nella Direttiva 96/61/CE del Consiglio del 24 settembre 1996 sulla prevenzione e la riduzione dell'inquinamento, che ha introdotto il modello dell'autorizzazione integrata^[2] quale presupposto burocratico necessario per l'esercizio di alcune tipologie di attività produttive che possono produrre danni ambientali significativi; nella direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente (VAS) con la finalità di individuare, descrivere e valutare gli effetti significativi che l'attuazione del piano o del programma potrebbe avere sull'ambiente, nonché le ragionevoli alternative.

Per quanto l'istanza di tutela della salute, nella normativa europea, sia rappresentata con maggiore enfasi soltanto in punto di disciplina della valutazione di impatto ambientale, non si può non condividere la comune considerazione secondo cui tutte le procedure amministrative valutative o autorizzatorie in materia ambientale siano funzionali alla tutela della salute^[3]. Un'equazione che trae conforto, nel nostro ordinamento, nel tradizionale radicamento della tutela dell'ambiente, nell'impianto costituzionale, nello spazio di protezione offerto dall'art. 32 della Costituzione, nell'ambito di un percorso concettuale che fa perno sulla risalente giurisprudenza della Corte di Cassazione che, a partire dal 1979 e proprio muovendo dalla considerazione della tutela costituzionale della salute in tutte le sue possibili declinazioni, ha riconosciuto l'esistenza nell'ordinamento di un diritto soggettivo all'ambiente salubre^[4].

In questi termini, la necessaria considerazione dell'incidenza sulla salute umana di piani, programmi e progetti sottoposti a procedure di valutazione o autorizzazione ambientale può rappresentare un precipitato della «*strutturale multidimensionalità del diritto alla salute*»^[5], nella sua dimensione di «*attività di tutela "oggettiva" del bene salute*»^[6] riguardato nella sua declinazione costituzionale di interesse della collettività.

Si tratta di un approdo che peraltro rintraccia oggi riferimenti precisi^[7] nell'impianto normativo offerto dal d.lgs. n. 152 del 2006, a partire dall'art. 5, comma 1, lett. c), laddove descrive gli "impatti ambientali" in termini di «*effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto*

(...)» rispetto ad un catalogo di fattori, nel cui ambito si fa prioritario richiamo alla popolazione e alla salute umana. Un catalogo che, peraltro, nel completarsi attraverso il richiamo ad ulteriori fattori (biodiversità, territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio) restituisce rilevanza specifica all'interazione tra gli stessi nella prospettiva della individuazione degli impatti ambientali. Nella medesima prospettiva, ma con specifico riferimento alle finalità della procedura di Valutazione dell'impatto ambientale (VIA) – assume poi rilievo l'art. 4, comma 4, lett. b), del medesimo Testo unico in materia ambientale, nella parte in cui chiarisce l'ambizione dell'istituto nel senso di «*proteggere la salute umana*» e «*contribuire con un migliore ambiente alla qualità della vita*».

La traccia ordinamentale che connette intimamente la tutela dell'ambiente alla promozione della salute comporta, di conseguenza, che l'istanza di protezione di quest'ultima trovi specifica e adeguata considerazione nell'ambito dei procedimenti di valutazione ambientale.

Soccorre, in questa prospettiva, l'attenzione che, già da tempo, si è sviluppata, a livello internazionale, per lo strumento della Valutazione di Impatto sulla Salute (VIS), da intendersi quale percorso partecipativo multidisciplinare finalizzato a consentire ai decisori di acquisire le conoscenze sugli effetti che politiche, piani, programmi e progetti possono avere sulla salute della collettività, con l'obiettivo di maturare decisioni basate su conoscenze consolidate e condivise, nella prospettiva di assicurare tanto il benessere complessivo, individuale e collettivo, quanto la sostenibilità ambientale.

La prima definizione di VIS risale al Gothenburg Consensus Paper, del dicembre 1999, nel cui ambito gli esperti del WHO European Centre for Health Policy (ECHP) definirono gli impatti sulla salute come «*gli effetti complessivi, diretti o indiretti, di una politica, di un piano, di un programma o di un progetto sulla salute di una popolazione*». In quel documento trova definizione la Health Impact Assessment (HIA) descritta come «*combinazione di procedure, metodi e strumenti con i quali si possono stimare gli effetti potenziali sulla salute di una popolazione di una politica, piano o progetto e la distribuzione di tali effetti all'interno della popolazione*».

In questi termini, la VIS si propone allora come un processo sistematico che mira a determinare gli effetti potenziali di una politica (come di un piano, di un

programma o di un progetto) sulla salute di una popolazione nonché la distribuzione dei riferiti effetti all'interno della popolazione. Per produrre questa stima, la procedura utilizza dati e metodi analitici che recupera nelle relazioni con le diverse istituzioni e amministrazioni, nonché nell'interlocuzione con i portatori degli interessi territorialmente rilevanti.

Alla base dell'implementazione della riferita alla procedura c'è dunque la considerazione secondo cui, posto che piani e programmi possano influenzare a vario titolo la salute di una popolazione, solo per alcuni di questi aspetti l'evidenza delle relazioni è chiara a livello scientifico (come, ad esempio, nel caso degli effetti della qualità dell'aria sulla salute individuale), laddove per altri ben possano mancare specifiche evidenze delle relazioni causali tra ambiente e salute, che richiede autonoma considerazione nell'ambito di una distinta procedura valutativa.

Su queste basi, la Health Impact Assessment si presenta come uno schema che innesta, nelle procedure di tutela ambientale, uno strumento di prevenzione sanitaria collettiva che assolve un duplice obiettivo rilevante in termini sanitari: quello di promozione, in chiave preventiva, della salute pubblica e quello di riduzione delle diseguaglianze in sanità, secondo una traccia che sappiamo caratterizzare gli strumenti di pianificazione nazionale in materia di prevenzione e che, in questo contesto, consente di valutare quell'obiettivo non tanto nella visuale "classica" delle prestazioni sanitarie che il Servizio nazionale riesce effettivamente a garantire quanto piuttosto in relazione alle condizioni ambientali di contesto nelle quali vive la popolazione.

Chiarita dunque la rilevanza dello strumento, il discorso deve necessariamente transitare sul metodo da seguire nel processo di valutazione, in relazione agli obiettivi che il modello si prefigge. In questa prospettiva, torna nuovamente utile il riferito Gothenburg Consensus Paper, laddove, in particolare, ha individuato quattro valori principali sottesi alla procedura di valutazione dell'impatto sulla salute: democrazia, equità, sviluppo sostenibile ed uso etico delle prove.

Il richiamo alla democrazia sta a significare partecipazione e trasparenza, ovvero che la procedura debba strutturarsi in una dimensione ampiamente partecipativa, funzionale a coinvolgere una pluralità di portatori d'interesse (cd. stakeholder^[8]), attraverso un processo che si connoti in termini realmente democratici nella misura in cui sia garantita la trasparenza tanto delle sue fasi quanto dei dati

intermedi acquisiti e delle risultanze finali del percorso.

Evocare l'equità consente invece di mettere in luce il carattere potenzialmente non neutro di alcuni interventi amministrativi, capaci di determinare impatti rilevanti su segmenti già vulnerabili della popolazione. In questa prospettiva, la procedura di valutazione deve puntare al coinvolgimento nello studio dei riferiti segmenti e, di conseguenza, impegnarsi nella individuazione di specifici strumenti di compensazione a tutela di quanti possano subire un rischio sanitario più alto a causa dell'intervento in valutazione^[9].

La funzionalità della VIS rispetto allo sviluppo sostenibile punta invece ad enfatizzare il dato secondo cui la procedura dovrebbe individuare gli effetti di un intervento sulla salute sia nel breve che nel lungo periodo, tenendo conto anche della eventuale reversibilità, lungo termine, degli impatti attesi, nell'ambito di un giudizio di tipo prognostico.

Da ultimo, con l'espressione "uso etico delle prove" si guarda alle tecniche di valutazione, ovvero alla necessità di evidenze qualitative e quantitative rigorose, fondate su differenti discipline scientifiche e su differenti metodologie, a sostegno del processo di valutazione^[10].

Indicazioni di metodo che connotano lo strumento della Valutazione di impatto sulla salute in tutte le sue possibili declinazioni. A seconda del momento in cui si celebra la procedura, in rapporto al piano, programma o progetto per il quale la valutazione si rende necessaria, è possibile poi distinguere tre modelli di VIS. La VIS infatti è definita "prospettica", allorché effettuata quando una determinata iniziativa non sia stata ancora autorizzata e le raccomandazioni maturate in ambito di valutazione possano pertanto influenzare le relative decisioni pubbliche. È invece "trasversale" o "concorrente" la valutazione che interviene nel corso dell'attuazione del progetto, più propriamente nelle eventuali fasi di revisione del progetto. Diversamente, la VIS sarà "retrospettiva", qualora celebrata rispetto ad un progetto già attuato.

Metodo unitario, dunque, ma più schemi a disposizione, nella disponibilità dei legislatori ma nella consapevolezza che, in ogni caso, l'unico schema riconducibile agli strumenti della prevenzione sanitaria, con effetti di protezione a monte del bene "salute" resta la VIS prospettica^[11], nella sua capacità di scongiurare a monte il danno di salute, nell'ambito di una valutazione prognostica degli impatti attesi.

2. L'emersione dei modelli di Valutazione di impatto della salute nell'ordinamento italiano: il precedente della Valutazione del danno sanitario.

Nel nostro ordinamento, il primo strumento, disciplinato a livello legislativo, funzionale a costruire una connessione tra procedimenti amministrativi ambientali e considerazione del fattore salute nelle relative vicende di esercizio del potere, è rappresentato dalla Valutazione del danno sanitario (VDS).

Alla base dell'introduzione dell'istituto, dapprima nella legislazione regionale della Puglia⁽¹²⁾ e successivamente nella normativa nazionale, l'emergenza ambientale nel territorio della città di Taranto connessa alle attività dello stabilimento siderurgico ILVA localizzato nel quartiere Tamburi.

Con decreto-legge 7 agosto 2012, n. 129, il sito di bonifica di interesse nazionale di Taranto è stato infatti individuato come sito di preminente interesse pubblico per la riconversione industriale, al fine di accelerarne il risanamento ambientale e, al contempo, sviluppare interventi di riqualificazione produttiva e infrastrutturali, anche complementari alla bonifica. Il successivo decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207 ha quindi introdotto una disciplina intesa a garantire la continuità produttiva dello stabilimento e la garanzia dei livelli occupazionali, nel rispetto delle esigenze di tutela della salute e dell'ambiente.

La normativa, in particolare, prevede che gli stabilimenti di interesse strategico nazionale, individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che presentino specifici livelli occupazionali, possano essere, dal Ministro dell'ambiente, autorizzati alla prosecuzione dell'attività produttiva, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA) e a condizione che vengano adempiute le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame.

In sede di conversione del decreto, intervenuta con legge 24 dicembre 2012, n. 231, il testo normativo è stato poi arricchito di un articolo 1-*bis* che introduce nella normativa nazionale la valutazione del danno sanitario (VDS). La norma prevede infatti, in tutte le aree nelle quali insistono i riferiti stabilimenti di interesse strategico nazionale, l'obbligo di redazione⁽¹³⁾, con aggiornamento almeno annuale, di un rapporto di Valutazione del danno sanitario *«anche sulla base del registro tumori regionale e delle mappe epidemiologiche sulle principali malattie di*

carattere ambientale». I criteri metodologici utili per la redazione del rapporto di valutazione, come da *input* normativo, sono stati definiti con decreto interministeriale del 24 aprile 2013^[14], nel cui contesto il danno sanitario rilevante ai fini della valutazione è definito come una parte dell'esito sanitario e, in particolare, come «*cambiamento dell'attuale o futura prevalenza/incidenza nella comunità dei soli effetti sanitari indesiderati connessi all'esercizio di un impianto, intesi come i soli effetti che causano, promuovono, facilitano o esasperano un'anormalità strutturale o funzionale capace di compromettere il benessere psico-fisico degli individui, di indurre patologie disabilitanti, o di provocare decessi prematuri*».

L'obiettivo del rapporto è rappresentato dal decreto in due direzioni. La prima è diretta ai decisori pubblici ed alla comunità e mira a restituire informazioni sui cambiamenti dello stato di salute nelle comunità esposte in quanto connessi a rischi riferibili alle attività esercitate negli stabilimenti produttivi. La seconda è diretta all'amministrazione in una duplice prospettiva: quella di valutazione dell'efficacia delle prescrizioni in ambito sanitario contenute nella autorizzazione integrata ambientale; quella di indirizzo del riesame dell'autorizzazione integrata ambientale, rispetto al quale il rapporto intende offrire ulteriori elementi di valutazione funzionali alla individuazione di «*soluzioni tecniche più efficaci nel ridurre i potenziali esiti sanitari indesiderati*».

Emerge complessivamente un quadro nel quale il rapporto VDS assume specifica rilevanza: da un lato, in termini di valutazione *ex post* del provvedimento di autorizzazione integrata ambientale in relazione alle prescrizioni conformative di tutela ivi contenute; dall'altro, in termini di condizionamento della successiva declinazione procedimentale protesa al riesame dell'AIA^[15], rispetto al quale la VDS può offrire un contributo funzionale alla definizione di ulteriori livelli di protezione^[16].

Siamo in ogni caso al cospetto di un istituto che, seppur nella sua connotazione di strumento di valutazione successiva di un provvedimento amministrativo (l'AIA, in relazione all'efficacia delle relative prescrizioni) appare astrattamente suscumbibile nello schema della VIS retrospettiva^[17], in quanto tale comunque distante^[18] dal riferito archetipo della Health Impact Assessment, nella misura in cui non ne condivide *in toto* l'impostazione di metodo.

Quel metodo, abbiamo visto in precedenza, fa perno principale sulla

connotazione democratica della procedura, connotazione che recupera nella dimensione della trasparenza del processo valutativo e della sua ampia apertura alla partecipazione. Una partecipazione fortemente connotata in termini di sussidiarietà, sull'assunto della necessità di coinvolgere tutti gli attori del territorio, a vario titolo protagonisti della vicenda di esercizio del potere amministrativo.

Sotto questo profilo, tuttavia, la Vds introdotta dal legislatore nazionale nel 2012 evidenzia una matrice autoreferenziale, che trova conferma nel riferito decreto interministeriale di attuazione. In quel documento la partita della partecipazione è infatti descritta come fondamentale, posta la complessità delle valutazioni da sviluppare che presuppongono una stretta correlazione alla realtà del territorio di incidenza, ma è anche descritta come una partita a porte chiuse, che si consolida in *«tavoli interistituzionali tra gli enti preposti al fine di definire in modo integrato e condiviso modalità e criteri operativi»*^[19]

3. Il modello italiano della Valutazione d'impatto sulla salute (VIS) e il difetto di un'autonoma dimensione procedimentale

Negli ultimi anni, nell'ordinamento nostrano, il modello HIA ha trovato ripetute applicazioni, con diverse varianti terminologiche, in ambito regionale, ad un livello amministrativo^[20]. Nelle more di una soluzione normativa, ad un livello generale, il tema della necessità di dotare gli operatori, in particolare quelli appartenenti al Sistema delle Agenzie per l'Ambiente e al Servizio Sanitario Nazionale, di uno strumento metodologico per una valutazione integrata dei potenziali impatti sulla salute dei determinanti ambientali, era stato affrontato in via amministrativa nell'ambito del Gruppo di Lavoro "Ambiente e Salute" del Sistema Nazionale delle Agenzie di Protezione Ambientale sulla scorta dell'analisi delle esperienze già maturate in altri ordinamenti in punto di applicazione della VIS e settorialmente in alcune regioni. Ne è scaturito un documento recante *«Linee guida per la valutazione integrata di impatto ambientale e sanitario (VIIAS) nelle procedure di autorizzazione ambientale (VAS, VIA, AIA)»*, nel quale il modello della VIIAS viene descritto come *«una combinazione di procedure, metodi e strumenti con i quali si possono stimare gli effetti potenziali*

sulla salute e la distribuzione di tali effetti all'interno della popolazione nell'ambito delle procedure correnti di valutazioni in campo ambientale».

Si tratta dunque di una traccia operativa a disposizione delle amministrazioni nella prospettiva di offrire un supporto di metodo per la considerazione della componente salute nei riferiti procedimenti, in costanza di un vuoto normativo in relazione alla disponibilità di strumenti per la valutazione *ex ante* dei rischi per la salute connessi alla realizzazione di piani, progetti e attività industriali.

Il riferito vuoto normativo è stato invece solo parzialmente coperto dall'articolo 9, comma 1, della legge 28 dicembre 2015, n. 221 (cd. collegato ambientale) che ha introdotto, nel corpo dell'articolo 26 del d.lgs. n. 152/2006, il comma 5-*bis*, per effetto del quale, in relazione agli specifici progetti ivi indicati^[21], da sottoporre a Valutazione d'impatto ambientale (VIA)^[22] e comunque nell'ambito di essa, il proponente risulta onerato della predisposizione di una valutazione di impatto sanitario (VIS), in conformità a specifiche linee guida predisposte, in questo caso, dall'Istituto superiore di sanità.

La legge del 2015 introduce quindi, per la prima volta, il modello della VIS prospettica come strumento precauzionale, nell'ambito di un percorso normativo che si completa nel 2017 con il d. lgs. n. 104 del 2017, di attuazione della direttiva 2014/52/UE, a sua volta di riforma dell'istituto della valutazione di impatto ambientale.

La nuova fonte accompagna l'istituto di rinnovata enfasi, che si riscontra soprattutto sul piano definitorio. L'art. 2 del decreto del 2017 aggiunge infatti la lett. b-*bis*) nel comma I dell'art. 5 del d. lgs. 152 del 2006, per definire la valutazione di impatto sanitario come un «*elaborato predisposto dalla proponente sulla base delle linee guida adottate con decreto del Ministro della salute, che si avvale dell'Istituto superiore di sanità, al fine di stimare gli impatti complessivi, diretti e indiretti, che la realizzazione e l'esercizio del progetto può procurare alla salute della popolazione*»^[23]

L'introduzione della VIS nella procedura di VIA, anche se al momento per legge riferita ad una limitata categoria di opere, dà seguito alle modifiche apportate dalla direttiva del 2014/52/UE rispetto all'impianto della direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati^[24]. Due, in particolare, i profili che meritano attenzione nella nostra prospettiva: la necessità di una specifica analisi dei fattori ambientali con

esplicito riferimento alla tutela della popolazione e salute umana, laddove le precedenti Direttive parlavano più genericamente degli effetti diretti e indiretti sull'uomo; la richiesta di una più alta qualità dei rapporti di valutazione di impatto ambientale, sia da parte dei proponenti, che devono produrre lo studio, sia da parte dell'autorità competente che lo deve valutare.

Quello descritto nel nostro ordinamento, rappresenta, in ogni caso, uno strumento documentale nella responsabilità del proponente, relativo soltanto allo strumento della valutazione di impatto ambientale e circoscritto, nel suo ambito di applicazione obbligatoria, ai pochi, segnalati e tassativi interventi, rispetto ai quali la valenza della previsione sulla VIS assolve non solo la funzione di onerare il proponente della relativa produzione documentale, tesa a fornire elementi per consentire di valutare, nella sintesi decisoria della VIA, anche la componente ambientale, quant'anche assolve la funzione di orientare quell'attività istruttoria secondo un metodo e una specifica dimensione procedimentale definita dalle Linee Guida adottate con decreto del Ministro della salute, con il supporto dell'Istituto superiore di sanità^[25].

Posto che l'amministrazione, nel provvedimento di VIA, è chiamata ad esprimere un giudizio di compatibilità ambientale di determinati progetti di opere e interventi e ad *«individuare le soluzioni più adatte ad uno sviluppo sostenibile»*^[26] operando una sintesi tra interessi nel novero dei quali trova *«ordinariamente posto anche quello della salute umana»*^[27], la previsione sulla VIS più che funzionale ad innestare, nel corpo della procedura di VIA, un sottoprocedimento con focus specifico sulla rilevanza della componente salute in termini di impatto dell'opera, appare allora dispiegare i suoi effetti lungo due traiettorie: onerare il privato dell'istruttoria sugli specifici impatti sulla salute; garantire l'amministrazione nella prospettiva che l'istruttoria sulla componente salute, in sede di valutazione di impatto ambientale, sia svolta in un quadro procedimentale definito dalla pubblica amministrazione. Da qui la limitazione dell'ambito di applicazione della VIA a specifici provvedimenti rispetto ai quali l'impatto sulla salute appare ragionevolmente probabile e rispetto ai quali l'amministrazione ha evidentemente bisogno di un'istruttoria particolarmente approfondita che si consolidi attraverso uno schema di elaborazione validato, nella circostanza dalle riferite Linee Guida ministeriali.

In questi termini, la previsione della VIS colma, ad un livello meramente

superficiale, una lacuna conseguente alla mancanza, nell'ambito della definizione dei contenuti dello studio di impatto ambientale (articolo 22, T.U. 2006), che il proponente è tenuto a presentare in sede di avvio del procedimento di VIA, di informazioni specifiche in punto di impatto sulla salute della proposta progettuale^[28]. Si tratta di una carenza rilevante, specie alla luce della considerazione che lo stesso T.U. in materia ambientale esibisce rispetto alla valutazione ambientale di progetti, per la quale pone in primo piano il conseguimento di due obiettivi, evidentemente restituiti come prioritari: proteggere la salute umana, contribuire con un miglior ambiente alla qualità della vita. Obiettivi che il testo peraltro riporta come conseguenza della modifica intervenuta nel 2017 e originata dalla necessità di adeguare la nostra normativa di tutela ambientale rispetto alle previsioni *medio tempore* intervenute per effetto dell'approvazione della citata direttiva del 2014 sulla valutazione di impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, laddove si evoca esplicitamente l'obiettivo di «*garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute umana grazie alla definizione di requisiti minimi per la valutazione dell'impatto ambientale dei progetti*».

Anche in questo caso, dunque, il modello della HIA da cui siamo partiti sembra distante, nella sua dimensione di combinazione di procedure comunque gestite da una pubblica amministrazione. Nella disciplina interna della VIS, invece, il richiamo alla categoria delle valutazioni genera una confusione di fondo che tende ad accomunare la VIS agli altri strumenti di valutazione ambientale che, piuttosto, contemplano procedure dominate dalla pubblica amministrazione, quantomeno nelle fasi della istruttoria e della decisione, se non anche della iniziativa (come nel caso della VAS).

La VIS, per come descritta dall'attuale normativa, pone invece un adempimento istruttorio in capo al privato, che confluisce nell'istruttoria generale del procedimento e trova riscontro nel provvedimento finale per effetto della «*sintesi delle informazioni raccolte ai sensi degli articoli 23*» (articolo 25, comma 3), nel cui corpo s'inserisce la disposizione sulla VIS.

Manca dunque ogni considerazione di una dimensione procedimentale autonoma stante il difetto, nel quadro normativo, di una previsione che obblighi la pubblica amministrazione al gradimento della valutazione proposta dal privato come distinta dalla valutazione della complessiva istanza soggetta a VIA.

Nessun dubbio circa la competenza dell'autorità titolare del potere di provvedere nel valutare la componente salute nei procedimenti statali di valutazione di impatto ambientale statale (nella specie, il Ministero titolare della tutela ambientale), posto anche il supporto alla stessa offerto dalla Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale^[29], nella varietà della sua composizione tecnico-scientifica. Del resto, c'è sullo sfondo il problema del rischio di moltiplicazione delle fasi procedurali e di una lettura del principio di precauzione^[30] (che trova espressione nella VIS) che tradizionalmente incontra il suo limite principale nella contemporanea espressione della regola della proporzionalità dell'agire amministrativo. Nondimeno, la mancata considerazione di un riscontro amministrativo che sia di validazione del percorso valutativo avviato dal privato in un quadro di collaborazione con le autorità amministrative, sminuisce l'intenzione di enfatizzare la rilevanza procedimentale della valutazione sull'impatto sulla salute.

4. L'estensione dell'ambito di applicazione della VIS tra indicazioni giurisprudenziali e suggestioni del legislatore

Per quanto, come più volte evidenziato, la norma che impone l'obbligo di VIS ne descriva un ambito di applicazione circoscritto alle poche fattispecie tipiche di procedimenti di valutazione d'impatto ambientale richiamate dall'articolo 5 del Testo unico in materia ambientale, abbiamo già rilevato come, da tempo, nei diversi contesti regionali, si siano registrate esperienze di applicazione della valutazione degli impatti sulla salute ad un livello prevalentemente amministrativo^[31]. Attraverso queste esperienze, la connessione procedimentale tra tutela della salute e protezione dell'ambiente ha trovato progressiva affermazione, fino a recuperare uno strumento di supporto nelle riferite Linee guida per la valutazione integrata di impatto ambientale e sanitario (VIAS) nelle procedure di autorizzazione ambientale (VAS, VIA, AIA), adottate nel 2015 nel contesto del Sistema Nazionale di Protezione dell'Ambiente e nell'ambito di una precisa direttiva del Piano Nazionale della Prevenzione del 2014, laddove si sottolineava come *«forte l'esigenza di riqualificare le valutazioni preventive a supporto delle Amministrazioni effettuate dagli operatori della sanità pubblica e di fornire indicazioni per sviluppare adeguatamente la componente salute nell'ambito delle*

procedure di VAS e di VIA».

Del resto, abbiamo già evidenziato la recente evoluzione della normativa in materia di VIA, nel recepimento degli input euro-unitari, nella direzione di valorizzare la proiezione dell'istituto alla protezione della salute umana, lungo una scia che intercetta anche la normativa in tema di AIA, fermi quegli indirizzi giurisprudenziali che vedono nell'autorizzazione integrata *«il punto di equilibrio fra contrastanti interessi, in particolare fra la salute (art. 32 Cost.), da cui deriva altresì il diritto all'ambiente salubre, e il lavoro (art. 4 Cost.)»*^[32].

La convinzione che, in tutte le procedure di tutela ambientale, il fattore salute meriti specifica considerazione e adeguata istruttoria, quale condizione di legittimità dei relativi provvedimenti amministrativi, ha peraltro raggiunto consolidata maturazione nei percorsi della giurisprudenza.

E' una traiettoria che, ad esempio, ha portato il Consiglio di Stato ad annullare provvedimenti AIA, per difetto di istruttoria e motivazione, laddove *«essendo primarie le esigenze di tutela della salute ai sensi dell'art. 32 Cost. rispetto alle pur rilevanti esigenze di pubblico interesse soddisfatte»* dagli impianti autorizzati *«il rilascio dell'AIA - qualora siano risultati allarmanti dati istruttori - debba conseguire soltanto all'esito di un'indagine epidemiologica sulla popolazione dell'area interessata»*^[33]. Si tratta di un orientamento particolarmente interessante^[34] non solo perché sottolinea la rilevanza della componente salute ai fini del rilascio dell'autorizzazione integrata, quant'anche perché chiarisce che l'approfondimento epidemiologico debba essere condotto sulla base di dati recenti e *«ad esclusiva cura degli organismi pubblici a ciò competenti»*. La sentenza, coeva alla prima considerazione della VIS nell'ordinamento nazionale, evidenzia, in questi termini, una prospettiva di implementazione diversa rispetto alla configurazione dell'istituto offerta dal legislatore statale che, come chiarito, lo ha proposto nei termini di un adempimento istruttorio in capo all'istante. La decisione radica invece una specifica responsabilità pubblica a garanzia di un'adeguata istruttoria, per quanto più recenti indirizzi del medesimo giudice, nel chiarire come sia necessario procedere ad una *«valutazione di incidenza sanitaria (...) quando le concrete evidenze istruttorie dimostrino la sussistenza di un serio pericolo per la salute pubblica»*^[35] riportano la valutazione in carico al privato.

Emerge complessivamente un tessuto ordinamentale per cui, da un lato esiste una

VIS obbligatoria, *ex lege*, per singole fattispecie di VIA, da celebrarsi secondo la liturgia descritta nelle linee-guida ministeriali, dall'altro esiste una VIS doverosa, individuata dal giudice come elemento della legittimità dell'istruttoria procedimentale in relazione a tutti i procedimenti di valutazione e autorizzazione ambientale e comunque qualora la vicenda di esercizio del potere amministrativo suggerisca l'approfondimento a tutela preventiva della salute.

In questo secondo caso, residua in capo all'amministrazione una discrezionalità che è nell'*an* e nel *quomodo*, potendo l'amministrazione decidere se interpretare la valutazione in termini doverosi e, in caso affermativo, potendo decidere se condurre autonomamente l'istruttoria epidemiologica oppure imputarla al privato nelle riferite forme della richiesta di adempimento istruttorio. Qualora poi l'amministrazione si risolva per quest'ultima opzione, la circostanza che le linee guida descrivano un format vincolante per le sole fattispecie tipiche previste nell'articolo 5 del Testo unico ambientale evidentemente segna un limite alla discrezionalità amministrativa che, nelle ipotesi di VIS doverosa nelle quali l'amministrazione chiederà al privato il relativo cimento istruttorio, non potrà declinarne le modalità fino a chiedere tecniche di adempimento analoghe a quelle descritte nelle linee-guida ministeriali, ferma la rilevata complessità di una sequenza che, come abbiamo visto, irrobustisce la procedura di valutazione del rischio in relazione a dati non solo epidemiologici, come ordinariamente avviene nel modello archetipale della Health Impact Assessment, ma anche di matrice tossicologica. Una procedura che, nella tecnica aggravata che la contraddistingue, trova giustificazione esclusivamente nella fonte normativa che, in relazione ai menzionati procedimenti, innalza evidentemente la soglia della tutela.

Chiarita dunque la tendenza giurisprudenziale ad espandere gli spazi di doverosità della Valutazione dell'impatto sanitario anche in relazione ad ulteriori procedimenti di valutazione e autorizzazione ambientale, rispetto a quelli riferiti nel Testo unico del 2006, resta da evidenziare come questa traiettoria recuperi di recente qualche sponda a livello normativo. Il riferimento è al decreto-legge n. 36 del 2022 che, nell'ambito dei percorsi di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), all'articolo 27, ha provveduto all'istituzione del Sistema Nazionale Promozione Salute (SNPS)^[64], annoverando esplicitamente, tra le funzioni dello stesso, l'attività di supporto alle autorità competenti nel settore ambientale per l'implementazione della valutazione dell'impatto sulla salute

CERIDAP

nell'ambito della valutazione ambientale strategica (VAS), della valutazione di impatto ambientale (VIA) e dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA).

In questi termini, la previsione offre prova certa dell'interesse del legislatore nella direzione della generalizzazione della VIS nel quadro delle procedure di tutela ambientale, rispetto al quale però non fa riscontro un'adeguata presa in considerazione in sede amministrativa. Sorprende infatti, in questa direzione, la circostanza che, nel decreto ministeriale che ha successivamente dettagliato le competenze delle amministrazioni che danno vita al Sistema Nazionale di Protezione della Salute, del quale abbiamo parlato in precedenza, non emerge alcuna specifica attribuzione in relazione alla riferita attività di supporto, i cui contorni restano evidentemente tutti da definire.

1. Recepita nell'ordinamento giuridico italiano con la legge 8 luglio 1986, n. 349, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (VIA), successivamente modificata dalla direttiva 97/11 /CE del Consiglio del 3 marzo 1997 e dalla direttiva 2003/35/CE, nonché, di recente, dalla direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014.
2. È integrata, com'è noto, nel senso che nelle relative valutazioni tecniche sono considerati congiuntamente i diversi danni sull'ambiente causati dall'attività da autorizzare, nonché tutte le condizioni di funzionamento dell'installazione (non solo a regime, ma anche nei periodi transitori ed in fase di dismissione), perseguendo quindi una prestazione ambientale ottimale.
3. I richiami alla componente "salute" nella VAS sono infatti generici ma rintracciabili a partire dalla Direttiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente. Nell'Allegato I si legge infatti che: *«le informazioni da fornire ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, fatto salvo l'articolo 5, paragrafi 2 e 3, sono: possibili effetti significativi sull'ambiente, compresi aspetti quali la biodiversità, la popolazione, la salute umana, la flora e la fauna, il suolo, l'acqua, l'aria, i fattori climatici, i beni materiali, il patrimonio culturale, anche architettonico e archeologico, il paesaggio e l'interrelazione tra i suddetti fattori»*.
4. Vedi Cass. civ., s.u., 6 ottobre 1979, n. 5172, laddove è chiarito che: *«la protezione della salute assiste l'uomo non (solo) in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separatezza, ma in quanto partecipe delle varie comunità - familiare, abitativa, di lavoro, di studio ed altre - nelle quali si svolge la sua personalità. Accentuandosi il carattere di inerenza alla persona e di socialità del bene protetto, si rende manifesto che la protezione non si limita all'incolumità fisica dell'uomo, supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi occasionali spostamenti e così fatto specifico bersaglio di azioni aggressive, ma è diretta ad assicurare all'uno la sua effettiva*

- partecipazione, mediante presenza e frequentazione fisica, alle dette comunità, senza che ciò costituisca pericolo per la sua salute. La protezione si estende alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute: essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre».* La traccia ricostruita affonda radici, peraltro, nelle riflessioni di Alberto Predieri in materia di paesaggio come risultante delle preesistenze naturalistiche e dell'azione di trasformazione antropica, per le quali si rinvia ad A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto, ad vocem*, XXXI, Milano 1981, p. 507 (per una ricostruzione del pensiero di Predieri sui confini della nozione giuridica di paesaggio: G. Morbidelli, *Il contributo fondamentale di Alberto Predieri all'evoluzione e alla decifrazione della nozione giuridica di paesaggio*, in G. Morbidelli, M. Morisi (a cura di), *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, Firenze, 2019, p. 13. In senso critico rispetto alla considerazione del diritto all'ambiente salubre nello schema dei diritti soggettivi perfetti e nella prospettiva del fondamento costituzionale della tutela dell'ambiente alla luce del principio di solidarietà, F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Diritto dell'economia*, 2002, p. 215. Nella medesima prospettiva critica rispetto alla riferita impostazione della Cassazione per quanto con diversi accenti, R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020, p. 73. In relazione al carattere pluri-semantico della nozione di "ambiente" sempre doveroso in ogni caso il richiamo a M.S. Giannini, *"Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, p. 15. Per un approfondimento sulla giurisprudenza sovranazionale in tema di diritto all'ambiente salubre, C. Feliziani, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Edu in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2012, p. 999.
5. C. Di Costanzo, A. Cerruti, *Allocazione delle risorse e tutela costituzionale del diritto alla salute*, Bologna, 2021. Il carattere "multidimensionale" del diritto alla salute è bene evidenziato a partire da B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, p. 25, M. Luciani, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 5, 1991; R. Balduzzi, *Salute (diritto alla)*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5394.
 6. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Bologna, 2018, p. 22.
 7. Che segnala S. Pajno, V. Pucci, *Il diritto "fondamentale alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, in *Federalismi*, 27, 2020, p. 133.
 8. Nella categoria degli stakeholder rientrano tanto i soggetti che abbiano un interesse (non necessariamente economico) rispetto alla politica o al progetto sotto attenzione, quanto sicuramente tutti i soggetti che possano subire un pregiudizio in termini di impatto sulla salute personale come conseguenza della iniziativa in valutazione.
 9. In questa prospettiva, si legge nel Gothenburg Consensus Paper che «una HIA dovrebbe

valutare non solo gli impatti a livello aggregato, ma anche la distribuzione degli impatti sulla salute all'interno della popolazione, in termini di genere, età, appartenenza etnica, fede, orientamenti sessuali, status socioeconomico e altre caratteristiche. La ricerca dovrebbe essere disegnata in modo tale da identificare i differenti gruppi che potrebbero dover sopportare differenti impatti, e svelare come ciascun gruppo ne sarebbe colpito, positivamente o negativamente».

10. Ancora dal Gothenburg Consensus Paper: *«il processo di valutazione non dovrebbe essere pregiudizievole impostato per supportare o rifiutare la proposta, e dovrebbe essere rigoroso e trasparente. L'adeguatezza della valutazione si misura sulla completezza delle risposte che fornisce (che sono quelle richieste dal modello epidemiologico: effetto atteso sulla salute sia a lungo sia a breve termine, sia diretto, sia indiretto, disuguaglianze introdotte, meccanismi d'azione), sulla validità dell'informazione prodotta (sia quantitativa, sia qualitativa) e sull'efficacia comunicativa dei processi sociali in cui la valutazione si realizza (partecipazione dei diversi portatori d'interesse, trasparenza della comunicazione, "empowerment" dei più vulnerabili).*
11. J. Kemm, J. Parry, S. Palmer, *Health impact assessment: concepts, theory, techniques, and applications*, Oxford, 2004.
12. L.R. Puglia 24 luglio 2012, n. 121, cui ha fatto seguito il regolamento regionale di attuazione 3 ottobre 2012. Sulla VDS regionale pugliese si veda F. Giampietro, *Ilva: riesame dell'ALA, quale futuro? (parte prima)*, in *Ambiente & sviluppo*, 4, 2013, p. 312. Per un raffronto tra VDS regionale e VDS statale, M. Tagliaferro, *La VDS a metà del guado: tra politica legislativa ambientale, statale e regionale*, in *Ambiente & sviluppo*, 7, 2013, p. 648; E. Maschietto, *La valutazione del danno sanitario: una terra di conquista tra competenza statale e regolamentazione regionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, p. 773. Sulla VDS regionale come *«precedente importante, rispetto al quale la legislazione regionale ha meritoriamente funzionato da laboratorio e stimolo rispetto a quella statale»*, M. Mengozzi, *Le valutazioni sanitarie: alcuni spunti dal caso ILVA*, in M. Di Folco, M. Mengozzi (a cura di), *La salute nelle valutazioni di impatto ambientale*, Napoli, 2020, p. 110, laddove si richiama anche T.A.R. Lazio (sezione III *quater*), sentenza n. 8982/2014, nella parte in cui evidenzia come la VDS pugliese, nelle more dell'adozione della normativa statale, abbia fatto fronte rispetto ad *«una obiettiva lacuna normativa, che di fatto estrometteva dal campo di indagine istruttoria il pregnante interesse pubblico connesso alla tutela sanitaria»*.
13. A cura congiunta dell'azienda sanitaria locale e dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente competenti per territorio
14. Nell'ambito di una linea di continuità con il *format* delle usuali procedure adottate nella valutazione degli impatti sulla salute, il decreto articola una serie di fasi che possono essere identificate in: *«una fase conoscitiva, finalizzata alla raccolta dei dati ambientali e sanitari disponibili; una fase di valutazione di 1° livello relativa alla valutazione della loro qualità, alla stima del ruolo dello stabilimento nel determinare la qualità ambientale dell'area, alla ricostruzione del profilo sanitario della popolazione esposta ed*

all'identificazione dei contaminanti emessi dallo stabilimento che, per le loro proprietà chimico fisiche e tossicologiche, possono costituire un rischio per la salute umana; una fase di valutazione di 2° livello nella quale, su precise indicazioni formulate nella fase precedente, si procede a specifiche indagini epidemiologiche, e/o a stime quantitative dell'esposizione umana a specifici contaminanti; una fase di valutazione di 3° livello nella quale, si specifica l'indicazione emergente dalla fase precedente, si procede ad una completa analisi probabilistica del rischio associata ad esposizioni critiche precedentemente evidenziate; una fase di rapporto, in cui si discutono i risultati delle valutazioni, corredati da esaustive considerazioni».

15. Per un approfondimento dell'istituto alla luce del caso ILVA, S. Vernile, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 1697.
16. E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2017, p. 447, sottolinea un «particolare rapporto di connessione consequenziale tra Vds ed Aia», posto che il rapporto VDS «andando ad incidere sulle prescrizioni condizionali apposte all'Aia, produce un mutamento da leggere in termini di incidenza rispetto alla funzione del provvedimento abilitativo ad efficacia conformativa. In altri termini, il riferimento allo strumento della Vds viene a costituire un parametro di riferimento al fine di operare una rilettura del significato e della portata della clausola prescrittiva-condizionale apposta al provvedimento autorizzatorio. Tale affermazione induce a ritenere che il rapporto di Vds integra uno strumento attraverso il quale si produce un rafforzamento della connessione dell'Aia con la situazione fattuale all'interno della quale essa si inserisce». Muovendo da queste premesse, l'A. giunge a concludere che «il rapporto di Vds, per come delineato dal legislatore e dal successivo decreto interministeriale, assume in definitiva il carattere di una versa e propria "componente essenziale" dell'atto autorizzatorio in materia ambientale. In quest'ottica esso rappresenta il punto logico di partenza e la condicio necessaria per il successivo riesame dell'Aia ex art. 29-octies cod. amb. Nell'ottica di un adattamento delle sue prescrizioni condizionali al mutato esito sanitario risultante dalla valutazione». In senso critico sull'efficacia giuridica vincolante della VDS statale: M. Tagliaferro, *La VDS a metà del guado*, cit.; V. Cavanna, *La valutazione di impatto sulla salute (HIA); applicazione in ambito nazionale e internazionale*, in *Ambiente & sviluppo*, 2, 2014, p. 123.
17. Rileva "indubbe affinità" tra la Valutazione del danno sanitario e il modello della Valutazione dell'impatto della salute, C. Feliziani, *La valutazione di impatto sanitario tra principio di integrazione e proliferazione dei procedimenti*, in *Federalismi – Osservatorio di diritto sanitario*, 17 ottobre 2018, p. 6. In senso analogo, S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., 2017, Milano, p. 1586.
18. Il profilo distintivo tra i due strumenti emerge anche da Cons. St. (sezione V), sentenza del 23 novembre 2016, n. 4907.

19. Le istituzioni chiamate a partecipare comprendono gli enti territoriali, ARPA, ASL, ARES.
20. Per una puntuale ricognizione dei «*processi di sperimentazione di strumenti volti alla valutazione dell'impatto sanitario*» in ambito regionale, si rinvia ampiamente a S. Pajno, V. Pucci, *Il diritto "fondamentale alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, cit., pp. 159-ss.
21. Il catalogo comprende: i progetti per centrali termiche e altri impianti di combustione co potenza termica superiore a 300 MW; i progetti di impianti di raffinazione, gassificazione e liquefazione.
22. Nell'ambito della vastissima letteratura sulla valutazione d'impatto ambientale, senza pretesa di completezza: R. Ferrara, *La valutazione di impatto ambientale*, in R. Ferrara, G.F. Ferrari (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2015, p. 800; F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma - Bari, 2018; B. Giuliani, *Valutazione ambientale strategica, valutazione d'impatto ambientale e autorizzazione integrata ambientale*, in F.G.Scoca, P.Stella Richter, P.Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, vol. II, Torino, 2018, p. 1067; S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., 2017, Milano, p. 586; A. Milone, *Le valutazioni ambientali*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente. I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, vol. II, Milano, 2014, p. 13; A. Police, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente. Discipline di settore*, vol. II, Padova, 2013, p. 527; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, p. 64.
23. C. Feliziani, *La valutazione di impatto sanitario tra principio di integrazione e proliferazione dei procedimenti*, cit., pp. 7-8, sottolinea come «*l'istituto della VIS ritorni, ancorché implicitamente, anche nel novellato art. 25 del d. lgs. n. 152 del 2006. Dapprima al III comma, a mente del quale "il provvedimento di VIA contiene le motivazioni e le considerazioni su cui si fonda la decisione dell'autorità competente, incluse le informazioni relative al processo di partecipazione del pubblico, la sintesi dei risultati delle consultazioni e delle informazioni raccolte ai sensi degli artt. 23, 24 e 24 bis". E, poi, nel successivo IV comma, laddove si legge che "il provvedimento di VIA contiene altresì le eventuali e motivate condizioni ambientali che definiscono: a) le condizioni per la realizzazione, l'esercizio e la dismissione del progetto, nonché quelle relative ad eventuali malfunzionamenti; b) le misure previste per evitare, prevenire e, se possibile, compensare gli impatti ambientali significativi e negativi; c) le misure per monitoraggio degli impatti ambientali significativi e negativi (...)"*. In entrambi i casi, infatti, benché il legislatore non faccia espressa menzione della valutazione di impatto sanitario sembrerebbe potersi ritenere che tale istituto sia da considerare ricompreso o, per lo meno, presupposto tanto nel richiamo ai risultati e alle informazioni raccolte ex art. 23 contenuto nel citato III comma dell'art. 25, quanto nel riferimento alle eventuali e motivate condizioni di cui al successivo IV comma, le quali – a

rigore – non dovrebbero essere sic et simpliciter ambientali ma interessare anche gli aspetti connessi alla tutela della salute, pena il vanificare – di fatto – la ratio che sta alla base della previsione della VIS».

24. La quale a sua volta modificava la prima direttiva del Consiglio 85/337/CEE sulla procedura VIA. Per un inquadramento delle ambizioni della politica ambientale europea e sui motivi ispiratori della direttiva del 1985, D.U. Galetta, *La valutazione d'impatto ambientale alla luce dell'esperienza tedesca*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3, 1992, p. 827.
25. Le Linee Guida sulla valutazione d'impatto sulla salute, redatte dall'Istituto Superiore di Sanità e approvate con decreto del Ministro della salute del 27 marzo 2019, articolano una sequenza procedimentale che ricalca gli schemi procedurali comunemente utilizzati per le procedure di autorizzazione e valutazione ambientale (VIA, VAS, AIA), proponendo dunque un impianto strutturato in una pluralità di fasi successive: *screening, scoping, assessment, appraisal, monitoring* e *reporting*. Nel senso che la sequenza delle fasi in cui si articola la procedura nello schema proposto dalle linee-guida soddisfa «l'esigenza di procedimentalizzazione del principio di sostenibilità», V. Tamburrini, *Principio di sostenibilità e tutela della salute: osservazioni alla luce della recente normativa sulla valutazione di impatto sanitario*, in M. Di Folco, M. Mengozzi (a cura di), *La salute nelle valutazioni di impatto ambientale*, pp. 75-76. Per un approfondimento sulla “rilevanza sistematica” del riferito principio: F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, p. 183.
26. A. Police, *La valutazione di impatto ambientale*, cit.
27. C. Feliziani, *La valutazione di impatto sanitario tra principio di integrazione e proliferazione dei procedimenti*, cit., p. 9.
28. Le informazioni sono le seguenti: a) una descrizione del progetto, comprendente informazioni relative alla sua ubicazione e concezione, alle sue dimensioni e ad altre sue caratteristiche pertinenti; b) una descrizione dei probabili effetti significativi del progetto sull'ambiente, sia in fase di realizzazione che in fase di esercizio e di dismissione; c) una descrizione delle misure previste per evitare, prevenire o ridurre e, possibilmente, compensare i probabili impatti ambientali significativi e negativi; d) una descrizione delle alternative ragionevoli prese in esame dal proponente, adeguate al progetto ed alle sue caratteristiche specifiche, compresa l'alternativa zero, con indicazione delle ragioni principali alla base dell'opzione scelta, prendendo in considerazione gli impatti ambientali; e) il progetto di monitoraggio dei potenziali impatti ambientali significativi e negativi derivanti dalla realizzazione e dall'esercizio del progetto, che include le responsabilità e le risorse necessarie per la realizzazione e la gestione del monitoraggio; f) qualsiasi informazione supplementare di cui all'allegato VII relativa alle caratteristiche peculiari di un progetto specifico o di una tipologia di progetto e dei fattori ambientali che possono subire un pregiudizio. La normativa prevede inoltre che lo studio di impatto ambientale sia predisposto dal proponente secondo le indicazioni e i contenuti di cui all'allegato VII alla parte seconda del presente decreto laddove, ai fini della descrizione del progetto, in punto

di restituzione di elementi idonei alla valutazione della componente salute ai fini del rilascio della VIA, si fa riferimento esclusivamente alla «*valutazione del tipo e della quantità dei residui e delle emissioni previsti, quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, inquinamento dell'acqua, dell'aria, del suolo e del sottosuolo, rumore, vibrazione, luce, calore, radiazione, e della quantità e della tipologia di rifiuti prodotti durante le fasi di costruzione e di funzionamento*».

29. Istituita con d.P.R. n. 90 del 14 maggio 2007 (Regolamento per il riordino degli organismi operanti presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, a norma dell'articolo 29 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248).
30. In argomento: A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; Id., *Pianificazione territoriale e principio di precauzione*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente. Tutele parallele norme processuali*, III, Padova, 2015; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 247; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; ID., *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 413.
31. Torna d'attualità il richiamo a S. Pajno, V. Pucci, *Il diritto "fondamentale alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, cit., pp. 159-ss., nell'ambito di una ricognizione sviluppata anche da V. Cavanna, *La valutazione di impatto sulla salute (HIA): applicazione in ambito nazionale e internazionale*, in *Ambiente & sviluppo*, 2, 2014, p. 123.
32. Cons. St., 23 giugno 2021, n. 4802. Per un commento: V. Cavanna, *Ancora sulla tutela della salute e i poteri del Sindaco in casi di installazioni soggette ad AIA: il caso ex ILVA di Taranto*, in *Ambiente & sviluppo*, 10, 2021, p. 711.
33. Cons. St., 20 gennaio 2015, n. 163. La decisione fa riferimento ad un provvedimento autorizzatorio per impianto di termovalorizzazione dei rifiuti, rilevata la assenza di un previo e puntuale studio epidemiologico dell'area interessata dalla realizzazione dell'impianto.
34. Peraltro non nuovo, come evidenziano i riferimenti giurisprudenziali che segnala E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata degli interessi sensibili*, cit., 447: Cons. St. (sezione V), sentenza del 9 aprile 2015, n. 1805; in precedenza, T.A.R. Toscana (sezione II), sentenza del 20 gennaio 2014, n. 107.
35. Cons. St. (sezione IV), sentenza dell'11 febbraio 2019, n. 983, laddove ancora una volta si chiarisce che l'Amministrazione che in tali casi non la effettui incorre «*nel tipico vizio dell'eccesso di potere sotto il profilo del mancato approfondimento istruttorio, sintomatico della disfunzione amministrativa*».
36. Il SNPS si presenta dunque come un "network" che il legislatore vuole agisca in interazione con il Sistema nazionale a rete per la protezione ambientale (SNPA) di cui alla legge 28 giugno 2016, n. 132, concorrendo al perseguimento degli obiettivi di prevenzione primaria correlati in particolare alla promozione della salute, alla prevenzione e al controllo

CERIDAP

dei rischi sanitari associati direttamente e indirettamente a determinanti ambientali e climatici, anche derivanti da cambiamenti socio-economici, valorizzando le esigenze di tutela delle comunità e delle persone vulnerabili o in situazioni di vulnerabilità, in coerenza con i principi di equità e prossimità che abbiamo visto ispirare tutta l'evoluzione della programmazione nazionale in materia di prevenzione. Fanno parte del SNPS, operando in coordinamento tra loro, nella riferita logica di rete: i Dipartimenti di prevenzione delle Aziende sanitarie locali; le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano; gli Istituti zooprofilattici sperimentali; l'Istituto superiore di sanità, con compiti di coordinamento e supporto tecnico-scientifico; il Ministero della salute, con compiti di indirizzo, programmazione, monitoraggio, comunicazione istituzionale, anche mediante l'adozione di apposite direttive. Per un commento alla normativa di istituzione, M. Medugno, *Attuazione del PNNR: l'istituzione del Sistema Nazionale Prevenzione Salute*, in *Ambiente & Sviluppo*, 8-9, 2022, p. 548.

Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un'introduzione

Fiorenzo Liguori

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-18

Lo scritto si occupa dei mobili confini tra autonomia privata, legge, amministrazione e giurisdizione e prende sommariamente in esame i fenomeni dell'amministrazione per legge, della semplificazione e della sostituzione dell'amministrazione ad opera del giudice amministrativo, con un approccio laico che, senza considerare la separazione dei poteri alla stregua di un dogma intangibile, mira a ricercare le coordinate concettuali entro le quali possano ritenersi accettabili, in termini di misura e di misurabilità, gli sconfinamenti degli altri poteri nello spazio "naturalmente" amministrativo.

The 'space' of public administration. Old territories and new borders. An introduction

The paper deals with the mobile boundaries between private autonomy, law, administration and jurisdiction and briefly examines the phenomena of administration by law, simplification and replacement of administration by the administrative judge. Using a lay approach, the paper seeks to find the conceptual coordinates that, without treating the separation of powers as an intangible dogma, can be used to quantify and evaluate the extent to which other authorities have encroached upon the 'naturally' assigned domain of public administration.

Sommario: 1. Il tema e i suoi confini.- 2. Lo spazio amministrativo si riduce?- 2.1. Confini invalicabili e confini attraversabili.- 2.2. La direzione degli sconfinamenti.- 2.3. La soddisfazione dei bisogni e le diverse capacità amministrative.- 2.4. L'amministrazione e l'"altro da sé".- 3. L'amministrazione per legge.- 3.1. L'amministrazione per legge e il giusto procedimento.- 3.2. Le recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale.- 4. La semplificazione.- 4.1. La semplificazione come tecnica di riduzione dello spazio amministrativo.- 4.2.

Esigenze pratiche e coerenza sistemica nelle politiche di semplificazione.- 4.3. Effetto liberalizzante e ruolo residuo delle amministrazioni.- 4.4. Semplificazione e riduzione delle funzioni.- 4.5. Che cosa ci si attende dalle pubbliche amministrazioni.- 5. Il giudice sostituto dell'amministrazione. Grande contenzioso economico e liti bagatellari.

1. Il tema e i suoi confini^[1]

Non è un programma da poco definire lo spazio della pubblica amministrazione, muovendo, come recita il sottotitolo, dai vecchi territori per guardare poi alle nuove frontiere. Ma è un tentativo necessario in questa fase ormai lunga di incerta transizione e trasformazione dell'ordinamento, che ricorda «*una singolare rappresentazione teatrale dove ognuno degli attori recita le battute dell'altro*»^[2].

Una prima delimitazione di una così vasta area tematica, che finisce con il coincidere con tutti i compiti delle amministrazioni pubbliche, può derivare dalla focalizzazione su quegli spazi amministrativi che subiscono l'erosione di altri poteri (il legislatore, il giudice, i privati), ma senza al contempo tralasciare quelli che l'amministrazione contende ai titolari "tradizionali": è il caso, quest'ultimo, di quella che si potrebbe chiamare amministrazione senza legge o, per adottare una formula meno forte, priva di un'esplicita attribuzione legislativa e che si manifesta nei c.d. poteri impliciti delle Autorità amministrative indipendenti. Viene in rilievo pure quella già definita come amministrazione senza giudice, formula con cui ci si intende riferire a quei casi in cui, per ragioni diverse, l'amministrazione si vede riconoscere la capacità di determinare il definitivo assetto degli interessi, con l'esclusione della possibilità di intervento del giudice^[3]: dunque, in questo caso, lo spazio amministrativo non si amplia, e però l'azione dell'amministrazione assume una qualità ulteriore, speciale, che preclude al potere giurisdizionale di controllarne l'operato.

Va da sé che un tema del genere, per quanto ci si possa impegnare a delimitarlo, presenta comunque una dimensione totalizzante, e travolge i residui steccati tra le discipline: quando si parla di limiti e rapporti tra poteri un riferimento obbligato è costituito dagli elementi essenziali intorno ai quali si sviluppa la riflessione propria del costituzionalismo, nelle diverse forme che se ne sono nel tempo

affermate, ossia la limitazione dei poteri pubblici e l'affermazione di sfere garantite di autonomia^[4].

Per poter parlare di confini è, dunque, necessario sconfinare, anche oltre il diritto. Si tratta nondimeno di temi che interrogano specificatamente il giurista, e in particolare chi si occupa del potere amministrativo, con domande che finiscono per coinvolgere la stessa natura della disciplina, che avrebbe ben poche possibilità di arginare gli sconfinamenti di cui siamo chiamati a discutere, quando percepiti come indebiti alla luce di quello che il *nomos* tramandato suggerisce, se si trattasse di una semplice infrastruttura^[5] o se fosse destinata a subire, perché inautonoma, l'assenza dei grandi sistemi filosofici, che hanno ceduto il passo a «*quadri concettuali frammentati, che elevano il disordine a chiave interpretativa del mondo e conseguentemente anche della dimensione giuridica*»^[6].

Secondo il quadro concettuale cui si ritiene di fare riferimento «*il diritto non si autointerpreta come registratore di un ordine dato e preesistente, bensì come costruttore di un ordine che, senza la regolazione giuridica (e dunque senza l'applicazione del principio di consequenzialità deontica), non si darebbe*»^[7].

2. Lo spazio amministrativo si riduce?

Se dunque l'obiettivo è ri-costruire un ordine messo in discussione da fenomeni percepiti come esorbitanti anche in una visione dinamica dell'ordinamento, occorre preliminarmente volgere lo sguardo al dato fattuale, con l'obiettivo di cogliere la portata dell'occupazione degli spazi "naturalmente" amministrativi ad opera del legislatore e del giudice, ma anche dei privati: risultano, questi ultimi, infatti, essere promotori o comunque destinatari degli interventi legislativi che sottraggono spazio all'amministrazione. Operata questa preliminare verifica, vi è ancora un ulteriore dato fattuale da osservare, quello cioè che attiene alle conseguenze concrete che la mobilità dei confini – che separano legislazione, amministrazione, giurisdizione e autonomia privata – produce.

Si tratta in verità di fenomeni già per più aspetti fatti oggetto di analisi, specie nella letteratura degli ultimi anni, anche attraverso un puntuale esame del dato quantitativo delle c.d. leggi provvedimento; e le letture critiche di alcuni casi giudiziari ben noti, che hanno visto il giudice sostituirsi all'amministrazione^[8].

Le relazioni riprenderanno quelle analisi e proveranno ad andare oltre.

Per introdurre il dibattito può essere utile qualche osservazione di ordine generale: una, preliminare, sull'idea di frontiera, o confine; la seconda, sulla direzione, se una direzione c'è, delle trasformazioni in corso, ovvero sul carattere non unidirezionale di questi cambiamenti; la terza sulle differenze, anzitutto in punto di capacità, tra le diverse tipologie di amministrazione; la quarta, sul ricorso ai privati per assolvere a compiti di interesse collettivo.

2.1. Confini invalicabili e confini attraversabili

È stato scritto che: «*i confini sono delle semplici linee. Ma quelle linee hanno una doppia e contraddittoria capacità. Da una parte rimandano infatti all'idea della loro invalicabilità [...]. Dall'altro, tuttavia, esse rimandano all'idea del loro attraversamento*»^[9].

La considerazione ha valore generale, ed appare di problematica conciliazione con l'idea di diritto come costruzione di un ordine volto a produrre certezza. Nondimeno, se si guarda alla divisione dei poteri non come a un dogma, al quale l'ordinamento debba, con una sorta di automatismo, essere integralmente improntato per esigenze di coerenza teorica^[10], ma come ad un criterio organizzativo logico e storicizzato, incentrato sulla ripartizione delle funzioni, che contano più dei soggetti chiamati a svolgerle^[11], nonché sulla specializzazione, sulla responsabilità, e sul diverso regime degli atti, l'idea dell'attraversamento (misurato e misurabile) può essere accostata, almeno come ipotesi di lavoro, senza eccessivo scandalo a quella della invalicabilità, anche quando si ragiona dei rapporti dell'amministrazione con gli altri poteri.

Del resto, è il caso di ricordare che l'obiettivo originario della separazione dei poteri è chiaramente ravvisabile nel contenimento del potere esecutivo^[12], mentre, quanto ai rapporti tra amministrazione e giurisdizione il principio non si ricava con nettezza dalla nostra Costituzione^[13].

Ma resta fermo che è con il diritto positivo più che con la dogmatica astratta che occorre anzitutto confrontarsi, e con la Costituzione in primo luogo.

E se spazi vi sono, e mi pare che ve ne siano, perché organi chiamati a svolgere prevalentemente una funzione^[14] possano anche, entro certi limiti, occuparsi d'altro, residua quantomeno un problema di misura e di misurabilità, che rimanda al valore della certezza del diritto che, come ci ricorda da ultimo

Luciani^[15], deve costituire la prospettiva privilegiata di soluzione dei problemi: se non c'è certezza nessun sistema sociale può funzionare correttamente.

Non si può “navigare nell'ignoto”, ed è invece questa l'impressione che si ricava dall'esame dei numerosi attraversamenti di confini che caratterizzano l'attuale fase istituzionale.

2.2. La direzione degli sconfinamenti

La sensazione che manchi un disegno e che ci si limiti a reagire agli accadimenti con decisioni pensate solo in termini di efficacia, anche comunicativa (basta che funzioni e che il messaggio arrivi), si ricava anche dalla difficoltà – venendo ad una seconda osservazione preliminare – di individuare la effettiva direzione degli sconfinamenti rilevati.

In effetti, se da un lato si registra la sottrazione di spazi amministrativi, dall'altro, si osserva pure che l'azione amministrativa non si può, neppure all'attualità, considerare in ritrazione. Anzi, pur in presenza di invasioni di campo, semplificazioni, poteri esauribili, *by-pass* di ogni tipo, viene percepita l'espansione dei compiti di intermediazione amministrativa: «oggi l'azione amministrativa è in espansione, perché sempre più è richiesta l'intermediazione amministrativa negli svariati campi della società», ed in particolare nel campo economico e dei diritti sociali^[16].

Il modo di rapportarsi dei poteri pubblici nei confronti dell'economia è contrassegnato, come è ben noto, da perenni oscillazioni, in dipendenza dell'affermarsi di diverse visioni e, più ancora, in conseguenza delle crisi economico-finanziarie e dalle scelte adottate per fronteggiarle.

Il diritto europeo, che aveva in una prima fase ridotto lo spazio per l'intervento pubblico e per l'amministrazione nazionale in economia, ha poi rilanciato – sia pure con caratteristiche e obiettivi diversi rispetto al passato – anche le funzioni di incentivazione e programmazione, oltre a quelle pro-concorrenziali e di regolazione, che parevano aver soppiantato le altre forme di interventismo^[17].

Del resto, finché lo Stato di diritto avrà una connotazione anche sociale, ed è questa l'opzione ribadita anche in sede europea, potrà cambiare il modo di essere delle amministrazioni pubbliche, come è accaduto nel campo dei servizi pubblici, ma le amministrazioni dovranno pur sempre svolgere un ruolo essenziale per la

realizzazione del programma costituzionale, che poco le nomina ma molto le presuppone^[18].

2.3. La soddisfazione dei bisogni e le diverse capacità amministrative

La percezione del bisogno in termini sociali ed istituzionali, e la conseguente attribuzione di funzioni amministrative per farvi fronte, non equivale però, all'evidenza, alla sua concreta soddisfazione.

Qui si apre una pagina diversa, ancora una volta fattuale, che riguarda l'amministrazione come problema, il suo funzionamento, le sue carenze in punto di celerità, efficienza ed efficacia. È ben noto che l'amministrazione pubblica è percepita come un ostacolo allo sviluppo economico, ma è anche il caso di notare – ancora un profilo di rilievo preliminare – che non tutte le amministrazioni sono uguali.

Non è possibile provare qui ad indicare la varietà delle *performance* delle diverse amministrazioni pubbliche, se non per tipologie, giacché un dato che emerge con sufficiente nitore dall'osservazione della realtà è che l'efficienza e l'efficacia sono in linea di massima proporzionali rispetto al livello degli affari trattati, in corrispondenza, del resto, con la qualità delle amministrazioni chiamate ad occuparsene.

I “rami alti”, e specialmente le autorità indipendenti, si dimostrano generalmente in grado di svolgere adeguatamente i delicati compiti assegnati loro dalla legge, ed arrivano anche ad occupare spazi non esplicitamente ad essi devoluti. Esiste dunque anche un'amministrazione capace ed autorevole chiamata a regolare l'autonomia dei privati e che si spinge fino ad autoattribuirsi, con l'avallo del giudice, poteri non nominati esplicitamente ma ritenuti necessari allo svolgimento efficace della missione affidatale dalla legge^[19].

Tuttavia, all'esterno delle ormai numerose aree presidiate dalle autorità indipendenti, si registra, allo stesso tempo, anche nell'amministrazione centrale un altro fenomeno che finisce per incidere sull'estensione dello spazio amministrativo: la esternalizzazione di molti compiti, specialmente tecnici, un tempo svolti direttamente^[20].

Anche i “rami alti” delle amministrazioni tradizionali, del resto, per non

assumersi il peso di certe decisioni, chiedono aiuto alla politica, ed il Governo utilizza frequentemente, per risolvere lo specifico problema amministrativo, lo strumento del decreto-legge.

I “rami bassi” vengono invece, questa volta per effetto di regole dettate in via generale, normalmente scavalcate, talvolta con tecniche accettabili in linea di principio, perché non coinvolgono profili discrezionali, altre volte con strumenti che forzano la logica della funzione e sottraggono con soluzioni drastiche spazi essenziali alla pubblica amministrazione che non ha agito tempestivamente.

Se, nel primo caso, i regimi amministrativi si contraggono per garantire la fruizione effettiva delle libertà economiche, e dunque si tratta di una coerente rimozione del potere, nel secondo non si dispone in partenza alcuna sottrazione di potere, ma se ne produce la consumazione (almeno nella sua connotazione originaria, mentre residuano i poteri di secondo grado) quando il titolare sia rimasto inerte.

Con una semplificazione che richiede per certo analisi più accurate, si può dire che “in alto” lo spazio che dovrebbe essere dell’amministrazione si estende, ma viene anche di sovente invaso ovvero esternalizzato specialmente nella sua essenziale componente tecnica, mentre “in basso” senz’altro si restringe o comunque si modifica in *minus*.

2.4. L’amministrazione e l’“altro da sé”

L’accento al tema delle esternalizzazioni rimanda al rapporto tra l’amministrazione e l’“altro da sé”, una relazione che si innerva nelle maglie di una azione pubblica inceppata e non segue soltanto le traiettorie disegnate dalle appena rievocate logiche semplificatrici.

Mi riferisco in particolare al vasto tema – al centro di un confronto molto sentito e non immune da eccessi ideologici – relativo al largo e talvolta disinvolto ricorso delle amministrazioni pubbliche a competenze esterne per lo svolgimento di attività variamente connotate: attività strumentali, servizi pubblici, servizi alla p.a. (come nel caso della c.d. assistenza tecnica).

È una questione che intreccia ancora il tema della capacità amministrativa, avvertito nel tempo presente come crescente difficoltà di dare risposta ai bisogni della collettività e che chiama in causa più profili di ordine organizzativo,

anzitutto il nodo della qualificazione e dell'adeguatezza delle competenze proprie dei ruoli burocratici rispetto ai compiti da svolgere^[21] e, con esso, quello dell'efficacia delle procedure concorsuali e della disponibilità delle risorse della conoscenza^[22].

Ma è una questione che non rileva solo sul piano organizzativo.

La vicenda del PNRR e la polemica divampata a proposito della decisione di coinvolgere una società multinazionale di consulenza strategica nella predisposizione del piano, collega esemplarmente il problema della capacità dell'amministrazione (o incapacità, se così si intende leggerla per le ragioni su richiamate) di programmare e di progettare a quello dei rapporti tra pubblico e ciò che pubblico non è.

E la questione, come detto, non è solo di organizzazione, ma investe la natura delle funzioni, la consistenza e le qualità delle attività (in termini di loro dismissibilità o meno) rispetto alle quali si renda opportuno, sempre che sia ammissibile, un coinvolgimento del privato, ormai sistematicamente praticato.

Coinvolgimento del privato che è talvolta perfino prescritto, come negli svolgimenti che il codice del terzo settore valorizza e che, dunque, in un tale contesto, non pare sempre decifrabile in una logica esclusivamente bipolare e in definitiva antagonista^[23], o comunque caratterizzata da una dinamica di alternatività escludente tra i due termini della relazione^[24].

Da un sommario sguardo alla relazione con "ciò che pubblico non è" si può dunque evidenziare che l'amministrazione cede spazi all'autonomia privata, ma anche che si tratta di una relazione non sempre riconducibile al consueto schema oppositivo e neppure esauribile nella individuazione di una netta linea di confine tra mondi diversi^[25].

3. L'amministrazione per legge

3.1. L'amministrazione per legge e il giusto procedimento

L'amministrazione per legge è certamente un fenomeno di sottrazione di spazio amministrativo ed è ormai diventata una prassi assai diffusa: circa la metà delle leggi presentano contenuti provvedimentali.

Questa tendenza a provvedere legiferando mira evidentemente ad aggirare le

difficoltà attuative delle scelte politiche ed a raggiungere il più rapidamente possibile l'obiettivo, comunicandolo inoltre con immediatezza all'opinione pubblica^[26]. Del resto, il livello politico ha sempre avuto, su determinati affari, la tentazione di appropriarsi del livello amministrativo senza rispettarne modalità di esercizio e garanzie^[27]. Oggi, peraltro, spesso la legge finisce per assumere una funzione di riconoscimento postumo di regole che derivano esclusivamente da attori privati capaci di imporsi sui poteri pubblici^[28] e ciò avvalorava la sensazione che l'alterazione del sistema delle fonti sia frequentemente la conseguenza di operazioni di potere e che la fragilità, anche culturale, del decisore politico giochi un ruolo non secondario^[29]. La stessa burocrazia, d'altro canto, è spesso poco propensa ad assumersi la responsabilità di scelte discrezionali destinate a toccare interessi forti, con tutto ciò che ne conseguirebbe sul piano delle responsabilità.

Quasi sempre si tratta di decreti-legge, qualificati peraltro "provvedimenti" dalla Costituzione e che la legge richiede siano motivati.

La prassi dei provvedimenti amministrativi adottati in forma di decreti-legge dice molto anche della crisi del Parlamento, compreso dalla posizione sempre più trainante del Governo, divenuto una sorta di comitato direttivo del Parlamento^[30].

Quali che siano di volta in volta i motivi effettivi delle singole leggi che amministrano (alcuni possono ricorrere anche contemporaneamente, altri sono di difficile conciliazione l'uno con l'altro), si può ritenere che l'obiettivo comune sia quello di risolvere rapidamente un problema che sta a cuore alla maggioranza di governo senza passare attraverso la faticosa e lenta intermediazione burocratica. L'amministrazione per legge, nelle sue varie espressioni, è dunque il fenomeno che più risalta di riduzione dello spazio amministrativo e la cui tenuta sul piano dei principi ha bisogno di puntuali verifiche. Un conto, infatti, è la discrezionalità dell'amministrazione tenuta al rispetto dell'imparzialità e del giusto procedimento che ne è espressione, un altro il potere del legislatore connotato da una vera libertà nella determinazione del fine.

Sul piano della tutela giurisdizionale, poi, è evidente la disparità di trattamento subita dai soggetti coinvolti rispetto a quelli interessati da un provvedimento amministrativo, se è vero che, in oggi, ogni provvedimento che abbia la forma della legge può essere censurato solo sotto il profilo della costituzionalità con le forme, i limiti e i tempi propri di un giudizio di legittimità costituzionale. La giurisprudenza costituzionale, con l'avallo della dottrina^[31], sul presupposto che la

sovranità delle assemblee rappresentative possa assorbire anche il potere amministrativo, ritiene ammissibili le leggi provvedimento; e tuttavia, almeno in linea di principio, ha temperato questa affermazione proclamando la sottoposizione da parte della Corte stessa ad uno stretto scrutinio di ragionevolezza, che però ha praticato, in concreto, in termini deboli e disomogenei.

3.2. Le recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale

Da qualche anno, la Corte ha assunto, prima con riguardo a leggi regionali e poi anche a leggi statali^[32], una posizione più rigorosa, ma non omogenea quanto agli esiti^[33], affermando che una legge provvedimento non può avvantaggiarsi dell'ampio margine di discrezionalità politica riservato al legislatore per eludere le garanzie di un giusto procedimento, assunto finalmente a principio costituzionale.

Si potrebbe, come pure si è fatto, ricavare da questo indirizzo anche l'affermazione di una riserva di procedimento, peraltro non facilmente distinguibile dalla – sempre negata – riserva di amministrazione. In una tale visione sarebbe illegittimo lo strumento legislativo utilizzato con funzione di amministrazione: il procedimento è, infatti, considerato tipico e non surrogabile e si ritiene che la sua sede sia solo quella amministrativa^[34].

Si tratta di una ricostruzione di sicuro interesse e che merita di essere attentamente considerata, ma intanto non sembra questa la strada da ultimo seguita dal giudice costituzionale, il quale continua a rifiutare l'idea della inammissibilità *tout court* delle leggi-provvedimento, ma va ora egli stesso alla ricerca delle garanzie normalmente apprestate in sede amministrativa nello svolgimento della funzione legislativa a contenuto provvedimentale: motivazione, istruttoria, rispetto dei principi che limitano la discrezionalità. La Corte si è così attribuita il potere-dovere di operare un sindacato sulla decisione in forma legislativa con il metro proprio del giudizio amministrativo. Al sindacato sull'adeguatezza della motivazione e sulla completezza dell'istruttoria, cui la motivazione si riconnette, corrisponde ora una visione non più formalistica dello scrutinio di ragionevolezza, che arriva ad abbracciare le più incisive declinazioni

del principio di proporzionalità, come accaduto di recente nel noto caso del finanziamento straordinario concesso con provvedimento legislativo al teatro Eliseo, ritenuto illegittimo sia per carenza della motivazione che per la sua incongruità e sproporzione per eccesso. Lo sviluppo è di certo rilevante^[35], ma la trasmutazione del giudice costituzionale in giudice amministrativo pone nuovi interrogativi, se non altro perché ancora un altro attore, per quanto assai autorevole, prende a recitare una parte che non è la sua, senza peraltro poter assicurare una tutela di pari intensità, posto che il cittadino non può ricorrere direttamente alla Corte costituzionale e la tutela cautelare nel giudizio costituzionale è limitata ai giudizi in via principale^[36]. È lecito, dunque, chiedersi se questa trasformazione del giudice costituzionale in giudice amministrativo possa essere la strada giusta per ricondurre il fenomeno entro limiti accettabili o se non si tratti di un altro fattore di confusione.

L'idea sempre ritornante e sempre rifiutata di una riserva di amministrazione potrebbe trovare nuova linfa prendendo sul serio l'art. 118 Cost. come modificato dalla riforma del titolo V del 2001: una lettura che avrebbe forse meritato maggiore ascolto, se è vero che l'articolo, per come oggi riformulato, lascia «*intendere che la titolarità dell'esercizio di una funzione amministrativa spetti sempre ai livelli amministrativi di livello territoriale (da quello comunale sino a quello statale) non contemplando affatto casi di "amministrazione per legge"*»^[37].

Riemerge comunque il tema di fondo della discussione sull'ammissibilità delle leggi provvedimento e, cioè, se debba prevalere la forma legislativa ovvero la sostanza amministrativa. Fin qui, anche se gli sviluppi ultimi nel salvare la forma cercano di attingere alla sostanza, è prevalsa la qualificazione formale con il conseguente regime di sindacabilità esclusivamente in sede costituzionale. Sarebbe però anche il caso di vagliare laicamente le tesi, all'apparenza eversive, da taluno avanzate e che puntano decisamente sul dato sostanziale, con argomentazioni tratte anche dalla giurisprudenza europea^[38].

E sembra che questa visione sostanziale cominci a fare breccia nella giurisprudenza di merito, come si evince dalla recente ordinanza del Giudice del Lavoro di Napoli nella nota vicenda *Fuortes-Lissner*, dove si afferma che la norma «*contra personam*» dettata proprio per quel caso non può trovare applicazione perché, se così fosse, sarebbe incostituzionale^[39].

Certo è che questo modo di legiferare provvedendo, mentre comporta la rinuncia all'imparzialità, non è sintomo della salute del sistema e meno che mai della forza del Parlamento, che si limita a recepire scelte dell'esecutivo e i cui atti finiscono sotto la lente del giudice costituzionale, che li esamina con strumenti più invasivi rispetto a quelli consueti, mutuandoli da quelli ormai propri della giurisdizione piena del giudice amministrativo, ma senza poter assicurare una tutela di pari intensità.

Questa tendenza ormai invalsa arreca pochi benefici e fa molte vittime: pochi benefici perché, come è stato spiegato, le leggi autoapplicative si rivelano in molti casi poco più che un'illusione^[40], posto che richiedono comunque disposizioni attuative^[41], ma soprattutto fa molte vittime: non solo l'amministrazione, ma anche il principio di imparzialità, la distinzione tra politica e amministrazione^[42], lo stesso Parlamento, ridotto ad una funzione notarile rispetto alle scelte dell'esecutivo, i privati diversi ed, evidentemente, meno forti di quelli che hanno promosso l'incorporazione delle decisioni desiderate nelle leggi provvedimento.

4. La semplificazione

4.1. La semplificazione come tecnica di riduzione dello spazio amministrativo

Un'altra tecnica utilizzata dal legislatore e che produce l'effetto di ridurre lo spazio amministrativo eliminando o riducendo in tal modo i problemi legati all'inefficienza degli apparati burocratici è la semplificazione. Anche in questo caso, il protagonista della sottrazione è il legislatore, ma l'effetto che si produce è l'espansione dello spazio dei privati rispetto a quello dell'amministrazione pubblica: privati che sono o liberati dall'invadenza del potere amministrativo o investiti di compiti prima a quest'ultimo riservati.

Nell'amministrazione per legge, invece, il ruolo dei privati, il più delle volte decisivo nella produzione delle leggi provvedimento, è nascosto, anche se è ben chiaro che all'origine del fenomeno vi è l'azione di gruppi di pressione sovente portatori di interessi privati che richiedono la soluzione urgente di una questione per loro rilevante.

La semplificazione è, all'evidenza, un tema amplissimo e richiederebbe tutta una

serie di specificazioni che in questa sede vanno necessariamente omesse. Mi limiterò a richiamare l'attenzione su tre profili di carattere generale.

Il primo riguarda la possibile convergenza tra le esigenze di aggiramento dell'ostacolo amministrativo e le acquisizioni teoriche sulle diverse tipologie di potere e sull'impossibilità di fare a meno del solo potere in senso sostanziale; il secondo attiene alla configurazione di un ruolo per la pubblica amministrazione, e dunque di uno spazio amministrativo ineliminabile anche nelle ipotesi in cui la semplificazione si spinga fino al suo punto più estremo consistente nella liberalizzazione delle attività dei privati o almeno del loro avvio; il terzo investe la mai veramente praticata ricerca di ciò che davvero è ineliminabile, ossia dello spazio amministrativo essenziale.

4.2. Esigenze pratiche e coerenza sistemica nelle politiche di semplificazione

Sul primo punto ricordo che meccanismi come quello disciplinato dall'articolo 19 della l. n. 241/1990 e che determinano il passaggio dal controllo *ex ante* al controllo *ex post* non costituiscono unicamente un rimedio alle inefficienze degli apparati amministrativi, ma presuppongono anche la consapevolezza culturale della preesistenza dei diritti rispetto al potere ed appaiono coerenti con l'idea che il potere in senso sostanziale, quello che innova l'assetto degli interessi ed il cui esercizio deve essere di necessità affidato ad un soggetto imparziale e specializzato, sia soltanto quello discrezionale. Diverso è il caso delle semplificazioni disposte per procedimenti in cui sono presenti valutazioni discrezionali, che la disciplina di quell'attività rimette coerentemente ad un'amministrazione pubblica imparziale. In queste fattispecie, lo spazio amministrativo si riduce come conseguenza (sanzione) dell'inefficienza, ma è evidente il *vulnus* inferto a una funzione che dovrebbe essere indefettibile. Da qui i tentativi del giudice amministrativo di limitare la portata di queste soluzioni, specie nel caso del silenzio assenso, le stranezze, cioè, di una giurisprudenza oscillante e in conflitto con espressi elementi normativi di evoluzione del contesto oltre che logici^[43]. Quando lo spazio amministrativo si riduce con soluzioni di questo tenore, il giudice prova dunque a resistere. Se ne possono comprendere le preoccupazioni (tutela del territorio, ecc.), ma quando il legislatore ha scelto, ed ha per di più con

chiarezza ribadito la sua scelta (l. n. 120/2020 e d.l. n. 77/2021), non c'è che da prenderne atto: la ripartizione di funzioni e compiti è questione di diritto positivo.

Del resto, il giudice, ma in verità non solo il giudice, ha molto faticato ad accettare anche l'idea dell'ammissibilità di un potere privato in grado di produrre l'effetto abilitante pure con riguardo ai procedimenti privi di contenuti discrezionali⁽⁴⁴⁾. La scelta del legislatore è invece sufficientemente chiara: il c.d. potere vincolato, a petto di interessi pretensivi – ma in realtà non v'è più motivo per escludere che vadano qualificati in termini di diritto soggettivo – non è vero potere, posto che il privato è egli stesso in grado di produrre l'effetto, prerogativa prima riservata all'amministrazione; ed il potere discrezionale si consuma se non esercitato per tempo, prescindendo dalla fondatezza della pretesa. La prima acquisizione appare conforme ai principi tramandati e al disegno costituzionale ed europeo del rapporto tra autorità e libertà, la seconda è assai più problematica.

4.3. Effetto liberalizzante e ruolo residuo delle amministrazioni

L'altra considerazione che è possibile svolgere attiene al mutamento qualitativo del ruolo dell'amministrazione che è cosa ben diversa dall'eliminazione di ogni spazio amministrativo; perché un ruolo per le pubbliche amministrazioni permane anche in presenza di semplificazioni ed anche quando le stesse producano un effetto liberalizzante. In questi casi l'amministrazione non scompare, ma se ne ridisegna il ruolo, posto che l'istruttoria e la produzione dell'effetto abilitante spettano all'interessato; i compiti dell'amministrazione devono invece limitarsi alla revisione dell'operato del privato, ma evidentemente richiedono un impegno rilevante se le amministrazioni non riescono a svolgerlo e optano per un inammissibile controllo a campione, che anch'esso riduce, ma solo di fatto, lo spazio amministrativo. Lo stesso regime di mera comunicazione non comporta la totale evaporazione del soggetto pubblico quanto piuttosto l'attribuzione di un compito di ricognizione e vigilanza, che la pratica ci dice essere svolto in modo occasionale e disorganico.

Il tema è dunque, ancora e sempre, quello della capacità amministrativa, ampiamente migliorabile, per usare un eufemismo, necessaria anche per portare a

compimento le politiche di liberalizzazione.

4.4. Semplificazione e riduzione delle funzioni

Sempre con riguardo alla semplificazione, non si può non fare riferimento a una linea di intervento, diversa da quelle fin qui seguite e che potrebbe portare a una riduzione ragionata dello spazio amministrativo. Questa opzione richiede una ricognizione analitica delle molte, sicuramente troppe, funzioni contemplate nei diversi procedimenti e in particolare in quelli finalizzati all'ottenimento di atti abilitativi, nella prospettiva dell'eliminazione di tutte quelle superflue ovvero della loro concentrazione secondo un disegno funzionale e organizzativo più razionale.

Periodicamente, un simile progetto si riaffaccia nelle intenzioni dei diversi Governi, ma fin qui non se ne è fatto nulla, a quel che mi risulta, e nondimeno la questione è all'ordine del giorno, sia perché ripresa nel PNRR⁽⁴⁵⁾, sia perché la legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021 (l. n. 118/2022), all'articolo 26 contiene una delega al Governo per un intervento teso, entro due anni dall'entrata in vigore della stessa legge, a «*semplificare i procedimenti relativi ai provvedimenti autorizzatori, in modo da ridurre il numero delle fasi procedurali e delle amministrazioni coinvolte, anche eliminando e razionalizzando le competenze degli uffici, accorpando le funzioni per settori omogenei, e individuando discipline e tempi uniformi per tipologie omogenee di procedimenti*»⁽⁴⁶⁾.

Anche nel PNRR, come accennato, nell'ambito di un più complessivo intervento a sostegno della capacità amministrativa, questa volta finalmente supportata da un investimento, è indicata come necessaria «*una nuova ricognizione dei regimi amministrativi delle attività private e la loro semplificazione mediante l'eliminazione delle autorizzazioni e degli adempimenti non necessari*».

Le soluzioni fin qui adottate e riproposte, ad esempio, anche con riferimento agli investimenti nelle ZES e sulle quali oggi si intenderebbe puntare per la ripresa economica nel Mezzogiorno, mantengono invece inalterato il numero delle autorizzazioni necessarie ma le comprimono all'interno di un contenitore, come la conferenza dei servizi nella sua versione più semplicistica. Questo percorso

presenta dei rischi connessi all'applicazione pressoché incondizionata del paradigma della celerità, con la connessa rinuncia al dialogo informale, come dimostra anche la disposta equivalenza, nella c.d. Conferenza di servizi semplificata e asincrona, diventata la modalità ordinaria di svolgimento dei lavori, tra una determinazione “difettosa” e la mancanza di ogni determinazione^[47].

Ben altra cosa è censire le funzioni e gli apparati ad essi preposti per eliminare tutto il superfluo, sia in termini sostanziali che procedurali, ricavando da questa operazione lo spazio amministrativo davvero essenziale. Ma questo è un percorso ad oggi solo programmato, per non dire immaginato, e mai fin qui concretizzato^[48].

Quel che emerge da queste frammentarie osservazioni sull'amministrazione per legge e sulle semplificazioni è che il problema amministrativo non si può risolvere eliminando l'amministrazione, il suo ruolo istituzionale, la sua competenza tecnica, la sua imparzialità, compromettendo la razionalità del disegno che riserva alla politica la delineazione degli indirizzi ed alla burocrazia la loro attuazione. Attuazione che significa cura degli interessi delle persone e di tutte le persone con criteri di eguaglianza e imparzialità, all'esito di un percorso tipizzato che trova nel procedimento amministrativo multipolare la sua naturale e necessaria espressione.

4.5. Che cosa ci si attende dalle pubbliche amministrazioni

Ci si chiede cosa resti dell'amministrazione pubblica^[49], quanto quel che resta debba essere semplificato o addirittura neutralizzato, ma occorre anche porsi la domanda più immediata: cosa ci si aspetta dalla pubblica amministrazione?

Che ruolo si vuole che essa assuma tra un legislatore che preferisce amministrare mentre continua a latitare sulle questioni che dovrebbe per il suo alto ruolo affrontare^[50] ed i poteri privati, vecchi e nuovi, in prepotente ascesa? Che direzione si vuole imprimere al dialogo della pubblica amministrazione con la tecnica?^[51] La pubblica amministrazione deve farsi da parte o deve essere parte? È coerente coi principi e con le politiche che intendono attuarle che l'amministrazione si ritiri da certi territori ovvero modifichi il modo di presidiarli, come nel caso del passaggio dal controllo *ex ante* al controllo *ex post*. Tuttavia, se si considera il nocciolo duro della funzione, ovvero l'esercizio della discrezionalità, la pubblica

amministrazione non può dismettere le sue vesti di parte imparziale e deve consentirne l'interazione piena degli interessi privati, non solo di quelli più forti, con le logiche del potere. All'amministrazione, indispensabile ma in difficoltà, cerca di sostituirsi all'occorrenza sia il legislatore che il giudice. Ma amministrare senza l'amministrazione è un'illusione^[52]. «*Le norme costituzionali generali, di sistema (art. 3), organizzative (artt. 97 e 113) e concernenti i diritti (art. 41, etc.)*» implicano «*l'essenzialità del passaggio attraverso l'amministrazione, altrimenti privata del ruolo sistemico e l'inidoneità della sola legislazione al maneggio del pubblico interesse in relazione a singole, concrete fattispecie*»^[53].

5. Il giudice sostituto dell'amministrazione. Grande contenzioso economico e liti bagatellari

Lo spazio amministrativo è insidiato pure dalla giurisdizione, e segnatamente dalle fughe in avanti del giudice amministrativo che talvolta hanno catturato anche la quota di funzione che siamo abituati a pensare come indefettibilmente riservata all'amministrazione. Il caso più eclatante riguarda da vicino la comunità accademica ed è stato, ma non per questo motivo, molto discusso: mi riferisco, come è ovvio, all'attribuzione in via giudiziaria dell'abilitazione scientifica nazionale sul presupposto del venir meno di ogni spazio discrezionale per effetto della audacemente sostenuta rottura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino^[54].

Ora è chiaro che una certa dose di sostituzione è connaturata al giudizio amministrativo^[55]. Una qualche forma di sostituzione si rinviene anche in un giudizio di tipo confutatorio: comincia con l'interpretazione delle norme, che l'amministrazione compie per prima e che il giudice ripercorre e corregge, quando occorre, anche con riguardo alle valutazioni tecniche cui la norma rinvia, poi prosegue e si accentua con l'effetto conformativo, che astringe l'operato dell'amministrazione successivo alla pronuncia al rispetto di limiti che possono essere anche totalizzanti, potendo talvolta sfociare anche in un vero e proprio ordine di emanare il provvedimento. Tale ultima possibilità, comunque non equiparabile ad una decisione direttamente costitutiva dell'effetto, non può verificarsi in ogni tipo di controversia, essendo espressamente esclusa con riguardo sia ai poteri non ancora esercitati (art. 34, co. 2, c.p.a.) che alla ipotesi in

cui residuano scelte discrezionali (art. 34, lett. c, e art. 31, co. 3, c.p.a.), veracemente tali. Nella giurisdizione di legittimità, del resto, non può mai andarsi oltre l'emanazione di un ordine: l'effetto del provvedimento non può essere prodotto direttamente dal giudice, ma da un atto amministrativo "ordinato" dal giudice e sottoposto al regime proprio dell'attività amministrativa provvedimentale. La norma, dunque, afferma una vera e propria riserva di provvedimento nei confronti del giudice di legittimità^[56].

Anche questo tema rimanda, nella percezione comune e nelle formule che il giudice usa (ma il punto è controverso^[57]), alla divisione dei poteri, ma anche in questo caso nel bilanciamento dei principi si può ritenere che la sequenza legalità-giustiziabilità-effettività prevalga sulla logica della divisione dei poteri (che in fin dei conti può tradursi in una misura organizzativa incentrata sulla specializzazione del soggetto cui il compito è affidato). Ha radici culturali ben solide, del resto, l'idea che la parola del legislatore e quella del giudice non siano altro che evoluzioni e precisazioni tra loro coordinate e concorrenti della sovranità statale che esige un'attuazione progressiva e cooperativa, la compartecipazione, cioè, di ciascun soggetto (legislativo, amministrativo, giurisdizionale) al medesimo disegno di attuazione della volontà dell'ordinamento^[58]. In una prospettiva di questo tipo, che la concezione euro-convenzionale della *full jurisdiction*^[59] pare avvalorare, le esigenze di giustiziabilità possono prevalere rispetto alla totale e inesorabilmente astratta impermeabilità tra amministrazione e giurisdizione, quando uno dei soggetti che dovrebbero cooperare si rivela inadatto o manchevole. Anche una visione di questo tipo deve, tuttavia, fare i conti anzitutto con il diritto positivo e con l'ontologica diversità tra amministrazione e giurisdizione, ed ancora con le conseguenze concrete dell'intervento sostitutivo dei giudici.

Quanto al diritto positivo, l'art. 34, co. 3, c.p.a., presuppone e chiarisce che il problema del giudice è di secondo grado e può sorgere solo quando il problema amministrativo sia stato risolto.

La giurisdizione è dunque altro dall'amministrazione e non dovrebbe di norma ad essa sovrapporsi non solo e non tanto per obbedire al principio di separazione dei poteri quanto per ragioni di tenuta dell'ordinamento, come disegnato dalla Costituzione e dalle leggi generali che la attuano, cui peraltro corrisponde la "natura delle cose", e cioè l'eccezionalità e la frammentarietà dell'intervento del

giudice, la sua terzietà, salvaguardata anche dal carattere eccezionale di tale intervento. L'ordinaria competenza di amministrare spetta, invece, all'amministrazione pubblica, costituita e organizzata per svolgere questo compito, e del suo corretto adempimento sono responsabili i dipendenti e i funzionari, anche sul piano politico^[60].

Del resto, anche se si potesse accettare l'idea della prevalenza della sequenza legalità-giustiziabilità-effettività sulla divisione dei poteri, e perciò ritenere ammissibili, quando strettamente necessarie a realizzare la volontà ordinamentale, gli interventi straordinari del giudice nello spazio amministrativo, resterebbe pur sempre da analizzare il modo in cui il giudice amministrativo utilizza la sua capacità sostanzialmente sostitutiva, un modo che dovrebbe essere del tutto privo di opacità e contraddistinto da particolare cautela, proprio perché si muove in un campo di cui è ordinariamente responsabile l'amministrazione. In questo caso, dunque, misura e piena intellegibilità dei percorsi seguiti non si pongono come fattori accidentali ma assumono rilievo costitutivo ai fini dell'ammissibilità dell'intervento sostitutivo che deve seguire criteri e parametri riconoscibili ed omogenei. L'osservazione della casistica restituisce invece l'immagine di un modo di intervento non uniforme e sbilanciato verso gli affari di una certa importanza, il c.d. grande contenzioso economico, come dimostra, ad esempio, la proclamazione – con argomenti che travalicano l'area della giurisdizione di merito sulle sanzioni – di un sindacato pienamente sostitutivo proprio nei confronti delle amministrazioni indipendenti, particolarmente qualificate, chiamate ad occuparsi di vicende di grande rilievo economico e sociale, all'esito di procedimenti molto articolati e partecipati.

Quando, invece, il giudice è costretto ad esprimersi su questioni ordinarie segue percorsi argomentativi notevolmente semplificati e meno impegnativi, senza curarsi di esplicitare le ragioni, i criteri e i parametri di un tale trattamento differenziato. Il giudice, in qualche caso, pur affermando la teorica praticabilità di un sindacato forte, trova poi il modo per non esercitarlo; altre volte, con un approccio che colpisce per la sua perentoria laconicità, continua ad addurre, quale unica sufficiente giustificazione del suo ritirarsi, la natura tecnico-discrezionale delle valutazioni effettuate in sede di amministrazione attiva, affidandosi ad una categoria evanescente, che esso stesso non vede come un ostacolo quando si occupa degli affari più importanti^[61].

Nel decidere questioni che ha percepito come rilevanti, il giudice, anzi, si è perfino spinto fino a superare audacemente anche il limite delle valutazioni a ragione o a torto ritenute discrezionali, come nel già ricordato caso della ASN, qualificata dal giudice stesso di natura discrezionale, e nondimeno fatta oggetto, in un caso ben noto, dell'ordine di rilascio, sul presupposto che il cattivo uso della discrezionalità (non la sua spendita) ne avrebbe prodotto l'esaurimento.

Se si guarda, dunque, alla giurisprudenza, ed anche se lo si fa nella maniera più pragmatica e laica, si pone pur sempre un problema di misura e di intelligibilità dei percorsi che conducono verso una direzione piuttosto che in un'altra, di prevedibilità del metodo di sindacato utilizzato, di uniformità del controllo praticato tra le questioni alte e il contenzioso solo apparentemente bagattellare. Se questa misura manca, e pare proprio che manchi, ne risultano pregiudicati valori essenziali come la certezza e l'uguaglianza.

L'applicazione concreta delle tecniche sostitutive mette dunque in pericolo valori essenziali: è segno che la questione è, in sé stessa, ben lontana dall'aver trovato un'accettabile soluzione e che c'è ancora molto lavoro da fare per individuare le coordinate di una navigazione che non sia più a vista, ma ancorata a criteri e parametri predefiniti e coerente con il diritto positivo.

Questa situazione in cui ogni attore recita la parte dell'altro e nessuna cosa sta al suo posto^[62] non può non generare inquietudini e perplessità. Forse, però, se la critica vuole conseguire risultati effettivi, bisogna indagare puntigliosamente le varie manifestazioni di questo fenomeno, con l'obiettivo, già lucidamente individuato, di «*decriftarne a fondo le motivazioni, i movimenti inerziali, comprendendo meglio quanto e quale sia il peso che il diritto positivo può (o meglio, deve) materialmente giocare*»^[63].

In un'altra epoca di profonde trasformazioni dell'ordinamento, quando lo spazio amministrativo si ampliò e diversificò per avviare l'attuazione dell'ambizioso progetto delineato dalla allora giovane Costituzione, un contributo decisivo per dissodare territori nuovi e dare forma giuridica all'interventismo dei pubblici poteri venne dalla limpida opera di Vincenzo Spagnuolo Vigorita, che ci lasciati da poco più di un anno, e che voglio ricordare, anche a nome di tutti i suoi allievi, con gratitudine e rimpianto in chiusura di questa, spero non del tutto inutile, introduzione.

1. Lo scritto riproduce, con alcune minime modifiche, il testo della relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, "Lo spazio amministrativo. Vecchi territori e nuove frontiere", tenutosi presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" nei giorni 29 e 30 settembre 2023, in corso di pubblicazione su *Annuario AIPDA 2023 per i tipi dell'Editoriale Scientifica*, Napoli.
2. Sono parole di M. Cammelli, *Amministrare senza amministrazione*, in *Il Mulino*, 2016, p. 581.
3. Su questo fenomeno, si v. P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazione ordinamentali*, Jovene Editore, Napoli, 2022.
4. M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 218 ss. Dello stesso A. si veda pure *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, II rist. 2012.
5. Per l'idea del diritto come infrastruttura al servizio del capitale, cfr. K. Pistor, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianze*, LUISS University Press, Roma, 2021.
6. Così M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 7.
7. Sono ancora parole di M. Luciani, *op. cit.*, p. 12; N. Irti, *Destino di nomos*, in M. Cacciari, N. Irti (a cura di), *Elogio del diritto*, La nave di Teseo, Milano, 2019, p. 131, evidenzia il dinamismo insito nel lemma ordinamento.
8. Si v. in particolare il numero 1 del 2023 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, e i contributi ivi pubblicati di L. Casini, *Il governo legislatore*, di L. Saltari, *I giudici amministratori*, di S. Spuntarelli, *Il Parlamento amministratore* e di A. Moliterni, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, nonché con riguardo al rapporto tra amministrazione e giudice v. P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazione ordinamentali*, cit. Per una visione d'insieme si v. la relazione di Fracchia in corso di pubblicazione su *Annuario AIPDA 2023*.
9. M.R. Ferrarese, *I confini e la voglia di attraversarli*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 55.
10. Si v. M. Luciani, *op. cit.*, p. 87.
11. In tema si richiama il classico studio di F. Bassi, *Il principio di separazione dei poteri (Evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 75 ss.; cfr. inoltre G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001. Su questo tema, da ultimo, A. Moliterni, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, cit.
12. In tema, si v. le già citate opere di Bassi e Bognetti.
13. Cfr. M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, ove si afferma che «la separazione dei poteri non ha nulla che fare con i limiti della giustizia amministrativa» e che «la riserva di amministrazione non ha rango costituzionale». Per una visione diversa volta a contenere il l'«espansione del giudiziario», si v. F. Saitta, *Interprete senza spartito?*

- Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, nonché, tra gli altri, M.A. Sandulli, “*Principi e regole dell’azione amministrativa*”: *Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 2017.
14. Sul criterio della prevalenza delle funzioni, peraltro non sufficiente alla identificazione delle funzioni, cfr. F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 682.
 15. Si v. M. Luciani, *op. cit.*
 16. Cfr. F. Patroni Griffi, *Le giurisdizioni sconfinare*, in *Giustizia amministrativa*, 2020, «*si tratti, nel settore dell’economia, di un’azione di regolazione e controllo dei mercati, o d’intervento diretto nella produzione a mezzo di figure soggettive pubbliche, o di forme ibride con il privato o decisamente privatistiche; si tratti, nel settore dei diritti sociali, di servizi pubblici in senso stretto, o di forme di incentivazione, o contribuzione di servizi offerti dai privati ma ritenuti rilevanti dal pubblico*».
 17. Su questi temi, si v. la relazione di M. Trimarchi in corso di pubblicazione su Annuario AIPDA 2023.
 18. Secondo C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 248, secondo il quale «*chi voglia sapere come è disciplinata l’amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere solo due articoli, ma l’intera Costituzione*».
 19. Su queste tematiche, M. Libertini, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 902; nonché C. Acocella, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell’implicito nell’esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. Acocella (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 11 ss. Si v., inoltre, la relazione di A. Marra in corso di pubblicazione su Annuario AIPDA 2023.
 20. G. Melis, *I corpi tecnici della pubblica amministrazione centrale*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019; L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell’amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019; A. Zucaro, *La crisi dei corpi tecnici della p.a. nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, pp. 303 ss.
 21. Sulla crisi del pubblico concorso e sulle tematiche delle tecniche di reclutamento delle pubbliche amministrazioni, cfr. L. Zoppoli, *Il reclutamento nelle pubbliche amministrazioni, tra vincoli, parodie, buone pratiche ed emergenze*, in *Riv. giur. lav.*, Quaderno 6, 2021; nonché M. Allena, M. Trimarchi, *Il principio del concorso pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, pp. 379 ss.
 22. Cfr. F. Merloni, *Le attività conoscitive e tecniche delle amministrazioni pubbliche. Profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 481 ss.
 23. Su questi temi si sofferma la relazione di B. Giliberti in corso di pubblicazione su Annuario AIPDA 2023.
 24. Ci si riferisce in particolare alle implicazioni teoriche, riguardate anche con accenti critici (sui quali si veda F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, pp. 3 ss.) del carattere prescrittivo del principio di sussidiarietà orizzontale

- e alla circostanza che esse esprimano in sostanza una polarità tra due realtà, quella dello Stato e della società, risolta nel senso di accordare giuridica preferenza alla seconda.
25. Cfr. sul tema, la relazione di R. Spagnuolo Vigorita in corso di pubblicazione su *Annuario AIPDA 2023*.
 26. Sul tema, L. Casini, *Il governo legislatore*, cit., p. 173.
 27. Per un'approfondita analisi del fenomeno dell'amministrazione per legge, si v. S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007. Sabino Cassese indica l'amministrazione per legge tra i fattori odierni di crisi della pubblica amministrazione (S. Cassese, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2022, pp. 63 ss.)
 28. Per l'analisi di questo fenomeno, si v. M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 34 ss.
 29. L.R. Perfetti, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 1024 ss.
 30. G. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 253; A. Saitta, *Evoluzione strutturale del Consiglio dei Ministri e le più recenti prassi. Rileggendo "Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione Italiana" di Antonio Ruggieri*, in *Diritti fondamentali*, 3, 2020, p. 438, nonché L. Casini, *Il governo legislatore*, cit.
 31. Ma in senso contrario si veda lo studio di D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996.
 32. Corte Cost., sent. 23 giugno 2020, n. 116, in *Federalismi.it*, 2020. È il caso di ricordare che il giusto procedimento nasce – con la celebre pronuncia n. 13 del 1962 in *Giur. cost.*, 1962, pp. 126 ss. con nota di V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento* – come principio generale dell'ordinamento, efficace solo nei riguardi del legislatore regionale, per poi trasformarsi, dopo l'entrata in vigore della l. n. 241/1990, in un vero e proprio principio costituzionale, valevole (in astratto, visto che a lungo la giurisprudenza sul giusto procedimento pare non avere incrociato quella sulla legge provvedimento) anche nei confronti della legislazione statale. In tema G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazione della Costituzione*, in *Giustamm*, 2007, pp. 879-890.
Una completa disamina della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi provvedimento si può leggere nella relazione di S. Spuntarelli in corso di pubblicazione su *Annuario AIPDA 2023*.
 33. Si v. la decisione sulla vicenda del Ponte Morandi, Corte Cost., sent. 27 luglio 2020, n. 168, con nota critica di Anzon, in *Giur. cost.*, 2020, pp. 2215 ss.
 34. F. Cortese, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Reg.*, 2018, pp. 759-765; G. Gargano, *La riserva di procedimento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.
 35. Secondo A. D'Aloia, *La legge provvedimento tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022, pp. 33-34, «una piena fungibilità della funzione legislativa e di quella amministrativa richiede necessariamente (meglio se in combinazione) l'adattamento del giudizio costituzionale, secondo linee già prefigurate nella

riflessione teorica di Costantino Mortati e l'estensione al procedimento legislativo, nei casi in cui la legge assume contenuti provvedimentali e sostanzialmente amministrativi, di meccanismi di partecipazione e contraddittorio allargati ai destinatari delle scelte legislative e/o agli eventuali controinteressati».

36. G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 83.
37. Così A. Mitrotti, *'Riserva di Amministrazione' versus 'amministrazione per Legge'. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, 3, 2020. Questa lettura del nuovo testo dell'art. 118 venne avanzata da G. Manfredi, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione* (nota a Cons. St., 11 marzo 2003, n. 1321), in *Foro amm-CdS*, 2003, p. 1303.
38. L.R. Perfetti, *op. cit.*, spec. pp. 1033 ss. Per l'idea che «*anche contro gli atti del Parlamento devono ritenersi vigenti le garanzie previste per gli altri atti pubblici*» e che le disposizioni in contrasto con la Costituzione siano passibili di disapplicazione, cfr. R. Manfrellotti, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Jovene Editore, Napoli, 2008, p. 189, pp. 261 ss.
39. È quanto si legge nell'ordinanza cautelare del tribunale del lavoro di Napoli del 12 settembre 2023. La questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 51/2023 è stata poi rimessa alla Corte costituzionale con ordinanza del 24 ottobre 2023.
40. In questo senso, cfr. M. Cammelli, *op. cit.*, pp. 578 ss.
41. L. Casini, *Il governo legislatore*, cit., p. 173.
42. A guardare questo scenario da una diversa prospettiva, sembrerebbero frustrate anche le ragioni ideologiche (fondate soprattutto sull'imparzialità) che hanno sostenuto la necessità della valorizzazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione, sia perché la politica si riappropria dell'amministrazione, sia perché, di fatto, l'amministrazione, quella verticistica, fa politica, attingendo allo stesso strumento con cui la politica dovrebbe controllarla e indirizzarla (cioè, la legge).
43. F. Cortese, *L'accertamento del silenzio-assenso tra amministrazione e giurisdizione (e legislazione): note in "margine a un testo implicito"*, in P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *op. cit.*, p. 252.
44. Su questi fenomeni la letteratura è vastissima, e anche chi scrive è più volte ritornato, da ultimo F. Liguori, *L'azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 61 ss., cui rinvio per gli essenziali riferimenti bibliografici.
45. Il quale fa rientrare, tra le misure di contesto, anche le riforme abilitanti, «*cioè, gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Tra questi ultimi interventi, si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza*».
46. Quella della legge sulla concorrenza non costituisce una formula nuova nel nostro ordinamento: già il d.l. n. 5/2012, in termini più generali, all'articolo 12 chiedeva di

- adottare misure di semplificazione e razionalizzazione delle procedure amministrative.
47. La priorità che si vuole legittimamente dare all'iniziativa economica non dovrebbe portare alla eccessiva compressione anche delle questioni complesse. Le tensioni non risolte nel procedimento riemergono in forma di successivi ripensamenti ovvero di contenzioso. E così, nella logica decisionista e di celerità che si va affermando, trova spazio anche la posizione - invero di problematica armonizzazione con i principi costituzionali in tema di pienezza della tutela giurisdizionale - di chi punta a ridimensionare il ruolo del giudice amministrativo sempre più orientato ad intervenire per recuperare nel processo ciò che si è perso nel procedimento.
 48. Va da sé che per lo svolgimento razionale dei compiti davvero essenziali, rappresenta una priorità l'accrescimento della capacità anche tecnica delle amministrazioni, in discontinuità con quanto si è verificato nei tempi più recenti. Il PNRR ritiene pertanto necessario creare strutturalmente capacità amministrativa attraverso percorsi di selezione delle migliori competenze e qualificazione delle persone, con una rivisitazione del pubblico concorso e la valorizzazione del merito. Da segnalare il d.P.R. n. 82/2023 che ha modificato il d.P.R. 487/1994 ed ha riscritto il protocollo delle prove d'esame all'insegna di quelle che sono ritenute le migliori pratiche internazionali. Tuttavia, dopo meno di un anno è stato approvato art. 1bis, comma 1, lett c., del d.l. n. 44/2023 secondo il quale le amministrazioni possono bandire i concorsi per i profili non apicali prevedendo lo svolgimento della sola prova scritta, fino al 31 dicembre 2026. Questo, evidentemente, per tenere il passo dei progetti ma con una misura che non consente la ricerca dei migliori talenti, priorità e criterio guida del Piano stesso.
 49. Cfr. S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 1 ss.
 50. M. Cammelli, *op. cit.*, p. 581.
 51. Su questi temi si v. la relazione di P. Forte in corso di pubblicazione su *Annuario AIPDA 2023*.
 52. M. Cammelli, *op. cit.*, p. 575.
 53. M. Luciani, *op. cit.*, p. 145, si v., inoltre, le notazioni di G. Manfredi e di A. Mitrotti sull'art. 118 Cost. negli studi già citati.
 54. Cons. St., 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, pp. 499 ss., con nota di F. Caporale, nonché su *Dir. proc. amm.*, 2019, pp. 1171 ss., con commenti di S. Vaccari, e F. Orso, e ivi, 2021, con nota di A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione giurisprudenziale"*, pp. 335 ss. Rileva notare che il percorso argomentativo messo in campo dal giudice amministrativo è tutto fondato sulla presupposizione della sussistenza di un'autentica discrezionalità amministrativa, della quale si sostiene la natura riservata, a differenza che per le mere valutazioni tecniche, discrezionalità amministrativa che tuttavia si ritiene audacemente esaurita per effetto della frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino.
 55. Va qui ricordato l'insegnamento di E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 554, secondo il quale l'intera attività amministrativa è

- sostitutiva, perché volta a «determinare quale sia la regola dell'attività altrui che viene sostituita dal giudice». Ora in tema P. Chirulli, *Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada Bartoli*, in *Giustizia Insieme*, 2023.
56. P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 42.
57. Si v., in particolare, M. Mazzamuto, *op. cit.*
58. Cfr. F. Cortese, *L'accertamento*, cit., pp. 253-255, con riferimento al pensiero di Von Bulow e di Mortati. Per una critica delle ragioni dell'effettività e un richiamo forte ai limiti della giurisdizione si v., invece, R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, pp. 369 ss.; nell'ambito di un rigoroso quadro concettuale sul ruolo del giurista nell'epoca presente che richiama in particolare le idee espresse da N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Bari, 2014 e Id., *Il diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.
59. In tema si può v. B. Giliberti (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019.
60. Su questi profili, v. M. Trimarchi, *Full jurisdiction e limiti dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in B. Giliberti (a cura di), *op. cit.*; Id., *“Problema dell'amministrazione” e “problema del giudice”: principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 179; F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in B. Giliberti (a cura di), *op. cit.*, pp. 243 ss., nonché F. Liguori, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in B. Giliberti (a cura di), *op. cit.*, pp. 150-151. Si veda la relazione di G. Tropea in corso di pubblicazione su Annuario AIPDA 2023.
61. In tema cfr. F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 59, pp. 107 ss.; Id., *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. Indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in *Munus*, 2023, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti.
62. È, volto al contrario, il titolo del libro di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit.
63. Sono partole di F. Cortese, *op. cit.*, p. 256.

Theoretical Models and Implementation Practices: Critical Legal Analysis of Joint Cross- Border Procurement

Roberta Lombardi and Stefano Rossa

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-22

Il presente contributo analizza in chiave critica la disciplina europea dell'appalto congiunto transfrontaliero, un istituto giuridico volto a raggiungere l'interesse pubblico grazie al soddisfacimento (transfrontaliero) dei fabbisogni di amministrazioni pubbliche dislocate nei vari Paesi membri. Obiettivo, tuttavia, che pare (almeno parzialmente) contraddetto dall'alto livello di complessità della norma e della sua attuazione. Aspetto che, unitamente alla presenza di fattori critici sul piano concreto, conduce le amministrazioni aggiudicatrici a preferire il ricorso ad altre procedure di affidamento.

This paper analyses the EU legal framework of Joint Cross-Border Procurement. This is an instrument for achieving the (cross-border) satisfaction of the needs of different EU Member States' public authorities. This goal, however, seems to be (partially) at odds with the extremely complicated rules and their application which - together with other practical considerations, makes contracting authorities favour alternative procurement procedures.

Summary: 1. Introduction. The necessity of Member States' cooperative approach. The Cross-Border Health Events case.- 2. Two Cooperative Legal Instruments: Joint Procurement Agreement (JPA) and Joint Cross-Border Procurement (JCBP).- 3. The Regulation of JCBP Established by Procurement Directive 2014/24/EU.- 3.1. JCBP Using a Central Purchasing Body.- 3.2. JCBP Between Contracting Authorities.- 4. The Theoretical Complexity of JCBP and Its Implementation Difficulties.- 5. Concluding Remarks: JCBP between Complexity, (In)Efficiency of the Rule and the Necessity to Achieve the Outcome.

1. Introduction. The necessity of Member States' cooperative approach. The Cross-Border Health Events case^[1]

The globalisation, particularly in terms of free movement of people, capital, and goods around the world, has brought fast economic development. In the European Union, it contributed to establishing the EU Single Market^[2]. Nevertheless, it should be mentioned that it also played a significant role in the diffusion of adverse cross-border health events^[3]. The increased mobility of people on the planet has exponentially raised the risk of transmission of viruses and pathogens^[4]. The Covid-19 pandemic shows this to be true, albeit before it there were the SARS outbreak (2003), the H1N1 pandemic (2009), the EBOLA (2014) and Zika (2016) outbreaks (2016). To tackle such a complex situation the national responses provided by individual States are largely useless, requiring instead the adoption of synergetic strategies^[5]. For this reason, since the late 1990s, the European Union has developed some measures to jointly address and manage potential cross-border health events. There measures were: the Network for the Epidemiological Surveillance and Control of Communicable Diseases in the Community^[6] in 1998, and the European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)^[7] in 2004. However, the 2009 H1N1 pandemic revealed these prevention measures inadequate, showing serious vulnerabilities in their application.

The 2009 pandemic was faced by Member States in an uncoordinated manner, with competitive practices for purchasing vaccines that benefited some Member States (at the expense of others)^[8]. This competitive approach was strongly condemned by the EU institutions^[9], which emphasised the need to adopt cooperative practices between the Member States. And this on the basis of a solidarity logic for the mutual benefit of each EU country (and the Union itself), and with the explicit aim of avoiding the recurrence of events such as the H1N1 pandemic^[10].

It was the Covid 19 pandemic that pointed out the connection between different national policies. Consequently, it highlighted the need for Member State coordination to protect people's health, that should no longer be restricted to

national borders^[11].

Since the health status of one Member State depends on those of the others, fragmented efforts to address cross-border health risks make Member States together more vulnerable. For these reasons EU institutions adopted general acts to strengthen the EU's synergetic response in key areas (e.g. prevention, risk assessment)^[12] and developed legal mechanisms to turn these efforts into action. These general acts include instruments for cooperation in the area of public procurement: Joint Procurement Agreement (exclusively applicable to the healthcare sector), and Joint Cross-Border Procurement (applicable to non-healthcare sector)^[13].

2. Two Cooperative Legal Instruments: Joint Procurement Agreement (JPA) and Joint Cross-Border Procurement (JCBP)

Although their names sound similar, Joint Procurement Agreement (JPA) and Joint Cross-Border Procurement (JCBP) are different.

JPA^[14] is a tendering procedure model for the mutual procurement of specific healthcare goods, the «*medical countermeasures*» (i.e. vaccines, antiviral drugs, and medical countermeasures for serious cross-border health threats^[15]). It was originally regulated by Decision 1082/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013^[16], and recently repealed by Regulation (EU) 2022/2371 of 23 November 2022^[17]. Consequently, JPA is excluded from the application of the 2014 Procurement Directives (i.e. Directives 2014/23-24-25/EU) and exclusively focused on the health sector^[18].

Under the provisions of this Regulation^[19], the European Commission and the Member States involved shall launch a JPA procedure for the urgent purchase of medical countermeasures for critical cross-border health threats.

The procedure is ruled by Article 165 of Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 and must be anticipated by an agreement between the parties on Joint Procurement setting out the practical modalities and the aspects of the decision-making process.

All Member States, EFTA States and candidate countries for accession to the Union, the Principality of Andorra, the Principality of Monaco, the Republic of

CERIDAP

San Marino and the Vatican City State are eligible.

Before starting the procedure, the Commission prepares an evaluation of the joint tender. That must indicate the proposed general conditions, delivery time and the suggested deadline for the decision on participation. In any case, the joint award must not affect the internal market, restrict trade, or distort competition. Furthermore, it must not have a direct financial impact on Countries not involved. The European Commission and the Member States participating in the JPA work together to coordinate the procedure, exchange information, build up stocks and deal with the distribution of medical countermeasures, by means specific mechanisms set up at EU level.

Before Regulation (EU) 2022/2371 was approved, and therefore under the regime of the previous Decision 1082/2013/EU, the European Commission and the countries involved signed the Joint Procurement Agreement on 10 April 2014^[20].

This agreement has now been signed by thirty-seven Member States and non-EU countries^[21]. It does not have the nature of an international treaty, but of an implementing measure of budgetary acts^[22].

One of the advantages of JPA is the influencing role that the parties involved in the agreement can exercise on the market.

They can aggregate significant demand and obtain a wide availability of healthcare products at affordable prices – including those of an innovative nature. Furthermore, the role of the European Commission as a third actor can be read as a mode of promoting solidarity relations between the involved states. At the same time, it may also be a difficult element in achieving the goals of JPA. And this because of the increased transaction costs necessary for the involvement of a heavyweight contractor such as the European Commission. Further elements that may limit the success of this tool are the various individual centralisation strategies for building national preventive stocks^[23], as well as the provision that any Member State may withdraw from the agreement at any time^[24]. Moreover, the sectoral application of this institution to the health sector considerably limits its potential scope of application.

The JPA only apparently resembles the JCBP^[25]. They are distinguished by some features that may induce to consider them, at the normative level, two different species of a common genus.

3. The Regulation of JCBP Established by Procurement Directive 2014/24/EU

The Directive 2014/24/EU introduced for the first time explicitly a framework to foster cooperation strategies, while increasing the benefits of the internal market^[26], through the creation of cross-border commercial opportunities for suppliers and providers^[27]. It created a legal instrument to expressly implement the principle of administrative cooperation between the public administrations of the Member States^[28].

In this case the principle of administrative cooperation is declined on the side of public demand. Indeed, identical needs of different administrations can be satisfied in the same way regardless of the place where they are expressed.

Ideally Joint Cross-Border Procurement (JCBP) is appropriate for purchasing goods with standardised technical specifications at the lowest price on the EU market. This could potentially remove barriers between individual national markets that lead to different prices for the same good with identical technical properties (f.i. goods for which the same level of technical properties is demonstrated by appropriate certification). Indeed, these barriers result from the national benchmark market and are due to the presence of dealers from the same supplier, who have no interest in competing in different countries.

For this purpose, the EU legal framework first sets out two points that delimit the JCBP boundaries.

First, contracting authorities may act jointly to award public contracts across borders, but this must not be aimed at avoiding their own national rules and applying the more advantageous rules of another state^[29].

Second, Member States shall not prohibit their contracting authorities from using central purchasing bodies located in another Member State (given, in any case, the possibility for Member States to set a limit *ex ante* by restricting the categories of centralised procurement activities that their national contracting authorities can adopt)^[30].

Even though the Directive 2014/24/EU establishes these two conditions, it does not directly specify which body oversees supervising these prohibitions (the Court of Justice of the European Union?), nor does it make explicit which sanctions are to be applied.

The Directive 2014/24/EU outlines two different procedures that contracting authorities can adopt to implement JCBP^[31]. The first one involves a central purchasing body, while the second one takes place between individual contracting authorities.

3.1. JCBP Using a Central Purchasing Body

The first of these two procedures, established by Article 39 para. 2 and 3 of Directive 2014/24/EU, enables a contracting authority to use the central purchasing body located in another Member State.

Directive 2014/24/EU aims to uniform the applicable legal regime by requiring the application of the law of the central purchasing body's country^[32]. This is intended to avoid the application of different rules from one country to another in the sub-phases of the procedure.

For example, let's imagine the case of a national contracting authority wishing to use a foreign central purchasing body. In this case, the national contracting authority may use a foreign central purchasing body by applying foreign rules. But this is on the condition that the state of the contracting authority has not imposed any restrictions on the particular type of centralised procurement activity^[33].

3.2. JCBP Between Contracting Authorities

According to Article 39(1), (4) and (5) of Directive 2014/24/EU, the second JCBP model allows two (or more^[34]) contracting authorities from different Member States to act jointly to award a public contract^[35].

The above-mentioned rule states that the tender can be awarded in two ways, offering a wide margin of discretion to the participating contracting authorities.

On the one hand, contracting authorities may set up a joint third entity that acts in the name and on behalf of the individual participating authorities^[36] (f.i. the European Grouping of Territorial Cooperation, EGTC^[37]).

In this case the contracting authorities sign the agreement establishing the third body, setting out the practical arrangements for the award of the contract and its duration on a discretionary basis between themselves. In this agreement, they must provide in detail which law is applicable: whether the law of the Member

State where the joint third party has its legal seat, or the law of the Member State where the joint third party pursues its activities^[38].

If contracting authorities consider the creation of a joint third party to be excessively difficult and time-consuming, they may proceed with the award of the contract through coordinated action based on a mutual agreement. It is therefore essential for contracting authorities to regulate individual aspects of the procurement process.

To this purpose the Directive 2014/24/EU outlines two ways. The first one is to structure the procedure through the signing of an international treaty between all states of the respective contracting authorities involved^[39]. The second one allows the individual contracting authorities involved in JCBP to agree contractually and with discretion on certain key elements: the allocation of responsibilities between the parties^[40], the applicable internal rules and the organisation of the tendering procedure (also in terms of execution)^[41].

4. The Theoretical Complexity of JCBP and Its Implementation Difficulties

Article 39 of Directive 2014/24/EU outlines an instrument that might, at first glance, appear to be useful for the achievement of the set goals. And this is true both for JCBP using a central purchasing body^[42] and for JCBP between contracting authorities^[43].

The level of complexity in the first case is lower than in the second. In the former, in fact, there is a contracting authority that uses the activities carried out by a single central purchasing body located in a different Member State, with the consequent application of the rules of the central purchasing body's State. This element of complexity can be overcome by verifying the compatibility of the rules to be applied by the central purchasing body with the legal system of the contracting authority, and by ensuring that there are no regulatory conflicts. This must be done before the launch of the procedure. And that means as soon as the contracting authority expresses its intention to use the activity of the foreign central purchasing body.

In the second case the level of complexity is higher. First of all, this is evident by considering the creation of a third party acting on behalf of and for the account

of the various contracting authorities participating in the JCBP^[44]. This scenario appears complicated and less feasible mainly for reasons of time, as the constitution of a third party (where one does not already exist) requires adequate preparation.

In particular, the option of Article 39(1), (4) and (5) of Directive 2014/24/EU requires the participating contracting authorities to act on the basis of an internal agreement previously signed between the parties. This agreement therefore constitutes the pivot around which the system revolves^[45].

A deeper analysis of the regulation turns up some critical points.

At first, there is the issue of the absence of regulatory conflicts. Indeed, the rules applicable to the tender award and those applicable to the execution of the joint contract must be legally compatible with each other.

Secondly, there is the difficulty of finding a satisfactory understanding between the parties involved in the procedure.

In addition to the complexity of the rule, however, there are also critical elements related to the execution phase, that can negatively affect the choice to use the JCBP. Among these factors, the language issue emerges in particular. Consider, for example, the choice of language for the tender documents and the contract itself. While on a logical level it might be advantageous to use a third language (f.i. English), on a pragmatic level this option must deal with national rules. Indeed, there are countries where the contract and tender documents must mandatory be drafted in the national language.

Language is therefore a barrier, leading to increased costs (and time) related to translation and asseveration of documentation, affecting the savings in costs that JCBP aims to achieve.

A further critical profile may arise from the choice of e-procurement platform for the management of JCBP, both in the award and execution phases. Since there is no rule mandating the use of a specific platform, it is therefore necessary for the parties to agree among themselves to choose it. It is difficult to find this common platform, given the natural trend of each contracting authority to use its own national systems – better known than others never been used before (the improper use of which could lead to the financial liability of the civil servant).

In addition, the correct identification of the value and/or the maximum quantity subject to the framework agreement of JCBP is a further problematic factor for

reaching the internal agreement. In addition to this critical aspect, there is the difficulty of identifying administrations that are even potentially beneficiaries of the framework agreement. On these two aspects, the recent case law of the Court of Justice of the European Union is clear ^[46].

5. Concluding Remarks: JCBP between Complexity, (In)Efficiency of the Rule and the Necessity to Achieve the Outcome

As explained in the previous paragraphs, the EU institutions have established JCBP as a procedure to achieve public interest through the (cross-border) satisfaction of needs of contracting authorities from different Member States.

The effective use of this procedure between different contracting authorities is essential to the legislator's intention. This is confirmed by the numerous documents in which the European institutions invite national contracting authorities to use JCBP ^[47], especially for the purchase of innovative solutions ^[48].

However, considering the legal framework it appears that the provisions of Article 39 of Directive 2014/24/EU seem to conflict with the purpose of the EU legislator. Indeed, JCBP is a legal instrument characterised by a high level of complexity. This factor, combined with the presence of other critical issues at the practical level, pushes contracting authorities to choose other procurement procedures. However, there are also (rare) positive experiences of JCBP ^[49].

JCBP is a difficult procedure to perform. It is unsuitable in the case of urgent purchases ^[50], and presents obstacles due to the discretionary power of the contracting authorities involved.

In fact, JCBP provides a wide range of discretion in favour of the participating contracting authorities.

At the theoretical level, this procedure is intended to allow the parties to achieve the objective of the award by following the path they consider most suitable for the specific case. The contracting authorities are thus free to trace this path as they see most appropriate.

However, if these discretionary aspects are implemented within a complex context, they can bring about behaviour that can be ascribed to the phenomenon of 'defensive administration' ^[51]. This phenomenon occurs in public

administration and consists of a distortion between the choices that the civil servant is required to take and those that he actually takes. The former are aimed at pursuing the public interest, while the latter are often directed at protecting oneself from potential liabilities that may arise from the exercise of discretionary powers^[52]. Therefore, having the choice, the civil servant will adopt a known and sound procedure. In this way, he makes a discretionary choice based on existing procedures, rather than experimenting with new procedures to pursue the public interest. And this despite the latter being more efficient, but riskier in relation to the application of a complex, confusing or not yet applied rule^[53].

This reflects the degree of (regulatory^[54], but not only) complexity of JCBP, that requires strong process management skills to turn it from risk to opportunity.

However, only a few contracting authorities have qualified staff with specific administrative, procurement management (EU and national) and strategic vision skills. The most technically prepared administrations are undoubtedly the central purchasing bodies (CPBs)^[55].

CPBs have been established to rationalise public spending. For this reason, they are composed of specialised and highly qualified civil servants, experienced in handling complex public procurement procedures, such as JCBP. It is the technical expertise of civil servants that could be useful in reducing situations of defensive administration. Although, honestly, it does not avoid them altogether.

These elements bring us to a reflection. If a rule fails to achieve its intended objectives due to systemic effects (as in the case of defensive discretionary administration), the legislator is the first responsible party. Indeed, the legislator in his legislative action must foresee the possible collateral effects that may arise from the incorrect application of the legal rule or from a different (and not necessarily wrong) legal interpretation.

Therefore, rules must be efficient^[56]. As the Law and Economics approach states^[57], in order to be efficient, regulations must maximise the collective welfare and reduce as much as possible transaction costs^[58] and negative externalities^[59]. Therefore, the rules must eliminate or reduce as far as possible legal and factual elements that impede the pursuit of the public interest.

Outlining a legal instrument with abstract potential (as the EU legislator done with the JCBP), by establishing a complex legal framework difficult to implement on a formal level, means nullifying *ab initio* the goal pursued. In

relation to the JCBP, let's consider the aforementioned systemic effects: the difficulty between the parties to reach a satisfactory agreement (resulting from the freedom that the European legislator grants to contracting authorities participating); or the presence of defensive administrative behaviour (resulting from the complexity of the rules).

What should be done about this?

At first, it might be useful to admit that the phenomenon to be regulated is indeed (perhaps too) complex, given the inherent limitations arising from the state of affairs.

Secondly, it may be helpful to amend Article 39 of the Directive 2014/24/EU, detailing the perimeter within which participating contracting authorities can act.

It would therefore be appropriate to narrow the area of discretion currently given to the parties, thereby reducing the possible cases of defensive administration. But beware: narrow, not eliminate the discretionary action. In fact, discretion is the very essence of public administration^[60].

This aspect is also evident in the case of automated digital systems^[61]: they do not eliminate discretion but strengthen it, emphasising the responsibility of those who designed them and those who take decisions based on them.

Finally, it might be useful to intervene downstream, by rethinking the system of incentives (economic, but not only) that push civil servants to make the right choices. Hence, correct even if risky choices, thus preventing individual defensive behaviour from negatively affecting the community.

However, it might also be helpful to intervene upstream. For instance, by promoting the use of already existing instruments through which EU management training is enhanced in view of the achievement of the managerial outcome (e.g. Erasmus traineeships for public administrations between Member States). Consequently, the principle of the result could strengthen the pursuit of the public interest in contexts of complexity and discretion. And this is precisely highlighted by the new Italian Public Contracts Code (legislative decree no. 36/2023), that contains the principle of the result in its first article. In this new Code, the result principle is in fact the implementation the constitutional principle of good performance of public administration, and the related principles of efficiency, effectiveness and economy. Focusing on the achievement

of objectives set by the EU and national laws, this principle is the main criterion to guide the exercise of discretionary power and to assess the responsibility of the civil servant ^[62].

1. This paper is a re-elaboration, under a different title and with significant changes to the text, of the paper intended for publication in C. Risvig Hamer, K.M. Halonen, M. Socha (Eds.), *Public Procurement: Centralisation and New Trends*, DJØF Publishing, Copenhagen (forthcoming). This paper is the result of a joint reflection of the two authors. Paragraph 1 must be attributed to R. Lombardi, and paragraphs 2., 3., 3.1, 3.2., 4., and 5 to S. Rossa.
2. Cf. Article 3(2) and Article 21 TEU; Article 45 Charter of Fundamental Rights of the European Union; and Articles 26 and 28 TFEU.
3. As highlighted by P. Farmer, *Infections and Inequalities: The Modern Plagues*, University of California Press, Berkeley, 2001; D. Quammen, *Spillover: Animal Infections and the Next Human Pandemic*, W. W. Norton & Company, New York City, 2012. In general on this topic see I. Kawachi, S. Wamala (eds.), *Globalization and Health*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
4. This aspect is also confirmed on historical level: cf. F.M. Snowden, *Epidemics and Society: From the Black Death to the Present*, Yale University Press, New Haven, 2019.
5. As highlighted by A. Giddens (eds.), *The Global Third Way Debate*, Polity Press, Cambridge, 2001.
6. Cf. Decision 2119/98/EC of the European Parliament and of the Council of 24 September 1998 setting up a network for the epidemiological surveillance and control of communicable diseases in the Community.
7. Cf. Regulation (EC) 851/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 establishing a European Centre for disease prevention and control, recently repealed by Regulation (EU) 2022/2370 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 amending Regulation (EC) 851/2004 establishing a European centre for disease prevention and control.
8. On this topic, in Italian, G. Sdanganelli, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *DPCE online*, 2, 2020, p. 2328 ff.
9. Cf. Management of H1N1 influenza European Parliament resolution of 8 March 2011 on evaluation of the management of H1N1 influenza in 2009-2010 in the EU (2010/2153(INI)).
10. About the required solidaristic vision in emergency events, such as the Covid-19 pandemic, see in Italian F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 575 ff.
11. On the application of public procurement during the period of the recent pandemic, see S. Arrowsmith, L. Butler, A. La Chimia, C. Yukins (eds.), *Public Procurement Regulation in (a) Crisis? Global Lessons from the COVID-19 Pandemic*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

12. In relation to the Covid 19 pandemic, see for example the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats* (COM/2020/724 final), or the document of the European Commission, *Pharmaceutical Strategy for Europe* of 25 November 2020.
13. The current discussion will only focus on these two general instruments (JPA and JCBP), without analysing the specific instrument of the Advance Purchase Agreement (APA), because it was developed specifically in connection with the public purchase of Covid-19 vaccines, and not for general purposes of product category. In fact, it was developed in connection with the Covid-19 pandemic within the EU Strategy for COVID-19 vaccines (COM(2020) 245 final - Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank EU Strategy for COVID-19, 17 June 2020), and as underlined by G.M. Racca, S. Ponzio, *Contrats publics transnationaux: une perspective complexe*, in *IUS Publicum Network Review*, 2021, p. 31, it has nature of transnational public contracts. Without analysing this institution in detail, the following should in any case be pointed out briefly. In the full course of the Covid-19 pandemic, the European Commission ran a major procurement procedure for the benefit of the member states, by which it entered into agreements with individual EU and non-EU pharmaceutical companies to first co-develop, and later purchase, the covid vaccine (the APAs). In detail, the procedure was structured in the following steps, as described in the special report elaborated by the European Court of Auditors. The European Commission concluded an agreement with the individual Member States, based on which a Steering Board for vaccine procurement was created. This Steering Board appointed a Joint Negotiating Team that started exploratory talks and preliminary negotiations with the candidate vaccine manufacturers. After finding an agreement, the Joint Negotiating Team and the candidate manufacturer established a non-binding list of conditions and key elements. At that point, the European Commission sent the call for tenders to the candidate manufacturer, who responded to the call at short period. After this, the Joint Negotiating Team and the manufacturer proceeded with formal negotiations on the APA, following which the Steering Board approved the draft APA, that was finally approved by the College of Commissioners. Member States could then decide to join (or not) the APA within five days. At the end, the European Commission concluded the APA on behalf of the involved States. Cf. European Court of Auditors, *Special Report: EU COVID-19 vaccine procurement. Sufficient doses secured after initial challenges, but performance of the process not sufficiently assessed*, n. 19/2022, in <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/covid19-vaccines-19-2022/en/#chapter9>. In this way, the European Union, on the one hand, shared with the pharmaceutical company the business risk linked to the research and development of the vaccine, also through financial advances from the European budget; on the other hand, after the approval of the vaccine by the EMA, it exercised pre-emption on large quantities of doses

at a fixed price, distributing the vaccines on the basis of the population of the various member states. As highlighted by P. Mariani, *Il controllo delle esportazioni in situazioni di emergenza: il caso dei vaccini*, in *Riv. commerc. internaz.*, 1, 2022, p. 117, this mechanism turned out to be very important in ensuring the full availability of vaccines in a short time, since it normally takes about a decade to develop a vaccine. About the EU Vaccine Strategy see European Commission, *EU Vaccines Strategy*, in https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_en?etransnolive=1. On this topic see S. Pugliese, *Verso un sistema di regolazione commerciale multilivello per contrastare il sovranismo: gli appalti congiunti nell'emergenza COVID-19 come laboratorio di sperimentazione*, in M. D'Arienzo, M.L. Tufano, S. Pugliese (eds.), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, Cacucci, Bari, 2021, 371 ss.; in connection with the activity of the Health Emergency Preparedness and Response Authority (HERA), F.S. Della Corte, *The EU Vaccines Strategy: A Missed Opportunity for EU Public Health?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, p. 1. In general, about the situation of the first phase of the pandemic, see S. D'Ancona, *Appalti pubblici e Coronavirus: tra norme e buone prassi*, in CERIDAP, 1, 2020, p. 16 ss.; and, with critical geopolitical insights, A. Leconte, *Vaccino "bene comune universale"? Perché la geopolitica rema contro*, in *Policy Brief*, 21, 2021, p. 1 ss. In any case, the development of joint action mechanisms has further strengthened the usefulness of cross-border collaborative practices, as stated by Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (COM(2021) 380 final), 1. (and as it will be shown in the course of this paper).

14. On this topic see N. Azzopardi-Muscat, P. Schroder-Bäck, H. Brand, *The European Union Joint Procurement Agreement for Cross-Border Health Threats: What is the Potential for this New Mechanism of Health System Collaboration?*, in *Health Economics, Policy and Law*, 12(1), 2016, p. 43 ff.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-border Procurement*, in G.M. Racca, C. Yukins (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruylant Bruxelles, 2019, p. 93 ff.
15. Cf. Commission Decision on approval of the Joint Procurement Agreement to procure medical countermeasures pursuant to Decision 1082/2013/EU (C(2014) 2258 final).
16. Decision 1082/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013, on serious cross-border threats to health and repealing Decision 2119/98/EC.
17. Regulation (EU) 2022/2371 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 on serious cross-border threats to health and repealing Decision 1082/2013/EU.
18. Cf. G. Sdanganelli, *II modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, cit., p. 2338, who, in relation to the model under Decision 1082/2013/EU, points out that, notwithstanding, the principles of equal treatment, non-discrimination, proportionality and transparency are equally applicable to it.
19. Cf. Article 12 Regulation (EU) 2022/2371.

CERIDAP

20. Commission Decision on approval of the Joint Procurement Agreement to procure medical countermeasures pursuant to Decision 1082/2013/EU (C(2014) 2258 final).
21. Cf. European Commission, *Signing ceremonies for Joint Procurement Agreement*, in https://health.ec.europa.eu/health-security-and-infectious-diseases/crisis-management/signing-ceremonies-joint-procurement-agreement_en.
22. Cf. G. Sdanganelli, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, cit., p. 2330, who specifies that possible disputes are subject to the exclusive jurisdiction of the Court of Justice of the European Union.
23. Cf. Communication from the Commission Guidelines on the optimal and rational supply of medicines to avoid shortages during the COVID-19 outbreak (2020/C 116 I/01).
24. Cf. Article 48 Decision 1082/2013/EU.
25. On this topic G.M. Racca, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. de La Rosa, P. Valcárcel Fernández (eds.), *Les principes des contrats publics en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 555 ff.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-border Procurement*, in G.M. Racca, C. Yukins (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit.; F. Schotanus, *Joint procurement: an economics and management perspective*, in C. Risvig Hamer, M. Comba (eds.), *Centralising Public Procurement: The Approach of EU Member States*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, p. 54 ff.; A. Sánchez-Graells, *Is Joint Cross-Border Public Procurement Legally Feasible or Simply Commercially Tolerated?: A Critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study*, in *Eur. Proc. & Pub. Pri. Part. Law Rev.*, 12(2), 2017, p. 97 ff.; S. Ponzio, *Joint Procurement and Innovation in the New EU Directive and in Some EU-funded Projects*, in *IUS Publicum Network Review*, 2, 2014, p. 1 ff.; G.M. Racca, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in F. Lichère, S. Treumer, M. Comba (eds.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, p. 225 ff.
26. Cf. Recital 73) Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.
27. See M. Comba, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2020, p. 184, and Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Making Public Procurement work in and for Europe (COM/2017/0572 final), page 14. Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, in fact, did not prohibit the use of Joint Cross-Border Procurement, but did not explicitly mention it, as underlined by Recital 73) Directive 2014/24/EU.
28. Cf. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-border Procurement*, in G.M. Racca, C. Yukins (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 94. See also M. Lottini, *From 'Administrative Cooperation' in the Application of European Union Law to 'Administrative Cooperation' in the Protection of European Rights*

and Liberties, in *European Public Law*, 18(1), 2012, p. 131 ff.; F. Lafarge, *Administrative Cooperation between Member States and Implementation of EU Law*, in *European Public Law*, 16(4), 2010, p. 600 ff. In Italian R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Cooperazione amministrativa europea*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 2017, p. 191 ff.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. ita. Dir. pubbl. comunit.*, 6, 2016, p. 1457 ff.; D.U. Galetta, *Coamministrazione, 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 A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (eds.), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 191 ff.

29. Cf. Article 39(1) last sentence Directive 2014/24/EU.
30. *Id est* activities conducted permanently, in the case of the acquisition of supplies and/or services intended for contracting authorities; or in the case of the award of public contracts or the conclusion of framework agreements for works, supplies or services intended for contracting authorities. Cf. Article 39(2) Directive 2014/24/EU.
31. Cf. Article 39(1) first sentence Directive 2014/24/EU.
32. Cf. Article 39(3) first sentence Directive 2014/24/EU.
33. See footnote 30.
34. Cf. Article 39(4) first sentence Directive 2014/24/EU.
35. As well as to jointly conclude a framework agreement or manage a dynamic purchasing system.
36. Cf. Article 39(5) Directive 2014/24/EU.
37. In accordance with Regulation (EC) 1082/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on a European grouping of territorial cooperation (EGTC). On this topic see G.M. Racca, S. Ponzio, *Contrats publics transnationaux: une perspective complexe*, cit., p. 1; S. Carrea, *The discipline of the European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC) between European Union law, statutory autonomy and private international law: an attempt at synthesis*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, p. 611 ff.
38. Cf. Article 39(5) Directive 2014/24/EU.
39. Cf. Article 39(4) third sentence Directive 2014/24/EU.
40. Cf. in any case Recital 71) Directive 2014/24/EU.
41. Cf. Article 39(4) third sentence let. a) and b) Directive 2014/24/EU. As the procurement procedure can be managed in different ways, contracting authorities can structure it according to several models. The most intuitive model provides that there is a single contracting authority α that signs a framework agreement for the other participating authorities β , γ and δ . The selection phase of the supplier, and thus of the award of the framework agreement, is regulated by the law of the contracting authority that signed it, namely α . Subsequently, each contracting authority to the benefit of which the framework agreement has been awarded (β , γ and δ) will execute it in their States according to their own national rules. On the other hand, it is possible for contracting authorities to adopt a

CERIDAP

different model, the block purchasing. In fact, it is also possible for contracting authority A to purchase the goods in bulk for the benefit of all the other contracting authorities B, C, and D participating in the agreement. In this scenario, the block purchase is regulated by the State national law of the contracting authority that signed it. At a later moment, each contracting authority (B, C and D) will be able to purchase the good from the authority that previously purchased it in bulk (A). The execution phase is regulated by the respective national disciplines. It should be noted, however, that bulk purchase for the benefit of other administrations, with subsequent resale, is not allowed in all Member States' juridical orders. This is the reason why the use of the framework agreement is a more practicable option.

42. According to Article 39(2),(3) Directive 2014/24/EU.
43. According to Article 39(1),(4),(5) Directive 2014/24/EU.
44. Cf. Article 39(5) Directive 2014/24/EU.
45. The internal agreement seems to be the most feasible option. This internal agreement is fundamental as a legal tool regulating the JCBP. In it, the contracting authorities allocate their respective responsibilities, decide on the specific national legal framework to be applied to JCBP, as well as on the applicable jurisdiction (considering the general prohibition of forum shopping in EU law) and establish all details concerning the internal organisation of the award procedure, including the choice of the award criterion – a criterion that could also be the criterion of the lowest price if the goods have standardised features that testify to the same level of quality.
46. Cf. respectively Court of Justice, Judgment 17 June 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel A/S v Region Nordjylland og Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2021:490, and Court of Justice, Judgment 19 December 2018, C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust and Coopservice Soc. coop. arl v Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) and Others*, ECLI:EU:C:2018:1034. About it see C. Risvig Hamer, *CPBs and their users: shared liability, contract management and remedies*, in C. Risvig Hamer, M. Comba (eds.), *Centralising Public Procurement: The Approach of EU Member States*, cit., p. 87 ff.
47. Cf. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Making Public Procurement work in and for Europe (COM/2017/0572 final), p. 14.
48. As underlined by G.M. Racca, C. Yukins (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit.
49. There are few previous experiences of cross-border procurement. However, one of them has been successfully implemented, that of Project HAPPI (Healthy Ageing Public Procurement of Innovations), the scientific coordinator of which was Prof. G.M. Racca, and which concerned the JCBP of medical goods characterised by a high level of technology. In particular, the HAPPI project was financed with funds from the European Commission and was conducted by a consortium of several participating European stakeholders, mainly consisting of central purchasing bodies and companies experienced in

- innovative healthcare procurement. On this topic see European Commission, BBG, SKI, *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, 2017, p. 33 ff.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-border Procurement*, in G.M. Racca, C. Yukins (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit.; S. Ponzio, *Joint Procurement and Innovation in the New EU Directive and in Some EU-funded Projects*, in *IUS Publicum Network Review*, cit.
50. The EU institutions have appropriately provided specific procedures for emergency purchasing scenarios, especially in the health sector: cf. Council Regulation (EU) 2022/2372 of 24 October 2022 on a framework of measures for ensuring the supply of crisis-relevant medical countermeasures in the event of a public health emergency at Union level.
 51. Among the academics who have explored this issue: A. Wildavsky, *The Politics of the Budgetary Process*, in *The Yale Law Journal*, 74(3), 1965; S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; C.R. Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
 52. As underlined in Italian by F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato 'responsabilizzato'*, in *Federalismi.it*, 36, 2020, p. 33 ff., bureaucracy or defensive administration is also called 'fear of signing'. Defensive administration is not to be confused with corruption: the corrupt civil servant, in fact, pursues an individual gain by producing a collective damage, whereas the 'defensive' civil servant renounces a collective gain to avoid the risk of an individual damage. On this argument, in Italian, see M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e 'burocrazia difensiva'*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, p. 625 ff.; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 61 ff.; M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva: il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, p. 35 ff.
 53. In this way V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 2, 2020, which points out the presence of a trade-off between private costs and collective benefits that inevitably leads to a negative balance.
 54. According to a study carried out a few years ago by Forum PA (a leading Italian service and consultancy company specialising in public relations, institutional communication, and training), it was pointed out that the excessive production of legislation and the continuous succession of regulatory interventions are two of the most important causes of defensive bureaucracy according to the civil servants interviewed by the study. Cf. C. Mochi Sismondi (coord.), V. Piersanti (eds.), *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo? Una ricerca di ForumPA*, in *Forum PA*, 2017, p. 8.
 55. On this topic see C. Risvig Hamer, M. Comba (eds.), *Centralising Public Procurement: The Approach of EU Member States*, cit.

56. See *ex multis*, in Italian, F. Denozza, *Norme efficienti: L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè Editore Milano, 2002.
57. Law and Economics combines the traditional view of law as a system of rules, obligations, and sanctions with an economic view in which law is seen as a set of incentives addressed to subjects and aimed at the adoption of a specific behaviour. On this argument see, among others, R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law & Economics*, 3, 1960, p. 1 ff.; G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *The Yale Law Journal*, 70(4), 1961, p. 499 ff.; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston, 1972; R. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1981. Recently U. Mattei, *The Rise and Fall of Law and Economics: an essay for Judge Guido Calabresi*, in *Maryland Law Review*, 64(1), 2005, p. 220 ff., while, from a comparative perspective T. Eisenberg, G. Ramello (eds.), *Comparative Law and Economics*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
58. About it see R. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 4(16), 1937, 386 ff. In relation to this author's contribution, in general, R. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, in *California Law Review*, 77(1), 1989, p. 223 ff.
59. Theorised by A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, MacMillan, London, 1920.
60. On this topic, see the contributions of Italian literature, including M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problema*, Giuffrè, Milano, 1939; C. Mortati, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Dig. it.*, 1939, 79 ff.; M. Nigro, *Le norme-principio della Costituzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Foro it.*, 1951, I, III, p. 28 ff.
61. About this argument C. Coglianese, D. Lehr, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *Georgetown Law Journal*, 105, 2017, p. 1147 ff.; I. Giuffrida, *Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations*, in *Fordham Law Review*, 88(2), 2019, p. 439 ff.; C. Djefal, *Normative Guidelines for Artificial Intelligence in Government and Public Administration*, in T. Wischmeyer, T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, Cham, 2020, p. 277 ff.; H. Zech, *Liability for AI: public policy considerations*, in *ERA Forum*, 22, 2021, p. 147 ff.
62. See Article 1 legislative decree no 36/2023, Italian Public Procurement Code.

Digitalizing healthcare in Italy and Germany: the Electronic Health Record and m-Health regulation as key for e-Health

Giulia Re Ferrè

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-14

Il presente contributo propone una comparazione del processo di digitalizzazione della sanità in Italia e Germania, concentrandosi su due strumenti principali: il fascicolo sanitario elettronico e la regolazione della mHealth. Nonostante le differenze strutturali tra gli ordinamenti, i due paesi presentano un livello di digitalizzazione simile e se la Germania ha di recente introdotto una normativa all'avanguardia in tema di cure digitali, l'Italia mostra invece un più avanzato livello di implementazione del FSE. L'analisi verte quindi sulle problematiche emerse nei due ordinamenti e sulla complementarità delle soluzioni adottate.

This article compares the digitalization process of healthcare in Italy and Germany focusing on two main tools: the electronic health record and the mHealth regulation. Despite structural differences, the two countries present similar levels of digitization and, whereas Germany has recently introduced cutting-edge legislation on digital care, Italy has a more advanced level of EHR implementation. The analysis therefore focuses on the issues that have emerged in the two jurisdictions and the complementarity of the solutions adopted.

Summary: 1. Introduction.- 2. Italy and Germany towards the digitalization of the healthcare system.- 3. The electronic health record: a key tool in the digitalization process.- 3.1. The electronic health record in Italy: il fascicolo sanitario elettronico (FSE).- 3.1.1. Content and Functioning of FSE.- 3.1.2. State of adoption and implementation problems of the FSE.- 3.2. The electronic health record in Germany: die elektronische Patientenakte (ePA).- 3.2.1. Content and Functioning of the ePA.- 3.2.2. Adoption and implementation problems.- 4.

Integrating mHealth into the healthcare system: the German model.- 5. Conclusion.

1. Introduction^[1]

The digitalization of healthcare systems has certainly accelerated in the wake of the COVID-19 pandemic, but the willingness to undertake such a transformation was clear even before the global health crisis. In 2018, a communication by the European Commission^[2] stressed the importance of adopting digital solutions in healthcare. In particular, the Commission emphasized the need to create a patient-centered healthcare model and to shift from hospital-centered systems to community-based and integrated structures.

Data play a central role in this process. The availability of reliable, good-quality data is important in several respects: first, it enables the development of medicine that is personalized and thus better responsive to patient's needs; it also enables faster scientific progress, even in fields where data are scarce, as in the field of rare diseases. For this reason, the Commission's communication emphasizes the central role that the electronic health record (EHR) must play in the digitalization process. However, the implementation of this tool still presents many problems in several member states^[3]. Also, the solutions adopted are often not interoperable making it impossible to exchange data within the Union^[4]. The second aspect the Commission focuses on is the use of digital tools such as wearable devices and mHealth^[5] technologies, especially for treating chronic patients, since they could improve patient well-being and quality of care, while also promoting an active patient role in disease management^[6].

Therefore, although the journey toward healthcare digitalization had begun well before, the outbreak of the pandemic certainly helped speed up the process. The need to provide services remotely has brought the importance of telemedicine to the forefront^[7]; the central role of data has become crystal clear both at the individual level – to ensure that patients receive the most personalized care possible – and in healthcare governance^[8]; finally, during the pandemic, the

mHealth sector registered a surge in the deployment of medical, well-being, and fitness apps^[9].

Along with the potential and benefits that accompany digital (r-)evolution, there are also risks and issues that legislators must consider. In a 2023 report on digital health in Europe^[10], the World Health Organization (WHO) recognized that the pillars around which the digitalization of health systems is built are those previously mentioned, namely electronic health record, telemedicine, mHealth, and big data. The study highlights future perspectives and key points to focus on in order to develop systems that make the most of the potential of digital tools, as well as critical issues to be resolved. The study notes the indispensability of establishing effective governance of digital health including the creation, or strengthening, of agencies and the development of clear guidelines that also aim to improve digital and health literacy. Regarding the path to the creation and implementation of electronic health records, two main obstacles - common to most EU member states - are identified: the need for funds to be allocated for the maintenance and improvement of technological infrastructure and the lack of interoperability among the technological solutions adopted in recent years. The fifth recommendation expressed by WHO, namely, to develop patient-centered and inclusive healthcare through clear policies and strategies that can integrate the latest digital technologies into the healthcare system, is very relevant. Emphasis is placed on the efforts needed to bridge the digital divide through digital inclusion strategies that inevitably rely on ensuring universal access to digital tools. In fact, WHO argues that «*digital exclusion is a major driver of inequality and can lead to poor health outcomes*».

Digital exclusion is caused by two main factors: on the one hand, the lack of skills to effectively use digital tools; and on the other hand, the unavailability of the economic resources needed to obtain access to the tools such as an adequate Internet connection and the necessary devices^[11]. In studying national legislation, therefore, it will be necessary to assess whether adequate solutions have been arranged to deal with these problems.

2. Italy and Germany towards the digitalization of the

healthcare system

This paper analyzes two national cases, Italy and Germany, focusing on the legislative implementation of strategies for the digitalization of healthcare systems.

The two EU member states have a similar level of digitalization. Considering the DESI 2022 index ^[12], Germany stands just above the European average (52.88) and Italy just below (49.25). The DESI index has four components: digital public services, integration of digital technologies, connectivity, and human capital. The component with the largest difference is human capital, where Germany outperforms Italy by almost two points. However, if we look at the trend of this component in the two states, we see that from 2017 to the present it is virtually identical ^[13]. Germany in five years has improved this human capital component by 0.97 points and Italy by 0.94, thus failing to fill the existing gap. Therefore, the gap in the level of digitalization does not seem to be such as to prevent the comparison of the two countries. The two countries have different healthcare systems, a universalistic National Healthcare System in Italy and an insurance system in Germany. However, the digitalization tools mentioned above – i.e. the electronic health record, telemedicine, mHealth - are being developed in all EU member countries regardless of the type of healthcare system. Nonetheless, it should be also considered that eHealth implementation was found to be higher in countries with a national healthcare system compared to those with an insurance system ^[14]. The different form of state, regionalized in Italy and federal in Germany, makes the comparison between the two national paths to healthcare digitalization even more interesting, also given the central role played by Italian regions and their broad legislative autonomy in the healthcare sector ^[15].

In particular, it seems important to consider what solutions have been adopted in the two states, mainly considering two aspects: Italy has longer-term experience regarding the implementation of the electronic healthcare record since it was introduced more than ten years ago. During these years, many problems have emerged in the implementation of this instrument, and it is still unevenly used throughout the territory.

The German legislation only managed to introduce the EHR with the Digital Healthcare Act ^[16] of 2019 and, as we will see below, to date the implementation is

still very poor. By contrast, Germany has adopted extremely advanced eHealth/mHealth legislation, pioneering in the European landscape, whereas Italy has not managed to integrate these tools into its healthcare system yet and to date, the existing legislation is mainly composed of guidelines regarding telemedicine^[17]. The potential of the German eHealth legislation risks being constrained in case implementation does not go hand in hand with the effective development of the electronic health record. The experience of both countries can therefore contribute to a comprehensive development of the digitalization process. On the one hand, analyzing the problems that have arisen in the implementation of the Italian electronic health record (which are not fully resolved yet) can contribute to a better evaluation of the solutions proposed and adopted in a country like Germany, which has only recently introduced this instrument. On the other hand, the introduction of a model of eHealth legislation that enables the integration of health applications within the health system might serve as a model for the advancement of digitalization in Italy.

3. The electronic health record: a key tool in the digitalization process

As anticipated, the electronic health record plays a central role in the digitalization process of healthcare systems. According to the WHO, the electronic health record (EHR) can be defined as «*real-time, patient-centered records that provide immediate and secure information to authorized users. EHRs typically contain a patient's medical history, diagnoses and treatment, medications, allergies, immunizations, as well as radiology images and laboratory results*»^[18]. Normally EHRs also include patient's administrative data. By collecting health data from all providers and sometimes even from the patient himself, the EHR enables physicians to gain a better understanding of the patient's clinical situation. This allows for faster and more accurate diagnoses in the first place and, avoids duplication of examinations, it also saves money. It relieves the patient from the burden of having to select paper reports to bring to each visit and prevents documents from being lost. At the same time, the individual has quick access to all of his or her data, which increases the patient's sovereignty over them; according to some, this should result in greater awareness

of one's clinical situation. The EHR has not only played a role about individual health; it is also relevant in the area of public health and health governance. For example, it is believed that through the data collected and in an anonymized form, the development of epidemics can be predicted, and a clearer view of population needs can be obtained. In some countries^[19], the EHR also collects data from wearable devices and apps, allowing patient monitoring outside hospitals through real-world data^[20]. The combination, therefore, of mHealth technologies with the EHR offers a 360-degree view of the patient^[21].

Despite the many advantages of its adoption, in many countries, the implementation process of this tool has encountered many difficulties, regardless of the type of healthcare system^[22]. As anticipated, the Italian legal system has regulated EHR for more than a decade, while Germany has introduced it on the legislative level since 2019. The following paragraphs will outline the characteristics of this instrument in the two countries and the stage of implementation.

3.1. The electronic health record in Italy: il fascicolo sanitario elettronico (FSE)

In Italy, the nationwide introduction of the electronic health record (*Fascicolo sanitario elettronico* – FSE) dates back to 2012, with Legislative Decree No. 179, but some regional projects existed even earlier.

The implementation process has been long and difficult, with several delays. Initially, June 30, 2015, was set as a deadline for regions to activate the FSE. However, meeting this deadline was impossible, first of all, because the decree defining the mandatory and optional content of the FSE was not adopted until September 2015^[23]. Subsequently, one of the main problems to be solved was the interoperability among the various regional records and the harmonious development throughout the country. It should be kept in mind that the competence for the establishment and development of the FSE lies with the regions^[24].

In fact, according to the constitutional text^[25], health protection is a subject of shared competence between the state and the regions: it is up to the state to determine the essential levels of care (*Livelli essenziali di assistenza* – LEA) that

must be guaranteed throughout the national territory^[26], while it is up to the regions to determine the concrete organization of the regional health services^[27], which may also involve the provision of services in addition to those included in the essential levels. However, it is also relevant to note that IT coordination of national and regional administration data is an exclusive State competence^[28].

Although the 2015 decree already expressly required interoperability between regional FSE, it was not until the end of 2018 that the National Infrastructure for Interoperability (*Infrastruttura Nazionale per l'Interoperabilità* – INI) became fully operational.

INI is designed by the Agency for Digital Italy^[29] and has the main task of ensuring the interoperability of regional FSE and the identification of the assisted person through alignment with the National Registry of Assisted Persons (*Anagrafe Nazionale degli Assistiti* – ANA)^[30].

Despite the time passed since the nationwide legislative introduction of FSE, many problems remain concerning both its use and interoperability. However, since the EHR is a backbone tool of the digital healthcare system, it has been placed at the center of the investments included in the National Recovery and Resilience Plan (*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* – PNRR). Mission 6 of the plan, dedicated to health, was allocated 8.16 percent of the total amount, which is 15.63 billion euros. Component 2 of the mission deals specifically with innovation research and digitalization of the healthcare system and includes «*strengthening of technological infrastructure and tools for data collection, processing, analysis and simulation*», namely the FSE, among the interventions under the responsibility of the Ministry of Health.

3.1.1. Content and Functioning of FSE

Article 12 of Law Decree 179/2012 defines FSE as «*the set of health and social-health data and digital documents generated from present and past clinical events concerning the patient, also referring to services provided outside the National Healthcare Service*». The FSE should, therefore, collect all the data related to the patient's health allowing for an easy and complete reconstruction of clinical history. The article was amended in 2020^[31], requiring that services performed outside the National Healthcare Service (SSN - *Servizio Sanitario Nazionale*)

also be included in the FSE. This tool performs (or should be able to perform) several functions on different levels: at the level of the patient, it should allow easy access to health data and thus a clearer knowledge of his or her health condition^[32]; at the level of physicians and healthcare personnel, it allows for higher quality care and treatment, thanks to the knowledge of the patient's clinical history also concerning diagnoses, treatments and examinations performed or prescribed by other specialists; finally, the FSE also plays a role as a tool for scientific research^[33] and health planning^[34], through the possible use of data in anonymized form.

The content of the FSE consists of a mandatory and an optional core^[35]. Mandatory parts of FSE are patient identification and administrative data; referrals; emergency room reports; discharge letters; summary health profiles; pharmaceutical records and consent or refusal to organ and tissue donation. This means that all regional health records should at least include these parts. Then, there is a list of data and documents that can supplement the record, but their presence depends on discretionary regional decisions and the level of development of the regional health file. Among the optional documents, however, we also find particularly relevant ones, such as specialist and pharmaceutical prescriptions, medical records, a list of vaccinations, diagnostic-therapeutic plans, and data to support telemonitoring activities. An optional section is called the "patient's notebook" (*Taccuino dell'assistito*), within which the patient himself or herself can directly enter data that he or she considers relevant. In this regard, it should be emphasized that these data are not certified by healthcare personnel or institutions, so they may at most have the value of notes that the patient believes may be useful. Precisely because the veracity and accuracy of these data is highly variable, in no way can the physician consider them as certain, but they can enrich the doctor-patient relationship and be a dialogical and collaborative tool.

The fact that there is such a wide discretion of the regions on the content represents the first critical profile with regard to the homogeneous development of this instrument in the country. Regions can legitimately decide to implement only the minimum core, but this potentially affects the quality of care that patients are entitled to receive, ultimately widening the already very large regional gap^[36]. The concrete risk is that the digital tool will increase existing differences

between regional healthcare systems.

The creation and feeding system also changed during the pandemic period. In fact, file activation and document entry were initially contingent on patient consent, thus configuring an opt-in system. The number of active files in the various regions and their use will be analyzed in the next section, but it should already be pointed out that the opt-in system did not allow the full exploitation of the tool's potential: in fact, in December 2019, only 20 percent of FSE were active nationwide. Article 11 of law decree 34/2020, therefore, eliminated the need for patient consent for the creation and feeding of the FSE, starting from May 19, 2020. This means that, since then, FSE are created automatically for each patient, and health documents and data will be entered regardless of the patient's will. According to the joint memorandum of the Ministry of Economy and Finance and the Ministry of Health^[37], it is planned to activate the FSE for patients identified with a tax code, resulting from the ANA or, pending its implementation, from the national list of the Health Card system (*Sistema Tessera Sanitaria*). Consent remains necessary only for consultation of the FSE by physicians and healthcare providers. Thus, Italy has moved from an opt-in system to a system where there is not even the possibility of opt-out.

The new mode of feeding the FSE has critical issues regarding the protection of patients' privacy and sovereignty over the management of their personal data^[38]. On October 6, 2020, the Data Protection Authority issued an opinion clarifying the conditions for the legitimacy of this paradigm shift^[39]. The authority points out that the problem arises mainly for data generated before the entry into force of the aforementioned decree. They can flow within the FSE even in the absence of the data subject's consent under the following conditions: that there has been an appropriate information campaign at both the national and regional levels; that a 30 days time is recognized from the moment the population was informed of the new legislation in order to object to the inclusion of these data in the FSE. Thus, a temporary and partial opt-out was configured, as it related only to data generated before May 2020.

Consent remains the legal basis for allowing FSE data to be viewed by healthcare personnel for treatment purposes and it is articulated in two aspects. First, the individual has the right not to consent to the viewing of the health record, without consequences in the provision of healthcare services. In the absence of

consent to consultation, the patient is the only one who will be able to view the contents of the FSE (except for the use of the data in anonymized form for research or health planning purposes). Second, there is a right to data obscuration (*diritto all'oscuramento dei dati*): every person has the right to make data related to a particular medical service invisible. This implies that such data will not be displayed at all, and therefore the healthcare provider will not even know that those data exist but that they have been obscured. There are also categories of data that are uploaded by default in an obscured mode, and these are data that entail additional protection such as data and documents governed by the regulations protecting people with HIV, women undergoing voluntary termination of pregnancy, victims of acts of sexual violence or pedophilia, people who use drugs, psychotropic substances and alcohol, as well as data and documents referring to services offered by family counseling centers. It is intended to avert the possibility that people would rather not undergo certain medical tests to protect their privacy on particularly sensitive issues^[40]. In the near future, the impact of the new activation and feeding model in relation to the exercise of the right to blackout should be evaluated. This means that it will have to be considered whether the shift to compulsory feeding of the FSE will lead to greater distrust on the part of the population, who will cautiously prefer to obscure data^[41].

While this would not completely nullify the benefits of the FSE, it would certainly largely limit them. Indeed, it would remain possible to exploit the data for research and planning purposes, and the uploaded documents could still be consulted by patients; however, the possibility for healthcare providers to have a complete and direct view of the medical history, and thus to be able to provide more personalized treatment pathways avoiding the repetition of medical examinations, would be restricted. This is why information campaigns, also suggested by the Data Protection Authority, among others, will be key. In my opinion, it would be necessary not only to get information about the functioning of the FSE and its benefits to patients, but it would be essential also to try and strengthen a doctor-patient relationship based on trust^[42]. In no way should the patient feel exposed or fear that his or her data will be used for purposes other than those stated. Of course, developing public trust in this tool goes hand in hand with the need to strengthen data security against possible cyber-attacks and

data leaks^[43] .

A final aspect to consider is how patients can access their FSE. Currently, each region implements its own FSE and sets up its own access point, determining which credentials can be used. The existence of so many access points does not facilitate the usage of the system by citizens^[44] . First, because individuals will have to search for specific information on how to access their FSE, depending on the credentials required by the region of residence. Second, in case of moving from one region to another, the methods of access change.

These issues are well-known to the legislator, which has made changes by both standardizing at the national level the credentials that can be used to access the FSE and providing for the establishment of a single access point (fascicolosanitario.gov.it)^[45] .

To date, however, this single point of access is not active yet, and the website serves as a mere collector of information. Thus, at present, there are many aspects of the FSE that are undergoing changes, but it is too early to assess their effects.

3.1.2. State of adoption and implementation problems of the FSE

Although more than 10 years have passed since the legislative introduction of the FSE at the national level, this instrument has not yet reached a satisfactory level of implementation, only partially deploying its potential. In this section a few data are provided, which are useful for understanding the level of nationwide diffusion as well as usage by physicians and patients.

The monitoring activity is carried out taking into account two indicators established by AgID jointly with the Ministry of Health: activation and utilization^[46] . The activation indicator considers several services that contribute to the full implementation of the system.

Among the most relevant aspects are considered services for access (by patients, physicians, and healthcare providers); services for interoperability; services for laboratory report management. The most recent data, for the third quarter of 2023, show that the implementation indicator is 100 percent in 8 out of 21 regions, and the lowest level (86 percent) is found in one region only (Liguria), while in all others it exceeds 90 percent^[47] .

The provision, therefore, of the infrastructure necessary for the operation of the FSE is present evenly throughout the country. In terms of the total number of activations, 57,663,021 FSE were active as of November 2023^[48], accounting for nearly the entire population of Italy, which was 59,030,133 as of January 2022^[49]. According to the aforementioned joint memorandum of the Ministry of Economy and Finance and the Ministry of Health^[50], as of December 31, 2019, only about 11 million FSE had been activated. This massive increase seems to be attributable to both the push effect toward digitalization of the pandemic and especially the new paradigm of automatic activation of FSE.

Certainly, the coverage of almost the entire population must be considered a great step forward in the direction of the full exploitation of this tool: the data on its usage are much less encouraging though. Monitoring utilization considers three categories of actors: patients, physicians, and healthcare providers. The population-related indicator reports the percentage of FSE access by citizens for whom a new document (such as a medical report) was made available in the last 90 days. Thus, it generally refers to the actual consultation of FSE by patients. Only two regions (Emilia Romagna 81% and Tuscany 56%) show a significant percentage of use. The other regions do not exceed 25% (Lazio 25%, Valle d'Aosta 20%) and for many regions either no data is reported, or it is close to 0^[51]. Better results, although not fully satisfactory, come from the data on physicians' usage of the FSE. In ten regions, the share of physicians using the FSE system ranges from 90% to 100% (Emilia-Romagna, Lombardia, Marche, Piemonte, Puglia, Sardegna, Valle d'Aosta, Veneto and the autonomous province of Trento). In two regions, the share is around 70 percent. The remaining regions show a significant gap: Abruzzo has a level of use by physicians just above 20%, Tuscany is at 14% whereas for the remaining regions the percentage is either minimal or data are not available^[52].

Even less positive are the figures for public healthcare authorities (*Aziende sanitarie*).

This indicator is divided into two categories: the number of healthcare authorities enabled to use the FSE and the healthcare authorities that feed FSE. This second aspect, together with the feeding of the FSE by physicians, holds the greatest significance. Feeding the FSE is an issue that logically lies upstream from citizen use. With the recent reform, as explained, the feeding will not depend on

the will of the patient, so the entire responsibility for this activity falls on the administrations' charge of uploading documents into the system.

Only two regions indicate that almost all healthcare authorities feed FSE. In six regions, the share ranges from 50% to 70%, while there are no data available for eleven regions.

It must be stressed that the unavailability of granular data makes it extremely difficult to assess the actual status of implementation. The monitoring service provided by AgID is also supposed to make detailed data available at the regional level^[53]; currently, however, regional sections do not appear to be available.

Some tentative considerations may nevertheless be drawn from currently available data.

The activation of FSE for almost the entire population is a huge step toward realizing the full potential of this tool. If this aspect is combined with an effective and complete automatic feeding of FSE, under the provisions of the most recent legislation, data availability will be ensured at least for health research and governance purposes.

Lack of awareness of the FSE and its usage by the population have been considered indices of the failure of this tool in the Italian system. However, when considering the purposes of the FSE, it does not seem correct to consider this aspect as a key element in evaluating its role. The use of the FSE by patients (i.e., its consultation) should be considered an option; it represents the healthcare system's offer of an easier way to consult and store health data. However, given that the patient continues to have access to his or her data and reports even through traditional channels, the improvement in the quality of care comes first and foremost from the feeding of the FSE by healthcare facilities and its use by physicians who will be able to have a more complete view of the patient's medical history. As access to patients' data for physicians continues (rightly) to be subject to individual consent, it will be interesting to observe the response of the Italian population in the coming time. The question is whether the shift to a mandatory FSE feeding mode will be accepted with confidence at the societal level, or rather it will result in a distrustful reaction that could push patients to obscure their data in the record.

Furthermore, if patients' awareness and familiarity with the FSE are to be increased, appropriate information campaigns are needed. In my opinion, an

effective awareness-raising role could be played by family doctors, who are usually a reference and trusted figure for patients. However, it seems impossible to burden general practitioners with this task as well, given the limited number of GPs in relation to the population and, thus, the workload imposed on them^[54]. Investments should also be used to improve the digital literacy of the population. This is a more general problem for Italy. In fact, as already pointed out, the DESI index identifies human capital as the weak point in Italy's digitalization process: apparently only 46% of the Italian population has basic IT skills^[55].

3.2. The electronic health record in Germany: die elektronische Patientenakte (ePA)

In 2021, after decades of trial and error, the Electronic Health Record (*Elektronische Patientenakte* - ePA) was introduced in the German healthcare system. The ePA was legislatively adopted in 2020 through the Patient Data Protection Act (PDSPG)^[56], which amended SGB V^[57].

The discussion on the opportunity of introducing the EHR started actually in the 1990s^[58], and the introduction of the ePA had already been decided in the GKV Modernization Act of November 14, 2003^[59]. Nonetheless, this instrument did not find any real application until January 2021, partly due to opposition over the years by *gematik*^[60] itself, which is the federal agency responsible for the digitalization of the healthcare sector. Until 2019, in fact, the *gematik* was composed of 50 percent representatives of health insurance companies and service providers, which made decision-making difficult and hindered the implementation of important innovations, such as ePA^[61].

3.2.1. Content and Functioning of the ePA

§341 SGB V opens with a definition of ePA, which is described as an electronic record managed by the insured and made available by health funds. This means that the insured themselves decide which data are stored or deleted in the ePA and who can access them. The emphasis on insured management of the file highlights the willingness to give a prominent role to informational self-determination and patient sovereignty. The activation mode is therefore different

from the one currently in place in Italy and similar to the one that existed before the 2020 reform. In the face of the ePA activation, two subjective positions arise: the right on the part of the insured to activate the ePA and a respective obligation on the part of the health insurance company to offer the ePA service to its clients^[62].

The content of ePA is similar to what is already in place in many other states of the Union, and it is intended to be the counterpart (and in the future the substitute) of patient's paper health record. All the considerations made above about functions, usefulness and goal of the EHR/FSE also apply to the ePA. The interoperability issue has been addressed by the German legislator as well, but whereas in Italy the need is to ensure interoperability among regions, the German insurance-based system is concerned with ensuring interoperability and portability of data between different insurance funds. To ensure completeness of data, in case of change of insurance fund, data portability must still be guaranteed (§ 342 par. 2 let. d SGB V). It is also intended to make it possible for all healthcare providers to access these data, subject to patient's consent.

The content of the ePA is determined by law through § 341 para. 2 n. 1-13. The text of the norm reports that there is the possibility (and not the obligation) of including such data in the record, and this is because, as already pointed out, the patient's will plays a sovereign role. It is important to underline that, in addition to data related to patient's health conditions obtained through diagnosis, therapeutic measures, early diagnostic examinations, treatment reports, and thus generally through documents from healthcare facilities, it is also possible to include health data provided by the insured himself (§341 para.2 n. 6) as well as data from digital applications under §33a SGB V (§341 para.2 n. 9). While the possibility to insert data directly by the patient is also provided for in the Italian system, the inclusion of data from apps is not possible in the FSE and it represents a further step toward an integrated vision of digital healthcare. The provision is consistent with the desire to make mHealth an integral part of German healthcare, as it will be seen below^[63].

Again, to enhance patient's sovereignty over his or her own data, a granular access authorization mechanism (*granulares Berechtigungsmanagement*) is ensured. As laid down in § 342 paragraph 2 no. 1 let. c SGB V, insured persons can give their consent not only to access all ePA data, but also to exclusive access to data under

§ 341 para. 2 n. 1, which are basically medical information from examinations and diagnosis, the treatment plan, and information for emergencies, or to data under § 341 para. 2 n. 6, namely the information provided by the patient himself. Thus, in the end the “all or nothing” principle was rejected. In the first stage, a so-called rough control (*grobgranulares Berechtigungsmanagement*) on access was provided, because the choice was simply between making all data accessible or only those in n. 1 and 6 of § 341 par. 2 SGB V; later on, detailed control (*feingranulares Berechtigungsmanagement*) was provided by allowing selection of individual documents to be made accessible to health personnel^[64]. Certainly, this approach enhances the role of the patient and helps limiting concerns about sharing sensitive data. However, it also has critical aspects. First and foremost, if the patient only consents to access to certain data, the possibility for health professionals to make a truly comprehensive assessment of the situation is lost. Indeed, it would be the patient who would be able to decide what data are relevant, but he or she often lacks the relevant expertise. This could partially challenge the usefulness of ePA, the use of which could provide only a partial view of patient’s status. Nonetheless, it is correct that the ultimate decision about one’s sensitive data remains with the patient, not only for privacy reasons and one’s most personal sphere, but also in deference to the principle of self-determination and freedom in treatment choices, even if these choices may ultimately harm individual health. On this aspect, there are no substantial differences from the Italian law. The only point of divergence is the fact that, currently, the German law does not provide for categories of data that are by default completely obscured (thus there does not seem to be a right to obscure data as explained in paragraph 3.1.1.).

3.2.2. Adoption and implementation problems

In the implementation phase, it is the responsibility of the *gematik* to formulate the technical standards for ePA functionality at every stage, including ensuring interoperability among the systems (§ 354 SGB V). The implementation process of the ePA legislation was divided into three main stages reported in § 342 SGB V. The first stage was set for January 1, 2021. From this date, the insurance funds (*Krankenkassen*) are obliged to make an ePA available to all the insured who

request it. Thus, an opt-in system was initially envisaged, the appropriateness of which, however, has been called into question by the very low uptake of ePA two years after its introduction. At this first stage, it was planned to implement only a few essential functions such as the collection of the data indicated in § 342 par. 2 and 6, i.e., strictly medical data and data provided by the insured. In addition, ePA was initially tested only in certain areas (Berlin and Westfalen-Lippe), and then by the 30th of June 2021, the system covered the whole country. Since the 1st of July, 2021, contract physicians (*Vertragsärzte*) have been required to create the conditions for a connection to the telematic infrastructure in order to be able to use the ePA, while hospitals must be connected from January 1, 2022^[65]. From the second stage, starting in January 2022, additional data can be saved on the electronic file. The detailed control over access to data, mentioned earlier, has also been introduced.

From the third stage, starting in January 2023 the insured person is given the option to make his or her data available for scientific research (§ 342 par. 2 n. 4 let. b).

This possibility is consistent with European policies that, especially in the area of health, are working to expand the possibilities for secondary use of data. In particular, the choice to make one's data available for research evokes the concept of data altruism^[66], introduced by the Data Governance Act^[67]. In this respect, there is a major difference from the FSE, whose data can always be used, in anonymized form, for research purposes regardless of patient's wishes.

Finally, although in the first stage, ePA use was guaranteed only through mobile devices (smartphones and tablets), by January 1, 2022 at the latest, health insurers are obliged to ensure that ePA can also be used through PCs (§ 342 par. 7 SGB V). The opposite has occurred in Italy, namely, the FSE has always been available from PCs only, and later some regions have also developed apps for mobile devices.

As said, both activation and usage of the ePA are fully voluntary, and an opt-in system was initially chosen. However, two years after the introduction of the health record and in light of the wholly unsatisfactory results, it was deemed appropriate to switch to an opt-out system. In fact, just over two years after the effective introduction of ePA into the German system, this instrument has not achieved the desired results. It is estimated that only 1 percent of the population

has requested to activate^[68] it and only 6 percent of physicians is using it^[69]. Several scholars have tried to identify the causes of such failure (so far), and three main factors have been identified: the activation system, the population's lack of awareness of the tool, and the general distrust of sharing sensitive data^[70]. Regarding the first aspect, i.e. the opt-in mechanism, this presupposes an active role of the insured who requests activation of the record from their insurance fund. Each fund, therefore, has been able to work out its own process for requesting activation, and very often this process has not been designed to be simple, fast, and accessible to all; in fact, many funds have provided as exclusive way of activation that the subject had to physically go to the offices to request it^[71]. The choice of the opt-in mechanism was consistent with the view of enhancing patient's sovereignty over his or her own data; however, to date the validity of this choice is questioned. According to this approach, everything comes through active consent: the activation of the record, the uploading of data, and the ability for healthcare providers to access it.

In light of the poor results to date, it has been proposed by several parties to move to an opt-out mechanism^[72], whereby the ePA will then be set automatically for all the insured and those who do not wish to do so can actively oppose it. The 126th conference of German physicians, held in May 2022, also supported an opt-out system for the activation of ePA and indeed called for such an option to be provided for data visibility by physicians as well, i.e., they claimed for patient's consent not to be required for physician access to the health record, but rather for the patient simply to be given the option to object to such access^[73].

As consequence, on Nov. 7, 2022, the shareholders' meeting mandated the *gematik* to switch to an opt-out system by the end of the term, whereby the automatic creation of the electronic file will be the default option, subject to the insured's opposition^[74]. This evolution would be similar to the Italian one, but the ePA scheme would still recognize the possibility to opt out and therefore it will not be mandatory. It remains to be seen whether this change will be enough to ensure the successful implementation of ePA, since the current failure is also related to the lack of awareness of the tool among the population, as well as a general fear of sharing sensitive data.

Regarding the lack of public awareness about the existence and use of ePA and the population's distrust, it was pointed out that no effective information

campaign has been carried out, differently from what was done when the Covid tracking app (Corona-Warn-App - CWA) was introduced^[75]. Interviews with the developers of the Covid tracking app show how the broad acceptance of this app by the population is based on two pillars: on the one hand, the development of the app itself was user-centered and various stakeholder groups were integrated into the development process; on the other hand, the skepticism of the population was addressed through openness and transparency and the choice was made to develop the software through an open source project^[76]. In developing digital solutions, the emphasis is on technical issues, while strategic, communication, and human aspects are often neglected. However, it is precisely the difficulty in solving these issues and coping with the social aspects of digital evolution that causes the failure of key projects in digital health, such as EHR. Indeed, it has been underlined that *«the areas of acceptance, change management, demonstration of benefits, funding, project management, health-policy related goals, and implementation strategy, and basic legal conditions, data protection must be given at least as much importance at the very start of the project as technological aspects are given»*^[77]. Thus, while a clear and transparent communication strategy is necessary, it alone cannot overcome public distrust and concerns about privacy.

The other aspect that certainly needs to be taken into account, as well as improved, relates to patients' motivations for using or not using ePA^[78]. In fact, there has been a positive trend in patients' interest in being able to digitally monitor health data, but this benefit often fails to offset privacy and security concerns. Therefore, alongside improving technical and interoperability aspects, it is necessary to consider patients' motivations for using the electronic health record, as highlighted in several studies. In conclusion, in the absence of a multidirectional action, addressing communication, privacy, and data security, and ensuring sovereignty over one's medical data, merely introducing an opt-out mechanism for the activation of ePA might only partially achieve the desired results, and many indeed prove counterproductive.

4. Integrating mHealth into the healthcare system: the

German model

Although a central tool such as the ePA is still struggling to find full implementation, the German legal system has been pioneering, adopting a law on digital healthcare^[79], whereby, in short, it introduces the possibility for physicians to prescribe the use of digital tools (such as apps) for disease management, treatment and care.

On December 19, 2019, the so-called Digital Healthcare Act (*Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation - DVG*) came into effect; it made changes to SGB V and in particular introduced §33a, titled “digital health applications” (*digitale Gesundheitsanwendungen - DiGA*). The norm is the legal basis for the provision of care through digital applications, the costs of which are covered by insurance funds. In other words, apps and software that are classified as low-risk medical devices, according to the European medical device regulation^[80], become part of the healthcare system and can be prescribed by physicians like a traditional therapy. Therefore, according to §33a SGB V, insured persons are entitled to be supplied with low-risk medical devices whose main function is essentially based on digital technologies and which are designed to support the detection, treatment, alleviation or compensation of injuries or disabilities. These provisions only cover apps that are on the list maintained by the German Federal Institute for Drugs and Medical Devices^[81] under §139e SGB V and that have been prescribed by the doctor or psychotherapist, or are used as a result of an agreement with the insurance company.

Thus, the first point to be analyzed is the objective scope of the regulation, that is, what is meant by digital health applications, or rather which digital applications fall under this scope. In fact, the concept of digital health application is very broad and there is no single legal definition. The DVG limits its scope to applications that are classified as low-risk medical devices, namely devices that fall into risk classes I and IIa according to the MDR^[82] and are used for detection, monitoring, treatment or alleviation of diseases or detection, treatment alleviation or compensation of disabilities. This implies that apps must be approved as medical devices; therefore, all those software that deal more properly with wellness and lifestyle are excluded. A DiGA can also be hardware, such as a wearable device if this works through software and collects data^[83]. In

addition, such devices must be approved by the German Federal Institute for Drugs and Medical Devices and included in a specific list after a so-called “fast-track procedure”^[84].

The procedure for the inclusion of a DiGA in the list maintained by the BfArM is stated in §133e SGB V and detailed in the Regulation on the Procedure and Requirements for Reviewing the Eligibility for Reimbursement of Digital Health Applications in the Statutory Health Insurance System^[85]. This procedure that can be activated to own-initiative and can last maximum three months. The manufacturer has the burden of attaching evidence that: the application meets safety, functionality, and quality requirements, including interoperability of the medical device; it meets data protection requirements and ensures data security in accordance with the state of the art; it has positive care effects. Positive effects of care mean medical benefit or structural and procedural improvement in healthcare relevant to the patient. According to §14 of the Regulation, the manufacturer must submit at least the results of a systematic data evaluation on the use of the digital health application as plausible justification that a positive healthcare effect can be demonstrated in a trial.

§15 adds that the manufacturer shall submit an evaluation concept drawn up following generally accepted scientific standards that takes appropriate account of the results of the data evaluation under § 14. This requirement proved to be the most difficult to meet since it was unclear what constitutes “systematic data for use” and what are “data scientific standards”. Nevertheless, producers’ opinion on this “fast-track procedure” is positive because it is not static but characterized by dialogue.

During the three months, the BfArM communicates with producers by asking for clarifications and additions, in the spirit, therefore, of a cooperative procedure^[86].

Sometimes it is possible that the manufacturer may not have the necessary data and studies at the beginning of the procedure to prove the benefit of the application on patient care.

In that case, it is possible to place the DiGa on the registry with a 12-months trial period (extendable up to 24 months) during which the manufacturer collects the necessary data to prove the beneficial effects of the device (§139e par. 4 SGB V).

DiGA pricing also follows a well-defined administrative process^[87]. §134

authorizes the National Association of Statutory Health Insurance Funds (*GKV-Spitzenverband*) to issue binding regulations for all statutory insurance funds and to agree with the producers of digital applications on remuneration amounts. The established amount applies from the year following DiGA inclusion in the register. The price is then established through an agreement and can be modified by a subsequent agreement. If an agreement is not reached within nine months since inclusion in the registry, the setting of the price is referred to an arbitration panel (§134 par. 2 SGB V).

There are currently 55 DiGAs in the registry^[88]. A large group of applications is devoted to mental health and in particular to the treatment of depression, anxiety, stress, and burnout; others deal with the treatment of chronic diseases such as diabetes, heart disease, and oncology; and others deal with alcohol and nicotine addiction. The list is user-friendly.

Next to the name of each app, it gives several indications such as the platform from which the app is downloadable (Apple App Store, Google Play Store) or whether it is a web app, the diseases for which it is indicated, the cost required by the manufacturer and which will be covered by insurance, whether medical services are required for use, the languages in which it is available, and if additional devices are needed. The physician or psychotherapist can prescribe the use of one of these apps contained in the registry, and the patient can obtain it directly from the major app platforms. It seems clear that digital literacy of physicians plays a key role, maybe even more than patient literacy. Some research has shown that currently, the knowledge of DiGAs by physicians is still very limited: according to a 2022 study, 64 percent of respondents were unaware of the possibility of using and prescribing them^[89]. Moreover, some surveys have found that physicians are quite skeptical of DiGAs, and only 30 percent was planning to prescribe them^[90]. In the face of mistrust from physicians, the population (especially in the 30 to 49 age group) is favorable to the use of digital medicine, especially those applications whose quality is attested at the state level^[91]. Data on the age of those inclined to use digital medicine highlight a recurring problem in the area of digitalization, namely the so-called digital divide. This concept has several dimensions: first, the socioeconomic divide; second, the divide related to the digital knowledge/literacy of patients, which is often linked to age^[92]. Some research has, in fact, shown that internet use is not only related to

users age. It is in fact well known that younger individuals are more accustomed to using technology, but a correlation between internet use and income has also been shown: the percentage of those who use internet at least once a day increases with income^[93]. Moreover, although internet connection costs have significantly reduced over the years, this does not mean that access to digital tools is guaranteed to the entire population. On the one hand, it must be considered that Germany suffers from an urban-rural digital divide regarding fixed network broadband coverage and the share of fiber connections is still very low^[94]; on the other, the usage of DiGAs almost always presupposes the possession of a smartphone. True, the portion of the population that does not own a smartphone is getting smaller and smaller, but it still exists. In 2021 the number of smartphone users in Germany reached 62.61 million^[95], which means that 24.75% of the population did not own such a tool. Also, consider that it is not enough to own any type of smartphone since the use of some apps is conditional on their compatibility with the operating system. It is therefore necessary to use a smartphone that is new enough and performs well enough to support the apps. The average price for a new smartphone in Germany is currently estimated to be around €626^[96], which undoubtedly raises questions regarding the need to ensure that even the lowest income earners can purchase them. A U.S. study carried out on patients with tuberculosis found that patients who were older, male, less educated, or had lower annual incomes were less likely to own smartphones^[97]. One of the challenges that policies have to address is actually be the exclusion of segments of the population from digital services; that is, it will be necessary to prevent technology from increasing social distances instead of shortening them. The DVG covers the costs of the apps by making them an integral part of the German healthcare system, but it does not provide any mode of reimbursement, not even partial reimbursement, for the purchase of a smartphone capable of supporting the doctor-prescribed DiGA. This remains one of the knots that need to be addressed in the coming years to prevent digital medicine from widening the gap between social classes in healthcare instead of narrowing it. Alongside this, the awareness and literacy of physicians about e-Health should not be neglected, since, as seen above, they play a key role in “linking” patients and digital tools.

5. Conclusion

As a result of the pandemic, we have seen an acceleration in the digitalization process in many areas and especially in the field of healthcare. All EU member states are engaged in a digital transition of their health systems, although some are frontrunners and others are still at an early stage. Regardless of the healthcare model, the cornerstone of this process is the electronic health record as a tool to collect health data. This paper first analyzed the Italian and German models of EHR implementation and then focused on the integration of mHealth in the German healthcare system.

Despite the different timing of FSE and ePA adoption, some common trends and issues stand out. Both have similar content and functions, but different activation mechanisms, partly because of the different healthcare models. In Italy, where there is a national healthcare system, the responsibility for establishing the FSE lies with the regions, which operate by following common national guidelines. In Germany, the insurance system assigns responsibility to insurance funds, also coordinated, however, at the federal level through the “gematik”. The autonomist and decentralizing tendency (toward the regions in Italy, toward the “Krankenkasse” in Germany) is thus, in both cases, balanced by coordination at the central level. It will be interesting to evaluate in the coming years which system succeeds best in ensuring effective and homogeneous development.

Both countries chose an opt-in system in the first instance, which in both cases proved unsatisfactory. In response, Italy has shifted to a mandatory FSE model, while Germany is moving towards an opt-out system. As was seen during the pandemic with tracking apps, public trust in the technological tool plays a key role in its success or failure.

Clear and consistent regulations, along with user-friendly and easily accessible technologies, are obviously indispensable, but they are not sufficient to determine the successful implementation of tools such as EHR. Even more than in any other field, in the health sector where particularly sensitive issues, fundamental rights, and conflicting interests come to the fore, the social perception of trust or distrust, of usefulness or uselessness of an innovation plays a decisive role. The features and methods of introducing digital tools must thus

be tailored to the peculiarities of the target population. For this reason, in a country like Germany where the population is very sensitive to privacy issues and cautious about disclosing sensitive personal data, the introduction of an opt-out system for ePA must be accompanied by a careful awareness campaign, based on transparency.

In Italy, the mandatory FSE model has made it possible to cover almost the entire population in a short time, but it does not mean that this solution would work in Germany as well, since it could be perceived as being too coercive and led to opposite results.

It should also always be kept in mind that the ultimate goal of digitalizing healthcare is to improve care, keeping the patient at the center of the system. It follows that patient's will and self-determination must continue to be cornerstones of the system.

The possibility, provided in both countries analyzed, to deny access to one's data cannot be questioned, as it falls under the principles of freedom of therapeutic choice and self-determination that are placed to safeguard patient's dignity. Certainly, actions are possible and necessary to ensure that patient's decisions are based on correct and complete information. In addition to traditional information campaigns, it seems appropriate to strengthen the doctor-patient relationship. However, this cannot happen at no cost and cannot imply offloading onto the shoulders of GPs also the task of educating their patients about every new technological innovation.

The goal of improving care offered to patients and making it more personalized is also pursued by the Digital Care Act, which was introduced in Germany in 2019 and effectively integrates mHealth into the healthcare system. The benefits of using these technologies are proven in relation to different diseases and situations. They benefit chronic patients the most and they are particularly effective in the fields of mental health, oncology, cardiology, etc.

To reach the full potential of using medical apps, they need to be made interoperable with the EHR. In order not to lose the potential of such advanced legislation, the German system needs more than ever to make the implementation of ePA effective and satisfactory.

A further challenge concerns the need to avoid that the delivery of quality care through digital tools ultimately leads to the exacerbation of social inequalities,

namely, the exclusion of those who neither have the skills to use these tools nor have the financial means to purchase suitable smartphones and devices. App reimbursement is certainly the first step in the right direction, but it is not enough. Close monitoring and effective actions aimed to ensure that technology reduces social distances, instead of broadening them, will be key tasks task for legislators in the coming years, from which they cannot escape if they do not want digital medicine to become synonymous of exclusionary and elitist medicine.

1. This paper will also be published in the proceedings of the 16th Annual Conference of the *Societas Iuris Public Europaei* (SIPE), *Neue öffentliche Aufgaben in Spannungszeiten – New Public Tasks in Times of Tension – Nouvelles missions publiques en période de tension* (Lisbon, 22-24 June 2023).
2. Communication from the commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee, and the committee of the regions on enabling the digital transformation of health and care in the Digital Single Market; empowering citizens and building a healthier society, COM(2018) 233 final.
3. European Commission, Overview of the national laws on electronic health records in the EU Member States and their interaction with the provision of cross-border eHealth services. Final report and recommendations https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-02/laws_report_recommendations_en_0.pdf.
4. For this reason, and in view of the importance of ensuring that health data can be exchanged across the Union, the Commission adopted a recommendation to adopt a European EHR format to facilitate cross-border interoperability: Commission Recommendation on a European Electronic Health Record exchange format (C(2019)800) of 6 February 2019. See also: M. Ferrara, *Dalla mobilità dei pazienti alla interoperabilità dei sistemi sanitari. Spunti sull'adozione di un formato europeo di scambio delle cartelle sanitarie elettroniche (Raccomandazione (UE) 2019/243)*, in *Federalismi.it*, 5, 2021, pp. 15-41.
5. mHealth (mobile health) is a specific branch of eHealth (electronic health); according to the WHO definition mHealth is a term used for medical and public health practice supported by mobile devices, such as mobile phones, patient monitoring devices, Personal Digital Assistants (PDAs), and other wireless devices. mHealth applications include the use of mobile devices in collecting community and clinical health data, delivery of healthcare information to practitioners, researchers, and patients, real-time monitoring of patient vital signs, and direct provision of care (mHealth programmes are sponsored by government (who.int)).
6. R. Debon et al., *Mobile health applications for chronic diseases: A systematic review of*

- features for lifestyle improvement*, in *Diabetes & Metabolic Syndrome: Clinical Research & Reviews*, 13, 2019, pp. 2507-2512.
7. Gates B. Colbert, A. Verner Venegas-Vera, Edgar V. Lerma, *Utility of telemedicine in the COVID-19 era*, in *Rev. Cardiovasc. Med.*, 21(4), 2020, pp. 583-587.
 8. OECD (2019), *Health in the 21st Century: Putting Data to Work for Stronger Health Systems*, OECD Health Policy Studies, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/e3b23f8e-en> (Health in the 21st Century : Putting Data to Work for Stronger Health Systems | OECD iLibrary (oecd-ilibrary.org)).
 9. N. Aslani, M. Lazem, S. Mahdavi, A. Garavand, *A Review of Mobile Health Applications in Epidemic and Pandemic Outbreaks: Lessons Learned for COVID-19*, in *Arch Clin Infect Dis.*, 15(4), 2020.
 10. World Health Organization, European Region, *The ongoing journey to commitment and transformation Digital health in the WHO European Region 2023*.
 11. D. Giansanti, G. Veltro, *The Digital Divide in the Era of COVID-19: An Investigation into an Important Obstacle to the Access to the mHealth by the Citizen*, in *Healthcare*, 9, 2021, p. 371; D. Kumar, V. Hemmige, M. A Kallen, et al., *Mobile Phones May Not Bridge the Digital Divide: A Look at Mobile Phone Literacy in an Underserved Patient Population*, in *Cureus*, 11, 2019.
 12. <https://digital-decade-desi.digital-strategy.ec.europa.eu/datasets/desi-2022/charts>.
 13. DESI 2022 - Compare countries progress - Digital Decade DESI visualisation tool (europa.eu).
 14. Studies carried out for the European Commission, F. Lupiáñez-Villanueva, A. Devaux, J. Valverde-Albacete (Eds.), *Benchmarking Deployment of eHealth among General Practitioners*, 2018.
 15. See the next section for the allocation of competences between the state and regions in Italy.
 16. Act to Improve Healthcare Provision through Digitalization and Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), which was approved on 7 November 2019 by the Bundestag and adopted on 29 November 2019 by the Bundesrat.
 17. Decree of the Ministry of Health 21.09.2022, Approval of guidelines for telemedicine services - Functional requirements and service levels; Decree of the Ministry of Health 30.09.2022, Procedures for selection of telemedicine solutions and nationwide deployment, as well as mechanisms for evaluation of regional needs proposals for minimum telemedicine services and adoption of the Guidelines for Telemedicine Services. For an overview of the implementation of telemedicine in Italy and the issues related to it see: L. Ferraro, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4, 2022, p. 837.
 18. <https://www.who.int/data/gho/indicator-metadata-registry/imr-details/4791>.
 19. For example, the Finnish Maisa system can connect to Google Fit and Apple Health: <https://www.maisa.fi/maisa/Authentication/Login?mode=stdfile&lang=britishenglish&option=hlthprivacy>

20. Obviously, a selection of data that can be introduced into the EHR is necessary, based on their quality and accuracy.
21. M. M. Peeples, A. K. Iyer, J. L. Cohen, *Integration of a Mobile-Integrated Therapy with Electronic Health Records: Lessons Learned*, in *J Diabetes Sci Technol*, 7(3), 2013, pp. 602-611.
22. J. Oderkirk, *Readiness of electronic health record systems to contribute to national health information and research*, *OECD Health Working Papers*, 99, 2017.
23. Decree of the President of the Council of Ministers (d.p.c.m.) n. 178/2015.
24. It should be noted that Regional competence in healthcare had prompted some regions to develop regional electronic health record projects even before 2012. The creation of regional files in the absence of national legislation led, in 2009, to the adoption of guidelines by the Privacy and Data Protection Supervisor. <https://www.garantepriacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1634116>.
25. Art. 117 of the Italian Constitution.
26. On the relationship between right to health and LEA, see: M. Atripaldi, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza*, in *Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, 2017.
27. On the issue regarding the impact of organizational rules on the right to healthcare see M. Luciani, *Diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 3, 2002, pp. 345-360.
28. On the relationship between the division of powers between the state and regions and digitalization of healthcare, with regard to the FSE, see: C. Silvano, *La digitalizzazione dei servizi sanitari alla luce del riparto di competenze tra Stato e Regioni. Il caso del Fascicolo Sanitario Elettronico*, in *Federalismi.it*, 26, 2023, pp. 228-249.
29. AgID, Agenzia per l'Italia digitale, is a technical agency of the Presidency of the Council of Ministers <https://www.agid.gov.it/en/agency/about-us>.
30. <https://www.fascicolosanitario.gov.it/interoperabilita-del-fse>.
31. Law Decree 19 May 2020 n. 34.
32. V. Peigné, *Il fascicolo sanitario elettronico, verso una "trasparenza sanitaria" della persona*, in *Rivista di medicina legale*, 6, 2011, p. 105.
33. On the topic of data protection and use of data for research purpose see: G. Comandé, *Ricerca in sanità e data protection un puzzle... risolvibile*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2019, pp. 187-207.
34. About the FSE and the use of data for healthcare governance and planning purposes, see: G. Crisafi, *Fascicolo sanitario elettronico: "profilazione" e programmazione sanitaria*, in *Federalismi.it*, 5, 2021, pp. 97-121.
35. <https://www.fascicolosanitario.gov.it/cosa-contiene>.
36. M. Betti, C. V. De Tommaso, F. Maino, *Health Inequalities in Italy: Comparing Prevention, Community Health Services, and Hospital Assistance in Different Regions*, in *Social Development Issues*, 45(1), 2023, pp. 61-76.
37. Circolare 2031, 17/02/2021, Fascicolo sanitario elettronico (FSE): indicazioni per

- eliminazione consenso all'alimentazione del FSE (art. 11 DL 34/2020).
38. Related to the many privacy and FSE issues raised over the years, see: <https://www.assodpo.it/2022/07/12/Introduzione-alla-privacy-del-Fascicolo-Sanitario-Elettronico/>; more generally on the relationship between privacy and health C. Colapietro, F. Laviola, *I trattamenti di dati personali in ambito sanitario*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2019.
 39. Garante per la protezione dei dati personali, nota n. 37043, 6th October 2020.
 40. N. Posteraro, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico (anche alla luce del piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *Federalismi.it*, 26, 2021, pp. 189-229.
 41. On the role of distrust towards contact tracing apps during the pandemic see: A. V. Prakash, S. Das, *Explaining citizens' resistance to use digital contact tracing apps: A mixed-methods study*, in *International Journal of Information Management*, 63, 2022.
 42. On the relationship between the use of ICT and the element of trust in the doctor-patient relationship see: H. K. Andreassen, M. Trondsen, P. E. Kummervold, D. Gammon, P. Hjortdahl, *Patients Who Use E-Mediated Communication with their doctor: new constructions of trust in the Patient-Doctor relationship*, in *Qualitative Health Research*, 16(2), 2006, pp. 238-248.
 43. During the pandemic, the healthcare sector became a prime target for cyber-attacks. On July 2023, the EU Agency for Cybersecurity released its first cyber threat landscape for the health sector and pointed out that «*the European health sector experienced a significant number of incidents, with healthcare providers accounting for 53% of the total incidents. Hospitals, in particular, bore the brunt, with 42% of incidents reported. Additionally, health authorities, bodies and agencies (14%), and the pharmaceutical industry (9%) were targeted*» <https://www.enisa.europa.eu/news/checking-up-on-health-ransomware-accounts-for-54-of-cybersecurity-threats>. See also: D. Giansanti, *Cybersecurity and the Digital-Health: The Challenge of This Millennium*, in *Healthcare*, 9, 2021, p. 62.
 44. N. Posteraro, *Il fascicolo sanitario elettronico*, in V. Bontempi (ed.), *Lo stato digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, 2022, pp. 187-199.
 45. Circolare Agid 2.09.2019 n. 3.
 46. A description of the content and operation of monitoring is contained in Annex B of the Guidelines for the Submission of Regional Project Plans for the FSE dated March 31, 2014 ([2_fse_linee_guida_dpcm_31032014.pdf](https://www.fascicolosanitario.gov.it/2_fse_linee_guida_dpcm_31032014.pdf) (fascicolosanitario.gov.it)).
 47. Implementation monitoring indicator for all regions, Q3 2023 (Indicatore di attuazione | Fascicolo Sanitario Elettronico).
 48. Source: <https://www.fascicolosanitario.gov.it/>; see also: A. F. Pattaro, *Che cos'è il Fascicolo Sanitario Elettronico, come funziona, come attivarlo. Quali gli obiettivi, i livelli di diffusione, la normativa di riferimento, le criticità ancora aperte. Tutto quello che c'è da sapere*, in *Agenda Digitale*, 2023 (Fascicolo Sanitario Elettronico, cos'è, a che serve e come attivarlo (agendadigitale.eu)).

49. Source: Istat (Noi Italia 2023 - home (istat.it)).
50. See par. 3.1.1.
51. <https://www.fascicolosanitario.gov.it/it/monitoraggio/bc>.
52. <https://www.fascicolosanitario.gov.it/it/monitoraggio/bm>.
53. In fact, it is stated that «*in the specific regional section, a detailed graph is displayed in which the sum of the values entered is shown*».
54. According to the National Agency for Regional Healthcare services (Agenas) report, there are 40.250 general practitioners in Italy in 2021. The number is reduced by 2.178 compared to 2019. This means that on average there are 6.81 doctors for every 10.000 inhabitants (according to Eurostat, in Germany there are 10.3 GPs per 10.000 inhabitants), with significant differences between regions. It is also estimated that by 2025 the number of general practitioners will decrease by an additional 3632. (Agenas, *Rapporto sui medici di medicina generale*, 2021, https://www.agenas.gov.it/images/agenas/mmg/Dati_MMG_Revisione_4.0_full.pdf). Moreover, Italy has the largest share of physicians aged 55 years and over, which means that in the coming years, many of them will be reaching retirement age: see Eurostat, healthcare personnel 2021, Healthcare personnel statistics - physicians - Statistics Explained (europa.eu).
55. DESI Index Italy 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy>; on this topic see also: A. McDonnell, R. Verdin, J. O'Reilly, *EU Citizens' attitudes to digitalisation and the use of digital public services: Evidence from Eurobarometers and eGovernment Benchmark, EUROSHIP Working Paper*, 12, 2022.
56. Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur (Patientendaten-Schutz-Gesetz – PDSG), 14th October 2020.
57. Sozialgesetzbuch V – Social law code V.
58. A. Schachinger, *Der digitale Patient*, 2014, p. 63.
59. Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG), 14th November 2003.
60. Gematik (Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte mbH) is responsible for the telematics infrastructure (TI), the central platform for digital applications in the German healthcare system.
61. Bundesrechnungshof. *Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte und der Telematikinfrastruktur*, https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2019/elektronischegesundheitskarte-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=1.
62. G. M. Buchholz, § 341 SGB V, in: R. Schegel, T. Voelzke (eds.) *Juris Praxiskommentar SGB V*, 4. Aufl. 2020, Stand 10.07.2023.
63. On the possibility to gather health apps data in the EHR see: N. Genes, S. Violante, C. Cetrangol, L. Rogers, E. E. Schadt and Y.-F. Y. Chan, *From smartphone to EHR: a case report on integrating patient-generated health data*, in *npj Digital Medicine*, 2018.

64. W. Rehmann, C. Tillmanns, *E-Health/Digital Health*, 2022, p. 291.
65. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienst, Die elektronische Patientenakte. Entwicklungsstand in Deutschland und in ausgewählten europäischen Ländern, 2022.
66. On the topic related to data donation and the differences with data altruism, see G. Re Ferrè, *Data donation and data altruism to face algorithmic bias for an inclusive digital healthcare*, in *BioLaw*, 1, 2023, pp. 115-129.
67. Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act).
68. Nutzung der elektronischen Patientenakte eingebrochen (aerzteblatt.de).
69. Bitkom, *Umfrage zur Nutzung und Verbreitung der elektronischen Patientenakte bei Ärzt:innen in Deutschland im Jahr 2022*. Statista. Statista GmbH. Zugriff: 23. September 2023 (Nutzung elektronischer Patientenakten | Statista).
70. T. Schmitt, *Implementing Electronic Health Records in Germany: Lessons (Yet to Be) Learned*, in *International Journal of Integrated Care*, 2023.
71. M. Weigand, *5 Punkte-Plan für eine erfolgreiche ePA*, in *Tagesspiegel Background*, 18.10.2021.
72. C. Krönke, E. Tschachler, *Ein Opt-out für die elektronische Patientenakte (ePA)*, in *Datenschutz und Datensicherheit*, 7, 2022, pp. 419-426.
73. Ärztetag plädiert für Opt-Out-Verfahren bei elektronischer Patientenakte - Bundesärztekammer (bundesaeztekammer.de).
74. Gematik Press Release, *Gesellschafter beauftragen gematik mit Prüfauftrag für "Opt-out-ePA"*, 7.11.2022.
75. The Corona-Warn-App was downloaded more than 48 million times, making it one of the most successful and most widely used contact tracing apps in the world (Corona-Warn-App in hibernation mode | Federal Government (bundesregierung.de)).
76. McKinsey & Company, *E-Health Monitor 2022, Was ePA und Co. von der Corona-Warn-App lernen können – ein Expertengespräch*, p. 167.
77. E. Deutsch, G. Duftschmid, W. Dorda, *Critical areas of national electronic health record programs—Is our focus correct?*, in *International Journal of Medical Informatics*, 79(3), 2010, pp. 211-222.
78. R. Henkenjohann, *Role of Individual Motivations and Privacy Concerns in the Adoption of German Electronic Patient Record Apps—A Mixed-Methods Stud*, in *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 18, 2021.
79. A. S. Geier, *Digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA) auf dem Weg zum Erfolg – die Perspektive des Spitzenverbandes Digitale Gesundheitsversorgung* in: *Bundesgesundheitsbl*, 64, 2021, pp. 1228–1231.
80. Regulation 2017/745/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation 178/2002/EC and Regulation 1223/2009/EC and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC.

81. Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM).
82. Regulation 2017/745/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation 178/2002/EC and Regulation 1223/2009/EC and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC.
83. G. Ludewig, C. Klose, L. Hunze, S. Matenaar, *Digitale Gesundheitsanwendungen: gesetzliche Einführung patientenzentrierter digitaler Innovationen in die Gesundheitsversorgung*, in *Bundesgesundheitsbl*, 64, 2021, pp. 1198-1206.
84. W. Lauer, Wiebke Löbker, B. Höfgen, *Digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA): Bewertung der Erstattungsfähigkeit mittels DiGA-Fast-Track-Verfahrens im Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM)*, in *Bundesgesundheitsbl*, 64, 2021, pp. 1232-1240.
85. Verordnung über das Verfahren und die Anforderungen zur Prüfung der Erstattungsfähigkeit digitaler Gesundheitsanwendungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (Digitale Gesundheitsanwendungen-Verordnung - DiGAV) of the 8th April 2022.
86. P. Heimann, N. Lorenz, N. Blum, C. Schifferings, *Erfahrungen von Herstellern digitaler Gesundheitsanwendungen (DiGA) mit dem Fast-Track-Verfahren des BfArM*, in *Bundesgesundheitsblm*, 2021, pp. 1249-1253.
87. On the pricing process and the necessity to set a value-based price for DiGA see D. Gensorowsky, J. Witte, M. Batram, W. Greiner, *Market access and value-based pricing of digital health applications in Germany*, in *Cost Eff Resour Alloc*, 2022.
88. DiGA-Verzeichnis (bfarm.de).
89. S. Frey, L. Kerkemeyer, *Acceptance of digital health applications in non-pharmacological therapies in German statutory healthcare system: Results of an online survey*, in *Digital Health*, 8, 2022, pp. 1-10.
90. F. Dahlhausen, M. Zinner, L. Bieske, J. P. Ehlers, P. Boehme, L. Fehring, *Physicians' Attitudes Toward Prescribable mHealth Apps and Implications for Adoption in Germany: Mixed Methods Study*, in *JMIR Mhealth Uhealth*, 9(11), 2021.
91. M. Uncovska, B. Freitag, S. Meister, L. Fehring, *Patient Acceptance of Prescribed and Fully Reimbursed mHealth Apps in Germany: An UTAUT2-based Online Survey Study*, in *Journal of Medical Systems*, 2023.
92. A. Cornejo Müller, B. Wachtler, T. Lampert, *Digital Divide – Soziale Unterschiede in der Nutzung digitaler Gesundheitsangebote*, in *Bundesgesundheitsbl*, 63, 2020, pp.185–191.
93. M. Hombrecher, *Homo Digivitalis – TKStudie zur Digitalen Gesundheitskompetenz*, 2018.
94. European Commission, Commission staff working documents, Digital Economy and Society Index (DESI) 2019.
95. Number of smartphone users in Germany 2009-2021 | Statista.
96. Smartphones: average prices in Germany 2022 | Statista.
97. K. K. Bommakanti, L. L. Smith, L. Liu, D. Do, J. Cuevas-Mota, K. Collins, F. Munoz, T.

CERIDAP

C. Rodwell, R. S. Garfein, *Requiring smartphone ownership for mHealth interventions: who could be left out?*, in *BMC Public Health*, 20(81), 2020.

Forma di sentenza e ricorribilità in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione

Sara Spuntarelli

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-26

Il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può mai riguardare un principio di diritto, sebbene contenuto nella forma di sentenza, né tantomeno un contenuto di interpretazione della legge da parte del Consiglio di Stato. La funzione nomofilattica attribuita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è baluardo della duplicità organica di giurisdizioni disegnata dall'ordinamento costituzionale.

Form of judgment and appeal to the Supreme Court of Cassation on grounds relating to jurisdiction

An appeal to the Court of Cassation (against a decision of the Council of State) for reasons of jurisdiction can never concern a principle of law, even if this principle is stated in an interpretive ruling issued by the Council of State. The 'nomophylactic role' attributed to the plenary session of the Council of State (i.e. its exclusive role in the interpretation of the substantive and procedural rules which it applies), is a safeguard of the balance between the two jurisdictions (ordinary and administrative) that is enshrined in the Italian Constitution.

Sommario: 1. I motivi inerenti alla giurisdizione nell'interpretazione della Corte di Cassazione.- 2. L'eccesso di potere giurisdizionale secondo l'interpretazione della Corte costituzionale.- 3. La lettura più recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.- 4. Interpretazione della legge e violazione dei limiti della giurisdizione.

1. I motivi inerenti alla giurisdizione nell'interpretazione della Corte di Cassazione

L'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione dispone che «*contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*».

Il sindacato per i motivi inerenti alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost. è stato per lungo tempo e tradizionalmente limitato alla verifica dei c.d. limiti esterni della giurisdizione del giudice speciale declinati come divieto di invadere l'ambito di giurisdizione del giudice ordinario o di altro giudice speciale o il potere riservato al legislatore o all'amministrazione^[1].

Appartengono invece ai c.d. limiti interni della giurisdizione gli errori *in iudicando* o *in procedendo*, vale a dire le violazioni delle norme sostanziali o processuali che dunque non costituiscono vizi attinenti alla giurisdizione, nemmeno quando si siano concretati in violazioni dei principi del giusto processo^[2].

Più recentemente a questa nozione classica la Corte di Cassazione ha affiancato una concezione "funzionale" di giurisdizione che individua nei motivi oggetto di ricorso anche quelli volti ad assicurare effettiva tutela giurisdizionale alle situazioni giuridiche soggettive. La nozione "funzionale" o "dinamica" viene ricavata dallo spirito degli artt. 24, primo comma, 113 commi primo e secondo, e 111, primo comma, della Costituzione.

L'indirizzo interpretativo, volto ad affermare una nuova concezione di giurisdizione^[3], ha iniziato a ritenere che norma sulla giurisdizione non è solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma «*anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca*»^[4]. Questo indirizzo si è spinto ad affermare che «*alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia*»^[5].

In tal modo i limiti al sindacato per motivi di giurisdizione non sono intesi in senso formale, ma vanno ad estendersi anche ai profili sostanziali di esercizio della giurisdizione^[6].

Infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione aprono di fatto al sindacato sulla violazione di legge, escluso invece per le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti dall'ultimo comma dell'art. 111, della Costituzione^[7]. In particolare nel 2017 la Cassazione afferma che il diniego di giurisdizione per stravolgimento delle norme di riferimento implica anche le norme unionali, nella specie il caso *«di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia»*^[8].

Significativo, tuttavia, che in questa sentenza la Cassazione affermi che anche la declaratoria di inammissibilità della domanda postula l'affermazione implicita del potere giurisdizionale dell'organo che l'ha emessa, *«sicché non costituisce diniego di giurisdizione l'esclusione, ad esempio, della legittimazione ad agire»*^[9].

2. L'eccesso di potere giurisdizionale secondo l'interpretazione della Corte costituzionale

È del 2018 la sentenza della Corte costituzionale che in maniera netta e decisa prende posizione sulla interpretazione delle questioni di giurisdizione secondo Costituzione^[10].

L'eccesso di potere giudiziario denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione esiste nelle sole tre ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione o invasione o sconfinamento (e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione); di arretramento (quando sia negata la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale) e di difetto relativo di giurisdizione (quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici)^[11].

Al di fuori di questo ambito di controllo sui "limiti esterni" della giurisdizione non è consentita alla Corte di Cassazione la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma

processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda ^[13].

La decisione della Corte costituzionale è sostenuta da alcune argomentazioni di carattere sistematico del tutto condivisibili.

Il primo argomento è fondato sulla interpretazione della norma costituzionale contenuta nell'ultimo comma dell'art. 111 che ammette il ricorso in cassazione per i "soli" motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, in evidente contrapposizione (così espressamente la Corte) con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici. Proprio tale contrapposizione dona all'ultimo comma dell'art. 111 il significato che impone di rifiutare la tesi che esso possa comprendere anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando*. Simile interpretazione, che sconfinando dall'ambito tradizionale comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso, lungi dal potere essere qualificata come evolutiva, è, viceversa, incompatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale, giungendo a mettere in discussione la scelta di fondo dei Costituenti sull'assetto pluralistico delle giurisdizioni ^[13].

Del resto, la Corte costituzionale in numerose occasioni ha delineato ruolo e posizione della giurisdizione amministrativa nel contesto della unità funzionale di giurisdizione che non esclude una distinzione organica dei vari ordini di giudici.

La Corte, infatti anche interpretando i lavori dell'Assemblea costituente, ha sostenuto che il disegno costituzionale comporta l'esclusione della soggezione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di Cassazione ^[14], che, con la sua pronuncia, può soltanto vincolare quei giudici a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione ^[15].

Peraltro, come ampiamente discusso in dottrina, all'interpretazione della Corte costituzionale è seguito un tentativo di opposizione interpretativa da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione culminato in una nota pronuncia della Corte di Giustizia UE ^[16].

3. La lettura più recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

In una recente sentenza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno annullato per diniego di giurisdizione la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime^[17].

Nell'occasione, senza dar conto della recente posizione della Corte costituzionale, sono tornate ad affrontare alcune questioni in tema di ammissibilità del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost., ed hanno affermato che costituisce motivo di giurisdizione deducibile avverso una sentenza del Consiglio di Stato, sotto forma di diniego o rifiuto di giurisdizione, quello con cui si denuncia che il giudice amministrativo ha dichiarato l'inammissibilità dell'intervento spiegato innanzi a sé da parte di enti portatori di un interesse collettivo o di un ente territoriale, senza esaminare in concreto il contenuto dei loro statuti ovvero senza valutare la loro concreta capacità di farsi portatori degli interessi della collettività di riferimento, in quanto si tratta di questione connessa al rango dell'interesse legittimo sostanziale fatto valere dagli interventori. Simile pronuncia del giudice amministrativo ha l'effetto di degradare tale posizione giuridica soggettiva a interesse di mero fatto non giustiziabile.

È, dunque, riaffermata da parte della Cassazione una nozione di motivo di giurisdizione che investe l'esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice amministrativo, il quale provvede perché investito di essa e, proprio perché ritiene esistente la propria giurisdizione, applica una regola di giudizio che lo porta a negare la tutela della situazione giuridica azionata.

Ora quanto evidenziato non pare un diniego né della propria giurisdizione né della giurisdizione in assoluto, ma piuttosto un caso di ipotetica commissione di un errore all'interno della giurisdizione amministrativa. Non rileva sul punto scendere nel merito delle valutazioni compiute dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in ordine all'intervento in sede nomofilattica ovvero all'intervento delle associazioni rappresentative di categoria, per la ragione che appunto si tratta di valutazione che spetta al giudice nell'esercizio della propria giurisdizione^[18]. Ciò che conta è che, ancora una volta, pare che attraverso la censura per motivi attinenti alla giurisdizione si dissimolino questioni aventi ad oggetto *errores in procedendo* o *in iudicando* del Consiglio di Stato che attengono

alla legittimità dell'esercizio del potere giurisdizionale ^[19].

La sentenza, in modo ancor più significativo e dirompente, giunge a negare l'implicazione necessaria discendente dalla distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali, vale a dire il fatto che ciascuna giurisdizione sia esercitata con l'attribuzione all'organo di vertice, interno al plesso giurisdizionale, del controllo e della statuizione finale sulla correttezza, in fatto e in diritto, di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia. Infatti, in questa occasione, le Sezioni Unite della Cassazione ritengono ammissibile la proposizione del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost. per motivi di giurisdizione anche avverso una sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che non abbia definito il merito del giudizio, ma si sia limitata, *ex art. 99, comma 4, c.p.a.*, ad enunciare il principio di diritto ed a restituire per il resto il giudizio alla sezione deferente.

Le Sezioni Unite affermano, a questo ultimo proposito, di non voler dare continuità al proprio precedente ove avevano affermato che il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale, non è ammissibile avverso la sentenza resa, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, dall'Adunanza Plenaria che, a norma dell'articolo 99, comma 4, c.p.a., abbia enunciato uno o più principi di diritto e restituito per il resto il giudizio alla sezione remittente, *«non avendo detta statuizione carattere decisivo e definitivo, neppure parzialmente, del giudizio di appello, il quale implica una operazione di riconduzione della regula iuris al caso concreto che è rimessa alla sezione remittente»* ^[20].

Simile affermazione è fondata sull'argomento della forma di sentenza assunta dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, perciò solo suscettibili, senza condizioni, di ricorso per cassazione ^[21].

Il portato di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite della Cassazione non appare condivisibile.

In disparte il fatto che le statuizioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'ammissibilità dell'intervento non si concretano in principi di diritto ai sensi dell'art. 99 c.p.a. ^[22] - come noto, infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato conserva nel sistema ordinamentale un doppio ruolo di giudice dell'appello e di giudice della nomofilachia -, l'affermazione appare specialmente non condivisibile con riferimento proprio alla ricorribilità per cassazione avverso i

principi di diritto. Ammettere simile ricorso è come affermare che risulta sottoposto al controllo della Cassazione il modo in cui viene esercitato il controllo nomofilattico dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, quando si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata.

Tale genere di controllo risulta dalla Corte autoattribuito a sé stessa, poiché esso non rientra né nella negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) né nella negazione della giurisdizione accompagnata dall'indicazione di altra giurisdizione (diniego) ^[23].

Il grave *vulnus* al sistema ordinamentale disegnato nella Carta costituzionale è testimoniato anche dal fatto che principi analoghi a quelli posti a base della sentenza annullata dalla pronuncia in esame sono stati affermati anche da una sentenza coeva, avverso cui non solo non è stato proposto ricorso per Cassazione, ma a cui ha fatto seguito una sentenza del giudice amministrativo che ha definito il merito della vicenda facendo applicazione dei principi di diritto posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ^[24].

Occorre però notare anche che da ultimo con decreto cautelare il Presidente del T.A.R. Puglia, Lecce, ha disposto la sospensione dell'efficacia del provvedimento di diniego di rinnovo di una concessione balneare in quanto fondato in senso logico giuridico su statuizioni del Consiglio di Stato annullate dalla Suprema Corte di Cassazione ^[25].

Giova sottolineare che il decreto monocratico menziona anche la sentenza n. 17 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in quanto «*ancorché formalmente estranea all'ambito di decisione della predetta sentenza della S.C. Sez. Unite, deve essere riguardata come mero presupposto e, in quanto tale, deve essere valutata anche sotto il profilo della sua nullità, in quanto affetta dai medesimi vizi radicali ed insanabili della sentenza cassata (n. 18/2021), della quale non può non condividere le sorti*». Tale affermazione pare porsi, peraltro, problematicamente in contrasto con l'art. 161 c.p.a. in tema di nullità delle sentenze.

Appare evidente che accogliere la concezione “funzionale” di giurisdizione propugnata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione comporta una vera e propria duplicazione di circuiti interpretativi in capo, da un lato, al Consiglio di Stato, giudice naturale degli interessi legittimi, e dall'altro al giudice della

giurisdizione, che, in tal modo, può arrivare a rovesciare indirizzi del Consiglio di Stato sulla base di concezioni alternative del regime dei rapporti tra amministrazione e cittadini^[26].

Il decreto monocratico citato evoca un tema sotteso alle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria^[27] dato dal profilo "creativo" della disciplina delle concessioni balneari, costruito attraverso la disapplicazione della normativa statale in contrasto con la normativa europea e la modulazione temporale dell'efficacia del diritto dell'Unione^[28].

Sul diverso profilo dell'eventuale indebito esercizio da parte del Consiglio di Stato del potere legislativo la Corte di Cassazione non si è pronunciata, come del resto tradizionalmente accade^[29]. In tal modo, l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore, configurabile laddove il giudice amministrativo o contabile crei esso stesso una norma, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, rimane sullo sfondo, ma continua a rappresentare un nodo decisivo nel rapporto tra giudice e legge che a buon diritto la Cassazione può indagare.

Sul punto occorre segnalare che alcuni deputati hanno sollevato conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato nei confronti del Consiglio di Stato denunciando che l'Adunanza Plenaria sarebbe andata al di là delle proprie funzioni di nomofilachia nell'introdurre nuove norme sostitutive della legislazione vigente. La Corte costituzionale ha però dichiarato inammissibile il ricorso, sul rilievo che spetta a ciascuna Camera la legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato per la tutela delle prerogative che competono all'assemblea nel suo complesso e non, invece, ai singoli deputati, legittimati a difendere in modo autonomo e indipendente con tale strumento le sole prerogative del diritto di parola, di proposta e di voto^[30].

4. Interpretazione della legge e violazione dei limiti della giurisdizione

La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 32559 del 2023 afferma che costituisce motivo di giurisdizione la possibile assenza di tutela giurisdizionale di un interesse legittimo, che in ragione di quel vuoto di tutela arretra a interesse di mero fatto.

Nell'affermare questo principio investe in pieno il ruolo del Consiglio di Stato, anche in sede nomofilattica, dimenticando due aspetti di carattere ordinamentale. Il primo attiene proprio al ruolo nomofilattico svolto dal Consiglio di Stato che testimonia una tendenziale autonomia del sistema processuale amministrativo e che, per nessun motivo, può essere oggetto di ricorso per Cassazione. Il principio di diritto rappresenta una interpretazione della legge, peraltro sottoposto nel sistema ordinamentale a successiva verifica e contestabilità laddove non condiviso dalle sezioni semplici^[31]. L'interpretazione della legge ad opera del giudice è sottoposta solo alla legge e in nessun modo può essere consentito far rientrare nell'eccesso di potere giurisdizionale la condivisibilità o meno dell'interpretazione della norma da parte del giudice amministrativo. L'interpretazione delle norme di diritto costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

Il secondo aspetto attiene al ruolo del Consiglio di Stato come giudice naturale degli interessi legittimi, discendente dalle disposizioni degli artt. 102 e 103 della Carta costituzionale. L'impianto costituzionale pone come norma di garanzia l'art. 111, ottavo comma, Cost., assegnando alla Cassazione l'ultima parola in punto di giurisdizione e non certo sulla interpretazione delle norme sugli interessi legittimi, disponendo anche per essi, attraverso la concezione "funzionale" di giurisdizione.

La corsa delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a riempire i motivi di giurisdizione con i tratti della pienezza della tutela delle situazioni giuridiche soggettive ne farebbe in definitiva non solo il giudice dei diritti soggettivi e della giurisdizione, ma anche degli interessi legittimi, in una dimensione significativamente distante dal testo costituzionale.

In questo contesto la partita riguarda il rapporto tra legge e giurisdizione, poiché se è vero che la Cassazione è custode della corretta interpretazione della legge, essa è prima di tutto sottoposta alla legge.

1. Le questioni di giurisdizione riguardano cioè il "riparto" oppure il "difetto assoluto" di giurisdizione a seconda che si tratti dell'individuazione della magistratura competente o dell'inesistenza di una qualsiasi magistratura competente, per essere la controversia non risolvibile davanti a un giudice. Il limite esterno è perciò quello della giurisdizione in generale (le liti che possono essere portate davanti a un giudice) o il confine che separa gli ambiti di competenza dei vari ordini giudiziari: Cass. civ., s.u., 29 dicembre 2017, n.

- 31226.
2. Cass. civ., s.u., 29 dicembre 2017, n. 31226, con nota di G. Sigismondi, *Questioni di giurisdizione "in senso dinamico" e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per Cassazione: una via percorribile?*, in *Foro it.*, 5, 2018, pp. 1721 ss.
 3. La nuova concezione della giurisdizione è intesa nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento ed è collegata a molteplici fattori quali il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato dell'Unione europea e il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale: Cass. civ., s.u., 29 dicembre 2017, n. 31226.
 4. Cass. civ., s.u., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Foro it.* 2009, I, p. 731; in precedenza Cass., s.u., ord. 13 giugno 2006, n. 13659, in *Foro it.*, 2007, p. 3181. In dottrina cfr. M.P. Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Cedam, Padova, 2002; A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 341.
 5. Cass. civ., s.u., 14 settembre 2012, n. 15428; Id. 30 ottobre 2013, n. 24468; Id., 12 dicembre 2013, n. 27847; Id. 4 febbraio 2014, n. 2403; 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, 1, I, 327; Id., 31 maggio 2016, n. 11380; Id., 17 gennaio 2107, n. 964, in *Foro it.*, 2017, 2, I, p. 509.
 6. In questo senso G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, p., il quale osserva, ivi, nota 35 che il «radicale stravolgimento» delle norme processuali, al di là di quali siano i caratteri che lo connotano come tale (e che quindi giustificano la cassazione con rinvio della sentenza del giudice speciale) resta nella sostanza una violazione di legge.
 7. R. Villata, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2017, p. 106 ritiene che operando così le Sezioni unite intendono assicurarsi un potere di controllo nel merito delle pronunce del Consiglio di Stato assai prossimo a quello esercitato sulle Corti d'appello, introducendo in via di fatto una giurisdizione unica, anche sotto il profilo strutturale, incompatibile con la Costituzione vigente; nella stessa direzione F. Patroni Griffi, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di cassazione ex articolo 111 della Costituzione*, in www.giustizia-amministrativa.it.
 8. Cass. civ., s.u., 29 dicembre 2017, n. 31226.
 9. Punto 2.2. Cass. civ., s.u., 29 dicembre 2017, n. 31226; Cfr. Cass. civ., s.u., 11 maggio 2006, n. 10828.
 10. Corte Cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 6.
 11. Corte Cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 6, p.to 15 del Considerato in diritto.
 12. Corte Cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 6, p.to 17 del Considerato in diritto.

13. Corte Cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 6, p.to 6 del Considerato in diritto.
14. Corte Cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204.
15. Corte Cost., sent. 12 marzo 2007, n. 77.
16. Si fa riferimento a Corte cass., s.u., ord. 18 settembre 2020, n. 19598 - sulla quale A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, I, p. 3391; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 3, 2020, pp. 886 ss.; G. Tropea, *Il Golem europeo e i « motivi inerenti alla giurisdizione » (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme.it*, 7 ottobre 2020; M. Santise, *L'eccesso di potere giurisdizionale delle sezioni unite*, in *Questione giustizia*, 14 gennaio 2021 - e a Corte giust., grande sez., sentenza 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad*, ECLI:EU:C:2021:1037, sulla quale si v.: M. Francaviglia, *La pluralità delle giurisdizioni italiane e il rispetto del diritto europeo nella decisione della Corte di giustizia UE Randstad Italia S.p.A.*, in *Giur. cost.*, 4, 2022, pp. 2191 ss.; D. Palazzo, *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2023, pp. 93 ss.
17. Corte cass., s.u., 23 novembre 2023, n. 32559, annulla Cons. St., Ad. Pl., 9 novembre 2021, n. 18, in *Foro it.*, 2022, III, 121, con nota di A. Travi.
18. A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, pp. 688 ss., sottolinea che la distinzione sottesa all'art. 111, commi 7 e 8, Cost., deve fondarsi sul criterio selettivo riferito alla struttura delle norme che regolano l'attività del giudice amministrativo, distinguendo tra norme primarie di attribuzione del potere - attinenti all'*an* e che hanno, dunque, ad oggetto la definizione dei presupposti e dei limiti della funzione giurisdizionale - e norme secondarie di esercizio del potere - attinenti al *quomodo* della giurisdizione e che hanno un carattere residuale, comprensivo di ogni regola inerente all'attività del giudice ed alle modalità della tutela da questi assicurata. Traslando questi concetti sul piano costituzionale, l'art. 111, comma 8, Cost. farebbe riferimento alle norme primarie inerenti ai limiti della giurisdizione, mentre il comma 7 farebbe riferimento alle norme secondarie — residuali e generali — inerenti ai modi di esercizio della giurisdizione.
19. Come è stato rilevato, a questa stregua, qualsiasi statuizione di inammissibilità di una domanda, non condivisa dalla Corte di cassazione, finirebbe con l'essere letta nei termini di un "rifiuto di esercitare la giurisdizione": una violazione di legge viene "tradotta" in questione di giurisdizione, perdendosi così il valore della garanzia, sancita dall'art. 111, comma 8, Cost., secondo cui l'intervento della Cassazione è giustificato «*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*»: A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, p. 1124.
20. Cass. civ., s.u., 30 ottobre 2019, n. 27842, in *Foro it.*, 2020, I, p. 246.
21. La sentenza richiama Cass. civ., s.u., 25 luglio 2023, n. 22423, nel senso della incondizionata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma

- di sentenza, senza necessità di ulteriore scrutinio sulla loro portata decisoria.
22. A. Travi, in *Foro it.*, 2022, 3, III, p. 159.
 23. A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit., p. 1127, rileva che non è dato comprendere sulla base di quale norma o innovazione costituzionale possa essere stato modificato il rapporto fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione definito con chiarezza dall'art. 111, comma 8, Cost.: tale disposizione infatti è rimasta immutata e circoscrive il sindacato della Cassazione rispetto alle decisioni del Consiglio di Stato «*ai soli motivi inerenti alla giurisdizione*», con espressione univoca e modellata su un evidente canone di tassatività («*solis*»).
 24. Il riferimento è a Cons. St., Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17 e a C.G.A.R.S., sez. giur., 24 gennaio 2022, n. 116, entrambe in *Foro it.*, 2022, III, p. 121, con nota di A. Travi.
 25. T.A.R. Puglia, Lecce (sezione I), decr. Pres., 21 dicembre 2023, n. 614, che fissa l'udienza collegiale al prossimo 10 gennaio 2024.
 26. R. Villata, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?* , cit., p. 111, sottolinea che il giudice amministrativo e il suo processo si giustificano nell'ottica della difesa del cittadino a fronte dell'esercizio del potere dell'amministrazione, applicando le regole che quel potere obiettivamente disciplinano e che, come tale giudice, eserciti la propria giurisdizione è dalla Costituzione vigente sottratto al controllo della Corte di Cassazione.
 27. T.A.R. Puglia, Lecce (sezione I), decr. Pres., 21 dicembre 2023, n. 614, afferma che la specifica statuizione contenuta nelle citate sentenze Cons. St., Ad. Plen., nn. 17 e 18 del 2021, nella parte in cui si riferisce ad eventuali future leggi o provvedimenti dispositivi di proroga automatica «*non appare vincolante o, comunque, valido supporto per l'amministrazione, in quanto adottata in evidente violazione dell'art. 34 comma 2 del C.P.A. ed estranea, pertanto, all'ambito della giurisdizione e dei poteri attribuiti al giudice, nonché in violazione del principio costituzionale del primato della legge*».
 28. Questo profilo è colto ed esaminato da M. 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*, in *CERIDAP*, 1, 2022, p. 39, il quale nota che di nuovo vi 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.
 29. Si cfr., però, Cass. civ., s.u., 25 gennaio 2023, n. 2370; sulla interpretazione restrittiva da parte della Cassazione dello sconfinamento nella sfera legislativa si v. R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it.*, p. 30 ss.
 30. Corte cost., 7 giugno 2022, n. 154, in *Foro it.*, 2022, I, p. 2895.
 31. Su questi aspetti si v. A. Barone, *Brevi considerazioni sul dialogo tra le Corti alla luce di alcune recenti riforme processuali*, in *CERIDAP*, 2, 2023, pp. 212 ss.

Current Challenges for the Rule of Law and the Role of the Judiciary in Europe

Thomas von Danwitz

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-11

Il presente contributo analizza le concezioni, le componenti e gli elementi contingenti che hanno definito quella evoluzione dello stato di diritto che ha dominato la pratica giuridica e giudiziaria per oltre un decennio, soprattutto in Europa. Naturalmente, in un'impresa di questo tipo, la selezione degli elementi pertinenti e, soprattutto, le considerazioni che ne derivano non sono immuni a una prospettiva strettamente in linea con le funzioni di un giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea. Data la particolare rilevanza dei recenti sviluppi relativi allo stato di diritto in paesi terzi, e più precisamente negli Stati Uniti e in Israele, è parso opportuno includere anch'essi nell'analisi.

In the following paper I will focus on the understanding, components, and contingent elements that have defined the evolution of the rule of law that has dominated legal and judicial practice for the better part of a decade now, especially in Europe. It goes without saying that in an undertaking of this nature, the selection of relevant aspects and, more importantly, the considerations associated with them are not immune to a perspective that is closely aligned with the duties of a judge at the Court of Justice of the European Union. In view of the particular relevance of recent developments in the rule of law in third countries, namely in the USA and Israel, it seems appropriate to also include these in the analysis.

Summary: 1. The Rule of law between self-evidence and carelessness.- 2. Turn of an era: Challenges and dangers.- 3. Perspectives.

1. The Rule of law between self-evidence and carelessness^[1]

The obligation of the European Union and its member states to respect the rule of law has always been one of the foundations of European integration. This is because the designation of the Union as a “community under the rule of law”, which goes back to the first President of the European Commission, *Walter Hallstein*, has a meaning that goes beyond the domestic development of the concept of the rule of law, in that it makes the “rule of law” the basic condition for compliance with the European peace order of the Union treaties and at the same time the measure of “integration through law”^[2]. The Court of Justice emphasised this connection in its landmark ruling *Les Verts*, according to which «*the European Economic Community is a community based on the rule of law, inasmuch as neither its member states nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty*»^[3].

In full accordance with this claim, the Union's current treaty law also leaves no doubt about the constitutive importance of the rule of law for the Union and its member states. Indeed, the preamble to the Charter of Fundamental Rights expressly emphasises the fundamental importance of the rule of law in its second paragraph^[4] and, above all, the Treaty on European Union (TEU) recognises the rule of law as a universal value^[5]. According to Article 2 TEU, the rule of law is also one of the values on which the Union is founded and which «*are common to the member states in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail*». Article 49 TEU also makes it clear that respect for and commitment to promoting the values set out in Article 2 are central to the membership of the European Union, that it must avoid any regression and that it must not legislate in a way that undermines the protection of the value of the rule of law^[6]. Articles 6 and 7 and Article 19(1) TEU as well as the general provisions of the Charter make this finding clear.

The established case law of the Court of Justice reflects this foundation in primary law^[7], which has been ratified by all member states in accordance with their constitutional requirements. Above all, the obligation of member states and the Union to respect the rule of law is based on a well-established historical tradition dating back to the late Middle Ages^[8] and is one of the legal principles

that have developed from Europe's cultural, religious and humanist heritage, so that it is unquestionably part of the «*constitutional traditions common to the member states*»^[9].

However, it is precisely this initial finding and the corresponding experience that the values underlying the Treaty on European Union and the Charter of Fundamental Rights were considered undisputed and indisputable for decades^[10] that make it so difficult to explain the many challenges and hostilities that have recently been levelled against the rule of law and, in particular, the case law of the Court of Justice on compliance with the principles of the rule of law. Against this background, I would like to venture the hypothesis that the “self-evident” adherence to the principles of the rule of law in the decades since the end of the Second World War in the Western European states, which soon joined together to form the European Community, was in many respects an expression of this historical and geopolitical situation. The rule of law as a constitutional element of a free society had a central function in distinguishing itself from the regimes of National Socialism and Fascism, which had been defeated with great sacrifice, and above all in the competition between systems against the really existing socialism of the Soviet Union and the states of the Warsaw Pact that were subjected to it. In particular, the civil rights movement and the increased development of fundamental rights by the US Supreme Court in the 1950s and 1960s took place in the context of this systemic conflict, in which Soviet propaganda ubiquitously denounced, among other things, the history of oppression and suffering of the African-American population^[11]. The rule of law and individual fundamental rights became the distinguishing feature and seal of quality of Western democracies.

As much as the commitment to the rule of law was part of the established ritual of the representatives of Western European states and their institutions, it was rarely questioned domestically. Whether and to what extent the silent acceptance of the rule of law in post-war Western Europe was a firm expression of a resolute “never again” cannot be answered with certainty and without question not in the same way for all states. The extent to which a state was affected by dictatorship, the traditional orientation of the respective national legal systems and in particular the question whether the system of judicial review in administrative law follows the ideal of implementing objective standards of lawfulness or is

conceived as a guarantee to individual legal protection for citizens^[12] as well as the self-image of the third power in dealing with the primacy of politics^[13], are still the source of many disparities. The openness of the concept of the rule of law not only allowed for the diversity of concepts, but also meant that difficult individual questions about the nature, extent and quality of the realisation of the idea of the rule of law in a particular legal system did not have to be answered and could not cast doubt on the general commitment to the rule of law in the West.

The observation that the European Union and the member states take the rule of law for granted goes hand in hand with the observation that the question of responsibility for guaranteeing the conditions that specifically require compliance with the rule of law was regarded as politically subordinate. In Germany, for example, the importance of the rule of law in terms of ensuring that the judiciary is adequately resourced and staffed and that the salaries of judges are commensurate with their duties was for a long time a topic that received little political attention, and has at best attracted attention in judicial circles. Against this backdrop – I would cautiously say – a certain carelessness in dealing with the responsibility for guaranteeing the rule of law and its material foundations developed over time.

However, more significant for the current state of the discussion on guaranteeing the rule of law is probably the debate that has been going on for some time in constitutional law and constitutional policy forums on reducing legal protection to a constitutionally required minimum^[14], on the necessity of limiting legal protection in the context of complex planning and authorisation procedures^[15], on the restriction of the Federal Constitutional Court's rejection competence by introducing qualified majority quorums for decisions rejecting norms^[16] and, in general, on the call for a strengthening of the executive's powers in relation to the judiciary's powers of control^[17] as well as the demand for stricter compliance with judicial self-restraint^[18].

For some time, these discussions could give the impression that a “dismantling” of judicial powers of control was the means of choice for increasing the effectiveness and efficiency of state powers of action and optimising economic freedom without endangering the constitutional framework based on the rule of law. Not so long ago, the impression prevailed in many a conversation that Germany was simply “in no way affected” by questions and problems that arose

in connection with the responsibility for guaranteeing the rule of law in other member states of the European Union.

In fact, it was only with the “great” enlargement of the European Union 20 years ago that the responsibility for guaranteeing the rule of law was given an accentuated significance compared to the commitment of the Union and its member states to the rule of law contained in Article 6(1) TEU through the inclusion of the provisions in Articles 2 and 19(1) and (2) TEU. The specific provisions in the Acts of Accession of Romania and Bulgaria on the importance of compliance with the rule of law and the adoption of Decision 2006/928 establishing a procedure for cooperation and verification in the areas of judicial reform and the fight against corruption^[19] highlight the links between the functioning of the internal market and the area of freedom, security and justice, in particular with regard to mutual recognition in the area of civil law and in the context of the execution of the European arrest warrant. These connections gave rise to the call to take appropriate measures, where necessary, to guarantee the rule of law^[20].

It is obvious, however, that a view which sees the responsibility for the necessity of complying with the rule of law standards from the outset as a problem limited to the member states that have joined the EU since 2004 is not only open to the justified accusation of practising a “double standard”. Rather, this view contradicts the comprehensive claim to validity of the aforementioned provisions of the Treaty and, moreover, fails to recognise the practical legal significance of the requirement of equality of the member states before the Treaties in accordance with Article 4(2) TEU, which is so fundamental to the entire integration process.

Finally, a look at the established case law of the Court of Justice on the obligation of the Union and the member states to guarantee effective legal protection in the areas covered by Union law provides further facets of this problem. The case law of the Court of Justice in this area has always been very rich and characterised by a clear tendency to guarantee effective individual legal protection for Union citizens^[21]. These deep roots sometimes seem to be forgotten in the current debate on more recent case law developments. In any case, the Court of Justice has repeatedly placed limits on the so-called procedural autonomy of the member states when the application of provisions of national procedural law would have

led to the practical effectiveness of the rights that EU citizens can assert on the basis of EU law being called into question^[22].

Although this case law has not always allowed member states to be certified as having a spotless record on the rule of law, one of the lessons learnt from this development is that the member states have generally complied with the requirements of Union law, some of which are new to them, without casting doubt on the rule of law of the European Union and compliance with the standards of this case law.

Against this background, the current discussion about the Union-based obligation to comply with guarantees under the rule of law, which has repeatedly engaged the action of the Union and the member states for a good decade now, as evidenced by the case law of the Court of Justice, can be described more precisely in the sense that it is not a new form of the already familiar debate about the “how” of compliance with Union law requirements in individual cases. Rather, the subject of the dispute is the fundamental question of “whether” there is an obligation under EU law to comply with the principles of the rule of law and, in particular, to guarantee effective legal protection.

2. Turn of an era: Challenges and dangers

The empirical data described above, which can be taken from the case law of the Court of Justice on compliance with the rule of law, makes it appear particularly understandable that the Court of Justice favoured a “secondary law point-by-point” approach over a fundamental review of the rule of law problem in the first proceedings^[23], an approach that it has also pursued in more recent proceedings^[24]. As understandable as the criticism of this approach may be in view of the importance and legally binding nature of the values of the Union enshrined in Article 2 TEU, it seems understandable that the Court of Justice feels first and foremost committed to its task of ensuring compliance with secondary Union law, as the member states are directly involved in its adoption and their actions in the judicial proceedings before the Court of Justice generally appear to be a violation of the standards they have set themselves.

This might also be linked to the hope that an interpretation of the Union’s secondary law will be perceived as less “invasive” by the member states

concerned, even if this matter is sometimes largely based on fundamental rights or the rule of law principles and commandments. Finally, this approach leaves the Union legislator with certain possibilities to react in order to make certain adjustments to the existing legal situation in compliance with the relevant primary law. Notwithstanding this, the Court of Justice executed its judicial duties without hesitation in the proceedings in which legal questions were referred to it regarding the interpretation of basic Treaty provisions pertaining to the rule of law and the guarantee of effective legal protection^[25] and repeatedly gave legally binding interpretations of the relevant Treaty provisions that are entirely in line with its long-standing case law^[26].

For some years now, however, the debate about the rule of law and the binding nature of judgements issued by competent courts to uphold it has increasingly been “condensed” into a fundamental question of democracy based on the separation of powers, with the legitimacy of the third power to exercise such jurisdiction being openly questioned. In the European Union, this discussion relates in particular to the powers and jurisdiction of the Court of Justice vis-à-vis the member states, in contrast to the exercise of judicial powers by the Member State courts themselves. The fact that the Court of Justice favours an interpretation and application of Union law, in particular with recourse to fundamental rights and the rule of law, which runs counter to the tradition of common law and, at least in sum, reduces the government's legitimate scope for decision-making, was already cited in the BREXIT debate^[27]. In this matter, a return of the third branch of government in the European Union to the observance of parliamentary sovereignty as broadly understood in common law and the corresponding restriction of judicial power to monitor compliance with the rule of law and fundamental rights requirements^[28] has already been called for. There have also been increasing calls from other member states for a reduction in the jurisdiction of the Court of Justice at the expense of its control over compliance with fundamental rights and rule of law standards, ultimately in order to reduce the obligations resulting from Union law and to open up additional options for the governments of the member states to act independently, particularly in connection with prohibitions on discrimination, restrictions on fundamental rights to the protection of private life and restrictions on asylum and residence rights^[29].

If Germany criticises the Court of Justice's case law to date in this sense, it complains of an inadmissible extension of Union law at the expense of the competences reserved to the member states^[30]. Whether such an extension exists, however, is usually more postulated than proven. In contrast, this criticism seems to accept the deficits in terms of fundamental rights or even the rule of law that go hand in hand with the inadequate enforcement of the substantive rights granted to citizens by Union law. If, on the other hand, national courts are considered to be authorised^[31] to act independently to uphold the limits of the rule of law, this criticism fails to recognise the need for the uniform application of Union law, especially with regard to the rule of law and fundamental rights standards. The state of the debate can be summarised with the question of whether the lowering of constitutional and fundamental rights standards in the case law of the Court of Justice or even a distinctive recognition of the “political questions doctrine” for Union law should be the imperative of the hour, the calling of our time.

A closer look at the European Commission's annual reports on the rule of law, on the other hand, reveals a very colourful picture: in addition to very positive impressions, it also includes some diplomatically formulated but clearly recognisable criticism of compliance with the principles of the rule of law and in the context of which concrete needs for action, for example in the fight against corruption or media control, that are discussed in depth, even beyond the cases and countries that are on everyone's lips^[32]. A look at the discussions about the role of the third branch of government in the constitutional structure, which have been taking place for some time in the USA and currently in Israel in particular, reveals a structurally comparable debate about the scope of executive final decision-making rights, the independence or at least the publicly perceived politicisation of the judiciary, as well as the nature and extent of judicial powers of control and objection. Beyond some of the particularities that characterise these processes, it is always about fundamental and core questions of the separation of powers and the legal and constitutional commitment of the legislature and executive in a democratic state governed by the rule of law^[33].

In particular, the dispute over the Israeli Supreme Court's power to review the *reasonableness* of a law, when placed in the context of European discussions, is the functional equivalent of the (constitutional) court's power to review the legality

and constitutionality of sovereign action on the basis of proportionality. The fact that this is the gold standard of constitutional jurisdiction^[34] not only in Israel, but also in Germany and the European Union, makes it immediately clear how vulnerable the balance between power and law that has grown in Europe over the past 70 years. In the USA, the discussion about the nature and extent of federal judges' powers of review also demonstrates the direct link to a federal context of this debate. As a practical consequence, the renunciation of federal judicial review does not lead to the exercise of materially equivalent review powers by state courts, but rather to the opening of political leeway in favour of the legislative and executive powers, which can very well be used at the level of the individual states^[35]. The legal containment of politics, which is precisely the core of the constitutional mandate of the judiciary^[36], is thus noticeably pushed back as a result of this case law.

Even this cursory glance beyond the European horizon shows that the issue of guaranteeing the rule of law and, in particular, the role of the third branch of government in the European Union and its member states is by no means a supposedly harmless zero-sum game of the “mere” allocation of judicial powers and their legitimate exercise in the Union's multi-level system. The experiences with the economic and legal consequences of BREXIT that have become apparent in the meantime also point beyond the loss of prosperity to the lasting restriction of the rights conferred on citizens by Union law. In the European context, it is therefore a question of the fundamental issue of the effective enforcement of the rights of EU citizens and their uniform application in a functioning internal market and the area of freedom, security and justice, as they arise from the treaties and, above all, the Charter of Fundamental Rights and the many provisions of the Union's secondary legislation.

3. Perspectives

The debate about the responsibility for respecting the rule of law in the European Union and its member states is therefore about much more than the question of whether Europe will be able to claim the quality seal of the rule of law for itself *vis-à-vis* other parts of the world in the future, whether it will remain true to the European idea in the 21st century and remain permanently

committed to the constitutional narrative of the community of values^[37]. Without wishing to relegate the great importance of these aspects, particularly for the credibility of the Union and its actions, to second place, it is nevertheless a priority, in view of the practical prospects that are emerging for the rule of law in Europe and its development, to point out first and foremost the destructive potential of a lack of rule of law safeguards for the whole project of European integration.

The European internal market will not be able to function and undistorted competition will not be guaranteed if, for example, public procurement is subject to rampant corruption, compliance with competition rules cannot be monitored and sanctioned by the courts and compliance with EU law and its provisions in favour of consumers and companies in general cannot be guaranteed or can only be guaranteed to a very limited extent. The same applies in particular to mutual trust, which is a prerequisite for instruments such as the European Arrest Warrant, the European Evidence Warrant or the e-Evidence Regulation, which realise the area of freedom, security and justice. Guaranteeing the rule of law is not just “nice to have” for the European Union and the relationship between the member states, but essential for their peaceful coexistence.

But where will the journey take us? Of course, with the Regulation on the so-called conditionality mechanism^[38], the Union has created an important instrument whose enforcement power goes far beyond the initial steps^[39]. It is to be hoped and also expected that a considerable proportion of the potential for conflict that has been brought before the Court of Justice in recent years, unfiltered as it were, will become the subject of this conflict resolution mechanism under the application of this regulation and especially after the recent elections in Poland. For the time being, it remains to be seen what role the Court of Justice will play in the follow-up or review of the agreements reached within this framework.

Irrespective of this development, however, the Court of Justice continues to have a special and perhaps even increased responsibility for the entire spectrum of the application of Union law when it comes to compliance with the rule of law and respect for fundamental rights in the action of the European Union and its member states. Therefore, all those involved in the “legal life” of the Union should carefully consider what they wish for. The task of the Court of Justice, on

the other hand, is clear: the preamble to the Charter of Fundamental Rights proclaims that the Union «*places the individual at the heart of its activities*»^[40], obliging therefore the Court of Justice to place its judicial task “at the service of the individual”.

1. The text was translated from German into English (with all necessary and unavoidable adaptations) by Prof. Diana-Urania Galetta. The German version of this contribution will be published in the *Festschrift* in honour of Prof. Dr. Rainer Schlegel, *Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats*, 2024.
2. W. Hallstein, *Die EWG - Eine Rechtsgemeinschaft. Speech on the occasion of his honorary doctorate. University of Padua, 12 March 1962*, in *Europäische Reden*, 1979, p. 341 ff. (343 f.).
3. Court of Justice, judgement 23 April 1986, C-294/83, *Les Verts*, ECLI:EU:C:1986:166, para. 23.
4. It states that the Union «*is based on the principles of democracy and the rule of law*».
5. In the second paragraph of the preamble, the Member States acknowledge the creation of the EU «*from the cultural, religious and humanist heritage of Europe, from which the inviolable and inalienable rights of the human person, as well as freedom, democracy, equality and the rule of law have developed as universal values*».
6. Court of Justice, judgement 20 April 2021, C-896/19, *Repubblika*, ECLI:EU:C:2021:311, para. 61, 63 and 64.
7. See for example: Court of Justice, judgment 27 February 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, para. 30 ff.; Court of Justice, judgment 19 November 2019, Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K. (Independence of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2019:982, para. 72 ff.; Court of Justice, judgement 18 May 2021, Joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*, ECLI:EU:C:2021:393, para. 179 ff., 186 ff., 208 ff., 224 ff., 242 ff.; Court of Justice, judgement 21 December 2021, Joined cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *Euro Box Promotion*, ECLI:EU:C:2021:1034, para. 155 ff., 215 ff.; Court of Justice, judgement 5 June 2023, C-204/21, *Commission v Poland*, ECLI:EU:C:2023:442, para. 60 ff.
8. E. Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat (§ 26)*, in J. Isensee, P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II., III Ed., Heidelberg, 2004, p. 541 ff. (para. 10 ff.).
9. This is the wording used in Article 6(3) TEU for fundamental rights.
10. T. von Danwitz, *Values and the Rule of Law: Foundations of the European Union – An Inside Perspective From the ECJ*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 21, 2018, p. 1 ff.
11. Cf. M. L. Dudziak, *Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy*,

- Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2011.
12. T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 2008, p. 124 ff.
 13. See the example of the jurisdiction of the French Council of State: A. Mestre, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration (études sur le recours pour excès de pouvoir)*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976, p. 192 ff. ; L. Fovoreu, *Le Conseil d'Etat défenseur de l'Exécutif*, in *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 237 ff.
 14. Cf. R. Pitschas, *Der Kampf um Art. 19 IV GG*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1998, p. 96 ff.
 15. See e.g. on the discussion about the law to speed up administrative court proceedings in the infrastructure sector: W. Bier, U. Bick, *Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 7, 2023, p. 457 ff.; F. Scheffczyk, *Das Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich*, in *Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland*, 4, 2023, p. 177 ff.
 16. T. von Danwitz, *Qualifizierte Mehrheiten für normverwerfende Entscheidungen des BVerfG? Thesen zur Gewährleistung des judicial self-restraint*, in *Juristen Zeitung*, 10, 1996, p. 481 ff.
 17. H. Peters, *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, Scherpe, Krefeld, 1965; F. Ossenbühl, *Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1978, p. 1 ff.; Id., *Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, in *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz : Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck, Munich, 1993, p. 55 ff.
 18. Balanced on the German debate: J. Masing, *Das Bundesverfassungsgericht (§ 15)*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, C.H.Beck, Munich, 2021, p. 91 ff., para. 146 ff., 163 ff.
 19. Commission Decision of 13 December 2006 establishing a mechanism for cooperation and verification of progress in Romania to address specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption, OJ L 354, 14.12.2006, p. 56 ff.
 20. See, for example, Article 37 of the Act concerning the conditions of accession of the Republic of Bulgaria and Romania and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded, OJ L 157, 21.6.2005, p. 203 ff.
 21. See T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 273 ff., 281 ff., 579 ff.
 22. See D.U. Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States. Paradise Lost?*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2010
 23. Court of Justice, judgement 6 November 2012, C-286/12, *Commission v Hungary*, ECLI:EU:2012:687; Court of Justice, judgement 8 April 2014, *Commission v Hungary*, C-288/121, ECLI:EU:C:2014:237.
 24. Court of Justice, judgement 18 June 2020, C-78/18, *Commission v Hungary*,

CERIDAP

- ECLI:EU:C:2020:476; Court of Justice, judgement 6 October 2020, C-66/18, *Commission v Hungary*, ECLI:EU:C:2020:792; Court of Justice, judgement 16 November 2021, C-821/19, *Commission v Hungary*, ECLI:EU:2021:930.
25. See K. Lenaerts, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, Vol. 21, Special Issue 1: 20 Challenges in the EU in 2020, 2020, p. 29 ff.
 26. Court of Justice, judgment 27 February 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, para. 30 ff.; Court of Justice, 7 February 2019, C-49/18, *Escribano Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106, para. 61 ff.; Court of Justice, judgement 24 June 2018, C-619/18, *Commission v Poland (Independence of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2019:531, para. 42 ff., 71 ff., 108 ff.; Court of Justice, judgment 19 November 2019, Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K. (Independence of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2019:982, para. 72 ff.; Court of Justice, judgement 21 December 2021, Joined cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *Euro Box Promotion*, ECLI:EU:C:2021:1034, para. 155 ff., 215 ff.; Court of Justice, judgement 22 February 2022, C-430/21, *RS*, ECLI:EU:C:2022:99, para. 37 ff., 81 ff.
 27. Cf. on this: J. Zenthöfer, *Ein Grund für den Brexit. Kritik am Europäischen Gerichtshof*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4 May 2020, p. 16, see also: UK Supreme Court, judgment 22 January 2014, R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. The Secretary of State for Transport, UKSC 3, para. 79, 207; UK Supreme Court, judgment 25 March 2015, *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 19, para. 54, 58, 72 ff.
 28. See T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 31 ff., 124 ff.; G. Sydow, *Parlamentssuprematie und Rule of Law. Britische Verfassungsreformen im Spannungsfeld von Westminster Parliament, Common-Law-Gerichten und europäischen Einflüssen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 55 ff.; M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, PUF, Paris, 2006, p. 60 ss.; P. Birkinshaw, *Le droits administratif anglais dans le creuset européen*, in J.B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (Eds.), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 559, 565 ff.
 29. Cf. N. Lenoir, *La justice française est-elle sous la tutelle des justices européennes?*, in *Servir*, 3, n. 521, 2023/3, p. 25 ff.
 30. Cf. already: R. Scholz, *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahren*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1998, p. 261 ff.; from the current debate: M. Nettesheim, *Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 8, 2021, p. 222 (223); Id., *Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung*, in *Europarecht*, 5, 2022, p. 525 ff (533 ff.); P.M. Huber, *Der Gerichtshof der Europäischen Union und das Bundesverfassungsgericht als Hüter der unionalen Kompetenzordnung*, Dunker & Humblot, Berlin, 2023, p. 9 ff.
 31. P.M. Huber, *Rechtsstaat (§ 6)*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts* cit., p. 383 ff., para. 86 ff.

32. See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions. 2023 Rule of Law Report The rule of law situation in the European Union, COM (2023) 800 final.
33. Cf. H. Wefing, *Macht gegen Recht. Anklage gegen Donald Trump, Kampf um die Justiz in Israel: In wichtigen Staaten des Westens wankt die Verfassungsordnung*, in *Die Zeit*, 11 August 2023, p. 4.
34. Cf. H. Wefing, *Macht gegen Recht. Anklage gegen Donald Trump, Kampf um die Justiz in Israel: In wichtigen Staaten des Westens wankt die Verfassungsordnung*, cit.
35. See, for example, after the abolition of a fundamental right to access to abortion guaranteed by the Federal Constitution in US Supreme Court, Decision of 24 June 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), the "Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act" from South Carolina, which the South Carolina Supreme Court deemed constitutional in August 2023, abandoning its established case law on the existence of a right to abortion under the South Carolina Constitution, which was reaffirmed in January 2023, albeit in a different line-up: South Carolina Supreme Court, judgment v. 23 August 2023, *Planned Parenthood South Atlantic v. State of South Carolina*, Opinion No. 28174.
36. See P.M. Huber, *Rechtsstaat (§ 6)*, cit., 88: «*Je intensiver die gerichtliche Kontrolle ausfällt, je besser die rechtliche Einbegung der Politik gelingt, umso stärker ist auch der Rechtsstaat*» (The more intensive the judicial control is, the better the legal containment of politics succeeds, the stronger the rule of law is).
37. Cf. R. Coudenhove-Kalergi, *Das Paneuropäische Manifest*, 1923, p. 16; P. Renouvin, *Les idées et les projets d'Union européenne au 19^{ème} siècle*, in H. Holborn, *La formation de la Constitution de Weimar problème de politique extérieure*, 1931; J. Monnet, *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976; P.H. Spaak, *Memoiren eines Europäers*, Hoffmann und Campe, Hamburg, 1969; W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat: Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Econ, Düsseldorf, 1969; K. Stüwe, *Einigung als Idee – William Penn und das Projekt der EU*, in *Der Staat*, vol. 38, no. 3, 1999, p. 359 ff.
38. Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union, OJ L 433I , 22.12.2020, p 1 ff.; see C. Neumeier, R. Sangi, *Fiskalische Verfassungsdurchsetzung im Unionsrecht*, in *JuristenZeitung*, 6, 2022, p. 282 ff.
39. See e.g. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, "A new EU framework to strengthen the rule of law", COM (2014), 0158 final.
40. Second recital of the preamble to the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

La disciplina in materia di fonti di energia rinnovabili e la tendenza “decentralizzante”: quale ruolo per lo Stato?

Piergiacomo Mastellone

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-13

Il presente lavoro esamina la tendenza “decentralizzante” che appare sempre più interessare le politiche pubbliche e regolatorie in materia di energie rinnovabili, frutto della diffusione di nuovi modelli di generazione energetica distribuita e delle profonde innovazioni determinate dall’impatto delle Distributed Ledger Technologies. Dopo un generale inquadramento normativo del settore, l’indagine mira a evidenziare la particolare valenza sociale che le energie rinnovabili hanno acquisito attraverso il fenomeno delle Comunità Energetiche. Infine, verrà indagato il ruolo che lo Stato, a fronte di questi cambiamenti, è chiamato a rivestire.

The regulation of renewable energy sources and the “decentralising” trend: what role for the state?

Examining the “decentralising” trend that seems to be impacting public and regulatory policies on renewable energy, this paper explores how new distributed energy generation models have spread and how profound innovations brought about by Distributed Ledger Technologies have resulted in new distributed energy policies. After a general overview of the regulatory framework of the sector, the paper aims to highlight the particular social value that renewable energy has acquired through the phenomenon of energy communities. Finally, the paper will investigate the role that the state is expected to play in response to these changes.

Sommario: 1. L’energia dalla prospettiva del diritto.- 1.1. L’art. 43 della Costituzione e gli impulsi sovranazionali nel bilanciamento della questione energetica.- 1.2. “Produzione, distribuzione e trasporto” nella dialettica Stato-Regioni in materia di energia.- 2. Le fonti di energia rinnovabili

nell'ordinamento giuridico italiano.- 3. Strumenti normativi e regime degli incentivi.- 3.1. Il procedimento di autorizzazione unica ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003.- 3.2. I regimi di sostegno e promozione: gli incentivi.- 4. Il peso sociale delle energie rinnovabili: le Comunità energetiche.- 4.1. Un punto di incontro tra pubblico e privato.- 4.2. Un nuovo paradigma di produzione energetica.- 4.3. Comunità energetiche e blockchain.- 5. Energie rinnovabili e innovazione tecnologica: quale ruolo per lo Stato?- 6. Conclusioni.

1. L'energia dalla prospettiva del diritto

Governare tutto quanto ruota attorno al mondo dell'energia rappresenta senza ombra di dubbio una delle più complesse e problematiche sfide che le Pubbliche Amministrazioni sono chiamate ad affrontare. L'energia, infatti, rappresenta il bene strategico per antonomasia^[1], motore della società per la sua naturale attitudine a soddisfare i più basilari bisogni umani quali, nei moderni sistemi economico-sociali, la generazione di elettricità, l'alimentazione, il riscaldamento, il funzionamento di macchine civili e industriali. La produzione di energia diviene, per tali ragioni, un fattore indissolubilmente legato allo sviluppo economico e al benessere della popolazione^[2]. Basti pensare a quanto il fattore energetico occupi una notevole fetta di mercato e ne orienti la direzione: dagli interessi economici che riguardano le tradizionali risorse naturali (petrolio, gas, carbone) fino ad arrivare a quelli connessi alle fonti energetiche rinnovabili che, seppur per alcuni aspetti più onerose, accolgono «*un nuovo favore sociale, ambientale e generazionale*»^[3]. Appare quindi indiscutibile che tale settore rivesta una funzione di vitale importanza per la crescita economica mondiale. La domanda energetica, infatti, continua ad aumentare e si prevede che la medesima crescerà del 50% al 2035, con particolare riguardo per i Paesi in via di sviluppo^[4]. Inoltre, le accennate dinamiche subiscono accelerazioni in ragione di uno sviluppo tecnologico sempre più intenso, andando ad intercettare profili di innovazione e digitalizzazione sempre più centrali nell'evoluzione della società^[5], come si avrà modo di sviluppare meglio in seguito^[6]. Il riferimento è a quelle particolari tecnologie, quali la *Blockchain* e – in senso più ampio – le *Distributed Ledger Technologies*^[7], capaci di cogliere le istanze di decentralizzazione e

generazione distribuita, divenute sempre più attuali per il crescente incentivo alla diffusione di fonti di energia rinnovabile, attraverso le caratteristiche strutturali e informatiche di tali strumenti. Tutto questo a dimostrazione del fatto che la questione energetica, ossia l'insieme delle dinamiche economiche e geopolitiche che ruotano attorno a tale bene^[8], è il punto di incontro di una innumerevole mole di interessi, che necessitano di adeguata tutela. Tradizionalmente, questa complessa attività di bilanciamento ha avuto quali poli la sicurezza degli approvvigionamenti energetici e la competitività (intesa quale accessibilità economica alle fonti di energia per tutte le fasce della popolazione). A tale binomio si è aggiunto, come meglio si vedrà in seguito, anche l'impegno della comunità internazionale, ricaduto sui Governi e Pubbliche Amministrazioni nazionali, a rendere le fonti energetiche sempre più sostenibili sul piano ambientale. La difficoltà di coniugare accessibilità economica, sostenibilità ambientale, sicurezza dell'approvvigionamento^[9] è stata riassunta in una celebre formula coniata dal *World Energy Council*^[10], ossia il «*Trilemma Energetico*»^[11]. L'insieme delle questioni appena tratteggiate e il loro intreccio dimostra altresì la profonda influenza che i temi di politica energetica producono sulle scelte normative di settore, che ha ormai acquisito una propria specificità ed autonomia^[12]. Le complesse esigenze di regolamentazione di tale delicato settore, quindi, sono costantemente alle prese con il citato trilemma. E come tutti i fenomeni strettamente collegati ai bisogni della persona, l'accesso all'energia viene qualificato quale diritto fondamentale, *in primis* dalla nostra Costituzione, in quanto interesse della comunità a cui lo Stato deve necessariamente rivolgere la propria attenzione^[13]. È per tali motivi che giova sin da subito guardare alla "giuridificazione" dell'energia^[14], ossia al fenomeno di interessamento da parte del diritto di tale fondamentale vettore di sviluppo economico e sociale, che da tempo è oggetto di riflessione dalla dottrina amministrativistica^[15]. Questa tendenza, in termini generali, rappresenta «*un ripensamento della regolazione, che ha spesso significato il loro transito dalla sfera civilistica a quella pubblicistica, la creazione di Istituzioni ad hoc o ancora l'intervento di istituzioni o regole sovranazionali*»^[16]. In particolare, le dinamiche legate al settore energetico, proprio per la già descritta strategicità delle stesse, rivestono da sempre una valenza significativa nelle varie fasi storiche, seppur con sfumature diverse. Agli inizi del Novecento, infatti, l'ordinamento tendeva ad affrontare le suddette

questioni solo dal punto di vista “privatistico”, coerentemente con le logiche liberali allora imperanti, quindi con norme di natura civilistica e penalistica volte a tutelare il bene energia quale pertinenza dell’individuo, dunque in una mera dinamica intersoggettivistica ^[17].

1.1. L’art. 43 della Costituzione e gli impulsi sovranazionali nel bilanciamento della questione energetica

Le norme dalle quali prendere le mosse per la ricostruzione normativa del settore dell’energia sono gli articoli 43 e 117, comma 3, della Costituzione. L’articolo 43, in base al quale, come noto, «*a fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*», offre numerosi spunti di riflessioni rispetto alla tematica oggetto di indagine. La norma in questione, espressione di una particolare attenzione rivolta dal Costituente alla necessità di riserva pubblicistica nella gestione di taluni settori economici funzionali alla tutela dell’interesse pubblico ^[18], specifica che tra i mercati da vigilare e da eventualmente sottrarre all’iniziativa economica privata, riconosciuta e garantita dal precedente art. 41 ^[19], vi è sicuramente quello dell’energia. Non è un caso che, mentre per altri settori strategici sia usata l’onnicomprendente formula dei “servizi pubblici” ^[20], al tema delle fonti di energia venga data una particolare e specifica attenzione. Proprio il perseguimento del fine sociale di determinate attività economiche, come la produzione e distribuzione di energia, giustifica la cosiddetta “riserva di Stato”, anche mediante strumenti fortemente invasivi della sfera privata quale quello dell’espropriazione per pubblica utilità, prevista dalla stessa Costituzione all’art. 42. In definitiva, quindi, la disposizione di cui all’art. 43 della Costituzione è stata utilizzata per realizzare quella attività di gestione dei servizi pubblici economici cosiddetta “diretta”, implicando un coinvolgimento in prima persona dello Stato nella organizzazione ed erogazione delle stesse prestazioni qualora venga rinvenuta la presenza di un interesse generale. Questa norma, nella sostanza, denota l’anima “sociale” della regolamentazione dei rapporti economici fatta propria dalla

Costituzione, consentendo di istituire monopoli pubblici in settori ove il libero mercato non sia ritenuto in grado di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico^[21]. Tale sistema costituzionale ha avuto ampia applicazione nel settore energetico, prima mediante la costituzione dell'ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), istituito con l. n. 136/1953, e dell'ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica), mediante la l. n. 1643/1962. Nella prima, si legge che il compito riservato all'ENI sarebbe stato quello di «*promuovere ed attuare iniziative di interesse nazionale nel campo degli idrocarburi e dei vapori naturali*» (art. 1 legge istitutiva). Per quanto concerne l'ENEL, invece, allo stesso era «*riservato il compito di esercitare nel territorio nazionale le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica da qualsiasi fonte prodotta*» (art. 1 legge istitutiva). Nel campo dell'energia, l'ENI e l'ENEL, entrambi qualificati quali enti pubblici economici con capacità di diritto privato e operanti sotto la direzione e il controllo del Governo, hanno rappresentato i principali perni attorno ai quali si innestò il processo di industrializzazione del Paese. La nazionalizzazione del settore dell'energia elettrica e di quello degli idrocarburi è stata la limpida espressione dell'importanza attribuita a tali ambiti, oltre che rappresentare la concreta applicazione del già rammentato disposto costituzionale di cui all'art. 43^[22]. Tale stato delle cose, però, muta sensibilmente con l'intensificarsi del processo di integrazione europea, il quale, già a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, determina una profonda rivalutazione dei principi di libera concorrenza, destinati a entrare in contrasto con l'anima sociale e sostanzialmente dirigista della nostra Carta Costituzionale. Prima di tali impulsi comunitari, infatti, la situazione nel settore privato era essenzialmente organizzato secondo un modello che autorevole dottrina definiva «*protezionismo liberale*»^[23], ossia una posizione nella quale «*le imprese private stavano al centro del sistema economico, ma era scontato che accettassero un certo livello di guida e di protezione da parte dello Stato. Allo Stato, ma anche agli enti pubblici territoriali, era riconosciuto un ampio potere generale di regolazione dell'economia*»^[24]. Entrando nello specifico, in materia di energia una simile tendenza emerge già a partire dalla Direttiva 96/92/CE, la quale reca «*Norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, finalizzate alla armonizzazione delle regole dei vari paesi europei in materia di generazione, trasmissione e distribuzione di energia*

elettrica». Al considerando 3 di tale Direttiva, che rappresenta un atto normativo vincolante dell'Unione Europea, viene infatti ulteriormente rimarcata la considerazione dell'importanza del settore energetico, quella che più tardi verrà definita "strategicità", dal momento che si afferma che *«l'instaurazione del mercato interno dell'energia elettrica è particolarmente importante per aumentare l'efficienza della generazione, la trasmissione e la distribuzione di tale prodotto, rafforzando nel contempo la sicurezza dell'approvvigionamento e la competitività dell'economia europea nonché rispettando la protezione dell'ambiente»*. Partendo da questo spunto e guardando ad una prospettiva più generale, alla luce dei Trattati europei, tra gli obiettivi dell'Unione richiamati all'art. 3 TUE troviamo infatti la *«realizzazione del mercato unico»*. Si tratta del vero nucleo originario dell'esperienza comunitaria, in virtù del quale l'Unione ha come obiettivo lo sviluppo di uno *«spazio senza frontiere nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali»* (art. 3, par. 3 TUE). Si assiste ad una progressiva implementazione del principio di libera concorrenza, come disciplinato dagli artt. 101-109 TFUE, il quale vuole garantire a tutti gli operatori economici pari opportunità, consentendo alle dinamiche del mercato di far emergere chi sia in grado di offrire i prodotti e i servizi migliori. Si impone, quindi, un graduale smantellamento di tutte le forme di intervento statale diretto nell'economia, a partire dall'imposizione di un generale divieto di aiuti di Stato, invocando esigenze di liberalizzazione e privatizzazione funzionali alle citate esigenze di realizzazione di un mercato unico e concorrenziale, (art. 106 TFUE).

Insieme al discorso sulla privatizzazione e liberalizzazione, gli impulsi europei e internazionali hanno prodotto una diversa sensibilità nell'approccio normativo alle problematiche energetiche, specie in tema di tutela dell'ambiente^[25]. In particolare, si introduce il principio di sostenibilità ambientale, che guarda alla necessità di modificare i tradizionali sistemi di produzione energetica in maniera coerente alle esigenze di riduzione dell'inquinamento, in particolare quello derivante dall'utilizzo di combustibili fossili quali il carbone, il petrolio e il gas^[26]. In ambito internazionale, quindi, tale principio nasce e si diffonde con la finalità principale di tutelare i bisogni essenziali dell'essere umano in un determinato contesto ambientale e sociale e nel tempo, grazie alla sua "duttività" e sempre a livello internazionale, è stato declinato in ambiti materiali diversi come quello

socio-demografico e quello economico-finanziario^[27]. Viene in rilievo una rinnovata necessità di prestare adeguata attenzione all'equità intergenerazionale, ossia alla preservazione delle risorse attuali anche a vantaggio delle generazioni future, specialmente in termini di protezione dell'ambiente e di contenimento del fenomeno del riscaldamento climatico^[28]. Tutte queste considerazioni vengono fatte proprie dall'Unione Europea, che forza particolarmente le tematiche ambientali al fine di combinarle con il diritto all'accesso alle fonti di energia. Una nuova occasione, dunque, di necessario bilanciamento tra contrapposti interessi in gioco^[29]. Tornando ai principali impulsi europei in materia energetica, giova rilevare come già a partire dall'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE)^[30], l'Unione europea «*si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente (...)*» e nelle relazioni con il resto del mondo: «*contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra (...)*». Rispetto alla salvaguardia dell'ambiente, l'art. 11 TFUE afferma che «*le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*». Inoltre, l'art. 194 TFUE alla lett. c) del paragrafo 1 individua tra le finalità della politica dell'Unione nel settore dell'energia quella di «*promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili*». Si evince, quindi, una chiara impronta di sistema volta a promuovere il principio dello sviluppo sostenibile in maniera trasversale, incidendo profondamente sulle legislazioni nazionali, cercando di tenere in piedi, da un lato, la necessità di garantire il bisogno di energia, dall'altro la tutela ambientale^[31]. Alla luce degli impulsi internazionali e comunitari si può dire, in definitiva, che la principale sfida per il Legislatore nazionale rappresenta ad oggi l'individuazione del corretto bilanciamento tra sicurezza dell'approvvigionamento, economicità dell'accesso e sostenibilità ambientale delle fonti energetiche, riproponendosi in termini concreti quel già citato «*Trilemma Energetico*»^[32] che tiene conto proprio di tutte queste componenti. Tale rinnovata sensibilità, rinvigorita dalla convergenza delle politiche internazionali e comunitarie in materia di sostenibilità ambientale, consente

comunque di ritenere che la nostra Costituzione, per le susesposte ragioni, continui a dare risposta a tali esigenze anche di fronte a tale mutato quadro. Nello specifico, la questione ambientale, che si fonde a quella energetica grazie al principio di sostenibilità, rinviene le proprie coordinate costituzionali di riferimento negli artt. 2, 9 e 32 Cost. In particolare, il combinato disposto derivante dagli articoli 2 e 32 della Costituzione riconosce la salute come diritto soggettivo e interesse della collettività; l'articolo 9, invece, prevede che la Repubblica tutela il paesaggio. In via ancora più generale, è l'articolo 2 della Costituzione, quale clausola aperta capace di far emerge dalla realtà sociale sempre nuovi diritti afferenti alla personalità dell'individuo, a rappresentare ulteriore e solido fulcro all'interesse alla salubrità e salvaguardia del bene ambiente^[33]. In particolare, l'art. 9, nel prevedere che «*la Repubblica tutela il paesaggio (...)*», offre copertura costituzionale a tutto ciò che attiene alla “forma del Paese”, nel cui ambito rientra senza dubbio la disciplina ambientale^[34]. La recente riforma della citata norma, introdotta con l. cost. n. 1/2022, ha introdotto, tra i compiti della Repubblica, quello di «*tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*»^[35]. Quest'ultimo intervento riformatore, infatti, ha inteso offrire una maggiore ed espressa tutela agli interessi correlati all'ambiente, colmando quello che, secondo una parte della dottrina, rappresentava un vuoto non più accettabile^[36]. Il principio di tutela dell'ambiente viene così posto in una dimensione intergenerazionale, divenendo elemento cardine nella definizione delle politiche pubbliche di lungo periodo, ponendosi quale valore costituzionale non più implicito bensì oggetto di espressa menzione, cui si attribuisce rilevanza qualificata rispetto agli altri interessi cui di volta in volta è destinato a rapportarsi^[37]. Proprio sul complesso bilanciamento da ricercare nel contemperamento tra interessi economici, legati prevalentemente al settore dell'energia, e quelli paesaggistico-ambientali ricostruiti da ultimo nelle citate disposizioni costituzionali, è di estremo interesse la recente pronuncia del Consiglio di Stato, 23 settembre 2022, n. 8167 che ha posto particolare attenzione alla perimetrazione dei compiti dei vari attori deputati a realizzare questa complessa opera di bilanciamento; il Legislatore in sede di produzione normativa, l'Amministrazione nella fase applicativa-provvedimentale e il Giudice in quella giurisdizionale. Tale punto di equilibrio, affermano i Giudici di Palazzo

Spada, deve necessariamente giungere a fronte di un'applicazione dinamica dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, impedendo una prevalenza totalizzante degli uni rispetto agli altri, in assenza di un ordine gerarchico imposto in Costituzione tra interessi economici legati al settore energetico, tutela dell'ambiente e preservazione dei beni paesaggistico-culturali^[38]. Un utile punto di ricaduta di siffatti interessi può essere, in definitiva, rappresentato dal sopracitato principio di sviluppo sostenibile, il quale tenta, seppur faticosamente, di costruire un modello economico capace di porsi in un rapporto di compatibilità con le risorse ambientali e paesaggistiche, nell'ottica di un'attuazione sempre più effettiva della tanto aspirata transizione ecologica^[39].

1.2. “Produzione, distribuzione e trasporto” nella dialettica Stato-Regioni in materia di energia

Il secondo parametro costituzionale che pone al centro la questione energetica è l'art. 117, comma 3 Cost., che più di tutti consente di cogliere la dimensione organizzativo-infrastrutturale di buona parte delle problematiche sorte intorno a tale articolato settore. In particolare, tale norma colloca la specifica materia della «*produzione, trasporto e distribuzione dell'energia*» nell'ambito del novero di quelle attratte alla cosiddetta “legislazione concorrente”, ossia di una modalità di produzione legislativa caratterizzata da una dualità di azione ripartita tra lo Stato che determina i principi fondamentali della materia, mentre il resto della normazione di dettaglio spetta alle Regioni, pur rimanendo nella cornice legislativa predeterminata^[40]. La scelta di attribuire la materia a quelle oggetto di legislazione concorrente consente di guardare alle modalità concrete e attuative con cui viene modulato quello che è stato definito il «*governo dell'energia*»^[41]. Al fine di comprendere l'effettiva implementazione di tale riparto, appare essenziale soffermarsi sui punti fondamentali fissati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, chiamata a dirimere i numerosi conflitti di attribuzione sorti^[42]. Questo filone di pronunce del Giudice delle Leggi^[43] ha infatti concorso a delineare un quadro che consente di apprezzare la profonda trasversalità della materia energetica^[44]. I pronunciamenti immediatamente successivi alla riforma del Titolo V della Costituzione, introdotta con l. cost. n. 3/2001, si sono assestati su un quadro che tende ad offrire una declinazione dei principi di sussidiarietà ed

adeguatezza, imposti dai nuovi artt. 117 e 118 della Costituzione, in virtù dei quali la devoluzione della specifica materia deve essere effettuata alla luce dell'individuazione del livello di governo maggiormente adeguato ad offrirne una regolamentazione efficace. Proprio in quella sede viene stabilito che nella legislazione in materia energetica siano essenziali le intese, le quali «*costituiscono condizione minima e imprescindibile per la legittimità costituzionale della disciplina legislativa statale che effettui la "chiamata in sussidiarietà" di una funzione amministrativa in materie affidate alla legislazione regionale, con la conseguenza che deve trattarsi di vere e proprie intese "in senso forte", ossia di atti a struttura necessariamente bilaterale, come tali non superabili con decisione unilaterale di una delle parti*»^[45]. Secondo la Corte, dunque, la maggior parte delle funzioni amministrative connesse agli oggetti attratti nella materia «*politica energetica nazionale*» risulta riservata allo Stato, anche ad opera dell'introduzione dalla l. n. 239/2004, emanata al fine di realizzare un riordino del settore energetico, la quale si preoccupa di individuare «*i principi fondamentali in materia energetica, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione*», dettando, altresì, disposizioni che contribuiscono a garantire «*la tutela della concorrenza; la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; la tutela dell'incolumità e della sicurezza pubblica; la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*», in tal modo, il legislatore statale tende a garantire «*l'unità giuridica ed economica dello Stato e il rispetto delle autonomie regionali e locali, dei trattati internazionali e della normativa comunitaria*». In dottrina si è osservato come la normativa ha determinato di fatto una titolarità esclusiva in capo allo Stato delle funzioni amministrative relative alla «*politica energetica nazionale*»^[46]. Tale orientamento si è poi evoluto fino ad affermare che è «*esclusiva competenza del legislatore statale ogni scelta strategica energetica*», nonché che «*ha escluso che le singole Regioni o il sistema regionale complessivamente inteso possano, in qualunque sede e in qualsiasi fase, opporre «un veto» a tali scelte ovvero «esprimere un dissenso insuperabile», anche se, al contempo, la Corte ritiene necessario che sia l'attività di localizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica, sia la costruzione e l'esercizio dei medesimi, sia l'eventuale fase di superamento dell'opposizione regionale, siano scandite da momenti espressivi del principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni*» e che, infine, «*per le Regioni valgono doveri inderogabili di solidarietà*

economica e sociale anche in riferimento all'efficace sviluppo della produzione di energia»^[47]. In buona sostanza, attesa la formale collocazione della materia energetica nel novero della legislazione concorrente, la Corte Costituzionale ha inteso riservare alla competenza del legislatore statale la dimensione strategica del “governo dell’energia”, rappresentando la stessa una concreta declinazione dell’indirizzo politico che è proprio dell’esecutivo. Tale attività programmatica rappresenta non solo un atto di indirizzo politico, ma anche un momento funzionale alla fissazione dei principi fondamentali della materia concorrente, preliminare alla concreta attrazione in sussidiarietà delle funzioni amministrative in materia di energia. Queste affermazioni di principio rappresentano ad oggi il criterio guida adottato dalla Corte Costituzionale per dirimere le numerose questioni sorte in materia, specie in tema di localizzazione di impianti e di bilanciamento di interessi con le popolazioni locali. Assume particolare rilievo, nella prospettiva indicata, il principio di diritto emerso da un recente pronunciamento dei Giudici di legittimità, nella sentenza del 27 ottobre 2022, n. 221 in materia di procedimento di autorizzazione alla costruzione e all’esercizio di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. In quell’occasione, la Corte ha censurato la normativa introdotta dalla regione Lazio perché derogatoria di quella statale in materia di produzione da fonti rinnovabili, in particolare quella sul procedimento unico *ex art. 12 del d.lgs. n. 387/2003* (di cui si darà ampia esposizione in seguito^[48]), rappresentando quest’ultimo modulo procedimentale un principio fondamentale, *ex art. 117 Cost.*, in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia. Tale intervento, infatti, si colloca sulla medesima scia tracciata dalla giurisprudenza formatasi a cavallo della riforma del Titolo V, facendo assurgere il procedimento unico, quale espressione di esigenze di semplificazione e concentrazione dell’azione amministrativa, a principio fondamentale posto dal legislatore statale e, quindi, non passibile di deroghe da parte della concorrente normazione regionale.

2. Le fonti di energia rinnovabili nell’ordinamento giuridico italiano

Possibile punto di contatto tra l’esigenza di tutelare la sicurezza degli approvvigionamenti energetici, necessaria per il sostegno allo sviluppo

economico, e l'altrettanto fondamentale necessità di salvaguardare l'ambiente limitando il volume di emissioni climalteranti, è rappresentato dalle fonti di energie rinnovabili (c.d. FER)^[49]. Queste ultime trovano una compiuta definizione giuridica nella Direttiva europea 2009/28/CE del 29 aprile 2009, nel cui art. 2, lett. a), qualificate come «*energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, aerotermica, geotermica, idrotermica e oceanica, idraulica, biomassa, gas di scarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas*». Più nello specifico, il legislatore comunitario – le cui scelte definitorie e regolatorie rappresentano il faro per quello nazionale – sembra optare per un “approccio residuale”, individuando le fonti di energia rinnovabili come tutto ciò che non rappresenti energia da fonti fossili^[50]. Il crescente rilievo attribuito al principio di sviluppo sostenibile ha determinato il progressivo accentramento di tali fonti energetiche, con ciò consentendo alle stesse di offrire un contributo non indifferente in termini di ricadute economiche e occupazionali^[51]. Per dar conto di questa parabola ascendente, basta guardare alla fetta sempre più cospicua che le FER sono andate ad occupare nei mix energetici nazionali. Diretto riscontro di tale dato può essere offerto da un rapido raffronto tra la crescente centralità che tali fonti di energia hanno avuto nei vari documenti programmatici nazionali in materia^[52]. Primo momento di programmazione strategica^[53] da cui emerge tale tendenza è la Strategia Energetica Nazionale del 2013 (SEN). Con tale atto di indirizzo si prevedono una serie di azioni che, oltre a favorire l'abbattimento dei consumi per favorire l'efficienza energetica, hanno come obiettivo primario quello di incentivare la crescente diffusione delle fonti rinnovabili mediante un contenimento dei costi incrementali in bolletta per i consumatori che ne fanno ricorso, rivedendo altresì i meccanismi di incentivazione. In sostanziale continuità, se non per qualche ulteriore punto di novità, si pone la Strategia Energetica Nazionale del 2017, che continua ad affidare alle fonti di energia rinnovabile una prospettiva di sempre maggiore coinvolgimento nel mix energetico nazionale. Il documento, infatti, sembra porre particolare attenzione al tema della “decentralizzazione” della produzione energetica, valorizzando con particolare enfasi il ruolo dei contratti di acquisto di lungo termine (*Power Purchase Agreement*), ossia degli accordi di fornitura di lungo termine tra grandi consumatori e produttori di energia o sviluppatori di impianti rinnovabili, consentendo altresì una sovrapposizione tra le due figure destinata a cambiare

radicalmente il settore energetico (sul punto si ritornerà con adeguato margine di approfondimento^[54]). Ma tale percorso interno è stato certamente rinvigorito dall'importante intervento realizzato a livello comunitario denominato “*Winter Package*”, ossia della serie di misure adottate dalla Commissione europea con il Pacchetto “Unione dell’Energia” nel 2015^[55]. In particolare, al fine di conseguire i target di ampliamento della quota di rinnovabili al 2030^[56], viene istituito un nuovo modello di governance^[57] al fine di verificare la serietà e fattibilità dei risultati e delle azioni intraprese dai singoli Stati Membri. In questo contesto, assume rilevanza il nuovo atto di indirizzo in tema di strategia energetica, quale è il Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima (PNIEC), che il nostro paese ha provveduto ad adottare il 21 gennaio 2020. Nello specifico, per quanto attiene al tema delle rinnovabili, si assiste addirittura ad un rialzo contenuto degli obiettivi rinnovabili al 2030. Si prevede infatti che le *green energy* possono contribuire al soddisfacimento dei consumi finali lordi totali 2030 con un 30%, distinguendo tra gli apporti derivanti dalla riqualificazione dagli impianti energetici residenziali da quelli derivanti dalla transizione attesa nel settore dei trasporti, con un significativo ruolo attribuito in tale ultimo campo alla progressiva elettrificazione del parco auto circolante. Successivamente, nel 2021 l’Unione europea ha adottato il nuovo pacchetto “*Fit for 55*” volto a rafforzare il target di riduzione delle emissioni di anidride carbonica al 2030 al 55% rispetto ai livelli del 1990, e, al contempo, ad aumentare gli obiettivi relativi alla quota di energia prodotta da fonti rinnovabili al 40% ed accrescere la percentuale di efficienza energetica per il consumo di energia finale e primaria tra il 36% e il 39% entro il 2030. Per offrire però una panoramica completa del ruolo assunto dalle fonti di energia rinnovabili nei momenti di pianificazione strategica del nostro Paese, non appare però più sufficiente soffermarsi al PNIEC, data la significativa portata che l’emanazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (c.d. PNRR) ha avuto sul tema^[58]. Il PNRR italiano^[59], il quale dedica una specifica submissione al tema delle energie rinnovabili, nella più ampia missione intitolata «*Rivoluzione verde e Transizione Ecologica*», stanziava la parte di risorse più consistente proprio a tali obiettivi. La significatività delle misure introdotte dal Piano in relazione alla questione energetica è dimostrata altresì dalla avvertita necessità di specificare ulteriormente le linee programmatiche poste in via generale, giungendo all’emanazione da parte del Comitato Interministeriale della

transizione ecologica di un Piano per la transizione ecologica, pubblicato definitivamente in Gazzetta Ufficiale il 5 febbraio 2022. Il principale nodo da sciogliere sorto con l'ingente stanziamento di risorse previsto dai citati Piani è stato quello di garantire un adeguato coordinamento tra i meccanismi di incentivazione già previsti e i nuovi fondi, su cui si tornerà oltre^[60].

3. Strumenti normativi e regime degli incentivi

Dalle premesse ricostruttive è possibile evincere l'assoluta centralità delle FER, di cui vanno ora esaminati i principali strumenti normativi volti ad incrementarne l'uso, quali il procedimento autorizzatorio unico e il sistema di incentivi. Questi, infatti, vengono introdotti nell'ordinamento con la finalità ultima di superare gli ostacoli di cui essi sono rispettivamente espressione, ossia la pesantezza dei regimi autorizzatori e l'ancora attuale assenza di convenienza economica di tali tipologie di fonti di produzione energetica. In particolare, proprio il superamento di tali attuali criticità, può rappresentare un sostanziale cambio di passo nel raggiungimento delle quote di rinnovabili previste nei documenti programmatici sopra citati e, contemporaneamente, passando finalmente dalle enunciazioni di principio all'attuazione concreta.

3.1. Il procedimento di autorizzazione unica ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003

La Direttiva europea 2001/77/CE, già oggetto di esame, rappresenta il principale impulso alla strutturazione di un sistema regolatorio in materia di produzione e di costruzione di impianti di energie rinnovabili, e diviene di fondamentale importanza anche nella determinazione dei principi guida in materia di procedimenti autorizzatori^[61]. Il Legislatore italiano, infatti, ha dato attuazione alla suddetta Direttiva tramite il d.lgs. n. 387/2003, il quale pone tra le sue principali finalità proprio quella di «*promuovere un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato italiano e comunitario*»^[62]. Al fine di agevolare la realizzazione di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, il Legislatore italiano ha deciso di introdurre un modello di autorizzazione unica, di competenza delle Regioni, basato sulla conferenza di servizi e disciplinato dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003^[63]. La rubrica

di quest'ultima disposizione fissa sin da subito i criteri ispiratori dell'istituto, quali la razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative. L'autorizzazione unica, infatti, viene rilasciata a seguito di un procedimento unico al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate. Il rilascio della stessa costituisce titolo ai fini della costruzione ed esercizio dell'impianto e deve essere adottata nel rispetto delle normative disciplinanti la materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico. Proprio per la complessità degli interessi contrapposti, come già anticipato, l'istituto maggiormente adoperato a tali fini è la conferenza di servizi di cui agli artt. 14 ss. della l. n. 241/1990^[64]. A fronte di tale intervento, però, le auspiccate esigenze di semplificazione non apparivano soddisfatte. In particolare, nonostante la Direttiva 2001/77/CE (poi attuata in Italia dal d.lgs. n. 387/2003) avesse imposto a ciascuno Stato membro di verificare e rimuovere tutti gli ostacoli normativi e di ogni tipo all'aumento degli impianti di produzione elettrica da fonti rinnovabili^[65], uno studio della Commissione CE del 2006^[66] segnalava, sulla base di un esame a campione sugli operatori di settore del mercato europeo, la presenza di numerose difficoltà. In particolare, tali ostacoli, definiti «*barriere*», venivano classificati in quattro tipologie: «*barriere finanziarie*», relative alla difficoltà di accesso al credito; «*barriere sociali*», per il livello di opposizione delle comunità locali^[67]; «*barriere infrastrutturali*», specie in relazione alla presenza di infrastrutture di rete che, costruite in periodi storici di utilizzo centralizzato e unidirezionale dei flussi energetici, risultano spesso inadeguate alle esigenze di intermittenza e bidirezionalità emerse con gli impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili^[68]; «*barriere di natura amministrativa*», quelle che maggiormente interessano in questa sede, che denotavano profonda insofferenza del campione esaminato circa il coordinamento tra le Pubbliche Amministrazioni coinvolte, al tempo necessario per ottenerle e al grado di considerazione delle politiche energetiche nella programmazione degli enti territoriali^[69]. Tali ultime problematiche, in particolare, rimanevano irrisolte nel nostro sistema dal momento che, nonostante l'istituzione di un istituto quale l'autorizzazione unica, che per la sua strutturazione comunque mostrava una capacità di concentrare e semplificare, tardavano ormai da anni i decreti attuativi necessari per una sua completa implementazione. Si è dovuto attendere il D.M. del 10 settembre 2010, (con quasi sette anni di ritardo) per vedere approvate le Linee Guida dalla

Conferenza Unificata Stato-Regioni, dando così concreta attuazione all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003. L'esigenza di tali Linee Guida rappresentava una chiara presa d'atto che sulla materia in oggetto insistono interessi contrapposti di cui sono portatori diversi livelli di governo e che, pertanto, il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi ambientali e paesaggistici impone «una preventiva ponderazione concertata in ossequio al principio di leale cooperazione»^[70]. Tornando alle difficoltà segnalate dallo studio della Commissione europea del 2006, si ritenne in quella stessa sede comunitaria che fosse necessario dover intervenire con un nuovo atto di impulso, in particolare la Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle Direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE (art. 13), che accentuava il principio di trasparenza e l'obiettivo di semplificazione delle procedure amministrative. Il Legislatore nazionale ha dato attuazione a tale Direttiva attraverso il d.lgs. n. 2/2011, il quale conferma l'applicabilità dell'autorizzazione unica alla costruzione ed esercizio degli impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, andandone a ritoccare alcuni aspetti anche alla luce delle Linee Guida approvate poco prima la sua emanazione, dando alla disciplina l'assetto attualmente in vigore. L'autorizzazione unica, per quanto attualmente ancora foriera di criticità irrisolte^[71], nella finalità ultima di consentire una sempre più robusta espansione degli impianti di produzione di energia rinnovabile, rappresenta una ferma conquista del Legislatore statale, essendo stata ribadita in più occasioni la propria natura di principio fondamentale dell'ordinamento. La stessa giurisprudenza costituzionale, come già si è avuto modo di sottolineare, in più occasioni^[72] ha censurato normative regionali che eludessero la riserva di procedimento^[73] posta dall'art. 13 del d.lgs. n. 387/2003, dal momento che questa rappresenta, in definitiva, la sede prediletta per l'adeguata composizione del conflitto di interessi che la materia dell'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile fatalmente pone^[74]. Analoga natura di principio fondamentale deve essere riconosciuta anche alle Linee Guida previste dal comma 10 dell'articolo 12 d.lgs. n. 387/2003, in quanto esse costituiscono necessaria integrazione delle previsioni contenute nell'art. 12 del medesimo d.lgs. e la loro adozione è informata al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. Eventuali deroghe, relative e assolute, impedirebbero questa

«essenziale forma di composizione di confliggenti volontà», in quanto è proprio nel procedimento, afferma la Corte Costituzionale, «che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità. (...) La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...): efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza»^[75]. Resta, comunque, la difficoltà di rendere sufficientemente spedito il processo di installazione di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, così come presidiato dalle norme procedurali richiamate. Tale ancora persistente problematica emerge dall'ingente quantitativo di modifiche e deroghe, nonché di prospettive di riordino, che le norme attuative del PNRR hanno introdotto, proprio al fine di conseguire gli obiettivi fissati, sulla ritenuta insufficienza dell'attuale quadro normativo^[76]. Non può non segnalarsi, in conclusione, come dall'analisi della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa sopra richiamata, il vero dato paralizzante dei processi autorizzatori, più che nelle inevitabili fasi del procedimento, risieda nella «naturale difficoltà di contemperare interessi e valori così antitetici dal punto di vista culturale, economico e sociale»^[77]. A fronte di ciò, sono quindi le capacità di bilanciamento dell'Amministrazione, guidata dai principi di efficienza, efficacia ed economicità, a rivestire un ruolo cruciale nel garantire celerità e correttezza delle procedure^[78].

3.2. I regimi di sostegno e promozione: gli incentivi

Oltre alla dimensione procedimentale, di particolare interesse è tutta la disciplina relativa agli incentivi^[79]. Sul punto, la principale fonte normativa è rappresentata dal d.lgs. n. 199/2021 (c.d. "Decreto RED II"), a sua volta attuazione della Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (c.d. "Direttiva RED II"), che vanno a superare e ad aggiornare, per il rispettivo livello istituzionale, il d.lgs. n. 28/2011, che ha recepito la Direttiva 2009/28/CE (c.d.

“RED I”). Con tali forme di sussidio si cerca di superare quello che, così come appena sopra evidenziato, rappresenta ancora uno dei principali ostacoli ad una piena diffusione degli impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, quale è la ancora poca convenienza economica (sia reale che percepita). Né possono ignorarsi i limiti tecnologici ancora non pienamente superati, quali l'impossibilità di immagazzinare l'energia prodotta, nonché la natura intermittente delle suddette fonti, non potendo aversi una produzione continua per evidenti ragioni strutturali (la mancanza di sole in determinati momenti del giorno o dell'anno, la possibilità che il vento non soffi per un certo tempo etc.). Passando al dato strettamente normativo, per quanto i principi di libera concorrenza sembrano stridere con una simile impostazione sussidiaria, specie in relazione alla problematica estremamente scivolosa degli aiuti di Stato^[80], dirimenti appaiono, da un lato, le esigenze di sostenibilità ambientale, che chiaramente impongono un sempre maggiore incremento della quota di rinnovabili, e dall'altra le esigenze di “indirizzo sociale” che possono essere impresse all'iniziativa privata^[81], e che anche il diritto comunitario, seppur in forma attenuata rispetto alla Costituzione, riconosce^[82]. In generale, tutta la normativa in materia di incentivi gravita attorno alla necessità di rimanere ancorati ad una serie di principi generali richiamati dall'art. 4 del d.lgs. n. 199/2021, quali, oltre al già citato rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato, «*la necessità di assicurare un'equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio, escludere l'incentivazione delle opere di manutenzione ordinaria e delle opere effettuate per adeguamenti dell'impianto, trovare copertura finanziaria dalle componenti delle tariffe dell'energia elettrica e del gas; essere riconosciuti mediante procedure amministrative massimamente semplificate*»^[83]. In tal senso, assume particolare rilievo l'enunciazione delle finalità che il d.lgs. n. 199/2021 intende perseguire mediante la strutturazione del regime di sostegni. Si afferma, infatti, che tale normativa si pone «*l'obiettivo di accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese, recando disposizioni in materia di energia da fonti rinnovabili, in coerenza con gli obiettivi europei di decarbonizzazione del sistema energetico al 2030 e di completa decarbonizzazione al 2050*», (art. 1 d.lgs. n. 199/2021). Alla base, quindi, si pongono esigenze di sostenibilità ambientale, perseguibili mediante un superamento delle già citate “barriere”^[84] poste allo sviluppo delle fonti di energia rinnovabile, facendo in modo che queste ultime finiscano gradualmente col

soppiantare le fonti fossili nel sostegno allo sviluppo economico e sociale. La norma si caratterizza anche per l'enunciazione del collegamento funzionale che la lega all'attuazione dei già esaminati PNRR e PNIEC, denotando quindi una necessaria trasversalità dei regimi di sostegno rispetto ai vari impegni assunti in sede sovranazionale. In tale sistema di incentivazione assume un ruolo centrale il GSE (Gestore dei Servizi Energetici)^[85], il quale, oltre al compito di erogare materialmente la somma economica corrispondente all'incentivo, esercita poteri di controllo e sanzionatori volti a verificare la sussistenza o il mantenimento dei presupposti per il riconoscimento delle elargizioni di sostegno^[86], attraverso uno strumentario già riconosciutogli dall'art. 42 del d.lgs n. 28/2011. Tali poteri possono portare ad una decadenza dall'incentivo, con un conseguente obbligo per il privato di restituire le somme fino a quel momento percepite, richiedendosi una attenta considerazione dell'affidamento da questi riposto al mantenimento del sostegno. Proprio quest'ultimo interesse alla certezza e stabilità dei rapporti pone da sempre particolari criticità interpretative in ordine alla disciplina degli incentivi e ai relativi poteri del GSE^[87]. Se da un lato, infatti, la necessità di garantire l'affidamento si rende funzionale alla promozione dello sviluppo degli impianti di produzione di energie rinnovabili, risultando necessaria al fine del perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile assunti a livello sovranazionale, dall'altro non può non negarsi come *«il particolare tipo di legame che si viene ad instaurare tra privato percettore ed ente erogatore, strutturalmente inteso come rapporto di durata, non possa restare immune dai mutamenti di fatto e di diritto che possono modificare le condizioni originariamente date»*^[88]. Nell'intento di risolvere questo complesso bilanciamento, il Legislatore è recentemente intervenuto con il d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni, convertito dalla l. n. 120/2020), inserendo al terzo comma del citato art. 42 il riferimento alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, che, come noto, disciplina il potere di annullamento d'ufficio, perimetrandolo entro precisi limiti temporali in ordine ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici. Tornando alla disciplina generale in materia di incentivi, il parametro che modula l'entità della sovvenzione è ancorato, ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. a) del citato d.lgs., all'energia elettrica prodotta dall'impianto, ovvero sulla quota parte di tale produzione che viene immessa in rete o autoconsumata. Si tratta di tre alternative

che consentono di riassumere con estrema efficacia le enormi potenzialità dei sistemi di produzione di energia rinnovabile, determinandosi delle situazioni in cui l'impianto può essere tanto strutturato in un soggetto centralizzato, quanto, ed è questa la novità, un insieme di tante fonti di produzione minori e distribuite sul territorio. Quando la norma parla di "autoconsumo", infatti, allude chiaramente al fenomeno del c.d. "*prosumerism*", formula risultante dalla crasi da *producer* e *consumer*^[89], alludendo alla posizione di chi, essendo titolare di un impianto di produzione da fonte rinnovabile di basso voltaggio, utilizza l'energia prodotta da questo per le proprie necessità domestiche o aziendali^[90]. Fenomeno che già riceve un primo inquadramento giuridico, individuandone quale definizione normativa quella di «*soggetto che è al contempo produttore e cliente finale di energia*»^[91]. La possibilità di immaginare una diffusione di tale fenomeno su larga scala consente di parlare di "generazione distribuita", intesa quale nuovo modulo di produzione energetica basato sul collegamento di «*diffuse unità produttive collegate direttamente alle utenze e a bassa tensione*»^[92], che necessita chiaramente di una infrastruttura di rete intelligente (c.d. *smart grid*), capace di offrire una bidirezionalità dei flussi energetici, consentendo di immettere energia in rete trasferendola direttamente ad un altro utente. Questi scenari rivoluzionari, di cui si darà adeguato conto nei successivi paragrafi, necessitano, oltre che di un cambiamento culturale, di una evidente opera di sostegno economico iniziale, trattandosi di modifiche degli assetti strutturali degli attuali sistemi di produzione energetica, nonché delle infrastrutture di sostegno che rappresentano materialmente la rete di distribuzione nazionale. Il ruolo della legislazione in materia di incentivi, dunque, diviene cruciale nel supportare queste istanze di cambiamento, destinate a rivoluzionare il modo di concepire la produzione energetica.

4. Il peso sociale delle energie rinnovabili: le Comunità energetiche

Se, come si è visto, la crescente centralità delle fonti di energia rinnovabile riveste particolare importanza dal punto di vista economico, non può non rilevarsi come la strutturale idoneità delle stesse a dar vita ad una pluralità di insediamenti produttivi di piccole dimensioni si presti alla nascita di particolari forme di

aggregazione sociale. Il riferimento è alle Comunità energetiche^[93]. Si tratta di particolari moduli di collaborazione tra pubblico e privato che presuppongono una comune attività di produzione e consumo di energia, valorizzando a pieno il già richiamato concetto di *prosumerism*, ossia la condizione di sostanziale sovrapposibilità tra soggetto produttore e consumatore di energia. Si è di fronte ad un modello di innovazione organizzativa, principalmente incentrato sulla collaborazione tra gli utenti, con forma di governo – o meglio, di “autogoverno” - certamente devianti rispetto alle tradizionali categorie (impresa, cooperativa, associazione etc.). Gli scopi perseguiti, infatti, divergono da quello tipicamente individualistico, (del singolo, dei soci o degli associati), per allargarsi a innovative esigenze di sostenibilità ambientale ed inclusione sociale che poi, di riflesso, sono in grado di garantire anche esternalità economiche positive. In generale, quindi, la Comunità energetica si qualifica quale «*gruppo di consumatori e/o prosumers che insieme condividono unità di produzione e stoccaggio di energia*»^[94]. Se si guarda al dato normativo, notiamo subito come l’art. 31, comma 1, l. a) del già esaminato d.lgs. n. 199/2021 dispone che «*l’obiettivo principale della comunità è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari*». L’attenzione è quindi tutta rivolta al conseguimento di forme di utilità diverse da quella meramente lucrativa, che valorizzino invece la possibilità di trattenere al proprio interno le risorse energetiche ed economiche che la Comunità energetica è in grado di produrre. Tali realtà, come si avrà modo di approfondire^[95], la crescente diffusione di tali moduli partecipativi può prestare il fianco ad un ripensamento della tradizionale funzione regolatoria esercitata dallo Stato nei confronti dell’iniziativa economica privata^[96]. In particolare, emerge come risulti ormai dirimente guardare alle Amministrazioni pubbliche, per certi versi, come “parte” di un rapporto di collaborazione, specie nei casi in cui le stesse si collochino quali promotrici di tali Comunità energetiche. Allo stesso tempo, però, permane ancora di stretta attualità la funzione di *enforcement*, specie alla luce di una diffusione degli scambi energetici nella dimensione *peer-to-peer*, essendo evidente la necessità di una tutela a favore di quei soggetti maggiormente vulnerabili o in condizione di povertà energetica. Nell’ambito di questo particolare fenomeno, funzionale rispetto all’indagine condotta nel presente lavoro è l’approfondimento di tre aspetti caratterizzanti le

Comunità energetiche, ossia: la forte valorizzazione della collaborazione tra pubblico e privato; il potenziale impatto “decentralizzante” sul sistema energetico nazionale; la conciliabilità dei bisogni delle Comunità con le tecnologie digitali.

4.1. Un punto di incontro tra pubblico e privato

Partendo dal primo aspetto, appare di particolare interesse osservare come una Comunità energetica si presti a realizzare una mirabile convergenza tra interessi privati e interesse pubblico. Il già citato art. 31, comma 1, l. a) del d.lgs. n. 199/2021 esplicita i benefici che l’implementazione di una Comunità energetica può intercettare. Questi vanno, da finalità economiche (con una rilevante riduzione del prezzo dell’energia autoprodotta rispetto a quella acquisita dalla rete nazionale, essendone esclusi oneri di sistema e margini di profitto delle *utilities*), a quelle sociali (costruendo una comunità di cittadini responsabilizzati rispetto al perseguimento dell’obiettivo comune, agevolando anche la posizione di quelli più svantaggiati e poveri); nonché a quelle ambientali (centrando a pieno le esigenze di sviluppo sostenibile e transizione ecologica attraverso la diffusione capillare di fonti di energia rinnovabile). Un sistema strutturato in tal modo appare in grado di soddisfare il fabbisogno energetico dei componenti della Comunità in maniera economicamente vantaggiosa può altresì aversi con un coinvolgimento delle imprese, le quali possono essere indotte a sfruttare le esternalità positive tratte da tale sistema di autoproduzione, con il principale scopo di acquisire un vantaggio competitivo e perseguendo, al tempo stesso, gli interessi pubblicistici di sostenibilità ambientale. Questa interrelazione rende di particolare importanza il ruolo di sostegno, promozione e direzione delle Comunità che può essere rivestito dalle Amministrazioni Pubbliche. Se si guarda all’essenza del fenomeno^[97], ci si rende conto che si è di fronte, nel momento in cui la Comunità decide di interagire col soggetto pubblico, ad una nuova forma di partenariato pubblico-privato^[98], diretta espressione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, comma 4 della Costituzione^[99], il quale ultimo impone agli enti territoriali di promuovere ed incentivare l’autonoma iniziativa dei cittadini per attività di interesse generale. Tali realtà, per il particolare intreccio di interessi di cui sono espressione, sembrano maggiormente tarate sulla specifica ipotesi di «*contratto di partenariato sociale*», che trova una sua

tipizzazione normativa nell'art. 190 del d.lgs. n. 50/2016^[100]. In tale specifica figura, viene infatti in rilievo la natura puramente sociale della collaborazione pubblico-privato, attraverso la creazione di corrispettivi capaci di generare, per il privato, forme di utile d'azienda (specie con sgravi fiscali), per il pubblico, il perseguimento di attività con fini di interesse generale e di pubblica utilità^[101]. Non va sottaciuto nemmeno il potenziale connesso alla profonda semplificazione attuabile tramite le suddette forme di collaborazione, potendo in questi casi assistersi alla possibilità per l'Amministrazione di sottrarsi *«all'oneroso iter del procedimento amministrativo e, almeno in parte, al riparo da impugnazioni giurisdizionali, con il privato che, in assenza di un atto unilaterale e autoritativo, potrà fare affidamento su una relativa stabilità dell'accordo raggiunto»*^[102]. Attraverso tali modelli, inoltre, si assiste ad un'ulteriore evoluzione della funzione regolatoria esercitata dalle Amministrazioni Pubbliche rispetto alle dinamiche economiche, maggiormente incline ad accogliere istanze proprie degli obiettivi di efficienza energetica e transizione *green*, attraverso un superamento del tradizionale binomio *«Stato-mercato»* in favore di una ricerca di un equilibrio insistente tra *«Stato-mercato-comunità»*^[103]. Non può infatti sottacersi come alcuni dei più ambiziosi obiettivi in materia siano stati cristallizzati in atti programmatici, quali ad esempio il Patto dei sindaci e i correlati Piani d'Azione per l'Energia Sostenibile e il Clima^[104], che affondano le proprie radici proprio sul ruolo proattivo che i livelli di governo locale sono in grado di esercitare sulla cittadinanza. La posizione degli Enti locali, infatti, risulta ulteriormente valorizzata dalle Direttive europee in materia di efficientamento energetico e prestazioni energetiche dell'edilizia^[105], che individuano proprio nella città, e nel suo governo, un ecosistema favorevole alla nascita di soluzioni funzionali alle esigenze di transizione *green*. Le c.d. *“smart cities”*^[106], infatti, rappresentano proprio il punto di ricaduta di questa crescente fiducia attribuita alle collaborazioni pubblico-privato a livello locale. Queste, infatti, si qualificano come *«quel luogo e/o contesto territoriale ove l'utilizzo pianificato e sapiente delle risorse umane e naturali, opportunamente gestite e integrate mediante le numerose tecnologie ICT già disponibili, consente la creazione di un ecosistema capace di utilizzare al meglio le risorse e di fornire servizi integrati e sempre più intelligenti (cioè il cui valore è maggiore della somma dei valori delle parti che li compongono)»*^[107]. Proprio queste realtà spingono le Amministrazioni pubbliche

locali a svolgere un ruolo di mediazione tra iniziative private e interessi della collettività, con conseguente efficientamento e modernizzazione dell'erogazione dei più tradizionali servizi pubblici locali, come la mobilità urbana, la gestione degli spazi comuni e delle risorse energetiche. Le *smart cities*, inoltre, rappresentano l'habitat ideale per consentire lo sviluppo di forme di aggregazione che, proprio attraverso l'uso di tecnologie digitali e di sistemi di interconnessione di dati, possono dar vita ad aggregazioni giustificate dalla generazione comune di energia da fonti rinnovabili. Se si osserva lo specifico contesto delle Comunità Energetiche si nota come risulti ulteriormente valorizzata la posizione rivestita dalle Regioni e dai Comuni, quali enti maggiormente a contatto con le realtà cittadine ed imprenditoriali del territorio. Questi, infatti, oltre a mettere a disposizione edifici e a realizzare una essenziale attività di diffusione informativa, possono stipulare protocolli d'intesa con rappresentanze dei cittadini e imprese al fine di favorire la nascita di Comunità energetiche^[108], orientandone l'azione anche con specifiche finalità sociali (ad esempio il contrasto al fenomeno della «*povertà energetica*»^[109]), in una inedita riproposizione dei doveri di solidarietà sociale costituzionalmente rilevanti (come si vedrà meglio in seguito^[110]). Esse, in quanto realtà capaci di generare "valore", sia energetico che relazionale, possono rappresentare un fondamentale strumento di coinvolgimento attivo della cittadinanza nel perseguimento di interessi pubblici che, in questo caso come non mai, finiscono per coincidere anche con rilevanti interessi privatistici, su tutti un accesso economicamente sostenibile a fonti di energia. A fronte di ciò, giova notare come il capovolgimento di prospettiva che tali fenomeni di decentralizzazione realizzano consenta di incrementare le forme di partecipazione attiva della cittadinanza ad iniziative sociali. Non può nascondersi come le Comunità energetiche, oltre a soddisfare i fabbisogni energetici dei propri aderenti, rappresentino l'occasione di incontro per svolgere numerose altre attività sociali. Tali realtà, infatti, possono dar luogo a momenti di raccordo di tante altre realtà, anche estranee al settore energetico, facendosi a quel punto volano di ulteriori iniziative di promozione di buone pratiche energetiche e di sostenibilità. Si genererebbe, in definitiva, un vero e proprio "effetto moltiplicatore" delle iniziative di sostenibilità, attivando un circolo virtuoso capace di offrire un rilevante contributo nel consolidamento di un'educazione all'ambiente e alla sostenibilità. Appare quindi pienamente coerente poter

ritenere che tali Comunità possano configurarsi quali «*formazioni sociali*» ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, generando non solo energia, ma anche forme di partecipazione capaci di garantire «*il pieno sviluppo della personalità*» degli aderenti e di tutti coloro che intrattengano relazioni positive con esse. Si rileva, in tal senso, il ruolo delle Comunità Energetiche nella promozione della democrazia energetica e della giustizia sociale^[111]. Oltre che alla funzione meramente regolamentare, realizzata mediante la stipula di atti convenzionali di regolamentazione o con indicazione di bandi e manifestazioni di interesse, grande rilievo assume il ruolo di sensibilizzazione cui gli enti pubblici, specie quelli locali, sono chiamati a svolgere. Come tutte le forme di collaborazione, infatti, la necessaria preventiva e costante azione di consolidamento della consapevolezza delle parti assume vitale importanza affinché possa giungersi al risultato concordato. Tale ruolo di *moral suasion* delle Amministrazioni Pubbliche si può concretizzare in iniziative informative, dibattiti pubblici, diffusione dei dati economici e statistici attestanti la convenienza nella partecipazione alla Comunità. Proprio quest'ultimo punto, in definitiva, rappresenta uno dei cardini attorno al quale si muove tutto il fenomeno delle Comunità energetiche: è necessario comprendere e diffondere che è possibile, attraverso adeguati mezzi e soluzioni economiche e giuridiche, conciliare le esigenze di transizione verso forme di sviluppo sostenibile con la vantaggiosità economica degli investimenti a tal fine necessari.

4.2. Un nuovo paradigma di produzione energetica

Per quanto attiene al potenziale impatto “decentralizzante” sul sistema energetico nazionale che una diffusione su larga scala del modello delle Comunità energetiche può avere, emerge sin da subito come questa tendenza rappresenti l'alba di un cambiamento potenzialmente epocale del modo di produrre energia. Con la “generazione distribuita”, infatti, si assiste ad un superamento dei tradizionali sistemi di produzione centralizzata dell'energia (ossia di poche grandi centrali a servizio di milioni di consumatori), essenzialmente basati su un flusso unidirezionale dai grandi centri di distribuzione alle reti di trasmissione^[112], in favore di un modello che, a fronte di una progressiva implementazione delle Comunità energetica basate sulle fonti di energia rinnovabile, opera all'esatto

opposto. Questa inversione dei tradizionali schemi di relazione tra utente e produttore può certamente condurre ad un ripensamento delle stesse modalità di regolazione, specie se si considerano i nuovi modelli di relazione *peer to peer* (come si vedrà più dettagliatamente in seguito^[113]), che implicano di per sé stessa una capacità “autoregolatoria” delle transazioni energetiche^[114]. Si va ben oltre, quindi, una liberalizzazione del mercato energetico, andando ad incidere strutturalmente sulle basilari modalità di funzionamento dello stesso. La decentralizzazione degli impianti di produzione energetica pone però una serie di questioni di natura tecnica di non poco conto. In primo luogo, bisogna guardare ad una già citata criticità connaturata alla natura stessa delle “nuove” fonti di energia rinnovabile (in particolar modo eolico e solare): l’intermittenza e la non programmabilità. Nello specifico, appare lampante notare come gli impianti eolici e fotovoltaici non sono in grado di produrre energia nel momento in cui nasce il bisogno di elettricità, bensì solamente quando e dove è disponibile la fonte, quale il sole o il vento. L’altra problematica connessa allo sviluppo della generazione distribuita è la necessaria bidirezionalità richiesta all’infrastruttura energetica per consentire la completa interazione tra i membri della Comunità energetica^[115]. In particolare, nel momento in cui una Comunità non autoconsuma tutto quanto prodotto, «essa reimmette in rete il surplus energetico, risalendo dalla bassa e media tensione delle infrastrutture di distribuzione all’alta tensione di quella di trasmissione, (c.d. fenomeno dell’ “inversione di flusso”»^[116]. Le due questioni appena poste sono chiaramente intrecciate ed interconnesse, richiedendosi per la loro risoluzione un non banale lavoro di aggiornamento, ammodernamento ed innovazione dell’infrastruttura di trasmissione, distribuzione e dispacciamento attualmente in uso, trasformandola in una rete intelligente (*smart grid*), garantendo un equilibrio istantaneo tra energia immessa e prelevata (attesa la difficoltà di immagazzinare l’energia prodotta) e una bidirezionalità dei flussi^[117]; funzionalità queste ultime essenziali per consentire una piena operatività delle Comunità energetiche e una effettiva partecipazione dei suoi membri. Sul punto, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza punta proprio alla creazione di una «rete di distribuzione di energia elettrica pienamente resiliente, digitale e flessibile in modo da garantire sia una gestione ottimizzata della produzione di energia rinnovabile che l’abilitazione della transizione dei consumi energetici verso il vettore elettrico» (Missione 2,

Componente 2, Misura 2). L'importanza attribuita a tale misura appare testimoniata dal pacchetto di risorse che il Piano stanziava a tal fine. In particolare, con il d.m. n. 146 del 6 aprile 2022 vengono individuati i criteri di assegnazione dei 3,6 miliardi, con il dichiarato scopo di incrementare la c.d. “*hosting capacity*”, ossia la capacità di ospitare e integrare ulteriore generazione distribuita, proprio attraverso interventi di digitalizzazione e ammodernamento infrastrutturale della rete. In definitiva, risulta che da queste dinamiche possa emergere un «*doppio decentramento*», con ciò qualificandosi un processo che parte «*da un modello energetico di tipo gerarchico e centralizzato, fondato su una rigida polarizzazione dei rapporti tra produttore e utente finale di energia, a un sistema di produzione dell'energia decentralizzato (e tecnologicamente complesso), orientato verso una vera e propria «democratizzazione» dell'energia, e nel quale il consumatore risulta primariamente coinvolto*»^[118].

4.3. Comunità energetiche e *blockchain*

Passando al terzo punto, la conciliabilità dei bisogni delle Comunità energetiche con le potenzialità offerte dalle tecnologie digitali, deve darsi particolare attenzione, tra queste ultime, a quelle a tipologia *Distributed Ledger*^[119] e agli *Smart Contracts*^[120]. Ciò che consente di far convergere le reti informatiche di scambio *peer-to-peer* alle esigenze delle Comunità energetiche è appunto la comune tendenza decentralizzante, nel senso sopra accennato, di cui esse sono espressione^[121]. In particolare, in una progressiva apertura del mercato dei servizi di dispacciamento anche alle c.d. «*unità di produzione non rilevanti*»^[122], si osserva come anche queste, rappresentate dai *prosumer* eventualmente organizzati in una Comunità energetica, possono prendere direttamente parte alle transazioni energetiche. A tal fine, l'attuale sistema centralizzato si mostra estremamente paralizzante, determinando una inefficiente e disincentivante intermediazione, in particolare per il ruolo ancora rivestito delle Autorità preposte, su tutte il GSE. Non può non rilevarsi come un approccio decentralizzato, basato su transazioni energetiche *peer-to-peer* supportate da una piattaforma *blockchain*, intercetti proprio quelle esigenze di speditezza, immediatezza e integrità che questo nuovo sistema di produzione e distribuzione energetica fondato sulla generazione distribuita intende soddisfare. Si va dunque verso una progressiva localizzazione

dei mercati, dettata da meccanismi volti a mantenere il difficile equilibrio tra energia consumata e quella immessa. In particolare, nel caso in cui il *prosumer* si trovi in una situazione di surplus dell'energia autoprodotta rispetto a quella necessaria per il proprio fabbisogno, questi, anziché immettere la stessa in rete in maniera infungibile e anonima, potrà decidere di “vendere” questa energia direttamente agli altri utenti bisognosi. Ciò che rende possibile queste operazioni, in assenza di una infrastruttura di rete capace di regolare in maniera bidirezionale e *smart* i flussi energetici^[123], è appunto una piattaforma virtuale nella quale gli utenti si relazionino in maniera diretta, da pari a pari (*peer to peer*, appunto). Attraverso un registro digitale capace di tenere memoria in maniera sicura e indelebile delle varie transazioni, le parti possono attribuire valore allo scambio mediante la generazione di un oggetto virtuale, un *token*^[124], capace di rappresentare l'effettiva quantità di energia che, fisicamente, viene immessa normalmente in rete, ma che virtualmente transita dalla disponibilità, patrimoniale e giuridica, del venditore a quella dell'acquirente. Attraverso un simile schema, perfettamente compatibile con le potenzialità offerte dalle tecnologie *Distributed Ledger* e *blockchain*, non diviene necessario che le parti dello scambio siano collegate da un cavo elettrico, entrando «*all'interno di un mercato locale nel quale tali scambi vengono organizzati attraverso protocolli di bilanciamento capaci di mantenere un reale equilibrio tra gli opposti flussi energetici*»^[125]. Non va altresì sottaciuta la questione attinente alle modalità di gestione del vero e proprio diluvio di dati che una crescente digitalizzazione dei sistemi energetici determina^[126]. In particolare, le già accennate prassi di “tokenizzazione” dei valori energetici fondano il loro presupposto essenziale nella capacità di funzionamento dei cosiddetti *smart meters*, (ossia di contatori “intelligenti”), a loro volta, essenziali per il funzionamento delle già citate *smart grid*^[127]. Attraverso l'accumulo di elementi che esprimono le abitudini energetiche degli utenti, infatti, è ben possibile riproporre l'annosa questione, propria del diritto della privacy, relativa alla legittimità del relativo trattamento e dei meccanismi di profilazione che ne derivano, incidendo in tal senso la normativa GDPR^[128] e la relativa evoluzione giurisprudenziale^[129].

5. Energie rinnovabili e innovazione tecnologica: quale ruolo per lo Stato?

Se è certamente vero, come si è da ultimo sostenuto, che la progressiva decentralizzazione e digitalizzazione dei sistemi di produzione energetica offre straordinarie opportunità di positiva evoluzione del settore, consentendo di garantire, da un lato, una convenienza sociale ed economica ai soggetti che decidono di trasformarsi in *prosumer* e, dall'altro, una rapida ed esponenziale sostituzione delle energie fossili in favore di quelle rinnovabili, non possono però sottacersi le evidenti criticità sottese al citato modello. Si pone, anzitutto, la necessità di comprendere la nuova veste da attribuire allo Stato il quale, in virtù del quadro di competenze derivante dall'art. 117 Cost. e la relativa esegesi giurisprudenziale (di cui si è ampiamente detto^[130]), resta comunque competente in via esclusiva della politica energetica nazionale. Centralità che non appare scalfita dalle tendenze comunitarie in tema di politica energetica le quali, pur fissando con crescente ambizione obiettivi di neutralità climatica e transizione energetica (come già avuto modo di approfondire^[131]), lascia ampi margini di manovra ai Governi nazionali in materia di programmazione dei propri mix energetici, con un modello di *governance* multilivello che, con non poca fatica, cerca di dare graduale attuazione al principio di solidarietà energetica comunitaria^[132]. A fronte di una tale apparente contraddizione, ossia di un impianto ordinamentale che ancora attribuisce grande centralità al ruolo dello Stato e un sistema economico-sociale “centrifugo” (per quanto a sua volta incentivato da norme nazionali e comunitarie, come già visto), ossia che tende a diffondersi in maniera capillare e distribuita, appare di estrema utilità affidarsi al ruolo guida rappresentato dal già citato Trilemma energetico^[133]. Questo, infatti, individuando le finalità di una corretta politica energetica – tra loro confliggenti e per questo problematiche da bilanciare – nella sicurezza, accessibilità e sostenibilità degli approvvigionamenti, altro non fa che stabilire i compiti inderogabili cui lo Stato, quale autorità centrale e competente in materia di scelte programmatiche nel settore di riferimento nonché preposto alla cura degli interessi della collettività, deve adempiere. Ed è proprio utilizzando questa “bussola” che è possibile cercare di tratteggiare i nuovi spazi riservati all'intervento pubblico, al fine di evitare negative torsioni dei fenomeni di

decentralizzazione e digitalizzazione del settore energetico.

Per quanto concerne il profilo della sostenibilità, alla luce enunciazioni di principio poste a livello internazionale e comunitario (di cui si è ampiamente detto^[134]), compito delle istituzioni pubbliche nazionali è quello di garantirne l'implementazione, orientando l'azione dei *players* coinvolti (aziende, persone giuridiche e fisiche nonché gli stessi enti pubblici) a pratiche volte ad un uso delle risorse che garantisca «*il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri*»^[135]. Un tale impegno, a prescindere della valenza etico-politica, risulta ancor più giuridicamente vincolante a seguito della recente riforma costituzionale^[136], (di cui si è già detto precedentemente^[137]) la quale ha previsto all'art. 9 della Costituzione un espresso riferimento alla tutela delle future generazioni, con una qualificazione dell'ambiente inteso come «*bene comune che risulta essere di primaria importanza per la vita sociale ed economica*»^[138]. A tal fine risulta essenziale il ruolo dei pubblici poteri ai quali è affidato, da un lato, il compito di stimolare l'iniziativa economica privata nell'orientarsi verso uno sviluppo sostenibile, ma dall'altro, approntare specifiche forme di programmazione e regolamentazione capaci di esprimerne una presenza diretta^[139]. Sul punto, un esempio di una tipologia di intervento nel senso indicato è rappresentato dalla regolamentazione comunitaria in materia di «*finanza sostenibile*»^[140]. Si è infatti prevista una fitta rete di obblighi in capo agli operatori del settore affinché certifichino e rendano pubblici in dati attinenti ai propri flussi di capitali, in modo da verificare la provenienza di un determinato prodotto finanziario, l'attività svolta della emittente e il suo livello di sostenibilità ambientale e sociale. In particolare, gli operatori del mercato, al fine di poter “misurare” il proprio livello di rispetto dei vincoli normativi a tal fine posti, hanno via via dato vita al fenomeno delle agenzie di rating ESG (acronimo di *Environmental, Social, Governance*, utilizzato per indicare i plurimi obiettivi posti in tal senso dalle varie normative in vigore) o “di sostenibilità” o “etico”^[141]. Tralasciando le criticità e i rischi connessi a queste attività di valutazione del grado di rispetto di determinati parametri affidata a soggetti privati^[142], ai fini che qui rilevano assume particolare interesse il *modus operandi* delle istituzioni europee e nazionali. La centralità è attribuita ad un meccanismo di certificazione funzionale ad una *disclosure* dei dati inerenti la sostenibilità o meno delle proprie

strategie. Proprio questa dimensione, abbinata ad una progressiva crescita di una sensibilità della cittadinanza ai temi della transizione energetica, può rappresentare la giusta strada, se applicata al settore energetico in generale, per conseguire gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas climalteranti. Il ruolo delle istituzioni pubbliche, dunque, non può rimanere circoscritto alla mera e asettica dimensione regolatoria, imponendo limiti da rispettare e standard cui conformarsi, ma deve giocare su una progressiva promozione di modelli di sviluppo sostenibili, potenziando i meccanismi di semplificazione amministrativa e di incentivi^[143] oltre che di certificazione reputazionale. Oltre a queste azioni, del cui corretto dispiegarsi è ovviamente responsabile lo Stato centrale, il ruolo delle istituzioni pubbliche risulta ulteriormente valorizzato a livello locale, *in primis* dai Comuni, anche per quel che concerne il conseguimento degli obiettivi di transizione ecologica delle fonti energetiche (come si è già visto^[144]). Nel sostenere, promuovere e valorizzare le esperienze di Comunità energetiche, gli Enti Locali interagiscono con i cittadini e le imprese in via paritetica e collaborativa, «*facendosi promotori della transizione verso forme di energia sostenibile attraverso la garanzia di certezza e stabilità del progetto che, in quanto attori pubblici, sono capaci di offrire*»^[145].

Per quanto attiene al tema della accessibilità economica degli approvvigionamenti, il modello delle Comunità energetiche e dell'autoproduzione appare rispondere anche a tali tipi di esigenze. In particolare, come già visto^[146], la possibilità per il *prosumer* di divenire utente attivo del mercato elettrico lascia intravedere inedite opportunità di conseguimento di utilità economiche e sociali. Ma più che le marginalità dirette, comunque non insignificanti, la vera svolta appare risiedere nella “comunitarizzazione” della produzione energetica attraverso la generazione di forme di consapevolezza collettiva capaci di attivare fenomeni di inclusione. Soluzioni di questo tipo, caratterizzate da una forte presenza pubblica mediante il ruolo di impulso degli Enti territoriali, consentirebbe di creare uno strumentario idoneo a mitigare le condizioni di «*povertà energetica*»^[147] sempre più diffuse. La stipula di protocolli di intesa tra la Comunità e le istituzioni di governo locale consentirebbe, ad esempio, di raggiungere queste posizioni di maggiore marginalità sociale ed economica, oltre ad offrire opportunità di generazione energetica in punti geograficamente ostici da raggiungere attraverso le tradizionali reti di

trasmissione. Si assiste, in definitiva, al «*passaggio da un approccio individuale ad uno collaborativo*»^[148], che valorizza a pieno la prossimità e la sussidiarietà degli interventi pubblici.

Proseguendo nel ragionamento relativo all’impatto della “decentralizzazione” sui poli del Trilemma energetico, in tema di sicurezza energetica si assiste probabilmente alla evoluzione più profonda. In particolare, l’effetto dirompente impresso dalle tecnologie digitali a questo nuovo modello di generazione energetica decentralizzata determina la nascita di nuovi rischi, principalmente connessi all’ecosistema digitale nel quale questi vengono implementati. Infatti, dalla tradizionale nozione di “sicurezza energetica”^[149] – intesa quale «*gestione efficace dell’approvvigionamento da fonti interne ed esterne, affidabilità delle infrastrutture e capacità dei fornitori di soddisfare la domanda attuale e futura*»^[150] – si passa a quella di “sicurezza informatica”. Sul punto, deve sottolinearsi con forza, all’interno del mutato quadro, la necessità di garantire resilienza ed integrità dei sistemi informatici. Come per tutti i settori delle società contemporanee^[151], questa rappresenta una delle principali sfide per i poteri pubblici. Oltre al già citato fenomeno di riorganizzazione del sistema di scambi energetici mediante piattaforme *blockchain*, non può ignorarsi la progressiva informatizzazione delle tradizionali centrali di produzione e degli impianti elettrici domestici. La remotizzazione delle infrastrutture e degli impianti di distribuzione li rende però vulnerabili da attacchi *hacker*^[152], con il rischio della compromissione tanto dei sistemi *hardware e software* quanto della programmazione e disponibilità dei flussi energetici. Rispetto al fenomeno delle Comunità energetiche, l’uso delle tecnologie digitali, specie quelle di tipo *Distributed Ledger* nelle transazioni energetiche tra utenti e delle infrastrutture *smart* ed interconnesse, pone altresì il tema della gestione del diluvio di dati generati ed immagazzinati^[153]. A fronte di queste sfide, il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni, centrali e periferiche, diviene cruciale. Sarà necessario, da questa prospettiva, garantire le condizioni di sicurezza informatica richieste dagli utenti, siano essi persone fisiche che imprese.

6. Conclusioni

In conclusione, il descritto quadro consente di riconsiderare la posizione dei

pubblici poteri nella gestione del processo di transizione energetica e di progressivo consolidamento della centralità delle fonti di energia rinnovabile. In primo luogo, resta immutato e costante il ruolo dello Stato centrale nel dettare le linee programmatiche e strategiche, tanto alla luce delle attribuzioni di competenze legislative previste dall'art. 117 Cost., quanto come interlocutore diretto delle istituzioni comunitarie ed internazionale che attribuiscono al tema della sostenibilità preminente rilevanza, come si è visto. La posizione assolutamente inedita, dunque ancora oggetto di mutevole definizione, risulta essere quella rivestita dalle istituzioni pubbliche rispetto alle crescenti forme di aggregazione sociale che proprio sull'autoproduzione e consumo dell'energia fondano la loro ragion d'essere, quali le Comunità energetiche. Tale rapporto, infatti, appare strutturalmente destinato a ricadere in quel principio di leale collaborazione che vede nella sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118 della Costituzione, il principale paradigma. Resta, quindi, la necessaria posizione di interlocuzione che le istituzioni pubbliche, tra le quali spicca il ruolo degli Enti Locali, devono intrattenere nei confronti di questa nuova categoria proattiva di soggetti privati, al fine di mantenere ferma e stabile la tutela dei diritti e il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità. Il raggiungimento di tali scopi non può che passare per un'azione sinergica e coordinata tra settore pubblico e privato, capace di produrre effetti benefici tanto per l'uno quanto per l'altro. L'impatto decentralizzante, in definitiva, "ammorbisce" la posizione delle istituzioni pubbliche, le quali assumono maggiormente il ruolo di "controparte" in luogo della tradizionale veste dirigitica e unilaterale, per questo imponendosi un deciso cambio di paradigma non solo nella regolamentazione dei suddetti rapporti, quanto nella mentalità di chi è chiamato a determinare l'azione dei pubblici poteri.

1. Si pensi al ruolo ad esso riservato dalla disciplina in materia di investimenti esteri in settori strategici, che sin dalle sue prime manifestazioni ha da sempre avuto la necessità di tutelare, tra gli altri, il settore dell'energia. Per un approfondimento sulla disciplina specifica del *golden power* e per la sua evoluzione normativa si vedano, tra i tanti, R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti stranieri* in *federalismi.it*, 17, 2019; G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power* in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2019; G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale* in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2019; R.

- Spagnuolo Vigorita, *Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*, in *CERIDAP*, 1, 2021.
2. L. Dell'Agli, *L'accesso all'energia elettrica come diritto umano fondamentale per la dignità della persona* in *Riv. Giur. Amb.*, 5, 2007, pp. 713 ss.
 3. R.J. Heffron, *L'energia attraverso il diritto*, (Ed. italiana a cura di L.M. Pepe), Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 20.
 4. Sulle argomentazioni a sostegno di tale previsione si veda il *BP Energy Outlook 2030*, Londra, 2012.
 5. Sull'interconnessione tra dinamiche energetiche e innovazione tecnologica si veda G.D. Comporti, S. Lucattini (a cura di), *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 15.
 6. *Infra par. 5.*
 7. Trattasi delle c.d. "Tecnologie a Registro Distribuito", ossia di forme di interscambio dati basate su piattaforme nelle quali tutte le parti comunicanti (i nodi) sono in grado di operare iscrivendo informazioni in condizioni di perfetta parità (*peer-to-peer*), garantendo la sicurezza ed integrità del dato attraverso sistemi di crittografia e algoritmi di consenso alla circolazione e all'ingresso degli stessi nel registro. Nell'ambito di tale famiglia, rientra il sistema Blockchain, (c.d. "catena di blocchi"), le quali si caratterizzano per la peculiarità di attribuire a tale registro la capacità di effettuare transazioni tra i nodi e di attribuire valore ai blocchi di prodotti dal sistema di consenso, (si veda il fenomeno Bitcoin, esempio più famoso di tale applicazione). Per un approfondimento si veda il *white paper* del suo fondatore, S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, in *bitcoin.org*, 2008. Per le particolari implicazioni giuridiche del fenomeno, come si avrà modo di sviluppare in seguito, la dottrina ha ormai da tempo mostrato particolare interesse. Tra i tanti, si vedano, M. Giuliano, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio*, in *Dir. inform.*, 6, 2018, p. 989; A.M. Gambino, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inform.*, 1, 2019, p. 619; F. Faini, *Blockchain e diritto: la "catena del valore" tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2020, p. 297; F. Sarzana di S. Ippolito, M. Nicotra, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e Iot*, Wolters Kluwer, Roma, 2018.
 8. C. Battiato, *Profili costituzionali delle fonti energetiche rinnovabili*, Pisa, 2017, p. 13.
 9. Come si svilupperà ampliamento in seguito (si veda par. 5.), a fronte del progressivo e crescente impatto dell'uso delle tecnologie digitali nella strutturazione dei sistemi di produzione di energia c.d. "decentralizzati" e delle relative infrastrutture di rete, il canone della sicurezza andrà necessariamente declinato anche sul versante informatico, attribuendo centrale importanza alle questioni legate alla cybersicurezza e alla integrità delle componenti software ed hardware destinate a governare questi sistemi. Si veda sul punto, P. D'Ermo, A. Rosso, *La transizione energetica tra de-carbonizzazione, decentralizzazione e digitalizzazione*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 97.
 10. Il *World Energy Council* è un forum internazionale, a-governativo e transnazionale che

promuove politiche e azioni finalizzate alla sensibilizzazione e attuazione concreta di iniziative volte dare impulsi ai processi pubblici e privati di transizione verso fonti di energia sostenibili.

11. P. D'Ermo, A. Rosso, *La transizione energetica tra de-carbonizzazione, decentralizzazione e digitalizzazione*, op. cit., p. 9.
12. Sul punto si veda R.J. Heffron, *L'energia attraverso il diritto*, op. cit., p. 130, secondo il quale il diritto dell'energia ha come principale campo di indagine «*la distribuzione di diritti e doveri riguardanti lo sfruttamento di tutte le risorse energetiche tra gli individui, tra gli individui e il Governo, tra i Governi e tra gli Stati*».
13. G. Guarino, *L'elettricità e lo Stato in Atomo, Petrolio, Elettricità*, 1961, pp. 95 ss.
14. G. Lo Sapio, *Energia: profili costituzionali, funzione regolatoria e modelli di controllo*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, op. cit. Per una panoramica generale sui processi di "giuridificazione" si veda, su tutti, B. Marchetti, M. Renna, *Il diritto amministrativo nel tempo post-moderno. I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in *Giur. It.*, 12, 2017, pp. 2766 e ss.
15. Tra i principali contributi si vedano M.S. Giannini, *Riflessioni su energia ed ambiente*, in *Rass. giur. dell'energia elettrica*, 1987, p. 631; G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Speciale*, Tomo III, II Ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 2189-2264; N. Aicardi, *Energia*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte Speciale*, Tomo II, II Ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1007-1073.
16. B. Marchetti, M. Renna, *Il diritto amministrativo nel tempo post-moderno. I processi di giuridificazione*, op. cit., p. 2834.
17. Per una panoramica di tale tradizionale impostazione, di cui sono espressione le impostazioni offerte dalla normativa penalistica (art. 624 co. 2 c.p.) e civilistica (art. 814 c.c.), si veda B. Marchetti, M. Renna, *Il diritto amministrativo nel tempo post-moderno. I processi di giuridificazione*, op. cit., p. 2800.
18. Per un'analisi della disposizione costituzionale, cfr. *ex multis*, A. Predieri, voce *Collettivizzazione*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1960, p. 393; M. Carabba, voce *Nazionalizzazione nell'ordinamento italiano*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 103.
19. Questa rappresenta il vero perno della sezione della Carta dedicata ai rapporti economici, ossia il Titolo terzo della Parte prima. Dalla lettura di questa norma, infatti, si denota sin da subito la sua ispirazione derivante da una scelta di politica economica "mista", poiché è attenta tanto alle esigenze di carattere sociale quanto a quelle individualistiche. Si nota infatti la vocazione liberale del primo comma quando dice «*L'iniziativa economica privata è libera*». Si riconosce, quindi, una posizione soggettiva giuridica al cittadino-individuo. Al contempo, questa libertà individuale si vede circoscritta entro precisi limiti posti dall'autorità pubblica, come si evince dal secondo comma «*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*», e dal terzo comma «*La legge determina i programmi e i controlli opportuni*

perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Per una trattazione delle numerose questioni poste dalla suddetta norma, nonché del dibattito in sede di Assemblea Costituente, si vedano, tra i tanti, M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, pp. 374 ss; G. Amato, *Il mercato nella costituzione*, in *La Costituzione economica*, Padova, 1997; L. Gianniti, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"* in *Dir. pubbl.*, 3, 2000, pp. 919 ss.; F. Galgano, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982; C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 37.

20. Per un approfondimento della nozione di servizio pubblico, e delle contrapposte concezioni della stessa che ne sono offerte, in particolare quella oggettiva e quella soggettiva e per una ricostruzione del relativo dibattito si veda S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 355 ss.; per una trattazione generale si vedano, tra i tanti, S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, Roma, 2004; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 2007; D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 1 ss.; E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino 2010; F. Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Edizioni ETS, Pisa, 2012.
21. Per una lettura in tal senso dell'art. 43 Cost. si veda F. Galgano, *Sub art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, p. 193.
22. Sul periodo di nazionalizzazione del settore dell'energia si vedano anche G. Guarino, *L'elettricità e lo Stato*, op. cit. 95 ss.; C. Lavagna, *Il trasferimento all'Enel delle imprese elettriche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965; F. Di Sabato, *Espropriazione di azienda e nazionalizzazione delle imprese elettriche*, Napoli, 1974; Per un inquadramento dei rapporti tra Stato ed economia così come delineati alla luce dell'art. 43 Cost. si vedano, tra i tanti, V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 324; G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 12 ss.; A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica, Torino, 2006, pp. 303 ss.; E. Di Carpegna Brivio, *Stato ed economia di mercato. La via italiana per la ricostruzione postbellica tra giudizio storico e seduzioni contemporanee*, in *federalismi.it*, 21, 2020, pp. 151 ss.; F. Scuoto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *federalismi.it*, 4, 2022, pp. 916 ss.
23. Sulla paternità della formula, si veda G. Amato, *Il governo dell'industria in Italia*, il Mulino, Bologna, 1970, pp. 150 ss.
24. M. Libertini, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal Codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e Credito*, 68, pp. 365-385. Per una trattazione del principio di libera concorrenza nell'ordinamento italiano si vedano, tra i tanti, E. Lanza, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e*

limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2016, pp. 89 ss.; B. Caravita, *I fondamenti costituzionali della concorrenza* in *federalismi.it*, 2017; S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, RomaTre-Press, Roma, 2019.

25. Per un inquadramento generale della rilevanza giuridica dell'ambiente e della centralità ad esso attribuito in sede comunitaria si vedano, tra i tanti, S. Annibale, *I principi relativi alla tutela ambientale*, in *Dir. Giur. Agr. Alim. Amb.*, 4, 1996, p. 218; D. Amirante, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema adattivo, complesso, comune*, Torino, 2007; M. Cafagno, D. D'Orsognona, F. Fracchia, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Dir. e proc. amm.*, 3, 2018, p. 713; A.C. Amato Mangiameli, *La tutela dell'ambiente in Europa. Dai presupposti teorici, al diritto e ai principi*, in *Riv. fil. Dir.*, 2, 2018, p. 334.
26. Tra i primissimi momenti nei quali veniva attribuita importanza, seppur mediante una veste pattizia di diritto internazionale, vanno menzionati la Convenzione di Stoccolma del 1972, la Convenzione di Rio de Janeiro del 1992, quella di Helsinki del 1992 e di New York dello stesso anno e, da ultimo, gli Accordi di Parigi del 2015. Questi ultimi, in particolare, per la prima volta hanno posto dei target volti al contenimento del *global warming* entro 1,5 gradi centigradi tramite politiche energetiche aggressive, incluso l'aumento dei prezzi dell'energia da fonti fossili per accelerare investimenti *green*. Per una ricostruzione organica sotto il profilo internazionalistico si veda S. Quadri, *Energia sostenibile. Diritto internazionale, dell'Unione Europea e interno*, Torino, 2012, pp. 46 ss.
27. Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia a D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 106; V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2002, pp. 212 ss.; G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, pp. 581 ss.; P. Fois, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
28. Sul tema dell'equità intergenerazionale si veda R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità generazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2008; D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, op. cit., pp. 142 ss.; T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1, 2016.
29. Tra le prime autorevoli considerazioni su tale complesso bilanciamento si veda M.S. Giannini, *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, in *Rass. giur. ENEL*, 1987, pp. 631 ss.
30. Trattasi evidentemente delle versioni risultanti dalle revisioni dei Trattati istitutivi emerse dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, il quale ha recepito gli impulsi internazionali in materia di sostenibilità energetica e ha consolidato tali principi in plurimi punti delle leggi fondamentali europee. Sul punto si veda G. Tesauro, *Manuale di*

- Diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 12.
31. M. Francaviglia, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *federalismi.it*, 19/20, 2022, p. 56.
 32. Si veda *supra* par. 1.
 33. B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 55.
 34. La ricostruzione dell'ambiente come "valore" costituzionale si è definitivamente affermata dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 3/2001. La Corte Cost., sent. 10-26 luglio 2002, n. 407 ha precisato che la tutela dell'ambiente corrisponde ad un «*valore trasversale che investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze*». Sul punto, si veda B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, op. cit., p. 189. Per una trattazione generale dell'art. 9 della Costituzione prima della riforma si vedano, tra i tanti, P. Maddalena, *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente e Sviluppo*, 6, 2007, p. 478; M. Cecchetti, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, in *DPERonline*, 1, 2020; S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 3, 2017, pp. 29 ss..
 35. La l. cost. n. 1/2022 (Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente), pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022, ha posto, sia per il merito che per il metodo, numerose questioni problematiche che hanno attratto particolare attenzione in dottrina. Sul punto si vedano G. Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, su *Senato.it*; D. Porena, *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *federalismi.it*, 14, 2020; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 16, 2021, p. 185; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, pp. 467 ss.; Y. Guerra, R. Mazza, *La proposta di modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021; A. Lauro, *Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e non-detti di un principio di origine giurisprudenziale*, in *BioLaw Journal*, 2, 2022; R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 4, 2022, p. 3; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria ?*, in *federalismi.it*, 13, 2022; L. Casseti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?* in *federalismi.it*, 4, 2022, p. 200; D. Porena, «*Anche nell'interesse delle generazioni future*». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione* in *federalismi.it*, 15, 2022, p. 121; L. Bartolucci, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022; M. Cecchetti,

- La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021.
36. Su tutti G. Marcatajo, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2022, p. 2.
37. F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 2022.
38. Cons. St., 23 settembre 2022, n. 8167. Per un commento della stessa nel senso accennato si veda F. Cusano, *Il Consiglio di Stato torna sul trilemma energia-ambiente-beni paesaggistico-culturali*, in *Riv. Giur. Amb.*, 37, 2022.
39. F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, pp. 779 ss. Sul punto si veda anche A. Moliterni, *Il Ministero della Transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2021, pp. 439 ss.;
40. Per un'analisi del complesso rapporto di concorrenza di questa specifica potestà legislativa si vedano, tra i tanti, A. D'Antena, *Legislazione concorrente, poteri impliciti e delega per la formulazione dei principi fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003; S. Musolino, *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2007; A. Ruggeri, C. Salazar, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici d'interpretazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Jovene Editore, Napoli, 2004, pp. 1967; R. Bin , *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1445;
41. B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, op. cit., pp. 70 ss. In generale si veda A. Zuccaro, *I limiti regionali alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili tra oscillazioni giurisprudenziali ed incertezze normative*, in *Foro amm. C.d.S.*, XII, 2, 2013, p. 586.
42. Sul ruolo della Corte Costituzionale sul tema si veda in generale P. Lombardi, *Corte costituzionale e autorizzazione degli impianti di energia eolica: concezione assolutizzante del paesaggio o ponderazione di interessi?*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 4, 2009, p. 1475.
43. Tra queste si citano, in particolare, Corte Cost., sent. n. 303 del 2003 e n. 383 del 2005. Per una trattazione specifica si veda E. Di Salvatore, *La materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia"*, op. cit.
44. P. Pulsoni, *La Trasversalità dei principi fondamentali della materia "produzione, trasporto e distribuzione dell'energia" (commento della sentenza della Corte Costituzionale n. 119 del 2014)*, in *federalismi.it*, 8, 2014.
45. Corte Cost., sent. 14 ottobre 2005, n. 383.
46. P. Pulsoni, *La Trasversalità dei principi fondamentali della materia "produzione, trasporto e distribuzione dell'energia"*, op. cit., 6.
47. Corte Cost., sent. 26 gennaio 2011, n. 33.
48. Si veda *infra* par. 3.1.

49. Per un approfondimento tecnico sulle varie tecnologie capaci di generare energia da fonti rinnovabili si veda GSE, *Le energie rinnovabili*, Roma, 2012. Ancora, per una compiuta descrizione delle singole fonti energetiche rinnovabili, degli impianti e del loro effettivo utilizzo si veda, tra i tanti, T. Cinti, *I quaderni della formazione ambientale – Energia e radiazioni*, APAT, 2006 e GSE, *Rapporto statistico 2010, impianti da fonti rinnovabili*. Per un inquadramento giuridico generale del settore si vedano A. Massone, *La (difficile) convivenza tra governo del territorio, tutela dell'ambiente e produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, in *Foro amm. T.A.R.*, 3, 2009, p. 654; G. Napolitano, *Energie rinnovabili: un problema di "governance"*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 285.
50. M.T. Rizzo, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2014, pp. 1136 ss.
51. Per un approfondimento statistico in materia si veda GSE, *La valutazione delle ricadute economiche e occupazionali dello sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili in Italia - Unità Studi, Statistiche e Sostenibilità*, 11 luglio 2016.
52. Per una accurata trattazione si veda S. Nisi, *La trasformazione del settore energetico: i processi di policy making tra strategie e nuovi target*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, op. cit., pp. 69 ss.
53. Va infatti rilevato che l'ultimo documento di programmazione strategica risaliva al lontano Piano Energetico Nazionale del 1988, elaborato a valle della consultazione referendaria che sancì l'abbandono della produzione da fonte nucleare, che individuava una serie di obiettivi per orientare l'evoluzione energetica del Paese entro l'anno 2000. In particolare, si guardava alla necessità di sviluppare un mix energetico in grado di ridurre la dipendenza dall'estero. Sul punto si veda D. Tabarelli, *Strategia o mercato nell'energia in Italia*, Milano, 2017.
54. V. *infra* parr. 3 ss.
55. Comunicazione della Commissione COM (2015) 80 final, Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici. Tale intervento, specificatosi poi con ulteriori atti normativi dell'Unione Europea, si articola su cinque dimensioni di intervento quali: la sicurezza energetica, solidarietà e fiducia; un piano di integrazione del mercato europeo dell'energia; l'efficienza energetica per contenere la domanda; la decarbonizzazione dell'economia; ricerca, innovazione e competitività.
56. Che nella originaria formulazione del *Winter Package* del 32% al 2030 dovrebbe raggiungere, secondo le nuove indicazioni recentemente allo stadio di trattativa in sede di istituzioni europee, il 42,5 %.
57. Sul funzionamento di tale meccanismo si veda L. Ammannati, *La transizione energetica nell'Unione Europea e il nuovo modello di governance*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, op. cit., pp. 11 ss.
58. Per un'attenta analisi delle condizioni politico-normative che hanno portato all'attuazione

- del programma *Next Generation EU*, nella cui cornice ha avuto poi origine il PNRR italiano, si vedano E. Bressanelli, L. Quaglia, *La genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo ?*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, 2021, pp. 353 ss.; L. Bertolucci, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, pp. 154 ss.; A. Martinelli, *La risposta dell'Unione Europea alla pandemia Covid-19*, in *Quad. scien. pol.*, 2021, pp. 199 ss.
59. Per una disamina specifica del PNRR italiano, oltre alla documentazione ufficiale, si rinvia a A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo" ?* in *federalismi.it*, 2021, pp. 235 ss.; G. De Minico, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, pp. 113 ss.; M. Guidi, M. Moschella, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza; dal governo Conte II al governo Draghi*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, 2021, pp. 405 ss.; S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia domani"*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2021, pp. 198 ss.; M. Clarich, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corriere giuridico*, 2021, pp. 1025 ss.; D. De Lungo, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2022, pp. 34 ss.
60. V. *infra* par. 3.2.
61. Per una trattazione generale si vedano F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 187 ss.; R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Diritto e Società*, 4, 2006, pp. 507 ss.
62. Art. 1, co. 1, lett. a) del d.lgs. 387/2001.
63. Tale paradigma autorizzatorio, specificamente previsto per la realizzazione e successiva messa in esercizio di impianti con potenza superiore a 300 MW, va a completare un quadro complessivo composto da altri due procedimenti autorizzatori, quali la procedura abilitativa semplificata (PAS) di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011, che opera per la realizzazione di impianti ritenuti poco invasivi sotto il profilo paesaggistico-territoriale poiché al di sotto di determinate dimensioni o rispondenti a determinate caratteristiche tecniche, e la comunicazione per le attività di edilizia libera opera invece nei casi stabiliti dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 e dagli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. n. 28/2011 quali, a titolo esemplificativo, gli interventi di installazione di impianti solari termici. Per un inquadramento generale si vedano A. Farì, *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in *astridonline.it*, 4; M. Bucello, S. Viola, *Vizi (di legittimità) e virtù dei procedimenti autorizzativi di impianti da fonti rinnovabili*, in *Ambiente e Sviluppo*, 10, 2007; C. Manna (a cura di), *Lo sviluppo delle rinnovabili in Italia tra necessità e opportunità*, Enea, Roma, 2005;
64. In materia di conferenza di servizi, sulle sue evoluzioni normative e sulle criticità

- procedimentali la letteratura è sterminata, si citano tra i tanti F. Torchia, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, pp. 675 ss.; L. De Lucia, F. Luciani, *Contributo allo studio della conferenza di servizi decisoria*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998; G.F. Cartei, *Servizi (conferenza di)* in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, pp. 74 ss.; D. D'Orsogna, F. Degni, *Art. 14, 14-bis, 14-quater e 14-quinquies* in N. Polantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 304 ss.; G. Cucuzza, *La decisione plurale in conferenza dei servizi*, Napoli, 2012; F. Gambardella, *Il superamento della dimensione negoziale della conferenza di servizi decisoria: dalla riforma Madia alla recente legislazione emergenziale*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo, aspetti di una trasformazione tentata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
65. Si veda sul punto l'art. 6 della citata Direttiva.
 66. *Analysis of Barriers for the Development of Electricity Generation from renewable energy source in the UE*, OPTRES (D8 report), Utrecht, 2006.
 67. Sul punto si è soliti parlare del fenomeno NIMBY (inglese per *Not In My Back Yard*, "Non nel mio cortile").
 68. In materia di *smart grid* si veda infra parr. 4 e 5.
 69. D. Ardolino, *Produzione di energia da fonti rinnovabili: barriere amministrative e sociali e misure di compensazione*, in G. De Maio (a cura di) *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 190.
 70. C. Battiato, *Profili costituzionali delle fonti energetiche rinnovabili*, Pisa, 2017, p. 204.
 71. Secondo il Rapporto di Legambiente, *Scacco matto alle rinnovabili. Tutta la burocrazia che blocca lo sviluppo delle rinnovabili favorendo gas e finte soluzioni*, 2021, l'Italia con 0,8 GW di potenza media annua installata nel periodo di riferimento (2013-2020) vedrebbe raggiunti gli obiettivi non prima del 2100.
 72. Cfr. ad esempio Corte Cost., sent. 11 giugno 2014, n. 166, con nota di L. Corti, *Localizzazione di impianti per la produzione di energia (da fonti rinnovabili e non): rapporti fra leggi dello Stato e leggi regionali*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2014, 6, 734 ss. Si vedano altresì le più recenti Corte Cost., sent. 13 maggio 2022, n. 121; Id., sent. 20 gennaio 2022, n. 11; Id., sent. 5 giugno 2020, n. 106.
 73. Sulla riserva di procedimento amministrativo si vedano, tra i tanti, G. Morbidelli, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 675 ss.; L. De Lucia, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 4, 2005; P. Mezzanotte, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2010; A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012; R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 3, 2017; P. Cerbo, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2020, pp. 105 ss.; G. Napolitano, *Il procedimento*

- amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2021; G. Gargano, *La riserva di procedimento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.
74. Sul punto si segnala la già menzionata recentissima Corte Cost., sent. 13 settembre 2022, n. 221 in materia di procedimento di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, che dichiara incostituzionale la normativa introdotta dalla regione Lazio perché derogatoria di quella statale in materia di produzione da fonti rinnovabili, esprimendo quest'ultima (in particolare il procedimento unico ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003) un principio fondamentale, ex art. 117 Cost, in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Si legge infatti che il procedimento unico è «*funzionale al raggiungimento degli obiettivi di massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili sancito dalla normativa europea ed è volto a bilanciare l'esigenza di potenziare le fonti rinnovabili con quella di tutelare il territorio nella dimensione paesaggistica, storico-culturale e della biodiversità*» (p.to 7.1).
75. Corte Cost., sent. 5 aprile 2018, n. 69.
76. Sotto questo profilo occorre segnalare che l'articolo 26 della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (entrata in vigore nell'agosto 2022) ha delegato il Governo all'adozione entro un anno di uno o più decreti legislativi per la semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di fonti energetiche rinnovabili e la riduzione degli oneri regolatori a carico dei cittadini e delle imprese
77. B. Tonoletti, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di) *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese. Atti del Convegno annuale di AIDEN*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, pp. 90 ss.; S. Spuntarelli, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, p. 17.
78. Sul punto si vedano E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 335; M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in G. Sciuillo (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna University Press, Bologna, 2008; nonché G. Rossi, *Diritto dell'Ambiente, Parte Generale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 62 ss.
79. Sul tema, tra i moltissimi, M. Allena, *I mercati artificiali dei certificati verdi e bianchi*, in F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *Climate change: la risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, Milano, 2010, pp. 207 ss.; B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Giuffrè, Milano, 2009; P. D. Farah, E. Cima, *L'energia nel contesto degli accordi dell'OMC: sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche Opec di controllo dei prezzi*, in *Dir. comm. int.*, 2013, pp. 343 ss.; M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Amministrazionecinammino.it*, 2014.

80. Questione a cui il Legislatore dimostra di tenere particolarmente, alla luce del disposto di cui all'art. 4, co. 2, lett. c) del d.lgs. 199/2021, il quale stabilis'e che «*i regimi di sostegno sono adottati conformemente alla disciplina dell'Unione in materia di aiuti di Stato*».
81. Dato che trova ancor più conforto nella prospettiva costituzionale, specie se si guarda all'art. 41 della Costituzione. Sul punto di veda M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Roma, 1983, pp. 223.
82. Per una disamina dei complessi intrecci tra disciplina nazionale e comunitaria in materia di libera concorrenza si vedano F. Donati, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione Europea*, in *Rivista di regolazione dei mercati*, 1, 2020, pp. 13 e A. Auletta, *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 182 ss.
83. F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2022, p. 91.
84. D. Ardolino, *Produzione di energia da fonti rinnovabili: barriere amministrative e sociali e misure di compensazione*, op. cit., p. 132;
85. Trattasi di una società per azioni interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, nata nell'ambito del processo di liberalizzazione del settore elettrico, che, ai sensi dell'art. 4 dello Statuto societario, esercita «*funzioni di natura pubblicistica del settore elettrico e in particolare delle attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativi al settore dell'energia elettrica*», svolgendo anche compiti di «*promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare*». Per una più approfondita disamina si veda S.M. Sambri, A. Muollo, *Il GSE e il GME. Natura giuridica, funzioni, organizzazioni, tutela giurisdizionale*, in E. Picozza, S.M. Sambri (a cura di), *Il Diritto dell'Energia, Trattato di Diritto dell'economia*, Cedam, Milano, 2015, pp. 165 ss.
86. A. Coiante, *I poteri del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile: stato dell'arte e persistenti complessità*, in *federalismi.it*, 17, 2022, p. 6.
87. Per un generale inquadramento del principio del legittimo affidamento tra ordinamento interno e comunitario si vedano, tra i tanti, F. Maganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1980; F. Merusi, *Napolifede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; M. Gigante, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. soc.*, 5, 2009, p. 403; A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016. In tema di legittimo affidamento sulla specifica questione degli incentivi alle rinnovabili si vedano F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Dir. econ.*, 1, 2019, pp. 229 ss.; A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza*

- amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016, pp. 6 ss.; G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista dell'AIC*, 2012.
88. A. Coiante, *I poteri del GSE*, op. cit., 12.
 89. Questa la ricostruzione maggiormente accreditata, introdotta per primo da A. Toffler, *The third wave*, William Morrow & Company, Inc., New York, 1980. Per ulteriori approfondimenti dottrinali, M. Maugeri, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dai "prosumer" ai "consumatori" e ai "clienti finali"*, in *NGCC*, 2, 2015, pp. 406 ss.
 90. Per una attenta ricostruzione terminologica della suddetta espressione di veda R.J. Heffron, *L'energia attraverso il diritto*, op. cit., p. 185.
 91. Delibera ARERA 18 maggio 2012, 188/2012/E/com e successive modifiche.
 92. G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata*, op. cit., p. 174.
 93. Per un inquadramento preliminare sulle Comunità Energetiche si vedano M. Bolognesi, A. Magnaghi, *Verso le comunità energetiche in Scienze del territorio*, special issue "Abitare il territorio al tempo del Covid", 2020; E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2020, p. 71; C. Candelise, G. Ruggieri, *Status and Evolution of the Community Energy Sector in Italy*, in *Energies*, 13, 2020; V. Pepe, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli, giuridici di sviluppo sostenibile*, in *Riv. Giur. Amb.*, 3, 2022; L. De Santoli, *Le comunità dell'energia*, *Quodlibet*, 2011; R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi.it*, 4, 2022, pp. 603 ss.; C. Mari, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *federalismi.it*, 29, 2022, p. 111; C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in *Dir. soc.*, 4, 2022; L. Giani, G. Iacovone, A. Iacopino, *Commoning e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, in *Dir. soc.*, 4, 2022; A. Aquili, *Comunità energetiche: l'evoluzione del quadro regolatorio europeo e italiano*, in *Dir. soc.*, 4, 2022.
 94. Definizione questa accolta dal Piano per la Transizione Ecologica, documento di programmazione attuativo delle linee programmatiche del già citato PNRR, approvato l'8 marzo 2022 dal Comitato Interministeriale per la Transizione ecologica.
 95. V. *infra* parr. 4.1. e 5.
 96. T. Favaro, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, Cedam, Padova, 2020, p. 115.
 97. Si veda sul tema R. Piselli, *Le comunità energetiche tra pubblico e privato: un modello organizzativo transtipico*, in *Dir. soc.*, 4, 2022.
 98. Il c.d. "PPP" ("Partenariato Pubblico-Privato") viene definito dall'art. 3, co. 1, lett. eee, del d.lgs. n. 50/2016 come «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale l'amministrazione conferisce a uno o più operatori un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio

della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione del rischio da parte dello stesso operatore». Per una più diffusa trattazione di questa specifica forma di collaborazione tra pubblico e privato si veda, tra i tanti, R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 76; M. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, Napoli, 2010; S. Amorosino, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato per le infrastrutture e le trasformazioni urbanistiche*, in *Riv. trim. appalti*, 2, 2011, p. 381; M. Rutigliano, L. Faccincani, *Project finance nel partenariato pubblico-privato e valutazione del piano economico finanziario*, in *Riv. Dottori comm.*, 1, 2012, p. 127; C. P. Santacroce, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in tema di appalti e concessioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, p. 17; P. De Luca, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. unione eur.*, 2013, p. 381; B. Giliberti, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1, 2011, p. 200.

99. In materia di principio di sussidiarietà e del ruolo dell'iniziativa privata si veda G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, p. 5; L. Grimaldi, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006; C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005; F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 15. Sull'applicazione dello stesso alla materia ambientale e alle Comunità energetiche si vedano A. Farì, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 3, 2015, pp. 23 ss.; S. Quadri, *La componente "inclusiva" dello sviluppo sostenibile nella nuova governance europea dell'energia: le comunità energetiche*, in *Dir. soc.*, 4, 2022.
100. Per una specifica trattazione si veda D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 145 ss.
101. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 232 ss.
102. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, op. cit., p. 242.
103. R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities*, op. cit., p. 628.
104. Trattasi di una iniziativa spontanea nata nel 2008 sotto l'egida della Commissione europea. Questa presuppone la volontaria adesione dei partecipanti, mirando a raggruppare e orientare una rete di istituzioni locali al conseguimento di obiettivi di riduzione di emissioni di CO2 e alla elaborazione di approcci urbani integrati idonei a garantire efficientamento energetico e pratiche ecosostenibili, riassunte nella Dichiarazione di impegno oggetto del Patto. Da un punto di vista procedimentale, alla sottoscrizione del Patto segue poi la redazione da parte dell'Ente locale firmatario del Piano d'Azione per l'Energia Sostenibile e il Clima, all'interno del quale si illustrano le iniziative concrete che il Comune intende metter in campo per conseguire gli obiettivi del Patto. Per una trattazione specifica dell'iniziativa si vedano E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 4, 2015, pp. 1267; G. De Maio, *Cambiamento climatico ed*

- energia rinnovabile decentrata*, op. cit., p. 166.
105. Il riferimento è sia alla Direttiva UE) 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, recepita in Italia dal d.lgs. 10 giugno 2020, n. 148, sia alla recentissima Direttiva sull'efficienza energetica formalmente approvata nel luglio 2023.
 106. Per una diffusa trattazione in termini giuridici di queste realtà di vedano, F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *federalismi.it*, 22, 2015; A. Pensi, *L'inquadramento giuridico delle «città intelligenti»*, in *GiustAmm.it.*, 9, 2015, p. 1; F. Gaspari, *Smart City, Agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; T. Favaro, *Verso la «smart cities»: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 2020; F. Gaspari, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. economia*, 2019, pp. 71-110; G. Delle Cave, *«Comunità intelligenti», enti locali, mobilità sostenibile: le Smart City al cospetto del potere pubblico*, in *Dir. econ.*, 105, 2021, pp. 385; G.F. Ferrari (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano, 2020;
 107. Definizione tratta dalle Linee Guida AGID 2012, pubblicate in attuazione del disposto dell'art. 20, co. 1, lett. c) del d.l. n. 179/2012, recante la disciplina nazionale delle c.d. «Comunità intelligenti».
 108. Per una specifica disamina del ruolo di questi Protocolli d'intesa, anche alla luce dell'esperienza concreta, e per una ricostruzione circa la natura giuridica ad essi attribuibile si veda C. Mari, *Le Comunità energetiche*, op. cit., p. 125.
 109. Quest'ultima viene intesa dal PNIEC del 2021 *«come la difficoltà ad acquistare un paniere minimo di beni e servizi energetici oppure come la condizione per cui l'accesso ai servizi energetici implica una distrazione di risorse (in termini di spesa o di reddito) superiore a quanto socialmente accettabile»*. Sul punto si segnala altresì che con decreto del Ministro della transizione ecologica del 29 marzo 2022 è stato istituito l'Osservatorio nazionale della povertà energetica, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 11 del d.lgs. n. 210/2021, con funzioni di monitoraggio del fenomeno, di proposta al Ministero e all'Autorità di regolazione di misure di contrasto alla povertà energetica nonché di supporto dell'elaborazione della strategia nazionale contro la povertà energetica.
 110. V. *infra* par. 5.
 111. Proprio sulla «funzione democratica» si veda C. Iaione, E. De Nictolis, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, op. cit., p. 59.
 112. P. D'Ermo, A. Rosso, *La transizione energetica*, op. cit., p. 94.
 113. V. par. 4.3.
 114. Sullo specifico tema si veda V. Cappelli, *«Blockchain» e fornitura di energia. Riflessioni in materia di responsabilità tra decentralizzazione e tutela dei consumatori*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 5, 2019, pp. 335-364.
 115. Per una trattazione generale dello specifico tema si veda C. Meloni, *L'infrastruttura tecnologica al servizio delle comunità energetiche*, in *Dir. soc.*, 4, 2022.

116. A. Galliani, *Innovazioni necessarie per la diffusione delle fonti rinnovabili*, in G. D. Comporti, S. Lucattini (a cura di), *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 156.
117. D. Cimmino, *Le potenzialità delle distributed ledger e degli smart contracts applicati ai local energy markets per lo scambio dei flussi energetici*, in G. D. Comporti, S. Lucattini (a cura di), *Orizzonti del diritto dell'energia*, op. cit., p. 47.
118. R. Miccù, M. Bernardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities*, op. cit., p. 618.
119. Va premesso un breve cenno sulle caratteristiche tecniche connesse a tali tecnologie. In particolare, secondo F. Faini, *Blockchain e diritto*, op. cit., p. 297, le *distributed ledger technologies* (DLT) sono «tecnologie di registro distribuito e disintermediato peer-to-peer, diversamente dalle architetture centralizzate client-server, che invece si basano sul controllo di un'autorità di gestione: nelle DLT le voci del database sono replicate in una serie di nodi e la regolazione avviene mediante meccanismi di consenso condiviso. La blockchain, species del genus delle distributed ledger technologies, si configura come una «catena di blocchi», dal momento che i dati, inseriti per mezzo di crittografia asimmetrica, sono allocati in blocchi, accompagnati da hash e validazione temporale, tra loro concatenati attraverso il richiamo dell'hash del blocco precedente in quello successivo: da questo aspetto deriva la caratteristica dell'immutabilità unilaterale. Ogni nuovo blocco è validato da alcuni nodi (i cosiddetti miners) per mezzo della risoluzione di un problema matematico, che vale una ricompensa, con un meccanismo che serve a incentivare la corretta validazione dei blocchi. La blockchain può essere assimilata a un registro o a un libro mastro digitale, che conserva in modo immutabile la memoria storica delle transazioni avvenute e in cui, in modo distribuito e paritetico, ciascun partecipante dispone di una copia di ciascuna operazione, garantendo così sicurezza e resistenza rispetto a potenziali attacchi.».
120. Lo *smart contract*, significativa applicazione della blockchain, viene definito nel comma 2 dell'art. 8-ter del d.l. n. 135/2018, convertito in l. n. 12/2019, «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse; lo smart contract soddisfa il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID con linee guida». Nick Szabo viene considerato l'ideatore dello smart contract, si vedano i suoi scritti in materia, N. Szabo, *Smart contracts: building blocks for digital markets*, in *EXTROPY: The Journal of Transhumanist Thought*, 16, 18, 1996, pp. 2 ss.; Id., *The idea of Smart Contracts*, in *Nick Szabo's Papers and Concise Tutorials*, 6, 1997; Id., *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 2, 9, 1997.
121. Sul punto si veda anche V. Cappelli, «Blockchain» e fornitura di energia. *Riflessioni in materia di responsabilità tra decentralizzazione e tutela dei consumatori*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2019, pp. 335 ss.
122. Prospettiva che appare già delineata nel nostro ordinamento a partire dalla Delibera ARERA n. 300/2017, la quale ha previsto l'apertura del mercato dei servizi di dispacciamento anche ai soggetti non abilitati a operare sulle ordinarie sezioni del mercato

- elettrico nazionale.
123. Sulle difficoltà connesse a tale questione infrastrutturale si veda G. De Maio, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata*, op. cit., p. 174.
 124. I *token* sono una rappresentazione informatica di una particolare risorsa o utilità, che di solito risiede sopra un'altra blockchain. La loro diffusione è dovuta principalmente alle applicazioni delle tecnologie Distributed ledger al settore finanziario, con la nascita del fenomeno del c.d. *Fintech*. Proprio per tali ragioni, se ne è tentata una tipizzazione capace di agevolarne l'inquadramento giuridico, in particolare si sono individuati: *payment tokens*, utilizzati come mezzi di pagamento per l'acquisto di beni o servizi o facilitare il trasferimento di denaro o valori; *utility tokens*, permettono di usufruire del prodotto o servizio costruito grazie alla tecnologia *blockchain*; *asset tokens*, attribuiscono ai possessori il diritto a percepire i ricavi futuri eventualmente raggiunti dall'emittente. Sul punto specifico e sul fenomeno del Fintech si vedano P. P. Pirani, *Gli strumenti della finanza disintermediata: Initial Coin Offering e blockchain*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 1, 2019, pp. 327 ss.; M. Giuliano, *La blockchain e gli smart contracts*, op. cit., p. 1005; F. Di Ciommo, *Smart contract e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo diritto civile*, 2019, 1, pp. 257 ss.; G. Finocchiaro, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, p. 441; P. Cuccuru, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contracts*, in *Giur. civ.*, 2017, 1, pp. 107 ss.; R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inform.*, 2017, p. 27; A. M. Gambino, C. Bomprezzi, *Blockchain e criptovalute*, in V. Falce, G. Finocchiaro (a cura di), *La Rivoluzione digitale nei servizi finanziari tra innovazione, diritti e concorrenza*, Zanichelli, Bologna, 2019.
 125. D. Cimmino, *Le potenzialità delle distributed ledger e degli smart contracts applicati ai local energy markets per lo scambio dei flussi energetici*, op. cit., p. 48;
 126. Per un interessante inquadramento della questione si veda G. Strazza, *Le comunità energetiche come comunità di dati*, in *Dir. soc.*, 4, 2022.
 127. V. par. 4.2.
 128. Il riferimento è al Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), definito anche *General Data Protection Regulation*.
 129. Per una introduzione al diritto della privacy e alla relativa governance si veda, tra gli altri, O. Pollicino, M. Bassini, *Libertà di espressione e diritti della personalità nell'era digitale. La tutela della privacy nella dimensione europea*, in G. Enea Vigevani, O. Pollicino, C. Melzi (a cura di), *Diritto dell'informazione e dei media*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 91-123.
 130. V. *supra* par. 1.2.
 131. V. *supra* par. 1.1.

132. Sul punto si vedano M. Marletta, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011; F. Martines, *La politica di coesione economica, sociale e territoriale ed il modello di integrazione europea*, in G. Colombini (a cura di), *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, Jovene Editore, Napoli, 2011, pp. 63-101; S. Villani, *Considerazioni sul principio di solidarietà energetica nel quadro giuridico dell'UE*, in *federalismi.it*, 5, 2023, p. 118.
133. Per una approfondita ricostruzione del concetto si rimanda a quanto già detto *supra* par. 1.
134. V. *supra* par. 1.1.
135. D. Porena, *Il principio della sostenibilità*, op. cit., p. 110.
136. Si fa riferimento alla già esaminata l. cost. n. 1/2022, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.
137. V. *supra* par. 1.2.
138. M. Landu, *Oltre l'intangibilità dei principi fondamentali*, op. cit., p. 50. Sul punto si vedano anche L. Bartolucci, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021.
139. Per una trattazione generale del ruolo dei pubblici poteri nel guidare la transizione ecologica, si veda A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2, 2020.
140. Si fa riferimento al pacchetto di interventi adottato dalla Commissione Europea per per l'implementazione di un sistema finanziario capace di promuovere uno sviluppo autenticamente sostenibile (COM/2018/097 final), costituito dal Regolamento 2088/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, al Regolamento 1011/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 sugli indici usati come indici di riferimento negli strumenti finanziari e nei contratti finanziari o per misurare la performance di fondi di investimento e recante modifica delle Direttive (CE) 48/2008 e 17/2014 e del Regolamento 596, il Regolamento 852/2020 del Parlamento e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (c.d. Regolamento Tassonomia). È in corso il procedimento di definizione degli atti delegati della Commissione UE per la proposta di regolamento recante modifiche mirate e puntuali ai regolamenti delegati di attuazione della MIFID II e IDD per l'integrazione dei fattori ESG nell'ambito dell'informativa alla clientela e alla valutazione di adeguatezza.
141. Per una diffusa trattazione del tema specifico, oltre che della finanza sostenibile in generale, si veda N. Linciano, E. Cafiero, A. Ciaravella, G. Di Stefano, E. Levantini, G. Mollo, S. Nocella, R. Santamaria, M. Taverna, *La finanza per lo sviluppo sostenibile. Tendenze, questioni e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, in *Quaderno Consob 1*, 2021.

142. Per una disamina delle criticità connesse alle agenzie di rating in generale si vedano C. Rinaldo, *Rating incongrui e tutele del mercato*, Giuffrè, Milano, 2017; G. Carriero, *Brevi note sulle agenzie di rating*, in *Foro it.*, 135, 2, 2012, pp. 49 ss; per le specifiche questioni connesse al rating ESG si vedano G. Landi, *Sostenibilità e rischio d'impresa. Evidenze e criticità dei Rating ESG*, Wolters Kluwer, Padova, 2020, S. Michielin, *Misurare la sostenibilità: note introduttive e inquadramento del problema. Il ruolo del rating ESG*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2, 2022, pp. 708 ss.
143. V. parr. 3.1. e 3.2.
144. V. par. 4.
145. C. Mari, *Le comunità energetiche*, op. cit., p. 132.
146. V. par. 4.
147. Per una definizione normativa si veda nota 89.
148. C. Bevilaqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, op. cit., p. 14.
149. Il profilo della sicurezza energetica è divenuto di crescente centralità a partire dal 2014-2015, in occasione dell'invasione della penisola di Crimea da parte della Federazione Russa, principale esportatore di gas verso l'Europa, e del conseguente incrinarsi delle relazioni diplomatiche con l'Unione Europea, ponendo all'attenzione dei decisori europei la necessità di elaborare un quadro programmatico in tal senso. Sulla scorta di ciò, si giustifica l'adozione della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio Strategia europea di sicurezza energetica, (COM(2014) 330 final, 28.05.2014) e della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio Preparazione in vista di un'eventuale interruzione delle forniture dall'Est tra l'autunno e l'inverno 2014/2015, (COM/2014/0654 final/2, 16.10.2014). Tale tendenza ha subito una brusca (ed inevitabile) accelerazione a causa dell'ulteriore inasprimento delle relazioni con la Federazione russa a seguito dell'invasione dell'Ucraina, con la conseguente interruzione delle forniture di gas russo a seguito delle dure sanzioni economiche adottate dall'UE. Per far fronte a questa difficile situazione, le Istituzioni europee hanno ulteriormente modulato la propria strategia con la Comunicazione della Commissione dell'8 marzo 2022, COM(2022) 108 final, recante REPOWER EU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili, e il successivo REPOWER EU Plan del 18 maggio 2022. Per una riflessione rispetto a questa nuova linea di tendenza tracciata alla luce della grave crisi energetica generata si veda E. B. Liberati, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2022, p. 3.
150. P. D'Ermo, A. Rosso, *La transizione energetica*, op. cit., p. 97.
151. La crescente importanza attribuita al settore della cybersicurezza, testimoniata dall'istituzione di un'apposita Agenzia e dall'adozione di un importante documento programmatico quale la Strategia nazionale per la cybersicurezza 2022-2026, è stata di recente oggetto di grande dibattito. Sul punto di vedano L.V.M. Salamone, *La disciplina del cyberspace alla luce della direttiva europea sulla sicurezza delle reti e dell'informazione: contesto normativo nazionale di riferimento, ruolo dell'intelligence e prospettive de iure*

- condendo, in *federalismi.it*, 23, 2017; B. Bruno, *Cybersecurity tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *federalismi.it*, 14, 2020; R. Brighi, P. Chiara, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, in *federalismi.it*, 8, 2021; F. Serini, *La nuova architettura di cybersecurity nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 241.
152. Tra le esigenze che l'operatore/cittadino ha nel momento in cui svolge una attività online che coinvolge propri diritti soggettivi o interessi legittimi, rientra l'auspicio che le infrastrutture che innervano e danno vita a questi processi siano sicure, integre e capaci di affrontare forme di interferenze esterne e problemi operativi interni (la c.d. "resilienza"). Le garanzie che comunemente sono richieste per una corretta utilizzabilità dei sistemi informatici sono più emblematicamente riassunte nella triade "RID", "*riservatezza, integrità, disponibilità*", con ciò riassumendo un ventaglio di istanze: la tutela della privacy e la protezione dei propri dati messi in circolo sulla rete (incidendo il tal senso la normativa GDPR e la relativa evoluzione giurisprudenziale); la possibilità di utilizzare sistemi capaci di non scomporsi a seguito di eventi patologici (attacchi informatici, *data breaches*, *bug* di sistema etc.); essere in grado di mantenere un diritto di godere e disporre liberamente dei contenuti e delle infrastrutture che si utilizzano. Per inquadrare più da vicino i caratteri di quella che definiamo "sicurezza informatica", facciamo riferimento a tre diversi momenti di attenzione che danno poi luogo a diverse fasi di intervento. In primo luogo, le misure di prevenzione, ossia quegli accorgimenti tecnici e operativi volti a sterilizzare il rischio che l'incidente si verifichi (sia esso un attacco esterno o un guasto interno). In secondo luogo, l'attività di monitoraggio, fondamentale per verificare l'esatto *timing* dell'incidente e le conseguenze di breve, medio e lungo periodo. In ultimo, le misure di ripristino in risposta all'evento, puntando sulla minimizzazione del danno. Queste tre fasi sono «*trasversalmente caratterizzate dall'uso di strumenti diversi quali il controllo degli accessi, disaster recovery, crittografia, hardware e software per la difesa perimetrale, sistemi di rilevamento intrusioni e misure di sicurezza fisica, ecc.*», sul punto di veda R. Brighi, P. Chiara, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, in *federalismi.it*, 21, 2021, p. 19. In definitiva, a causa della ineliminabile necessità di utilizzare reti di comunicazione digitali e da strumenti di tecnologia informatica, si può certamente sostenere che «*un attacco può causare non solo danni tecnologici ma, anche, ledere diritti e libertà delle persone, alterare gli equilibri politici di una nazione e, se sono colpite infrastrutture critiche, determinare gravi conseguenze per comunità, istituzioni e imprese.*», si veda R. Brighi, P. Chiara, *La cybersecurity come bene pubblico*, op. cit., p. 20.
153. Su tale complessa problematica si veda, per tutti, A. M. Gambino, C. Bomprezzi, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inform.*, 3, 2019, pp. 619 ss.

Gatekeeper: vecchie idee o nuove soluzioni?

Luca Pellizzoni

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-27

Con la designazione di sei gatekeepers da parte della Commissione europea il Digital Market Act dispiega i suoi effetti, imponendo gli obblighi ivi previsti nei confronti delle Big Tech, che si trovano a confrontarsi con una disciplina per certi versi innovativa, anche se al confine con il diritto della concorrenza. Il presente contributo riflette su regolamento entrato in vigore quest'anno, sulle ragioni alla base della sua approvazione e sulla figura del gatekeeper.

Gatekeeper: old ideas or new solutions?

Six gatekeepers are appointed by the European Commission, tasked with imposing on Big Tech the obligations in the Digital Market Act. That Act imposes regulation that is innovative in some respects, although related to competition law. This contribution considers the regulation that became effective this year, the grounds for its approval, and the gatekeeper role.

Sommario: 1. Introduzione.- 2. Genesi e obiettivi del Regolamento.- 3. Il gatekeeper.- 4. La designazione dei gatekeepers da parte della Commissione europea e gli obblighi previsti dal DMA.- 5. DMA e concorrenza: bis in idem?- 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il 6 settembre 2023 la Commissione europea ha designato per la prima volta sei gatekeepers, in base al Digital Market Act^[1]. Si tratta di Alphabet (Google), Amazon, Apple, Bytedance (TikTok), Meta (Facebook) e Microsoft. In forza del regolamento, queste società hanno dovuto comunicare alle istituzioni europee la loro potenziale qualità di soggetto esercente una posizione influente all'interno

del mercato digitale. La Commissione ha quindi avviato un'istruttoria conclusasi con l'individuazione di ventidue *core platform service*^[2] (servizi di piattaforma di base^[3]) o CPS, forniti da queste imprese, che ha portato alla loro designazione quali *gatekeepers*. Pertanto, a partire dalla data di designazione queste avranno sei mesi di tempo per adeguarsi agli obblighi previsti dal regolamento stesso, ulteriori e specifici, in aggiunta alle norme in materia di concorrenza, che rimangono impregiudicate, ma ritenute non più idonee a garantire la libertà di scelta dei consumatori e ad impedire l'imposizione di condizioni sfavorevoli alle imprese che si avvalgono di questi servizi^[4].

Le ragioni per cui il diritto antitrust viene ritenuto fallimentare nel tutelare il mercato digitale sono da ravvisarsi in primo luogo nella sua eccessiva lentezza applicativa. Basti notare, a titolo esemplificativo, che le istruttorie avviate dalla Commissione europea, in forza dell'art. 102 TFUE^[5], nei confronti di Google e Microsoft sono durate anni prima di concludersi con la comminazione di una sanzione^[6]. In base al regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza, la Commissione dispone del potere di compiere accertamenti, richiedere informazioni, svolgere attività di indagine al fine di valutare se un'impresa stia abusando della sua posizione dominante, e quindi violando l'art. 102 del trattato, e all'esito, qualora ne ravvisi i presupposti, comminare una sanzione^[7].

In secondo luogo, il diritto della concorrenza appare inefficace nei confronti dei giganti di internet, poiché anche quando si arriva alla sanzione, questa non è tale da avere quell'effetto afflittivo sufficiente a dissuadere il ripetersi di comportamenti anticoncorrenziali^[8].

A tali limiti, se ne affianca anche uno di ordine teorico, relativo alla difficoltà di ricondurre determinati comportamenti dei grandi operatori digitali, come l'indicizzazione dei risultati nel motore di ricerca Google Search, nell'alveo della nozione di comportamento anticoncorrenziale^[9].

Da queste premesse si muove il legislatore europeo, determinato a regolare il mercato digitale con strumenti innovativi, quale appunto si propone di essere il DMA.

2. Genesi e obiettivi del Regolamento

Nel mese di dicembre del 2020 la Commissione europea ha presentato il *Digital Service Package*, un pacchetto di misure volte a disciplinare l'economia digitale e comprendente due regolamenti il *Digital Service Act* (DSA) e il *Digital Market Act* (DMA) col dichiarato intento di creare uno spazio digitale sicuro per gli utenti e condizioni di parità per le imprese^[10]. Queste misure si collocano in quel percorso di produzione normativa europea volto a disciplinare la rivoluzione tecnologica^[11], avviato nel 2016 con l'approvazione del *General Data Protection Regulation* (il regolamento sulla protezione dei dati personali) seguito nel 2022 dal *Data Governance Act*^[12], nel quale può essere inserito anche l'*Artificial Intelligence Act*^[13], e definito da alcuni un nuovo costituzionalismo digitale^[14].

Con questo insieme di regolamenti, l'Unione europea ha deciso di assumere una posizione decisa di fronte all'incedere delle innovazioni tecnologiche, ossia quella della regolazione, per un verso con l'obiettivo di rendersi protagonista sullo scacchiere internazionale^[15], per un altro con l'intento di voler salvaguardare il funzionamento del mercato interno contro gli oligopoli dei giganti del digitale e assicurando agli utenti una tutela^[16].

Una presa di posizione che vede quindi nell'intervento regolatorio da parte del legislatore la soluzione prescelta per garantire il funzionamento del mercato. Tale idea, secondo alcuni sarebbe ispirata dalle teorie dell'ordoliberalismo,^[17] quella corrente del pensiero economico^[18] che attribuisce allo Stato il compito di stabilire delle regole e garantirle al fine di salvaguardare l'efficienza della concorrenza, in contrapposizione all'idea del liberalismo classico, fautore della politica del *laissez-faire*, ossia dell'arretramento dello Stato regolatore, quale unico modo attraverso cui la concorrenza possa esprimersi al meglio^[19]. Il pensiero ordoliberales ritiene infatti che la libertà dei produttori di scegliere cosa offrire e la libertà dei consumatori di scegliere cosa acquistare, debba essere assicurata dalle leggi, aventi il compito non di proteggere gli attori del mercato, bensì di proteggere il sistema della concorrenza^[20], sia dall'intervento statale sia dagli abusi dei privati assicurando e proteggendo la libertà di contrarre^[21].

La soluzione adottata dall'Unione europea, si collocherebbe quindi nel solco di questa teoria economica, poiché al fine di prevenire le storture di un mercato dominato da pochi soggetti, si impongono specifici obblighi per le compagnie

proprietarie delle piattaforme, limitando in tal modo il loro oligopolio^[22], per preservare il funzionamento del mercato. E questo approccio non sembra possa definirsi nuovo, dal momento che secondo alcuni autori il pensiero ordoliberal ha sin dal Trattato di Roma influenzato il diritto della concorrenza europeo^[23].

Mentre il DSA si concentra sui servizi digitali, il *Digital Market Act* ha quale obiettivo la regolamentazione delle piattaforme online, ossia quegli strumenti in grado di connettere un grande numero di utenti commerciali con una platea molto ampia di consumatori, caratterizzate dal fatto di impattare sia sul commercio sia sulla comunicazione, e quindi di unire ma anche controllare molteplici soggetti, di poter ricorrere alla sovvenzione incrociata per cui un servizio redditizio può finanziarne un altro, e di essere strutturate in modo tale da tenere impegnati gli utilizzatori^[24]. Queste piattaforme, definite di base, in ragione dei loro servizi, creano una forte dipendenza degli utenti nei confronti di un numero ristretto di soggetti fornitori. Proprio per questa ragione vi è il rischio del verificarsi di pratiche sleali, che compromettano la contendibilità dei servizi e impattino sull'equità del rapporto commerciale tra fornitori dei servizi digitale e utilizzatori commerciali e finali, «con conseguenti riduzioni rapide e, potenzialmente, di ampia portata in termini di scelta» per gli utenti^[25].

A queste caratteristiche, deve inoltre aggiungersi la peculiare capacità di raccolta di grandi quantità di dati da parte di queste piattaforme, impiegati per ottimizzare la qualità dei servizi offerti, che produce l'effetto di aumentare gli utenti, attratti da un servizio migliore, rafforzando in questo modo la piattaforma già dominante e proteggendone la posizione^[26]. Da un lato infatti eventuali concorrenti non disponendo delle medesime quantità di dati (al pari di Google, per esempio), non possono entrare in competizione, e dall'altro l'accumulo esponenziale di dati consente ai giganti tecnologici di espandersi in altri settori del mercato^[27]. Tali caratteristiche conferiscono all'impresa che gestisce la piattaforma la posizione definita di *gatekeeper* (controllore dell'accesso al mercato)^[28].

In definitiva, la *ratio* del regolamento è la tutela del mercato unico contro il rischio, peraltro già verificatosi^[29], che la posizione di forza dei *gatekeeper* determini squilibri gravi in termini di potere contrattuale a discapito dei prezzi, della qualità dei servizi e della concorrenza^[30].

La Commissione europea interviene quindi nel settore del mercato digitale e lo fa

attraverso uno strumento normativo vincolante per gli Stati membri, il regolamento, già adoperato per gli altri interventi nel settore del digitale menzionati, al fine di assicurare l'uniformità del diritto. Infatti, la base giuridica del DMA è costituita dall'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, avente ad oggetto l'armonizzazione e avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri. Vengono in tal modo introdotte apposite regole, uniformemente valide in tutta l'Unione europea, volte a limitare il potere^[31] di quegli operatori tecnologici, che operando senza confini nazionali, quali guardiani dei passaggi che mettono in comunicazione imprenditori e utenti finali, sono in grado di incidere sul regolare funzionamento del mercato unico^[32].

La necessità di disciplinare in maniera autonoma il mercato del digitale, viene motivata dalla ritenuta inadeguatezza delle norme sulla concorrenza (i cui pilastri sono gli artt. 101 e 102 del TFUE), limitate nel loro ambito di applicazione (ad esempio ai casi di comportamento anticoncorrenziale), che si esplicano in ogni caso solamente *ex post*, e dallo scarso impatto sui giganti tecnologici, i quali pur essendo stati colpiti negli ultimi anni da sanzioni comminate dalla Commissione europea per comportamenti anticoncorrenziali, non hanno in effetti visto limitata la loro influenza nel settore digitale, questo perché *«il diritto vigente dell'Unione non affronta, o non affronta in maniera efficace, i problemi per quanto concerne l'efficiente funzionamento del mercato interno, imputabili al comportamento dei gatekeeper che non dispongono necessariamente di una posizione dominante in termini di diritto della concorrenza»*^[33].

Il regolamento pertanto appronta una tutela *ex ante*, complementare ma diversa da quella della concorrenza^[34], la stessa scelta della base giuridica del regolamento individuata nell'art. 114 e non negli artt. 101 e 102 TFUE, va letta infatti come volontà di lasciare impregiudicate le norme sulla concorrenza di fonte unionale sia nazionale^[35].

Le finalità perseguite dal DMA sono sancite dall'art. 1, ai sensi del quale obiettivo del DMA è *«garantire, per tutte le imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti gatekeeper (controllori dell'accesso) siano equi e contendibili in tutta l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali»*. La contendibilità si riferisce alla capacità delle imprese di superare le barriere all'ingresso e all'espansione e poter contestare il *gatekeeper* *«per quanto riguarda il merito dei rispettivi prodotti e servizi»*. Mentre con equità si fa riferimento

all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali, per cui in condizioni patologiche di squilibrio il *gatekeeper* trae un vantaggio sproporzionato^[36].

Contendibilità ed equità risultano essere quindi la cifra e gli scopi dell'intero impianto normativo; esse sono infatti strettamente interconnesse, come emerge dalla relazione alla proposta del regolamento, laddove nel motivare la proposta normativa si spiega che «*le pratiche sleali e la mancanza di contendibilità creano inefficienze nel settore digitale in termini di prezzi più alti, qualità inferiore, minore scelta e minore innovazione, a scapito dei consumatori europei*»^[37], per cui gli obblighi previsti dal DMA perseguono tanto l'uno quanto l'altro dei richiamati scopi anche contemporaneamente.

3. Il *gatekeeper*

L'introduzione della figura giuridica del *gatekeeper* è sicuramente una delle più significative novità del regolamento^[38]. Questo concetto risulta essere già presente negli studi sociologici e non solo^[39], ma non è mai stato positivizzato in un testo normativo.

La nozione è stata elaborata nel 1947 dallo studioso di psicologia sociale Kurt Lewin^[40], il quale formulò una teoria secondo la quale nella società vi sono taluni soggetti, che per il ruolo o la posizione ricoperti, esercitano un controllo sui canali di flusso tra una determinata area ed un'altra, operando come guardiani e decidendo cosa può attraversare il *gate*. La teoria è stata successivamente sviluppata in particolare nel settore delle comunicazioni, con specifico riferimento a quei soggetti i quali, in relazione alle notizie, operando come controllori del flusso delle informazioni, esercitano un potere decisivo su ciò che è divulgabile alla società^[41]. In anni più recenti è stata inoltre rielaborata e adattata alla nuova realtà digitale^[42] dell'informazione dominata dagli algoritmi^[43] e da chi li gestisce e controlla, definiti *Internet information gatekeeper*, i quali esercitano un potere e dunque un controllo sul flusso, sul contenuto e sull'accessibilità delle informazioni, con conseguente capacità di incidere significativamente sulla vita democratica^[44].

Il DMA fa propria questa nozione, la positivizza e ne fa il perno del sistema di regole ivi previste, definendo come tale all'art. 2 «*un'impresa che fornisce servizi*

di piattaforma di base, designata a norma dell'articolo 3», laddove con «piattaforma di base» deve intendersi, ai sensi del regolamento, uno qualsiasi dei servizi elencati nel medesimo articolo, ossia «a) servizi di intermediazione online; b) motori di ricerca online; c) servizi di social network online; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) browser web; h) assistenti virtuali; i) servizi di cloud computing; j) servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i)». Dal combinato disposto dei due articoli, si ricava che sono *gatekeeper*, quelle imprese fornitrici di uno dei servizi definiti di piattaforma di base, le quali vengano designate tali dalla Commissione europea, ai sensi dell'art. 3, par. 4, qualora risultino in possesso dei requisiti previsti dall'art. 3 par. 1, ossia:

- a) avere un impatto significativo sul mercato interno;
- b) fornire un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*^[45]) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali;
- c) detenere una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o prevedere che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro.

Rispetto alla sussistenza dei menzionati requisiti il regolamento prevede una serie di presunzioni. In particolare, con riferimento al requisito dell'impatto sul mercato interno quando l'impresa ha un fatturato annuo nell'UE pari o superiore a 7,5 miliardi di euro, in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di euro nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri. Mentre in riferimento al requisito di cui al punto b), la presunzione si applica qualora l'impresa fornisca un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione. Ed infine, si presume l'ultimo requisito, se le soglie relative al numero di utenti finali sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari.

Rispetto a queste soglie quantitative, appare evidente che per la definizione di *gatekeeper* la soglia maggiormente rilevante risulta essere quella relativa agli utenti finali attivi, dato che le altre facendo riferimento a valori di bilancio, vanno ad includere anche quei soggetti non in possesso di tali caratteristiche che, come visto, contraddistinguono la qualità del guardiano. Tuttavia, proprio in relazione alla soglia relativa agli utenti possono sorgere dei problemi di accertamento, dato che rilevare con accuratezza quanti soggetti risultano essere attivi in una data piattaforma non è di immediata soluzione. A tale interrogativo, il DMA offre una interpretazione della disposizione chiarendo, nell'allegato, che gli utenti attivi vengono individuati in base alla misurazione più accurata comunicata dall'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base^[46], di fatto affidandosi ai dati comunicati dai soggetti privati notificanti^[47].

La qualità di *gatekeeper* assume rilievo ai sensi del DMA solamente nel momento in cui la Commissione europea designa come tale un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base. Ciò significa che vi è bisogno di un atto formale, all'esito di un procedimento in cui l'istituzione europea e il soggetto privato collaborano, quest'ultimo informando la Commissione senza indugio e in ogni caso entro due mesi dal raggiungimento delle soglie dimensionali previste dall'art. 3, e fornendo alla Commissione le informazioni pertinenti al superamento di queste soglie. La Commissione ha quindi il compito di valutare la sussistenza dei requisiti, e, senza indebito ritardo e comunque entro 45 giorni lavorativi dalla ricezione delle informazioni, relative al superamento delle soglie di cui all'art. 3, designa l'impresa come *gatekeeper*. Tuttavia, in base al paragrafo 5 dell'art. 3, l'impresa quando comunica alla Commissione il superamento delle soglie dimensionali (fatturato, valore di mercato e numero di utenti) può spiegare che un tanto non soddisfa i requisiti del paragrafo 1, ossia non si traduce in impatto significativo sul mercato e la piattaforma non costituisce un punto di accesso (*gateway*).

Proprio in forza dell'art. 3, par. 5 alcune società notificanti hanno esposto alla Commissione le ragioni per cui sarebbe da escludersi una loro designazione quali *gatekeeper*, in relazione a taluni servizi offerti. In particolare, rispetto al servizio iMessage e al sistema operativo iPad Apple ha infatti spiegato come il limitato numero di utenti e una disponibilità limitata ai soli dispositivi prodotti dalla stessa società, porti ad escludere questo strumento dalla nozione di *gateway* ai sensi del DMA. Similmente Microsoft giustifica la carenza dei requisiti di

rilevanza come *gateway* dei propri servizi Bing, Edge e Microsoft Ads^[48] in ragione della loro scarsa diffusione nell'Unione europea.

A fronte di queste argomentazioni, la Commissione europea ha deciso di avviare un'indagine di mercato, sui servizi iMessage, Bing, Edge e Microsoft Ads), in forza degli artt. 16, par. 1 e 17, par. 3, quest'ultimo, in particolare, prevede infatti tale potere, quando pur raggiungendo le soglie previste dall'art. 3, par. 2, ha presentato argomentazioni sufficientemente fondate tali da mettere in dubbio le presunzioni ivi stabilite. Nelle comunicazioni alle società sull'apertura di un'indagine di mercato, viene infatti motivata la necessità di verificare se, ancorché sussistano in concreto le soglie dimensionali di cui al par. 2 dell'art. 3, eccezionalmente non vengano soddisfatti i requisiti di cui al par. 1^[49].

In definitiva, la designazione può avvenire solamente al ricorrere dei requisiti indicati dall'art. 3, paragrafo 1, tuttavia siccome questi risultano essere di incerta perimetrazione, viene introdotta una presunzione di sussistenza degli stessi, quando vengono raggiunte determinate soglie quantitative indicate nel successivo paragrafo 2, in relazione alle quali viene comunque ammesse una giustificazione contraria, ossia la possibilità dell'impresa di spiegare come in realtà pur avendo raggiunto quei valori non esercita un'influenza ai sensi del paragrafo 1, per cui si può concludere che si tratti di una presunzione relativa. Una soluzione già adottata nel settore della concorrenza^[50].

La nozione di *gatekeeper*, nella prospettiva del *Digital Market Act*, identifica, pertanto, quelle imprese che soddisfano i tre menzionati requisiti, cumulativamente^[51], in relazione ai servizi di piattaforma di base, costituenti un punto di accesso per gli utenti business per raggiungere gli utenti finali, di fatto non evitabile,^[52] e quindi uno strumento obbligato tramite il quale entrare nel mercato digitale. Un tanto può valere per l'imprenditore intenzionato a vendere ad esempio un proprio prodotto sul portale di Amazon (già sanzionata poiché imponeva agli inserzionisti sul sito web di ricorrere al proprio sistema logistico per la vendita dei prodotti^[53]); ma lo stesso può dirsi per uno sviluppatore che, intendendo vendere la sua applicazione o il suo software, deve necessariamente poterlo integrare nei sistemi operativi, il cui mercato è fondamentalmente dominato da Apple (sia per cellulari sia per pc) Google Android (per i cellulari) e Microsoft (per i computer).

4. La designazione dei *gatekeepers* da parte della Commissione europea e gli obblighi previsti dal DMA

Con l'entrata in vigore del DMA avvenuta il 1 novembre 2022^[54] le compagnie operanti nel mercato digitale hanno dovuto comunicare alla Commissione il potenziale possesso dei requisiti previsti per essere considerati *gatekeeper*; si tratta in particolare di Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft e Samsung^[55] che hanno provveduto ai sensi dell'art. 3 del regolamento a notificare il loro potenziale *status*, avviando in tal modo la procedura di verifica della durata di 45 giorni, all'esito della quale la Commissione ha designato quali *gatekeepers* sei delle sette società notificanti, escludendo solamente Samsung, in quanto dispongono di piattaforme^[56] ritenute *gateway*, così come previsto dal paragrafo 9 dell'art. 3.

Il potere di designazione previsto dall'articolo in questione risulta essere molto ampio, dal momento che da un lato le presunzioni in relazione ai requisiti previsti per l'avvio della procedura non paiono stringenti, ma soprattutto, dall'altro, alle compagnie è consentito spiegare perché pur raggiungendo le soglie presuntive (ossia fatturato e numero di utenti) non soddisfano i requisiti per essere considerate *gatekeeper*; e la Commissione valuta se le spiegazioni fornite sono fondate e decide conseguentemente sulla designazione della società^[57].

Le decisioni adottate in tale senso offrono un'interessante prospettiva della concreta applicazione delle disposizioni del DMA.

Infatti, la Commissione ha dovuto affrontare l'individuazione dei *core platform service* rilevanti ai sensi del regolamento (in particolare dell'art. 2), nonché le modalità di conteggio degli utenti attivi, onde verificare il raggiungimento del requisito indicato dall'art. 3: 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente e 10 mila utenti commerciali attivi ogni anno.

Sul punto il regolamento traccia i criteri per delineare uno strumento quale CPS; da un lato, vi è appunto l'art. 2 in cui sono indicati i servizi da considerarsi piattaforma di base, dall'altro l'allegato D, par. 2, indica le modalità per determinare in concreto gli utenti di una piattaforma^[58]. In particolare, non vanno considerati distinti i servizi di piattaforma di base che appartengono alla stessa categoria di servizi di cui all'art. 2, se la distinzione si fonda sui domini geografici di primo livello oppure sui domini generici^[59]; mentre sono da

considerarsi distinti i servizi utilizzati per scopi diversi dagli utenti finali o commerciali, nonostante appartengano alla medesima categoria; del pari sono da considerarsi separatamente anche questi servizi forniti in maniera integrata, ma adoperati per scopi diversi o non rientranti nella medesima categoria.

La Commissione europea fa applicazione di questi criteri al fine di distinguere i CPS, dando in particolare rilievo allo scopo per cui il servizio è utilizzato^[60].

Nelle decisioni di designazione si osserva in effetti come lo scopo del CPS sia l'elemento da cui viene tratta la distinzione tra un servizio ed un altro. Questo emerge ad esempio dall'atto di designazione di Apple, quale *gatekeeper*, in relazione al servizio *AppStore*. A fronte delle osservazioni opposte dall'azienda, volte ad escludere l'unitarietà della piattaforma, ovvero ad evidenziarne la diversità a seconda della tipologia di dispositivo (computer, televisore, iPad, ecc.) in cui è presente, viene rilevata innanzitutto l'unicità dello scopo: l'applicazione viene usata come piattaforma di intermediazione per l'offerta e l'acquisto di altre applicazioni indipendentemente dal tipo di dispositivo su cui è installata. A rafforzare tale conclusione viene, inoltre, osservato come le regole previste negli accordi volti a disciplinare i rapporti con gli sviluppatori siano uguali. Infine, si rileva che anche i servizi connessi alla piattaforma forniti agli utenti sia business sia finali sono gli stessi indipendentemente dal dispositivo su cui operano^[61].

A simili conclusioni si giunge anche nella decisione riguardante Amazon Marketplace e Amazon Advertising, offerti da Amazon in maniera integrata. Richiamando il criterio dell'allegato menzionato poc'anzi, la Commissione ritiene che la visualizzazione di annunci pubblicitari sul mercato on line di Amazon faccia parte sia della pubblicità sia dei servizi marketplace. Ciononostante, Amazon Advertising risulta essere un servizio distinto, dal momento che serve vari canali (anche siti web di terzi o software)^[62].

Un discorso peculiare può essere fatto per Meta. L'azienda sostiene l'unicità del *core platform service* composto da Facebook e Instagram. Contestando le considerazioni della società, la Commissione non sembra far applicazione del criterio dello scopo, ma osservando la struttura stessa dei due servizi evidenzia come questi abbiano marchio diverso, siano commercializzati come due distinti piattaforme, siano accessibili attraverso due differenti domini e richiedano due account separati per poter essere utilizzati. A conclusione del suo ragionamento, accanto a questi rilievi, la Commissione anche in questo caso richiama il criterio

della diversità di scopo per concludere come si tratti di due servizi differenti^[63].

Le sei compagnie così designate hanno sei mesi di tempo^[64] per adeguarsi agli obblighi previsti nel regolamento agli artt. 6, 7 e 8, che nella formulazione del DMA risultano essere applicabili tutti indistintamente ai soggetti qualificati come *gatekeeper*, inviando alla Commissione, nel termine predetto, una relazione nella quale si descrive «*in modo dettagliato e trasparente*»^[65] le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi. Tra quelli elencati nell'art. 5, molti sono relativi all'utilizzo dei dati, per cui al fine di proteggere i consumatori viene imposto il divieto di trattare i dati personali degli utenti che utilizzano servizi di terzi, i quali si avvalgono delle piattaforme dei *gatekeepers* «*ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online*» o di combinare i dati provenienti dal servizio di piattaforma con i dati provenienti da altri servizi forniti dallo stesso operatore economico «*o con dati personali provenienti da servizi di terzi*». Tali obblighi devono essere rispettati in forza della sola designazione.

Viceversa, il successivo articolo 6 elenca ulteriori obblighi, i quali a differenza di quelli sanciti nell'articolo precedente, sono suscettibili di ulteriore specificazione^[66], tra cui l'obbligo di non utilizzare in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico^[67] «*generati o forniti da tali utenti commerciali nel quadro del loro utilizzo dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base, compresi i dati generati o forniti dai clienti di tali utenti commerciali*» oppure l'obbligo di applicare nei confronti degli utenti commerciali condizioni generali eque, ragionevoli e non discriminatorie per l'accesso ai negozi di applicazioni *software*, motori di ricerca online e servizi di *social network* online.

Come è stato osservato^[68] tale elenco risulta essere basato sulla casistica in materia antitrust, ad esempio il divieto di utilizzare i dati combinati forniti attraverso due servizi offerti dallo stesso soggetto richiama il caso della decisione presa dall'autorità antitrust tedesca nei confronti di Facebook^[69]. Mentre il divieto di utilizzo di dati non pubblici forniti dagli utenti commerciali per far loro concorrenza, richiama la vicenda Commissione/Amazon Marketplace, nella quale Amazon è stata accusata di sfruttare a proprio vantaggio i dati forniti dagli utenti business^[70].

5. DMA e concorrenza: *bis in idem*?

Nella relazione alla proposta di regolamento sui mercati digitali, chiarendo il contesto in cui questo si inserisce, la Commissione rappresenta la necessità di integrare il diritto in materia di concorrenza con un apposito sistema di regole finalizzate a contrastare, con prescrizioni *ex ante*, le pratiche sleali dei *gatekeeper* non contemplate dalla disciplina della concorrenza, senza tuttavia pregiudicare la possibilità di ricorrere alla tutela *ex post* del diritto antitrust^[71]. Da un lato, quindi, ritiene insufficiente il ricorso alle norme sulla concorrenza per contrastare le pratiche sleali delle compagnie digitali, dall'altro esplicitamente dichiara che le norme del Digital Market Act sono complementari al diritto della concorrenza e non lo pregiudicano, con conseguente possibile applicazione di entrambi i sistemi, quello generale (antitrust) e quello settoriale (il DMA). Il carattere complementare viene, in particolare, illustrato al considerando 11 in cui viene affermato che il regolamento persegue un obiettivo complementare, ma diverso, dalla protezione della concorrenza non falsata su un dato mercato, consistente nel garantire che i mercati in cui sono presenti *gatekeeper* siano e rimangano equi e contendibili^[72]. Nello specifico tale regolamento mirerebbe a proteggere un interesse giuridico diverso rispetto a quello protetto dalle norme sulla concorrenza (*in primis* gli artt. 101 e 102). In altre parole, il DMA mira a evitare le storture del mercato in cui operano soggetti, che per le loro grandi dimensioni possono alterarne l'equilibrio, senza necessariamente porre in essere un abuso^[73]. Gli obiettivi dichiarati come differenti non sembrano in realtà essere lontani dalla disciplina antitrust^[74]: invero la contendibilità, intesa quale libertà di entrare nel mercato, può vedersi come una componente essenziale del modello di economia di mercato, mentre l'equità è nozione di rilevanza generale nell'ambito dei rapporti negoziali^[75]. In realtà gli elementi da cui è possibile trarre una distinzione tra le discipline, piuttosto che rispetto agli obiettivi, sono da rinvenirsi nel sistema di applicazione delle norme. Nel DMA viene previsto un sistema accentrato, di tutela *ex ante*, in cui è la Commissione europea a imporre gli obblighi previsti dal regolamento mediante designazione di un soggetto quale *gatekeeper*, disponendo, come visto nel paragrafo precedente, di ampi poteri di indagine di mercato, di ispezione, di fare audizioni, nonché del potere di avviare una procedura nei confronti di un *gatekeeper* per l'adozione di sanzioni. Inoltre,

tali regole si applicano a prescindere dal fatto che vi sia una reale distorsione del mercato, bensì unicamente sulla qualità soggettiva di talune imprese. Viceversa, il diritto della concorrenza vede una forma diffusa di tutela assicurata non solo dall'autorità antitrust europea, ma anche da quelle nazionali, ed è *ex post*^[76], ossia quando il comportamento di un'impresa danneggia la concorrenza, ossia quando viene compiuto un abuso della posizione dominante.

Il bisogno di esplicitare così dettagliatamente gli obiettivi del regolamento, nel dichiarato intento di fare chiarezza sulla diversità tra il DMA e il diritto della concorrenza, ha in ogni caso il fine di fissare l'ambito di applicazione delle regole per i *gatekeeper* e scongiurare l'applicazione del principio del *ne bis in idem*^[77], ossia quel principio generale dell'ordinamento^[78] per cui nessuno può essere sanzionato due volte per il medesimo fatto. Tuttavia, nel diritto della concorrenza tale principio assume caratteristiche peculiari, poiché, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per la sua applicazione, oltre ai requisiti della identità del fatto e dell'autore, è altresì necessaria l'unicità dell'interesse giuridico tutelato^[79]. Sembrerebbe pertanto che, alla luce del terzo requisito non si confligga col principio del *ne bis in idem*, poiché il DMA tutelerebbe un interesse giuridico diverso. In effetti, la Corte di Giustizia ha fatto salva l'applicazione delle sanzioni in materia di concorrenza e quelle derivanti dall'applicazione di una disciplina settoriale^[80].

6. Conclusioni

Il *Digital Market Act* rappresenta il tentativo da parte dell'Unione europea di disciplinare il mercato del digitale, contro il rischio di lasciare a determinati privati il potere di dettare le regole,^[81] nella convinzione che il diritto della concorrenza non sia più idoneo a garantire il funzionamento del mercato^[82]. Ma quella che sembra essere una disciplina di settore, risulta, invero, una regolamentazione separata^[83] ovvero specifica per quei soggetti in possesso dei requisiti per essere qualificati *gatekeeper*, come si evince dall'art. 2 punto 1, per il quale è *gatekeeper* «un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base, designata a norma dell'articolo 3», che porta dunque ad escludere un'applicazione generalizzata a tutti i fornitori di questo tipo di servizi.

Il DMA crea quindi un mercato regolamentato separato per i *gatekeepers*, in cui

opera un preciso insieme di obblighi e soprattutto un sistema di vigilanza del loro rispetto peculiare ed accentrato in capo alla Commissione, con effetti escludenti sul potere di intervento da parte delle autorità nazionali volti a garantire l'equità e la contendibilità nei confronti dei soggetti designati^[84]. In particolare, l'accentramento in capo alla Commissione dei poteri di indagine e di comminare sanzioni, addirittura escludendo un simile potere in capo agli Stati membri^[85], che devono limitarsi a collaborare con l'UE^[86], unitamente all'ampio potere di designazione dei *gatekeeper*, aprono la via a possibili "pressioni" dei portatori di interessi^[87].

Inoltre, come osservato dalla dottrina^[88], vi è un rischio di stratificazione di norme che si materializza nell'impregiudicata possibilità per il legislatore nazionale di legiferare nel medesimo settore^[89]. Non essendo chiaro cosa possa essere considerato un obbligo ulteriore^[90], non si comprende quali siano i limiti imposti agli Stati.

Tale evenienza sembra già essersi concretizzata con la recente approvazione della legge 5 agosto 2022 n. 118, che ha modificato l'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192, volta a contrastare gli abusi di posizione non dominante delle piattaforme digitali. Il legislatore italiano ha novellato la legge sulle subforniture recependo i rilievi fatti dall'AGCM, relativamente alla necessità di integrare l'abuso di dipendenza economica con particolare riferimento alle grandi piattaforme digitali, introducendo una presunzione di dipendenza economica «*nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori*», tipizzando i casi in cui essa può realizzarsi che sembra stridere col regolamento sui mercati digitali; può, infatti, apparire ripetitivo^[91] o addirittura confliggente, se si considera che l'art. 1 par. 6 del DMA fa salve le norme nazionali relative all'abuso di posizione dominante, ma non di dipendenza economica^[92] o, ancora, una moltiplicazione delle tutele: *ex ante* il DMA, *ex post* la l. 192/1998.

Viceversa, paradossalmente, sfuggono al regolamento quei nuovi servizi recentemente entrati nel mercato digitale, come ChatGPT, che ha visto in pochi mesi crescere il numero di utenti finali attivi, ma anche quelli commerciali interessati a integrarlo nei servizi offerti alla clientela. Inquadrare questo strumento, o simili, nell'elenco dei *core platform service* (di cui all'art. 2 del regolamento) non sembra agevole per le caratteristiche peculiari di questi *large*

language models^[93]. Tuttavia, gli effetti sul mercato non sono meno trascurabili, se si tiene conto che aziende come Microsoft stanno investendo risorse ingenti per integrarli nei loro prodotti^[94]. Il rischio è che il DMA risulti già obsoleto, come dimostra l'attenzione posta dal Parlamento europeo che deplora il mancato inserimento tra i CPS anche dei servizi *cloud* e auspica una vigilanza sui nuovi *gatekeeper* nel settore dell'intelligenza artificiale^[95].

Questi problemi hanno almeno in parte a che fare con l'approccio complessivo che, come evidenziato, sembra essere quello della teoria ordoliberalista, poiché volto a limitare il potere oligopolistico e conseguentemente le pratiche anti-competitive^[96].

Il DMA può essere allora visto come una soluzione nuova, che appare non tanto ispirato a teorie economiche quanto traduzione in norme giuridiche di una teoria elaborata dalle scienze delle comunicazioni.

1. Regolamento 2022/1925/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.
2. Si tratta di Android, Google Search, Chrome, Google Maps, Google Play, Google Shopping, Google Ads e YouTube, Amazon Marketplace, Amazon Ads., App Store, Safari, iOS, TikTok, Facebook, Instagram, WhatsApp, Messenger, Meta Marketplace, Meta Ads, LinkedIn, Windows PC OS.
3. Questi vengono definiti all'art. 2 par. 1, punto 2) del DMA mediante elencazione quali: servizi di intermediazione online; motori di ricerca online; servizi di social network online; servizi di piattaforma per la condivisione di video; servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; sistemi operativi; browser web; assistenti virtuali; servizi di cloud computing; servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i). Tale scelta definitoria, tuttavia, non chiarisce il concetto di *core platform service*, che si ricava invece dal considerando 15, per cui esso si riferisce a quei servizi caratterizzati da un uso diffuso e comune e dall'importanza per il collegamento tra utenti commerciali e utenti finali.
4. Comunicato stampa della Commissione europea, *Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers*, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328.
5. La disposizione vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di una o più imprese nel mercato interno ed elenca quali pratiche possano essere considerate abusive, ossia l'imporre prezzi o condizioni non eque, limitare lo sviluppo e la produzione

- in danno dei consumatori, attuare pratiche di concorrenza sleale e subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di altre prestazioni supplementari.
6. Per una casistica della durata delle istruttorie avviate dalla Commissione in forza dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, si veda F. Bostoen, *Understanding the Digital Markets Act*, in *Antitrust Bulletin*, 2023, disponibile in SSRN.
 7. Tale attività può risultare molto articolata, essendo necessario acquisire tutti gli elementi da cui si possa ricavare se effettivamente un'impresa abbia abusato della sua posizione, cosa che porta ad una dilatazione dei tempi, prima dell'irrogazione di una sanzione.
 8. R. Podszun, *From Competition Law to Platform Regulation – Regulatory Choices for the Digital Markets Act*, in *Economics Journal*, 2023, <https://doi.org/10.1515/econ-2022-0037>, p. 2.
 9. R. Podszun, op. cit., p. 4.
 10. *The Digital Services Act package*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.
 11. J. Ruohonen, S. Mickelsson, *Reflections on the Data Governance Act*, in *Digital Society*, 2/2023, <https://doi.org/10.1007/s44206-023-00041-7>.
 12. Si tratta del Regolamento 2022/868/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento 2018/1724/UE (Regolamento sulla governance dei dati), applicabile da settembre 2023 e che costituisce uno dei pilastri della strategia europea sui dati.
 13. Il regolamento sull'intelligenza artificiale in corso di discussione volto a stabilire regole comuni sull'intelligenza artificiale, attualmente in discussione.
 14. B. Carotti, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2022. Per una riflessione sul costituzionalismo nell'epoca del digitale T. E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giur. Cost.*, 1/2023.
 15. B. Carotti, op. cit., p. 997.
 16. G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2023, p. 122.
 17. A. Iannotti della Valle, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione europea verso un costituzionalismo digitale*, in *Giur. Cost.*, 3/2022, pag. 1868.
Una ipotesi di regolazione del mercato digitale che muova dai principi dell'ordoliberalismo è stata avanzata da M. Wörsdörfer, *Ordoliberalism 2.0: Towards a New Regulatory Policy for the Digital Age*, disponibile in SSRN, 2020.
 18. Per una ricostruzione della teoria ordolibera si veda G. Franco, *Il concetto di ordo nell'ordoliberalismo della scuola di Friburgo*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, 1/2019.
 19. Tra i numerosi contributi sull'argomento si vedano ad esempio D. Bell, *What Is Liberalism?*, in *Political Theory*, 6/2014; J. G. Ruggie, *International regimes, transactions, and change: Embedded liberalism in the postwar Economic Order*, in *International organization*, vol. 36, 1982.
 20. P. Behrens, *The Ordoliberal Concept of 'Abuse' of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU*. Nihoul/Takahashi, *Abuse Regulation in Competition Law, Proceedings*

- of the 10th ASCOLA Conference Tokyo 2015, *Forthcoming*, disponibile in SSRN.
21. I. Herrera Anchustegui, *Competition Law Through an Ordoliberal Lens*, 2015, disponibile in SSRN, p. 151.
 22. C. Massa, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in *I Post di AISDUE, III, Sezione "Atti convegni AISDUE"*, n. 7/ 2021, p. 143.
 23. B. Farrand, *The ordoliberal internet? Continuity and change in the EU's approach to the governance of cyberspace*, in *European Law Open*, 2/2023, secondo il quale la concezione ordolibera del rapporto tra diritto, mercato e società ha influenzato la struttura dell'Unione europea a livello istituzionale. D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, 1998, anche se tale conclusione è stata sottoposta a critica, poiché non adeguatamente giustificata o comunque in parte errata. In particolare, per un'analisi critica della tesi di Gerber, sull'influenza dell'ordoliberalismo sul diritto europeo e sull'origine teorica della nozione di abuso di posizione dominante, presente nell'art. 102 TFUE, si vedano B. J. Rodger, *Review of Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, by D. J. Gerber, in *The American Journal of Comparative Law*, 2000, <https://doi.org/10.2307/840974> e P. Behrens, *op. cit.*
 24. N. Nicoli, P. Iosifidis, *EU digital economy competition policy: From ex-post to ex-ante. The case of Alphabet, Amazon, Apple, and Meta*, in *Global Media and China*, 2023.
 25. Considerando 1 e 2 del regolamento.
 26. F. Ferrari, *Le concentrazioni nei mercati data-driven: la privacy rinnegata*, in *Dir. comm. internaz.*, 4/2021, p. 1021.
 27. F. Ferrari, *op. cit.*, p. 1021.
 28. Considerando 3.
 29. Si pensi ad esempio al caso Google e Alphabet contro la Commissione europea, in cui quest'ultima ha sanzionato la società americana per violazione delle regole sulla concorrenza, da cui è scaturita una controversia decisa dal giudice di primo grado dell'Unione europea che ha stabilito in euro 4,125 miliardi la sanzione, si veda Tribunale, sentenza 14 settembre 2022, n. T-604/18, *Google e Alphabet/Commissione* ECLI:EU:T:2022:541; sull'argomento cfr. G. Guzzardi, *L'abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi digitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2023, p. 309. Anche la vicenda Amazon contro Commissione europea, Tribunale, ordinanza 14 ottobre 2021 n. T-19/21, *Amazon.com e a./Commissione* ECLI:EU:T:2021:730, che ha respinto l'impugnazione del provvedimento di avvio della procedura ai sensi dell'art. 102 TFUE deciso dalla Commissione.
 30. In tal senso il considerando 4.
 31. N. Moreno Belloso, N. Petit, *The EU Digital Markets Act (DMA). A Competition Hand in a Regulatory Glove*, disponibile in SSRN, 2023.
 32. Nella relazione alla proposta del regolamento, viene spiegata la scelta di ricorrere a questo strumento legislativo, onde prevenire iniziative autonome degli Stati membri, che, a fronte della natura transfrontaliera dei servizi di piattaforma, comporta il rischio di una

frammentazione normativa, con conseguenti effetti negativi sul funzionamento del mercato unico. Si veda sul punto la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), i n
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>, p. 6.

33. Considerando 5.
34. Considerando 11.
35. M. Midiri, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il reno)*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/2021, p. 116.
36. Considerano 32.
37. Relazione alla proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), 2020, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52020PC0842>.
38. Come osservato da P. Manzini, in *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, 2/2021, p. 32.
39. Per una ricostruzione della *gatekeeping theory* nei vari settori in cui è stata analizzata si veda K. Nahon, *Gatekeeping a critical review*, in *Annual Review of Information Science and Technology*, 1/2009.
40. K. Lewin, *Frontiers in group dynamics. II. Channels of Group Life; Social Planning and Action Research*, in <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/001872674700100201>, lo studio riguarda in particolare il flusso del cibo e da chi e per quali motivi viene acquistato; tale soggetto esercitando un poter su ciò che dal mercato arrivava ad esempio sulla tavola è, secondo l'autore, un guardiano, appunto un *gatekeeper*.
41. *Ex multis* C. B. Schwalbe, B. W. Silcock, E. Candello, *Gatecheckers at the visual news stream. A new model for classic gatekeeping theory*, in *Journalism Practice*, 9:4, 465-483, (2015), DOI: 10.1080/17512786.2015.1030133.
42. In particolare ad opera di opera di K. Barzilai-Nahon, *Toward a theory of network gatekeeping: A framework for exploring information control*, in *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 2008, la quale ha elaborato la *Network Gatekeeper Theory*, in cui analizza la dinamica complessa che lega i gatekeepers e i gated, quest'ultimi identificati quali soggetti sottoposti ai primi.
43. J. Wallace, *Modelling Contemporary Gatekeeping. The Rise of Individuals, Algorithms and Platforms in Digital News Dissemination*, in *Digital Journalism*. (2017) <http://dx.doi.org/10.1080/21670811.2017.1343648>.
44. O. Linksey, *Regulating 'Platform Power'*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 1/2017, disponibile in SSRN, p. 10. E. Laidlaw, *A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers. International Review of Law, Computers & Technology*, 3/2010, disponibile in SSRN.
45. Con tale espressione in informatica si intende uno strumento, o nodo, che mette in comunicazione un computer o una rete ad un altro computer o rete.

46. Per poi specificare con quali strumenti o attraverso quali elementi tale conteggio debba avvenire:
«In particolare: a) si ritiene che la raccolta di dati sull'uso dei servizi di piattaforma di base da ambienti in cui è stato effettuato l'accesso con registrazione o autenticazione presenterebbe prima facie il minor rischio di duplicazione, per esempio in relazione al comportamento degli utenti su piattaforme o dispositivi diversi. Pertanto, ove tali dati esistano, l'impresa presenta dati anonimizzati aggregati sul numero di utenti unici per ciascun servizio di piattaforma di base, ricavati dagli ambienti in cui è stato effettuato l'accesso con registrazione o autenticazione. b) nel caso di servizi di piattaforma di base a cui accedono anche utenti finali al di fuori degli ambienti in cui si effettua l'accesso con registrazione o autenticazione, l'impresa presenta inoltre dati anonimizzati aggregati sul numero di utenti unici del relativo servizio di piattaforma di base sulla base di una misurazione alternativa che registra anche gli utenti finali al di fuori degli ambienti in cui si effettua l'accesso con registrazione o autenticazione, quali indirizzi IP, marcatori temporanei (cookies) o identificativi di altro tipo come i tag di identificazione a radiofrequenza, a condizione che tali indirizzi o identificativi siano oggettivamente necessari per la fornitura dei servizi di piattaforma di base».
47. Per un rilievo critico sul ricorso a questo criterio si veda F. Bostoën, *op. cit.*
48. Rispettivamente motore di ricerca, browser e servizio di pubblicità.
49. Si vedano in proposito Case DMA.100022, Apple, Number-independent interpersonal communication services; Case DMA.100047, Apple, iPadOS; Cases DMA.100015, Microsoft, Online search engines; DMA.100028, Microsoft, Web browser; DMA.100034, Microsoft, Online advertising services, tutti reperibili in <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/search>.
50. Si veda in materia di presunzione e normativa europea antitrust F. Ghezzi, M. Maggiolino, L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive, in Riv. Soc.,5/2014.
51. Come chiarisce la Commissione europea nella sua decisione con cui designa Alphabet *gatekeeper*, cfr. *Commission decision of 5.9.2023 designating Alphabet as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, p. 9.
52. F. Bostoën, *op. cit.*, p. 14.
53. In tale occasione Amazon ha ricevuto una sanzione pari a 1,128 miliardi di euro, in <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/12/A528-chiusura>.
54. Anche se l'applicazione di quasi tutte le disposizioni si è avuta a partire dal 2 maggio 2023.
55. Si veda il comunicato stampa della Commissione europea del 6 settembre 2023, qui https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328.
56. Si tratta di TikTok, LinkedIn, Facebook, Instagram, WhatsApp, Messenger, Google Search, Google Maps, Google Play, Google Shopping, Amazon Marketplace, Apple store, Meta Marketplace, Chrome Safari, Google, Amazon, Meta, YouTube, Google Android, IOS, Microsoft PC OS.

57. Art. 3 par. 5.
58. Il quale recita: «*Ai fini del calcolo del numero di «utenti finali attivi» e «utenti commerciali attivi»:* a) *L'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base non individua come distinti i servizi di piattaforma di base che appartengono alla stessa categoria di servizi di piattaforma di base ai sensi dell'articolo 2, punto 2), basandosi principalmente sul fatto che essi sono forniti utilizzando nomi di dominio diversi, siano essi domini di primo livello geografici (ccTLD) o domini di primo livello generici (gTLD), o su eventuali attributi geografici.* b) *l'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base considera servizi di piattaforma di base distinti i servizi di piattaforma di base che sono utilizzati per scopi diversi dai loro utenti finali o dai loro utenti commerciali o da entrambi, anche se i loro utenti finali o i loro utenti commerciali possono essere gli stessi e anche se appartengono alla stessa categoria di servizi di piattaforma di base ai sensi dell'articolo 2, punto 2).* c) *l'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base considera servizi di piattaforma di base distinti i servizi che l'impresa in questione offre in modo integrato, ma che: i) non appartengono alla stessa categoria di servizi di piattaforma di base ai sensi dell'articolo 2, punto 2), o ii) sono utilizzati per scopi diversi dai loro utenti finali o dai loro utenti commerciali o da entrambi, anche se i loro utenti finali e i loro utenti commerciali possono essere gli stessi e anche se appartengono alla stessa categoria di servizi di piattaforma di base ai sensi dell'articolo 2, punto 2)».*
59. Trattasi in sintesi dell'ultima parte del nome del sito internet. Nel caso di domini geografici è ad esempio .it o .uk; mentre nel caso dei domini generici il più noto è il .com.
60. *Commission decision of 5.9.2023 designating Alphabet as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, p. 8, reperibile in <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/latest-updates/InstrumentDMA>.
61. *Commission decision of 5.9.2023 designating Apple as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, p. 11, reperibile in <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/latest-updates/InstrumentDMA>.
62. *Commission decision of 5.9.2023 designating Amazon as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, reperibile in <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/latest-updates/InstrumentDMA>.
63. *Commission decision of 5.9.2023 designating Meta as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, reperibile in <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/latest-updates/InstrumentDMA>.
64. Termine previsto dall'art. 3, par. 10.
65. Art. 11 DMA.
66. La rubrica dell'art. 6 recita infatti «*obblighi dei gatekeeper che potranno essere oggetto di ulteriori specifiche a norma dell'articolo 8*», questo articolo consente alla Commissione di

- adottare un atto di esecuzione che specifica le misure che il *gatekeeper* interessato deve attuare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi di cui agli articoli 6 e 7.
67. Che come specificato nel successivo capoverso sono rappresentati da «*tutti i dati aggregati e non aggregati generati dagli utenti commerciali che possono essere ricavati o raccolti attraverso le attività commerciali degli utenti commerciali o dei loro clienti, compresi i dati relativi a click, ricerche e visualizzazioni e i dati vocali, relativi ai pertinenti servizi di piattaforma di base o ai servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base del gatekeeper*».
 68. M. Colangelo, *La regolazione ex ante delle piattaforme digitali: analisi e spunti di riflessione sul Regolamento sui mercati digitali (Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2/2023, p. 418; l'autrice fornisce un'ampia casistica a cui si ispirerebbero gli obblighi prescritti.
 69. Bundeskartellamt/Facebook, decisione B6-22/16 del 6 febbraio 2019.
 70. Caso COMP/AT.40462 e Caso COMP/AT.40703 – Amazon https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202252/AT_40462_8825091_8265_4.pdf.
 71. Relazione alla proposta di regolamento, cit.
 72. Gli obiettivi vengono sanciti dall'art. 1 ove si afferma che le finalità perseguite dal regolamento sono di «*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme armonizzate volte a garantire, per tutte le imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti gatekeeper (controllori dell'accesso) siano equi e contendibili in tutta l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali*».
 73. G. Guzzardi, *L'abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi digitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2023, p. 312.
 74. M. Colangelo, *op. cit.*, p. 422.
 75. M. Libertini, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 4/2022, p. 1071.
 76. M. Colangelo, *op. cit.*, p. 423. M. Libertini, *op. cit.*, p. 1072.
 77. A. C. Witt, *The Digital Markets Act – Regulating the Wild West*, 2023, disponibile in SSRN, p. 25.
 78. Sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea.
 79. V. Falce, N.M.F. Faraone, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. ind.*, 1/2022, p. 8.
 80. Cort. giustizia, grande sez., sentenza 22 marzo 2022, n. 117, a C-508/19, *domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Sąd Najwyższy – Polonia*, M.F./J.M., ECLI:EU:C:2022:201.
 81. P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *European Law Review*, 2022, disponibile in SSRN, p. 18.
 82. R. Podszun, *op. cit.*, p. 6.
 83. M. Colangelo, *op. cit.*, p. 423.

84. J. Hoffmann, L. Herrmann, L. Kestler, *Gatekeeper's potential privilege—the need to limit DMA centralization*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, 00, p. 20.
85. I quali devono limitarsi ad individuare l'autorità che si occuperà di coadiuvare la Commissione europea nell'applicazione del DMA. In Italia la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022, all'art. 18 indica l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale soggetto per l'esecuzione del regolamento UE 2022/1925.
86. Art. 1 par. 5 del *Digital Market Act*.
87. M. Wörsdörfer, *The Digital Markets Act and E.U. Competition Policy: A Critical Ordoliberal Evaluation*, in *Forthcoming, Philosophy of Management*, disponibile in SSRN, p. 164.
88. V. Falce, N.M.F. Faraone, *op. cit.*, p. 7.
89. L'art. 1 par. 5 statuisce infatti che “*Al fine di evitare la frammentazione del mercato interno, gli Stati membri non impongono ulteriori obblighi ai gatekeeper per mezzo di leggi, regolamenti o misure amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati. Nessuna disposizione del presente regolamento impedisce agli Stati membri di imporre obblighi alle imprese, comprese le imprese che forniscono servizi di piattaforma di base, per questioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, purché tali obblighi siano compatibili con il diritto dell'Unione e non derivino dal fatto che le imprese pertinenti hanno lo status di gatekeeper ai sensi del presente regolamento.*”
90. J. Hoffmann, L. Herrmann, L. Kestler, *op. cit.*, p. 7.
91. V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione “non dominante” delle piattaforme digitali (Art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118, che modifica l'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1/2023.
92. I due concetti vanno tenuti distinti. L'abuso di posizione dominante si realizza quando un'impresa in posizione dominante si avvale della propria forza economica per fare concorrenza sleale ad un'altra (cfr. M. Filice, *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, in *Giornale di dir. amm.*, 1/2015, p. 88). L'abuso di dipendenza economica si configura quando si fa abuso di una situazione di fatto in cui è possibile per l'impresa più forte di determinare nei rapporti commerciali con la controparte un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi e la possibilità concreta, per l'impresa dipendente, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (cfr. A. Pisani Tedesco, *L'abuso di dipendenza economica, tra avanzamenti del Legislatore e incertezze giurisprudenziali*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2023, p. 193).
93. Trattasi di sistemi di intelligenza artificiale basati su algoritmi addestrati su grandissimi dataset, in grado di svolgere funzioni diverse (per una definizione cfr. <https://www.agendadigitale.eu/industry-4-0/ia-limpatto-dei-large-language-model-sulle-aziende-usi-e-problemi/>).
94. C. Carugati, *Competition in generative artificial intelligence foundation models*, Bruegel, 2023, disponibile in <http://www.jstor.org/stable/resrep52128>.
95. Si veda Progetto di relazione sulla politica di concorrenza – Relazione annuale 2023 (2023/2077(INI)) della Commissione per i problemi economici e monetari, 20 settembre

2023.

96. In tal senso si veda M. Wörsdörfer, *Big Tech and Antitrust: An Ordoliberal Analysis*, in *Philos. Technol.*, 2022, <https://doi.org/10.1007/s13347-022-00556-w>.

A Green Light for a Green Aid? Between Challenges and Opportunities resulting from the European Green Deal for EU State Aid Law

Magdalena Porzeżyńska

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-16

Il Green Deal europeo, un insieme di iniziative politiche dell'UE che si basano sull'obiettivo generale di rendere l'Europa neutrale dal punto di vista climatico entro il 2050, richiede significativi investimenti verdi per mobilitare fondi pubblici. La Commissione conferma che la politica degli aiuti di Stato ha un ruolo importante da svolgere nel sostenere l'UE nel processo di transizione verde e nel raggiungimento degli obiettivi del Green Deal europeo. Tuttavia, affinché ciò sia possibile, le norme dell'UE in materia di aiuti di Stato devono essere ben concepite e pienamente allineate a tali obiettivi. La presente analisi mira a rispondere alla domanda di ricerca se il Green Deal europeo offra effettivamente il tanto atteso via libera per aiuti più sostenibili e verdi e, al contempo, se il regime di aiuti di Stato dell'UE consenta di raggiungere gli ambiziosi obiettivi del Green Deal europeo. A tal fine, l'autore analizza il quadro giuridico esistente in materia di aiuti di Stato e valuta la recente revisione delle norme in materia di aiuti di Stato in seguito all'adozione del Green Deal europeo.

The European Green Deal, a set of EU policy initiatives with the overarching aim of making Europe climate neutral by 2050, requires significant green investments mobilizing public funds. The Commission confirms that the State aid policy has an important role to play in supporting the EU in the green transition process and in achieving the European Green Deal goals. However, for this to be possible, the EU State aid rules have to be well-designed and fully aligned with these targets. This paper aims to answer the question whether the European Green Deal actually gives a long-awaited green light for more sustainable and green aid and, at the same time, whether the EU State aid regime allows the achievement of the ambitious European Green Deal goals. To this end, the author analyses the existing State aid legal framework and assesses the recent review of State aid rules following the adoption of

the European Green Deal.

Summary: 1. Introduction.- 2. EU State Aid system – an overview.- 3. Revised GBER and CEEAG: a new opening or an old approach?- 4. Conclusions.

1. Introduction

On 11 December 2019, the European Commission launched a roadmap called the European Green Deal^[1] which is an integral part of this Commission's strategy to implement the 2030 Agenda on Sustainable Development and the sustainable development goals. The Green Deal sets out highly ambitious targets to combat climate change with the general and overarching aim to turn Europe into the first climate neutral continent by 2050. In order to achieve that, the EGD seeks to design a set of deeply transformative policies at regional and national level across eight key areas^[2]. Taking into account those highly ambitious targets with the general and overarching aim to turn Europe into the first climate neutral continent by 2050, the EGD has been described by the Commission as *«the most ambitious package of measures that should enable European citizens and businesses to benefit from sustainable green transition»*^[3].

Although the EGD can be considered as the greatest opportunity of our times, at the same time it is one of the biggest challenges that the EU itself and its Member States have to face. The Commission announced deployment in all policy areas, including reviewing and proposing to revise, where necessary, the relevant legislation. This includes also revision of EU State aid rules. Undoubtedly fulfilling the EGD goals requires significant green investments mobilizing both the private sector and public funds. The Green Deal Communication explicitly confirms that the State aid policy has an important role to play in enabling the EU to meet the EGD policy objectives. However, for this to be possible, the EU State aid rules have to be well-designed and fully aligned with the Green Deal goals.

This paper aims to answer the question whether the EGD actually gives a long-awaited green light for more sustainable and green aid and, at the same time, whether at the same time, the EU State aid regime allows to achieve the ambitious

Green Deal goals. Since this topic is actually very complex and requires an in-depth, multi-faceted analysis going beyond the scope of this conference paper, the study focuses on the selected issues, with a view to initiate a broader debate in this area in the future. Although this paper does not refer to public procurement law, as a public procurement is strictly complementary State aid in many aspects^[4], I hope that it will enrich the discussion on their interaction with sustainability.

2. EU State Aid system – an overview

Among the objectives of the European Union, Article 3 of the TEU^[5] mentions the establishment and functioning of the internal market which includes a system ensuring that competition is not distorted^[6]. However, in order for this system to actually work properly and without disturbances, both undertakings and the EU Member States must comply with the respective competition rules. EU Member States may, in particular, infringe them by granting selective financial support (including but not limited to direct grants, tax advantages, subsidized public loans with favorable interest rates etc.) to enterprises classified as State aid.

In order to avoid distortions in the internal market, Treaty^[7] lays down a general prohibition of State aid. Under Article 107(1) TFEU: *«Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market».*

Qualification as State aid within the above meaning requires meeting all the conditions set out in that provision^[8]. More specifically, there must be an intervention by the State or through State resources; the intervention must be liable to affect trade between Member States; it must confer an advantage on the recipient and, finally, it must distort or threaten to distort competition^[9].

Hence, State aid emerges as an objective and legal concept defined by EU law^[10]. Consequently, the status a specific support instrument as State aid under the national law is not relevant. This is perfectly illustrated by example of support schemes to promote renewable energy widely used by EU Member States: aid measures granted to producers of renewable energy can relatively easily fulfil all

the State aid criteria set out in Article 107(1) TFEU irrespective of their qualification under national law^[11].

Although State aid is in principle incompatible with the internal market and thus prohibited, Treaty provides for some exceptions to this general rule^[12]. Since «*the proper functioning of the internal market requires strict and efficient application of the rules of competition with regard to State aid*»^[13], the Treaty gives a set of powers to control State aid to the Commission which is its exclusive competence. EU Member State shall inform the Commission on any plans to grant or alter aid and not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision (Article 108(3) TFEU). Hence, the substantive prohibition addressed to EU Member States on granting State aid incompatible with the internal market is complemented by the procedural obligations to notify the Commission the intention to grant or change a State aid measure and not to put a proposed measure into effect until the Commission has reached a final decision in the given case^[14].

The notification requirement is however subject to some exemptions which covers e.g. small amounts of State aid (*de minimis* aid). In addition, in accordance with Article 108(4) TFEU, the Commission is enabled to adopt regulations relating to the categories of State aid that the Council has determined may be exempted from the notification procedure. In this respect, the Council authorized the Commission to adopt block exemptions for certain categories of aid that are not subject to the notification requirement due to the limited distortions of trade and competition. Pursuant to the Council regulation^[15], these categories include e.g. aid in favour of environmental protection. However, such criteria as its purpose, the scope of beneficiaries, maximum aid amounts, the conditions concerning the cumulation and monitoring of aid, should be specified by the European Commission by means of a regulation.

Having regard to the above, the Commission adopted the GBER^[16] which defines the above conditions governing the aid for environmental protection (environmental aid) as environmental aid may be declared compatible with the internal market and exempted from the notification procedure.

3. Revised GBER and CEEAG: a new opening or an old approach?

There is no doubt that GBER plays a key role in ensuring the effective State aid granting as it allows EU Member States to provide support without the notification obligation and Commission approval which is often complex and lengthy procedure. Although GBER has been amended several times over the years^[17], the latest amendment provides for the most far-reaching changes so far from the perspective of granting public aid in the area of energy and environmental protection.

On 23 June 2023, the Commission formally adopted the revised GBER to support Member States in carrying out the public interventions aimed at the green transition. Hence, amendment introduces new categories of aid (such as the acquisition of clean vehicles or zero-emission vehicles and for the retrofitting of vehicles) and expands the scope of existing support categories, facilitating, among others: developing investments in renewable hydrogen, financing projects supporting decarbonization (including technologies for capturing, storing and utilizing carbon dioxide) and supporting projects aimed at increasing energy efficiency. Significant changes in the rules for granting aid are in particular visible in the area of promoting renewable energy sources, where, among others, dedicated rules of support for renewable energy communities were introduced^[18]. The key amendment from the perspective of granting support in the energy sector also include a significant increase in aid thresholds, exceeding which entails the obligation to notify support to the Commission. For example, in the case of operating aid for the production of electricity from renewable energy sources and energy from renewable energy sources in small-scale installations, the threshold was increased twice (from EUR 15 million to EUR 30 million per company and project, and in the case of aid granted through a tender procedure from EUR 150 million up to EUR 300 million per year taking into account the combined budget of all programs), as is the case with investment aid for id for recharging and refuelling infrastructure supplying electricity or renewable hydrogen vehicles. A significant increase was recorded, for example, in relation to investment aid for energy infrastructure (from EUR 50 million to EUR 70 million).

The GBER is complementary to Commission guidelines which apply if any of the GBER conditions allowing for exemption from the notification obligation (e.g. aid threshold) is not fulfilled. In such a case, when assessing a given aid measure Commission should follow the compatibility rules indicated in guidelines it issued which specify the conditions under which aid may be considered compatible with the internal market. In order to provide guidance on how the Commission would assess the compatibility of environmental protection aid measures, it has adopted the EEAG^[19], which recently have been reviewed and replaced by CEEAG^[20].

So far (i.e. until the end of January 2022) the EEAG have been applied. Under EEAG, the Commission. The EEAG listed a number of measures which enabled Member States to support environmental-friendly projects (e.g. aid to energy from renewable sources, energy efficiency measures or energy infrastructure) and, consequently, aimed at helping Member States meet EU energy and climate targets resulting from the Europe 2020 strategy which was designed to develop a greener EU economy. Similarly to GBER, EEAG provided for general compatibility requirements applicable to the assessment of all aid measures^[21] and specific conditions for a given category of notified aid measures^[22].

However, as EEAG were adopted almost 9 years ago, in the course of time it has become necessary to evaluate them. In general, the evaluation conducted by the Commission revealed that the EEAG and corresponding GBER rules work well and are an effective tool when it comes to supporting the achievement of the EU's environmental goals and climate targets^[23]. However, the evaluation has also identified some issues should be simplified and modernized in a way that minimises distortions to trade and competition in the internal market. In addition, Commission underlined that EEAG may need to be aligned with the Commission's strategic priorities, in particular those of the Green Deal, and consequently simplifying and updating certain provisions and extending the scope of the guidelines to cover new areas such as clean mobility and decarbonisation may be needed. In November 2020, the Commission launched a public consultation on the revision of the EEAG and, in parallel, a Europe-wide call for contributions for a debate on how EU competition policy, including State aid, can best support the EGD^[24].

Considering that, at the end of 2021, the European Commission published

CEEAG following an extensive review of the EEAG and a broad public consultation which yielded more than 700 contributions. The reviewed guidelines entered into force at the end of January 2022 and replaced EEAG. Consequently, the CEEAG apply from that date to aid that is granted or is intended to be granted as of that date.

The new rules contain significant changes to the previously existing guidelines in order to involve an alignment with the Commission's strategic priorities, in particular with the EU targets set out in the EGD and with other important regulatory changes in the field of energy and environment, such as Fit for 55 package. The Commission has confirmed that CEEAG reflect the approach according to which the revision of State aid needs to take into account the Green Deal policy objectives, *«to support a cost-effective and just transition to climate neutrality, and to facilitate the phasing out of fossil fuels, while at the same time ensuring a level-playing field in the internal market»*^[25].

Indeed, the revised guidelines extend significantly to new areas by broadening the categories of investments and technologies that EU Member States can support in order to meet EGD goals. Similarly to GBER, the Commission introduced several new categories of aid into the CEEAG, including aid for clean mobility, circularity, energy efficiency of buildings or biodiversity^[26], for which so far no specific State aid guidance existed and which are crucial from the perspective of strategies and initiatives related to Green Deal (such as Clean Mobility Package^[27], Circular Economy Action Plan^[28], Renovation Wave initiative^[29], or Biodiversity Strategy for 2030^[30]). Moreover, most of categories of aid included in the previous guidelines are covered much broader in the CEEAG. For example, aid in the form of reductions from electricity levies for energy-intensive users since CEEAG apply to levies aimed at the broader goal of funding decarbonization, beyond focusing on levies aimed at supporting energy from renewable sources according to EEAG. At the same time, similarly to GBER, a significant enlargement of the scope of the guidelines to new areas while allowing higher aid amounts^[31] and introducing new aid instruments^[32] has been accompanied by far-reaching flexibilization of compatibility rules with a simplified assessment of notified measures, and by eliminating the requirement for individual notifications of large green projects within aid schemes previously approved by the Commission^[33].

Considering the above, the Executive Vice-President of the Commission, Margrethe Vestager, commented that the revision of the guidelines «(...) is a major step to ensuring that our State aid rules play their full role in supporting the European Green Deal»^[34]. Last but not least, it is worth to mention that in parallel with the revision of GBER and guidelines, the Commission also approved the revised Temporary Crisis and Transition Framework^[35] which (besides supporting the economy in response to Russia's military aggression against Ukraine in general), also allow Member States to accelerate the rollout of renewable energy (by implementing schemes for investments in renewable energy with simplified tender procedures) to facilitate the decarbonization of industrial process (by setting up new tender based schemes, or directly support projects, without tenders, under certain conditions)^[36].

Can we then finally talk about green light for a green aid considering the adoption of CEEAG?

At first glance, the answer to this question should definitely be positive. Indeed, from a theoretical point of view, the approach to the State aid in the environmental and energy area has never been greener. The Commission underlines that amended State aid rules provide for changes in the previous approach in order to contribute to the Green Deal, such as broadening the scope of the guidelines to enable granting support in new areas or increasing flexibility of the existing rules, by introducing a simplified assessment of notified State aid measures. Hence, one could say that the broad lines of the State aid revision have been fulfilled: «*The relevant State aid rules will be revised by 2021 in light of the policy objectives of the Green Deal and support a cost-effective and socially-inclusive transition to climate neutrality by 2050. State aid rules will be revised to provide a clear, fully updated and fit-for-purpose enabling framework for public authorities to reach these objectives, while making the most efficient use of limited public funds. State aid rules will support the transition by fostering the right types of investment and aid amounts. They will encourage innovation and the deployment of new, climate-friendly technology at market scale. They will also facilitate the phasing out of fossil fuels, in particular those that are most polluting, thus ensuring a level-playing field in the internal market. This will include, in particular, the Environmental and Energy State aid guidelines*»^[37].

However, if we go a little deeper, we can identify the conflict between the above

theoretic assumptions with the practical approach in some aspects.

Although the content of revised GBER and CEEAG suggests that the Commission's focus lies on the decarbonization, GBER and CEEAG (similarly to EEAG) still allow supporting the technologies that raise some doubts as to the possible negative impact on the environment. Undoubtedly renewable energy plays a crucial role in green transition. However, both instruments enable granting aid to all types of renewable energy projects regardless of their real impact on the environment. This also applies to biomass which is the main source of renewable energy in the EU (with a share of almost 60% according to Eurostat), but at the same time very controversial – as aptly noted by some stakeholders during the consultation process of CEEAG^[38], it can generate higher carbon emissions even than those generated from coal^[39].

In addition, both GBER and CEEAG allow granting aid for energy projects based on fossil fuels (e.g. cogeneration plants). In the light of the amendment to GBER, the investments in high efficient cogeneration, in gas-fired district heating and cooling network or in carbon capture and storage can be more easily excluded from the notification procedure, e.g., due to increased aid thresholds. When we consider that currently more than 90% of State aid measures are implemented without prior notification to the Commission based on GBER^[40], one may wonder to what extent such aid remains consistent with the phasing out the subsidies for fossil fuels which is described as cornerstone of reform of EU State aid rules^[41].

Moreover, although the EGD puts citizens at the centre of green energy transition, one may argue that the new guidelines do not allow their full development and participation in the energy market by ensuring a level-playing field for them^[42]. On the contrary, the new guidelines still allow supporting large energy consumers (energy-intensive users) or restrict the access to aid for energy citizens communities in favor of traditional energy market players.

In addition, procedural issues are also problematic. Although increasing flexibility in supporting green projects was one of the main objectives of the EEAG revision, CEEAG provide for a new requirement for Member States to carry out a public consultation prior to notification in some cases. For example, for aid measures where the estimated average annual aid to be granted is at least EUR 150 million per year, a public consultation of at least 6 weeks' duration,

covering a number of issues (including e.g. method and estimate of subsidy per tonne of CO₂ equivalent emissions avoided, main assumptions informing the quantification used to demonstrate the incentive effect, necessity and proportionality). Taking into account these requirements and fact that Member States are obliged to publish a response to the consultation addressing the input received (including explaining how possible negative impacts on competition have been minimised through the scope or eligibility of the proposed measure)^[43], this can significantly lengthen the process of granting aid (or even discourage Member States from granting State aid) and, consequently, slow down the development of green investments^[44].

One could ask why revised GBER and CEEAG include such solutions? This question does not have one ready-made answer and requires an in-depth investigation. However, in my opinion, this conservative approach presented in amendment to GBER and CEEAG may be related to the outcome of the consultation process of EEAG^[45]. When we take a look at the overview of respondents, we can see that around 73% of the replies came from businesses associations or companies and business organizations (NGOs accounted for 9.1% of the replies). In addition, the sectors represented the most were “D35 – Electricity, gas, steam and air conditioning supply” (49 contributions), “C24 – Manufacture of basic metals” (24 contributions) and “C20 – Manufacture of chemical and chemical products” (23 contributions). There is no wonder that the large scale entities relevant for the above sectors support solutions favoring energy-intensive users or activities which in some aspects may be harmful to the environment.

4. Conclusions

The Green Deal was an impulse to modernize the State aid rules in a way that the potential of the latter will be fully used. However, despite the undoubted potential of EU State aid instrument as a tool supporting the green transition, there is a risk that revised GBER and CEEAG may fail to contribute to achievement of the EGD goals.

Taking into account very ambitious EGD objectives forcing decarbonization, there is no room for compromise. Meanwhile, despite a significant range of long-

awaited changes to State aid rules (such as broadening the scope of the guidelines to or increasing their flexibility), revision of GBER and CEEAG appear to present a rather conservative-green approach in key (and disputable) aspects, without modifying significantly the previous rules. In particular, new guidelines do not lead to full elimination of fossil fuel subsidies.

In addition, the amended Temporary Crisis and Transition Framework turned out to be a tool that gained greater interest than CEEAG among Member States as it grants them more flexibility when designing state aid measures, including those in the area of environmental protection and energy. The perfect example is German aid to support private investments in specific strategic goods (such as production of solar panels, wind turbines or heat-pumps) needed for a transition to a net-zero economy that was notified and approved by the Commission on the basis of Temporary Crisis and Transition Framework^[46]. Hence, the limited use of CEEAG also may weaken their potential and effectiveness.

To avoid this risk of failure to contribute to EGD objectives, the GBER and CEEAG need to be monitor and revised if necessary as soon as possible in order to ensure that granted aid will be finally and fully green. However, the detailed solutions must be a subject of separate, detailed and in-dept analysis which certainly goes beyond the scope of this conference paper but – at the same time – I hope I will be able to carry out and share its results in the near future.

1. Commission, Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *'The European Green Deal'*, COM(2019) 640 final (EGD or Green Deal).
2. These areas are increased climate ambition for 2030 and 2050; clean, affordable and secure energy; a clean and circular economy; energy and resource-efficient buildings; sustainable and smart mobility; a fair, healthy and environmentally-friendly “farm to fork” food system; preserving and restoring ecosystems and biodiversity; and zero pollution for a toxic-free environment.
3. Commission, *A European Green Deal – Striving to be the first climate-neutral continent*, <https://ec.europa.eu/newsroom/known4pol/items/664852> (accessed: 31.12.2022).
4. P. Nicolaides, S. Schoenmaekers S., *Public procurement, public private partnerships and state aid rules: A symbiotic relationship*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 9, 2014.
5. Treaty on European Union, OJ C 202, 7.6.2016 (TEU).
6. See Protocol No 27 on the internal market and competition.
7. Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016 (TFEU or Treaty).

8. See Court of Justice, judgment of 8 May 2013, *Libert and Others*, C-197/11 and C-203/11, EU:C:2013:288, p. 74; and of 21 December 2016, *Commission v Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, p. 40; and of 21 December 2016 *Commission v World Duty Free Group and Others*, C-20/15 P and C-21/15 P, EU:C:2016:981, p.53.
9. See Court of Justice, judgment of 24 July 2003, *Altmark Trans*, C-280/03, ECLI:EU:C:2003:415, p. 75 and of 16 July 2015, *BVVG*, C-39/14, EU:C:2015:470, p. 24
10. See Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 262, 18.07.2016, p. 1 with the settled case law of the Court of Justice cited there.
11. See comprehensively on this topic: M. Porzeżyńska, *Pomoc państwa na produkcję energii ze źródeł odnawialnych w prawie UE*, CH BECK, Warsaw 2020.
12. See Article 107(2) and 107(3) TFEU.
13. Recital 3 of the Council Regulation (EU) 2015/1588 of 13 July 2015 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of horizontal State aid, (2015), OJ L 248.
14. See F. Wollenschläger, W. Wurmnest, T. M.J. Möllers (ed.), *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law*, Kluwer Law International B.V, 2020.
15. Based on the Council Regulation 2015/1588. Council Regulation 2015/1588 of 13 July 2015 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of horizontal State aid, OJ L 248, p. 1.
16. Regulation (EU) No 651/2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, (2014), OJ L 187, p. 1 (GBER).
17. E.g. Commission Regulation (EU) 2017/1084 amending Regulation (EU) No 651/2014 as regards aid for port and airport infrastructure, notification thresholds for aid for culture and heritage conservation and for aid for sport and multifunctional recreational infrastructures, and regional operating aid schemes for outermost regions and amending Regulation (EU) No 702/2014 as regards the calculation of eligible costs Commission (2017), OJ L 156, p.1; Regulation No 2021/1237 amending Regulation (EU) No 651/2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, (2021), OJ L 270, p. 39.
18. See more M. Porzeżyńska, *Energy Communities and the State Aid Rules*, in: M. Sokołowski, A. Visvivi (eds.), *Routledge Handbook of Energy Communities and Smart Cities*, Routledge, Abingdon 2023.
19. Commission Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020 (2014), OJ C 200, p. 1 (EEAG).
20. Commission Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy (2022), OJ C 80, p. 1 (CEEAG).
21. EEAG, Section 3.1.
22. EEAG, Sections 3.3-3.11.
23. See Commission, Revision of the Energy and Environmental Aid Guidelines (EEAG),

CERIDAP

- https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2020-eeag_en (accessed: 31.12.2022).
24. Ibid.
 25. CEEAG, recital 4.
 26. See CEEAG, part 4.
 27. See more: Commission, Europe on the Move: Commission completes its agenda for safe, clean and connected mobility, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3708 (accessed: 31.12.2022).
 28. See more: Commission, Circular economy action plan, https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en (accessed: 31.12.2022).
 29. See more: Commission, Renovation wave, https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-efficiency/energy-efficient-buildings/renovation-wave_en (accessed: 31.12.2022).
 30. See more: Commission, Biodiversity strategy for 2030, https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_en (accessed: 31.12.2022).
 31. Aid amounts covering up to 100% of the funding gap, in particular where support is granted based on the competitive bidding procedure.
 32. E.g., Carbon Contracts for Difference.
 33. See more: Commission, State aid: Commission endorses the new Guidelines on State aid for Climate, Environmental protection and Energy, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6982 (accessed 31.12.2022).
 34. Ibid.
 35. Commission Communication Temporary Crisis Framework for State Aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia (2022), OJ CI 131.
 36. Commission, State aid: Commission amends the Temporary Crisis Framework, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4622 (accessed 10.12.2023).
 37. See Commission, Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Sustainable Europe Investment Plan European Green Deal Investment Plan, COM(2020) 21 final.
 38. See ClientEarth, *Revision of the State Aid Guidelines for Environmental Protection and Energy and exemption rules Making the EEAG and GBER fit for Europe's carbon neutrality*, <https://www.clientearth.org/media/w01ikefa/clientearth-reply-to-the-consultation-on-revision-of-eeag-07-01-2020.pdf> (accessed: 31.12.2022).

39. See J.D. Stermaet al., *Does Replacing Coal with Wood Lower CO2 Emissions? Dynamic Lifecycle Analysis of Wood Bioenergy*, in *Environmental Research Letters*, 13(1), 2018.
40. See Commission, State aid: Commission amends General Block Exemption rules to further facilitate and speed up green and digital transition, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1523 (accessed 10.12.2023).
41. See ClientEarth, *Revision of the State Aid Guidelines for Environmental Protection and Energy and exemption rules Making the EEAG and GBER fit for Europe's carbon neutrality*, <https://www.clientearth.org/media/w01ikefa/clientearth-reply-to-the-consultation-on-revision-of-eeag-07-01-2020.pdf> (accessed: 31.12.2022).
42. See S. Pappa & D. Vansintjan *Response to the consultation on the EEAG and GBER revision*, https://www.rescoop.eu/uploads/Response-to-EEAG-and-GBER-consultation-2020_Final.pdf (accessed: 31.12.2022).
43. CEEAG, p. 99-101.
44. See S. Pappa & D. Vansintjan *Response to the consultation on the EEAG and GBER revision*, https://www.rescoop.eu/uploads/Response-to-EEAG-and-GBER-consultation-2020_Final.pdf (accessed: 31.12.2022).
45. Commission, Revision of the Energy and Environmental Aid Guidelines (EEAG), https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2020-eeag_en (accessed: 31.12.2022).
46. State Aid SA.108068 (2023/N) – Germany TCTF: Aid to support the transition to a net-zero economy, C(2023) 4984 final.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 28 novembre
2023, n. 17846

Pietro Losciale

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-31

Non è ammissibile la partecipazione di una società a partecipazione mista pubblico-privata ad una procedura di gara differente da quella per cui la stessa sia stata costituita

A public-private company cannot participate in any tender procedure other than the one for which it was established

Il T.A.R. Lazio, con la sentenza n. 17846 del 28 novembre 2023, ha ritenuto non ammissibile per difetto d'interesse il ricorso presentato da una società a partecipazione mista pubblico-privata avverso il provvedimento di affidamento diretto di un servizio pubblico prestato a livello locale ad una società *in house*.

Nel caso di specie, la S.A. aveva optato per l'internalizzazione del servizio pubblico di igiene urbana, attraverso l'affidamento diretto ad una società *in house*. La ricorrente – una società a partecipazione mista pubblico-privata, *ex art. 17, D. lgs. n. 175/2016* – ha impugnato gli atti relativi a tale affidamento, ritenendo la scelta di internalizzare il servizio pubblico locale «gravemente lesiva» del principio di libera concorrenza.

Il Tribunale ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse. Invero la ricorrente, in quanto società a partecipazione mista pubblico-privata, con socio pubblico diverso dall'Ente che ha affidato direttamente il servizio, non avrebbe potuto partecipare a procedure di gara differenti da quella per cui la stessa sia stata costituita, di talché non vi fosse alcun interesse della stessa a che il servizio pubblico di igiene urbana venisse esternalizzato.

In via preliminare, il giudice ha richiamato l'art. 16 del D. lgs. n. 201/2022, che, nel prevedere, tra le modalità di gestione di un servizio pubblico locale con rilevanza economica, l'affidamento ad una società a partecipazione mista pubblico-privata, rinvia espressamente alle specifiche disposizioni di cui al D. lgs. n. 175/2016 (d'ora innanzi anche TUSP).

Più nello specifico, l'art. 17 TUSP, nella sua formulazione letteraria, valorizza, secondo il Collegio, la «stretta funzionalità tra la società mista e il servizio per il cui affidamento la stessa sia stata costituita», sicché è precluso all'ente societario la possibilità sia di espletare un servizio diverso da quello per il cui affidamento è stato costituito, sia di partecipare a gare indette da altre amministrazioni pubbliche, anche se relative a servizi similari.

A supporto di tale lettura, il T.A.R. ha ripercorso le principali disposizioni di cui all'art. 17, D. lgs. n. 175/2016. Si consideri, in proposito, il co. 1, secondo cui l'affidamento del contratto di appalto di concessione si caratterizza quale «oggetto esclusivo della società mista»; il co. 2, che, con riferimento ai requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce che questi siano individuati «in relazione alla prestazione» per cui la stessa società mista «è stata costituita»; il co. 3, che, nell'individuare i meccanismi statuari di «scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio», collega «indissolubilmente la durata della partecipazione privata alla società alla durata dell'appalto o della concessione»; infine, il co. 4, che prevede la possibilità che i patti parasociali, pur potendo avere durata superiore ai cinque anni, in deroga all'art. 2341-bis comma 1 c.c., devono, comunque, essere contenuti «entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita».

Secondo il giudice, si tratta di disposizioni che, complessivamente interpretate, dimostrano il «nesso di esclusività esistente tra costituzione della società mista e svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci», sicché, laddove si legittimi la partecipazione della società coi requisiti di cui all'art. 17 TUSP a procedure di gara diverse da quella per cui sia stata costituita, la stessa potrebbe conseguire «indebiti vantaggi» di contro al principio di libera concorrenza del mercato.

Inoltre, con riferimento alla possibilità che una società mista possa partecipare ad una procedura di gara differente da quella per cui sia stata costituita, la ricorrente riteneva applicabile, per analogia, la disciplina delle società *in house*, che, come

sostenuto da una parte della giurisprudenza (in particolare, Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444), si ritiene possano partecipare a gare indette da amministrazioni diverse da quelle controllanti la società medesima.

Il giudice, tuttavia, ha ritenuto tale analogia parametro di legittimità «non idoneo» alla fattispecie *de qua*, in quanto per le società *in house* l'assenza di soci privati giustifica l'astratta possibilità di tali enti di partecipare ad altre gare.

Parimenti non sussiste, secondo il Tribunale, alcuna violazione del principio di libera concorrenza. Invero, il giudice amministrativo ha chiarito che l'art. 17 TUSP si pone nel solco del previgente art. 13, d. lgs. n. 223/2006, che, nel prevedere che «Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, [le società a partecipazione mista pubblico-privata] devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale», preclude[va], proprio per ragioni di tutela della concorrenza, la partecipazione di una società mista a procedure di gara diverse da quella per cui la stessa fosse stata costituita.

La sentenza in commento si conclude con un richiamo alla giurisprudenza comunitaria circa la discrezionalità amministrativa in ordine alla scelta di esternalizzare o meno un servizio pubblico di interesse economico generale (cd. principio di auto-organizzazione amministrativa). Secondo il giudice, pur essendo vero che l'esternalizzazione rientra tra le opzioni percorribili dall'amministrazione per l'erogazione di un servizio pubblico locale, vige l'obbligo, in capo alla stessa, di «delimitare l'operatività esterna delle società miste», al fine di «preservarne la finalità per le quali le stesse sono state *“specificatamente”* [...] istituite».

Pietro-Loziale-TAR-Lazio-sez.-II-bis-28.11.2023-n.-17846-1 [PDF sentenza](#)

Corte dei Conti, Sez. Centrale di Controllo sulla
gestione delle Amministrazioni dello Stato,
Deliberazione 21 luglio 2023, n. 63/2023/G

Matteo Palma

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-1-10

Nell'ambito dell'attività di controllo di gestione la Sezione centrale di controllo della Corte dei conti ha esaminato l'attività del Dipartimento per la Transizione Digitale per l'attuazione del PNRR nella parte relativa alla migrazione delle Amministrazioni pubbliche locali al cloud (M1/C1/1.2). La deliberazione della Corte accerta il perseguimento dei target finora previsti e indica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri utili raccomandazioni per il prosieguo dell'attività: monitoraggio costante delle Amministrazioni locali, rafforzamento dei controlli interni e costante coordinamento informativo con gli organi di controllo.

The Court of Auditors examined the implementation of the NRP by the Digital Transformation Department of the Prime Minister's Office in the part related to the migration of local public administrations to cloud services (M1/C1/1.2). The Court's resolution ascertains the pursuit of the targets set so far and points useful recommendations out to the Prime Minister's Office for the continuation of the activity: constant monitoring of local governments, strengthening of internal audits and constant information coordination with control bodies.

Il termine “cloud computing” indica «un insieme di tecnologie e di modalità di fruizione di servizi informatici che favoriscono l'utilizzo e l'erogazione di software, la possibilità di conservare e di elaborare grandi quantità di informazioni via Internet».

In conformità al Regolamento (U.E.) n.2021/241, la Missione 1 dell'asse strategico “digitalizzazione e innovazione”, cioè il primo dei tre assi sui quali si

poggia l'intero PNRR, prevede la migrazione al *cloud* delle Amministrazioni pubbliche centrali sul Polo Strategico Nazionale o su un *cloud* pubblico (investimento M1/C1/1.1. – “*Infrastrutture digitali*”) e di quelle locali verso infrastrutture *cloud* sicure (investimento M1/C1/1.2 – “*Abilitazione e facilitazione migrazione al cloud*”).

Ad esito dell'attività di controllo sulla gestione delle Amministrazioni pubbliche ex art. 3 c.4 l. 14 gennaio 1994 n.20 e art. 7 c.7 d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, la Sezione centrale di controllo della Corte dei conti ha reso la deliberazione in epigrafe, approvando il rapporto avente ad oggetto l'attuazione dell'investimento relativo all'abilitazione e facilitazione della migrazione al *cloud*.

La pronuncia, dunque, assume profili di primaria rilevanza poiché ci offre una panoramica terza e imparziale sullo stato di effettiva attuazione del processo di migrazione al *cloud* delle Amministrazioni locali.

Dopo un breve inquadramento dell'investimento nei termini sopra riassunti, il Collegio delinea le coordinate normative di riferimento sia a livello sovranazionale sia nazionale, all'interno delle quali si deve svolgere il passaggio al *cloud computing*, e ammonisce circa i rischi derivanti da tale operazione. L'implementazione di tecnologie *cloud* costituisce una priorità sia nell'Agenda digitale europea che in quella italiana. Con riferimento alla prima, infatti, il *cloud computing* concorre al «*rafforzamento del mercato unico digitale nell'ottica della promozione dello sviluppo economico degli Stati membri e del conseguimento di standards comparativamente elevati rispetto ai Paesi tecnologicamente più avanzati*» (p. 22). La trasformazione digitale, di cui il *cloud computing* costituisce elemento essenziale, risulta infatti necessaria a garantire «*l'effettivo diritto delle persone alla portabilità dei dati*», *nell'ampio quadro di spazi comuni europei di dati*», così ponendosi tra le azioni funzionali a garantire il c.d. *consumer welfare* [fissato come obiettivo per il 2025 dalla “*Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*” (*ibid.*)]. Infine, sempre con riferimento al quadro normativo europeo, il *cloud computing* è parte integrante della Strategia industriale europea e della più generale azione di promozione di sviluppo tecnologico che deve svolgersi nel rispetto dei più alti standard di rispetto dei dati, cybersicurezza, portabilità e interoperabilità (p. 23).

Passando al contesto normativo italiano, invece, la Corte ne registra il pieno adeguamento a quello europeo con l'adozione della "Strategia Cloud Italia", del Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione e del Regolamento in materia di *cloud* (Det. AgID n. 628/2021), i quali «*integrano l'asse portante di una vera e propria "migration as a service"*». Dalla Strategia italiana, infatti, la Corte enuclea un principio generale secondo il quale «*la migrazione verso i servizi cloud de[ve] essere governata secondo un processo centralizzato, agevole e uniforme per l'intero comparto pubblico; cosa che presuppone che i piani di migrazione vengano definiti – con l'ausilio dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN) e del Dipartimento per la Trasformazione Digitale (DTD) – in accordo con il risultato della classificazione dei dati e dei servizi*». Tale centralizzazione deve «*combinarsi con l'effettiva responsabilizzazione del soggetto pubblico*». La realizzazione di tale principio, insieme con il rispetto di una precisa scansione temporale in fasi articolate, dovrebbe condurre, nel periodo 2022-2025, le Amministrazioni locali a migrare verso sistemi *cloud*, intesi quali strumenti «*di buona amministrazione, che, promuovendo l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, attua[no] i fondamentali canoni costituzionali (articolo 97 Cost.) e unionali (articolo 41 Carta di Nizza-Strasburgo)*».

Sotto il profilo dei rischi, invece, la Corte condivide l'analisi svolta nella "Strategia Cloud Italia" che richiede di raggiungere un'autonomia tecnologica, che consenta il controllo delle infrastrutture digitali del *cloud* impiegate, nonché di rispettare le disposizioni del GDPR nell'attuazione dell'investimento per due differenti ordini di ragioni. Innanzitutto, perché è necessario, fin dalla progettazione (c.d. *privacy by design*), perseguire i principi di sicurezza e tutela della vita privata, in modo che sia garantito un trattamento dei dati personali in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato; in secondo luogo, poi, perché l'investimento deve «*essere altresì compatibile con la cosiddetta "data sovereignty", il potere del governo di controllare i beni pubblici digitali, e in definitiva con la dovuta salvaguardia della segretezza delle informazioni che sottendono essenziali interessi dello Stato*».

La Corte si sofferma poi sulle risorse finanziarie (1.000.000.000,00 €, d.m. Economia e Finanze del 6.8.2021, modificato da ultimo con il d.m. 23.11.2021) assegnate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, quale amministrazione

titolare dell'intervento, e sulle risorse umane «*funzionali alla corretta attuazione dell'intervento*» organizzate in una struttura che prevede un Capo dipartimento, un Ufficio per l'indirizzo tecnologico, un Ufficio per la gestione amministrativa e un'Unità di missione progetti per il PNRR. Presso il Dipartimento è stato creato un "Transformation office", al quale si affianca un team centrale dedito ai contenuti delle misure tecniche. Queste sono poi implementate dalle Amministrazioni locali, con l'ausilio di *teams* territoriali (sette in totale), cui sono stati assegnati 256 esperti, i cui incarichi sono stati già ammessi al visto e alla registrazione da parte della Corte.

Al momento non si registrano ritardi sul cronoprogramma che prevede il completamento della migrazione a sistemi *cloud* certificati per il 30.9.2026.

Dal contraddittorio instauratosi tra Sezione di controllo e Presidenza del consiglio dei ministri, è emerso, poi, che sono stati aggiudicati tutti i bandi pubblici per l'abilitazione al *cloud* delle Amministrazioni pubbliche locali (milestone M1C1-125 prevista per il 31.3.2023), per un totale di 735.030.461,00 € di finanziamento a favore di comuni e scuole.

La Corte afferma che l'attuazione dell'investimento in parola, appuntandosi nel «*supporto alle Amministrazioni locali nel trasferimento alla "nuvola" virtuale*», costituisce uno scopo-mezzo dello scopo-fine di accelerare «*quella trasformazione digitale che alimenta, insieme ai principi di efficacia, efficienza ed economicità, il canone di buona amministrazione di cui all'articolo 41 della Carte di Nizza-Strasburgo*».

Alla luce di tale considerazione, la Corte raccomanda il costante monitoraggio da parte del Dipartimento per garantire un'attuazione dell'intervento coerente con gli obiettivi del PNRR. La costante osservazione, infatti, è preconditione per l'eventuale avvio di processi di autocorrezione. La Corte consiglia altresì un esame puntuale circa l'adeguatezza delle risorse finanziarie impiegate, «*anche allo scopo di prevenire il rischio di un ipotetico sovradimensionamento (che, allo stato, non è dato escludere vista la significativa consistenza dei fondi [...])*». Altrettanto essenziale, secondo il Collegio, è il «*costante e continuo raccordo interno ai soggetti coinvolti (il Dipartimento per la trasformazione digitale l'ACN, l'AgID, etc.) e tra gli stessi e gli organi preposti al controllo*» per garantire il «*rafforzamento dei presidi a tutela della sicurezza dei dati*» e «*l'imprescindibile simmetria informativa*» tra Amministrazione titolare dell'intervento e gli organi di

CERIDAP

controllo.

Corte-dei-Conti-Delib-63.2023.G-1 [PDF sentenza](#)