

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

3

2021 · ANNO XLII
luglio/settembre

PROBLEMI ANTICHI E SFIDE NUOVE
PER GLI ORDINAMENTI MULTILIVELLO

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

3

2021 · ANNO XLII
luglio/settembre

PROBLEMI ANTICHI E SFIDE NUOVE
PER GLI ORDINAMENTI MULTILIVELLO

RUBZETTINO

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda

Jean-Bernard Auby
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Enrico Carloni
Stefano Civitarese Matteucci
Chiara Cudia
Marzia De Donno
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

COMITATO DI REDAZIONE

Marina Caporale
Edoardo Nicola Fragale
Giulia Massari
Roberto Medda



REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 – 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it

EDITORE

Rubbettino editore
Viale Rosario Rubettino, 10
88049 Soveria Mannelli (CZ)
tel. 0968 6664209
Servizio Abbonamenti: tel. 0968 6664209
Sito web: www.rubbettinoeditore.it
E-mail: commerciale@rubbettino.it

STAMPA

Rubbettino print
nel mese di marzo 2022
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)
www.rubbettinoprint.it

Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per tutto il 2021 è di € 136,00 da versare sul c.c. postale 15062888 intestato a Rubbettino editore – Periodici, causale abbonamento IdF 2021. La Rivista è disponibile in libreria. Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00. I prezzi indicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.



Indice

EDITORIALE

- 631 Le sfide degli Stati multi-livello. In particolare, il caso dell'Irlanda del Nord
Justin Orlando Frosini

SAGGI E ARTICOLI

- 641 Il federalismo fiscale in “perdurante transizione”: sul nuovo assetto finanziario e tributario del federalismo differenziato
Giuseppina Lofaro
- 675 Il “ventaglio” degli atti amministrativi dell'emergenza. I tentativi di coordinamento tra interventi statali e regionali in un anno di emergenza pandemica
Renato Rolli, Riccardo Stupazzini
- 729 Devolution Post Brexit: The Perplexity of Multi-Levelled Governance in a Disunited Kingdom
Peter Leyland
- 759 L'Unione europea e il diritto tributario: brevi riflessioni sugli ambiziosi progetti rimasti incompiuti e sulle regole alla base del procedimento decisionale
Riccardo Lancia
- 803 *Blockchain* e pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive
Manfredi Matassa
- 839 Il *project financing* pubblico quale strumento metodologico per l'edificazione di nuovi impianti calcistici? Profili, scenari e prospettive
Gary Louis Pietrantonio

NOTE E COMMENTI

- 883 El último escollo de la legitimación de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad español
Paloma Requejo Rodríguez
- 907 Table of contents and abstracts
- 911 Autori

Editoriale

Le sfide degli Stati multi-livello. In particolare, il caso dell'Irlanda del Nord

Justin Orlando Frosini

Questo fascicolo della nostra Rivista è una concreta dimostrazione della complessità delle questioni sollevate dalla formazione di Stati multilivello. Infatti, i temi affrontati spaziano dagli effetti della Brexit sulla tenuta della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord che, come sottolinea Peter Leyland, appare sempre più come un Regno Unito, ai tentativi di coordinamento tra interventi statali e regionali per affrontare l'emergenza pandemica in Italia (Renato Rolli e Riccardo Stupazzini). A questi due contributi si affiancano interventi destinati a provocare un acceso dibattito in dottrina, come l'idea di ricorrere al *project financing* pubblico, in alternativa all'appalto pubblico, per finanziare la costruzione di nuovi impianti calcistici (Pietrantonio) oppure l'utilizzo della blockchain per semplificare la digitalizzazione del settore della p.a. (Matassa). Ancora, il saggio di Riccardo Lancia affronta un argomento di grande importanza, concernente la prospettiva di un diritto tributario per l'Unione europea, spiegando perché tanti ambiziosi progetti siano rimasti incompiuti. Sempre in tema fiscale Giuseppina Lofaro, nel suo contributo sulla perdurante transizione del federalismo fiscale, si chiede se sia il caso per l'Italia di adottare il sistema spagnolo di *fiscal joint responsibility*, facendo un'operazione pregevole di *Applied Comparative Law* per usare il termine coniato dall'illustre comparatista di Cambridge Harold Cooke Gutteridge. Infine, la collega dell'Università di Oviedo, Paloma Requejo Rodríguez, facendo riferimento alle Comunità autonome in Spagna, affronta una questione classica degli Stati multilivello, concernente la legittimazione degli enti substatali a ricorrere davanti alla Corte costituzionale.

Forse è opportuno rammentare che il concetto di *governance* multilivello è stato formulato da due politologi, Hooghe e Marks, negli anni Novanta, e da allora ha acquisito una posizione di rilievo in campo po-

litico, economico e giuridico. La teoria di Hooghe e Marks deriva dalla configurazione di nuove strutture istituzionali derivanti dal Trattato di Maastricht del 1992, che ha portato a un rapporto intricato tra autorità nazionali e internazionali nonché alla dispersione del processo decisionale. Il concetto di sussidiarietà dell'Unione europea incarna il *puzzle* dei livelli istituzionali dopo Maastricht. La stessa Commissione europea fa riferimento a una *governance* multilivello efficiente come obiettivo principale delle sue attività.

La *governance* multilivello, figlia della globalizzazione, ha reso permeabili i confini nazionali. Al tempo stesso, gli studiosi hanno enucleato una serie di sfide giuridiche e costituzionali dietro la formazione dello Stato multilivello. Viene dibattuta la sopravvivenza della sovranità nazionale quale aspetto fondamentale della statualità. Per quanto riguarda il diritto costituzionale, in Europa l'idea che le Costituzioni rappresentino l'ultimo livello di autorità nazionale è messa in discussione dall'affermazione di una struttura costituzionale da parte della stessa UE. Il concetto di costituzionalismo multilivello è stato formulato per spiegare l'interazione e l'intreccio di livelli nazionali e sovranazionali di governo, come modo per contrastare le sfide della globalizzazione nell'era "post-nazionale". Si viene inoltre a produrre una duplice identità della popolazione europea: la cittadinanza nazionale e quella dell'Unione. Viene messa in dubbio una supremazia *a priori* del diritto europeo o nazionale, in quanto il costituzionalismo multilivello dovrebbe dar luogo a una relazione di coesistenza funzionale anziché gerarchica. Tuttavia, questo rapporto di armonica convivenza è messo in discussione da continui atteggiamenti di sfida nazionale contro il diritto dell'UE, che causano malcontento tra gli Stati membri e ostacolano l'equilibrio teorico dei diversi livelli, spesso frutto di politiche populiste ed euroscettiche (ad esempio le decisioni in Polonia sull'indipendenza giudiziaria e lo Stato di diritto). Alcuni autori hanno anche criticato l'enfasi eccessiva del concetto di relazioni verticali a scapito dei legami orizzontali tra gli ordinamenti giuridici nazionali. Lo Stato multilivello non si configura solo verso l'alto, ma anche verso il basso, tramite la rinuncia a responsabilità governative che vengono affidate alle autorità locali. Regionalismo, decentramento, federalismo: sono tutti concetti che vertono sull'idea di un modello multilivello. Questa tendenza spinge a concentrarsi su esigenze e richieste provenienti da

comunità più ristrette di cittadini, al fine di garantire uno stretto contatto con le autorità chiamate a sostenerle a livello centrale. Tuttavia, possono sorgere conflitti nei casi in cui le politiche dei Governi centrali e le richieste locali non coincidano. La pandemia del Covid-19, ad esempio, ha portato ad una situazione in cui le fratture tra autorità centrali e decentrate possono minacciare la coesione nazionale.

Così è stato anche per la Brexit. Come emerge dal saggio di Peter Leyland, le conseguenze della Brexit sui governi decentrati del Regno Unito, compreso il rifiuto da parte dei *leader* nazionalisti delle iniziative legislative del Governo centrale, hanno dimostrato le forti reazioni negative e destabilizzanti che una potenziale riduzione dei poteri decentrati può produrre. Queste istanze evidenziano la necessità di ottimizzare i processi decisionali per salvaguardare l'inevitabile incremento di importanza dell'assetto statale multilivello e incanalarlo in traiettorie efficienti a livello giuridico, politico e sociale.

Tenendo conto di tutto ciò, se c'è un territorio in Europa caratterizzato da un complicato sistema di *multi-level and multi-layered governance* (per usare il termine di Leyland) è senz'altro l'Irlanda del Nord. Leyland si sofferma sull'impatto della Brexit sulla *devolution* facendo riferimento anche alla situazione attuale in Irlanda del Nord: in questa sede invece ci concentreremo specificamente su quest'ultima spiegando come la Brexit abbia avuto un effetto deflagrante sul sistema multi-livello di governo nord-irlandese derivante dall'appartenenza all'UE, agli accordi di pace e al processo di *devolution*.

Come è noto dopo tre decenni di conflitto, eufemisticamente chiamato *Troubles*, l'Accordo del Venerdì Santo del 1998 ha segnato il culmine di un lungo processo di pace e ha aperto la strada alla normalizzazione politica in Irlanda del Nord. La prima parte dell'Accordo consiste in una sorta di Costituzione nordirlandese disegnata attorno al principio del potere condiviso e della parità tra le due comunità, nazionalista e unionista, in linea con il modello consociativo di Iijphartiana memoria. È stata istituita una struttura istituzionale democratica con un Esecutivo bi-confessionale e un'Assemblea di 108 membri eletti con rappresentanza proporzionale. Il processo di "devoluzione" si è rafforzato nel corso degli anni e in seguito all'accordo di St Andrews i poteri dell'Assemblea dell'Irlanda del Nord sono stati estesi per includere la responsabilità per la polizia e la giusti-

zia. L'Assemblea deve legiferare in modo da garantire che una comunità non prevalga sull'altra. La seconda e terza parte dell'accordo sono la quintessenza di un sistema di *governance* multi-livello senza equivalenti in altre parti del mondo. Infatti, la seconda parte, intesa a rafforzare i legami tra l'Irlanda del Nord e l'Irlanda, stabilisce un asse istituzionale Nord-Sud con la creazione di un Consiglio ministeriale transfrontaliero (Nord-Sud) per coordinare azioni e politiche economiche e sociali congiunte su questioni di reciproco interesse, mentre la terza parte ha introdotto un asse est-ovest con il Consiglio britannico-irlandese, in vista di una più ampia prospettiva di cambiamento costituzionale attraverso la devoluzione dei poteri da Londra alle nazioni periferiche dell'Irlanda del Nord, della Scozia e del Galles. Questa parte dell'accordo mira a promuovere la cooperazione bilaterale tra i Governi britannico e irlandese, in conformità con l'accordo bilaterale, che è allegato all'accordo del Venerdì Santo, in cui entrambi i Governi si impegnano solennemente a sostenere e attuare le disposizioni dell'accordo multipartitico.

Prima la CEE e poi l'UE, attraverso il loro coinvolgimento politico e finanziario, hanno svolto un ruolo crescente nel processo di pace e di riconciliazione tra le due comunità, che in una certa misura rispecchiava le tappe dell'integrazione europea. In seguito all'accordo anglo-irlandese del 1985 (ricordiamo che il preambolo di questo accordo si riferiva agli irlandesi e ai britannici come «vicini e *partner* della Comunità europea») e l'istituzione del mercato unico, vi fu una dichiarazione congiunta nel 1993, che doveva spianare la strada all'accordo del 1998. Nel 2005, sette anni dopo la firma degli accordi di pace, le quattro libertà di circolazione stabilite dal mercato unico europeo sono state completamente ripristinate e hanno permesso al commercio di fluire liberamente. La graduale eliminazione della frontiera, con la scomparsa dei posti di blocco, ha aperto la strada al dialogo e alla consultazione in 12 aree di cooperazione tra il nord e il sud dell'isola. Questa cooperazione si è rafforzata nel corso degli anni al punto da portare a un'area socioeconomica pan-irlandese attraverso l'espansione del commercio e una parziale messa in comune delle risorse, a beneficio di entrambe le parti. Il ruolo primordiale svolto dall'Europa nel processo di pace e l'unione delle «due Irlande» hanno attraversato diversi campi d'azione: in primo luogo, il desiderio di allentare le tensioni tra le due comunità nordirlandesi, unionista e

nazionalista, attraverso un approccio pragmatico alla risoluzione dei problemi; in secondo luogo, le garanzie fornite dall'Unione europea ai cittadini nordirlandesi a sostegno dell'accordo del 1998; e in terzo luogo, la sua capacità di trasformare le relazioni tra due Stati membri, il Regno Unito e la Repubblica d'Irlanda, attraverso l'innovazione istituzionale.

Non dobbiamo dimenticare che l'Unione europea ha svolto un ruolo cruciale attraverso i suoi vari programmi di aiuto e sviluppo nella trasformazione economica e sociale dell'Irlanda del Nord e delle zone di frontiera. Complessivamente, il suo contributo finanziario è stato pari a 13 miliardi di euro tra il 1994 e il 2020, il che ha avuto un ruolo importante nello sviluppo socioeconomico della regione. Il settore agroalimentare dell'Irlanda del Nord, che coinvolge principalmente le piccole imprese, è stato uno dei principali beneficiari dei pagamenti diretti nell'ambito della politica agricola comune. Nel 2018, rappresentavano il 70% del reddito totale del settore agricolo dell'Irlanda del Nord e, secondo le stime del Ministero dell'agricoltura, la maggior parte degli agricoltori dipendeva per il 60% dai fondi dell'UE per la loro sopravvivenza.

Per 25 anni, nell'ambito della politica di sviluppo rurale per le regioni transfrontaliere, i programmi Interreg IIIA, finanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) e dal Fondo sociale europeo (FSE), hanno contribuito allo sviluppo di un'area transfrontaliera di interesse economico e sociale.

Con la Brexit però tutto ciò è cambiato come confermano le parole del Ministro delle finanze nordirlandese Conor Murphy che lo scorso 18 ottobre ha dichiarato che la sua nazione sta perdendo decine di milioni di sterline a causa della fine dei finanziamenti che in precedenza provenivano dall'UE. I fondi strutturali dell'UE sono stati sostituiti dal c.d. *Shared Prosperity Fund* (SPF), tuttavia tale fondo sarà amministrato da Whitehall e non dalle amministrazioni decentrate del Regno Unito. Murphy ha aggiunto che la situazione inerente ai finanziamenti post-Brexit «non è positiva in quanto vi è una perdita annuale di 70 milioni di sterline». Come sottolinea Peter Leyland nel suo saggio, il SPF è già stato aspramente criticato per non aver dato ai governi decentrati voce in capitolo su come spendere le risorse: questo è un concreto esempio dell'impatto della Brexit sullo stato multi-livello britannico. Non va neppure dimenticato il fatto che l'Unione europea ha partecipato attiva-

mente alla ricerca di soluzioni comuni nei settori dello sviluppo urbano, rurale e costiero e della gestione ambientale e questi fondi europei sono cogestiti da Dublino e Belfast, inoltre l'Irlanda del Nord ha ricevuto un sostegno finanziario significativo attraverso i programmi europei per la pace e la riconciliazione.

Purtroppo le conseguenze negative sull'Irlanda del Nord della Brexit sono state oscurate durante la campagna del giugno 2016. La verità è che l'uscita del Regno Unito dall'UE era chiaramente in contrasto con l'accordo del Venerdì Santo. Infatti, in base ad un'interpretazione teleologica di quest'ultimo si può senz'altro giungere alla conclusione che l'appartenenza sia del Regno Unito che della Repubblica d'Irlanda all'UE era una *conditio sine qua non* per l'implementazione dell'accordo e ciò è confermato dal terzo paragrafo del preambolo all'accordo tra il Governo del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e il Governo dell'Irlanda, dove si afferma che:

«Desiderosi di sviluppare ulteriormente le relazioni uniche tra i loro popoli e la stretta cooperazione tra i loro Paesi come vicini amichevoli e come partner nell'*Unione europea*» (corsivo nostro).

Da un punto di vista politico ciò che è stato illustrato sin d'ora potrebbe essere catalogato semplicemente come le lamentele di un *Remainer* che non accetta il risultato (risicato) del referendum (giuridicamente non vincolante) del 2016. Ma non è così. Nessuno mette in dubbio il diritto del Regno Unito, previsto del resto dall'art. 50 TUE, di uscire dall'Unione europea, ma quello che rimane a 5 anni e mezzo di distanza è un *vulnus* giuridico e costituzionale il quale non è stato in alcun modo sanato dall'accordo di uscita e dal protocollo sull'Irlanda del Nord. C'è un "peccato originale" che ha condizionato e continua a condizionare lo *status* giuridico dell'Irlanda del Nord *post* Brexit. Questo peccato consiste nel fatto che, prima di procedere alla consultazione del 2016, il Governo Cameron avrebbe dovuto informare per vie ufficiali il Governo della Repubblica d'Irlanda della sua intenzione di indire un referendum e avrebbe dovuto altresì consultare preliminarmente il popolo nordirlandese. Non dimentichiamo infatti che sebbene l'Irlanda del Nord stia attualmente subendo il pieno impatto della Brexit, nel referendum del

23 giugno 2016 ben il 55,8% della sua popolazione ha votato a favore della permanenza nell'Unione europea, nonostante il fatto che il *Democratic Unionist Party* e l'allora Primo Ministro Arlene Foster fossero (inspiegabilmente) favorevoli all'uscita. Firmando l'accordo del Venerdì Santo il Regno Unito aveva creato un doppio vincolo rispetto alla sua appartenenza all'UE. Prima avrebbe dovuto sciogliersi dal vincolo dell'accordo e soltanto dopo indire il referendum sulla Brexit. Da un punto di vista giuridico costituzionale questa sarebbe stata la via maestra, ma da un punto di vista politico una tale soluzione non è mai stata presa in considerazione, non solo perché questo sarebbe stato un percorso irto di ostacoli, ma soprattutto perché il Governo Cameron era convinto che avrebbe prevalso il *Remain* e che quindi una procedura del genere non fosse necessaria. Purtroppo le cose sono andate altrimenti e il "genio è uscito dalla bottiglia" e neppure un Governo *pro* Brexit come quello di Boris Johnson sa come farlo rientrare. Peter Leyland conclude il suo saggio dicendo che:

«I believe the practical problems related to the agreements reached can be successfully addressed in the traditional pragmatic manner but the mega question, namely, the future integrity of the UK itself, will of course depend on the ebb and flow of the political tide in Scotland, Northern Ireland and Wales».

Forse ha ragione Leyland nel dire che i problemi pratici di implementazione degli accordi UE-UK e, in particolare, del Protocollo nordirlandese, potrebbero essere risolti con il tradizionale pragmatismo britannico, ma l'impressione è che anche le questioni più banali dall'importazione delle salsicce fresche ai diritti di pesca si siano trasformate tutte in bandiere ideologiche.

La verità è che la Brexit è stato un esempio lampante di come il futuro dell'Irlanda del Nord sia stato deciso da una maggioranza di cittadini britannici senza la libera scelta del popolo nordirlandese o la consultazione con la Repubblica d'Irlanda, co-garante degli accordi di pace. La decisione di tenere un referendum in tutto il Regno Unito senza prima passare da Belfast significa che lo Stato britannico non ha riconosciuto la specificità dell'Irlanda del Nord e il carattere multi-nazionale del Regno

Unito. Pur con qualche difficoltà, fino al 2016 l'Irlanda del Nord era un esempio di successo della *governance* multi-livello, ma purtroppo con Brexit è stato aperto il vaso di Pandora e sarà difficile se non addirittura impossibile richiuderlo.

Saggi e articoli

Il federalismo fiscale in “perdurante transizione”: sul nuovo assetto finanziario e tributario del federalismo differenziato

Giuseppina Lofaro

Il presente saggio rappresenta un tentativo di ricostruzione della farragginosa riforma in itinere e del copioso dibattito interdisciplinare, in un'ottica promozionale di competizione virtuosa tra i territori. Il percorso per l'autonomia differenziata può costituire l'occasione utile per una “fiscalità di sviluppo” ossia per rinnovare il sistema tributario delle Regioni alla luce delle specificità locali, al fine di raggiungere anche fini promozionali ed extra-fiscali. Alla luce dell'analisi comparata, utile potrebbe esser l'importazione in Italia del sistema spagnolo di fiscal joint responsibility. Il federalismo differenziato dovrebbe costituire un trait d'union verso il federalismo fiscale, al fine di riprenderne l'itinerario interrotto, in un'ottica sistematica di collaborazione e coordinamento secondo un modello cooperativo.

1. Premessa

La legge delega 5 maggio 2009, n. 42¹ contiene i principi ed i criteri direttivi per l'attuazione del federalismo fiscale². In attuazione di essa, con riferimento all'articolo 119 della Costituzione, sono stati emanati nove decreti legislativi³, orientati a determinare il nuovo assetto dei rapporti economici e finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali.

¹ Cfr. A. MORRONE, *Enti locali, Regioni e Stato nella legge delega n. 42 del 2009 sul “federalismo fiscale”*, in G. CAIA, T.F. GIUPPONI, A. MORRONE (a cura di), *Quale ordinamento per gli Enti locali? Organizzazione servizi pubblici e “federalismo fiscale”*, Bologna, Bononia University Press, 2009, pp. 159-179.

² F. CERNIGLIA, *La partita aperta del federalismo fiscale*, in *Agg. Soc.*, Studi e ricerche, 2009, pp. 491-503.

³ La legge delega è stata attuata attraverso l'emanazione dei seguenti decreti legislativi: d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, Attribuzione a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni di un

Il piano di attuazione della delega *de qua* risulta realizzato soltanto in parte nell'ordinamento, specialmente a causa di grandi cambiamenti subentrati nel quadro istituzionale, essenzialmente riconducibili all'aggravarsi della crisi economica e finanziaria ed alla susseguente esigenza di un'aumentata centralizzazione delle decisioni di entrata e di spesa.

Nel contesto *de quo*, uno tra i fattori più avanzati della normativa sul federalismo, ossia i c.d. fabbisogni *standard*⁴ nonché le capacità fiscali, ha acquisito rilievo quale criterio di assegnazione delle risorse agli enti locali⁵.

proprio patrimonio (c.d. federalismo demaniale); d.lgs. 17 settembre 2010, n. 156, Disposizioni recanti attuazione dell'articolo 24 della legge 5 maggio 2009, n. 42, in materia di ordinamento transitorio di Roma Capitale; d.lgs. 26 novembre 2010, n. 216, Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province; d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, Disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale; d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68, Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle Regioni a statuto ordinario e delle Province nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard del settore sanitario; d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88, Disposizioni in materia di risorse aggiuntive e di interventi speciali per la rimozione degli squilibri economici e sociali, a norma dell'articolo 16 della legge 5 maggio 2009, n. 42; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli Enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42; d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149, meccanismi sanzionatori e premiali relativi a Regioni, Province e Comuni; d.lgs. 18 aprile 2012, n.61, Ulteriori disposizioni recanti attuazione dell'articolo 24 della legge 5 maggio 2009, n. 42, in materia di ordinamento di Roma Capitale, poi oggetto di un provvedimento correttivo, costituito dal d.lgs. 26 aprile 2013, n.51, recante modifiche al d.lgs. n. 61 del 2012. In seguito, è stato emanato il d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, con cui sono state apportate modifiche ed integrazioni al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi. In attuazione di quanto previsto dalla legge, il piano di attuazione del federalismo fiscale è esplicito nella relazione semestrale sull'attuazione della legge delega, approvata dalla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale: le relazioni pubblicate sono reperibili su <https://parlamento17.camera.it/163>.

⁴ G. RIVOCCHI, *La determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali: un elemento di incertezza nella via italiana al federalismo fiscale*, in *Federalismi.it*, 8, 2011, pp. 1-31.

⁵ S.M. RONCO, *Considerazioni in merito all'autonomia tributaria ed agli spazi di equità orizzontale nel tempo del regionalismo differenziato*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2020, p. 146, evidenzia che «la circostanza che le Regioni interessate ai maggiori spazi di autonomia si siano fatte parte attiva nel proporre il metodo dei costi *standard* per il calcolo dei fabbisogni relativi alle competenze aggiuntive pare espressione di aderenza a criteri propri del federalismo cooperativo posti a fondamento del percorso di riforma del 2009; ciò sul presupposto che proprio la determinazione dei costi relativi ai LEP – a valle dei quali soltanto possono individuarsi i fabbisogni *standard* – risponde con completezza ad un modello di federalismo attento ai principi di perequazione, nella consapevolezza che solo così può giungersi ad un'effettiva tutela delle istanze solidaristiche di perequazione, superando l'attuale assetto dei rapporti che favorisce un esercizio di

2. *Profilo ricostruttivo dei rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali*

L'ordine dei rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali di cui alla legge n. 42 del 2009 è fondato sul superamento del sistema di finanza derivata e sul conferimento di un'ampliata autonomia di entrata e di spesa agli enti decentrati, nel rispetto dei principi costituzionali di solidarietà, riequilibrio territoriale e coesione sociale⁶. In particolare, nell'ambito della struttura fondamentale delle entrate di Regioni ed enti locali, vengono stabiliti i principi regolatori dell'assegnazione di risorse perequative agli enti dotati di ridotte capacità di autofinanziamento e vengono altresì specificati gli strumenti mediante cui assicurare il coordinamento della finanza pubblica tra i livelli di governo⁷. Nella definizione dei principi fondanti il sistema di finanziamento delle autonomie territoriali, la legge differenzia le spese inerenti i diritti essenziali di cittadinanza, come sanità, assistenza, istruzione e quelle concernenti le funzioni fondamentali degli enti locali (per cui si stabilisce l'integrale copertura dei fabbisogni finanziari) rispetto a quelle che vengono maggiormente finanziate con gli strumenti precipui dell'autonomia tributaria, per le quali si prevede un finanziamento delle funzioni fondato sulla differenziazione dei livelli di ricchezza dei territori ovvero la c.d. perequazione delle capacità fiscali.

In relazione alle summenzionate funzioni riguardanti i diritti civili e sociali, spetta allo Stato definirne i livelli essenziali delle prestazioni, che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale in maniera appropriata ed efficiente; ad essi sono connessi i fabbisogni *standard*, indispensabili proprio a garantire tali prestazioni; le altre funzioni o spese decentrate saranno invece finanziate sulla base di un modello di perequazione delle capacità fiscali, che dovrebbe sostanzialmente

discrezionalità a livello centralizzato in base ad esigenze contingenti e giustifica situazioni 'de-responsabilizzanti' grazie al mantenimento del criterio della spesa storica.

⁶ C. BUZZACCHI, *Regionalismo differenziato e finanza: più autonomia o più risorse?*, in AA.Vv., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile. Atti del convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità"*, Milano, 8 ottobre 2019, Milano, 2019, pp. 43-52.

⁷ S. PIPERNO, *Regionalismo asimmetrico e relazioni tra livelli di governo: profili economici e di finanza pubblica*, in AA.Vv., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., pp. 93-105.

rappresentare un tendenziale avvicinamento delle risorse a disposizione dei diversi territori, senza alterare l'ordine delle rispettive capacità fiscali. È invece stabilito un trattamento differente, intermedio rispetto a quello delle precedenti funzioni enucleate, per il trasporto pubblico locale, nonché per gli interventi speciali *ex art.* 119, quinto comma, Cost.

Per quel che concerne le modalità di finanziamento delle funzioni, in linea di principio, il normale esercizio di esse dovrà essere consentito mediante le risorse derivanti dai tributi e dalle entrate proprie di Regioni ed enti locali, dalle compartecipazioni al gettito di tributi erariali e dal fondo perequativo. La normativa in analisi contiene difatti i criteri direttivi finalizzati ad individuare i tributi propri e le compartecipazioni da assegnare ai diversi livelli di governo, alla luce dei principi di territorialità, di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza *ex art.* 118 Cost., nonché le modalità di conferimento agli stessi di cespiti patrimoniali, per definire un quadro orientato a permettere concretamente l'esercizio dell'autonomia tributaria da parte dei governi decentrati, nonché un adeguato livello di flessibilità fiscale.

Con riferimento al sistema tributario dello Stato, nel complesso dovrà essere salvaguardato l'obiettivo di non alterare il criterio della sua progressività, ossequiando il principio della capacità contributiva ai fini del concorso alle spese pubbliche ai sensi dell'art. 53 Cost.

In linea generale, nell'ambito del tentativo di riforma *de qua* viene previsto inoltre il principio per cui l'imposizione fiscale dello Stato deve essere ridotta in misura corrispondente alla più ampia autonomia di entrata di Regioni ed enti locali⁸.

2.1 Gli angusti margini di autonomia impositiva regionale tra divieto di doppia imposizione e principio di contenenza

In un'ottica di maggiore completezza dell'analisi tecnico-giuridica che qui si conduce, pare opportuno effettuare, sia pure brevemente, qualche considerazione ulteriore in merito agli spazi di autonomia impositiva a livello regionale, specialmente alla luce delle indicazioni nel tempo formulate dalla Corte costituzionale, in particolare con riferimento al

⁸ R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

c.d. divieto di doppia imposizione nonché al principio della continenza. Inoltre, ai fini di un'ottimale comprensibilità del *logos* in corso, si ritiene altresì utile un approfondimento sulle diverse tipologie di fonti di finanziamento regionale di tipo prettamente tributario, nell'ambito, tra l'altro, della distinzione tra i c.d. tributi propri, propri-derivati.

Specificamente, per quel che concerne le entrate fiscali, sussiste, come in parte già rilevato, un meccanismo articolato di finanziamento delle funzioni di competenza regionale, essendo ad esse attribuita la gestione di specifiche entrate, di natura squisitamente tributaria, racchiuse nelle categorie dei tributi propri in senso stretto, tributi propri derivati ed addizionali su basi imponibili di tributi erariali.

Oltre a tali fonti di finanziamento di natura puramente tributaria, vi sono altresì ulteriori tipi di entrate quali le compartecipazioni al gettito dei tributi erariali nonché una quota di riparto del fondo di perequazione⁹. In linea con quanto già accennato, può ritenersi che le prerogative conferite alle Regioni a Statuto ordinario con riferimento alla potestà impositiva risultino deboli e limitate, in quanto, anche in relazione al complesso dei tributi propri, gli spazi di autonomia tributaria piena sono stati delineati soltanto in relazione ai tributi propri autonomi, in realtà di scarso rilievo applicativo anche perché istituiti e disciplinati a livello regionale in via residuale ossia con riguardo a presupposti non sottoposti ad imposizione da parte dello Stato *ex art. 8, comma 1, d.lgs. n. 68/2011*. Invece, per quel che concerne i tributi propri derivati, i margini attribuiti alla politica fiscale regionale permangono delimitati in modo rigido attraverso i confini fissati dalle norme statali. Difatti, si tratta di tributi menzionati all'*art. 8, comma 3, d.lgs. n. 68/2011*, normati da legge statale, il cui gettito è poi conferito alle Regioni.

⁹ A tal proposito, A. PERSIANI, *La riforma costituzionale Renzi-Boschi e la sua incidenza sul federalismo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2017, p. 51 ss., rileva che «in attuazione della legge delega sono stati emanati ben nove decreti legislativi di attuazione, tra cui quelli sull'autonomia tributaria delle Regioni a Statuto ordinario (d.lgs. n. 68 del 2011) e dei Comuni (d.lgs. n. 23 del 2011). Quanto alle prime, il finanziamento delle relative spese è affidato ai tributi – in particolare, tributi propri in senso stretto, tributi propri c.d. derivati, addizionali sulle basi imponibili di tributi erariali – alle compartecipazioni al gettito dei tributi erariali e al riparto del fondo perequativo. Quanto ai secondi, si prevedono i tributi propri istituiti dallo Stato, quelli istituiti dalle Regioni, i tributi di scopo comunali, le compartecipazioni al gettito dei tributi statali (tra cui l'IVA e l'IRPEF), il riparto dei fondi perequativi».

Recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale¹⁰ parrebbero aprire orizzonti ai fini di una prossima rivalutazione dell'autonomia impositiva regionale con riferimento ad alcuni tributi rientranti tra i c.d. tributi propri. Tuttavia, allo stato attuale, si riscontra criticamente la mancanza di una piena attuazione del principio di connessione tra risorse e funzioni e perciò in sostanza un'inattuazione del federalismo fiscale, essendo la parte più consistente delle risorse finanziarie regionali costituita dall'attribuzione del gettito (*id est*: compartecipazione) dei tributi erariali, fissata a livello statale in relazione al *quantum* di spettanza per le Regioni ordinarie.

Pertanto, permangono ridotti margini ai fini dell'introduzione di tributi propri autonomi da parte delle Regioni a Statuto ordinario. Ciò è stato determinato specialmente dal c.d. divieto di doppia imposizione ossia dall'affermazione, con valore preponderante, della preminenza statale nonché della *ratio* di protezione dell'unità dell'ordinamento rispetto alla configurazione di margini di autonomia impositiva delle Regioni ordinarie. Difatti, in applicazione del principio *de quo*, lo Stato sostanzialmente ha riservato a sé un ruolo preminente che in concreto ha compresso la potestà impositiva regionale, residuando unicamente per quest'ultima la possibilità di istituire tributi propri regionali e locali che esulino da presupposti già impegnati dallo Stato centrale.

Un altro basilare criterio di coordinamento che ha contribuito a circoscrivere i confini di autonomia impositiva delle Regioni è il principio della continenza¹¹ per cui qualsiasi eventuale esercizio di potestà impositiva regionale potrebbe esser legittimo unicamente a condizione che i presupposti dei connessi tributi propri autonomi afferiscano alle

¹⁰ Si v. la sentenza della Corte cost. 20 maggio 2019, n. 122 sul rapporto tra legislazione statale e regionale in relazione all'applicazione della tassa automobilistica. Con questa pronuncia la Corte, oltrepassando il proprio pregresso orientamento, ha aperto un angolo visuale di interesse in vista di un riconoscimento di un maggiore spazio di manovra in capo alle Regioni che intendono perseguire un percorso di differenziazione sotto il profilo di una maggiore autonomia fiscale in ordine all'applicazione della tassa *de qua*, qualificando il tributo in questione come *tertium genus* rispetto alle categorie dei *tributi propri in senso stretto e propri derivati*. Cfr. sull'analisi *de qua* A. GIOVANARDI, *Complicate ricostruzioni per risolvere questioni microconfittuali di dettaglio: il bollo auto come paradigma di un'autonomia tributaria asfittica e, comunque, sempre sottrattiva*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, p. 441.

¹¹ Sul principio di continenza si veda F. GALLO, *I principi del federalismo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2012, pp. 2-25, spec. p. 12 ss.

materie oggetto *stricto sensu* di competenza esclusiva regionale *ex art.* 117, comma 4, Cost.¹².

Perciò, l'unico margine di discrezionalità in materia tributaria¹³ si concreta nella facoltà di modulare le aliquote su specifici tributi derivati e di innestare, in determinati casi, esenzioni e deduzioni *ad hoc*.

Per tale via, lo spazio impositivo conferito alle autonomie locali è estremamente limitato, concretandosi soltanto nella facoltà di introdurre spartite fattispecie di tributi corrispettivi e di scopo, aventi ad ogni modo presupposti diversi da quelli statali ed in ogni caso nella *conditio* imprescindibile che essi ossequino i principi dell'ordinamento tributario inseriti nel sistema *tributario* in sostanza gestito a livello centrale, oltre che, *last but not least*, siano in armonia con la Costituzione.

Come già evidenziato, la compressione dei margini di autonomia impositiva delle Regioni ordinarie è stata accentuata dalla congiuntura economica sfavorevole che ha colpito l'Italia e che ha determinato l'adozione da parte del legislatore statale di misure emergenziali che, in linea con gli obiettivi di consolidamento dei conti pubblici, hanno di fatto svuotato l'autonomia finanziaria di Regioni ed enti locali.

Di pari passo rispetto alle riforme estensive del vincolo del pareggio di bilancio altresì nei confronti degli enti territoriali, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale rispetto all'ampiezza della competenza statale di coordinamento finanziario, in tempi di crisi, ha avallato un invasivo controllo statale in merito alle modalità di allocazione delle risorse nonché sugli obiettivi di spesa a livello regionale. Pertanto, sono state ritenute legittime norme statali contenenti precisi vincoli alle politiche di bilancio delle Regioni che hanno causato un'autonomia di spesa delle stesse in netta compressione¹⁴.

¹² G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2019, p. 150.

¹³ R. MICELI, *Federalismo fiscale e principi europei. Spazi di autonomia, livelli di responsabilità e modelli di federalismo*, Milano, 2014, p. 78 ss.

¹⁴ Cfr. l'orientamento della Corte cost. di cui alla sentenza n. 64/2016, in cui la Corte ha affermato che le politiche di bilancio delle Regioni sono «parte della finanza pubblica allargata e che, pertanto, il legislatore può, con una disciplina di principio, legittimamente imporre alle Regioni e agli enti locali, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi finanziari, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti territoriali».

Il quadro complessivo sin qui delineato appare perciò contraddittorio rispetto alla concreta attuazione delle politiche federaliste in materia fiscale.

3. *Aspetti tributari e di finanza pubblica del federalismo differenziato*

Il percorso per l'autonomia differenziata¹⁵ può costituire l'occasione utile per rinnovare il sistema tributario delle Regioni alla luce delle specificità locali (ad es. l'agricoltura), al fine di raggiungere altresì fini promozionali ed *extra*-fiscali, inerenti alle nuove prerogative ambientali, di tutela del paesaggio, culturali e di sussidiarietà orizzontale¹⁶.

Per quel che concerne le implicazioni finanziarie del federalismo differenziato, le fonti di finanziamento delle nuove spese che le Regioni richiedenti l'autonomia differenziata dovranno affrontare sono indicate sinteticamente nelle bozze di intesa che fanno riferimento ad una compartecipazione o ad una riserva di aliquota al gettito di uno o più tributi erariali, maturati nel territorio regionale¹⁷.

Sempre dall'analisi tecnico-giuridica delle bozze di intesa, si desume che con criterio prioritario l'IRPEF è ritenuto essere il tributo su cui istituire una compartecipazione al gettito maturato nel territorio regionale, nonostante a tale opzione si riconnettano rischi di un aumento dei trasferimenti perequativi, essendo la sua distribuzione sperequata nel territorio del nostro Paese¹⁸.

Pare opportuno evidenziare che il dibattito sul federalismo differenziato sia stato fondato, in linea con quanto avviene in relazione alle Regioni a statuto speciale, sulla *chance* di conferire alle Regioni i gettiti fiscali reperiti sul territorio. Nonostante ciò, questa via non è stata intrapresa nel

¹⁵ G. BERNABEI, *L'autonomia differenziata nel contesto della finanza locale*, in *Federalismi*, it, 18, 2019, pp. 1-21.

¹⁶ C. SCIANCALEPORE, *Attività turistiche e tutela dell'ambiente nella prospettiva del Fisco*, in A. F. URICCHIO, G. SELICATO (a cura di), *La fiscalità del turismo*, Bari, Cacucci Editore, 2020, pp. 63-104, spec. P. 96 ss.

¹⁷ Si veda G. TRIA, *Il processo di attuazione dell'autonomia differenziata: osservazioni sui profili finanziari delle bozze di Intesa tra Stato e Regioni Veneto e Lombardia*, audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, 18 aprile 2019, in <http://documenti.camera.it/>.

¹⁸ M. AULENTA, *Velleità e rattrappimenti tributari negli assetti finanziari degli enti territoriali*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1, 2017, p. 492 ss.

disegno del sistema finanziario del regionalismo differenziato in quanto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 118 del 2015¹⁹, ha escluso in radice tale opzione poiché interventi di simil portata causano *funditus* alterazioni permanenti degli equilibri di finanza pubblica, investendo negativamente i legami solidaristici tra le popolazioni delle Regioni e la Repubblica *tout court*; per di più, compromettono alcuni profili strutturali del sistema nazionale di programmazione finanziaria indispensabili ad assicurare l'unità giuridica ed economica dello Stato.

Non è stata portata avanti neanche la proposta di diminuire progressivamente, fino ad eliminare, i c.d. residui fiscali, ossia la differenza algebrica tra i gettiti erariali maturati sul territorio e le spese pubbliche statali a vantaggio dei medesimi territori, in quanto sotto il profilo finanziario sussistono, sulla base del metodo e dei dati impiegati, incertezze di calcolo mentre sotto l'aspetto giuridico si avanzano perplessità in ordine alla legittimità costituzionale²⁰ degli stessi poiché, ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost., un aumento delle risorse finanziarie regionali potrebbe legittimamente essere disposto soltanto in caso di un incremento delle spese, con la finalizzazione dell'implementazione delle nuove funzioni conferite. Infatti, alla luce del principio di equità orizzontale²¹, le stesse manifestazioni di capacità contributiva comportano una medesima capacità di sopportazione del sacrificio fiscale, indipendentemente dall'ubicazione del domicilio fiscale sul territorio²².

¹⁹ G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile*, in *Federalismi*, it, 2015, 20, p. 2 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., 5 aprile 2016, n. 69 in cui la Corte costituzionale afferma che il criterio del residuo fiscale non costituisce parametro normativo riconducibile all'art. 119 Cost., ma piuttosto rappresenta un concetto impiegato nel tentativo, «storicamente ricorrente tra gli studiosi della finanza pubblica», di individuare l'ottimale ripartizione territoriale delle risorse reperite mediante l'imposizione fiscale. Per cui il concetto di residuo fiscale è stato impiegato piuttosto quale mera «ipotesi di studio» che come «parametro di correttezza legale nell'allocazione territoriale delle risorse».

²¹ Su tali profili, si v. le chiare note di S.M. RONCO, *Considerazioni in merito all'autonomia tributaria ed agli spazi di equità orizzontale nel tempo del regionalismo differenziato*, cit., p. 141 ss.

²² In merito a ciò, M. BENVENUTI, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, testo definitivo della relazione al Convegno del Gruppo di Pisa *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Università degli Studi di Trento, 18-19 settembre 2020, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1, 2021, p. 125, afferma che «le recenti richieste di attivazione dell'art. 116,

Di rilievo appare, nell'ambito delle bozze di intesa, l'innesto di una clausola per cui eventuali variazioni di gettito derivanti dall'applicazione dell'aliquota, ipotizzata fissa, di compartecipazione oppure di aliquota riservata, sono di competenza regionale. Tale opzione permette alle Regioni con maggiori *performance* di trattenere le eventuali risorse aggiuntive riscosse nel proprio territorio²³ ed inoltre rispecchia le esigenze di autonomia che tuttavia, giova ricordarlo, devono andare di pari passo rispetto all'attribuzione dei profili sostanziali di responsabilità²⁴.

Sulla base di quanto sin qui enucleato, può sostenersi che l'autonomia differenziata, in linea con quanto previsto nelle bozze di intesa, permette alle Regioni maggiormente performanti (rispetto a quelle centralizzate) sotto l'aspetto gestionale di appropriarsi della differenza tra l'ammontare della compartecipazione assegnata dallo Stato, pari al fabbisogno *standard*, ed il costo effettivo affrontato per l'esecuzione delle nuove funzioni attribuite.

Tale meccanismo di finanziamento determina una diminuzione di risorse per le altre Regioni e per tale via fa emergere *ictu oculi* come, in fin dei conti, l'attuazione del federalismo differenziato gravi sulle finanze dello Stato centrale²⁵.

co. 3, Cost. sembrano espressive di una sorta di "federalismo amorale", in quanto teso in prima battuta ad appropriarsi e, dunque, a trattenere le risorse finanziarie nei territori di riferimento a detrimento degli altri, oltre che a discapito dei principi dell'art. 119 Cost.».

²³ Ad ogni modo, anche se l'eventuale *extra*-gettito rispetto ai fabbisogni *standard* (o alla spesa storica) rimane nella disponibilità della Regione, dall'altro, allorché il gettito risulti inferiore, è stabilita l'applicazione di un meccanismo biennale di revisione delle aliquote che, in concreto, opera con un effetto di compensazione rispetto alle minori entrate. Cfr. *funditus* su tali aspetti la posizione della Corte dei conti, sezione delle autonomie, espressa nell'*Audizione della Corte dei conti su attuazione del federalismo fiscale e definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, 3° comma, della Costituzione*, 17 luglio 2019, p. 17, in www.corteconti.it.

²⁴ A tal proposito, si v. le efficaci osservazioni di A.F. URICCHIO, *Primi passi nella direzione dell'autonomia regionale differenziata. Profili finanziari*, in *Riv. della Corte dei conti*, 3, 2019, p. 10 ss.

²⁵ «Gli Accordi preliminari e le bozze di Intesa, pur caratterizzandosi per una certa genericità quanto ai loro contenuti finanziari, contengono una serie di disposizioni che, per un verso, appaiono distoniche rispetto al principio di corrispondenza tra le funzioni e le risorse e, per un altro, rischiano di riverberarsi negativamente sulle risorse destinate alle altre Regioni». Le parole racchiuse tra virgolette sono tratte dal recentissimo saggio di M. BENVENUTI, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, cit., p. 125.

Infine, le bozze di intese prevedono una norma contenente misure di compensazione di interventi statali sulle basi imponibili e sulle aliquote dei tributi regionali. Nello specifico, è disposto che, fino alla determinazione dei fabbisogni *standard*, l'intervento tributario dello Stato che innesta ulteriori agevolazioni fiscali e, conseguentemente, diminuisce gli imponibili nonché i gettiti oggetto di compartecipazione o di riserva di aliquota, in primo luogo l'IRPEF, sia sottoposto a meccanismo compensativo²⁶.

4. Le richieste di autonomia tributaria regionale differenziata, specialmente in tema di agevolazioni fiscali

L'implementazione dell'autonomia fiscale è contenuta nelle bozze di intesa che prevedono specificamente la possibilità, per le Regioni, di legiferare sui propri tributi, anche se non viene chiarito se i tributi propri delle Regioni richiedenti l'autonomia differenziata mutino da derivati in autonomi²⁷.

Di rilievo appare la previsione che permette alle Regioni richiedenti l'autonomia differenziata di esercitare la loro competenza legislativa ed amministrativa per concedere incentivi, contributi, agevolazioni, sovvenzioni e benefici, sempre in ossequio alla disciplina europea sugli aiuti di Stato. La richiesta di una potestà legislativa esclusiva e, perciò, di quella amministrativa in materia di agevolazioni regionali concerne anche la normativa dei «benefici derivanti dal riconoscimento di crediti d'imposta in favore di investimenti privati sul territorio». A tal proposito, le Regioni possono concedere agevolazioni fiscali, eventualmente utilizzabili dai contribuenti in compensazione, secondo le norme del Capo II del d.lgs. n. 241 del 1997, inglobando le perdite di gettito con il proprio bilancio. A prescindere dal mancato richiamo *expressis verbis*, vigono sempre i limiti derivanti dall'ordinamento comunitario, quali il divieto di introduzione di dazi doganali o tasse ad effetto equivalente,

²⁶ Per tale via, si riaffaccia, pur senza menzione espressa, una norma centrale nel disegno federalista che negli ultimi anni è stata applicata "a singhiozzo", ossia la disposizione ex art. 11 del d.lgs. n. 68 del 2011 che sancisce la compensazione dei minori gettiti regionali a seguito degli interventi tributari statali di riduzione della base imponibile.

²⁷ A.F. URICCHIO, *Complessità e criticità dell'attuazione del federalismo fiscale*, in A.F. URICCHIO (a cura di), *Federalismo fiscale: evoluzione e prospettive*, Bari, Cacucci Editore, 2013, p. 41 ss.

di discriminazioni di altra natura nonché dalle norme costituzionali in materia tributaria e finanziaria.

Le bozze prevedono inoltre il “riversamento diretto” alle Regioni dei recuperi di gettito derivanti dagli istituti di *tax compliance* di deflazione del contenzioso.

Per di più, l’implementazione del federalismo differenziato dovrebbe consentire di conferire alla Regione altresì il gettito concernente l’attività di recupero fiscale dell’evasione dell’IVA anche se, giova rammentarlo, la previsione *de qua*, poiché già sancita *ex art.* 9, comma 2, del d.lgs. n. 68 del 2011, dovrebbe in realtà applicarsi per tutte le Regioni.

Nell’ambito delle bozze di intesa, non sussiste invece la richiesta da parte delle Regioni di ulteriori margini di imposizione tributaria, – neppure con riferimento alle materie e funzioni su cui si è demandata l’autonomia differenziata – che sarebbero concretamente portatori di una maggiore autonomia nonché di responsabilità fiscale. È pur vero che il noto orientamento restrittivo della Corte costituzionale n. 102 del 2008²⁸ sostanzialmente non consente alle Regioni a Statuto ordinario di istituire tributi propri, essendo i presupposti impositivi già tutti oggetto dei tributi statali. In realtà, i principi di coordinamento sono stati delineati ad opera della legge delega n. 42 del 2009 che ha fissato margini assai ristretti²⁹ di autonomia impositiva per le Regioni. Per di più, sussiste il divieto di doppia imposizione sul medesimo presupposto che certamente funge da argine alle richieste di autonomia impositiva regionale.

²⁸ Nella sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2008 si è sostenuto che «la normativa risultante dalla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione (...) vieta alle Regioni a Statuto ordinario, in difetto di una legislazione statale sui principi fondamentali di coordinamento, di disciplinare tributi già istituiti da legge statale o di istituirne altri aventi lo stesso presupposto dei preesistenti tributi statali», provvedendo in tal modo a sospendere l’attuazione del federalismo fiscale sino all’adozione di tali principi di coordinamento.

²⁹ A tal proposito, acutamente rileva F. GALLO, *Due “temi caldi” che gli studiosi di diritto tributario dovrebbero approfondire: la nozione di tributo e l’autonomia tributaria degli enti territoriali*, in *Astrid Rassegna*, 17, 2014, p. 4 che l’autonomia tributaria regionale *ex art.* 119 Cost. dipende, sostanzialmente, dalla concomitanza di «due fattori che sono di difficile, se non impossibile, realizzazione: da un lato, dall’emanazione di atti legislativi diretti a depotenziare il sistema tributario statale attraverso la rinuncia, da parte dello Stato, ad alcuni suoi tributi; dall’altro, dal simmetrico potenziamento ad opera della Regione del sistema tributario regionale, conseguente alla parallela istituzione dei tributi rinunciati. Ciò significa che, finché la congiuntura non migliorerà, lo spazio riservato all’esercizio della potestà legislativa primaria della Regione con riferimento ai tributi propri sia regionali che locali resterà minimo, se non inesistente».

Ad ogni modo, nonostante i presupposti impositivi più rilevanti siano già “occupati” dalla tassazione erariale, “la regionalizzazione” di alcune materie finora di competenza esclusiva statale o concorrente potrebbe aprire nuovi margini ai fini della valorizzazione della potestà impositiva delle Regioni³⁰, sempre nel rispetto dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario di cui alla l. n. 42 del 2009. Nello specifico, Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia hanno richiesto la competenza legislativa esclusiva nella materia «tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali», oggi unicamente di competenza dello Stato centrale, avviando così l’idea dell’introduzione di nuovi tributi regionali ambientali, ossequiosi del principio della continenza. Giova rilevare che l’auspicata ulteriore autonomia tributaria permetterebbe alle Regioni di dotarsi di un *range* di manovrabilità più ampio di quello attualmente a disposizione nonché di orientare il proprio sistema tributario in chiave ambientale³¹.

4.1 *La “fiscalità di sviluppo” tra divieto di aiuti di Stato e selettività territoriale*

In linea con quanto sin qui evidenziato, le Regioni richiedenti l’autonomia differenziata possono introdurre agevolazioni fiscali sui tributi propri derivati, sempre in ossequio al divieto di aiuti di Stato sancito all’art. 107 TFUE. Infatti, la potestà legislativa regionale *ex art.* 117 Cost.

³⁰ Cfr. le efficaci espressioni di A.F. URICCHIO, *Autonomia regionale differenziata tra criteri di riparto delle funzioni e perequazione finanziaria*, in F. PASTORE (a cura di), *Il regionalismo differenziato*, *Atti del Convegno (Cassino, 5 aprile 2019)*, Padova, Wolters Kluwer – CEDAM, 2019, pp. 77-85.

³¹ Difatti, la Lombardia ha richiesto *expressis verbis* la potestà legislativa, regolamentare ed amministrativa in materia di tributo speciale per il deposito dei rifiuti solidi in discarica e in impianti di incenerimento senza recupero energetico (c.d. ecotassa regionale), con precipuo riferimento alla potestà di determinazione regionale dell’ammontare del tributo e delle agevolazioni fiscali. L’Emilia-Romagna ha l’intento di esercitare competenze legislative ed amministrative finalizzate alla graduazione della tassa automobilistica in funzione della potenzialità emissiva dei mezzi. Invece, la richiesta veneta di regionalizzazione del gettito dell’accisa sul gas naturale rigassificato nel territorio non parrebbe spinta da finalità ambientali poiché la Regione richiede l’attribuzione del solo gettito e non anche la potestà di disciplina legislativa di un tributo in ogni caso armonizzato a livello comunitario. Su tali aspetti esemplificativi, si v. le considerazioni di C. SCIANCALEPORE, *Il federalismo differenziato tra difficoltà applicative e politiche regionali di fiscalità di vantaggio*, in *Dir. prat. trib.*, 4, 2020, pp. 1422-1423.

è sottoposta ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario³², che si concretano anche nella c.d. selettività territoriale³³.

La l. delega n. 42 del 2009 prevede, nell'ambito dei principi e dei criteri direttivi, sempre nel rispetto del diritto comunitario, forme di "fiscalità di sviluppo", facendo riferimento al fine di generare attività imprenditoriali nelle aree sottoutilizzate del Paese.

Nell'analisi tecnico-giuridica che qui si conduce, ci si intende altresì riferire alla *chance* delle Regioni richiedenti l'autonomia differenziata di avvalersi di forme di fiscalità di sviluppo e di concorrenza fiscale per attrarre investimenti e sviluppare il tessuto socio-economico locale, indipendentemente dalle condizioni economiche territoriali *ab origine*. Posto che la selettività territoriale comporta una riduzione del carico fiscale unicamente alle imprese ubicate sul territorio, ci si chiede perciò se una disposizione regionale recante una fiscalità di vantaggio, che deroghi al regime tributario generale e che trovi applicazione soltanto in un delimitato ambito territoriale, possa costituire un aiuto di Stato.

In linea teorica, in un modello di federalismo asimmetrico, di cui al terzo comma dell'art. 116 Cost., la Regione potrebbe istituire ulteriori agevolazioni fiscali, rispetto a quelle introdotte dalla legislazione nazionale. Tuttavia, in concreto, il vantaggio fiscale di cui beneficia l'impresa ubicata nel territorio regionale rischia di tramutarsi in una violazione del divieto di aiuti di Stato³⁴ per selettività geografica. La giurisprudenza europea ha enucleato alcuni principi generali, applicabili agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, finalizzati a stabilire se l'agevolazione regionale rappresenti un aiuto di Stato. Per tale via ermeneutica, le misure agevolatrici fiscali introdotte dalle Regioni ad autonomia differenziata potrebbero non ricadere nell'ambito di applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato e, perciò, non integrerebbero la fattispecie di selettività territoriale qualora risulti superato il *test* di autonomia coniato dalla Corte di giu-

³² F. AMATUCCI, *L'impatto dei principi comunitari sulla nuova fiscalità locale*, in *Finanza. loc.*, 3, 2008, p. 11 ss.; A. CARINCI, *Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell'Unione europea*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 1201 ss.

³³ C. BUCCICO, *La selettività territoriale e il federalismo fiscale*, in M. INGROSSO, G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, Jovene, 2009, p. 211 ss.

³⁴ G.M. CIPOLLA, *Le aporie del regionalismo differenziato*, in *Rass. trib.*, 2019, p. 528.

stizia finalizzato a verificare, caso per caso, se l'ente sub-statale che ha introdotto l'agevolazione fiscale sia sufficientemente autonomo rispetto al Governo centrale. Allorquando in esito al *test* risulti che la Regione sia effettivamente autonoma, l'ambito territoriale in cui ponderare la selettività sarà quello dell'ente sub-statale che ha introdotto la misura agevolatrice, non quello nazionale centrale³⁵.

In particolare, alla luce della giurisprudenza comunitaria che ha ideato il c.d. *three steps test*, l'ente territoriale deve risultare in piena autonomia rispetto al Governo centrale sotto l'aspetto istituzionale, procedurale, economico-finanziario. In relazione a tale ultimo profilo, si concretano in un vantaggio economico selettivo unicamente i trasferimenti statali verso le Regioni che fungono da compensazione rispetto al mancato gettito connesso all'introduzione di politiche fiscali di vantaggio.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, risulta opportuno applicare tale *test* alle Regioni che aspirano ad un'autonomia differenziata affinché esse possano introdurre, mediante una manovra sui propri tributi derivati, una fiscalità di vantaggio, senza violare il divieto europeo di aiuti di Stato³⁶. In particolare, considerazioni perplesse si avanzano in relazione al *test* di autonomia finanziaria allorquando le riduzioni di gettito derivanti dall'introduzione di agevolazioni fiscali sui tributi propri derivati doves-

³⁵ Si v. Corte giustizia CE, 6 settembre 2006, causa C-88/03, c.d. sentenza *Azzorre*; Corte giustizia CE, 11 settembre 2008, cause riunite da C-428/06 a C-434/06, *UGT-Rioja*; Trib. di primo grado CE, 12 dicembre 2008, cause riunite da T-211/04 a T-215/04, *Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord* e successivamente Corte giustizia UE, 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P. Per le note di dottrina, si v. *inter alia* A. FANTOZZI, *I rapporti tra ordinamento comunitario e autonomia finanziaria degli Enti territoriali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2008, p. 1048 ss.; F. AMATUCCI, *Il divieto di aiuti fiscali quale limite allo sviluppo delle imprese*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 1062 ss.; nella dottrina internazionale si v. D. ARMISTO, *The ECJ's Judgment regarding the Tax Autonomy of the Basque Country*, in *European Taxation*, 2009, p. 11 ss.; W. LINDSAY-POULSEN, *Regional Autonomy, Geographic Selectivity and Fiscal Aid: Between "The Rock" and a Hard Place*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 43 ss.

³⁶ L. ANTONINI, M. BARBERO, *Dalla CGCE un'importante apertura verso la fiscalità di vantaggio a favore delle imprese*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006, 2, p. 120 ss.; M. AULENTA, *Gli aiuti di Stato*, in A.F. URICCHIO, M. AULENTA, G. SELICATO (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, Cacucci Editore, 2015, p. 107 ss.; M. CALCAGNO, *Il federalismo fiscale di fronte al divieto comunitario di aiuti di Stato: il criterio della selettività nell'elaborazione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2008, p. 1145 ss.; D. IMMORDINO, *La fiscalità di sviluppo nell'evoluzione dell'autonomia tributaria delle regioni secondo la giurisprudenza comunitaria*, in *Federalismo fiscale*, 2, 2009, p. 211 ss.

sero essere compensate da un fondo di perequazione³⁷. Nello specifico, il d.lgs. n. 68 del 2011, come già evidenziato, prevede l'istituzione di due fondi, uno concernente i LEP e l'altro in relazione alle spese c.d. non LEP. In sintesi, il primo si alimenta mediante la compartecipazione regionale al gettito dell'IVA determinata in modo da assicurare alle Regioni il finanziamento delle spese LEP parametrato attraverso i costi *standard*. Il fondo *de quo* opera dopo che ogni Regione destina a copertura finanziaria delle spese pubbliche connesse ai LEP, rispettivamente, la propria quota di compartecipazione all'IVA, l'IRAP nonché le quote dell'addizionale regionale all'IRPEF.

Il secondo fondo, invece, ha il fine di diminuire, in misura non inferiore al 75%, le differenze relative alle capacità fiscali regionali; nello specifico, la norma prevede una perequazione del gettito derivante dall'applicazione dell'aliquota dell'addizionale regionale all'IRPEF, come ricalcolata *ex art. 2* del d.lgs. n. 68 del 2011, affinché essa assicuri al complesso delle Regioni di diritto comune delle entrate corrispondenti al gettito garantito dall'aliquota di base vigente ed ai trasferimenti statali soppressi. Pertanto, avviene un trasferimento di risorse dalle Regioni con maggiore capacità fiscale, in cui il gettito *pro-capite* dell'addizionale regionale all'IRPEF è superiore rispetto a quello medio nazionale *pro-capite*, verso quelle in cui la capacità fiscale è minore rispetto alla media nazionale per abitante³⁸. Perciò, con riferimento al fondo riguardante i non LEP, può ritenersi che la diminuzione di gettito dovuta ad una misura agevolativa fiscale regionale sull'addizionale all'IRPEF sarebbe compensata da un aumento dei

³⁷ Si v. il *dossier: Le entrate delle Regioni e degli enti locali*, 16 novembre 2020, Camera dei deputati - Servizio Studi, in <https://www.camera.it>. A tal proposito, autorevole dottrina ha avanzato la proposta di separare i tributi il cui gettito può essere utilizzato con finalità di perequazione e perciò non manovrabili al ribasso dalle Regioni per non contravvenire al divieto di aiuti di Stato, dai tributi di scopo orientati a finanziare le funzioni regionali su cui le Regioni potrebbero avvalersi di istituti sottrattivi poiché il mancato gettito si ripercuote unicamente sulle casse regionali, senza alcuna copertura del fondo perequativo. Cfr. C. SCIANCALEPORE, *Ordinamento comunitario e imposizione di scopo: i vincoli per la normazione interna*, in A. URICCHIO, *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*, Repubblica di San Marino, 2013, pp. 171-184; A. FANTOZZI, *I rapporti tra ordinamento comunitario e autonomia finanziaria degli Enti territoriali*, cit., p. 1052 ss.; ID., *La sentenza della Corte di giustizia C-88/03 e il dibattito sul federalismo fiscale e sulla fiscalità di vantaggio in Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 settembre 2006.

³⁸ C. SCIANCALEPORE, *Il federalismo differenziato tra difficoltà applicative e politiche regionali di fiscalità di vantaggio*, cit., p. 1428 ss.

trasferimenti di perequazione. Ciò *prima facie* potrebbe costituire una violazione del divieto di aiuti di Stato, a titolo esemplificativo, concretandosi in un mancato ossequio al principio di concorrenza³⁹ mediante un illegittimo vantaggio alle imprese.

Tuttavia, dall'interpretazione letterale in combinato disposto degli artt. 2 e 15 del d.lgs. n. 68 del 2011, si evince che l'aliquota *standard*, su cui si fonda il calcolo del gettito per abitante dell'addizionale regionale all'IRPEF, prescindendo dalle manovre fiscali sul tributo. Per cui sostanzialmente il *test* risulta rispettato dalle Regioni richiedenti la differenziazione dell'autonomia. Ma, mentre le bozze di intesa non rimandano alle disposizioni del d.lgs. n. 68 del 2011, rendendo nebulosa l'applicabilità della perequazione, lo schema di legge-quadro⁴⁰ chiarisce che le intese con cui sono conferite alle Regioni maggiori e precipue forme e condizioni di autonomia, devono essere adottate in coerenza con i sistemi perequativi previsti per il federalismo fiscale. Con riferimento all'ipotesi di una fiscalità di vantaggio attuata mediante l'attribuzione di misure agevolatrici regionali sui tributi propri, la quasi mancanza di essi nell'ambito del nostro Paese ridimensiona notevolmente le perplessità in merito ad un eventuale loro incorrere nel divieto di aiuti di Stato.

Per quel che concerne la perequazione infrastrutturale, le risorse aggiuntive e gli interventi speciali *ex art.* 16 della l. delega n. 42 del 2009 e successivo d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88 in attuazione dell'art. 119, comma 5, Cost., giova precisare che essi non possono fungere da strumento di compensazione della riduzione di gettito, essendo sottoposti al vincolo ai fini del finanziamento di spese differenti rispetto a quelle indispensabili ai fini dell'espletamento delle funzioni proprie regionali⁴¹.

³⁹ Cfr. M. MEZZANOTTE, *L'art. 116, comma 3, Cost. tra obblighi finanziari e vincoli di contenuto*, in *Federalismi.it*, 23, 2019, p. 4 ss.

⁴⁰ La bozza di legge-quadro contiene i principi per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia (art. 1) e le modalità di definizione dei LEP (Livelli Essenziali delle Prestazioni) e degli obiettivi di servizio (art. 2). Per note critiche sulla legittimità costituzionale dello schema di legge cornice cfr. L.A. MAZZAROLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla "bozza di legge-quadro" consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in *Federalismi.it*, 21, 2019, p. 9 ss.

⁴¹ Cfr. *funditus* C. SCIANCALEPORE, *Il federalismo differenziato tra difficoltà applicative e politiche regionali di fiscalità di vantaggio*, cit., spec. p. 1431.

5. *Profili di comparazione e spunti ricostruttivi per una “fiscalità di sviluppo”: l’esperienza tedesca ed il modello spagnolo*

Il panorama nazionale e sovranazionale del regionalismo in Europa, nella sua complessità, nonostante sia caratterizzato da contesti sistematici e normativi differenti tra loro, pare prestarsi ad una lettura unitaria.

Nella prospettiva attuativa del federalismo fiscale, sviluppare spunti analitici comparativi potrebbe agevolare la piena attuazione dell’autonomia finanziaria delle Regioni.

La questione dell’accentramento statale di materie *ab origine* di competenza della finanza locale emerge *ictu oculi* mediante l’angolo visuale comparativo rispetto all’evoluzione *in itinere* in ordinamenti simili a quello italiano. In particolare, la Germania e la Spagna – che peraltro hanno optato per soluzioni differenti – costituiscono i modelli europei più rappresentativi in tal senso, a cui il legislatore costituzionale italiano si è ispirato. Ambedue incarnano il modello di federalismo c.d. europeo, non competitivo, solidaristico, contraddistinto da un sistema di tributi binario, statale e locale, in cui i due livelli fiscali si interfacciano secondo il c.d. modello di frantumazione delle competenze⁴².

Invece, la Francia⁴³ risulta ancora fortemente centralizzata ed al più regionalizzata, pur avendo avviato, attraverso una modifica costituzionale, un *revirement* istituzionale, mediante l’attribuzione di competenze ulteriori alle collettività locali, specificamente in materia finanziaria.

Ancora, in Inghilterra, non vi è una Costituzione scritta e le regole tra le Regioni si fondano su consuetudini consolidate ma sovente si verificano tensioni interne per la conquista di una maggiore autonomia, specialmente in Galles ed in Scozia, territori connotati da una forte impronta nazionalistica⁴⁴.

⁴² Si rinvia alle chiare note esplicative di P. BORIA, *I principi costituzionali dell’ordinamento tributario*, in A. FANTOZZI (a cura di), *Diritto Tributario*, IV, 2013, p. 61 ss., che, tecnicamente, rileva che la frantumazione e la frammentazione si concretano nel fenomeno di compartecipazione nella disciplina e nel gettito di tributi che per origine ed istituzione sono statali.

⁴³ M. LEROY, *L’autonomie financière des collectivités territoriales*, Paris, 2016, pp. 5-431.

⁴⁴ C. SACCHETTO, *Il federalismo fiscale tra autonomia e coordinamento: aspetti comparati*, in D. CONTE (a cura di), *Dal federalismo al regionalismo. Prospettive nazionali ed esperienze europee*, Torino, 2020, p. 136.

In chiave comparata, pare utile esaminare l'aspetto problematico del meccanismo di regolazione dei rapporti tra differenti enti di governo dei vari ordinamenti, al fine di comprendere come contemperare il fine dell'autonomia con l'obiettivo del coordinamento in materia fiscale.

La Germania, Stato federale in senso proprio, ha avuto un percorso evolutivo non lineare, come l'Italia del resto. Il sistema di finanziamento tedesco si fonda su alcuni principi cardine. Innanzitutto i tre livelli di governo partecipano al gettito delle principali imposte. Le imposte sul reddito delle persone fisiche (*Einkommensteuer*) sono in parte uguale di spettanza della Federazione e dei *Länder* che, ai sensi dell'art. 106 della Cost. tedesca, devono trasferire una quota del gettito allo Stato federale ed altresì ai Comuni in relazione alla capacità contributiva per abitante. L'imposta sul reddito delle società (*Körperschaftsteuer*) viene suddivisa in parti uguali fra Federazione e *Länder*. La ripartizione dell'imposta sul valore aggiunto fra *Bund* e *Länder* è fissata con legge federale che deve essere approvata dal *Bundesrat*.

Il coordinamento tra centro e periferia acquisisce rilevanza mediante un'intensa cooperazione in materia di politica tributaria: le leggi tributarie devono essere approvate anche dal *Bundesrat* che rappresenta gli interessi dei *Länder*⁴⁵.

Nel modello tedesco i margini di competenza normativa tributaria dei singoli *Länder* sono ampi ma tuttavia si ritiene che non si possa prescindere da una normativa federale quando la materia non possa essere disciplinata in modo efficace dalla disciplina legislativa dei singoli *Länder*, ad esempio qualora la normativa di un singolo *Land* potrebbe pregiudicare i diritti degli altri *Länder* ed anche quando sia necessario garantire una disciplina federale uniforme. Sostanzialmente, viene riservata allo Stato centrale la fissazione del sistema dei principi generali, mentre si assicura ulteriore flessibilità in parte della normativa e nella determinazione delle quote di gettito, secondo un meccanismo simile a quello italiano *ex art.* 117 Cost., commi 2 e 3⁴⁶.

⁴⁵ Similmente, si era tentato in Italia di introdurre un modello di competenza legislativa indiretta e di partecipazione degli interessi locali tramite la legge di riforma costituzionale approvata dal Parlamento nell'aprile 2016, poi non confermata dagli elettori con il referendum del 4 dicembre 2016.

⁴⁶ L'art. 117, comma 2 e 3, Cost. prevede una competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia fiscale, che deve essere rispettosa dei principi generali dello Stato. Per di più,

Di recente, in Germania sono state avanzate proposte in relazione al divario nel tenore di vita tra le diverse Regioni del Paese – Nord meno ricco, Sud più ricco –, come quella di diversificare l'ammontare degli stipendi tra impiegati pubblici del Nord e del Sud, ma altresì che le imposte siano calcolate sulla base di scaglioni differenti tra *Länder*. In buona sostanza, si vorrebbe avviare una redistribuzione della ricchezza anche in funzione delle aree territoriali, una sorta di modello c.d. a due velocità, ipotizzato inizialmente nel contesto europeo *tout court*. Non mancano opinioni divergenti che evidenziano il rischio di favorire le imprese unicamente sulla base del luogo in cui esercitano l'attività ed altresì che, riducendo le tasse nelle Regioni povere, si sottrae loro entrate che invece non verrebbero meno per le Regioni ricche, mantenendo per tale via le disparità territoriali, fatti salvi gli effetti correttivi dei fondi di solidarietà.

Pare utile sottolineare come sia la stessa Costituzione tedesca all'art. 105 *Grundgesetz* a stabilire in maniera puntuale i criteri di ripartizione di competenze in materia fiscale tra *Bund* e *Länder*⁴⁷. L'art. 106 *Grundgesetz* elenca in maniera analitica il tipo di tributi di spettanza esclusiva del *Bund* e degli altri enti, differentemente dall'Italia in cui solo lo Stato centrale ha competenza a stabilire quali presupposti, soggetti e tributi possono divenire oggetto di normativa regionale.

Per lo Stato federale tedesco, tributi esclusivi sono i dazi, le imposte di consumo non rientranti nella competenza di Regioni o Comuni, l'imposta sul trasporto internazionale di merci su strada, l'imposta sulla circolazione dei capitali, l'imposta sulle assicurazioni, le imposte sulle cambiali, le imposte straordinarie sul patrimonio, l'imposta complementare all'imposta sul reddito delle persone fisiche e giuridiche. Invece, per i *Länder*, ai sensi dell'art. 106, II, *Grundgesetz*, la competenza esclusiva è limitata alle imposte sul consumo, a quelle sulle spese, all'imposta sul patrimonio, a quella sulle successioni, all'imposta sulla circolazione di autoveicoli, all'imposta sui trasferimenti qualora non di spettanza della Federazione,

la competenza fiscale, essendo compresa in quella concorrente, è sottoposta al limite del coordinamento ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 3.

⁴⁷ F. SAPONARO, *L'armonizzazione fiscale e il ruolo delle autonomie locali nel sistema pre-federale europeo*, in *Riv. dir. trib.*, 10, 2002, p. 1083 ss.

o di essa e della Regione in comune (come a, titolo esemplificativo, l'imposta sulla birra), all'imposta sulle case da gioco.

Sussiste una competenza concorrente su tutti gli altri tributi⁴⁸.

Le imposte più diffuse destinate ai Comuni attualmente sono l'imposta sulle bevande, l'imposta sugli spettacoli, l'imposta sulla caccia, l'imposta sui cani e *last but not least* le imposte ecologiche. Rilevante è l'imposta locale sulle attività produttive (*Gewerbesteuer*), che colpisce tutti gli esercenti dell'industria, del commercio, dell'artigianato, ma non anche i liberi professionisti e le aziende agricole. Essa ha rappresentato fonte di ispirazione per il modello dell'IRAP italiana, assieme alla *Taxe professionnelle* francese. Tuttavia, a differenza dell'IRAP italiana, la *Gewerbesteuer* opera a livello locale, non regionale.

Anche in Germania, come in Italia, i Comuni non hanno una competenza legislativa tributaria ai sensi dell'art. 105 della *Grundgesetz*. Tuttavia, deve essere loro assicurata la possibilità di adempiere alle proprie funzioni attraverso la concessione di sufficienti mezzi finanziari, in ossequio al principio di autosufficienza finanziaria dei Comuni *ex art.* 28, II, *Grundgesetz*. Ai sensi dell'art. 106, VI 2, *Grundgesetz* i Comuni hanno diritto di stabilire le aliquote delle imposte reali, che devono poi essere approvate dallo Stato. Anche in Italia, i Comuni possono, entro determinati limiti fissati dalla legge statale di coordinamento, modificare le aliquote dei loro tributi ed introdurre agevolazioni.

Un altro aspetto comparatistico di rilievo nel modello tedesco è il profilo solidaristico, fondato su un sistema di perequazione verticale, essendo sancito *expressis verbis* dalla Costituzione tedesca il c.d. principio della reciproca assistenza e cooperazione tra tutti i livelli di governo, ossia dell'uniformità di condizioni tra gli enti territoriali. A tale principio si è ispirato il legislatore costituente italiano, allorché ha inserito l'art. 119 Cost., comma 4⁴⁹ e 6⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. *funditus* C. SACCHETTO, *Il federalismo fiscale tra autonomia e coordinamento: aspetti comparati*, cit., p. 143.

⁴⁹ «La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante».

⁵⁰ «Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina ri-

Nel modello tedesco il *budget* di ogni ente locale è sottoposto al controllo finanziario da parte delle Regioni che eventualmente trasferiscono risorse ossia aiuti finanziari per investimenti di particolare rilevanza dei *Länder* e dei Comuni qualora risultino indispensabili per scongiurare una turbativa dell'equilibrio economico generale, o per riequilibrare, nel territorio federale, dislivelli di potere economico. Si tratta di aiuti la cui gestione è molto delicata e la cui disciplina spetta al legislatore federale o è contenuta in accordi amministrativi sulla base della legge federale di bilancio e che deve essere approvata dal *Bundesrat*, anche se può esser "mediata" dalla Camera del *Bundesrat*, similmente a quanto accade in Spagna⁵¹. Tale tipologia di aiuti è stata corrisposta in Germania per talune funzioni ritenute essenziali quali il trasporto locale, la promozione urbanistica e gli ospedali, similmente a quanto dovrebbe avvenire in Italia. Nel sistema tedesco, ai sensi dell'art. 107 *Grundgesetz* a ciascun *Land* spetta il gettito delle imposte regionali nonché il gettito della parte regionale delle imposte sui redditi statali in relazione alla parte di tributo riscossa sul territorio della Regione.

Come in Italia, anche nel modello tedesco sussiste il limite del divieto di doppia imposizione: difatti, anche se la Carta costituzionale tedesca riconosce il potere tributario in forma congiunta al Governo ed ai *Länder*, vige la clausola per cui una volta che lo Stato, ossia il *Bund*, abbia legiferato, viene esclusa in automatico la competenza dei *Länder*. Inoltre, in applicazione del c.d. divieto di omogeneità, la competenza esclusiva delle Regioni si deve ritenere sospesa allorquando la federazione eserciti su materie omogenee i suoi poteri legislativi concorrenti.

Stabilire quando due tributi siano simili costituisce aspetto critico anche in Germania. A tal proposito, la Corte costituzionale tedesca (*BVerfG*) ha introdotto una nozione sostanziale di equivalenza: *prima facie* la *BVerfG* accerta se la fattispecie impositiva ed il modello attuativo del tributo presentino profili analogici; di seguito, essa valuta se gli effetti

sorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni».

⁵¹ Invece, in Italia, all'art. 117, comma 2, Cost. è previsto che: «lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: e) (...) armonizzazione dei bilanci pubblici, perequazione delle risorse finanziarie».

economici prodotti dalle due discipline possano ritenersi simili o addirittura coincidenti. Di fatto, pare che il Governo federale si sia avvalso da questa sua prerogativa sostanzialmente erodendo spazio ai *Länder* in relazione alla normativa tributaria di loro competenza, al fine anche di evitare un'imposizione priva di proporzione e di coordinamento a carico del contribuente⁵².

Si riscontrano similitudini nel modello spagnolo col principio del *ne bis in idem* e, come già accennato, nel modello italiano col vigente principio del divieto di doppia imposizione, anche se può ritenersi, per questo aspetto, che l'Italia vada oltre la Germania, in quanto l'art. 119, comma 1, della Carta costituzionale italiana conferisce esplicitamente ad ogni ente territoriale la facoltà di stabilire ed applicare tributi propri. Nel modello italiano emerge pertanto *ictu oculi* la *voluntas legislatoris* di valorizzazione di tutte le autonomie locali.

Per quel che concerne il modello tedesco, può ritenersi che tale posizione restrittiva della *BVerfG* provochi una limitazione dell'autonomia dei *Länder* ed anche uno squilibrio della parità decisionale in materia fiscale. Ciò pare una conferma della spinta centralista che anche nell'ordinamento tedesco si è innestata, in linea con quanto sta accadendo, soprattutto a causa della crisi economica e pandemica, in altri ordinamenti ispirati al federalismo fiscale c.d. europeo. Tale inversione tedesca costituisce purtroppo un'involuzione dell'ordinamento. Sarebbe invece quanto mai opportuno il raggiungimento di un equilibrio e un bilanciamento ai fini del concreto sviluppo dell'autonomia finanziaria dei *Länder*.

Oltre all'esperienza tedesca, il legislatore italiano nel 2001 ha preso spunto dal modello spagnolo. Difatti, nella Costituzione spagnola del 1978, sono state anticipate alcune opzioni in materia fiscale in un'ottica di *favor* verso il decentramento, seguite poi dai primi trasferimenti di funzioni, servizi e connessi finanziamenti alle Comunità autonome⁵³.

Il modello spagnolo rappresenta l'emblema della c.d. frantumazione delle competenze tra Stato ed enti locali. In particolare, a partire dagli

⁵² C. SACCHETTO, *Il federalismo fiscale tra autonomia e coordinamento: aspetti comparati*, cit., pp. 147-148.

⁵³ I. BELMONTE MARTIN, *La modernización de la gestión tributaria local en España. El caso de Suma Gestión Tributaria de la Deputacióon de Alicante*, INAP, 2016, pp. 11-234.

anni '90, in Spagna sono state approvate alcune riforme fiscali fondate sui principi del federalismo, riducendo la finanza di trasferimento ed implementando la cessione di tributi statali, compresi i connessi poteri di maggiore imposizione fiscale⁵⁴.

La Spagna ha un sistema istituzionale quasi federale, caratterizzato da tre livelli di governo: lo Stato, le Comunità autonome, le nazionalità e gli enti locali Comuni e Province.

Nella Costituzione spagnola coesistono competenze ordinarie all'art. 148, competenze libere non conferite né allo Stato né alle Comunità autonome ai sensi dell'art. 149, nonché competenze esclusive dello Stato che ex art. 150 Cost. possono essere delegate alle Comunità autonome⁵⁵.

Si tratta di un modello di federalismo asimmetrico, in cui le c.d. *Regioni forales* hanno speciali poteri di autonomia anche in materia fiscale. Tale autonomia differenziata si concreta in una diversificata attribuzione di competenze, in un diverso metodo di finanziamento nonché in una differente potestà impositiva⁵⁶.

Le Comunità autonome possiedono alcune competenze di gestione, specificamente di liquidazione per la fase di loro competenza, di raccolta del gettito, di verifica ispettiva e di revisione procedimentale.

Le entrate delle Comunità autonome ai sensi dell'art. 158 Cost. sono sostanzialmente: imposte cedute dallo Stato, addizionali su imposte statali, compartecipazioni nelle entrate statali; imposte proprie, tasse e contributi speciali; contributi derivanti da un fondo di compensazione interterritoriale ed ulteriori conferimenti a carico del bilancio dello Stato; rendite derivanti dal loro patrimonio ed entrate di diritto privato; proventi di operazioni di credito.

⁵⁴ V. RUIZ ALMENDRAL, *Fiscal Federalism in Spain. The Assignment of Taxation Powers to the Autonomous Communities*, in *European Taxation*, 11, 2002, *passim*.

⁵⁵ G. ROLLA, *La regionalizzazione dello Stato spagnolo. Alcune considerazioni in merito all'esperienza delle Comunità Autonome*, in Id. (a cura di), *Diritti, autonomie, giustizia costituzionale. Scritti di diritto pubblico comparato*, Napoli, 2015, p. 203 ss.

⁵⁶ Un regime di finanziamento speciale è attribuito alle Comunità autonome di Navarra e dei Paesi Baschi ed altresì, in virtù della peculiare posizione territoriale, alle Isole Canarie, a Melilla e Ceuta. Navarra ed i Paesi Baschi possiedono storicamente alcuni diritti ex Cost. che si riverberano sulla loro autonomia finanziaria ed impositiva. Oggi le Comunità forali hanno potestà normativa ed esecutiva sui tributi ma ciò coincide anche con una responsabilità diretta gestionale. Cfr. C. SACCHETTO, *Il federalismo fiscale tra autonomia e coordinamento: aspetti comparati*, cit., p. 150.

Nell'ambito delle entrate locali⁵⁷ rientrano il ricavato delle imposte proprie su successioni e donazioni, l'imposta di registro, le tasse su lotterie e gioco d'azzardo.

Come in Italia accade per le Regioni, similmente, in Spagna, le Comunità autonome hanno formalmente competenza ad istituire proprie tasse ma si tratta in concreto di un potere assai compresso, essendo la loro autonomia più che altro di spesa e non di entrata.

La Costituzione spagnola, nella cornice dei principi di solidarietà e sufficienza, dedica poi sparute disposizioni alle norme sulle autonomie locali agli artt. 140, 141, 142. Essa consente quindi un sistema aperto a sviluppi potenziali differenti sull'amministrazione e le finanze locali.

Rilevante appare l'elaborazione spagnola di un modello originale di coesistenza e coordinamento tra Stato centrale e Comunità autonome o regionali che implementa l'autonomia tributaria, tramite la compartecipazione e disciplina congiunta delle competenze in materia di imposte statali, quali l'imposta sul reddito delle persone fisiche⁵⁸, quella sul patrimonio, l'imposta sulle successioni e donazioni nonché l'*Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*.

L'autonomia delle Comunità autonome è valorizzata altresì nella facoltà di aggiungere detrazioni proprie, ad es. per circostanze personali e familiari, per investimenti non imprenditoriali, nonché modificare gli scaglioni di progressività *ex art. 46 LOFCA (Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas)*⁵⁹.

Tale modello ha prodotto buoni risultati in quanto i governi regionali ricevono una quota cospicua del gettito fiscale complessivo.

⁵⁷ R. SANZ GOMEZ, *Tributos propios de las comunidades autonomas*, Valencia, 2017, pp. 12-507.

⁵⁸ Sebbene l'IRPF (*Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*) e le altre imposte cedute rimangono formalmente di titolarità statale, la base imponibile al netto delle deduzioni è gravata di due aliquote: un'aliquota statale ed un'aliquota regionale approvata da ogni Comunità autonoma. Allorquando quest'ultima non utilizzi la propria capacità normativa, si applica l'aliquota complementare fissata dallo Stato. Si tratta di un sistema complesso analizzato nel dettaglio da C. SACCHETTO, *Il federalismo fiscale tra autonomia e coordinamento: aspetti comparati*, cit., pp. 153-154.

⁵⁹ S. RAGONE, *Il finanziamento delle Comunità autonome in Spagna: dalla Costituzione, alla LOFCA, agli Statuti di autonomia riformati? Cronaca di un complesso intreccio normativo*, in F. PALERMO, N. NICOLINI (a cura di), *Federalismo fiscale in Europa: esperienze straniere e spunti per il caso italiano*, Napoli, 2012, pp. 63-94.

Il coordinamento viene attuato *ex art.* 156, comma 3, Cost. spagnola mediante la *LOFCA*, l'ultima in vigore dal 2009, che disciplina in dettaglio l'esercizio delle competenze finanziarie delle Comunità autonome, delle forme di collaborazione finanziaria e dei conflitti con lo Stato. Il sistema *LOFCA* non riguarda il rapporto tra lo Stato e le Comunità che godono di un regime speciale di autonomia, accentuatosi in seguito alle istanze indipendentiste di alcune Comunità autonome come la Catalogna.

Le regole del coordinamento contenute nella legge organica sono il frutto del contemperamento e dell'equilibrio raggiunto tra le forze politiche del Parlamento in un determinato periodo storico⁶⁰. In particolare, la legge organica n. 3/2009 ha stabilito, come principi, la garanzia di un livello base equivalente nel finanziamento dei servizi pubblici fondamentali, a prescindere dalla Comunità autonoma di residenza nonché la c.d. *joint responsibility* ossia la corresponsabilità di entrate e spese pubbliche dello Stato e delle Comunità autonome, nei limiti delle rispettive competenze. Il primo principio viene attuato attraverso la creazione di fondi a finalità differenziata, comunque orientati a ridurre le disparità tra Comunità autonome: il Fondo di garanzia dei servizi pubblici fondamentali ha l'obiettivo di garantire alle Comunità le stesse risorse per abitante, in relazione ai servizi pubblici fondamentali, quali la sanità, l'istruzione; il *Fondo de suficiencia global* orientato ad assicurare il finanziamento delle Comunità con riferimento all'esercizio delle rispettive competenze. La legge n. 22/2009 ha introdotto due nuovi fondi di convergenza economica, implementati con risorse aggiuntive dello Stato, finalizzati a garantire l'uguaglianza tra i cittadini ed a favorire l'equilibrio economico e territoriale delle Comunità autonome.

Molto interessante, come spunto per l'Italia ai fini di una "fiscalità di sviluppo", risulta l'istituzione di ulteriori due nuovi fondi:

- il Fondo di competitività (*Fondo de competitividad*), orientato a rafforzare l'equità e l'efficienza nel finanziamento delle necessità dei cittadini

⁶⁰ In realtà, nella perdurante incertezza in merito agli sviluppi del processo storico avviato con l'approvazione della Costituzione spagnola, non si è ritenuto opportuno fissare *ab initio* un meccanismo rigido di finanziamento delle Comunità autonome e pertanto si è optato per l'attribuzione al legislatore ordinario di un ampio spazio di manovra. Si v. su tale profilo le acute riflessioni di F. BIAGI, R. GONZALES PINEIRO, *Profili istituzionali del federalismo fiscale spagnolo*, in *questa Rivista*, 3-4, 2001, p. 834 ss.

e ridurre le differenze nelle risorse *pro capite* tra le Comunità autonome, incentivandone altresì l'autonomia e la capacità fiscale;

- il Fondo di cooperazione (*Fondo de cooperación*), finalizzato ad armonizzare lo sviluppo regionale, implementando la crescita della ricchezza nonché la convergenza tra le Comunità autonome sotto il profilo reddituale.

Nella legge organica n. 3/2009, similmente all'evoluzione italiana in cui vale il principio riaffermato dalla Corte costituzionale⁶¹, in relazione al c.d. divieto di doppia imposizione, viene definito in maniera puntuale l'ambito delle incompatibilità tra tributi locali e statali, con riferimento al fatto imponibile già tassato dallo Stato, su cui non potrà gravare un tributo fissato dalla Comunità autonoma.

Alla luce del quadro comparato sin qui delineato, può ritenersi che non sussista una formula assoluta di decentramento perfetto ma che, in virtù dei principi essenziali autonomistici, possano reperirsi soluzioni differenziate, comunque contraddistinte da una funzionalità potenziale ottimale. Certamente, l'evoluzione o la regressione dell'autonomia finanziaria risulta condizionata dal contesto socio-politico-economico.

Con riferimento all'esperienza in atto nel modello spagnolo, in cui i partiti nazionalisti propendono per un modello federale marcatamente asimmetrico, può ritenersi plausibilmente che tra gli stessi partiti che garantiscono la maggioranza nel Governo centrale si manifesterà l'*intentio* convergente di mantenere il modello di federalismo fiscale asimmetrico.

6. *Considerazioni conclusive*

L'attuazione del federalismo differenziato necessita di un contemperamento tra le richieste di ulteriore autonomia *ex art.* 5 Cost., il rispetto dei principi di solidarietà e di uguaglianza nel territorio nazionale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. nonché l'esigenza di mantenere la sostenibilità e l'equilibrio della finanza pubblica di cui agli artt. 81, 97 e 119 Cost⁶².

In seguito all'analisi tecnico-giuridica delle bozze di intesa e, sia pure per cenni, dello schema di legge cornice, ci si sente di rilevare la sussistenza

⁶¹ Corte cost., sent. 15 aprile 2018, n. 102 sulla c.d. tassa sul lusso sarda.

⁶² L. BARTOLUCCI, *L'impatto del regionalismo differenziato sui conti pubblici*, in *Rivista del Gruppo di Pisa - Quaderni*, 2, 2020, spec. p. 577.

di una mancanza di adeguata chiarezza sul meccanismo operativo del fondo di perequazione⁶³, aggravata dalla necessità di una ponderazione della sua sostenibilità sotto l'aspetto finanziario *tout court*, ai fini della *chance* (da valutare opportunamente) di introdurre misure fiscali di vantaggio nell'ambito dell'attuale crisi che attanaglia le finanze pubbliche. Chiaramente, mediante le norme in tema di perequazione infrastrutturale si intenderebbe temperare la necessità di differenziazione con quella dell'unitarietà ed omogeneità del piano delle autonomie regionali.

Criticamente, il disegno federalista della Regione Veneto è risultato concentrato sulla *quaestio* della suddivisione delle risorse finanziarie. Opportunamente, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe preferibile che esso si concentrasse sui molteplici profili di valorizzazione delle competenze e delle politiche pubbliche delle Regioni⁶⁴, in linea con la proposta avanzata dalla Regione Emilia-Romagna.

L'opzione di implementazione dell'autonomia differenziata mediante un percorso differente rispetto a quello disegnato dalle norme sul federalismo fiscale *tout court* rischia di far saltare il delicato temperamento dei valori e degli interessi contrapposti, faticosamente raggiunto nella l. delega n. 42 del 2009⁶⁵. Per di più, il piano di attuazione del federalismo differenziato appare orientato al trasferimento di ulteriori risorse finanziarie alle Regioni essenzialmente mediante compartecipazioni a tributi

⁶³ Camera dei deputati - Servizio studi, *Le risorse per i comuni: il Fondo di solidarietà comunale e il Fondo per l'esercizio delle funzioni fondamentali degli enti locali*, 18 novembre 2020, in www.camera.it.

⁶⁴ A tal proposito, si v. le lungimiranti note conclusive di M. DE DONNO, P. MESSINA, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?*, in *questa Rivista*, 2, 2018, pp. 471-503: «Di particolare interesse diventano pertanto, anche in questa prospettiva, le riforme che mirano al riordino territoriale con l'obiettivo di definire istituzioni di governo locale e pratiche di *governance* adeguate a rispondere a queste nuove sfide. In questo contesto, il regionalismo differenziato può costituire quindi uno strumento importante per aumentare la capacità competitiva dei sistemi regionali, tanto più se si configura come un'occasione per ottimizzare tanto l'efficacia delle reti di servizi, quanto la capacità istituzionale di governo del territorio in senso strategico». Ancora: «Il tema del regionalismo differenziato potrà fare emergere interessanti elementi di analisi per meglio comprendere, in chiave comparata, le diverse concezioni di autonomia regionale e di federalismo, ma anche di sviluppo regionale e di riforma della *governance* istituzionale: tutti temi che potranno essere meglio trattati con un approccio interdisciplinare agli studi regionali».

⁶⁵ Cfr. le efficaci note di F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *Federalismi.it*, 10, 2018, p. 9.

erariali, senza l'impegno concreto di un'adeguata e reale valorizzazione dell'autonomia tributaria e delle politiche pubbliche regionali⁶⁶. Sussiste, come già rilevato, una dissociazione tra il profilo delle entrate e quello delle spese, un decentramento del potere di spesa non seguito da un decentramento di responsabilità.

In un'ottica di maggiore coerenza, invece, secondo chi scrive qui il federalismo differenziato dovrebbe costituire un *trait d'union* verso il federalismo fiscale, al fine di riprenderne l'itinerario interrotto⁶⁷. L'attuazione del regionalismo differenziato dovrebbe necessariamente passare, *de iure condendo*, per una ripresa del processo di decentramento mediante la determinazione di criteri di perequazione contraddistinti da uniformità⁶⁸. L'applicazione del d.lgs. n. 68 del 2011 era stata prevista per il 1° gennaio 2021, la sua entrata in vigore è stata rinviata ma le oggettive difficoltà tecnico-operative parrebbero far intravedere ulteriori rinvii. Nella *ratio*

⁶⁶ Emerge anche il rischio che il percorso di differenziazione sia avviato in una modalità transitoria, causando possibili conflitti istituzionali ed incertezze nella dotazione delle risorse. A titolo esemplificativo, in relazione «alle funzioni aggiuntive relative ai diritti civili e sociali che richiedono livelli essenziali di protezione (la salute e l'istruzione) che dovrebbero essere stabilite dallo Stato *ex art.* 117 Cost.», ci si chiede quale compatibilità possa sussistere «tra il sistema di finanziamento differenziato e l'ancora incerto, incompleto sistema perequativo nazionale basato su fabbisogni *standard* e sulla capacità fiscale».

«Non è sufficiente fare riferimento nell'accordo ai criteri del fabbisogno *standard* e alla necessità del superamento della spesa storica». È altresì indispensabile che tali questioni siano affrontate con una maggiore concretezza e, specialmente, siano risolte mediante «un'adeguata revisione del sistema previsto dalla più volte citata legge n. 42. Il che vuol dire che il decentramento asimmetrico nel nostro Paese difficilmente potrà divenire una realtà se non sarà accompagnato da un impegno parallelo indirizzato a riempire, a monte, i numerosi vuoti ancora esistenti nell'ordinario, complessivo sistema di finanza decentrata». Conclude così il suo efficace saggio F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, cit., pp. 9-10.

⁶⁷ A tal proposito, L. BARTOLUCCI, *L'impatto del regionalismo differenziato sui conti pubblici*, cit., p. 578, acutamente, rileva che «sarebbe auspicabile innestare il regionalismo differenziato nell'ordinamento solo dopo aver risolto le tante questioni – dal tono anche costituzionale – ancora in sospeso, attuando in modo compiuto sia la riforma del Titolo V (o intervenendo anche lì, qualora lo si ritenesse necessario) sia l'art. 119 Cost., per attuare l'autonomia differenziata all'interno di un quadro più chiaro e stabile, che permetterebbe di valutare con maggiore serenità anche il rispetto dei vincoli costituzionali ed europei sulla sostenibilità dei conti pubblici».

⁶⁸ «Il regionalismo differenziato, se non sarà adeguatamente compensato dal regionalismo cooperativo e integrativo che intride il Titolo V, Parte II della Costituzione, rischia di indebolire, piuttosto che rianimare, le realtà regionali nel loro complesso fino ad arrivare a compromettere l'intensità dell'unione statale e a far dimenticare che il principio autonomistico deve essere un promotore di integrazione statale, non di separazione»: il virgolettato è di F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, cit., pp. 8-9.

legislatoris, il federalismo differenziato dovrebbe, in linea di principio, fondarsi sulle norme del federalismo fiscale regionale ma l'attuazione incompleta ed a singhiozzo di quest'ultimo, rischia di compromettere la realizzazione (*id est*: concretizzazione) del sistema di finanziamento dell'autonomia differenziata⁶⁹.

Il destino dell'autonomia regionale differenziata appare attualmente incerto, così come l'esito delle tre bozze di intesa del 2019. I primi atti del Governo Conte II sono stati meramente interlocutori. Sembra che le predette bozze di intesa siano state accantonate in sede istituzionale in considerazione, in prospettiva, degli aspetti disfunzionali delle relazioni finanziarie con lo Stato.

Per di più, sinteticamente si rammenta che nella Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza del 2019 è stata preannunciata, come collegato alla legge di bilancio per il 2020, la presentazione di un «DDL recante interventi per favorire l'autonomia differenziata ai sensi dell'articolo 116 comma 3 della Costituzione attraverso l'eliminazione delle diseguaglianze economiche e sociali nonché l'implementazione delle forme di raccordo tra amministrazioni centrali e Regioni, anche al fine della riduzione del contenzioso costituzionale». Tuttavia, alla fine del 2019 la legge di bilancio (l. n. 160/2019) per l'anno successivo è stata naturalmente approvata, ma tali aspetti propositivi non hanno ricevuto alcuna concretizzazione. Inoltre, neppure risulta tuttora presentata alle Camere la c.d. bozza di legge-quadro sull'attivazione dell'art. 116, co. 3, Cost., finalizzata a «perimetrare uno schema generale dentro cui dovranno essere innestate le intese tra lo Stato e le Regioni»⁷⁰; mentre, come già rilevato nel *corpus* del presente lavoro di ricerca, è stata *medio tempore* costituita una «Commissione con compiti di studio, supporto, consulenza e analisi sui temi dell'autonomia differenziata»⁷¹.

⁶⁹ In particolare, l'introduzione del federalismo fiscale viene rinviata al 2023, secondo quanto prevede una bozza del c.d. decreto legge ristori *quater*. Anche nella legge di bilancio 2021 è disposto lo slittamento dell'autonomia tributaria da parte degli enti locali, ma al 2022.

⁷⁰ F. BOCCIA, in *AP Senato, XVIII legislatura, 1^a Commissione permanente*, sed. 28.11.2019, su bit.ly/3ctT6wp, in www.senato.it, p. 5.

⁷¹ Cfr. d.m. Affari regionali e autonomie, 3.12.2019, su bit.ly/2Sm5g2U, in <http://www.affari-regionali.gov.it>, 1.

La mancata attuale implementazione dell'art. 116, comma 3, Cost. consente per ora di sopire ogni prospettata lesione dei principi dell'art. 119 Cost.⁷².

L'emergenza epidemiologica⁷³, pandemica⁷⁴, ha rinnovato le vecchie questioni inerenti ai difetti "storici" del nostro sistema (nazionale e regionale)⁷⁵, anche sotto l'aspetto finanziario⁷⁶ delle differenziazioni territoriali, specialmente con riferimento al settore sanitario⁷⁷, per cui sarebbe opportuno rimettere ordine nei rapporti Stato-Regioni, in un'ottica sistematica⁷⁸ di collaborazione e coordinamento secondo un modello

⁷² M. MEZZANOTTE, *L'art. 116, comma 3, Cost. tra obblighi finanziari e vincoli di contenuto*, in *Federalismi.it*, 23, 2019, pp. 1-17.

⁷³ «Di certo, se il Covid-19, nostro malgrado, "ha compiuto un'impeccabile analisi delle funzioni e un'incontrovertibile analisi di impatto", esso sembra avere lasciato sul campo una vittima illustre: il tema dell'autonomia regionale differenziata, il quale, forse a dimostrazione della sua effettiva (in)consistenza, al di là di qualche sprazzo polemico di segno ora positivo ed ora negativo dal dibattito pubblico è come d'incanto svanito. Così, il cruciale interrogativo su "cosa sarebbe successo se il Coronavirus fosse arrivato dopo la compiuta realizzazione di un regionalismo differenziato nelle forme e con le modalità prefigurate dai più avanzati progetti che sono circolati nei mesi scorsi" è destinato a rimanere senza risposta. E, insieme ad esso, permangono parimenti inesitati i molti rovelli, di cui si cercato di dare conto in questa relazione, cagionati da relazioni finanziarie degli enti territoriali segnate da una complessità, se non inutile, quantomeno ingiustificata, oltre che – *si parva licet* – oltremodo disallineate rispetto alla cornice costituzionale di riferimento». Esprime testualmente tali considerazioni critiche e realistiche M. BENVENUTI, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, cit., 245.

⁷⁴ Sotto il profilo economico-finanziario, la pandemia ha dimostrato che in presenza di situazioni di emergenza sono in gioco stanziamenti che, in circostanze di eccezionalità, non sarebbero adeguatamente affrontati dalle Regioni nella "fase post-differenziazione". Considerando poi la fase di recessione che attende l'Italia, sarà difficile «procedere a riforme di sistema delle autonomie territoriali, come la storia – anche recente – ha sovente dimostrato». Si esprime in tali termini L. BARTOLUCCI, *L'impatto del regionalismo differenziato sui conti pubblici*, cit., p. 578.

⁷⁵ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, iv-x.

⁷⁶ D. TRABUCCO, *Gli strumenti economico-finanziari dell'Unione Europea per fronteggiare le conseguenze della pandemia causata da Covid-19: un rafforzamento dell'ordo neoliberista con ripercussioni "silenti" sulla forma di stato e sulla tenuta dell'ordinamento comunitario. Verso un'Europa a "due velocità"?*, in *Dir. Pub. Europeo online*, 2, 2020, pp. 1-22.

⁷⁷ Cfr. a tal proposito le acute riflessioni tecnico-giuridiche di G. GARDINI, *La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria*, in *questa Rivista*, n.s., 2020.

⁷⁸ G. GARDINI, *Quando gli enti territoriali "fanno sistema". A proposito del libro di Luciano Vandelli, Il sistema delle autonomie locali, VII ed., Bologna, il Mulino, 2018*, in *questa Rivista*, 2, 2018, pp. 505-508.

cooperativo⁷⁹, una volta superata la congiuntura economico-finanziaria sfavorevole.

Conclusivamente, nell'attuale osservazione della dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali, permane l'impressione di avere di fronte una questione normativa (*melius*: riforma) destinata, tra un rinvio e l'altro⁸⁰, a non avere una piena attuazione, perlomeno non nei termini e nei tempi originariamente previsti, essendo anteposte le esigenze di centralizzazione orientate ad assicurare la disponibilità delle risorse da parte dello Stato per affrontare le necessità contingenti attuali, ancor di più in piena crisi di Governo⁸¹.

Alla luce dell'analisi comparata, utile potrebbe esser l'importazione in Italia del sistema spagnolo di *fiscal joint responsibility* (*corresponsabilidad fiscal*), trattandosi di una forma di coordinamento più flessibile e perciò adeguata rispetto alle situazioni contingenti, anche se perplessità sorgono in relazione ad una sua concreta possibile attuazione nell'attuale fase di grave crisi economica che impone vincoli di bilancio sia a livello centrale che locale, dovendo l'Italia rispettare il principio di sufficienza

⁷⁹ Si v. l'acuta analisi di F. MANGANARO, *Profili problematici e prospettive del sistema delle autonomie locali*, in *questa Rivista*, n.s., 2019, pp. 61-73. Nel medesimo fascicolo, cfr. anche l'equilibrata riflessione di M. IMMORDINO, *L'autonomia regionale alla luce del regionalismo differenziato nel pensiero di Luciano Vandelli*, in *questa Rivista*, n.s., 2019, pp. 45-51: «...l'art. 116, 3° comma, possa assumere quella funzione che dovrebbe essergli connaturata, ossia dare risposte flessibili alle esigenze manifestate dalle singole Regioni, senza disgregare l'impianto unitario costituzionalmente garantito e aggravare il già esistente divario tra Nord e Sud». Nello stesso fascicolo a ricordo del Maestro Vandelli si v. altresì il contributo scientifico di C. TUBERTINI, *Luciano Vandelli e il "sistema" delle autonomie*, in *questa Rivista*, n.s., 2019, pp. 75-80.

⁸⁰ V. da ultimo decreto legge del 30 novembre 2020 n. 157, pubblicato in Gazzetta ufficiale n. 297 del 30 novembre 2020 che prevede all'art. 16 il rinvio del federalismo fiscale. Esso è entrato in vigore dal 30 novembre 2020, per poi essere abrogato dalla legge del 18 dicembre 2020 n. 176 (rubricata «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19») che all'articolo 1 sancisce che: «(...) 2. Il decreto legge 9 novembre 2020, n. 149, il decreto-legge 23 novembre 2020, n. 154, e il decreto-legge 30 novembre 2020, n. 157, sono abrogati. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti legge 9 novembre 2020, n. 149, 23 novembre 2020, n. 154, e 30 novembre 2020, n. 157».

⁸¹ Cfr. la dichiarazione del Professor Mario Draghi al termine del colloquio con il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, in *Dossier Crisi di governo*, in *Federalismi.it*, febbraio 2021.

delle risorse per le funzioni fondamentali delegate che opera quale reale regolatore dei rapporti tra Stato ed enti locali.

Rimane aperta la questione di stabilire con certezza se in fase di emergenza rappresenti una via obbligata quella di orientarsi verso il centralismo o se invece, in virtù dei principi di sussidiarietà, prossimità, territorialità, differenziazione ed adeguatezza, scelte ottimali, amministrative e finanziarie, possano ragionevolmente essere effettuate anche dalle Regioni e dagli enti locali virtuosi.

Certamente, sotto “l’ombrello” del federalismo fiscale, fondato sui principi costituzionali enucleati, sussistono in maniera compatibile forme e livelli gradatamente differenti di autonomia, contemperati con altri valori meritevoli di tutela in sede politica⁸², attuati in maniera dinamica in relazione al periodo storico di riferimento.

⁸² «La classe politica non si forma tuttavia se l'eletto ad amministrare le cose municipali o provinciali o regionali non è pienamente responsabile per l'opera propria. Se qualcuno ha il potere di dare a lui ordini o di annullare il suo operato, l'eletto non è responsabile e non impara ad amministrare. Impara ad ubbidire, ad intrigare, a raccomandare, a cercare appoggi. Dove non esiste il governo di sé stessi e delle cose proprie, in che cosa consiste la democrazia?». Il virgolettato è di L. EINAUDI, *Via il Prefetto!*, 1944, ora in *Id.*, *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, a cura di E. ROSSI, Laterza, Bari, 2004, pp. 51-52.

Il “ventaglio” degli atti amministrativi dell'emergenza. I tentativi di coordinamento tra interventi statali e regionali in un anno di emergenza pandemica*

Renato Rolli,
Riccardo Stupazzini

Il contributo propone un'indagine relativa all'evoluzione del critico rapporto tra Stato e Regioni nell'arco temporale di un anno di emergenza epidemiologica, con l'intento di esaminare l'efficacia delle forme di coordinamento tra interventi statali e regionali disposti tramite atti amministrativi dell'emergenza. A tal fine, con tale analisi vengono esaminati i casi di disallineamento tra le misure governative e quelle regionali presentatisi nelle diverse fasi dell'emergenza, in particolare tenendo conto dell'esito delle controversie sorte dinanzi al giudice amministrativo.

1. Considerazioni preliminari sugli atti amministrativi dell'emergenza

Il processo di ipertrofia di atti giuridici derivato dalla regolamentazione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha stimolato, sin dall'inizio della stessa, svariate riflessioni da parte della scienza del diritto. Risultano difatti particolarmente numerosi i contributi della dottrina che ha tentato di interpretare una situazione complessa, prodotta dal continuo mutamento di un'inedita circostanza fattuale e dal conseguente intervento dei centri di potere tipici di una Repubblica delle autonomie¹.

* Il presente contributo è il frutto di una collaborazione tra i due autori. I paragrafi 2, 3 e 3.1 sono stati redatti da Renato Rolli, mentre i paragrafi 4, 5 e 5.1 da Riccardo Stupazzini. Il paragrafo 1 e 6 sono il frutto di una riflessione comune.

¹ Tra i numerosi contributi che hanno trattato il tema si ricorda *ex multis*: V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 885 ss.; G. BOGGERO, *Le “more” dell'adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, p. 361 ss.; M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*-«OsservatorioEmergenzaCovid-19», 18 marzo 2020; F. CINTIOLI, *Sul regi-*

Le considerazioni che in questa sede si propongono derivano dal perpetuo ed accelerato mutamento dell'andamento della curva epidemiologica e dal continuo intervento del legislatore nazionale, che, nella costruzione di strategie di risposta allo stato di necessità, ha mutato frequentemente il quadro normativo nazionale, intervenendo a più riprese sul rapporto tra centro e periferia.

Questo contributo propone una ricostruzione del critico rapporto tra Stato e Regioni evolutosi nel corso di un anno di emergenza sanitaria nella cornice di un mutevole sistema normativo "a ventaglio" dalla non immediata intellegibilità²: dall'iniziale fase di *lockdown* sino alle misure più recenti. In particolare, l'intento di questo contributo è di esaminare quali forme di coordinamento a livello centrale siano state strutturate al fine di assicurare le esigenze di unitarietà derivate dalla gestione di un'emergenza epidemiologica senza la compressione degli spazi di autonomia regionale, con il riconoscimento di margini di intervento. Con tale articolo si propone pertanto un'analisi puntuale dei vincoli all'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem* regionale introdotti dalla serie continua di decreti-legge e del peso assunto dai principi generali dell'ordinamento

me del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020), in *Federalismi.it - «Osservatorio Emergenza Covid-19»*, 6 aprile 2020; C. DELLA GIUSTINA, *Il Tar in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica. Nota a Tar Campania, sez. V, n. 01048/2020 del 18.3.2020*, in *Biolaw Journal, Forum*, 30 marzo 2020; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e regioni: il caso Marche*, in *BioDiritto*, 16 marzo 2020, p. 1 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 11 aprile 2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di diritti comparati*, 2, 2020, p. 45 ss. C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, in *Sistemapenale.it*, 6 aprile 2020; F. RUFFIERO, A. BARTOLINI, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in *Giustizia Insieme*, 23 aprile 2020; G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2020, pp. 318-329; A. SAPORITO, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, p. 870 ss.; D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020. Sulle difficoltà relative alla costruzione di un dibattito intorno alle questioni sollevate in questi mesi a causa di una polarizzazione intorno a valori e principi antagonisti si veda G. GARDINI, *La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria*, in *questa Rivista*, n. speciale 2020 - *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, pp. 7-12.

² Si tratta di espressioni utilizzate nella sentenza TAR Lazio, sez. III-quater, 29 ottobre 2020, n. 11096.

nel limitare siffatto potere, tenendo segnatamente conto delle letture interpretative sviluppate dalla giurisprudenza amministrativa nel corso di questo inedito arco temporale. Nel quadro di tale indagine, attraverso una puntuale analisi delle misure disposte tramite gli atti amministrativi dell'emergenza, si cercherà pertanto di comprendere se si siano presentate forme di disallineamento tra le misure governative e quelle regionali nelle diverse fasi di gestione emergenziale e quale esito abbiano avuto le conseguenti controversie sorte dinnanzi al giudice amministrativo. Difatti, nelle diverse fasi che nel corpo dell'articolo sono considerate, il Governo, nei casi di non condiviso disallineamento da parte delle autorità regionali, non ha esercitato i poteri surrogatori *ex art.* 120 Cost., co. 2, preferendo piuttosto ricorrere alla via giurisdizionale, impugnando nelle circostanze *infra* richiamate i provvedimenti straordinari regionali. Come evidenziato in dottrina, il Governo ha dunque evitato di intraprendere una strada probabilmente più impervia, assistendo sin dall'inizio ad una "giurisdizionalizzazione" di un conflitto che si presentava prima di tutto come politico-amministrativo³.

Dal punto di vista metodologico, si precisa che l'indagine è stata sviluppata considerando le controversie sorte dal punto di vista temporale prima della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021. La *ratio* di siffatta precisazione deriva dal fatto che, nel quadro di tale decisione, tra i molteplici aspetti di interesse⁴, il Giudice delle leggi ha interamente ricondotto i diversi profili legati alla gestione della pandemia nell'ambito della materia «profilassi internazionale» e, dunque, nel novero delle competenze esclusive statali⁵. Coerentemente con siffatta decisione, la

³ F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1S, 2020, p. 212.

⁴ Nell'ambito di tale giudizio la Corte costituzionale con ordinanza n. 4 del 2021 si è avvalsa per la prima volta dell'istituto della sospensiva di una legge regionale. Tra i primi commenti in merito si veda: M. RUBECHI, *Due "nuove" rondini... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, in *Federalismi.it*, 10, 2021, pp. 254-268; G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2, 2021, pp. 87-110.

⁵ In merito alla decisione della Corte di ricondurre qualsiasi profilo inerente alla prevenzione e al contrasto delle malattie pandemiche alla materia-oggetto «profilassi internazionale», negando il carattere di trasversalità della materia, si vedano in particolare le prime osservazioni critiche di V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regioni nella lotta alla pandemia. Un sin-*

Corte ha dunque qualificato gli interventi regionali derogatori rispetto alle misure nazionali non come il frutto di un'autonoma politica regionale che trova il suo fondamento all'interno di una competenza costituzionale, bensì nelle norme attributive di siffatto potere che verranno esaminate nel corso dell'indagine⁶. Dunque, un potere residuale riconosciuto alle autorità regionali con il fine di colmare eventuali vuoti di tutela nell'ipotesi di sopravvenuti mutamenti della situazione epidemiologica non ancora regolamentati dall'amministrazione statale.

Nell'intento di rispondere ai quesiti proposti, appare senza dubbio ragionevole offrire in primo luogo una ricostruzione delle iniziali soluzioni adottate dal Governo per la gestione della crisi sanitaria e una preliminare analisi intorno alla natura, ai presupposti e ai limiti degli atti amministrativi dell'emergenza.

In un primo momento, alla luce del crescente numero dei casi di epidemia a livello internazionale e della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, il Governo aveva strutturato una soluzione per la gestione della crisi emergente seguendo le procedure definite dal d.lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1⁷. Con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 era stato difatti dichiarato lo stato di emergenza *ex art.* 24, co. 1, d.lgs. n. 1/2018, quale presupposto all'emanazione, da parte del Capo del Dipartimento della protezione civile, delle ordinanze di protezione

dicato politico della Corte costituzionale. Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, pp. 415-426 e D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2, 2021, pp. 10-18.

⁶ Punto 12.1 della sentenza n. 37 del 2021. Nello specifico, la Corte individua il fondamento di tale potere nell'art. 1, comma 16, del d.l. 16 maggio 2020 n. 33.

⁷ Al verificarsi delle emergenze di cui all'art. 7, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 1/2018, ovvero nella loro imminenza, a norma dell'art. 24, a seguito di una valutazione svolta dal Dipartimento della protezione civile, il Consiglio dei Ministri delibera lo stato di emergenza, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ma anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata, da cui è necessario acquisirne l'intesa. Attraverso tale delibera viene autorizzata l'emanazione delle ordinanze *ex art.* 25 della medesima norma, subordinatamente all'acquisizione di un'intesa con le Regioni e Province autonome territorialmente interessate. Tali provvedimenti, specificamente motivati, sono adottati in deroga alle disposizioni vigenti, da dover puntualmente indicare, con le modalità e nei limiti indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea.

civile per l'implementazione degli interventi necessari (art. 25)⁸. Tuttavia, a seguito del drammatico aggravamento della situazione sanitaria nell'area del Nord Italia, il Governo non aveva determinato di disporre le prime misure di restrizione limitatamente a specifiche porzioni di territorio attraverso le ordinanze di protezione civile, bensì ricorrendo al potere di ordinanza riconosciuto al Ministro della salute dall'art. 32, l. n. 833/1978⁹. La rapida evoluzione della situazione epidemiologica sul territorio nazionale aveva tuttavia indotto il Governo a ricondurre la gestione dell'emergenza sanitaria nella cornice di un ulteriore modello di azione, delineato dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6¹⁰. Con questo intervento legislativo era stata riconosciuta la possibilità ad autorità competenti, non espressamente indicate, di adottare misure finalizzate al contenimento della diffusione del virus, tra cui quelle elencate nel co. 2 dell'art. 1 del decreto¹¹. Sebbene non fossero state espressamente indicate le autorità

⁸ Con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 lo stato di emergenza era stato prorogato sino al 15 ottobre 2020. Con la successiva delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020, lo stesso è stato ulteriormente esteso sino al 31 gennaio 2021.

⁹ Si fa riferimento alle due ordinanze del Ministro della salute del 21 febbraio 2020. Con uno dei provvedimenti era stata disposta la misura della quarantena per chi fosse venuto a contatto stretto con casi confermati e per chi avesse fatto ingresso in Italia a seguito di un soggiorno nei territori interessati dall'epidemia della Cina. Con la seconda ordinanza, emanata d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia, erano state invece disposte le prime limitazioni ad attività puntualmente definite nei territori dei Comuni nei quali era stato rilevato un numero significativo di casi.

¹⁰ Mentre in M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 4, si parla di una "terza via" non direttamente riconducibile alla normativa in materia di protezione civile ed emergenze sanitarie, in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 12, viene diversamente sostenuto che comunque i d.P.C.M. emanati avessero trovato legittimazione non solo nei decreti-legge (il d.l. n. 6/2020 prima e il d.l. n. 19/2020 in seguito), ma anche nella normativa di protezione civile. Se difatti si osserva attentamente l'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020, si evince una stretta compenetrazione tra tale norma e il d.lgs. n. 1/2018, considerando che era stato disposto che le misure di contrasto ai rischi sanitari, tra quelle individuate dal co. 2, potessero essere reiterabili nel limite temporale della fine dello stato di emergenza, deliberato secondo l'art. 24 del Codice di protezione civile.

¹¹ L'art. 1, co. 2, d.l. n. 6/2020 aveva individuato un catalogo non tassativo e non esclusivo di possibili misure che, tramite d.P.C.M. e tramite ordinanze contingibili e urgenti, potevano essere emanate. Tra di queste: il divieto di allontanamento dal Comune o dall'area interessata (lett. a), il divieto di accesso al Comune o all'area interessata (lett. b), la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato (lett. c), la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado (lett. d), l'applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che avevano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva (lett. h), ecc.

richiamate dalla norma, esse si potevano comunque desumere dalle successive disposizioni contenute nell'art. 3, che le individuavano nel Presidente del Consiglio dei Ministri, quale autorità competente all'adozione dei decreti di cui al co. 1, e nelle autorità titolari del potere di ordinanza ai sensi delle norme richiamate al co. 2 del medesimo articolo¹². Dunque, dall'entrata in vigore di tale decreto lo strumento giuridico per la gestione dell'emergenza è stato individuato a livello centrale nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. A norma del procedimento che era definito dall'art. 3, co. 1, del decreto-legge, tali decreti erano adottati su proposta del Ministro della salute, con il parere del Ministro dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e degli altri Ministri competenti, e con il parere altresì dei Presidenti delle Regioni competenti, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, qualora le misure avessero riguardato l'intero territorio. Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, ha poi parzialmente modificato tale procedimento di approvazione, introducendo la possibilità, prima non prevista, che siffatti decreti fossero adottati anche su proposta dei Presidenti di Regione competenti e del Presidente della Conferenza Stato-Regioni e Province autonome, ove avessero riguardato l'intero territorio nazionale, previo il giudizio dei Ministri sopra elencati. Inoltre, ai sensi del co. 5 del medesimo art. 2 d.l. 19/2020 è stato introdotto, al fine di ampliare il coinvolgimento del Parlamento, l'obbligo di comunicazione alle Camere dei provvedimenti adottati entro il giorno successivo alla pubblicazione e l'obbligo in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato di riferire ogni quindici giorni sulle misure adottate¹³. Con riferimento alla natura giuridica di tali provvedimenti, appare abbastanza pacifico nella letteratura e giurisprudenza attuale che essi siano privi di un carattere formalmente normativo e che siano piuttosto da

¹² Considerando le norme richiamate da tali disposizioni, ovvero l'art. 32 l. n. 833/1978, l'art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, e l'art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, le autorità competenti risultavano dunque il Ministro della salute, il Presidente della Giunta regionale e il Sindaco.

¹³ Infine, con il medesimo art. 2, co. 1, è stata introdotta la previa consultazione del Comitato tecnico scientifico per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità.

identificare come atti amministrativi¹⁴, riconducendoli (più precisamente) al *genus* delle ordinanze¹⁵. In merito a tali aspetti risulta quindi doveroso riportare le recenti considerazioni che sono state espresse dal TAR Lazio nella sentenza del 22 luglio 2020, n. 8615. Nello specifico, se da un lato è stata riconosciuta l'impossibilità di attribuire ai decreti la qualificazione di atti normativi, dall'altro, secondo il Collegio, tali decreti non possono tuttavia nemmeno identificarsi come atti amministrativi generali¹⁶, condividendo con gli stessi unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari. Secondi i giudici, considerata la «peculiare atipicità» di tali atti, gli stessi si connotano «per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti», trattandosi di «provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali *tout court*, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare [...], ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della "contingibilità", atteso che i d.P.C.M. in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei dd.ll. attributivi del potere presupposti». Al di là delle considerazioni sul carattere della contingibilità che suscitano delle perplessità (*infra*), l'accostamento dei d.P.C.M. alle ordinanze risulta con-

¹⁴ Così anche la più recente sentenza del TAR Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. Sul punto cfr. F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, cit., p. 396 ss.

¹⁵ Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 5; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 102, 2020, pp. 147-199; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 12; S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi-Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, p. 4; E.C. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, p. 4.

¹⁶ Risulta dunque chiaro che in questo caso i giudici amministrativi del TAR Lazio, nel ritenere che i d.P.C.M. si differenzino dagli atti amministrativi generali, abbiano presentato una posizione opposta a quella del TAR Calabria, Sez. I, nella sentenza del 9 maggio 2020, n. 841, che, con specifico riferimento al d.P.C.M. 26 aprile 2020, aveva puntualizzato che si trattasse di un atto amministrativo generale.

divisibile¹⁷, anche in ragione del limite della provvisorietà cui entrambi gli atti sono sottoposti¹⁸.

Chiariti tali aspetti, è opportuno puntualizzare che la scelta a livello centrale di disporre i propri interventi attraverso d.P.C.M. e non attraverso ordinanze di protezione civile non può che essere dipesa dalla minore onerosità del procedimento di approvazione dei primi¹⁹, da esigenze di accentramento e di speditezza²⁰ e, dunque, da una maggiore idoneità dei primi rispetto alla rapidità e imprevedibilità della diffusione dei contagi²¹. Se i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono riconducibili nell'ambito delle ordinanze, sembra opportuno chiarire quali siano le

¹⁷ Con riferimento alle ordinanze, è stato altresì precisato dai giudici che si tratta di provvedimenti che rinvergono la propria giustificazione «nell'esigenza di apprestare alla pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento».

¹⁸ Nel caso specifico di questi d.P.C.M. tale limite era stato fissato *ex lege* dall'art. 1, co. 1, nella misura in cui gli interventi indicati dal co. 2 potevano essere disposti «per periodi predefiniti ciascuno di durata non superiore a trenta giorni», reiterabili anche più volte fino al termine dello stato di emergenza fissato con delibera del Consiglio dei Ministri. In tal senso, appare dunque evidente come la disciplina disposta dal d.l. n. 19/2020 si sia così intersecata con la disciplina del d.lgs. n. 1/2018. Tale limite di durata sembra riferirsi non solo alle misure disposte dai d.P.C.M. ma anche all'insieme di misure adottate negli altri casi previsti dal decreto-legge, come nel caso dell'ordinanza del Ministro della salute o delle misure regionali e locali di cui all'art. 3. Con il decreto-legge n. 158 del 2 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 1, co. 1, il limite temporale di trenta giorni è stato esteso a cinquanta.

Con riferimento alle norme attributive del potere di ordinanza *extra ordinem*, risulta tuttavia opportuno precisare che non tutte definiscono *ex lege* un limite temporale massimo di efficacia. Sicuramente la definizione dello stesso si ravvisa nelle ordinanze ex art. 191 d.lgs. 2006, n. 152, diversamente dai casi del potere di ordinanza riconosciuto dall'art. 32 l. n. 833/1978 o dall'art. 50, co. 5, e dall'art. 54, co. 4, del Testo unico degli enti locali, privi di una predeterminazione dell'efficacia temporale dell'atto.

¹⁹ Più precisamente per l'adozione di tali d.P.C.M. era sufficiente l'acquisizione di un parere del Presidente della Regione interessata o del Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e, per le questioni di ordine tecnico, del Comitato tecnico scientifico. Mentre, ai sensi dell'art. 25 d.lgs. n.1/2018, le ordinanze di protezione civile necessitano l'acquisizione di un'intesa con le Regioni e Province autonome interessate, oltre a dover puntualmente indicare le principali norme cui si intende derogare attraverso il provvedimento.

²⁰ Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., p. 6. Riflessioni intorno a tale punto anche in C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, cit., p. 50, e in G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, cit., p. 324.

²¹ Cfr. punto 9 della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021.

peculiarità di queste ultime. Il potere di ordinanza contingibile e urgente è stato riconosciuto sin dalla dottrina più remota una «valvola di sicurezza dell'ordinamento»²² per la quale, al verificarsi di circostanze eccezionali, le pubbliche autorità sono dotate di opportuni strumenti giuridici idonei a tutelare i beni e gli interessi pubblici coinvolti, derogando al principio di tipicità dei provvedimenti e dequotingo il principio di legalità²³, nella misura in cui il legislatore si limita a definirne i presupposti, la titolarità della competenza, i fini di interesse pubblico. Dunque si tratta di un potere atipico, con temporanea capacità derogatoria di norme primarie, esercitabile al verificarsi di determinati presupposti e nel rispetto dei limiti progressivamente definiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Indipendentemente dalle possibili specificità previste dalle norme attributive di settore²⁴, è utile riportare in questa sede i presupposti fattuali che sembrano comuni ai poteri di ordinanza riconosciuti da tutte le norme. Il primo presupposto risiede nella necessità, quale concetto ontologicamente contrapposto a quello di libertà, da intendere come una situazione

²² Così M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 102. Tra i contributi più significativi intorno a tale tema si ricorda: M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* in *Giur. Compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 388 ss.; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1954; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza* (Diritto costituzionale ed amministrativo), in *Nov.mo Dig. it.*, XII, Torino, UTET, 1965, p. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela ambientale*, Milano, Giuffrè, 2004; R. CAVALLO PERIN, *Ordinanze* (dir. amm.), in *Diz. dir. pubb. Cassese*, IV, Milano, 2006, p. 3981 ss.; M. CERASE, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in *Diz. dir. pubb. Cassese*, IV, Milano, 2006, p. 3985 ss.; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 172 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto* in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 735 ss.

²³ A tal proposito si richiamano le osservazioni espresse in M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit., p. 736, per cui, in merito a tale aspetto, «non solo la legittimità delle ordinanze pone in crisi la pretesa assolutezza o il preteso carattere fondamentale e irrinunciabile del principio di legalità, ma soprattutto la ragione stessa della legittimità delle ordinanze, in quanto fondata sulla necessità e non sulla legalità, rende manifesto che si è in presenza non di una semplice deroga al principio di legalità, ma di un diverso modello di giuridicità dell'azione amministrativa rispetto a quello fondato sul principio di legalità».

²⁴ A titolo meramente esemplificativo, mentre l'art. 32 l. n. 833/1978 richiede la sussistenza di un'emergenza di carattere sanitario, l'art. 8 l. 3 marzo 1987, n. 59, riconosce il potere di ordinanza al Ministro dell'ambiente al verificarsi di situazioni di pericolo di danno ambientale.

o evento, o una combinazione di essi, che condizionano l'attività umana, non potendo la volontà opporsi ad essa²⁵. Quindi una situazione di fatto consistente in un pericolo attuale, imminente e concreto per l'incolumità dei beni pubblici²⁶, che non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti nella disponibilità dell'autorità pubblica. Per tale motivo è stato anche qualificato come un giudizio avente ad oggetto il riconoscimento della sussistenza di un fatto emergenziale, di derivazione naturale o umana che sia, e dell'insufficienza dei rimedi ordinari, che legittimi così l'attivazione di quello stato di eccezione²⁷.

Intimamente connesso alla necessità è il presupposto dell'urgenza, che definisce il carattere attuale di una situazione di pericolo²⁸. Così l'urgenza, intesa come «sussistenza di un pericolo incombente da fronteggiare nell'immediatezza»²⁹, va considerata nella sua autonomia semantica rispetto agli altri presupposti. Una situazione può difatti considerarsi urgente, senza implicare la necessità di attivare strumenti *extra ordinem*³⁰, come nel caso degli atti necessitati. Come chiarito dalla giurisprudenza, tuttavia, questi elementi non impediscono di qualificare come urgente una situazione di pericolo che sia da tempo esistente, a causa della «mancata e tempestiva attuazione delle forme di intervento da parte dell'amministrazione»³¹.

Un altro presupposto è identificabile nella contingibilità. Essa afferisce agli elementi di eccezionalità, accidentalità e straordinarietà dell'evento che lo rendono di fatto imprevedibile e quindi non disciplinabile a livello

²⁵ Su ciò F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, p. 980.

²⁶ Così le sentenze Cons. Stato, V, 8 maggio 2007, n. 2109; Cons. Stato, sez. V, 14 novembre del 2017, n. 5239; TAR Sardegna, sez. I, 4 maggio del 2018, n. 406.

²⁷ Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 179 ss.

²⁸ Cfr. TAR Calabria, sez. I, 30 luglio 2019, n. 489.

²⁹ Cfr. TAR Campania, sez. V, 11 novembre 2019, n. 5319

³⁰ Così anche G. DI RAGO, *Il sindaco e l'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti (alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione)*, Macerata, Halley Editrice, 2003, p. 51.

³¹ Così la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 29 aprile 1991, n. 700 citata in G. DI RAGO, *Il sindaco e l'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti (alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione)*, cit., p. 50.

normativo in via preventiva³². In riferimento al carattere di imprevedibilità della circostanza di pericolo, quale espressione del presupposto fattuale della contingibilità, è tuttavia doveroso sottolineare la sussistenza di molteplici letture interpretative sviluppate dalla giurisprudenza. Secondo una ricostruzione elaborata in dottrina³³, nel passato è stato dominante un orientamento giurisprudenziale più tradizionalista, che escludeva la possibilità di ricorrere al potere di ordinanza *extra ordinem* in situazioni urgenti che fossero risalenti nel tempo. Di altro tenore è la voce giurisprudenziale, che intende la contingibilità come un'urgente necessità di provvedere al fine di fronteggiare una situazione di pericolo che minaccia i diversi beni pubblici coinvolti, ritenendo irrilevante l'arco temporale che intercorre tra il momento dell'insorgenza del pericolo e l'urgenza attuale e, dunque, che la situazione di pericolo fosse nota da tempo³⁴. Quindi, sposando tale prospettiva, risulta di scarso rilievo il fatto che la situazione di pericolo sia sorta in un istante temporale antecedente e altresì influente la variabile di prevedibilità del pericolo, essendo l'ordinanza finalizzata sostanzialmente alla salvaguardia dei valori essenziali della comunità locale³⁵. Un terzo e ultimo orientamento corrisponde invece ad una posizione intermedia che riconosce la possibilità di emanare provvedimenti contingibili e urgenti indipendentemente dall'intervallo temporale che intercorre tra il momento genetico e l'intervento, pur richiedendo, nelle circostanze in cui lo stato di necessità non abbia preso forma nell'istante corrente, un maggiore onere motivazionale³⁶. Alla luce delle letture sviluppate dalla giurisprudenza sul presupposto di contingibilità, non si comprende allora la direzione della sopracitata

³² Su ciò TAR Veneto, sez. III, 15 luglio 2015, n. 801; TAR Campania, sez. V, 3 giugno 2019, n. 3003; TAR Campania, sez. V, 1° agosto 2019, n. 4231.

³³ S. PEDRABISSI, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell'urgenza*, in *Amministrazione*, 3, 2014, p. 412 ss.

³⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968.

³⁵ Su ciò Consiglio di Stato, sez. V, del 3 giugno 2013, n. 3024; Cons. di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904; Cons. di Stato, 25 settembre 2006, n. 5639 citate in S. PEDRABISSI, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell'urgenza*, cit., p. 414. Relativamente alla prevedibilità circa la situazione di necessità si confronti *ex multis* TAR Lazio, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 13898; Consiglio di Stato, sez. II, 22 luglio 2019, n. 5150; TAR Campania, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 678; TAR Piemonte, sez. II, 17 aprile 2014, n. 657.

³⁶ Così ad esempio Consiglio di Stato, sez. V del 2 aprile 2001, n. 1904

pronuncia del TAR Lazio n. 8615 del 22 luglio 2020, nella parte in cui è stato sostenuto che i d.P.C.M. in questione si diversificassero rispetto alle ordinanze con riferimento a tale carattere in quanto gli stessi riproducevano «contenuti già dettagliatamente evidenziati nei dd.ll. attributivi del potere presupposti». In prima battuta si osserva che il presupposto della contingibilità risultava comunque integrato anche nell'emanazione di tali provvedimenti atteso che la finalità degli stessi consisteva nel costruire soluzioni di risposta all'evoluzione della situazione epidemiologica, e dunque ad una circostanza di necessità dal carattere contingibile e urgente. Segnatamente, non si comprende in quale modo la predeterminazione legislativa del contenuto potenziale del d.P.C.M. potesse incidere sul carattere contingibile dei presupposti legittimanti. Oltretutto, a norma dell'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, potendo le autorità regionali introdurre alcune delle misure di cui all'art. 1, co. 2, ed essendo le stesse prescrivibili attraverso ordinanze contingibili e urgenti *ex art.* 32 l. 1978 n. 833, anche le ordinanze emanate in merito a ciò avevano quindi «contenuti già dettagliatamente evidenziati nei dd.ll.». Ma in questo caso il relativo carattere contingibile degli atti non era stato tuttavia messo in discussione. Alla luce di tali considerazioni, a fronte degli orientamenti della giurisprudenza nell'ermeneutica del concetto di contingibilità, si può dunque sposare la tesi che ha riconosciuto un carattere emergenziale anche alla situazione epidemiologica più recente, nonostante le successive ondate di contagi fossero state sin dall'inizio previste. L'incremento significativo dei contagi e dei ricoveri ospedalieri non poteva difatti che configurarsi come una situazione di necessità dal carattere urgente ed eccezionale tale da richiedere interventi straordinari al fine di tutelare gli interessi pubblici coinvolti, e dunque, indipendentemente dalla circostanza che la stessa fosse prevedibile.

Tali presupposti, la già richiamata provvisorietà e l'obbligo di motivazione del provvedimento³⁷ si configurano pertanto come alcuni dei limiti de-

³⁷ La *ratio* dell'obbligo di motivazione per questi provvedimenti è chiaramente quella di dimostrare l'effettiva sussistenza di una situazione contingibile che implichi la necessità di un urgente intervento, con disposizioni atipiche che derogano alla legge. In altre parole, l'obbligo di motivazione deriva dalla necessità di riportare le risultanze di un'istruttoria che abbia fatto constatare tale necessità, ma anche il procedimento logico seguito dall'amministrazione nell'esercizio della sua discrezionalità. Il potere di ordinanza *extra ordinem*, come ampiamente specifi-

finiti dall'ordinamento. In più, secondo le precisazioni della più remota dottrina³⁸ e giurisprudenza costituzionale³⁹, un altro limite cui l'esercizio di siffatto potere è subordinato afferisce al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Come sottolineato dalla Corte costituzionale in particolare nella sentenza del 27 maggio 1961, n. 26, tali provvedimenti «non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria». Inoltre, il rispetto dei principi dell'ordinamento consentirebbe che non venga invaso il campo riservato all'attività degli organi legislativi e degli organi costituzionali dello Stato, impedendo quindi «ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione». Tenendo conto della dottrina, sin dalle prime elaborazioni, e di questa giurisprudenza, si potrebbe dunque concludere che i principi assumano la funzione di garanzia della permanenza del potere di ordinanza nell'orbita assegnata al potere amministrativo⁴⁰. Tuttavia, è da osservare che la dottrina più recente non ha risparmiato delle riserve in merito a questo tema. È stato difatti puntualizzato che, nonostante il continuo richiamo a questi principi da parte della giurisprudenza e dalla dottrina⁴¹, al di là

cato nelle pagine precedenti, produce una compressione dei diritti e interessi pubblici e privati al fine di tutelare ulteriori diritti e interessi pubblici. Dalla motivazione deve pertanto emergere il bilanciamento posto in essere dall'autorità che giustifichi tale sacrificio e nello stesso tempo che dimostri che il potere sia stato esercitato secondo i canoni di proporzionalità e adeguatezza.

³⁸ Intorno a tale aspetto si consulti la ricostruzione elaborata in R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., p. 227 ss.

³⁹ Tra le pronunce della Corte costituzionale in merito a tale aspetto si ricorda *ex multis*: Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8; Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26; Corte cost. 12 gennaio 1977, n. 4; 7 aprile 2011, n. 115.

⁴⁰ Espressione utilizzata in T. CARNEVALI, *Trattato di diritto comunale positivo*, Mantova, 1893, p. 56 citata in R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità*, cit., p. 233.

⁴¹ Una ricostruzione intorno all'identificazione dei principi generali dell'ordinamento quali limiti al potere di ordinanza si può ravvisare in A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro Amm. TAR*, 9, 2012, p. 3009.

dei tradizionali principi che reggono l'azione amministrativa⁴², rimane fonte di dubbi e incertezze la puntuale decifrazione degli stessi⁴³. Al di là di queste riflessioni, risulta tuttavia consentito con sufficiente convinzione annoverare tra i principi generali dell'ordinamento che limitano il potere di ordinanza dell'autorità amministrativa, anche alla luce della giurisprudenza che verrà richiamata *infra*, il principio di proporzionalità, nei suoi criteri di idoneità, necessità e adeguatezza, il principio di ragionevolezza e il principio di leale collaborazione⁴⁴.

Al di là dei profili attinenti ai caratteri e ai limiti di tale potere, nell'ambito di un'indagine incentrata sulle questioni relative alla distribuzione del potere in un sistema multilivello nella gestione della pandemia risulta doveroso richiamare le norme attributive di siffatto potere per la gestione di emergenze sanitarie.

⁴² Per un approfondimento su ciò si veda A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, p. 39 ss.

⁴³ Così V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2007, p. 374 ss., che, constatando la continua violazione da parte delle ordinanze di principi quali il principio del pubblico concorso, delle gare pubbliche nell'aggiudicazione degli appalti, i principi fondamentali relativi all'autonomia degli enti di governo territoriali, ecc., si chiede dunque quali siano allora i principi generali dell'ordinamento che tali provvedimenti sono tenuti a rispettare. Non sorprende pertanto che sia stato altresì sostenuto in dottrina, più precisamente in M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit., p. 741, che il rispetto dei principi generali dell'ordinamento si configuri come un limite evanescente ed indeterminato.

⁴⁴ Per dovere di completezza si puntualizza che tra i limiti dell'ordinamento al potere di ordinanza rientra altresì il limite di riserva di legge. Più precisamente, come sintetizzato in G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (Diritto costituzionale ed amministrativo)*, cit., p. 98, le ordinanze non possono essere contrarie a disposizioni costituzionali o intervenire in materie coperte da riserva assoluta di legge, ma possono intervenire *contra legem* in materie coperte da riserva relativa nei soli casi in cui le norme relative contengano i criteri direttivi. Sul punto la Corte costituzionale è ritornata negli anni più recenti con la sentenza del 7 aprile 2011, n. 115, precisando che «il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco"[...] senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini». Relativamente al rispetto del limite della riserva di legge da parte dei provvedimenti emanati durante tale fase emergenziale, si vedano i dubbi espressi in L.A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it* - « OsservatorioEmergenzaCovid-19», 23 marzo 2020.

Tra di esse rientrano certamente le disposizioni del Testo Unico delle leggi sanitarie del 1934⁴⁵. La norma distribuisce difatti il potere di emanare provvedimenti di emergenza al Sindaco, al Prefetto e al Ministro della sanità al verificarsi di specifiche circostanze fattuali attinenti alla tutela della salute⁴⁶. Come osservato in dottrina, si tratta comunque di poteri che appartengono ad un modello di amministrazione prerepubblicana, che, pur non essendo stati espressamente abrogati, l'assenza di applicazioni nella prassi ne fa desumere il relativo carattere desueto⁴⁷. La norma di riferimento nella legislazione vigente rimane l'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, che riconosce espressamente al Ministro della salute il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso. In realtà, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, siffatto potere è altresì riconosciuto al Presidente della Giunta regionale e al Sindaco che lo esercitano con riferimento alle medesime materie, chiaramente nei rispettivi limiti territoriali.

Al fianco di tali disposizioni, si pone l'art. 117 d.lgs. n. 112 1998, che riconosce al Sindaco, quale capo dell'amministrazione locale, il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, prevedendo, nelle ipotesi di emergenze dalla più ampia dimensione, la competenza dello Stato e delle Regioni ad intervenire. Si tratta dunque di una norma che ricalca le disposizioni del precedente art. 32 l. n. 833/1978 e che è stata inserita all'interno dell'art. 50, comma 5 e 6 del TUEL. Con le successive riforme che hanno modificato l'art. 50⁴⁸, sono stati inclusi ulteriori presupposti fattuali legittimanti tali poteri, tra cui situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana.

⁴⁵ R.d. 27 luglio 1934, n. 1265.

⁴⁶ Su ciò si veda E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bonomia University Press, 2019, pp. 93-94.

⁴⁷ Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., p. 94.

⁴⁸ In particolare, si fa riferimento all'art. 8, co. 1, lett. a), punto 1 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni dalla legge 18 aprile 2017, n. 48.

La distribuzione del potere di ordinanza disposta secondo siffatte normative sembra comunque differire rispetto al modello definito dall'art. 54 del TUEL, per il quale il Sindaco esercita il potere di ordinanza in qualità di ufficiale di governo, o al modello strutturato dall'art. 191 del codice dell'ambiente. Pur presupponendo circostanze emergenziali dalla natura differente⁴⁹ rispetto a quelle sinora richiamate attinenti alle emergenze sanitarie, risulta difatti opportuno precisare che queste ultime norme attributive prevedono precisi poteri sostitutivi in capo ad autorità differenti rispetto all'amministrazione che ha emanato il provvedimento, invece assenti nelle norme richiamate⁵⁰. Difatti, se si prendono in considerazione le disposizioni previste dell'art. 117, co. 2, d.lgs. n. 117/1998, e, dunque, dell'art. 50, co. 6, del TUEL, il modello di riferimento appare maggiormente simile al modello utilizzato per la gestione dell'attuale emergenza epidemiologica, pur con riferimento ad autorità differenti⁵¹. In particolare, nell'ipotesi di un'emergenza sanitaria che impatti su un territorio più ampio rispetto ai confini comunali, è previsto che, secondo tali norme, il Sindaco provveda fino all'intervento delle altre autorità competenti, pur in assenza di specifici poteri sostitutivi. Dunque, uno schema giuridico che non sembra differenziarsi in modo significativo rispetto al potere di intervento in deroga in capo alle autorità regionali

⁴⁹ Il potere di ordinanza sindacale riconosciuto dall'art. 54, co. 4, del TUEL è esercitato al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Attraverso i provvedimenti *ex art.* 191 del codice dell'ambiente, invece, le autorità di riferimento ricorrono temporaneamente a speciali forme di gestione dei rifiuti nell'ipotesi di situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente.

⁵⁰ Con riferimento ai provvedimenti contingibili e urgenti del Sindaco *ex art.* 54, co. 4, del TUEL, ai sensi del comma 11 del medesimo articolo, il Prefetto, anche in caso di inerzia del Sindaco o del suo delegato nell'esercizio delle funzioni previste dal comma 10, può intervenire con proprio provvedimento. Nel caso delle ordinanze *ex art.* 191 del codice dell'ambiente, secondo il comma 2 del medesimo articolo, qualora il Presidente della Giunta regionale non provveda entro centoventi giorni dall'adozione delle ordinanze a promuovere e adottare le iniziative necessarie per garantire la raccolta differenziata, il riutilizzo, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (ora Ministro della transizione ecologica), dopo aver diffidato l'autorità regionale a provvedere entro sessanta giorni, in caso di protrazione dell'inerzia, può intervenire in via sostitutiva.

⁵¹ L'art. 117, co. 2, d.lgs. n. 117/1998, e, dunque, l'art. 50, co. 6, del TUEL si riferiscono al potere di ordinanza dell'autorità sindacale e all'intervento della Regione e dello Stato in caso di un'emergenza che oltrepassi i confini del singolo Comune. Relativamente al modello utilizzato per la gestione dell'emergenza pandemica, l'oggetto di questa analisi è relativo esclusivamente alla distribuzione del potere di intervento tra Stato e Regioni.

nelle more dell'intervento governativo, riconosciuto dalla speciale normativa di contrasto all'emergenza pandemica. Con riferimento a quest'ultima difatti, in questa complessa geometria di distribuzione del potere di ordinanza in un sistema multilivello, come è stato anticipato, a partire dal d.l. n. 6/2020 è stato istituito un sistema parallelo di gestione dell'emergenza attuale. Un ordinamento speciale sorto appositamente che si è posto in un rapporto di specialità rispetto alla normativa richiamata⁵² e che ha individuato specifici vincoli nell'esercizio del potere da parte delle autorità regionali, che verranno esaminati nei successivi paragrafi.

2. Il d.l. n. 6/2020 e i profili problematici derivanti da "ulteriori misure"

Con l'iniziale rilevamento dei contagi nell'Italia settentrionale, il Governo aveva ricondotto la strategia di gestione dell'emergenza nell'ambito del modello di azione strutturato dal d.l. n. 6/2020, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13. Attraverso tali disposizioni era stato riconosciuto il potere alle sopramenzionate autorità competenti di disporre interventi di limitazione, nell'ambito di un "catalogo legislativo" di misure possibili definite dall'art. 1, co. 2⁵³. Ai sensi del co. 1 del medesimo articolo, tuttavia, tali misure erano finalizzate ad evitare il diffondersi del Covid-19 nei Comuni o nelle aree in cui almeno una persona fosse risultata positiva o comunque se in esse vi fosse stato anche soltanto un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già contagiata. La sussistenza di tale presupposto fattuale tuttavia, secondo le disposizioni di cui all'art. 2, non si presentava come vincolante, così come l'elenco delle possibili misure catalogate si limitava a configurarsi esclusivamente come esemplificativo e non tassativo. L'intervento regionale attraverso ordinanza *ex art.* 32 l. n. 833/1978 e art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112⁵⁴, veniva così riconosciuto legittimo dalla

⁵² E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 9.

⁵³ COSÌ R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 1083, 2020.

⁵⁴ Con la legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13, era stato introdotto l'obbligo, non previsto dall'art. 32 l. n. 833/1978 e dalle iniziali disposizioni del d.l. n. 6/2020, di comunicazione a

norma al verificarsi di casi di estrema necessità e urgenza, con la possibilità di disporre sia le misure di cui all'art. 1 e sia le ulteriori misure di cui all'art. 2 (art. 3, co.2)⁵⁵. Le ordinanze in questione, tuttavia, potevano essere emanate esclusivamente nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Si tratta di un limite all'esercizio di siffatto potere, confermato anche nella normativa più recente, che aveva suscitato inizialmente alcune difficoltà interpretative, a cui diversi contributi dottrinali hanno in seguito tentato di rispondere⁵⁶. Secondo una lettura più verosimilmente conforme alla possibile *ratio* della norma, le ordinanze emanate a livello regionale e locale risultavano dunque efficaci sino all'emanazione a livello centrale di un d.P.C.M. avente per contenuto il medesimo oggetto disciplinato attraverso le ordinanze, e non dunque nelle more dell'adozione di qualsiasi d.P.C.M.⁵⁷. Interpretata in tal senso, pertanto, tale clausola di cedevolezza sembrava così riconoscere la legittimità di tali interventi nella misura in cui si limitassero ad anticipare un intervento a livello centrale.

Se questa è la lettura interpretativa sviluppata sulla perimetrazione entro siffatti confini dell'esercizio del potere di ordinanza regionale, appare dunque opportuno riportare l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in merito a tali aspetti.

Segnatamente, si è presentata una forma di disallineamento tra ordinanze regionali e d.P.C.M. con l'ordinanza del Presidente della Regione Marche n. 1 del 25 febbraio 2020, attraverso cui era stata disposta la sospensione dei servizi educativi, quale misura peraltro rientrante tra quelle espresamente indicate dall'art. 1, co. 2, d.l. n. 6/2020 (lett. d), anticipando il

pena di inefficacia del provvedimento emanato in sede regionale o locale al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla sua adozione.

⁵⁵ Il rinvio congiunto della norma sia all'art. 1 che all'art. 2 può far intendere che, anche con riferimento all'intervento *extra ordinem* regionale e locale, nell'ottica del legislatore il presupposto sulla presenza di contagiati accertati nell'area, di cui all'art.1, co.1, non si presentasse come vincolante.

⁵⁶ Tra di essi cfr. F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown*, cit., p. 14; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, p. 10 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 134; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm*, cit., p. 363.

⁵⁷ Si tratta peraltro della lettura interpretativa che emerge anche nel punto 6.2 della sentenza del 29 ottobre 2020, n. 11096, del TAR Lazio.

contenuto del successivo d.P.C.M. del 4 marzo 2020⁵⁸. Il contenuto del provvedimento era stato tuttavia cautelatamente sospeso dal TAR Marche attraverso decreto presidenziale, a seguito dell'impugnazione governativa⁵⁹. L'accoglimento dell'istanza di sospensione cautelare era stato motivato dalla mancata sussistenza del presupposto di cui all'art. 1, co. 1, d.l. n. 6/2020, e dunque dall'assenza di almeno un soggetto contagiato nell'area territoriale considerata. Inoltre (sempre secondo tale ricostruzione), le «ulteriori misure» che le autorità competenti erano legittimate a disporre secondo il decreto-legge erano da intendere come interventi privi della medesima invasività degli interventi giustificati dalla presenza di focolai. Dunque, interventi che avrebbero comportato «un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. d.l. n. 6».

Ad esito opposto era invece pervenuto il Presidente della sezione V del TAR Campania, che con decreto del 18 marzo 2020, n. 416, aveva respinto l'istanza di sospensione cautelare dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania del 13 marzo 2020, n. 15, con cui si disponeva il divieto di svolgere attività sportive all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Il giudice aveva escluso il contrasto con le misure predisposte sul piano nazionale, avendo riconosciuto all'ordinanza la sussistenza di un'adeguata base legale alla luce degli opportuni richiami alle disposizioni legislative, tra cui l'art. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6/2020 e l'art. 32, co. 1, l. n. 833/1978⁶⁰. Inoltre, sul piano istruttorio era stata rilevata una continua e forte crescita di contagi nella Regione, che si configurava come sufficiente presupposto fattuale legittimante. Per avvalorare tale respingimento era stato infine constatato che «nella valutazione dei con-

⁵⁸ Tra le misure previste da tale d.P.C.M., ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. *d*) erano stati difatti sospesi sull'intero territorio nazionale i servizi educativi e le attività didattiche.

⁵⁹ Si tratta del decreto monocratico del TAR Marche, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 56, confermato dall'ordinanza del collegio della medesima sezione del 5 marzo 2020, n. 63. Per una ricostruzione approfondita del contenzioso e delle successive ordinanze emanate dal Presidente della Regione Marche si veda G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *Biodiritto.org* (16.3.2020).

⁶⁰ Diversamente, con riferimento a tale aspetto, si vedano le osservazioni critiche di C. DELLA GIUSTINA, *Il Tar in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica. Nota a Tar Campania, sez. v, n. 01048/2020 del 18.3.2020*, in *Biolaw Journal, Forum*, 30 marzo 2020, p. 2 ss., che ha dubitato della solidità della base legale dell'ordinanza in questione, anche nell'ipotesi in cui si volesse identificare la stessa con il d.l. n. 6/2020.

trapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale a fronte di limitata compressione della situazione azionata», andasse accordata «prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica»⁶¹.

Si tratta in realtà di una posizione non distante dalla decisione del Consiglio di Stato 30 marzo 2020, che, con decreto monocratico n. 1553, aveva similmente respinto l'istanza di sospensione cautelare, confermando la decisione del TAR Calabria 28 marzo 2020, n. 165⁶². Dalle motivazioni del decreto era difatti emerso che i governatori regionali avessero ragionevolmente imposto misure ulteriormente restrittive quali forme di prevenzione in vista di un trasferimento massivo di persone e di contagi dalle Regioni più colpite al Mezzogiorno e che dunque disposizioni compressive di diritti fondamentali della persona venivano applicate «in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo».

Certamente non può non aver inciso nelle diverse valutazioni dei giudici l'effettivo mutamento della situazione epidemiologica del Paese. Se nel momento dell'intervento precauzionale della Regione Marche il contagio risultava prevalentemente concentrato nell'area settentrionale dell'Italia,

⁶¹ In merito a tale decisione si vedano altresì le criticità sollevate da V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali*, 1, 2020, p. 889 ss. Secondo l'A. con tale decisione il giudice sembra aver ignorato alcuni presupposti fondamentali dello Stato di diritto, con particolare riferimento al fatto che tale ordinanza avesse investito materie coperte da riserva di legge assoluta. Più precisamente tali materie si sarebbero presentate come degli ambiti nei quali un intervento regionale attraverso ordinanza si sarebbe potuto configurare nei soli margini consentiti dal dettato legislativo e l'indeterminatezza delle previsioni di cui all'art. 2 d.l. n. 6/2020 non avrebbe potuto legittimare un intervento maggiormente restrittivo di tali diritti.

⁶² Ad avviso del Presidente della III sez. del Consiglio di Stato, l'appello era stato ritenuto ammissibile, ricorrendo «uno dei limitatissimi casi» in cui l'effetto del decreto monocratico avrebbe potuto produrre un effetto irreversibile su un bene della vita riferito a diritti costituzionalmente tutelati. Sul tema si vedano le perplessità avanzate da M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *Federalismi.it* - «OsservatorioEmergenzaCovid-19», 31 marzo 2020.

le altre decisioni delle autorità regionali richiamate erano state prese in un contesto epidemiologico ben più aggravato, successive, peraltro, all'estensione sull'intero territorio nazionale delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica.

3. *Il d.l. n. 19/2020 e il nuovo perimetro per gli interventi regionali derogatori*

Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, ha abrogato le disposizioni del precedente d.l. n. 6/2020, introducendo disposizioni di dettaglio nel tentativo di costruire un sistema di coordinamento tra le misure governative e le misure regionali e di superare le equivocità del precedente decreto. Prima di esaminare quali siano stati i criteri definiti dal legislatore al fine di perimetrare l'esercizio del potere di ordinanza regionale, appare opportuno riportare alcune precisazioni in merito agli altri aspetti del decreto: in particolare risulta doveroso citare i cambiamenti introdotti all'art. 1, co. 2. Analogamente al precedente decreto è stato tipizzato il contenuto delle possibili misure finalizzate a contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus, ampliando tuttavia notevolmente il livello di dettaglio e di specificità degli stessi (dalla lett. *a*) alla lett. *hb-bis*). Ma soprattutto con le nuove disposizioni è stato superato il difetto di tassatività che l'art. 1, co. 2, d.l. n. 6/2020 presentava e in ragione del quale la base legale dei d.P.C.M. risultava particolarmente debole⁶³. Con l'art. 2, co. 1, il d.P.C.M. è stato confermato lo strumento giuridico amministrativo di riferimento per l'attuazione di tali misure di contenimento, pur con l'introduzione di alcuni elementi di differenziazione relativi agli aspetti procedurali *supra* specificati. A fianco degli stessi, sempre sul piano governativo, il co. 2 del medesimo articolo ha altresì riconosciuto la possibilità di disporre siffatte misure anche al Ministro della salute tramite ordinanza *ex art.* 32 l. n. 833/1978, ma subordinatamente alla sussistenza di presupposti fattuali di estrema necessità e

⁶³ Così M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., p. 189.

urgenza per situazioni di rischio sopravvenute ed esclusivamente nelle more dell'adozione dei d.P.C.M., con efficacia limitata a tale momento⁶⁴. La definizione del perimetro entro il quale l'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem* regionale poteva essere legittimamente esercitato è avvenuta con l'art. 3, co. 1, di tale decreto-legge⁶⁵. Secondo tali disposizioni, l'intervento regionale era consentito al verificarsi di un sopravvenuto aggravamento del rischio sanitario con interventi ulteriormente restrittivi, e non invece permissivi, rispetto a quelli vigenti, aventi come potenziale oggetto le misure indicate dall'art. 1, co. 2, esclusivamente nelle more dell'adozione dei d.P.C.M. e con efficacia limitata a quel momento. Inoltre, tali provvedimenti potevano limitarsi a disporre esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incidenza sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale⁶⁶.

⁶⁴ Nonostante il decreto-legge in esame avesse tentato di superare l'assetto normativo strutturato dal precedente decreto che rendeva discutibile la legittimità dei d.P.C.M. emanati sulla base di quest'ultimo, nell'ambito del medesimo art. 2, co. 3, d.l. n. 19/2020 era stata introdotta una disposizione che faceva salvi i pregressi provvedimenti statali e regionali, disponendo che «Sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 pubblicati rispettivamente nella Gazzetta Ufficiale n. 59 dell'8 marzo 2020, n. 62 del 9 marzo 2020, n. 64 dell'11 marzo 2020 e n. 76 del 22 marzo 2020, come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni». E come osservato da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 135, ciò non poteva che essere letto come il frutto e l'espressione di un compromesso politico-istituzionale.

⁶⁵ Con l'art. 3, co. 2, del d.l. n. 19/2020 erano state inoltre introdotte previsioni dall'analoga finalità con riferimento alle ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco. Era stato difatti disposto che fosse vietato ai Sindaci adottare ordinanze che avessero ecceduto i limiti di oggetto individuati dal co. 1 della norma e che fossero in contrasto con le misure statali e, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di conversione del decreto, anche con le misure regionali. Tale norma è stata in seguito abrogata dall'art. 18 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁶⁶ Secondo F. CINTIOLI, *Sul regime del lock-down in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., p. 13, tra le ragioni di tale intervento normativo figurava l'insuscettibilità del potere di ordinanza di essere ordinato secondo criteri gerarchici, pur esprimendo l'A. perplessità circa il livello di dettaglio di tali prescrizioni. In merito a tali previsioni e aspetti, è stato inoltre sostenuto in C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, in *SistemaPenale*, 6 aprile 2020, che la scelta di mantenere un potere residua-

Alla luce di tali disposizioni la giurisprudenza amministrativa non aveva dunque esitato, in tale contesto emergenziale, a respingere le istanze di sospensione cautelare dei provvedimenti maggiormente restrittivi dei Presidenti delle Regioni.

Si ricorda, a titolo esemplificativo, quanto era emerso dalla decisione del TAR Sicilia del 17 aprile 2020 che, tramite decreto monocratico n. 458, aveva respinto l'istanza cautelare per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia dell'ordinanza del Presidente della Regione Sicilia 11 aprile 2020, n. 16. In essa si disponeva, analogamente all'ordinanza del Presidente della Regione Campania *supra* richiamata, il divieto di pratica di ogni attività motoria e sportiva all'aperto, anche in forma individuale, diversamente consentita dal d.P.C.M. del 10 aprile 2020. Secondo il giudice «gli aspetti di massima prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica» sottesi alle ordinanze impugnate erano apparsi prevalenti rispetto agli interessi ed alla posizione giuridica dei ricorrenti, e, soprattutto, il divieto di disporre in contrasto con le misure statali era riferito esclusivamente ai Sindaci e non agli organi di livello regionale. In termini concordi si era successivamente espresso il TAR Sardegna con decreto del 20 aprile 2020, con riferimento all'ordinanza regionale n. 19 del 13 aprile 2020 nella parte in cui era stata disposta la proroga della chiusura delle attività di commercio al dettaglio di carta, cartone e articoli di cartoleria, di commercio al dettaglio di libri e di vestiti per bambini e neonati⁶⁷; al contrario l'allegato 1 del d.P.C.M. del 10 aprile 2020 le aveva annoverate tra le attività che avrebbero potuto riaprire. Coerentemente con le disposizioni del d.l. n. 19/2020, il giudice difatti aveva constatato che se da un lato era stato introdotto il divieto di disporre misure meno restrittive di quelle imposte con d.P.C.M., dall'altro, in relazione a specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario verificatesi sul territorio, era lecita l'introduzione di misure ulteriormente restrittive. Curiosamente, nonostante siffatto esplicito richiamo a tali disposizioni, la circostanza che il provvedimento avesse inciso sulle attività produttive,

le alle Regioni doveva considerarsi necessitata al fine di consentire dei margini operativi alle competenze in materia di sanità e protezione civile e alle correlate competenze amministrative.

⁶⁷ Tale misura era stata adottata sulla base di un parere espresso dal Comitato Tecnico Scientifico, istituito con delibera regionale del 1° aprile 2020, n. 17.

che invece si configuravano come un ambito materiale escluso dalla possibile regolamentazione tramite ordinanza regionale, non era stata considerata nella valutazione del giudice.

Se attraverso tali decisioni i giudici amministrativi, pur nell'ambito di una *summaria cognitio*, avevano constatato la sussistenza dei presupposti fattuali e il rispetto dei limiti definiti dall'intervento normativo, in questa fase di gestione dell'emergenza erano state specularmente accolte le istanze di sospensione cautelare dei provvedimenti regionali, attraverso cui erano state, invece, allentate le misure più restrittive previste dagli atti governativi.

Tra l'altro, all'emergenza sanitaria si era affiancato il peso delle diffuse difficoltà economiche e sociali derivanti dalla chiusura prolungata delle attività. La seguente circostanza fattuale aveva dunque indotto le pubbliche autorità a discostarsi dalle misure statali, come dimostrato dall'ordinanza della Regione Lombardia 11 aprile 2020, n. 528, attraverso cui era stata concessa la possibilità di effettuare consegne a domicilio anche ad operatori commerciali al dettaglio non ricompresi nel decreto del Ministro dello sviluppo economico del 25 marzo 2020. Un disallineamento di tale specie, trattandosi di una misura ampliativa e non ulteriormente restrittiva, aveva così condotto il Presidente della I sezione del TAR Lombardia a sospendere cautelatamente l'atto con decreto n. 634 del 23 aprile 2020.

3.1 L'introduzione di misure regionali di allentamento in deroga alle disposizioni governative. Il caso della Regione Calabria

Tra il periodo di *lockdown* nazionale e quello di progressive riaperture delle attività produttive, il caso meritevole di analitica attenzione è relativo all'ordinanza della Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, e il successivo annullamento per effetto della sentenza TAR Calabria n. 841 del 9 maggio 2020⁶⁸, a seguito dell'impugnazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri⁶⁹. La vicenda presenta

⁶⁸ Chiaramente per effetto della sentenza non era stata annullata l'ordinanza, ma la parte in cui, al punto 6, disponeva che sul territorio della Regione Calabria fosse «consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto».

⁶⁹ In merito alla legittimazione processuale della Presidenza del Consiglio dei Ministri a ricorrere, verificata d'ufficio, suscitano interesse le argomentazioni proposte dal TAR Calabria.

profili di estremo interesse non solo perché si è dimostrata come una paradigmatica rappresentazione della conflittualità tra i diversi livelli di governo⁷⁰, ma anche perché il Collegio del TAR Calabria si è pronunciato sulla controversia con una sentenza ampiamente motivata, inclusiva di una puntuale esaminazione sulle più complesse e delicate questioni relative al rapporto tra Stato e Regioni sino a quel momento sollevate e dibattute⁷¹.

Prima di entrare nel merito della decisione dei giudici amministrativi, occorre ricostruire i termini della questione. Con la citata ordinanza, la Regione Calabria aveva disposto la ripresa delle attività per bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismi con somministrazione esclusiva, non solo attraverso consegne a domicilio e servizio di asporto, già consentite dal d.P.C.M. del 26 aprile 2020, ma anche attraverso il servizio con tavoli all'aperto, nel rispetto delle misure minime di sicurezza, distanziamento ed igienico-sanitarie. Con tale provvedimento era stata pertanto introdotta

Nel punto 11 della sentenza, la legittimazione in esame era stata riconosciuta a partire da una valorizzazione del ruolo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, qualificandola come «il fulcro del necessario coordinamento dell'attività amministrativa posta in essere dallo Stato e dalle Autonomie di cui la Repubblica si compone». Intorno ad essa si sintetizzerebbero secondo i giudici gli interessi curati dalle amministrazioni pubbliche centrali e periferiche, con il «compito di assicurare l'esercizio coerente e coordinato dei poteri amministrativi». Il riconoscimento di una legittimazione processuale si poneva quindi come la conseguenza di siffatti caratteri «in alternativa all'esercizio delle funzioni di controllo e sostitutive previsti dalla Costituzione, laddove l'esercizio dei poteri amministrativi avvenga in maniera disarmonica o addirittura antitetica».

⁷⁰ A testimonianza del carattere multilivello assunto dalla controversia, si precisa che nell'ambito di tale controversia, a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza regionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, erano altresì intervenuti in giudizio con un intervento *ad opponendum* i Comuni di Amendolara e Tropea e con un intervento *ad adiuvandum* il Comune di Reggio Calabria.

⁷¹ Tra i contributi che hanno puntualmente esaminato la vicenda cfr. U. ADAMO, S. GAMBINO, W. NOCITO, *La Regione Calabria, il d.P.C.M. del 26 aprile e le "Ordinanze Santelli" n. 37 e 38 alla luce di una non trovata leale collaborazione*, in *Astrid Rassegna*, 2020; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, p. 398 ss.; A. LOLLO, *Il giudice amministrativo dichiara illegittimo l'allentamento, predisposto dalla Regione Calabria, delle misure nazionali per il contenimento dell'emergenza epidemiologica (nota a TAR Calabria, Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841)*, in *Rivista AIC-Osservatorio Costituzionale*, 6, 2020; G. SOBRINO, *Misure "anti-Covid" e Costituzione. Il TAR Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, in *Rivista AIC-Osservatorio Costituzionale*, 5, 2020; F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Rivista AIC-Osservatorio Costituzionale*, 3, 2020.

una misura maggiormente permissiva rispetto al contenuto dell'intervento governativo.

La delicatezza della questione, il peso assunto dalla controversia e il forte interesse dell'opinione pubblica su di essa aveva condotto il Collegio a sviluppare delle considerazioni preliminari⁷², precisando che non competesse al giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e stabilire il contenuto dei provvedimenti all'esito di un bilanciamento tra interessi. Si tratta di un principio che era necessario affermare, secondo i giudici con più forza, per le peculiarità del caso di specie, ritenendo che l'operato dell'autorità giurisdizionale fosse di ordine meramente tecnico, limitandosi a verificare la conformità del provvedimento al modello legale⁷³.

Prima di esaminare i motivi del ricorso, il Tribunale si era preliminarmente pronunciato sulle questioni pregiudiziali; intanto sull'eccezione di difetto di giurisdizione dedotta dalla Regione Calabria⁷⁴, che era stata rigettata sulla base di tre motivi. In primo luogo, era stato constatato che l'atto emanato dalla Presidente della Regione Calabria fosse un'ordinanza e dunque un atto espressione del potere amministrativo su cui «il sindacato giurisdizionale è naturalmente attribuito al giudice della funzione pubblica»⁷⁵. Le presenti considerazioni suscitano delle perplessità nella misura in cui non si comprende quale fosse il rilievo che potesse avere ai fini della decisione dei giudici sulla sussistenza della propria giurisdizione il fatto che oggetto del ricorso fosse un atto amministrativo⁷⁶.

⁷² Si fa riferimento al punto 16 della sentenza.

⁷³ Per un approfondimento sulla condotta processuale del TAR Calabria tenuta in occasione di tale ricorso si veda A. LOLLO, *Il giudice amministrativo dichiara illegittimo l'allentamento, predisposto dalla Regione Calabria, delle misure nazionali per il contenimento dell'emergenza epidemiologica (nota a TAR Calabria, Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841)*, cit., p. 4 ss. In merito al punto 16 della sentenza l'Autore parla di una «retorica giustificativa» tesa a sterilizzare verosimilmente le possibili censure di politicità della decisione, non nascondendo su ciò delle perplessità, costituendo, secondo l'A., aspetti che dovrebbero rientrare nel fisiologico andamento del processo amministrativo.

⁷⁴ Secondo tale parte, dal momento che era stata avallata la tesi che l'ordinanza avesse invaso una sfera di attribuzioni del Governo centrale, la controversia avrebbe dovuto assumere un tono costituzionale e dunque rientrare nella giurisdizione della Corte costituzionale.

⁷⁵ Punto 10.1 della sentenza.

⁷⁶ Sul punto si veda F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lock-down è lo Stato a dettare legge*, cit., p. 377 e A. LOLLO, *Il giudice amministrativo dichiara illegittimo l'allentamento, predisposto dalla Regio-*

Difatti, come è noto e pacifico, qualsiasi atto non legislativo⁷⁷, finanche comportamenti che non si traducono nell'emanazione di atti⁷⁸, sono suscettibili di sollevare conflitti di attribuzione.

La sussistenza della propria giurisdizione era stata meglio motivata con la successiva osservazione, nell'ambito della quale il Collegio ben aveva precisato che non fosse sufficiente a conferire un tono costituzionale alla controversia motivare che le ragioni di illegittimità dedotte fossero inerenti ai confini delle attribuzioni definite dal testo costituzionale. Si tratta difatti di un "tono" da escludere in ragione delle eccezioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri con le quali non era stata lamentata una lesione delle proprie attribuzioni costituzionali, ma era stata dedotta l'illegittimità degli atti in ragione della violazione dei limiti al potere di ordinanza definiti dal d.l. n. 19/2020. Nonostante la fisionomia delle osservazioni, il Collegio nel punto successivo della sentenza aveva tuttavia puntualizzato che anche se fosse stato attivabile il giudizio di conflitto di attribuzione, la via del ricorso dinanzi al giudice amministrativo sarebbe rimasta legittima⁷⁹.

ne Calabria, delle misure nazionali per il contenimento dell'emergenza epidemiologica (nota a TAR Calabria, Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841), cit., p. 6. Gli Autori sostengono che, piuttosto, tale argomentazione dovesse essere proposta al fine di corroborare la tesi della concorrenza delle giurisdizioni.

⁷⁷ Nella sentenza n. 40 del 20 gennaio 1977 la Corte costituzionale aveva difatti precisato che «la natura dell'atto, che si affermi invasivo dell'altrui competenza costituzionale, non ha mai assunto, nella giurisprudenza di questa Corte, rilievo determinante ai fini della ammissibilità di conflitti tra Stato e Regioni. Atti idonei a provocarne l'insorgere sono stati, infatti, ritenuti così concreti provvedimenti amministrativi, come regolamenti ed altri atti generali; così atti di controllo, come pronunce giurisdizionali od atti connessi con l'esercizio della funzione giurisdizionale [...]».

⁷⁸ Così la sentenza della Corte cost. n. 120 del 10 ottobre 1979, nella quale era stato espressamente sostenuto che «qualsiasi comportamento effettivamente significativo dello Stato o di una Regione possa configurare un atto invasivo dell'altrui sfera di competenza o tale da menomare le possibilità di esercizio di altrui potestà».

⁷⁹ Sul punto difatti non si evince la ragione per cui i giudici, dopo aver escluso la sussistenza dei presupposti per la proposizione del ricorso per conflitto di attribuzione e ben distinto la natura dei due giudizi, abbiano dovuto proporre una simile ulteriore argomentazione al fine di dimostrare la possibile concorrenza dei ricorsi. In tale passaggio era stato sostenuto, richiamando una giurisprudenza del Consiglio di Stato, che l'ente in conflitto possa scegliere, anziché proporre due giudizi, la proposizione di un unico ricorso dinanzi al giudice amministrativo, deducendo tutti i motivi di illegittimità. In merito a ciò, appaiono condivisibili dunque le considerazioni critiche sviluppate in F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lock-down è lo Stato a dettare legge*, cit., p. 382 ss. Secondo gli autori difatti, pur rientrando nelle possibilità del Tribunale ammi-

Con riferimento ai motivi del ricorso, partendo dalla sollevata eccezione di illegittimità costituzionale del d.l. n. 19/2020, il Tribunale aveva ritenuto di non sospendere il giudizio e di non sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte. Sul punto, era stato argomentato che, in relazione alla eccepita violazione della riserva di legge, l'art. 41 Cost., nella parte in cui dispone che la libera iniziativa economica non può arrecare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana, non prevede una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore affinché la sua attività non sia di pregiudizio per la salute pubblica. E pertanto, nel caso di specie, il contrasto tra norma costituzionale e la disposizione legislativa, che aveva demandato al Presidente del Consiglio dei Ministri la predisposizione di simili interventi restrittivi, non sarebbe sussistito⁸⁰. Nel quadro delle argomentazioni sviluppate al fine di dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del decreto-legge, il TAR aveva quindi riconosciuto il fondamento della competenza dello Stato all'adozione di siffatto decreto nelle disposizioni costituzionali che riconducono nell'ambito delle competenze esclusive statali la materia di «profilassi internazionale» (art. 117, co. 2, lett. g)). Non solo, i giudici avevano altresì rinvenuto la sussistenza della competenza statale anche con riferimento alle materie di tutela della salute e protezione civile, quali materie su cui insistono le competenze concorrenti dello Stato e delle Regioni, nell'ambito delle quali, per effetto della c.d. "chiamata in sussidiarietà", la competenza sarebbe stata attratta a livello statale. Più precisamente, in virtù del principio di sussidiarietà, dal momento che il carattere internazionale dell'emergenza sanitaria aveva richiesto un'individuazione di misure precauzionali a livello amministrativo unitario, il

nistrativo conoscere sia dell'illegittimità che dell'incostituzionalità dell'atto, con l'accoglimento della tesi perorata dal TAR Calabria si disconoscerebbe la competenza della Corte costituzionale ex art. 134 Cost. a risolvere i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni. Non solo, il riconoscimento di una simile possibilità all'ente coinvolto realizzerebbe forme di *forum shopping* nei rapporti tra Stato e Regioni.

⁸⁰ Come precisa il TAR Calabria nel punto 18.1 della sentenza, il contenuto del provvedimento risultava comunque predeterminato dall'art. 1 d.l. n. 19/2020, mentre era demandata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa l'individuazione dell'ampiezza delle limitazioni in ragione dell'esame epidemiologico.

principio di legalità dell'azione amministrativa aveva conseguentemente implicato siffatta attrazione della funzione legislativa⁸¹.

Dopo tali premesse e passaggi, erano state infine presentate le motivazioni dell'illegittimità del provvedimento regionale. In primo luogo, l'illegittimità era emersa secondo il Collegio dalla violazione dei limiti definiti *ex lege* dall'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, trattandosi di una misura ampliativa e non più restrittiva rispetto al contenuto dei d.P.C.M. e avendo chiaramente inciso sulle attività produttive. Le argomentazioni del Collegio non si erano tuttavia limitate ad accertare esclusivamente la sussistenza di tale vizio, avendo altresì rilevato nel provvedimento il difetto di istruttoria e di motivazione, con conseguente accoglimento del secondo motivo del ricorso. Come sostenuto, nel corpo motivazionale dell'ordinanza il riferimento era stato rivolto esclusivamente al valore di replicazione del virus, quando invece il rischio epidemiologico dipende anche da altri fattori quali «l'efficienza e capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'incidenza che sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento via via adottate o revocate». La mancanza di siffatti elementi aveva dunque reso gli interventi non conformi ai principi di proporzionalità e precauzione, essendo stato evidenziato dai giudici che, diversamente dal caso di specie, «le restrizioni dovute alla necessità di contenere l'epidemia sono state adottate [...] gradualmente, in modo che si possa misurare, di

⁸¹ Si tratta dello strumento individuato dalla Corte cost. a partire dalla sentenza n. 303/2003 al fine di introdurre «un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida [...] la stessa distribuzione delle competenze legislative [...]». Come chiarito dalla Corte nella sentenza n. 6 del 2004 tuttavia tale sistema flessibile «deve risultare adottato a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali». Secondo il TAR Calabria dunque tale requisito sarebbe stato integrato dalla previsione di una consultazione preventiva dei Presidenti delle Regioni interessate, ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel caso in cui la misura avesse riguardato l'intero territorio nazionale, ai fini dell'emanazione dei d.P.C.M., ai sensi dell'art. 2 d.l. n. 19/2020. In merito a tali aspetti è stato sostenuto in G. SOBRINO, *Misure 'anti-Covid' e Costituzione. Il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, cit., p. 204, che l'assunzione da parte del TAR del principio di sussidiarietà verticale quale fondamento costituzionale del decreto-legge sarebbe risultata potenzialmente pericolosa, dal momento che avrebbe esposto il medesimo a potenziali censure di illegittimità per violazione del principio di leale collaborazione, limitandosi a prevedere una forma di consultazione e non invece un'intesa.

volta in volta, la curvatura assunta dall'epidemia in conseguenza delle variazioni nella misura delle interazioni sociali», coerentemente con «il principio di precauzione, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica».

Non solo, i giudici avevano altresì accolto l'ultimo motivo di ricorso, sostenendo che l'emanazione dell'ordinanza non era stata preceduta da alcuna forma di consultazione o di informazione, violando così il dovere di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, che costituisce altresì «elemento sintomatico del vizio dell'eccesso di potere (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9)⁸².

A margine degli ultimi punti della pronuncia non possono nascondersi dunque delle perplessità. Se dall'analisi della pronuncia relativa al primo motivo del ricorso era emersa un'incondizionata impossibilità per le Regioni di allentare le misure contenute nei d.P.C.M. nel rispetto dei perimetri definiti dall'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, dai successivi rilievi risultava una posizione parzialmente diversa; in special modo nella parte in cui era stato sostenuto che «ogni iniziativa volta a modificare le misure di contrasto all'epidemia» non poteva che essere «frutto di un'istruttoria articolata», che nel caso di specie non sussisteva. Difatti da un simile quadro sembrava piuttosto scaturire che tale possibilità potesse rimanere aperta nell'ipotesi in cui il provvedimento, benché ampliativo e non restrittivo, fosse stato preceduto sul piano istruttorio da un'idonea valutazione del rischio epidemiologico includente anche ulteriori parametri, e da adeguate forme di consultazione con il Governo centrale, nel limite della proporzionalità del contenuto delle misure.

⁸² Come sostenuto in G. SOBRINO, *Misure 'anti-Covid' e Costituzione. Il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a TAR Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, cit., p. 206, in questa parte della pronuncia era stato dunque utilizzato il principio di leale collaborazione come parametro di legittimità sostanzialmente diretto del provvedimento sottoposto al suo scrutinio. Se tale approccio è condiviso nel merito, l'A. manifesta delle perplessità in relazione alla coerenza argomentativa della decisione, rilevando una contraddizione latente tra tali argomentazioni e l'applicazione "debole" del principio di sussidiarietà, essendo stata ritenuta soddisfattiva dei doveri derivanti dal principio di leale collaborazione l'acquisizione di un mero parere anziché la conclusione di un'intesa.

4. *Le misure ampliative e gli interventi “troppo” restrittivi della fase 2*

L'entrata in vigore del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito con modificazioni dalla l. 14 luglio 2020, n. 74, rappresenta un passaggio significativo nell'evoluzione del rapporto centro-periferia sinora ricostruito. Un primo punto di rilievo risiede nell'art. 1, co. 1, di tale decreto. Attraverso tale norma, il legislatore dell'emergenza aveva disposto la cessazione di ogni effetto delle misure *ex artt. 2 e 3 d.l. n. 19/2020* limitative della circolazione all'interno del territorio regionale, pur riconoscendo la possibilità di adottarle nuovamente con riferimento a specifiche aree interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica⁸³. Al di là di tale punto, la norma che aveva nuovamente regolamentato il tema in oggetto risiede nell'art. 1, co. 16, del decreto-legge. *In primis* erano stati disposti puntuali obblighi in capo alle Regioni di monitoraggio del rischio epidemiologico e il conseguente obbligo di comunicazione dei dati rilevati giornalmente al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità e al Comitato tecnico scientifico. Nell'ambito del medesimo comma era stata riproposta la possibilità per le Regioni di disporre in senso derogatorio rispetto alle misure emanate attraverso l'art. 2 d.l. n. 19/2020. Analogamente a quanto previsto dall'art. 3, co. 1, del precedente decreto-legge, era stato altresì disposto che tali misure avessero un'efficacia limitata nelle more dell'adozione dei d.P.C.M., ma erano stati inoltre rafforzati *ex lege* gli oneri motivazionali cui era subordinato l'intervento regionale. Dunque, era stato espressamente previsto che l'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, in relazione al quale disporre in senso derogatorio, fosse accertato secondo gli specifici criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020. Oltre ai profili attinenti al piano motivazionale dei provvedimenti, la norma non solo aveva confermato la possibilità di emanare ordinanze più restrittive rispetto a quelle contenute nei d.P.C.M., ma anche ordinanze ampliative delle misure in essi contenute, con l'obbligo di informare contestualmente il Ministro della salute in entrambi i casi. Si tratta di una previsione fortemente innovativa rispetto all'assetto precedente, che

⁸³ Sul punto rilievi critici sono stati espressi in L. Di MAJO, *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da COVID-19*, in *Diritti Regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2, 2020, p. 177 ss.

era stata ispirata dal mutamento della situazione epidemiologica e dal progressivo calo del numero dei contagi, rendendo le Regioni significativamente coinvolte nella seconda fase di progressive riaperture delle attività produttive, anche nella consapevolezza di un rischio sanitario differenziato tra le differenti realtà del territorio nazionale⁸⁴.

Tale angolazione è pacifica se si considera anche il comma 14 del medesimo articolo nella misura in cui aveva rimesso alle Regioni e alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome l'emanazione di protocolli e linee guida cui le attività economiche, produttive e sociali avrebbero dovuto conformarsi al fine di prevenire o ridurre il rischio di contagi nei settori di riferimento, nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o linee guida nazionali⁸⁵. In secondo luogo, nel medesimo comma era stato disposto che le misure limitative di tali attività potessero essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, attraverso i d.P.C.M. ovvero attraverso le misure di cui al comma 16 e dunque attraverso ordinanze regionali.

Con il nuovo assetto normativo alcuni limiti espressamente previsti dall'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020 erano stati così superati: in particolare, il limite delle misure esclusivamente più restrittive e il limite dell'impossibilità di incidere sulle attività produttive. Non si comprende, pertanto, per quale ragione il legislatore non avesse abrogato, nell'emanazione di tale decreto, le precedenti disposizioni, o comunque perché non avesse modificato le stesse.

L'ampliamento dei margini di intervento regionale non aveva tuttavia smorzato le controversie tra centro e periferia che avevano caratterizzato

⁸⁴ Con riferimento a tale fase e, più nello specifico, ai nuovi margini di intervento riconosciuti alle Regioni, in C.A. CIARALLI, *La gestione della crisi sanitaria tra centro e periferia. Le misure adottate dalla Regione Abruzzo nel quadro dell'emergenza epidemiologica nazionale*, in *questa Rivista*, N.S. 2020 - *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, p. 155 ss., si è parlato di un "dialogo costruttivo" tra Stato e Regioni nella fase di c.d. "convivenza con il virus". L'A. si riferisce ad un dialogo costruttivo tradottosi nell'individuazione di un punto di equilibrio consistente da un lato nell'accettazione, da parte dello Stato, della possibilità in capo alle Regioni di porre in essere, condizionatamente alla situazione epidemiologica, misure di allentamento delle restrizioni, dall'altro nella permanenza in capo allo Stato della possibilità di intervenire esclusivamente su alcune materie dai profili particolarmente delicati e potenzialmente in grado di aumentare il numero di contagi.

⁸⁵ Chiaramente in assenza di quelli regionali era disposto che trovassero applicazione i protocolli o le linee guida nazionali.

la precedente fase. Sembra opportuno, in particolare, riportare i due casi che appaiono maggiormente meritevoli di attenzione anche alla luce delle riflessioni che il contenuto delle pronunce ha stimolato.

Il primo caso riguarda la decisione del TAR Sicilia, sez. III, che con decreto presidenziale⁸⁶ aveva sospeso l'efficacia dell'ordinanza regionale n. 33 del 22 agosto 2020⁸⁷, con argomentazioni poi riprese nella sentenza breve n. 1952 del 25 settembre 2020⁸⁸.

Dalle motivazioni del decreto presidenziale e della successiva sentenza era emerso che il provvedimento avesse inciso in modo decisivo sull'organizzazione e la gestione del fenomeno migratorio, che tuttavia rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. b) Cost., ma anche sulle materie «diritto di asilo» e «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» individuate dalla lett. a), co. 2, art. 117 Cost. Sul punto, secondo i giudici, erano venute in rilievo anche le norme introdotte dall'art. 2 d.l. n. 451/1995 (conv. dalla l. n. 563/1995) e dall'art. 9 del d.lgs. 142/2015, per cui sia gli *hotspot* sia i centri di prima accoglienza rientrano nella competenza del Ministro dell'interno, trattandosi di «strutture la cui finalità è quella di evitare la dispersione sul territorio dei migranti e consentire l'esecuzione di eventuali provvedimenti di espulsione» e dunque un'attività di controllo dell'immigrazione che si configura come «squisitamente di spettanza statale». Come anche le richiamate pronunce della Corte costituzionale ricordano, «il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenta un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio» e «seppure l'art. 1, co. 4, del d.lgs. n. 286/1998 riconosca la possibilità di interventi legislativi delle Regioni con riguardo

⁸⁶ Si tratta del decreto del Presidente della III sezione del TAR Sicilia n. 842 del 27 agosto 2020.

⁸⁷ Tale provvedimento aveva disposto che tutti i migranti presenti negli *hotspot* e nei centri di accoglienza venissero trasferiti e/o ricollocati in altre strutture al di fuori del territorio regionale, in ragione dell'impossibilità per l'ente regionale di garantire il rispetto delle misure sanitarie di prevenzione del contagio. Inoltre, era stato disposto il divieto di ingresso, transito e sosta nel territorio regionale da parte di ogni migrante che avesse raggiunto le coste con imbarcazioni, incluse quelle delle O.N.G.

⁸⁸ Con la sentenza n. 1952 del 25 settembre 2020 il ricorso era stato dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse in quanto l'ordinanza aveva cessato di produrre effetti in data 11 settembre 2020, dal momento che la stessa era valida dal 23 agosto 2020 e fino al 10 settembre 2020 compreso.

al fenomeno migratorio, tali interventi non possono riguardare aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale⁸⁹. Inoltre, secondo attenta osservazione, il provvedimento aveva inciso altresì sul territorio delle altre Regioni, contrastando il limite espressamente previsto dalla norma attributiva del potere di ordinanza *ex art.* 32 l n. 833/1978, nella parte in cui prescrive che tali atti debbano avere un'efficacia estesa esclusivamente al rispettivo territorio regionale.

Ad esito analogo il Collegio era giunto con riferimento all'art. 2 dell'ordinanza dal momento che, vietando l'ingresso, il transito e la sosta nel territorio siciliano di ogni migrante che avesse raggiunto le coste, il provvedimento aveva inciso sulla libertà di circolazione delle persone. Da qui l'ordinanza si era posta in contrasto con le previsioni dell'art. 1, co. 4, d.l. n. 33/2020, che avevano riservato la possibilità di limitare gli spostamenti da e per l'estero soltanto allo strumento individuato dall'art. 2 d.l. n. 19/2020, e dunque soltanto ai d.P.C.M.

In aggiunta a tali motivazioni era stato oltretutto puntualizzato che sul piano istruttorio non era emersa in alcun modo la sussistenza di sufficienti presupposti fattuali attinenti ad un comprovato rischio sanitario legittimante misure ulteriormente restrittive. Secondo i giudici dunque tale rischio sanitario legato alla diffusione del virus nella popolazione locale, quale conseguenza del fenomeno migratorio, era stato meramente enunciato e non adeguatamente dimostrato. Infine, in analogia ad altre controversie richiamate, nel secondo motivo del ricorso, era stata rilevata la fondatezza della violazione del principio di leale collaborazione dal momento che non era emerso che il Presidente della Regione avesse formulato un'apposita proposta di decreto, quale possibilità prevista dall'art. 2 d.l. n. 19/2020, né una specifica interlocuzione sul punto con la Presidenza del Consiglio dei Ministri⁹⁰.

⁸⁹ Sul punto erano state espressamente richiamate dai giudici la sentenza della Corte cost. 15 aprile 2010, n. 134 e la sentenza 8 luglio 2010, n. 250.

⁹⁰ Per dovere di completezza si precisa che a sostegno della propria pronuncia il Collegio aveva concluso che non rilevasse alla difesa della Presidenza della Regione il richiamo all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020, al principio di precauzione *ex art.* 191 del TFUE e all'art. 31 dello Statuto della Regione Sicilia. Più nello specifico, con riferimento a tale ultimo aspetto, il comma 1 di tale articolo dispone che «Al man-

Il secondo caso che si intende riportare in questa sede va ricondotto al ricorso presentato per l'annullamento dell'ordinanza del Presidente della Regione autonoma della Sardegna 11 settembre 2020, n. 43, attraverso cui era stata prescritta, tra le misure, la presentazione all'atto dell'imbarco dell'esito di un test sierologico, molecolare o antigenico rapido, che fosse stato effettuato nelle 48 ore precedenti e, comunque, in mancanza, l'obbligo ad effettuare lo stesso entro le 48 ore successive all'ingresso, prevedendo l'isolamento domiciliare fino ad esito negativo⁹¹.

La decisione dei giudici amministrativi di sospensione cautelare del provvedimento, inizialmente con decreto monocratico e successivamente confermata con ordinanza collegiale⁹², si era posta in piena continuità con la pronuncia del TAR Sicilia, confermando il rilievo che, ai fini della legittimità del provvedimento, assume l'effettiva sussistenza dei presupposti fattuali di necessità, contingibilità e urgenza, insieme al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Nelle argomentazioni dei giudici era stato espressamente precisato che il provvedimento, incidendo sulla libertà di circolazione delle persone, in particolare la libertà di spostamento da e per l'estero, avesse violato la sopracitata "riserva di d.P.C.M" ex art. 1, co. 4, d.l. n. 33/2020. Tuttavia, era stato dai giudici altresì osservato che la base motivazionale del provvedimento era stata individuata dall'autorità regionale nella sussistenza di un aggravamento del rischio sanitario e nell'insostenibile pressione sul sistema sanitario regionale, che tuttavia per il Collegio non erano risultati tali da imporre siffatte limitazioni. Dunque il tribunale rilevava che le misure non fossero state adottate «nel

tenimento dell'ordine pubblico provvede il Presidente della Regione a mezzo della polizia dello Stato, la quale nella Regione dipende disciplinarmente, per l'impiego e l'utilizzazione, dal Governo regionale. Il Presidente della Regione può chiedere l'impiego delle forze armate dello Stato». Tuttavia, come rilevato dal Collegio, al di là del fatto che nella gravata ordinanza tale norma non fosse stata richiamata e che fosse discutibile l'immediata attuabilità della disposizione, «l'art. 31 fa riferimento, in ogni caso, al "mantenimento dell'ordine pubblico" che è ambito autonomo e distinto rispetto a quello della tutela della salute pubblica di cui all'art. 32 della l. n. 833/1978, la cui definizione normativa come istituto di diritto amministrativo è contenuta nell'art. 159, co. 2, del d.lgs. n. 112/1998». Per considerazioni su tale punto si confronti A. CIOFFI, *Sui poteri di necessità e di urgenza della Regione Siciliana nell'emergenza Covid e migranti (nota a Tar Sicilia - sez. III- decreto cautelare 27 agosto 2020 n. 842)*, in *Giustizia Insieme*, 15 settembre 2020.

⁹¹ In particolare ci si riferisce agli art. 10, 11 e 12 dell'ordinanza in esame.

⁹² Cfr. decreto monocratico del Presidente del TAR Sardegna, sez. I, 17 settembre 2020, n. 344 e l'ordinanza del TAR Sardegna, sez. I, 8 ottobre 2020, n. 368.

rispetto delle indicate disposizioni normative e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente nella Regione nonché in presenza di ragioni di necessità ed urgenza tali da giustificare l'adozione, con ordinanza regionale (e non con un d.P.C.M), di una misura limitativa della libera circolazione delle persone fra le regioni e fra le nazioni». Va osservato comunque che se dalle precedenti argomentazioni la possibilità per le Regioni di disporre simili limitazioni alla circolazione era esclusa per effetto dell'art. 1, co. 4, d.l. n. 33/2020, con le ultime osservazioni si poteva invece dedurre che tale opportunità non fosse da escludere aprioristicamente, ma che essa fosse dipesa piuttosto dalla presenza di un effettivo e significativo rischio sanitario, assente in quella circostanza.

La vicenda si configura come un caso di estremo interesse anche per un ulteriore aspetto. Due giorni prima della pubblicazione dell'ordinanza collegiale del TAR Sardegna era stata emanata un'ulteriore ordinanza da parte del Presidente della Regione⁹³ con cui era stata prorogata l'ordinanza n. 43 dell'11 settembre 2020 a far data dall'8 ottobre 2020 fino al 23 ottobre 2020, prendendo atto che il decreto monocratico n. 344/2020 cessasse i suoi effetti il 7 ottobre, ovvero fino alla data fissata della camera di consiglio. Dunque, si tratta di un ulteriore caso in cui il potere amministrativo ha mostrato i suoi caratteri di inesauribilità, pur implicanti ulteriori forme di confusione e difficoltà interpretative che minano la certezza dei rapporti giuridici.

5. Il più recente sistema di coordinamento e le differenziazioni cromatiche per Regione

Nell'evoluzione del rapporto tra Stato e Regioni durante le differenti fasi di gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 il decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125 si configura come un punto di snodo particolarmente significativo. Tale constatazione non dispiega esclusivamente che la norma costituisce la più recente modifica alle norme disciplinanti il rapporto, con riferimento specifico ai limiti all'esercizio del potere di ordinanza, ma anche perché costituisce un encomiabile punto di equilibrio individuato

⁹³ Cfr. ordinanza del Presidente della Regione Autonoma della Sardegna n. 46 del 6 ottobre 2020.

dal legislatore nel bilanciamento tra pressioni contrapposte. Con l'art. 1, co. 2, il legislatore dell'emergenza ha modificato alcune disposizioni del d.l. n. 33/2020, convertito con modificazioni dalla l. 14 luglio 2020, n. 74. Tra di esse, ai sensi della lett. *a*) di tale norma è stato modificato l'art. 1, co. 16, tale decreto-legge, e, se da un lato è stata lasciata inalterata la possibilità per le Regioni di disporre misure più restrittive rispetto a quelle disposte dai d.P.C.M., con l'obbligo di informazione contestuale al Ministro della salute, dall'altro l'emanazione di ordinanze dal contenuto maggiormente ampliativo è stata subordinata all'acquisizione di un'intesa con il Ministro della salute, nei soli casi e nel rispetto dei decreti dalla norma richiamati⁹⁴. Una simile soluzione, alla luce della volontà manifestata sin dagli inizi, di perimetrare entro puntuali confini l'esercizio del potere di ordinanza regionale, è maggiormente apprezzabile rispetto ai tentativi precedenti, *supra* ricostruiti, perché ha individuato un meccanismo in grado di non comprimere interamente l'autonomia regionale e di soddisfare contestualmente le esigenze di unitarietà necessarie per la gestione di tale emergenza. Ragionevolmente dunque, secondo la *ratio* di tale norma, un simile meccanismo avrebbe dovuto scongiurare, considerata la fase di aggravamento del rischio sanitario in cui si inseriva, qualsiasi misura regionale di ingiustificato ed eccessivo allentamento delle misure disposte sul piano nazionale, considerato il potenziale rischio epidemiologico che simili misure avrebbero prodotto nelle Regioni limitrofe. Non sorprende pertanto che a seguito dell'impugnazione, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del tentativo, tramite ordinanza del Presidente della Provincia autonoma di Trento, di scostamento da un intervento statale⁹⁵, il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa con decreto monocratico n. 47 del 2 novembre 2020 abbia accolto l'istanza di sospensione cautelare⁹⁶.

⁹⁴ La norma si riferisce presumibilmente al decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020, intendendo così che l'emanazione di misure ampliative dovesse avvenire in relazione all'andamento della situazione epidemiologica da dover accertare secondo i criteri definiti da tale decreto.

⁹⁵ La misura era stata emanata con il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020.

⁹⁶ In particolare, con ordinanza del Presidente della Provincia Autonoma di Trento n. 49 del 26 ottobre 2020 era stato previsto che l'orario delle attività presso i bar, gelaterie e pasticcerie fosse consentito dalle ore 05:00 alle ore 20:00 e per le attività di ristorazione dalle ore 05:00 alle ore 22:00. Diversamente, era stato disposto dal d.P.C.M. 24 ottobre 2020 la chiusura di tale at-

Il Governo ha successivamente emanato il d.P.C.M. 3 novembre 2020, attraverso cui è stata costruita la strategia di contrasto e di contenimento della seconda ondata di diffusione del virus. Segnatamente, è stato definito un livello minimo di restrizioni da estendere sull'intero territorio nazionale ed ulteriori misure limitative che trovavano applicazione solo in alcune Regioni, condizionatamente alla categoria di rischio di appartenenza. Ai sensi dell'art. 2, co. 1, e dell'art. 3, co. 1, la classificazione delle Regioni avveniva tramite ordinanza del Ministro della salute, previa consultazione delle Regioni interessate, sulla base del monitoraggio dei dati secondo quanto definito nel documento «Prevenzione e risposta a Covid-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale» e sulla base dei dati elaborati dalla Cabina di regia, tenendo conto degli indicatori e dei criteri definiti dal decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020⁹⁷. Ai sensi del comma 3 dell'art. 2 e dell'art. 3 del presente d.P.C.M., la permanenza dei presupposti era verificata con frequenza settimanale dal Ministro della salute, fermo restando la permanenza minima di un periodo di 15 giorni e l'obbligo di una nuova classificazione in caso di permanenza della Regione in un livello di rischio o scenario inferiore per un periodo minimo pari a 14 giorni⁹⁸. Pur trattandosi di provvedimenti e decisioni emanati a livello centrale che hanno impattato in modo diversificato sui territori regionali, non può di certo negarsi che non vi sia stato coinvolgimento alcuno

tività sul territorio nazionale alle ore 18:00. Curiosamente comunque il 1 novembre 2020, dunque nelle 24 ore precedenti alla pubblicazione del decreto monocratico, con ordinanza n. 52, il Presidente della Provincia Autonoma di Trento ha infine disposto l'adeguamento di tale misure al contenuto del d.P.C.M., richiamando espressamente nella motivazione dell'atto l'interlocuzione istituzionale avvenuta tra i diversi livelli di governo nelle ore precedenti e qualificando come maggiormente opportuna la scelta di rendere le misure provinciali coerenti ed omogenee con la normativa nazionale.

⁹⁷ Più precisamente l'appartenenza di una Regione alle c.d. "zone arancioni" derivava ai sensi all'art. 2, co. 1, dalla collocazione della stessa in uno "scenario di tipo 3" (secondo il documento «Prevenzione e risposta a Covid-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale») e con un livello di rischio "alto" (secondo la collocazione nella matrice definita dal decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020). Diversamente, l'appartenenza di una Regione tra le c.d. "zone rosse" dipendeva, ai sensi all'art. 3, co. 1, da una collocazione contestuale in uno "scenario di tipo 4" e in un livello di rischio "alto".

⁹⁸ Le disposizioni che definiscono il procedimento di classificazione del territorio regionale, originariamente introdotte con il d.P.C.M. 3 novembre 2020, sono attualmente contenute nell'art. 1, co. 16-*bis* e *ter*, d.l. n. 33/2020.

degli enti di governo regionali in tali processi decisionali⁹⁹. Con il d.l. n. 1 del 5 gennaio 2021 e il d.l. n. 2 del 14 gennaio 2021 sono stati inseriti nell'art. 1 d.l. n. 33/2020 il comma 16-*quater* e i commi 16-*quinques* e *sexies*, che hanno parzialmente modificato il meccanismo di classificazione. In particolare, sono stati introdotti nuovi parametri ed è stata istituita la possibilità per un territorio regionale di essere classificato, soddisfatti alcuni requisiti, come una c.d. "zona bianca"¹⁰⁰.

In piena conformità alle possibilità previste dalle previsioni normative, si sono verificati anche in questa fase casi in cui le Regioni hanno emanato misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle previste dalla relativa categoria di rischio di appartenenza. Interessante è il caso di particolare virtù in cui la Regione Veneto, Emilia-Romagna e la Regione autonoma del Friuli-Venezia Giulia avevano in accordo emanato ordinanze dal contenuto più restrittivo¹⁰¹, acquisendo peraltro una preventiva intesa con il Ministro della salute, pur essendo la medesima obbligatoria solo nel caso di ordinanze di allentamento delle restrizioni. Si è trattato di una vicenda in cui la leale collaborazione ha trovato una felice concretizzazione, pur dovendo constatare che, a seguito della classificazione del Friuli-Venezia Giulia come c.d. "zona arancione", il Presidente della

⁹⁹ Sia il d.P.C.M., come da procedura *ex art.* 2 d.l. n. 19/2020, che le ordinanze di classificazione del Ministro della salute erano state emanate previa consultazione della Regione interessata. Inoltre, il medesimo documento «Prevenzione e risposta a Covid-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale» era stato condiviso dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 8 ottobre 2020. Infine, c'è altresì da ricordare che la composizione della Cabina di regia, di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, prevedeva al suo interno, tra i vari membri, tre rappresentanti delle Regioni.

¹⁰⁰ Il nuovo parametro introdotto è il valore relativo all'incidenza settimanale dei contagi sul proprio territorio regionale ogni 100.000 abitanti. Con l'inserimento del nuovo parametro, la classificazione di un territorio regionale come "zona arancione" e "zona rossa" è divenuta molto più probabile. Se l'incidenza settimanale risulta superiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti, una Regione con un rischio moderato o alto ed uno scenario di tipo 2, oppure con un rischio alto ma con uno scenario di tipo 1 ricadrebbe in entrambi i casi nella categoria delle c.d. "zone arancioni". Ai sensi del co. 16-*sexies* dell'art. 1, d.l. n. 33/2020, la Regione collocata in uno scenario di tipo 1, un livello di rischio basso ed un'incidenza settimanale per tre settimane consecutive inferiore a 50 ogni 100.000 abitanti risulterebbe categorizzata come "zona bianca". In tale remota ipotesi cesserebbero di avere efficacia in quel territorio le misure *ex art.* 1, co. 2, d.l. n. 19/2020, e le attività verrebbero disciplinate tramite dei protocolli definiti tramite appositi d.P.C.M.

¹⁰¹ Si tratta dell'ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 168, dell'ordinanza del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 216 e dell'ordinanza del Presidente della Regione Autonoma del Friuli-Venezia Giulia n. 41 del 12 novembre 2020.

Regione in questione ha ritirato siffatta ordinanza¹⁰², diversamente dall'Emilia-Romagna che era stata comunque classificata in modo analogo¹⁰³. Il meccanismo di coordinamento richiamato all'inizio del paragrafo non è stato comunque modificato dal successivo Governo, presieduto da Mario Draghi, pur nell'ambito di una differente strategia di azione. Difatti, eccezion fatta per il d.P.C.M. del 2 marzo 2021, i successivi interventi del Governo sono stati emanati attraverso decreti-legge¹⁰⁴ per mezzo dei quali sono state disposte ulteriori misure per rispondere alle esigenze derivanti dal mutamento della situazione epidemiologica. Ai sensi di quanto disposto all'interno di tali decreti-legge, per quanto non modificato con i decreti medesimi, avrebbero comunque continuato a trovare applicazione le misure contenute nel d.P.C.M. 2 marzo 2021¹⁰⁵. Il corollario di siffatta variazione nella strategia di azione è stato da un lato un maggiore coinvolgimento del Parlamento all'interno dei processi decisionali, dall'altro una sottrazione di ulteriori margini di intervento alle autorità regionali. Più nello specifico, la diretta disciplina di misure di contenimento attraverso una fonte normativa di rango primario ha consentito alle medesime autorità regionali di disporre interventi derogatori, ai sensi dell'art. 1, co. 16, d.l. n. 33/2021, solo con riferimento agli ambiti materiali che, non disciplinati dai decreti-legge, erano rimasti regolamentati dal d.P.C.M. 2 marzo 2021.

Al di fuori di queste significative variazioni, con il nuovo Governo, il sistema di differenziazione cromatica regionale è stato confermato, pur nella variazione dei relativi meccanismi di classificazione dei territori condizionatamente all'andamento della curva epidemiologica. In particolare, con la più recente diminuzione dei contagi e la riduzione del tasso di ospedalizzazione, è stato emanato il decreto-legge 18 maggio 2021,

¹⁰² La revoca dell'ordinanza n. 41 è stata disposta con ordinanza contingibile e urgente n. 42 del 14 novembre 2020.

¹⁰³ Si precisa che alcune delle misure previste dall'ordinanza rimanevano comunque ulteriormente restrittive rispetto a quanto era previsto dall'art. 2 del d.P.C.M. 3 novembre 2020, ovvero le misure da applicare nei territori regionali classificati come "zone arancioni".

¹⁰⁴ Cfr. *ex multis* il d.l. 13 marzo 2021, n. 30, il d.l. 1 aprile 2021, n. 44, il d.l. 22 aprile 2021, n. 52; il d.l. 18 maggio 2021, n. 65.

¹⁰⁵ In tal senso si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 1, co. 1, d.l. 22 aprile 2021, n. 52 e l'art. 16, co. 1, d.l. 18 maggio 2021, n. 65.

n. 65, che ha ridefinito siffatto meccanismo classificatorio, individuando quali variabili determinanti l'incidenza settimanale dei contagi su 100.000 abitanti e il tasso di occupazione dei posti letto in area medica e/o in terapia intensiva¹⁰⁶.

5.1 I nuovi conflitti nel bilanciamento tra diritti fondamentali

Nell'ambito del nuovo quadro di regolamentazione e del relativo sistema di coordinamento, un settore nel quale le Regioni hanno introdotto in questa fase disposizioni derogatorie rispetto a quanto disposto dalle misure governative è stato quello dell'istruzione. Considerata anche la previsione di un *iter* rafforzato ai fini dell'introduzione di interventi di allentamento e l'effettivo aggravamento del rischio epidemiologico, nelle fasi più recenti, le misure derogatorie a livello regionale hanno presentato, per lo più esclusivamente, un contenuto più restrittivo. Chiaramente, anche in questo caso, il contenuto delle decisioni regionali espresse tramite ordinanza ha costituito la fonte di un numero significativo di controversie, ma è da rilevare che, diversamente da quanto avvenuto nelle altre fasi in questa sede ricostruite, le parti di tali controversie giurisdizionali dinanzi al giudice amministrativo non sono state le amministrazioni di livelli di governo diverso, ma, piuttosto, i conflitti sono sorti prevalentemente tra le amministrazioni regionali e gruppi di cittadini.

Prima di esaminare le delicate questioni sorte nell'ambito di tali controversie, appare ragionevole sviluppare *in primis* una breve ricostruzione degli interventi che hanno disciplinato le attività scolastiche nel corso di quest'ultimo anno.

La sospensione delle attività scolastiche di ogni ordine e grado e la conseguente attivazione della didattica a distanza era stata originariamente disposta con il d.P.C.M. del 4 marzo 2020¹⁰⁷ ed era stata reiterata sino alla

¹⁰⁶ Cfr. art. 13 del d.l. 18 maggio 2021, n. 65.

¹⁰⁷ Nello specifico la misura era stata disposta ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. *d*) e lett. *g*), del d.P.C.M. 4 marzo 2020, il cui fondamento era da rinvenire nell'art. 1, co. 2, lett. *d*) e lett. *f*), del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6.

fine dell'anno accademico con i successivi decreti¹⁰⁸. Pur tra numerose difficoltà¹⁰⁹, tra il 14 e il 24 settembre 2020 le scuole erano state riaperte¹¹⁰. Tuttavia, con l'aggravamento del rischio epidemiologico, erano state introdotte nuove restrizioni, pur variabilmente agli ordini e ai gradi delle istituzioni scolastiche. Nonostante alcune misure fossero state parzialmente anticipate da precedenti provvedimenti¹¹¹, la nuova disciplina era stata introdotta con il richiamato meccanismo di differenziazione regionale definito dal d.P.C.M. 3 novembre 2020 (*supra* par. 5). Con riferimento alle attività scolastiche, il decreto aveva incrementato al 100% per tutto il territorio nazionale il ricorso alla didattica digitale integrata per le scuole secondarie di secondo grado. Mentre, con riferimento esclusivo alle c.d. "zone rosse", tale previsione era stata estesa anche alle classi del II e III anno delle scuole secondarie di primo grado.

Tali disposizioni erano state confermate anche nel successivo d.P.C.M. 3 dicembre 2020, con la previsione che, a decorrere dal 7 gennaio 2021, sarebbe stata garantita nelle c.d. "zone gialle" e "arancioni" la didattica in presenza al 75% della popolazione studentesca delle scuole secondarie di secondo grado¹¹². Considerato che il termine finale di efficacia di tali

¹⁰⁸ Chiaramente i successivi d.P.C.M. hanno trovato il proprio fondamento giuridico nell'art. 1, co. 2, lett. p) del d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

¹⁰⁹ In merito alle difficoltà connesse alla preparazione della riapertura in sicurezza delle strutture scolastiche, si confronti F. Di Lascio, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 4, 2021, p. 106 ss.

¹¹⁰ La data di riapertura era stata fissata al 14 settembre 2020 con ordinanza della Ministra dell'istruzione, ai sensi dell'art. 2 del d.l. 8 aprile 2020 n. 22. In alcune Regioni, come nel caso della Regione Campania e della Regione Puglia, in ragione delle elezioni per il rinnovo dei Consigli regionali, la riapertura delle scuole era stata tuttavia posticipata al 24 settembre 2020. In merito ai profili disciplinati dal d.l. 8 aprile 2020, n. 22, con particolare riferimento al tema della riapertura delle scuole, si veda P. Maci, *La scuola ai tempi del Covid-19. Una prima lettura del decreto legge n. 22 del 2020*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, pp. 345-350.

¹¹¹ Con l'art. 1, co. 9, lett. s), del d.P.C.M. 24 ottobre 2020 era stato ad esempio disposto un ricorso alla didattica digitale integrata pari almeno al 75% per le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado. In alcune realtà regionali tale percentuale era stata estesa al 100%, anticipando il contenuto del successivo d.P.C.M. 3 novembre 2020. In tal senso, a titolo puramente esemplificativo, la Regione Abruzzo, con ordinanza n. 92 del 26 ottobre 2020, e la Regione Calabria, con ordinanza n. 80 del 25 ottobre 2020.

¹¹² Un'ulteriore previsione degna di nota introdotta dall'art. 1, co. 10, lett. s) del citato decreto è stata l'istituzione di un tavolo di coordinamento per la definizione di misure di armonizzazione tra gli orari di ingresso ed uscita delle attività scolastiche e gli orari dei servizi di trasporto pubblico. Il tavolo era presieduto dal Prefetto e prevedeva la partecipazione di attori istitu-

disposizioni era fissato al 15 gennaio 2021, il Governo è intervenuto ulteriormente con il d.P.C.M. 14 gennaio 2021, prevedendo, con riferimento alle ultime istituzioni scolastiche richiamate e sempre relativamente alle zone non classificate come “rosse”, un meccanismo maggiormente flessibile con la definizione di un limite percentuale minimo (50%) ed un limite percentuale massimo (75%) di popolazione studentesca a cui garantire le attività didattiche in presenza¹¹³.

Il 6 marzo 2021 è in seguito entrato in vigore il nuovo d.P.C.M. 2 marzo 2021 che aveva in parte modificato le previsioni relative allo svolgimento delle attività scolastiche. In specie, ai sensi dell'art. 43, era stata disposta la sospensione, nelle c.d. “zone rosse”, delle attività scolastiche in presenza per le scuole di ogni ordine e grado, introducendo pertanto un assetto regolatorio più restrittivo rispetto al precedente. Inoltre, secondo le disposizioni contenute nell'art. 21, co. 2, di tale decreto, con tale provvedimento era stata espressamente introdotta la possibilità ai Presidenti delle Regioni o Province Autonome classificate diversamente di disporre siffatta misura al ricorrere di una delle tre seguenti ipotesi: nel caso in cui, nell'area sulla quale il Presidente di Regione avesse inteso disporre tale misura, fossero state adottate misure più restrittive rispetto al territorio regionale in ragione della circolazione di varianti del virus; nell'ipotesi in cui nella zona interessata vi fosse un'incidenza settimanale dei contagi superiore a 250 contagi ogni 100 mila abitanti; oppure nel caso di motivato ed eccezionale peggioramento del quadro epidemiologico.

Si tratta pertanto di un meccanismo di deroga speciale che era stato specificatamente riservato a siffatto settore all'interno del già speciale ordinamento relativo alla gestione della pandemia, che era stato riproposto anche nell'ambito della regolamentazione successiva. Con il decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, era stato disposto che dal 26 aprile 2021 e fino alla conclusione dell'anno scolastico, sarebbe stato garantito in presenza per l'intero territorio nazionale lo svolgimento dei servizi educativi per

zionali, quali il Presidente della Provincia o il Sindaco della Città metropolitana, gli altri Sindaci eventualmente interessati, i dirigenti degli ambiti territoriali del Ministero dell'istruzione, i rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ecc.

¹¹³ Tale meccanismo è entrato in vigore a decorrere dal 18 gennaio 2021.

l'infanzia, dell'attività scolastica e didattica della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado e, almeno per il 50% della popolazione studentesca, per le attività scolastiche e didattiche della scuola secondaria di secondo grado. All'interno di tale decreto, era stato in particolare introdotto un meccanismo di deroga speciale da parte delle autorità regionali (e dei Sindaci), riservandola «in casi di eccezionale e straordinaria necessità dovuta alla presenza di focolai o al rischio estremamente elevato di diffusione del virus SARS-CoV-2 o di sue varianti nella popolazione scolastica». Dunque, mentre gli altri ambiti materiali disciplinati dal decreto-legge risultavano così sottratti al meccanismo regionale di deroga tramite ordinanze, nel settore in esame tale possibilità era stata lasciata aperta.

Il complesso di tali elementi, insieme ai profili di delicatezza ad essi associati, rende il tema fonte di cospicuo interesse e, dunque, meritevole di una specifica trattazione all'interno di tale paragrafo.

Come anticipato, gli interventi derogatori da parte delle Regioni hanno trovato applicazione anche in questo settore. In specie, alcune Regioni sono intervenute sospendendo l'erogazione della didattica per le scuole di ogni ordine e grado, nonostante, prima dell'entrata in vigore dell'ultimo d.P.C.M., persino nelle c.d. "zone rosse" fosse previsto che le attività didattiche rimanessero in presenza per la scuola dell'infanzia, la scuola primaria e per il primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado¹¹⁴. La reazione a simili misure da parte delle comunità regionali non è stata del tutto pacifica, a tal punto che in numerose occasioni gruppi di cittadini, in specie i genitori degli studenti dei rispettivi territori, hanno impugnato tali provvedimenti dinnanzi al giudice amministrativo. In tale contesto, l'esito non univoco delle decisioni dei giudici amministrativi ha testimoniato la complessità sottesa ad una simile operazione di bilanciamento nell'esercizio della discrezionalità.

Osservando il caso della Regione Campania, in un primo momento l'amministrazione regionale aveva sospeso le attività didattiche in presenza

¹¹⁴ Tra le Regioni che avevano inizialmente disposto in tal senso (ovvero una sospensione totale delle attività didattiche in presenza sia per la scuola primaria che quella secondaria) si ricorda la Regione Campania con ordinanza n. 86 del 30 ottobre 2020, la Regione Puglia con ordinanza n. 407 del 27 ottobre 2020, la Regione Calabria con ordinanza n. 87 del 14 novembre 2020.

per la scuola primaria e secondaria, ma anche per la scuola dell'infanzia ed i connessi servizi educativi, e, a seguito di varie impugnazioni, il TAR Campania ha respinto le istanze di sospensione cautelare dell'ordinanza regionale¹¹⁵, confermando la propria decisione anche in ricorsi successivi¹¹⁶. Tuttavia, il TAR Campania ha successivamente mutato la propria posizione con l'ulteriore riproposizione di misure restrittive derogatorie dell'amministrazione regionale nel periodo successivo alle festività natalizie¹¹⁷. Nell'ambito di questo giudizio cautelare, il Presidente della sezione, pur riconoscendo di aver ritenuto non irragionevole la sospensione delle attività didattiche nelle circostanze appena richiamate, ha constatato la necessità di una rivalutazione dell'intero quadro alla luce della perduranza e perpetuità di tali sospensioni. In questa occasione dunque, il giudice ha mutato la propria posizione accogliendo l'istanza di sospensione cautelare, constatando, tra i vari aspetti sollevati, la mancanza nella motivazione del provvedimento della dimostrazione dell'insufficienza delle misure governative, esito anch'esse di un'operazione di bilanciamento¹¹⁸. Inoltre, in ragione dell'assenza di una comprovata

¹¹⁵ Così i decreti n. 1921 del 19 ottobre 2020 e n. 1914 del 17 ottobre 2020 del Presidente della sez. V relativamente all'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020.

¹¹⁶ Ci si riferisce ai decreti del Presidente della V sez. del TAR Campania del 9 novembre 2020, n. 2025, n. 2026, n. 2027 e del 10 novembre 2020 n. 2033 con cui erano state respinte le istanze di sospensione cautelare nei ricorsi presentati per l'annullamento della successiva ordinanza n. 89 del 5 novembre 2020. Un esito analogo hanno avuto anche i decreti n. 2153 e 2161 del 19 novembre 2020 con riferimento all'ordinanza regionale n. 90 del 15 novembre 2020. Con riferimento ai decreti che hanno rigettato l'istanza di sospensione cautelare dell'ordinanza n. 89 era stato altresì proposto l'appello dinnanzi al Consiglio di Stato, che con decreto presidenziale, sez. III, del 10 novembre 2020, n. 6453, ha confermato la decisione cautelare del Presidente del TAR. L'appello era stato ritenuto ammissibile dal giudice in ragione della natura degli interessi coinvolti, riferiti a valori costituzionalmente tutelati, il cui pericolo di lesione configurava la controversia come uno dei «uno dei limitatissimi casi per i quali il Consiglio di Stato, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a., ammette l'istanza in appello». Su ciò si vedano le osservazioni di C. NAPOLITANO, *Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 18 dicembre 2020.

¹¹⁷ Con ordinanza n. 2 del 16 gennaio 2021 era stata disposta la sospensione, fino al 23 gennaio 2021, delle attività didattiche in presenza per le classi quarta e quinta della scuola primaria e le scuole secondarie di primo e secondo grado.

¹¹⁸ Così nel decreto del Pr. TAR Campania, sez. V, n. 142 del 20 gennaio 2021. Un esito analogo ha avuto la decisione del medesimo Presidente espressa con il decreto n. 153 del 22 gennaio 2021. Tuttavia, avendo il Pr. residualmente constatato la sussistenza di un interesse della parte ricorrente relativamente alla persistente sospensione delle attività didattiche in presenza

situazione di aggravamento del rischio sanitario, alla luce dei dati rilevati, dell'inidoneità e della mancata adeguatezza della misura, il provvedimento era risultato privo degli elementi che costituiscono il parametro del sindacato di proporzionalità e ragionevolezza¹¹⁹.

Sempre con riferimento a tale ambito materiale, un altro caso che si presenta come una significativa fonte di interesse e meritevole di cospicua attenzione è la vicenda che ha coinvolto la Regione Puglia¹²⁰. A seguito di due ricorsi, la sezione di Bari e la sezione di Lecce del TAR Puglia¹²¹, con decreti pubblicati lo stesso giorno, si sono pronunciate in modo tra loro opposto. Nel decreto del TAR Puglia-Lecce era emerso difatti che, nel necessario contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio, il primo dovesse prevalere sul secondo, stante la

delle scuole superiori, il contenuto della tutela cautelare è risultato differente. Come *supra* specificato, con riferimento alle scuole secondarie di secondo grado era stato introdotto il sistema di flessibilità della forbice percentuale, da cui era derivato un conseguente dovere in capo all'amministrazione di individuare, a margine o a valle, il proprio margine di intervento. Con la necessità di una previa individuazione di tale quota percentuale e delle funzionali misure "proattive" finalizzate ad assicurare la piena fruizione di forme didattiche integrate, la mera sospensione dell'ordinanza non rendeva soddisfacibile l'interesse della parte ricorrente. Pertanto, con tale decreto, il giudice ha individuato il contenuto della tutela cautelare nell'ordine impartito alla Regione di conformarsi al contenuto del provvedimento governativo (il d.P.C.M. del 16 gennaio 2021), fissando quale termine finale il 1° febbraio 2021.

¹¹⁹ Secondo il giudice, «La giuridica possibilità di discostarsi dalle adottate misure [...] non può tuttavia prescindere, conformemente del resto alla consolidata giurisprudenza in materia, necessariamente adattata alla fattispecie all'esame:

a) dall'acquisizione di dati attuali, pertinenti e rilevanti, sotto il profilo della "quantificazione" del contagio e dell'idoneità delle misure individuate, tenuto conto della già prevista, a livello centrale, flessibilità delle stesse al verificato mutamento delle condizioni fattuali, progressivamente e continuamente monitorate;

b) dalla valutazione di tendenziale completezza del sofisticato apparato di protezione apprestato, che copre, attualmente, pressoché tutte le attività umane;

c) della esplicita individuazione, in taluni casi, di livelli non riducibili di protezione di interessi confliggenti. Come è evidente, la concreta possibilità di intervento ulteriore su base sub-statale (regionale o comunale, che sia) resta confinata alle ipotesi, appunto residuali, di necessità, ravvisabili nei casi in cui circostanze, non previste e non prevedibili, impongano l'improcrastinabile adozione di misure straordinarie finalizzate a fronteggiare idoneamente, con carattere di ineludibilità, situazioni di emergenza-urgenza».

¹²⁰ Il Presidente della Regione Puglia, con ordinanza n. 407 del 27 ottobre 2020, aveva disposto l'erogazione dell'attività didattica in modalità digitale per le scuole di ogni ordine e grado.

¹²¹ Decreto del TAR Puglia-Bari, sez. III, 6 novembre 2020, n. 680 e decreto del TAR Puglia-Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, n. 695.

necessità di contenere la diffusione del virus, tenuto conto del numero complessivo dei contagi e della capacità di risposta del sistema sanitario regionale. Contrariamente, nel bilanciamento del TAR Puglia-Bari era stato constatato che il «profilo di inadeguatezza del sistema scolastico pugliese ad attivare subito la DAD» costituisse ragione di urgenza per la quale disporre la misura cautelare interinale, sussistendo il rischio, in caso contrario, di produrre una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica.

Il contrasto giurisprudenziale e, più nello specifico, la posizione del TAR Puglia-Bari ha dunque condotto l'amministrazione regionale a ricalibrare la propria decisione e, nel quadro di un diverso bilanciamento, ad emanare una nuova ordinanza¹²², prevedendo l'erogazione della didattica in presenza per le classi del primo ciclo di istruzione, pur disponendo l'obbligo per le medesime istituzioni scolastiche di garantire il sincrono collegamento *online* per gli alunni, le cui famiglie avessero espresso la richiesta di fruire l'attività didattica a distanza¹²³.

La breve ricostruzione di tali vicende mette chiaramente in luce le evidenti difficoltà legate alle valutazioni sottese a tali decisioni, che, come evidenziato, hanno presentato divergenze sia diacroniche che sincroniche. Tra le decisioni del giudice amministrativo che hanno sospeso cautelatamente i provvedimenti regionali, intorno a cui si intende richiamare l'attenzione, non può non essere citato il decreto n. 32 del 13 gennaio 2021 del Presidente della I sez. del TAR Lombardia¹²⁴. Con tale decreto era stata sospesa cautelatamente l'efficacia dell'ordinanza del Pr.

¹²² Si tratta dell'ordinanza n. 413 del 6 novembre 2020. In merito al contrasto giurisprudenziale, appaiono degne di menzione le posizioni espresse dall'amministrazione regionale che emergono nel corpo motivazionale dell'ordinanza: «[...] il conflitto tra pronunce dello stesso TAR Puglia (sede di Lecce e sede di Bari) dimostra indiscutibilmente l'incertezza della stessa Magistratura a valutare in modo univoco il bilanciamento tra il diritto alla salute con il diritto allo studio, tanto che il TAR di Bari, accogliendo l'istanza di sospensione, se pur con un decreto cautelare destinato a perdere efficacia a seguito della pronuncia collegiale fissata per il 3 dicembre, ha operato una drammatica scelta tra il diritto alla salute – tutelabile con la didattica digitale integrata – e il diritto allo studio, decidendo di privilegiare quest'ultimo con la didattica in presenza».

¹²³ Per un approfondimento sulla vicenda si veda M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei "Governatori"*: il caso della Puglia, in *Rivista AIC - Osservatorio costituzionale*, 6, 2020, pp. 121-150.

¹²⁴ Tra gli ulteriori casi in cui il giudice amministrativo ha sospeso cautelatamente ordinanze regionali dall'analogo contenuto si ricorda: decreto TAR Friuli-Venezia Giulia, Pr. Sez. I, n. 7 del 15

della Regione Lombardia n. 676 dell'8 gennaio 2021, con cui era stato disposto sul territorio regionale un ricorso alla didattica a distanza per il 100% della popolazione studentesca degli istituti scolastici secondari di secondo grado, con efficacia compresa tra l'11 gennaio 2021 e il 24 gennaio 2021. Non si intende qui sviluppare una riflessione intorno alla valutazione del giudice intorno alle censure di contraddittorietà ed irragionevolezza del contenuto del provvedimento, ma, piuttosto, porre all'attenzione alcune considerazioni sviluppate intorno alla censura di incompetenza dell'amministrazione regionale all'emanazione di tali provvedimenti, che al giudice è apparsa fondata pur nella *summaria cognitio* del giudizio cautelare.

Secondo il giudice, nel quadro dell'assetto normativo definito dal d.l. n. 19/2020 e dal d.l. n. 33/2020, non sarebbe sussistito in capo alle Regioni alcuno spazio residuo per l'esercizio del potere *extra ordinem* ai fini dell'introduzione di misure più restrittive qualora il medesimo ambito materiale fosse stato già disciplinato da un d.P.C.M. Nel caso di specie, stante l'efficacia delle disposizioni del d.P.C.M. del 3 dicembre 2020 sino al 15 gennaio 2021, sino a quest'ultima data il quadro normativo avrebbe escluso la possibilità di un intervento ulteriormente restrittivo¹²⁵.

La linea di ragionamento seguita dal giudice non può tuttavia che sollevare delle perplessità. Ad avviso di chi scrive difatti, anche seguendo gli sviluppi teorici riportati nei paragrafi precedenti, il quadro normativo riconosce alle Regioni dei margini di intervento diversi rispetto a quelli che emergono dal quadro delineato dal giudice. La possibilità per le Regioni di intervenire con ordinanza non è da intendere come una facoltà di intervento confinata a spazi materiali privi di alcuna disciplina, bensì

gennaio 2021; decreto TAR Emilia-Romagna, Pr. Sez. I, n. 30 del 15 gennaio 2021. Per una decisione che ha avuto un esito opposto si cfr. decreto TAR Sicilia, Pr. Sez. I, n. 23 del 14 gennaio 2021.

¹²⁵ Per l'esattezza, secondo il giudice: «dal 7 gennaio al 10 gennaio 2021 la didattica trova disciplina nel d.P.C.M. 3 dicembre 2020, che la prescrive in presenza per il 75% degli studenti; dall'11 gennaio 2021 al 16 gennaio 2021 la didattica è disciplinata dal d.l. n. 1/2021, che impone di garantire l'attività in presenza almeno al 50 per cento della popolazione studentesca delle istituzioni secondarie; solo per il periodo successivo al 15 gennaio, essendo cessata l'efficacia del d.P.C.M. 3 dicembre 2021 e trattandosi di un periodo non disciplinato dal d.l. n. 1/2021, trova nuovamente applicazione il meccanismo introdotto dai d.l. n. 19/2020 e n. 33/2020, in forza del quale, nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M. – già annunciato dall'Autorità governativa – si riattiva la competenza regionale, per l'adozione di misure più restrittive di quelle dettate direttamente dai d.l. n. 19 e 33/2020».

un potere di introdurre misure più restrittive rispetto a quelle disposte dai d.P.C.M. in relazione ad un aggravamento dell'andamento della situazione sanitaria e nelle more dell'adozione di successivi d.P.C.M., che presumibilmente terranno conto di tale aggravamento. Per meglio chiarire, l'amministrazione regionale, a seguito di un comprovato aggravamento del rischio, avrebbe dunque potuto intervenire disponendo ad esempio l'erogazione della didattica a distanza per le scuole secondarie di secondo grado. Tuttavia, qualora un successivo intervento statale, tenuto conto dei nuovi rilievi epidemiologici, avesse disciplinato nuovamente tale aspetto, il provvedimento avrebbe perso l'efficacia. Nello stesso tempo però, come avvenuto in alcuni dei casi citati, qualora la Regione, successivamente all'entrata in vigore di un d.P.C.M., avesse emanato un'ordinanza contenente una disciplina più restrittiva relativa al medesimo settore disciplinato dal decreto, tenendo tuttavia conto di dati epidemiologici sostanzialmente identici a quelli considerati nell'emanazione del d.P.C.M., dubbia sarebbe risultata la legittimità del provvedimento regionale. Ma l'esclusione della possibilità regionale di rispondere con provvedimenti più restrittivi ad un possibile aggravamento del rischio sanitario locale, in ragione del fatto che il medesimo ambito materiale sia già disciplinato da provvedimenti statali fondati tuttavia su dati ed informazioni differenti, mostra significative perplessità.

Chiariti tali aspetti, si intende infine mettere in luce, come peraltro già anticipato, che la complessità di tale questione è tale in ragione dei suoi profili di delicatezza. In tale ambito decisionale, tali provvedimenti impattano direttamente su situazioni giuridiche relative a diritti costituzionalmente tutelati che rendono dunque l'esercizio dell'attività discrezionale nell'operazione di bilanciamento particolarmente complessa. Con riferimento alle restrizioni introdotte con tali provvedimenti, non emerge difatti la necessità di un bilanciamento che si limita esclusivamente al diritto alla salute, quale interesse della collettività, e diritto all'istruzione. La sospensione delle attività didattiche non ha solo un effetto, potenziale, di riduzione della diffusione del contagio, ma impatta direttamente sulla condizione psico-fisica degli studenti. Ciò rende dunque evidente la necessità di prendere in considerazione plurime situazioni giuridiche pur comunemente sottese al medesimo diritto della salute. Dall'altro lato il diritto all'istruzione, costituzionalmente riconosciuto dall'art. 34

Cost., risulta intimamente connesso al principio di uguaglianza sostanziale *ex art. 3, co. 2, Cost.*, ed essendo uno strumento essenziale per il pieno sviluppo della persona umana, si configura come uno dei doveri costituzionali legati alla costruzione di una cittadinanza consapevole¹²⁶. Con le seguenti riflessioni si intende pertanto ricordare che l'indiscusso peso che ricopre il diritto alla salute nell'ambito dell'attività amministrativa non possa tradursi, come ricordato dalla giurisprudenza costituzionale¹²⁷, in una «illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Nell'ipotesi di conflitto pertanto, come ricordato dal TAR Calabria, l'esito non può essere quello di «una necessaria ed automatica soccombenza dell'istruzione a danno della salute»¹²⁸. Pertanto, la decisione amministrativa tenuta a bilanciare tali situazioni giuridiche, posta in essere nel rispetto del principio di proporzionalità, nel triplice canone dell'idoneità, dell'adeguatezza e della necessità, non può che essere anticipata da un'istruttoria che tenga conto del numero più ampio possibile di informazioni e dati idonei ad offrire una valutazione del rischio esistente e dei possibili impatti derivanti dalla restrizione. Questa considerazione risulta oltremodo vera, se si tiene conto del fatto che lo stato di conoscenze scientifiche relative alla correlazione tra l'incremento del contagio e la riapertura delle strutture scolastiche è debole e dunque del fatto che l'azione amministrativa su tale settore sia informata al principio di precauzione¹²⁹.

In conclusione, appare pertanto evidente che, considerata la complessità sottesa al tema e agli interessi che insistono sulla materia, difficilmente

¹²⁶ Così R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le disuguaglianze*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2020, p. 86.

¹²⁷ Il riferimento è alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013.

¹²⁸ Cfr. sentenza TAR Calabria, Sez. I, sent. del 18 dicembre 2020, n. 2075.

¹²⁹ In merito a ciò si veda il rapporto ISS Covid-19, *Apertura delle scuole e andamento dei casi confermati di SARS-CoV-2: la situazione in Italia*, n. 63/2020, dal quale emerge non solo che «non è ancora perfettamente noto quanto i bambini, prevalentemente asintomatici, trasmettano SARS-CoV-2 rispetto agli adulti» (p. 1), ma anche che «gli studi osservazionali potrebbero non essere in grado di valutare l'impatto della sola chiusura delle scuole se le chiusure sono attuate a livello nazionale e contemporaneamente ad altre misure di mitigazione» (p. 22).

conforme ai canoni della proporzionalità può considerarsi l'emanazione di provvedimenti privi di una robusta base tecnica in grado di corroborare la motivazione della misura, con un'adeguata valutazione circa la sussistenza sul proprio territorio degli strumenti tecnici necessari ad una fruizione effettiva della didattica¹³⁰, e, nel complesso, un esercizio della discrezionalità amministrativa privo di una visione della scuola in un'accezione più ampia di comunità sociale, che, tramite la compartecipazione di più attori, contribuisce allo sviluppo della personalità dell'individuo¹³¹.

6. Considerazioni conclusive

In un quadro normativo ed una situazione fattuale in perpetuo mutamento, il contenuto di considerazioni conclusive relative ad un tema così spinoso non può che configurarsi come provvisorio e parziale.

Con il presente contributo è stata proposta una ricostruzione delle difficoltà e delle controversie derivate dalla gestione multilivello dell'emergenza sanitaria e dei tentativi di costruzione, sul piano normativo, di un sistema di coordinamento. L'indagine ha nello specifico esaminato l'evol-

¹³⁰ Il tema del c.d. *digital divide* assume in tale sede un'assoluta centralità, impattando direttamente sulla possibilità degli studenti di fruire pienamente l'erogazione didattica. In merito a ciò si suggerisce la consultazione dei recenti dati rilevati nel rapporto ISTAT, *Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi*, 6 aprile 2020, dal quale emerge, tra i vari aspetti, che nel periodo 2018-2019 risultava che il 41,6% delle famiglie del Mezzogiorno fosse privo di computer in casa e che solo 14,1% delle famiglia avesse a disposizione almeno un computer per membro familiare. Si tratta di elementi che, come correttamente osservato in F. Di LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, 4, 2021, p. 96 ss., hanno drammaticamente incrementato le disuguaglianze già esistenti nel sistema scolastico complessivamente inteso e che di certo non sono stati ignorati nelle valutazioni dei giudici amministrativi aditi. Non sorprende ad esempio che la decisione del TAR Calabria, con sentenza n. 2075 del 18 dicembre 2020, e la decisione del TAR Piemonte con sentenza del 12 dicembre 2020, n. 834, pur presentando una linea argomentativa comune, come anche riconosciuto in C. NAPOLITANO, *Scuola, regioni e COVID-19. Sviluppi giurisprudenziali*, in *Giustizia Insieme*, abbiano avuto un esito opposto.

¹³¹ Sul tema si vedano i preziosi spunti sviluppati in particolare in M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4, 2020, p. 785 ss. Come osservato dall'A. difatti, con l'emergenza epidemiologica, si è assistito ad uno stravolgimento del rapporto tra gli attori della comunità scolastica, con particolare riferimento al ruolo della componente familiare. Con particolare riferimento alle attività didattiche per studenti di fasce di età più basse è certamente innegabile il peso che assume la componente genitoriale nel condizionare la fruizione delle medesime. La scarsa considerazione delle istanze provenienti da tale componente, in ragione anche dell'inevitabile difficoltà di conciliazione di tale ruolo di supporto con le esigenze legate alla vita professionale, ha di certo contribuito alla moltiplicazione dei ricorsi avverso tali provvedimenti.

luzione del rapporto tra Stato e Regioni nell'arco temporale di circa un anno di gestione dell'emergenza: dalla "inaugurazione" con l'ordinanza del Presidente della Regione Marche di chiusura delle strutture scolastiche sul proprio territorio ai plurimi provvedimenti che hanno disposto il ricorso alla didattica digitale integrata appena richiamati. Si tratta di innumerevoli episodi di disallineamento che, lungi dall'aver impattato sul solo diritto all'istruzione, hanno interessato variati ambiti e settori, traducendosi frequentemente in controversie giurisdizionali.

Risulta tuttavia doveroso osservare che, come emerge nel corso della trattazione, mentre nelle prime fasi le parti delle controversie dinanzi al giudice amministrativo sono state prevalentemente le amministrazioni di livelli di governo differente, nell'ultima fase si è assistito per lo più a ricorsi promossi da gruppi di cittadini ed amministrazioni regionali. Con riferimento a ciò, pur con la dovuta cautela, è possibile constatare che l'attenuazione del livello di conflittualità tra Stato e Regioni sia dunque in parte dipesa dal miglioramento del sistema di coordinamento sul piano normativo. Tra la dubbia costituzionalità del d.l. n. 6/2020 e l'ambiguità di alcune sue disposizioni e il meccanismo di differenziazione cromatica regionale, insieme alla riforma introdotta dal d.l. n. 125/2020, le differenze risultano evidenti. Un simile ragionamento consente così di ribadire che in una Repubblica delle autonomie i meccanismi in grado di facilitare il dialogo istituzionale tra livelli di governo costituiscono gli strumenti essenziali al buon andamento dell'amministrazione. Pur non intendendo negare il peso che nella riproduzione di tali conflitti riveste la ripartizione costituzionale delle competenze, risulta chiaro che un rafforzamento di tali sedi di concertazione rappresenti una effettiva reificazione dello spirito di leale collaborazione, che consenta di guardare con fiducia e rassicurazione il percorso di ripresa e ripartenza da tale crisi.

Il nostro ordinamento multilivello non può difatti che confrontarsi con tale persistente volontà delle amministrazioni regionali di promuovere interventi sulla necessità con soluzioni che, espressioni di visioni e sensibilità differenti, peraltro attraverso un potere monocratico, conducono a tali disallineamenti. Nell'ambito di tali considerazioni conclusive ricorre pertanto la necessità di ricordare l'assoluta centralità che nell'esercizio del potere amministrativo *extra ordinem* ricopre il principio di proporzionalità, che ha guidato il controllo giurisdizionale di legittimità dei

provvedimenti. L'esercizio della discrezionalità amministrativa, che si traduce in un'operazione di bilanciamento tra interessi diversi, risulta difatti connotato da una complessità tale da dover necessariamente essere guidata da un simile principio, che metta al riparo da azioni che, nella cieca promozione della propria visione, pur nell'intento di tutelare un bene, impattino in modo eccessivamente negativo sulle situazioni giuridiche soggettive interessate. Il rispetto di tale principio, che insieme agli altri principi generali dell'ordinamento limita i poteri straordinari dell'amministrazione, non può che anzitutto tradursi operativamente nella conduzione di un'attività conoscitiva preliminare, che, nella fase istruttoria, offra una mappatura effettiva del rischio esistente e una concreta rilevazione degli strumenti e delle risorse a disposizione per adattarsi alle misure introdotte.

Chiaramente, per concludere, le considerazioni relative all'impatto del sistema di coordinamento sul conflitto tra Stato e Regioni si riferiscono all'arco temporale relativo ad un anno di gestione dell'emergenza. Difatti, con riferimento ai mesi più recenti, l'allentamento della tensione non può che essere dipeso anche da ulteriori fattori fondamentali, tra cui, in particolare: la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021; la solidità del nuovo Governo con una maggioranza di più ampio respiro; la decisione di quest'ultimo di disporre le misure emergenziali prevalentemente attraverso decreto-legge, sottraendo ulteriori margini di intervento alle autorità regionali.

Devolution Post Brexit: The Perplexity of Multi-Levelled Governance in a Disunited Kingdom*

Peter Leyland

Questo contributo intende dimostrare che, con riguardo alla governance territoriale, Brexit sta esercitando un profondo effetto destabilizzante sul sistema costituzionale britannico. Dopo un'analisi dell'approccio generale adottato nella legislazione di recesso del Regno Unito dall'Unione europea, il contributo si sofferma sui c.d. devolution arrangements. La questione del coordinamento dell'attuazione delle politiche, della divergenza delle politiche e della risoluzione delle controversie tra i livelli di governo viene affrontata in relazione all'introduzione di un mercato interno per il Regno Unito, disciplinata dall'Internal Markets Act 2020. Inoltre, l'articolo considera l'impatto della Brexit sull'Irlanda, al nord e al sud. Si fa particolare riferimento all'accordo "Irish Backstop" e al relativo protocollo, nel più ampio contesto dell'accordo di Belfast e della recrudescenza della tensione e della violenza in Irlanda del Nord.

1. Introduction

This article does not seek to focus directly on the current political situation in the UK but rather to linked constitutional and legal issues relating to devolution. Also, this discussion is not presented as an exercise in crystal ball gazing, speculating on the future unfolding of political events. Nevertheless, it is evident that Scottish independence seems a step closer with demands for a second referendum gaining momentum¹

*I would like to thank Professor Andrew Harding and Professor Gordon Anthony for their insightful comments on earlier drafts and Professor Jens Woelk for inviting me to give the keynote address (Trento, Bolzano, Innsbruck) upon which this article is based.

¹ Elections for the Scottish Parliament in May 2021 resulted in strong support for the Scottish Nationalist Party which fell just short of achieving an overall majority in the Scottish Parliament with 64 seats. The Green Party with 8 seats also supports calls for a second independ-

and the status of Northern Ireland is also being increasingly called into question². I hope that this assessment of the impact of Brexit will at least highlight some of the problems which are being confronted from the standpoint of multi-levelled and multi-layered governance.

The paper is divided into three parts. The first (§ 2) sets the scene by outlining the legal methodology of Brexit contained in the UK withdrawal legislation. But our main concern is to focus on the impact of the Brexit process on devolution. The second part (§ 3) evaluates the procedures for the co-ordination of policy implementation in the UK's devolved system of government and law-making in the light of Brexit and the recent launch of an internal market for the UK. The general question here is to assess to what extent an approach designed to create a uniform internal market for the United Kingdom is capable of accommodating the conflicting goals of devolved governments, including significant policy divergence and the desire to maintain alignment with EU law and regulation? The third part (§ 4) of the article seeks to explore the challenges presented by the so called Irish Backstop and related protocol against the wider context of the Belfast Agreement and the current upsurge of tension and violence in Northern Ireland.

2. The Legal Methodology of Brexit

For many advocates of Brexit a prime objective was to achieve the restoration of sovereignty and the elimination of the weight of bureaucratic regulation imposed by Brussels. Since the ECA 1972 community law has prevailed over domestic law. The restoration of sovereignty became conflated with the idea, repeated in sound bites, of 'taking back control' over law-making from EU institutions and removing the jurisdiction of the European Court of Justice. What exactly does this mean against the backdrop of a global economy and a multi-levelled constitution?

ence referendum. See <https://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-scotland-politics-57028315>; S. TIERNEY, *The Scottish Parliamentary Elections and the "Second Referendum" debate*, in *UK Const L Blog*, 10th May 2021.

² See J. CURTICE, *Brexit and Covid play part in shifting attitudes to independence*, *Sunday Times*, January 23, 2021.

2.1 *Brexit, Regulation and Implementation*

The cumulative effect of EU law, for instance transposing EU directives over fifty years into domestic law, has been to regulate activities stretching across many fields (e.g. trading standards, food, pharmaceuticals, agriculture). From a technical legal standpoint the task of eliminating this vast body of law in order to deliver a clean break was not possible in a limited time frame³. In order to maintain stability from the date of withdrawal (end of January 2020) the starting point for the withdrawal legislation was to ensure existing EU law remains valid and enforceable in the UK⁴. In other words, the UK remains subject to a vast body of EU law post Brexit.

Departure from EU regulatory norms may not be desirable given the trading requirements in a global economy. To some extent this situation is likely to continue as there is an external paradox identified by Professor Craig:

[there are]... very significant constraints on the sovereign choices available to the UK Parliament. This flows, in part, from the fact that many trading standards are set at the global level, largely as a result of negotiations between the EU and the USA, and these will continue to apply in a post-Brexit world.⁵

The scope for trade deals with other nations as alternatives to the EU, including the USA, depends upon the universality of trading standards. Nevertheless, the Brexit legislation also allows for the selective repatriation of EU laws by conferring wide delegated powers on the government, thus increasing the power of the *executive* rather than the power of *Parliament*. Parliamentary scrutiny mechanisms have been modified

³ See e.g. European Union (Withdrawal) Act 2018 (EUWA) and the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020. (A series of further transitional bills to be introduced in the 2019-21 Parliamentary session include: Trade Bill, Agriculture Bill, Fisheries Bill, Immigration and Social Security Coordination (EU Withdrawal) Bill, Environment Bill).

⁴ EUWA 2018, ss 2-4 convert EU law to domestic law.

⁵ P. CRAIG, *Brexit and the UK Constitution*, in J. JOWELL, C. O'CONNOR (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 118.

in accordance with the post-Brexit procedures⁶. In turn, this raises further issues of constitutional accountability to Parliament, as there is only limited opportunity for parliamentary scrutiny by relevant committees of both houses of Parliament⁷ and hardly any opportunity to debate ‘made negative’ statutory instruments⁸. Moreover, as will be apparent later in our discussion, the lack of robust Westminster parliamentary scrutiny provides support for criticism from the devolved administrations in relation to the migration of former EU law under the withdrawal legislation, with the details set by the Westminster government using delegated powers under the Brexit legislation. Prior to Brexit, EU membership also meant that rulings from the European Court of Justice (CJEU) would be binding on domestic courts within the United Kingdom. The jurisdiction of the CJEU continues to apply in some areas over a transitional period and beyond⁹, but the CJEU will no longer have general jurisdiction over the UK in relation to any acts taking place after 1 January 2021¹⁰.

In terms of the post Brexit relationship between the UK and the EU the policing of EU withdrawal and the final withdrawal agreement is not placed in the hands of the ECJ, rather a Partnership Council (PC) is established as a joint UK-EU body which has been created as part of a new governance framework to oversee the Trade and Cooperation Agreement. Designed to manage the relationship between the UK and the EU and to resolve any disputes. It is co-chaired by a member of the European Commission and a minister from the UK Government.

The new legal machinery of Brexit establishes on approval of the deal a three stage process for dispute resolution which does not involve the

⁶ See European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020, section 29 and 30 and Schedule 4 amending Section 13 of the European Union (Withdrawal) Act 2018.

⁷ See ‘European Union (Withdrawal) Bill: interim report’, HL Select Committee on the Constitution, 3rd Report of Session 2017-19, 7 September 2017, HL Paper 19, para 44.

⁸ <https://www.hansardsociety.org.uk/blog/end-of-session-si-debate-sprees-highlights-shortcomings-of-scrutiny-process>. It is pointed out that of 800 SI laid before Parliament motions have been tabled in relation to just 13 and at that the government’s command of time under Standing Order No 14 allows Ministers to frustrate the intention of Statutory Instruments Act 1946.

⁹ S. DE MARS, *Brexit next steps: The Court of Justice of the EU and the UK*, House of Commons Library, 7 February 2020. Dispute mechanisms only commence operating after the transition period.

¹⁰ See e.g. Withdrawal Agreement, Articles 153, 158, 160, 161.

ECJ. Rather, it establishes consultations to achieve resolution at a diplomatic level. Arbitration is the next stage to allow a matter is referred to an independent arbitration tribunal. Compliance as a last resort allows for the suspension of the Trade and Cooperation agreement. A number of specialised committees operate under the Partnership Council to deal with specific policy areas. Decisions by ministers under these sub-committees will be important: sometimes leading to legislative changes but more often leading to the exercise of delegated powers without direct reference to Parliament and thus raising accountability issues¹¹.

3. *Brexit and Devolution*

Turning to devolution, it is highly significant that many EU laws concern functions devolved as part of (what has been termed) a quasi-federal system of territorial governance¹². The UK government, however, not only had responsibility for negotiating the withdrawal agreement, but also has the power to enact in the Westminster Parliament the legislation needed to implement it. Nevertheless, the claim by some of those advocating Brexit that withdrawal from the European Union would simply take back control with the restoration of sovereign authority is difficult to reconcile with the principles of devolution. This claim applies in a technical sense given the delegated powers to make regulations conferred on the executive under the withdrawal legislation¹³.

It is important to stress at the outset that Brexit modifies a system of multi-levelled and multi-layered governance. In a practical sense, the issue of the implementation of EU law and relations with Europe were key questions at the devolved level of government from the outset, not only because the European Union legislated in many of the same fields over which power has been devolved, for example, economic development, agriculture and fisheries, the environment, training, and enterprise,

¹¹ The shape of future parliamentary scrutiny of UK-EU relations, Fifth Report of Session 2019-21, Committee on the Future Relationship with the European Union, HC 977, 21 January 2021, 8/9.

¹² S. TIERNEY, *Drifting Towards Federalism?*, in R. SCHÜTZE, S. TIERNEY (eds), *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 121.

¹³ European Union (Withdrawal) Act 2018, s 8, Sch 7.

but also because Europe was a significant source of regional funding¹⁴. With the arrival of Brexit in January 2020 the question moved from the implementation of EU law to the repatriation of EU law as domestic law in the UK.

3.1 *Policy coordination, Dispute Resolution and the Brexit Experience*

The UK government was ultimately responsible for the implementation of EU law, but these powers were concurrent since the application of EU law within each jurisdiction was made a matter for the devolved executives. The devolution legislation further provided that where Scottish/Northern Irish/Welsh ministers were empowered to use section 2(2) of the European Communities Act 1972 to implement obligations under Community law, a minister of the Crown also retained power to use section 2(2) for the same purpose. This concurrence introduced an element of ambiguity concerning the implementation of compliance with EU law. At an operational level of policy implementation the informal mechanisms promoting co-operation between administrations have comprised a series of concordats. These concordats were first drawn up after 1999 coincidentally with the introduction of devolution, mostly as bi-lateral agreements between the Westminster government and the devolved administrations to facilitate policy coordination¹⁵. In fact, EU policy matters provided an excellent illustration of the practical application of concordats as any such matters were previously resolved by reference to the Concordat on Co-ordination of European Union Policy Issues¹⁶.

The system of concordats and policy implementation is overseen by a Joint Ministerial Committee (JMC)¹⁷ which was conceived as part of a consultative process but also designed to finally resolve disputes between

¹⁴ 'Framework Analysis 2020, Breakdown of areas of EU law that intersect with devolved competence in Scotland, Wales and Northern Ireland', HC September 2020, CCS0920185348 09/20.

¹⁵ D. TORRANCE, *Intergovernmental Relations in the United Kingdom*, House of Commons Library Briefing Paper CPB-8371, 25 March 2021, 5ff.

¹⁶ See Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers and the Northern Ireland Executive Committee, October 2013 (supersedes Command Paper Cm5240, December 2001).

¹⁷ *Ibid.*, 15ff.

administrations¹⁸. The body is chaired by the UK PM and it comprises the first ministers and deputy first ministers of the devolved administrations¹⁹. It was established to meet in plenary session at least once annually²⁰. Further, a protocol was agreed between the administrations to resolve any disputes that might arise²¹. In addition, the Secretary of State for Scotland, Wales and NI respectively was expected to perform an important role in promoting effective working relations between Westminster and the devolved administrations. When no agreement was achieved there might be talks at ministerial or at official level. At the end of the process if there was still no agreement reached the matter would be referred to JMC secretariat for resolution in plenary session²². The Brexit negotiations led to the immediate resuscitation of the Joint Ministerial Committee (European Negotiations) after months of dormancy as it provided a potential way forward. The ad hoc Brexit Committee of the JMC elicited consultation responses from the devolved administrations but was not equipped to handle the political intensity of disputes between administrations prompted by the Brexit process. The dispute resolution processes have been dominated by the Westminster government which has a unilateral right to prevent proceedings from going ahead. In consequence, the entire process no longer commands the confidence of the devolved governments²³. Unsurprisingly, Brexit has been particularly controversial given the support for remain in Scotland and opposition to the Internal Market initiative in Wales. As will soon be apparent it has resulted in the withholding of legislative consent motions, the introduction of a Scottish continuity bill concerning the repatriation

¹⁸ 'Inter-governmental relations in the United Kingdom' House of Lords, Select Committee on the Constitution, 11th Report of Session 2014-15, HL Paper 146, 12ff.

¹⁹ R. RAWLINGS, *Brexit and the Territorial Constitution*, in *The Constitution Society*, 2017, p. 7.

²⁰ R. RAWLINGS, *Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution*, Cardiff, Cardiff University Press, 2003, p. 398.

²¹ Protocol for Avoidance and Resolution of Disputes, 2010. <https://www.gov.uk/government/publications/protocol-for-avoidance-and-resolution-of-disputes-devolved-administrations>.

²² A. TRENCH, *Whiteball and the Process of Legislation After Devolution*, in R. HAZELL, R. RAWLINGS (eds), *Devolution, Law Making and the Constitution*, Imprint Academic, 2005, p. 194ff.

²³ The relationship between the UK and Scottish Governments' *Scottish Affairs Select Committee*, Eighth Report of Session 2017-19, HC 1586, 19.

of EU law and a legal challenge to the effects of UK Internal Market Act²⁴. The subsequent litigation, can be attributed, at least partly, to the ineffectiveness of informal mechanisms for dispute resolution. Professor Rawlings argues that as UK ministers seek to develop innovative market and trading strategies for a post-Brexit world: 'There is an urgent need for multilateral forms of intergovernmental relations which are fit for purpose ...' [and that] '... reform could sensibly include the establishment of a new and more highly-gearred inter-governmental forum ...'²⁵ In order to promote more effective coordination the Scottish Affairs Select Committee has proposed replacing territorial offices of state at central government level with a single department responsible for managing constitutional affairs and intergovernmental relations at devolved level²⁶.

3.2 *The Legislative Process and the Sewel Convention*

The underlying political friction over the approach to Brexit between the positions of the Conservative government at Westminster and the devolved governments exposes the fragility of the mechanisms for inter-governmental relations. Crucially, this applies to the Sewel convention which deals with legislative overlap. The convention arises when there is a parallel right to legislate between the Westminster Parliament and the devolved legislatures. Sovereignty notionally remains with the Westminster Parliament (each piece of devolution legislation specifies this) but in an attempt to mitigate the homogenising effect of parliamentary sovereignty the Sewel Convention *normally* requires the Westminster to obtain the consent of the devolved legislatures. This is supplied in the form of a legislative consent motion (LCM), before the Westminster government proceeds with any bill applying to Scotland, Wales or Northern Ireland which overlaps with devolved competences/powers

²⁴ *The Counsel General for Wales v the Secretary of State for Business Energy and Industrial Strategy* (2021) seeking declarations relating to the implied repeal of devolved legislative competence. Constitutional legislation recognizing the Welsh Government as a permanent part of the constitutional arrangements of the UK.

²⁵ R. RAWLINGS, *Brexit and the Territorial Constitution*, in *The Constitution Society*, 2017, p. 7.

²⁶ 'The relationship between the UK and Scottish Governments' Scottish Affairs Select Committee Eighth Report of Session 2017-19, HC 1586 at para 111.

etc.²⁷. Despite the fact that the convention is recognised in statutory form under recent legislation²⁸ the UKSC in the first *Miller case* held that constitutional conventions, including Sewel, are not legally enforceable. In consequence, the consent of the devolved legislatures to any such legislation is not a strict legal requirement which, if withheld, would prevent laws emanating from the Westminster Parliament from being enacted²⁹. Of course, a legally enforceable consent requirement would place a potential veto in the hands of the devolved legislatures, and in so doing, also undermine the sovereignty of the Westminster Parliament. Over the initial phase of devolution (e.g. 1999-2010 Labour was in power at Westminster and in Edinburgh and Cardiff) this convention worked well as part of a consultative process and consent motions were hardly ever refused³⁰. Latterly, it will be apparent (e.g. when discussing the UK Internal Markets bill below) that the disregard of the wishes of the devolved governments signals not only a breakdown of this consultative process, but also it conflicts with the spirit of co-operative working between layers of government. Indirectly, it also encourages the cause of independence because it gives the impression that the views of the Scottish, Welsh and NI electorates can be simply ignored.

3.3 *Legal Dispute Resolution: The Supreme Court and the Legal Continuity Scotland Bill*

These inter-governmental tensions have resulted in litigation (reminding us also of the role of the courts as part of devolution)³¹. The UK Supreme Court case which concerned the *Legal Continuity Scotland Bill*³²

²⁷ See e.g. B. WINETROBE, *A Partnership of Parliaments? Scottish Law Making under the Sewel Convention at Westminster and Holyrood*, in R. HAZELL, R. RAWLINGS (eds), *Devolution, Law Making and the Constitution*, Exeter, Imprint Academic, 2005, p. 39.

²⁸ Scotland Act 2016 and Wales Act 2017.

²⁹ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, para [149].

³⁰ See C. HIMSWORTH, C. O'NEILL, *Scotland's Constitution: Law and Practice*, London, Bloomsbury Professional, 4th edn, 2021, chapters 5 and 6.

³¹ Devolution Issues may be referred to a court and ultimately now the UK Supreme Court under the Scotland Act 1998, Government of Wales Act 1998 and Northern Ireland Act 1998.

³² *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the AG and Advocate General for Scotland* [2018] UK SC 64.

tested previous cooperation reflected in the legislative process to its legal limits³³. In advance of Brexit itself the withdrawal legislation dealt with transferred matters, and made changes to the powers of devolved ministers and of the devolved legislatures. The complexity of the Brexit process, entailing the untangling of the overlapping strands of multi-layered governance, was compounded by political disagreement over the approach to Brexit between the objectives of the Conservative government of PM May at Westminster, and the Scottish and Welsh national parties, as well as other parties represented in Edinburgh and Cardiff³⁴. As a result, there was failure to reach agreement on the amendment to the legislation through the Joint Ministerial Council and during its parliamentary stages at Westminster. The Scottish Parliament refused to grant a (Sewel) legislative consent motion in relation to the UK Withdrawal Bills introduced by the government of Prime Minister May. While the Westminster Parliament was debating the EU Withdrawal Bill, legislation was introduced in the Scottish Parliament (The Legal Continuity Scotland Bill) in order to allow Scottish Ministers to select which parts of EU law to retain in Scotland.

A reference was made by the law officers of the Scottish Parliament acting under section 33 of the Scotland Act 1998 to determine whether it fell within the legislative competence of the SP. The UK Supreme Court decided that the Scottish Parliament had the competence to legislate for the continuity of laws relating to devolved matters in Scotland which were previously the subject of EU law but which would cease to have effect as EU law after the United Kingdom withdrew from the European Union³⁵. The court accepted that any Scottish legislation from the SP would apply to purely Scottish domestic rules of law which at that point would have replaced EU law³⁶. In other words, the SP would have general

³³ For detailed analysis of this case see G. ANTHONY, *Brexit and Devolution*, in S. KADELBACH (ed), *Brexit – And What It Means*, Baden Baden, Nomos, 2019, p. 68ff.

³⁴ The Northern Ireland Assembly remained suspended until January 2020.

³⁵ *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the AG and Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64, para [11].

³⁶ Devolution statutes have not been interpreted in a way that requires the consent of the devolved institutions for the lawful revocation of their powers by Parliament. See G. DAVIES, D. WINCOTT, *Unionism in the Courts? A critique of the Act of Union Bill*, PL 2021, Apr, 293-310 at 308.

legal competence over areas of former EU law (This finding is relevant to subsequent Scottish legislation applying in Scotland).

However, under clause 17 of the Scottish Bill, after withdrawal from the European Union the capacity of UK ministers to make *subordinate* legislation would have fallen within the legislative competence of the Scottish Parliament. Such UK-wide subordinate legislation would have had no effect in Scotland unless this subordinate legislation obtained the consent of Scottish ministers, and, in turn, this provision would have prevented subordinate legislation made by a Minister of the Crown (i.e. UK executive) from having effect in Scotland. As a result, it was argued successfully that the clause if enacted imposes a limitation on the legislative role of the UK Parliament.

An alternative interpretation advanced by the Scottish Parliament was that these were simply additional powers, and the UK Parliament would not be prevented from expressly invalidating any subordinate laws made under them. This view was rejected. The UK Supreme Court held that an enactment of the Scottish Parliament which prevented subordinate legislation from the UK Parliament (actually emanating from the UK executive) from having legal effect would limit the powers of the UK Parliament. The effect would be to modify the Scotland Act 1998, section 28(7) which gives the UK Parliament unqualified legislative power in Scotland. The provision under clause 17 not only undermines the sovereignty of the Westminster Parliament by imposing a condition limiting its powers under the Scotland Act 1998, but it also would have clashed with the provisions of the European Union Withdrawal Act 2018 allowing UK ministers to make subordinate legislation for the UK³⁷.

Professor Anthony observes that:

... the devolution case law has settled upon a resolutely non-federal model of sovereignty. While there were aspects ... that drew on the Court's earlier reasoning in *Axa* ... the judgment ultimately rested the Diceyan model of sovereignty that had informed *Miller*³⁸.

³⁷ Section 12(1)(2).

³⁸ G. ANTHONY, *Brexit and Devolution*, in S. KADELBACH (ed), *Brexit – And What It Means*, Baden Baden, Nomos, 2019, p. 75.

3.4 The Internal Markets Act 2020 and its controversial impact

In the domain of economics and trade post Brexit, domestic policy is based upon the idea of the UK as an internal market. This reflects a desire to maintain uniformity of standards for such matters as the regulation of goods and services at a national level. Indeed, the principles for a Common Framework were acknowledged by Joint Ministerial Committee (European Negotiations) (JMC(EN))³⁹. These principles include a list of relatively uncontroversial general objectives including: ensuring compliance with international trade obligations; ensuring the UK can negotiate, enter into and implement new trade agreements and international treaties; administering and providing access to justice in cases with a cross-border element; safeguarding the security of the UK. But equally from the standpoint of devolved governance, the objectives are sometimes contradictory and likely to be controversial: for example, enabling the management of common resources and the functioning of the UK internal market while also acknowledging policy divergence. The difficulty in achieving a co-ordinated approach is further exacerbated because the legislation which was eventually enacted, the Internal Markets Act 2020 (UKIM) does not reflect an agreed approach by the UK government and the devolved governments. In a report highly critical of the extraordinary delegated powers which might have been given to the government and the lack of consultation with devolved administrations, the Constitution Committee of the House of Lords stated that ‘The Government must set out the process for consultation with the devolved administrations on the management and adjustment of the internal market arrangements.’⁴⁰ UKIM establishes the post Brexit UK wide trading relationship between England and Scotland, Wales and Northern Ireland⁴¹ but it clashes with the fundamentals of devolution. It was strongly opposed at the level of devolved government and finally enacted by the Westminster parliament

³⁹ Agreed in October 2017. See Frameworks Analysis 2020, Breakdown of areas of EU law that intersect with devolved competence in Scotland, Wales and Northern Ireland, September 2020, 4.

⁴⁰ ‘United Kingdom Internal Market Bill, House of Lords Selected Committee on the Constitution, 17th Report of Session 2019-21, 16 October 2020, HL Paper 151, 10.

⁴¹ The framework for repatriation sets out 18 policy areas where new primary legislation may be required.

without the Scottish and Welsh Parliaments granting legislative consent motions.

Turning to the Act itself, two market access principles (MAPs) are recognised as part of the new regime. The first principle – Mutual Recognition – starts from the premise that – any goods lawfully sold in one part of the UK are automatically acceptable for sale in the others. This is of course subject to regulatory compliance. It is intended to prevent the emergence of trade barriers within the UK. (For example, any laws in Scotland attaching to goods but contravening UK wide market access principles would not apply to goods brought in to Scotland)⁴².

The second principle – Non-discrimination – relates to how any goods are sold – who can sell which goods⁴³. It also regulates transportation, storage and display. UKIM applies *inter alia* to the agricultural sector⁴⁴, the construction sector and to services. Essentially, it is designed to prevent a post Brexit free for all which might prevent trading within the UK. Any regulatory requirements that contravene the MAPs will be invalid under the Act, with the courts as final arbiters in determining disputes that might arise.

An equally controversial aspect of UKIM is that it gives UK ministers at Westminster direct spending powers in the devolved nations over areas of devolved competence. This provision arises because Brexit has brought an end to EU structural funding (ESF)⁴⁵. The way the legislation has been drafted means that the UK Government can exercise unilateral control over the UK replacement to ESF (the Shared Prosperity Fund, or SPF). The effect of Westminster taking such decisions bypasses the devolved administrations in determining devolved spending choices in devolved policy areas. For example, the Scottish Government maintains that it is better placed to make spending allocations reflecting the Scottish Government's consultation responses and the investment needs of

⁴² J. SARGEANT, A. STOJANOVIC, *The United Kingdom Internal Market Act 2020, Institute for Government*, February 2021, p. 14.

⁴³ Non discrimination does not apply to provisions already in force.

⁴⁴ For example, preventing spread of pests and diseases, regulating fertilisers and pesticides.

⁴⁵ Internal Markets Act 2020, Part 6.

Scottish communities and Scottish businesses⁴⁶. There is an obvious political dimension to the criticism attributable to the SNP government in Edinburgh (Scottish government withdrew from the project in March 2019) and the Welsh Government, in that any legal provisions detracting from devolved powers is bound to be opposed by them, but it is the reluctance to consult by the Westminster government under PM Johnson, and the failure to regard the devolution project as a partnership which has exasperated the devolved governments⁴⁷. The approach departs from the EU principle of subsidiarity and assumes that uniformity is required to gain market access. At the same time, the desire for policy divergence by the devolved administrations on devolved matters highlights potential clashes of interests. For instance Kenneth Armstrong explains:

‘For the devolved administrations, the risk is that competition may then put local producers and service providers at an economic disadvantage with the risk that governments feel required to adjust regulatory standards to align with market demands rather than public preferences. Given the size of both the Scottish and Welsh markets relative to the market in England, there has been an evident anxiety that the rules set for the English market could in practice end up being the basis for the sale of goods or provisions of services in Scotland and Wales to the detriment of the exercise of devolved regulatory competence.’⁴⁸

The Westminster government managed to enact UKIM in the face of vigorous opposition from the devolved governments, but it now faces the greater hurdle of establishing the structures for managing the UK internal market and ensuring they function confronted with political as well as practical challenges. At the time of writing the Scottish government is still unwilling to cooperate and the Welsh government has launched a legal challenge to the Act on the grounds it gives UK ministers powers to

⁴⁶ <https://www.gov.scot/publications/brexit-uk-internal-market-act-devolution/pages/6/>

⁴⁷ ‘After Brexit the Internal Markets Act and Devolution’ *Scottish Government*, March 2021, 17.

⁴⁸ K. ARMSTRONG, *Governing With or Without Consent – The United Kingdom Internal Market Act 2020*, *UK Const L Blog*, 18 Dec 2020.

change the devolution statutes⁴⁹. This complexity and underlying conflict of interest signals the importance of establishing a workable protocol in order to cope with regulatory divergence and the necessity for executive co-operation and inter-parliamentary working⁵⁰.

3.5 *The Scottish Approach to Brexit*

Brexit is having an immediate impact on devolution as a substantial body of EU law relates to functions that have been devolved⁵¹. In order for the task of government to proceed a significant degree of consultation and coordination is essential. As noted, the terms of UKIM were viewed as fundamentally incommensurable with the principles of devolution, but by way of contrast, a LCM was granted by the SP for the UK Agriculture bill, enacted as the Agriculture Act 2020. The UK legislation gives the UK Government broad powers to provide support for agriculture, both for an initial agricultural transition period and for the longer term. Some provisions in the legislation dealt with matters within the legislative competence of the Scottish Parliament, as well as altering the executive competence of Scottish Ministers⁵².

Nevertheless, the Scottish Government is intent on pursuing its own repatriation policy, and as a follow up to the Legal Continuity Scotland Bill (not enacted), the SP has passed devolved legislation to this end. The European Union (Continuity) (Scotland) Act 2021 received the Royal Assent on 29 January. The Act aims to ensure that Scotland can continue to align with EU law after 31 December 2020. It seeks to achieve this by: giving Scottish Ministers power to keep devolved laws similar to EU laws; ensuring that Scottish Ministers and public bodies pay attention

⁴⁹ See the *Counsel General for Wales v The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy* (applications January 2021 in the High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court in Wales).

⁵⁰ J. SARGEANT, A. STOJANOVIC, *The United Kingdom Internal Market Act 2020*, Institute for Government, February 2021.

⁵¹ Withdrawal from the European Union deprives the devolved legislatures of their statutory obligation to respect EU law. In turn, this called for modifications to devolution legislation and thus required legislative consent motions.

⁵² See Annual Report of the Rural Economy and Connectivity Committee for 2020/21, Scottish Parliament, SP Paper 1026, 6th Report, 2021 (Session 5), 4.

to environmental principles when they make policies; and by establishing a new organisation to replace the oversight of environmental law provided by the EU. The Act confers wide delegated powers to the Scottish Ministers (i.e. the Executive) to selectively omit anything which has no practical application⁵³ and it has the purpose of maintaining and advancing standards in: environmental protection, animal health and welfare, plant health, equality, non-discrimination and human rights, social protection. Ministers must have regard to the purpose referred to in subsection 1 'maintaining and advancing standards'. The emphasis on regulatory alignment is to pave the way for Scottish independence and the intention to re-join the EU as an independent nation. The extent to which the pursuit of EU regulatory alignment challenges the objectives of UKIM in establishing a uniform domestic market is, as yet, unclear but this initiative further reflects a residual post Brexit tension between Westminster and the devolved governments.

4. The Multi-Layered Irish backstop question

4.1 Brexit and the Belfast Agreement

The upsurge in violence in April 2021 (8 consecutive days of sectarian riots in Belfast directed at the police) demonstrated the fragility of the political situation but more in depth analysis reveals the layer of complexity of territorial governance in Northern Ireland. First taking account of the context, there is an underlying historical enmity between distinct communities going back many centuries, one predominantly protestant and pro-union and the other predominantly Roman Catholic and sympathetic to Irish Nationalism. The Peace Wall in Belfast between the Shankil Road and Falls Road council estates stands as an emblem of the separation of polarised communities. The foundation of the Republic and the partition of Ireland to form six counties remaining part of the United Kingdom was an imperfect solution, leaving as it did a sizeable pro-nationalist minority in the North. In the early 1970s the Stormont system of devolution collapsed, direct rule was imposed, in the face of a campaign of organised violence by the Provisional IRA that spread to the

⁵³ See Section 2.

mainland and this prompted tit for tat reprisals carried out by para military protestant groups. The ‘Troubles’ accounted for more than 3000 lives⁵⁴. NI as a whole voted in favour of remain in 2016 which reflects the fact that there was significant cross community support for the EU. The UK withdrawal from the EU presents a potential threat to the Belfast (Good Friday) Agreement 1998. The characteristics of NI devolution were meticulously fashioned following detailed negotiations to form a complex settlement ending three decades of armed struggle. (As we shall see) the settlement was finely balanced to allow for the respective aspirations of the main protagonists which are diametrically opposed, certainly in terms of overall objectives. The entire system is based upon ‘consociational’ power sharing⁵⁵. This means that, for example, the First Minister and Deputy First Minister, as representatives of the unionist and nationalist communities respectively, are co-equals and required to act jointly while, at the same time, the formation of the remainder of the government is also based on power sharing between the main parties. In NI certain types of legislation and decisions which touch on contested areas require cross-community support (with safeguards in place etc).

UK withdrawal from the EU inevitably impacts on the relationship between the United Kingdom and the Republic of Ireland as guarantors of the agreement. The acceptance of devolution in Northern Ireland was founded upon supra-national institutional arrangements involving the Republic of Ireland⁵⁶ which assumed the common EU membership of the United Kingdom and the Republic of Ireland. The arrangements were designed as a special form of multi-levelled and multi-layered governance.

⁵⁴ Reconciliation is an ongoing process. See ‘Addressing the Legacy of Northern Ireland’s Past: the Government’s New Proposals’ *Northern Ireland Affairs Committee, Third Report of Session 2019-21*, 21 October 2020, HC 329.

⁵⁵ Members of the Assembly register a designation of identity as nationalist, unionist or other. Elections then take place on a cross community basis under the d’Hondt formula with a distribution of posts from the offices of First Minister and Deputy First minister to further ministerial other appointments. A requirement of parallel consent prevents either unionists or nationalists from forcing through legislation/decisions which require cross community support. See B. DICKSON, *Devolution in Northern Ireland*, in J. JOWELL, C. O’CINEIDE (eds), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 9th edn, 2020.

⁵⁶ The Belfast (Good Friday) Agreement was subsequently enacted as the Northern Ireland Act 1998.

In consequence, any Brexit arrangements obviously had the potential to undermine this aspect of the Belfast Agreement and the terms of the Northern Ireland Act 1998 itself, which is, in effect, a constitution for Northern Ireland. The North/South Ministerial Council representing the government of the Republic of Ireland and the government of Northern Ireland at ministerial level was established to develop co-operation on a cross border all-island basis⁵⁷. As Professor Christopher McCrudden explains: ‘The North/South Ministerial Council and the Northern Ireland Assembly were (and are still) mutually dependent; one cannot successfully function without the other’⁵⁸. The object according to the Belfast Agreement was to develop consultation, cooperation and action within the island of Ireland on matters of mutual interest within the competence of the administrations. This included some input by Northern Ireland Ministers to national policy making in the domain of EU law and policy; the consideration of the EU dimension to the North/South Council; and approaches to EU issues in the British/Irish Council; it also includes cross-border policing and criminal justice co-operation. The British Irish Council (BIC) on the other hand, as a supra national body embracing Ireland and the UK comprises members of the Irish and Westminster governments but also consists of political representatives from the Scottish Parliament, Welsh Parliament, Northern Ireland Assembly, Channel Isles and Isle of Man. The BIC considers broader mutual interests between the UK as a whole and Ireland⁵⁹. The re-launch of power sharing in January 2020 and the smooth implementation of the NI protocol as part of the post Brexit agreement was tied into the active functioning of the North South Ministerial Council and the British Irish Council.

⁵⁷ Northern Ireland Act 1998, section 52.

⁵⁸ C. McCrudden, *Northern Ireland and the British Constitution since the Belfast Agreement*, in J. Jowell, D. Oliver (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 6th edn, 2007, p. 241.

⁵⁹ Northern Ireland Act 1998, section 52. See <https://www.britishirishcouncil.org/about-council>. The British Irish Council also established under the Good Friday Agreement and NIA 1998 is intended “to promote the harmonious and mutually beneficial development of the totality of relationships among the peoples of these islands”. The BIC operates as a forum for a range of sectors including indigenous, minority and lesser used languages.

4.2 *Open borders and Reciprocal Rights to Citizenship*

The absence of any controls relating to free movement of peoples and goods is one of the cornerstones of the entire European project and it has of course been potentially undermined by Brexit. The EU principle applied in regard to the land border Northern Ireland shares with the Republic of Ireland. However, the Belfast Agreement although formulated as a settlement for NI, also stands alongside the unique historical relationship between the United Kingdom and the Republic of Ireland. This includes a paradoxical legacy recognised by both nations notwithstanding any previous hostility that might have existed. Irish citizens are treated as settled in the UK for immigration purposes and so do not need to obtain indefinite leave to remain, nor do they need a permanent residence in order to naturalise as British citizens. British citizens wishing to naturalise as Irish citizens are also treated differently from other migrants for the purpose of proving residence. No permission to reside is required to remain in Ireland⁶⁰ as their residence in Ireland is deemed legal⁶¹. The Common Travel Area under the backstop protocol does not provide any unfettered rights to travel to the rest of the EU for UK citizens resident in NI (unless of course NI UK citizens apply to become citizens of the Republic)⁶².

Moreover, as a result of the historic ties with Ireland citizens of the Republic of Ireland who are resident in the UK are eligible to register for, and vote in all UK elections. The Irish Constitution was amended in 1983 to encompass UK citizens as having voting rights at Irish elections. This applies to all eligible voters normally resident in Ireland⁶³. There are other levels of residual close association including sporting representation. For

⁶⁰ CAJ Briefing Note on Irish citizens not born in NI, obtaining British citizenship and British passport through residence in NI.

⁶¹ A person resident in Northern Ireland and therefore on the 'Island of Ireland' but not within the Irish State is only eligible to naturalise as an Irish citizen if they are married to or in a civil partnership with an Irish citizen or can prove 'Irish associations.

⁶² Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, presented to Parliament pursuant to Section 1 of the European Union (Withdrawal) Act (No 2) 2019 and Section 13 of the European Union (Withdrawal) Act 2019.

⁶³ O. DOYLE, *The Constitution of Ireland: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 28.

example, in rugby and cricket Ireland competes as a single nation while in soccer competitions Ireland and Northern Ireland compete separately. In sum, for all those living in Ireland the *de facto* elimination of any physical border between the North and South was not only a pivotal element in the 1998 Belfast Agreement but the removal of any barrier was underpinned by the idea of EU citizenship across the island of Ireland, with all that implied in relation to freedom of movement and of trade (see final section)⁶⁴.

4.3 *Unionism and Nationalism: Reconciling Conflicting Agendas?*

From the perspective of a substantial proportion of protestant unionists, accounting for about 46% of NI population, there is general support for fostering closer ties with the United Kingdom but over the last 20 years or so the more moderate Ulster Unionist Party gradually lost out to the Democratic Unionist Party (DUP)⁶⁵. This is a party supporting Brexit which advocates a 'real respect' agenda that seeks to preserve the Ulster-Scots heritage and promote the public expression of Orangeism. As a central part of this creed, the victory over the RC James II at the Battle of the Boyne in 1688 is celebrated through loyalty to the Queen and the Union flag, but also with parades through pro nationalist areas while displaying symbols of Britishness. As (fundamentalist) Free Presbyterians many DUP leaders refuse to endorse human rights norms accepted throughout the remainder of the UK. In particular, the DUP opposes homosexuality, same sex marriage and the legalisation of abortion⁶⁶. It is somewhat ironic that the DUP expresses similar moral positions on the very issues that were protected so controversially in the Republic's Constitution in its original form. The DUP, however, is committed to furthering socio-economic policies to promote jobs, healthcare and infrastructural investment in Northern Ireland. It has also supported an open border. These are the issues where there is a shared policy commitment with Sinn Fein and the SDLP. With the carrot of financial inducements for NI, the DUP was

⁶⁴ K. CAMPBELL, *Sand in the Gearbox: Devolution and Brexit*, *UK Const L Blog*, 5 Sept 2016.

⁶⁵ The relatively extreme Democratic Unionist Party DUP was formed by the Reverend Ian Paisley in 1971 at the height of 'The Troubles'.

⁶⁶ F. DE LONDRAS, *The DUP's Worrying Human Rights Record*, in *OxHRH Blog*, 13 June 2017, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-dups-worrying-human-rights-record>.

prepared to participate in the resumption of power sharing in January 2020. Since then the forced resignation of Arlene Foster as First Minister in April 2021 has led to further uncertainty over NI devolution and the viability of the Back Stop agreement (as discussed below).

On the other hand and in sharp contrast, the nationalist predominantly Roman Catholic community looks to the South and the Republic (the commitment to an Irish Language Act might be viewed as a mirror of Orangeism). Sinn Fein and the SDLP assumed a pro-remain stance during the course of the Brexit debate. From a nationalist/Sinn Fein perspective the right to a referendum to determine whether NI should remain part of the UK was crucial to the settlement. The Belfast Agreement included a binding obligation to give effect to the choice of a majority in Northern Ireland to leave the UK. Any change to the constitutional status of Northern Ireland as set out in the devolution legislation requires the consent of the people of Northern Ireland⁶⁷. Given that Northern Ireland had been created in order to accommodate the will of a majority in a particular region of Ireland to remain in the UK, it is not surprising that the continuance of that majority is regarded as necessary for the status of the Northern Ireland within the Union to be maintained⁶⁸.

The demographic trend in NI indicates that the nationalist community is growing and rapidly becoming a majority. This trend is already reflected in the politics. At the most recent elections in NI for the Assembly in 2017 there was a complex spread of voting preferences between the parties, but for the first time since the launch of devolution in 1998 unionist parties failed to secure a clear majority of seats in the NI assembly⁶⁹. In addition, Brexit provides some encouragement for Irish unification because the referendum result suggests that a significant section of the population of NI appreciate

⁶⁷ Northern Ireland Act 1998, section 1. The UK Supreme Court in the *Miller Case* did not accept that triggering Brexit necessarily affects the legal right to self-determination which underpins the entire agreement. *R (Miller) v SS for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, paras 134 and 135. See also *Re Court of Appeal (NI) In the matter of an application by Raymond McCord* UKSC 2016/0205; See *Ref AG for NI – In the matter of an application by Agnew* UKSC 2016/0201.

⁶⁸ R. McCREA, *Is the United Kingdom a Mini-EU*, in *UK Const L Blog*, 18 July 2016. Section 1(1) of the Northern Ireland Peace Agreement enacted as section 1 of the NIA 1998.

⁶⁹ The hard line unionist DUP with 28 seats and hard line Republican Sinn Fein with 27 seats emerged as the largest parties while the Ulster Unionists 10 seats, Social Democratic and Labour Party 12 seats and Alliance 8 seats were the next largest parties.

the advantages of EU membership across the island of Ireland⁷⁰. At the same time, the possibility of unification appears viable because of the radical transformation of the Irish Republic. The Belfast Agreement led to the repeal of the most controversial aspects of the Irish constitution, including claims to the remainder of Ireland⁷¹. The case for unification has been boosted by the Republic's economic success and relative wealth, the decrease in the hold of the RC church and the abandonment of moral conservatism previously reflected in the constitution. Perhaps of even greater relevance, constitutional amendments have been passed confirming the Republic's transformation to a liberal state. In particular, these have included the recognition of LGBT rights, the introduction of same sex marriages (2015) and the legalisation of abortion (2018) and divorce (2019)⁷².

According to recent polls 43% of the population in the North support unification while there is a majority of 51% in favour of unification in the Republic⁷³. The issues surrounding a referendum on the question of unification have been closely examined from both a legal and practical standpoint⁷⁴. Such a poll within Ireland, North and South, in the foreseeable future as a prelude to reunification is unlikely, not only because it would require a consistent (opinion poll) majority in favour of unification to satisfy the criteria set out in the Belfast Agreement, but also because of the danger of a pro unification vote further undermining the peace settlement by prompting a backlash from militant unionism (riots in April 2021 gave notice of the potential for the escalation of violence)⁷⁵.

⁷⁰ V. BOGDANOR, *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, London, Tauris, 2019, p. 197ff.

⁷¹ The referendum to allow the 19th amendment of the Irish Constitution to abandon the territorial claim to the entire island of Ireland. O. DOYLE, *The Constitution of Ireland: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 39.

⁷² Although abortion has been legalised in Northern Ireland NHS funding has not been allocated to facilitate its general availability.

⁷³ L. O'CARROLL, *How could a vote on the unification of Ireland play out?*, *The Guardian*, 3 May 2021.

A BBC Spotlight poll in 2021 indicates 49 per cent of the North's residents favour remaining a part of the UK and 43 per cent supported leaving.

⁷⁴ See 'Working Group on Unification Referendums on the Island of Ireland', Final Report, The Constitution Unit, University College London, May 2021.

⁷⁵ The constitutional framework for a united Ireland would be hotly contested. For example, it could result in a federal or confederal state.

4.4 *Brexit, the Belfast Agreement and Human Rights Protection*

Any assessment of the impact of Brexit on Northern Ireland must take account of the fact that the peace settlement addresses the complex question of Human Rights protection against a backdrop of polarised communities with distinct aspirations. In approaching this problem the NIA established two official bodies, a NI Human Rights Commission and a NI Equality Commission⁷⁶. The NIHRC is placed under a duty to keep under review the adequacy and effectiveness in NI of law and practice relating to the protection of human rights and to advise the Secretary of State and the Executive on measures for the protection of human rights⁷⁷. The NI Chief Commissioner Les Allenby cautions that post-Brexit: «The scope of preserving other existing rights protections through European Union and domestic law will depend on close reading of the rights section of the Belfast Agreement 1998»⁷⁸. While the NI Equality Commission is placed under a duty to promote equality of opportunity, investigate complaints⁷⁹ and ensure compliance with equality schemes applicable to all public authorities⁸⁰. The Equality Commission provides advice to public authorities in NI on equality issues and it monitors the composition of the workforce in terms of the ratio employed from the respective communities⁸¹. The Belfast Agreement is tied into Human Rights protection under the UK Human Rights Act 1998. The effect of the HRA is to incorporate ECHR rights as part of the UK constitution requiring public bodies in the UK to conform with ECHR norms when formulating their policies⁸². Any Brexit agreement had the potential to undermine the functioning of crucial aspects of the processes which have been set in

⁷⁶ Northern Ireland Act 1998, sections 68-77.

⁷⁷ Northern Ireland Act 1998, section 68 and 69.

⁷⁸ «The 2020 Annual Statement: Human Rights in Northern Ireland» *Northern Ireland Human Rights Commission*, December 2020, 7.

⁷⁹ For example, see *Lee v Asbers Baking Company Ltd* [2018] UKSC 49.

⁸⁰ NIA 1998, schedule 9.

⁸¹ Equality Commission for Northern Ireland, Annual Report and Accounts 2019-2020, HC 591, 22.

⁸² See Human Rights Act 1998, section 6.

place for the protection of rights in NI⁸³. However, at a formal level the Backstop Agreement states that: «The United Kingdom shall ensure that no diminution of rights, safeguards or equality of opportunity ... results from its withdrawal from the Union, including in the areas of protection against discrimination, as enshrined in the provisions of Union law listed in Annex 1 of this protocol»⁸⁴. Nevertheless, departure from the EU removes a layer of rights protection. For example, the constitutional promotion of an *equality guarantee* and *non-discrimination obligation* under the Northern Ireland Act⁸⁵ are underpinned by European ‘equal treatment’ directives⁸⁶.

The failure to reach agreement on a NI Bill of Rights since the Belfast Agreement has been because of a lack of consensus on rights protection in a polarised community⁸⁷. On the one hand, Brexit has created a receptive environment for putting Bill of Rights centre stage again. Such a Bill would provide a legal framework to assist in clarifying social, economic and citizenship rights⁸⁸. This has resulted in an initiative by the NI HRC to renew efforts at drafting a NI Bill of Rights that would include definitions of ‘identity’, ‘citizenship’ and ‘freedom of movement’⁸⁹. On the other hand, the prospects of reaching an agreement remain bleak given the potential conflict over matters ranging from: the equivalence of rights on the island of Ireland and use of the Irish language, to women’s reproductive rights and marriage equality. The crucial point is that the peace process has developed to allow for continuing cross community

⁸³ This point was discussed as one of the arguments in the *Agnew Case*. See *Ref AG for NI – In the matter of an application by Agnew UKSC 2016/0201*.

⁸⁴ <https://www.gov.uk/government/publications/new-protocol-on-irelandnorthern-ireland-and-political-declaration>.

⁸⁵ NIA 1998, ss. 75 and 76.

⁸⁶ Council Directive 2004/113/EC of December 2004, Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006.

⁸⁷ An agreement was reached with NI’s political leaders to tackle outstanding issues and this agreement acknowledges a lack of consensus over a Bill of Rights for NI. See C. MCGRATTAN, *The Stormont House Agreement and the New Politics of Storytelling in Northern Ireland*, in *Parliamentary Affairs*, 69, 2016, pp. 928-946.

⁸⁸ A. SMITH, C. HARVEY, *Where Next for a Bill of Rights for Northern Ireland?*, in *UK Const L Blog*, 6th Feb 2019.

⁸⁹ ‘Key Issues for a Bill of Rights’, Briefing Paper 2 March 2020, NIAR 055-20, 3.

engagement and co-operation on sensitive issues relating back to ‘The Troubles’ of a generation previously. For example, the 15 member Commission on Flags, Identity, Culture and Tradition was set up in June 2016 as part of the ‘Fresh Start’ deal. This initiative seeks to reach consensus on contentious issues surrounding flags and emblems of identity. The trend is a continuing one. In order to implement the recommendations of the Flags Commissions report an Office of Identity and Cultural Expression is to be established⁹⁰ and there is the prospect of a Commissioner to recognise, support, protect and enhance the Irish language in NI with a corresponding commissioner for Ulster Scots/British tradition⁹¹.

4.5 Preserving the Belfast Agreement: Backstops, Bureaucracy and Popular Resistance

The so-called ‘Irish backstop’ question was one of the most problematic issues to resolve as part of the Brexit negotiations. The dilemma for negotiators was how to reconcile a desire to maintain an open border between Northern Ireland as part of the UK, and the Irish Republic which would remain a member of the EU. The difficulty was how to preserve this element with an overall (hard) Brexit deal which places the United Kingdom outside the EU’s Customs Union.

Immediately after the 2016 referendum there was general agreement amongst all the main parties in Northern Ireland that there should be no return to a hard border between Northern Ireland and the Republic. However, as negotiations proceeded, the political situation relating to NI became extremely complicated and fraught with difficulty. In brief, first the NI Assembly was suspended from January 2017 for political reasons⁹² absenting the main NI democratic forum and the institutional processes of dispute resolution, including the JMC referred to in the first part of this paper. Second, the 2017 general election failed to deliver a parliamentary majority and a clear Brexit mandate for PM May. The DUP

⁹⁰ See: *Stormont votes for release of completed flags and culture report*, BBC News 22 March 2021.

⁹¹ European Charter for Regional and Minority Languages [ratified by UK in 2001].

⁹² A. EVANS, *Northern Ireland, 2017-2020: an experiment in indirect rule*, in *Public Law*, 2021, pp. 471-480.

(as mentioned above this relatively extreme party representing hard line unionism) found itself in a strong position politically as it had won 10 seats in the Westminster Parliament. This was sufficient to make up a majority for the Conservatives. The DUP entered into a 'confidence and supply' voting agreement with the Conservative government enabling it to continue in government⁹³. The government of PM May, reliant as it was on DUP support, stated that it would not agree to any proposal threatening the constitutional integrity of the UK. Negotiations were based on a 'common rulebook' and resulted in the so called Chequers deal of 2018⁹⁴. Crucially, under PM May there would have been no differentiation between NI and the remainder of the UK in achieving regulatory alignment with the EU after Brexit⁹⁵. Sinn Fein and the SDLP were in favour of granting special status for NI, allowing it to remain in the single market and the customs union. The upshot was that Sinn Fein, the SDLP, and other Ulster parties seeking a softer Brexit were at this juncture left on the fringes of the negotiations. No deal was actually reached under Mrs May.

The revised backstop deal now in place was negotiated by the Johnson government (re-elected in December 2019 with an overall majority) as part of a new Ireland/Northern Ireland protocol⁹⁶. Although the agreement avoided the introduction of a hard border it was reached in spite of strong reservations from Unionist parties, particularly the DUP. This is because NI is treated differently from the remainder of the UK. In order to allow NI businesses to retain unfettered access to the UK market but at the same time protect the EU's single market, a detailed protocol⁹⁷ was agreed between the UK and Europe. In effect, this means that UK authorities apply EU customs rules to goods entering NI (from the rest of the UK). The protocol attached to the agreement is meant to facilitate

⁹³ J. TONGE, *Supplying Confidence or Trouble? The Deal Between the Democratic Unionist Party and the Conservative Party*, in *Political Quarterly*, 88, 2017, p. 414.

⁹⁴ <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/irish-backstop>.

⁹⁵ See for example, Hansard, Engagements, Volume 636: debated on 28 February 2018.

⁹⁶ <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/brexit-deal-northern-ireland-protocol>.

⁹⁷ 'The UK's Approach to the Northern Ireland Protocol', *Cabinet Office*, May 2020, CP225.

regulatory alignment but also to enable tariffs to be collected on goods at risk of entering the EU's Single Market⁹⁸. New representative structures are created to assist with co-operation and to smooth over dispute resolution, with a Joint Committee and Joint Consultative Working groups. The problems of implementation arise at ports of entry, rather than at the land border between the Republic and NI. In other words, the ports become the legal boundary between the UK and the EU's customs territories. Tariffs are charged only if goods are destined for Ireland or the EU single market. Crucially however, there is no new customs infrastructure or physical border with the Republic required to ensure compliance⁹⁹. But, there is a major flaw in the agreement, at least from the standpoint of many unionists. This approach also means that NI remains in the EU single market for goods and services and remains subject to EU subsidy rules for trade in goods. At the same time, NI is also considered part of the UK's customs territory allowing it to be included as part of any future UK trade agreement.

Flexible and proportional approaches to implementation were intended to maximise the free flow of trade within the UK customs territory but, it is acknowledged that electronic import declarations and safety and security information have not been put fully in place to meet the legal obligations under the agreement¹⁰⁰. The Brexit arrangements activated in January 2021 as part of the trade deal between the UK and the EU have introduced a bottleneck caused by red tape, interrupting the flow of goods between NI and the remainder of the UK (also incidentally demonstrating the advantages of the maintenance of regulatory alignment between the UK and the EU discussed earlier)¹⁰¹. Many forms need to

⁹⁸ Article 15 of the protocol allows for the setting up of a joint committee (with powers of decision and review) and joint consultative working groups to enable facilitation by the exchange of information and mutual consideration of the issues.

⁹⁹ 'The Protocol on Ireland/Northern Ireland' *House of Lords, European Union Committee*, 9th Report of Session 2019-21, 1 June 2020, HL paper 66. This report sets out the scope of the agreement and its implications in detail.

¹⁰⁰ B. DICKSON, *Devolution in Northern Ireland*, in J. JOWELL, C. O'CONNOR (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 9th edn, 2019, p. 264.

¹⁰¹ See UK-EU Trade and Cooperation Agreement, December 2020. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/948093/TCA_SUMMARY_PDF.pdf.

be filled in on paper for every consignment of goods in certain categories. The problem is that NI remains a part of the EU's single market for goods. This means that many goods arriving in NI from the GB are made subject to EU import procedures¹⁰².

The UK's action in extending the grace period for Irish Sea border checks has been justified in press releases by HM's government as being for 'operational reasons'. This procedure includes the difficulty faced by supermarkets having to provide export health certificates for all shipments of animal products between the mainland and Northern Ireland. The unilateral action by the UK in suspending the protocol is contested by the EU and it has resulted in legal action which is on going, but there have also been high level negotiations in 2021 to resolve the situation. It is not clear whether the British government's intervention should be regarded as an extension of the grace period, or an attempt at overriding / undermining the agreement. Certainly, the suspension of the protocol has been spurred on by resistance from Unionist parties opposed to the deal, fanning the flames of discontent. Subsequently, the Westminster Government issued a Command Paper outlining a revised negotiating position on the Backstop in the light of the perceived problems of implementation¹⁰³, and, in subsequent negotiations (late 2021) UK ministers have proposed the streamlining of checks but negotiators have also raised the spectre of triggering Article 16 of the agreement, suspending some of its provisions. Such a development might not only breach the agreement, but also undermine trade relations between Dublin and the EU¹⁰⁴. Practical solutions to the bottleneck in the flow of goods, especially perishable items, will need to be found. Flexibility is called for on all sides. For example, some fixes might be achieved by increasing staffing levels of customs officials at borders and streamlining the procedures, particularly by replacing paper forms with the online processing of information¹⁰⁵.

¹⁰² The problems were flagged up well in advance in Parliament. 'Unfettered Access: Customs Arrangements in Northern Ireland after Brexit' *House of Commons, Northern Ireland Affairs Committee*, First Report of Session 2019-21, HC 161.

¹⁰³ 'Northern Ireland Protocol: the way forward', HM Government, July 2021, CP 502.

¹⁰⁴ The Constitution Unit, Monitor 79/ November 2021, 15.

¹⁰⁵ Subsequent evidence before NI Affairs Committee.

Other problems of application have arisen since Brexit. For instance, there is disagreement over the interpretation of Article 10 of the protocol which deals with government subsidies. Article 10 provides that the UK as a whole should follow EU rules if a UK-wide subsidy could have an impact on trade in goods between NI and the EU. (This was later qualified so that it would only apply if a UK subsidy would have ‘real and foreseeable on impact NI-EU trade.’) Guidance on this issue indicates that it has been interpreted differently by each side i.e. UK government and European Commission¹⁰⁶. In light of the opposition from Unionists sustaining adequate support for the protocol will be challenging since the continuation of the agreed protocol depends on popular cross community consent in NI obtained four years after the transition period¹⁰⁷.

5. *Conclusion*

To sum up, this article seeks to demonstrate that the constitutional fallout from Brexit involves a complex series of interrelated questions at many levels with far reaching implications, and that these issues will continue to surface for the foreseeable future. Given the underlying political dynamics a grand solution in the form of a new constitutional settlement is not envisaged as the antidote. To correct inherent instability and clarify the uncertainty of pivotal constitutional conventions (e.g. Sewel discussed above) some influential academic commentators now advocate formalising the institutional framework by following a path of constitutional codification¹⁰⁸; another developing view, mindful of secession and the shortcomings of devolution considers whether a form of federal system for the UK would modify the current doctrine of legal sovereignty by offering a clearer delineation of the distribution of

¹⁰⁶ <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/northern-ireland-protocol-consent-mechanism>.

¹⁰⁷ Any such provisions to obtain consent might be subject to safeguards such as a commission of concern allowing for a community veto under the NIA. This aspect of the protocol while introducing an important element of democratic consent kicks the shelf life of the deal down the road when the dust has settled on Brexit.

¹⁰⁸ V. BOGDANOR, *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, London, Tauris, 2019.

powers and competences on a territorial basis¹⁰⁹; in the field of rights protection still others recommend the entrenchment of a Bill of Rights for NI, and also for the remainder of the UK, as this would consolidate fundamental rights and freedoms perceived as currently under threat with the loss of a layer of protection provided under the European Charter of Fundamental Rights¹¹⁰. Leaving aside the many technical questions relating to constitutional design prompted by any such initiative (or combination of the above), a constitutional settlement of such a magnitude would require a broad consensus and considerable political momentum behind it (of which there is no sign). Rather, we are left with the familiar British pragmatic approach to individual problems as they arise, with government adopting a combination of legislative solutions and soft law initiatives, and now also relying on the as yet untested dispute resolution machinery set in place by Brexit. I believe the practical problems related to the agreements reached can be successfully addressed in the traditional pragmatic manner but the mega question, namely, the future integrity of the UK itself, will of course depend on the ebb and flow of the political tide in Scotland, Northern Ireland and Wales.

¹⁰⁹ R. SCHÜTZE, S. TIERNEY (eds), *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford, Hart Publishing, 2018. See introduction and conclusion.

¹¹⁰ C. O'CONNOR, *Human Rights and the UK Constitution*, in J. JOWELL, C. O'CONNOR (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 9th edn, 2019, p. 92. P. CRAIG, *Brexit and the UK Constitution*, in J. JOWELL, C. O'CONNOR (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press 9th edn, 2019, p. 110. There is no right of action after Brexit day based on a failure to comply with principles of EU law.

L'Unione europea e il diritto tributario: brevi riflessioni sugli ambiziosi progetti rimasti incompiuti e sulle regole alla base del procedimento decisionale

Riccardo Lancia

Con questo contributo viene analizzato il ruolo svolto dall'Unione europea in materia tributaria al fine di ravvisare le peculiarità caratterizzanti l'azione europea in questo settore. Tale azione è diretta a raggiungere un difficile bilanciamento tra la necessità di adottare un approccio comune e la preservazione della sovranità nazionale degli Stati membri. Parte dell'elaborato è riservata ad una breve analisi di taluni ambiziosi progetti che, a causa del vigente sistema decisionale europeo, allo stato attuale, risultano essere inattuati. Il problema si individua nella necessità di ripensare alle regole alla base del procedimento decisionale per conferire maggiore rapidità ed efficienza all'intera procedura. Tale contributo tiene conto della recente posizione assunta dalla Commissione europea rispetto alla necessità di superare l'impasse in sede decisionale.

1. L'Unione europea e la fiscalità: inquadramento generale di un rapporto bidirezionale

Il processo di integrazione comunitario è stato il risultato di un percorso caratterizzato dall'adozione di un'azione comune finalizzata al conseguimento del progresso economico e sociale tramite l'istituzione del mercato unico europeo, eliminando le barriere doganali, che delimitavano i confini geopolitici delle varie giurisdizioni, e, contestualmente, facilitando l'integrazione sul piano sovranazionale. Dal lontano 1957 ad oggi la cooperazione fra gli Stati, sia firmatari che subentranti, è diventata sempre più solida e quella che sembrava un'idea utopica ha trovato concretezza nelle fasi di negoziazione e ratifica dei Trattati europei sino al Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, cui si deve l'instaurazione dell'Unione europea.

L'Unione europea è nata e si è sviluppata per ragioni di carattere, sostanzialmente, economico con l'obiettivo di creare e rafforzare il mercato unico europeo. Tra le varie materie rispetto alle quali gli Stati membri hanno mantenuto la propria competenza esclusiva per l'esercizio dei poteri sovrani vi rientra la fiscalità diretta, in quanto i sistemi tributari nazionali hanno, da sempre, rappresentato sia elemento indiscutibile di identità nazionale che la fonte principale di finanziamento del bilancio dello Stato per determinare le politiche di spesa ed ottenere le risorse finanziarie necessarie al fine di sostenere i costi del funzionamento dello Stato medesimo¹. La riluttanza degli Stati alla perdita del proprio potere impositivo trova riscontro anche in motivazioni di carattere giuridico, essendo irrinunciabile l'inseparabilità della sovranità tributaria con la rappresentanza democratica. Tale assunto si traduce nell'idea che solo l'organo rappresentativo della collettività rimane il titolare del potere di imporre prestazioni patrimoniali².

All'assenza di una competenza generale dell'Unione europea in materia tributaria³, si contrappone la possibilità di adottare misure comuni in tema di fiscalità diretta solo nella misura in cui sussista un'esplicita clausola nei Trattati ovvero qualora si renda necessario per il perseguimento degli

¹ L'argomento è ampiamente trattato da R. LUPI, *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. trib.*, 2004, III, p. 989 ss., che specifica che in materia tributaria «lo Stato interviene per prendere, non per dare né per regolare (...). Nella materia tributaria la partita è a due: lo Stato non regola il gioco tra operatori del mercato (nazionali, comunitari ed extracomunitari), ma scende in campo in prima persona, per acquisire le risorse necessarie alla propria politica».

² Questa constatazione trova riscontro nello storico principio «*no taxation without representation*», risalente al discorso del deputato Lord Camden in seno al dibattito parlamentare presso la *House of Lords* del Regno Unito, reso in data 7 marzo 1766: «*Taxation and representation are inseparable (...) whatever is a man's own, is absolutely his own, no man hath a right to take it from him without his consent (...) whoever does it, commits a robbery; he throws down and destroys the distinction between liberty and slavery*» (enfasi aggiunta).

³ Sul punto P. BORIA, *L'anti-sovrano*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 47, che ritiene che la fiscalità europea non consista «nell'applicazione di criteri impositivi sulla generalità dei contribuenti, bensì in indici di contribuzione applicati ai singoli Stati sulla base dei tributi esistenti e di altri indici macroeconomici». Sulla stessa scia, R. CORDEIRO GUERRA, *Politica fiscale della Ce*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4329 ss., il quale sostiene che «in ambito comunitario, politica fiscale non significa esercizio del potere di prelievo, bensì attuazione della facoltà di imporre limiti ai sistemi di prelievo nazionali funzionali alla realizzazione degli scopi fondamentali della comunità».

obiettivi europei⁴. Trattasi di una competenza di natura essenzialmente strumentale e definibile *ex negativo* per essere stata predisposta al solo scopo di prevenire situazioni suscettibili di ostacolare le quattro libertà fondamentali in ordine alla circolazione di merci, servizi, capitali e persone nel territorio europeo⁵.

Proprio per tali ragioni non è erraneo sostenere che il diritto europeo in materia tributaria si caratterizzi, sotto una prospettiva *destruens*, per la previsione di meccanismi limitativi dei sistemi di tassazione nazionali al fine di realizzare gli obiettivi dei Trattati (cd. “fiscalità negativa”⁶) e, sotto una prospettiva *costruens*, nell’adozione di adeguati strumenti nel perseguimento delle libertà fondamentali europee⁷. In materia, sembra interessante la ricostruzione di autorevole dottrina⁸, secondo cui, a seguito

⁴ Si soffermano, in modo approfondito sulla tematica P. GENSCHEL, M. JACHTENFUCHS, *How the European Union constrains the state: multilevel governance of taxation*, in *Eur. Jour. Polit. Resear.*, 2011, p. 295 ss.

⁵ Sulla tematica, G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell’Unione Europea*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 401, il quale sostiene che l’integrazione in materia di imposizione diretta non viene più vista come «elemento (negativo) di perdita di sovranità fiscale per gli Stati membri, ma anche, in un certo senso, come strumento (positivo) per preservarla».

⁶ Interessante è la rielaborazione di P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 451, che ritiene che la “fiscalità negativa” si avrebbe allorché la sovranità tributaria altrui subisca delle limitazioni senza che l’Unione europea realizzi un piano di valori per il trasferimento di sovranità (in materia tributaria) dagli Stati membri (cd. “fiscalità positiva”). Si riporta in materia l’opinione di G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell’Unione Europea*, cit., p. 410, secondo cui la «fiscalità negativa» si fonda sull’idea che il tributo «anziché perseguire “in positivo” le finalità, non deve costituire un ostacolo al conseguimento degli obiettivi fissati nel Trattato e nella quale è precluso ogni intervento finalizzato alla giustizia o razionalità dei sistemi nazionali. In altri termini, viene ribadito come le regole fiscali europee rispondano alla logica dell’integrazione dei mercati secondo i principi della libera concorrenza e della neutralità, e non già a quei valori di eguaglianza sostanziale che caratterizzano il fenomeno tributario nei sistemi nazionali». Di diverso avviso M. BASILAVECCHIA, *Evoluzione della politica fiscale dell’Unione Europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, IV, p. 365, il quale, invece, ravvisa, nella politica europea, una forma di «integrazione positiva», rispetto alla quale gli atti delle Istituzioni comunitarie non sono più tendenti a contenere le politiche fiscali degli Stati membri, ma anche a dettare delle linee guida con la conseguenza che con l’espressione “politica fiscale” dovrebbe intendersi «un’attività che tende a fare dei singoli sistemi tributari degli Stati un sistema unico, che in alcuni elementi essenziali trova un minimo comune denominatore a livello comunitario».

⁷ In modo non dissimile M. DI SIENA, *La dimensione comunitaria del diritto fiscale*, in A. DRAGONETTI, A. SFONDRINI, V. PIAGENTINI (a cura di), *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 226.

⁸ In termini analoghi M. BASILAVECCHIA, *Evoluzione della politica fiscale dell’Unione Europea*, cit., p. 361 ss.

del processo di integrazione comunitario, gli ordinamenti tributari nazionali degli Stati membri risultano essere legati all'ordinamento europeo quantomeno sotto una duplice prospettiva: da un lato, sono condizionati da limiti esterni di natura extra-fiscale e, dall'altro, sono conformati ad un «vero e proprio sistema *in fieri*», le cui norme regolano gli aspetti essenziali e strutturali dei tributi nonché i caratteri del rapporto impositivo tra contribuenti ed Autorità fiscali.

Lo stesso sviluppo del processo di integrazione comunitario in materia fiscale è avvenuto in modo eterogeneo, «aritmico» ed incompleto.

L'eterogeneità si ravvisa in relazione al diverso grado di integrazione raggiunto con riferimento alla fiscalità indiretta e diretta, posto che solo la prima, a differenza della seconda, è prevista dai Trattati europei. Tale procedimento si è svolto nel corso di un periodo temporale non perfettamente lineare e, in tal senso, definibile «aritmico», ossia caratterizzato da momenti con forti impulsi acceleratori⁹ (si pensi, ad esempio, alla disciplina europea in materia di tributi cd. «armonizzati»¹⁰) e, nel contempo, da altri di profondo arretramento, se non, addirittura, di regressione. Questo processo di integrazione a velocità alterne ha, di riflesso, determinato l'impossibilità di procedere ad una forma di armonizzazione fiscale di natura integrale in materie non espressamente previste fra le competenze sancite dai Trattati da cui è seguita un'incompletezza stessa degli ordinamenti tributari nazionali degli Stati membri, specie nel settore della fiscalità diretta¹¹.

⁹ Sul punto precisa F. GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 725 ss., che vi sono numerosi ostacoli giuridici per procedere ad una completa armonizzazione della disciplina tributaria in sede europea e, nonostante tale situazione, «sono state adottate alcune importanti direttive o convenzioni, come quelle relative all'eliminazione della doppia imposizione dei dividendi nei rapporti tra società madri e figlie, alla tassazione delle operazioni straordinarie intracomunitarie, nonché all'eliminazione della doppia imposizione conseguente a rettifiche degli utili tra imprese associate».

¹⁰ Rispetto all'imposta sul valore aggiunto (IVA), G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione Europea*, cit., p. 396 ss., ove l'Autore sostiene che l'IVA è un «tributo comunitario a tutti gli effetti», nonostante presenti delle divergenze strutturali, più o meno marcate, da Stato a Stato, si pensi, ad esempio, alle numerose e differenti aliquote di imposta.

¹¹ G. MELIS, A. PERSIANI, *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, II, p. 267 ss., che sostengono come, in relazione alla fiscalità diretta, si possa richiamare solo il concetto di «coordinamento fiscale» e non già di armonizzazione, posto che vi è stata solo una mera «approssimazione, convergenza elastica finalizzata ad eliminare le distorsioni più rilevanti».

Le notevoli differenze tra gli ordinamenti tributari nazionali hanno rappresentato e, tuttora, rappresentano elemento idoneo ad influenzare, sensibilmente, alcune decisioni che avrebbero dovuto essere intraprese a livello euro-unitario. Ad esempio, si allude alle decisioni relative alla previsione di una base imponibile comune per la tassazione dei gruppi societari con entità localizzate in diversi Stati membri oppure alla tematica relativa alla tassazione dell'economia digitale.

L'*impasse* che si registra in seno alle stesse Istituzioni europee, con riguardo specialmente ai procedimenti decisionali vigenti, rischia di produrre non solo una situazione di "inazione" politica, ma anche di implementazione dei fenomeni di concorrenza fiscale dannosa¹², a loro volta suscettibili di generare conflitti fra gli Stati membri.

2. Progetti normativi europei: alcuni portati a termine e altri rimasti incompiuti

Nell'ultimo trentennio si è assistito al proliferare di atti normativi dell'Unione europea in materia fiscale, sebbene con ruoli e finalità differenti. Tecnicamente, si suole utilizzare l'espressione "armonizzazione fiscale" per definire il processo di costruzione di un sistema normativo tributario di carattere omogeneo nei diversi Stati membri, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 113 TFUE¹³. Tale norma pone l'obiettivo di realizzare una forma di armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra di affari, alle imposte di consumo ed alle altre imposte indirette, nella misura in cui ciò risulti necessario ad assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

¹² Rischio già avanzato da tempo da F. GALLO, *L'Europa ha bisogno di un'unione fiscale*, in *Il Sole 24Ore*, 5 giugno 2017.

¹³ In termini analoghi, L. PERRONE, *L'armonizzazione dell'Iva: il ruolo della Corte di Giustizia, gli effetti verticali delle direttive e l'affidamento del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2006, II, p. 423. Sull'armonizzazione fiscale anche, V. UCKMAR, *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale dell'UE*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, p. 9 ss.; S. DORIGO, *Il diritto tributario nell'Unione europea*, in R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Milano, Cedam, 2016, 198. Diversamente, sull'irrelevanza dell'armonizzazione fiscale in Europa, C. COSCIANI, *Problemi fiscali del mercato comune*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 55 ss.; R. PERRONE CAPANO, *L'Europa tra debolezza dell'euro e crisi dello Stato fiscale. Una interpretazione funzionale*, in *Rass. trib.*, 2001, V, p. 1319.

Ne emerge che l'armonizzazione fiscale, riferibile solo ad alcune imposte indirette ed attuata, da ultimo, con la direttiva 2006/112/CE¹⁴ e con la direttiva 2008/118/CE (oggi rifiuta nella direttiva 2020/262/UE)¹⁵, rispettivamente, in tema di imposta sul valore aggiunto (IVA) ed accise, ha consentito di creare un assetto giuridico comune per gli Stati membri. Diversamente, non sono state interessate da spinte armonizzatrici le imposte dirette ed ogni intervento dell'Unione europea in tale settore della fiscalità ha perseguito o persegue il differente obiettivo di realizzare forme di mero coordinamento, o riavvicinamento, fra le legislazioni degli Stati membri¹⁶.

Il coordinamento fiscale in seno all'imposizione diretta trova una base giuridica normativa nell'art. 115 TFUE che riconosce, con ciò legittimando, un potere di intervento dell'Unione europea in funzione del riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed

¹⁴ Con riguardo all'IVA, si segnala che il processo di armonizzazione è risalente all'anno 1967 ed ha avuto una continuità e progressività incessante nel corso del tempo: in una fase iniziale sono state emanate la direttiva 67/227/CEE e la direttiva 67/228/CEE tramite cui sono state poste le basi di un sistema comune e, in seguito, fra i vari atti normativi susseguitisi (direttiva 69/463/CEE; direttiva 71/401/CEE; direttiva 72/250/CEE; direttiva 77/388/CEE), merita menzione la direttiva 77/388/CEE che ha consentito di dare luogo ad un'armonizzazione della base imponibile dell'imposta, delineando un quadro organico più completo. Allo stato attuale, la disciplina dell'IVA risulta essere rifiuta nella direttiva 2006/112/CE, come modificata dalla direttiva 2008/117/CE ed ulteriori successivi interventi. Per un approfondimento sull'IVA, A. COMELLI, *IVA comunitaria e IVA nazionale: contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, Cedam, 2000, p. 1 ss.; L. SALVINI, *La detrazione iva nella sesta direttiva e nell'ordinamento interno: principi generali*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, p. 1043 ss.; M. BASILAVECCHIA, *In tema di recupero dell'iva non dovuta; presupposti, condizioni, modalità*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2004, II, pp. 45 ss.

¹⁵ Con riguardo alle accise, si segnala che nell'anno 1992 è stato introdotto dalla direttiva 92/12/CEE un regime generale per la detenzione, la circolazione ed il controllo dei prodotti soggetti ad accisa, in base al quale le accise sono assolte all'atto dell'immissione al consumo del prodotto secondo l'aliquota vigente nello Stato del consumo. In seguito il regime in materia di accise è stato regolamentato dalla direttiva 2008/118/CE, sebbene, recentemente, la disciplina *de qua* sia stata oggetto di rifiuta nella direttiva 2020/262/UE. Per un approfondimento sulle accise, C. VERRIGNI, *Le accise nel sistema dell'imposizione sui consumi*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.; ID., *Le accise nel mercato unico europeo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2007, II, p. 254 ss.; M. CERRATO, *Spunti intorno alla struttura ed ai soggetti passivi delle accise*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, I, p. 220 ss.

¹⁶ In modo non dissimile, G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 157; A. COMELLI, *L'armonizzazione (e il ravvicinamento) fiscale tra lo "spazio unico europeo dell'iva", la Direttiva del Consiglio "contro le pratiche di elusione fiscale" e l'abuso del diritto*, in *Dir. prat. trib.*, 2018, IV, p. 1397.

il funzionamento del mercato interno. La fiscalità diretta è stata oggetto di interesse dell'Unione europea in via meramente strumentale e, come accennato, al solo fine di attuare gli scopi e le prerogative europee.

Spesso gli atti normativi in tale settore sono stati giustificati dall'intenzione di eliminare il fenomeno della doppia imposizione nel contesto europeo, ponendosi quale effetto distorsivo dell'esercizio del potere impositivo e, per giunta, fonte di un non corretto funzionamento del mercato interno. La doppia imposizione internazionale, sia essa economica che giuridica, produce effetti dannosi e negativi, soprattutto per dissuadere gli operatori dal compiere attività economiche transfrontaliere in pregiudizio del commercio europeo ed internazionale¹⁷.

Fra gli atti normativi europei in materia di fiscalità diretta si enuclea la direttiva 1990/435/CEE (oggi rifiuta nella direttiva 2011/96/UE), anche nota come direttiva madre-figlia, che ha istituito un regime fiscale comune sulle distribuzioni di dividendi transfrontalieri fra società, legate da rapporti di controllo e costituite nel territorio europeo¹⁸. Il sistema delineato dalla direttiva madre-figlia non solo consente di evitare la penalizzazione della cooperazione tra società costituite in diversi Stati membri e, quindi, dei relativi gruppi societari, ma anche di eliminare o, almeno, mitigare la doppia imposizione internazionale, garantendo neutralità nell'imposizione fiscale e, contestualmente, assicurando il corretto funzionamento del mercato interno.

¹⁷ L. TOSI, R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, Cedam, 2016, p. 8, i quali specificano che gli operatori economici sono disincentivati a compiere attività economiche che consentono la produzione di ricchezza in due (o più) Stati per essere, altrimenti, costretti a subire un maggiore onere fiscale rispetto al contribuente che si limita ad operare entro i confini nazionali. Sulla tematica della doppia imposizione internazionale anche M. TAFERNER, *Source versus Residence Principle - Artists and Sportsmen*, in H.J. AIGNER e W. LOUKOTA (a cura di), *Source versus Residence in International Tax Law*, Vienna, Wolters Kluwer, 2005, p. 253 ss., che precisa come la questione si ripercuota, altresì, sotto il profilo delle neutralità laddove per «neutralità fiscale» si intende l'ipotetica situazione in cui le scelte del contribuente, tra il compimento dell'investimento nello Stato della residenza ovvero nello Stato della fonte, non vengano influenzate dalla variabile fiscale e la neutralità assume carattere «transnazionale» nella misura in cui si concretizzi in un'efficiente allocazione delle risorse oltre i confini domestici dello Stato di localizzazione.

¹⁸ Sulla direttiva madre-figlia, G. MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra "società madri" e "società figlie"*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 269 ss.; G. ESCALAR, *Il rimborso di imposte a soci non residenti tra normativa "madri-figlie" e accordi bilaterali*, in *Rass. trib.*, 1995, I, p. 71 ss.

Analoghe considerazioni possono essere svolte rispetto alla direttiva 2003/49/CE, anche conosciuta come direttiva interessi e canoni, la quale, al fine di evitare che le operazioni tra società di Stati membri diversi non siano assoggettate ad un trattamento fiscale meno favorevole di quello applicabile alle medesime operazioni effettuate tra società dello stesso Stato membro, ha introdotto una serie di regole comuni affinché i pagamenti di interessi e canoni siano assoggettati ad imposizione fiscale una volta (ed una volta soltanto) in uno Stato membro¹⁹.

Nondimeno, assume rilievo anche la direttiva 90/434/CEE (oggi rifusa nella direttiva 2009/133/CE) relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una *societas europaea* (SE) e società cooperativa europea (SCE) tra Stati membri (cd. direttiva Fusioni)²⁰. La *ratio* di tale direttiva si rinviene nella necessità di evitare che la disciplina fiscale interna degli Stati membri riguardante le predette operazioni sia fonte di restrizioni, svantaggi e, in generale, distorsioni, istituendo, allo scopo, un regime improntato alla neutralità fiscale.

Di recente introduzione è la direttiva 2017/1852/UE che ha istituito un meccanismo di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione internazionale nell'Unione europea (cd. direttiva *Dispute Resolution Mechanism* - DRM). Ed infatti, questa direttiva è funzionale a prevenire il sorgere di situazioni in cui diversi Stati membri interpretino o applichino in modo non uniforme le disposizioni degli accordi e delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, contrastando, da un lato, gli

¹⁹ Sulla direttiva interessi e canoni, si rinvia a P. BONARELLI, *Il recepimento della Direttiva UE in materia di interessi e royalties*, in *Fisc. inter.*, 2005, IV, p. 300 ss.; G.M. COMMITTERI, G. SCIFONI, *Senza ritenuta alla fonte i pagamenti di interessi e canoni intracomunitari*, in *Corr. trib.*, 2003, p. 3145 ss.

²⁰ Sulla direttiva Fusioni, si veda G. CORASINITI, *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti in società*, Padova, Cedam, 2008, p. 10 ss.; M. GUSMEROLI, *The Conversion of a Branch into a subsidiary under the EC Merger Directive: still "Rarely pure and never simple"*, in *European Taxation*, 2009, p. 567 ss.; M. DIMONTE, M. GUSMEROLI, *Il realizzo immediato delle partecipazioni rivenienti dal conferimento di una stabile organizzazione italiana è in contrasto con la Direttiva Fusioni*, in *Riv. dir. trib.*, supplemento on-line, 10 marzo 2021, p. 1 ss.

ostacoli fiscali per le imprese che operano in ambito transfrontaliero e, dall'altro, le distorsioni ed inefficienze di carattere economico²¹.

Rivestono notevole rilievo, sempre con riguardo al settore della fiscalità diretta, le *Anti Tax Avoidance Directives*, ossia la direttiva 2016/1164/UE (cd. Direttiva ATAD I) e la direttiva 2017/952/UE (cd. direttiva ATAD II), emanate dall'Unione europea per contrastare, in via generalizzata, il fenomeno dell'elusione fiscale internazionale. Tali direttive hanno un introdotto un *minimum standard* di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno, stabilendo norme comuni per evitare l'erosione della base imponibile nel mercato interno (cd. *base erosion*) e/o il trasferimento degli utili societari al di fuori del mercato stesso (cd. *profit shifting*).

A tali atti normativi attualmente in vigore e, quindi, giuridicamente vincolanti per gli Stati membri, corrisponde un *trend* non rassicurante di progetti normativi che, allo stato attuale, risultano essere arenati. Trattasi, cioè, di progetti di riforma, predisposti nel perseguimento di ambiziosi e vigorosi obiettivi²², che sono rimasti nello stadio embrionale del «progetto» a causa del verificarsi di *impasse* registratosi in sede di processo decisionale per la vigenza della regola del consenso unanime²³.

²¹ Sulla direttiva DRM, F. MATTARELLI, *Procedure di risoluzione delle controversie contro le doppie imposizioni: brevi commenti sullo schema di decreto legislativo all'esame del Parlamento*, in *Riv. dir. trib.*, supplemento on-line, 5 febbraio 2020, p. 1 ss.; A. IANNAcone, *Doppia imposizione internazionale: approvata la Direttiva sui meccanismi di risoluzione delle controversie*, in *Corr. trib.*, 2018, IV, p. 273 ss.; R. NICASTRO, *Meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali: novità e criticità nell'attuazione della Direttiva DRM*, in *Riv. dir. ban.*, 2020, 1, ss.

²² Sul punto, fra i molti, G. MELIS, R. TISCINI, *La tassazione del reddito di impresa: problemi attuali e prospettive di riforma in chiave comparatistica*, in *Rass. trib.*, 2014, I, p. 98, i quali affermano, in relazione alla CCCTB, che trattasi di un «progetto ambizioso che sta occupando la Commissione europea da anni e su cui ancora non si è trovato un pieno accordo. Ove fosse attuato, esso rappresenterebbe un deciso passo in avanti verso una maggiore armonizzazione». In analogia, sebbene in prospettiva generale (e non limitata alla sola CCCTB), si rinvia a T. DI TANNO, *La Web tax europea: una misura innovativa ed emergenziale*, in *Corr. trib.*, 2018, XX, p. 1531 ss.

²³ Rilievo già avanzato da F. GALLO, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nella prospettiva dell'unificazione europea*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, I, p. 1 ss., ove l'illustre Autore afferma, espressamente, che «occorre prendere atto, infatti, che (...) tutte le iniziative della Commissione rivolte alla creazione di regimi fiscali comuni, anche opzionali, in materia di imposte dirette si sono infrante sullo scoglio, insuperabile, della regola del consenso unanime». Sulla stessa scia A. CARINCI, *Stabile organizzazione e circolazione transnazionale delle perdite*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, V, p. 855 ss.

Tra i progetti rimasti inattuati per la ferma opposizione di alcuni Stati membri si annoverano:

- 1) la proposta di direttiva relativa all'imposta sulle transazioni finanziarie;
- 2) la proposta di direttiva relativa alla *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB) e alla *Common Corporate Tax Base* (CCTB);
- 3) la proposta di direttiva relativa alla presenza digitale significativa;
- 4) la proposta di direttiva relativa all'imposta sui servizi digitali.

2.1 Brevi cenni sulla proposta di direttiva relativa all'imposta sulle transazioni finanziarie

A seguito della crisi economico-finanziaria verificatasi tra il 2007 ed il 2013, la Commissione europea ha ritenuto che il settore finanziario avrebbe dovuto contribuire maggiormente alle pubbliche spese, anche in ragione degli stessi costi legati alla gestione della crisi, mediante la previsione di un innalzamento del livello di tassazione dell'intero settore. In data 28 settembre 2011, il Consiglio dell'Unione europea (di seguito, il Consiglio) ha presentato una proposta di direttiva allo scopo di instaurare un regime comune per tutti gli Stati membri, disincentivando le iniziative unilaterali dei singoli Stati comportanti soltanto una mera frammentazione del mercato, mediante la previsione di un'imposta sulle transazioni finanziarie (di seguito, ITF)²⁴. Tale proposta ha trovato base giuridica nell'art. 113 TFUE con l'intento di armonizzare la legislazione in materia di tassazione indiretta delle transazioni finanziarie, assicurando il corretto funzionamento del mercato interno ed evitando le distorsioni della concorrenza.

Sono rientrate nel campo di applicazione della proposta di direttiva tutte le transazioni finanziarie²⁵, purché almeno una delle parti coinvolte nella

²⁴ Cfr. COM(2011) 594 definitivo, *Proposta di direttiva del Consiglio concernente un sistema comune d'imposta sulle transazioni finanziarie e recante modifica della direttiva 2008/7/CE*, Bruxelles, 28 settembre 2011.

²⁵ Per «transazione finanziaria» si sarebbe inteso: a) l'acquisto e la vendita di uno strumento finanziario prima della compensazione e del regolamento, compresi i contratti di vendita con patto di riacquisto e di acquisto con patto di rivendita, nonché i contratti di concessione e assunzione di titoli in prestito; b) il trasferimento tra entità dello stesso gruppo del diritto di disporre di uno strumento finanziario a titolo di proprietario e qualsiasi operazione equivalente che implica il trasferimento del rischio associato allo strumento finanziario, se non soggetta alla sopracitata previsione a); c) la stipula o modifica di contratti derivati. Gli «strumenti finanziari»

transazione fosse stabilita in uno Stato membro e un ente finanziario, localizzato sul territorio di uno Stato membro, fosse stato parte coinvolta nella transazione stessa, sia se avesse agito per conto proprio che per conto di altri soggetti ovvero, infine, a nome di una delle parti della transazione.

L'ITF sarebbe divenuta esigibile al momento di effettuazione di ogni transazione finanziaria, per cui il successivo annullamento ovvero la rettifica della transazione stessa non avrebbe avuto alcun effetto sull'esigibilità, salvo errori.

La base imponibile era stata prevista in maniera differente in ragione dell'oggetto della transazione finanziaria, che avrebbe potuto comprendere o meno strumenti finanziari derivati. Nella prima ipotesi, la base imponibile sarebbe stata pari all'ammontare nozionale del contratto derivato al momento della transazione finanziaria e, qualora fosse stato identificato più di un ammontare nozionale, avrebbe rilevato l'importo più alto. In tale caso, l'aliquota fiscale sarebbe stata pari allo 0,1 per cento in relazione alla transazione finanziaria posta in essere.

Diversamente, nella seconda ipotesi, la base imponibile sarebbe stata pari a tutto ciò che avrebbe costituito il corrispettivo pagato o dovuto, a fronte del trasferimento, dalla controparte o da una parte terza. Tuttavia, la base imponibile sarebbe stata eguale al prezzo di mercato determinato nel momento in cui l'ITF fosse diventata esigibile se il corrispettivo fosse stato inferiore al prezzo di mercato. In tale caso, invece, l'aliquota fiscale sarebbe stata pari allo 0,01 per cento in relazione alla transazione finanziaria realizzata.

Giova segnalare che nelle riunioni del Consiglio, svoltesi in data 22 giugno e 10 luglio 2012, è stato appurato la persistenza di divergenze di opinioni in relazione alla necessità di istituire un sistema comune di ITF a livello europeo e che, di conseguenza, non sarebbe stato ottenuto un consenso unanime in sede di Consiglio. Pertanto, proprio sui tali

sarebbero stati quelli definiti ai sensi della definizione della sezione C dell'allegato I della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e i prodotti strutturati; per «contratto derivato», invece, si sarebbe inteso uno strumento finanziario ai sensi della definizione dei punti da 4 a 10 della sezione C dell'allegato I della direttiva 2004/39/CE.

premesse deve essere letto l'ulteriore proposta di direttiva, avanzata in data 14 febbraio 2013, volta all'introduzione dell'ITF²⁶.

A differenza della precedente, la nuova proposta è stata fondata sull'iniziativa della Commissione di intraprendere la via della cooperazione rafforzata in materia di ITF in ragione della stessa richiesta in tal senso rivolta da undici Stati membri tra cui Germania, Spagna, Francia e Italia. Sicché, il nuovo contesto della cooperazione rafforzata avrebbe significato che la cd. "giurisdizione ITF" sarebbe stata limitata agli Stati membri partecipanti e, quindi, che le transazioni effettuate all'interno di uno Stato membro partecipante sarebbero state considerate imponibili in base a quanto previsto nella proposta originale risalente al 2011.

La proposta di direttiva del 2013, oltre ad essere limitata ai soli Stati membri nell'ambito della cooperazione rafforzata, si presentava innovativa sotto ulteriori profili quali²⁷:

- a) l'estensione del concetto di «transazione finanziaria» rilevante ai fini dell'ITF²⁸;
- b) la previsione di nuovi criteri di stabilimento di un ente finanziario in uno Stato membro²⁹;

²⁶ Cfr. COM(2013) 71 definitivo, *Proposta di direttiva del Consiglio che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie*, Bruxelles, 14 febbraio 2013.

²⁷ Sulla tematica si veda, senza alcuna pretesa di esaustività, S. OLIVIERI, *Imposta sulle transazioni finanziarie ITF: è stata presentata la proposta di direttiva*, in *Le Società*, 2013, V, p. 619 ss.; G. MOLINARO, *L'Unione Europea propone l'introduzione di un'imposta sulle transazioni finanziarie*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 3457 ss.; D. RUSSETTI, *La cosiddetta "Tobin Tax": un prelievo possibile?*, in *Novità fiscali (SUPSI)*, 2012, II, p. 8 ss.

²⁸ Assumerebbe rilievo, oltre alle previgenti fattispecie, anche: a) la stipula di contratti derivati prima che della compensazione o del regolamento; b) lo scambio di strumenti finanziari; c) le operazioni di vendita con patto di riacquisto o le operazioni di acquisto con patto di rivendita nonché i contratti di concessione e assunzione di titoli in prestito.

²⁹ Un «ente finanziario» si sarebbe considerato stabilito sul territorio di uno Stato membro qualora si fosse verificata almeno una delle seguenti condizioni: a) autorizzazione dalle Autorità di detto Stato membro ad agire in tale veste in relazione alle transazioni incluse nell'autorizzazione; b) autorizzazione o legittimazione ad operare, dall'estero, come ente finanziario rispetto al territorio di detto Stato membro, in relazione alle transazioni incluse nell'autorizzazione o nella legittimazione; c) avere la sede legale nello Stato membro in questione; d) avere l'indirizzo permanente o, se non è possibile accertare un indirizzo permanente, la residenza abituale in quel determinato Stato membro; e) avere una succursale nello Stato membro in questione, con riguardo alle transazioni finanziarie da questa effettuate; f) partecipare, agendo per conto proprio o per conto di altri soggetti, o agire a nome di uno dei partecipanti, a una transazione finanziaria con un altro ente finanziario stabilito in tale Stato membro in base ad uno dei crite-

- c) la previsione di una disciplina maggiormente strutturata con riguardo al Capo IV della proposta stessa recante «Pagamento dell'ITF comune, obblighi collegati e prevenzione dell'evasione, dell'elusione e dell'abuso»;
- d) l'introduzione di una norma generale anti-abuso, costruita in modo analogo alla clausola generale anti-abuso contenuta nella raccomandazione della Commissione europea, pubblicata in data 6 dicembre 2012, sulla pianificazione fiscale aggressiva³⁰;
- e) l'introduzione di una norma anti-abuso diretta a risolvere problemi specifici connessi ai certificati rappresentativi di azioni ed a strumenti finanziari simili³¹.

Il dibattito sull'introduzione dell'ITF è stato recentemente rinvigorito dal piano elaborato dal Ministro delle finanze tedesco Olaf Scholz e accolto subito con favore dal Ministro delle finanze francese Bruno Le Maire³². La proposta, allo stato attuale, a livello embrionale e non ancora cristallizzata in documenti ufficiali, consisterebbe nell'introduzione di un tributo che colpirebbe le operazioni di acquisto delle azioni di grandi società con aliquota fiscale dello 0,2 per cento da calcolare sul valore della singola operazione e da versare all'Autorità fiscale localizzata nello Stato membro dell'operazione. In aggiunta, sembra che la nuova imposta avrebbe un campo di applicazione limitato alle sole attività di compravendite azionarie in titoli di e fra grandi società quotate, purché

ri summenzionati, o con un partecipante stabilito nel territorio di tale Stato membro che non è un ente finanziario. Peraltro, qualora si fossero verificate più condizioni tra quelle elencate *supra*, la prima verificata, sin dall'inizio dell'elenco in ordine discendente, sarebbe stata considerata determinante per definire lo Stato membro di stabilimento. Al contrario, un ente finanziario non si considererebbe stabilito sul territorio di uno Stato membro qualora il soggetto responsabile del versamento dell'ITF abbia dimostrato che l'assenza di un collegamento tra la sostanza economica della transazione e il territorio di qualsiasi Stato membro.

³⁰ Si allude, da un lato, all'art. 13 della proposta di direttiva sull'ITF, rubricato «Regola generale contro l'abuso», e, dall'altro, alla raccomandazione della Commissione europea sulla pianificazione fiscale aggressiva (cfr. COM(2012) 8806 definitivo, *Raccomandazione della Commissione sulla pianificazione fiscale aggressiva*, Bruxelles, 6 dicembre 2012).

³¹ Si allude all'art. 14 della proposta di direttiva sull'ITF, rubricato «Abuso in caso di certificati rappresentativi di azioni e strumenti finanziari simili».

³² Sul punto si rinvia a S. LATINI, *Imposta sulle transazioni finanziarie allo 0,2%: la proposta tedesca*, in *IPSOA Quotidiano*, 6 febbraio 2020.

il valore della società superi il miliardo di euro, e con previsione stimata di entrate annue a titolo gettito fiscale pari a circa due miliardi di euro. Da ultimo, si segnala che tale proposta, presentata e discussa alle riunioni Ecofin del 17 maggio e 14 giugno 2019, sembra essere stata accolta positivamente anche dall'Italia e qualora il progetto andasse in porto, da un lato, si assisterebbe alla sostituzione della vigente imposta nazionale sulle transazioni finanziarie con l'imposta europea e, dall'altro, ciò rappresenterebbe un importante segnale politico nella direzione di un graduale processo di integrazione europea in materia fiscale³³.

2.2 *Brevi cenni sulla proposta di direttiva relativa alla Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) e alla Common Corporate Tax Base (CCTB)*

Nei primi anni duemila, il Consiglio ha promosso il rilancio della “strategia di Lisbona”³⁴ al fine di implementare i propri risultati sulla crescita ed occupazione, cercando di migliorare la competitività e, contestualmente, individuare un modello caratterizzato da un elevato livello di protezione sociale³⁵. La Direzione generale della Fiscalità ed Unione doganale (cd. Direzione generale TAXUD) della Commissione europea ha compiuto numerosi studi ed analisi relative all'adozione di misure fiscali comuni come, ad esempio, la *Common Consolidated Corporate Tax Base*

³³ Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, *Informativa del ministro Tria sugli esiti del Consiglio UE di maggio e Giugno*, Roma, 5 luglio 2019, pp. 18 e 19.

³⁴ L'attuazione della “strategia di Lisbona” era funzionale a far diventare l'Europa un posto più attraente per investire, lavorare, promuovere la conoscenza e l'innovazione nonché modellare le politiche fiscali in maniera da consentire alle imprese europee di creare maggiore occupazione.

³⁵ La prima politica della Commissione relativa alla CCCTB risale a COM(2001) 582 definitivo, *Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società*, Bruxelles, 23 ottobre 2001. Nel 2003, la Commissione ha presentato una comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale al fine di valutare i risultati prodotti finora dalla strategia predisposta dalla stessa Commissione ed esaminare le prospettive della futura attuazione delle sue varie parti (cfr. COM(2003)726 definitivo, *Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società - risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere*, Bruxelles, 24 novembre 2003).

(CCCTB), ossia la previsione di una base imponibile consolidata comune a carattere opzionale senza interventi ulteriori sulle aliquote di imposta³⁶. Nel corso del biennio 2006 e 2007³⁷, la Commissione ha pubblicato due comunicazioni in cui sono stati esposti i traguardi raggiunti dal predetto Gruppo di lavoro, rimarcando, altresì, il crescente consenso acquisito dalla citata proposta per essere un progetto molto ambizioso, sebbene di difficile realizzazione in assenza di un approccio graduale. Tale proposta si concretizzava in due fronti fra loro sinergici: da un lato, la previsione della *Common Corporate Tax Base* (di seguito, CCTB), ossia di una base imponibile comune per l'imposta sulle società e, dall'altro, la previsione della CCCTB.

La CCCTB e la CCTB altro non sono che due parti della medesima ed unica iniziativa. La prima proposta di direttiva, presentata dalla Commissione nel 2011, ha inteso perseguire lo scopo di considerare l'Unione europea un unico mercato ai fini dell'imposta sul reddito delle società, facilitando le attività transfrontaliere e promuovendo scambi ed investi-

³⁶ Il Gruppo di lavoro è stato istituito con un documento non ufficiale (cfr. Commissione Europea, *Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group (CCCTB WG) - Draft Terms of Reference & Rules of Procedure*, Bruxelles, 23 novembre 2004). Sul punto, precisa A. SACCONI, *La base imponibile consolidata comune (Common Consolidated Corporate Tax Base): una sfida per la fiscalità europea*, in *Inn. dir.*, 2009, p. 18, che la costituzione del gruppo di lavoro avvenne a seguito di un incontro dell'Ecofin del 2004, che fu destinatario, da parte della Commissione, di un cd. "non paper", ossia di un documento, privo di valenza politica, da cui si evinceva la volontà della Commissione di non volersi assumere una responsabilità politica propositiva. In tale sede, gli Stati Membri si dichiararono politicamente contrari al progetto della CCCTB, sebbene di impegnarono ad inviare ugualmente le migliori professionalità a loro disposizione per partecipare al gruppo di lavoro.

³⁷ Nel 2006, la Commissione ha inviato una comunicazione al Parlamento europeo, Consiglio e Comitato economico e sociale per riferire sui progressi ottenuti e attirare l'attenzione sui settori in cui sarebbe stato auspicabile avere ulteriore sostegno e orientamenti politici senza chiedere impegni agli Stati membri riguardo alla proposta legislativa (cfr. COM(2006) 157 definitivo, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: Progressi ottenuti finora e programma futuro per una base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB)*, Bruxelles, 5 aprile 2006). Nel 2007, la Commissione ha presentato un'ulteriore comunicazione sempre al Parlamento europeo, Consiglio e Comitato economico e sociale per informarli sui progressi compiuti, delineare il programma di proseguimento dei lavori ed evidenziare alcuni aspetti tecnici richiedenti attenzione nonché alcune questioni di carattere strategico (cfr. COM(2007) 223 definitivo, *Attuazione del programma comunitario per l'aumento della crescita e dell'occupazione e il miglioramento della competitività delle imprese europee: Ulteriori progressi compiuti nel 2006 e prossimi passi verso una proposta in materia di base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB)*, Bruxelles, 2 maggio 2007).

menti³⁸. La proposta di CCCTB stabilisce le condizioni per partecipare ad un gruppo, definisce le forme che lo stesso può assumere e contiene norme sugli aspetti tecnici del consolidamento. Il principale vantaggio derivante dall'attuazione di un simile progetto sarebbe quello di poter rappresentare un valido strumento per attribuire una quota parte del reddito di gruppo allo Stato membro in cui è svolta l'attività economica e si crea valore mediante una formula fondata su un triplice criterio: attività, lavoro e fatturato.

La proposta di CCCTB si fonda su un meccanismo composto da due differenti fasi: una prima fase di consolidamento e una successiva fase di ripartizione degli utili consolidati alle varie entità societarie del gruppo tramite la citata formula, a carattere fisso e predeterminato, che consente di rinunciare all'applicazione del principio di libera concorrenza come criterio di valutazione delle operazioni infragruppo transfrontaliere.

Il consolidamento³⁹ rappresenta un elemento essenziale del regime, poiché consentirebbe di eliminare tanto gli obblighi quanto gli oneri fiscali connessi al *transfer pricing* nonché la doppia imposizione economica che ne può conseguire⁴⁰. Come *supra* accennato, un simile sistema presupporrebbe, altresì, una successiva fase individuata nella ripartizione del risultato consolidato ai membri del gruppo per suddividere l'intera base imponibile consolidata tra ciascuna entità del gruppo consolidato, determinando il reddito tassabile a livello di ogni singolo Stato membro. Nel piano di azione del 2015, la Commissione ha auspicato un approccio graduale alla CCCTB, prevedendo di rinviare i lavori sul consolidamento

³⁸ Cfr. COM(2011) 121 definitivo, *Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società*, Bruxelles, 16 marzo 2011.

³⁹ Il consolidamento sarebbe possibile allorché ricorrano determinate condizioni tassative come, a mero titolo esemplificativo, il principio *«all in, all out»*, in base al quale l'esercizio dell'opzione di adesione al regime comporterebbe l'inclusione nel perimetro di consolidamento di tutte le società e le stabili organizzazioni.

⁴⁰ In modo non dissimile C. SCARDINO, *La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB)*, in *Fisc. comm. inter.*, 2016, III, p. 34, la quale specifica che la CCCTB nasce dalla esigenza di superare gli ostacoli e le distorsioni di mercato derivanti dalla presenza di tanti e diversi regimi fiscali degli Stati dell'Unione. Il fine è di favorire la mobilità degli investimenti, la creazione di nuovi posti di lavoro nonché, in definitiva, la crescita del mercato unico europeo, sebbene possano verificarsi fenomeni di doppia imposizione in assenza di apposite norme comuni.

fino al raggiungimento di un accordo rispetto alla proposta sulla CCTB⁴¹. Rispetto a questa ultima, invece, si segnala che la proposta europea è diretta solamente ad armonizzare la base imponibile delle imprese multinazionali, sulla base di specifiche regole tecniche, senza interferire con la competenza degli Stati membri nella determinazione delle aliquote fiscali. Il rilancio della proposta di direttiva CCCTB è avvenuto in data 25 ottobre 2016⁴² e, a differenza della proposta avanzata nel 2011, è risultata innovativa sotto vari profili:

- a) il nuovo sistema non avrebbe più avuto natura facoltativa, bensì obbligatoria almeno per tutte le imprese appartenenti a gruppi con ricavi consolidati superiori ad una determinata soglia (*i.e.*, 750 milioni di euro)⁴³;
- b) la base imponibile, intesa in senso ampio, avrebbe ricompreso tutti i ricavi imponibili, salvo eccezioni⁴⁴, con possibilità di deduzione dei costi connessi all'attività di impresa e determinati altri costi, compresa una "super-deduzione" per i costi di ricerca e sviluppo;
- c) il gruppo consolidato, in relazione alle procedure amministrative-tributarie, sarebbe tenuto ad interfacciarsi con un'unica Autorità fiscale individuata nell'Autorità dello Stato di insediamento della società capogruppo⁴⁵.

⁴¹ Cfr. COM(2015) 302 definitivo, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento*, Bruxelles, 17 giugno 2015.

⁴² Cfr. COM(2016) 683 definitivo, *Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società*, Bruxelles, 25 ottobre 2016.

⁴³ Tuttavia, per conciliare le due fasi del progetto europeo (*i.e.*, il passaggio dalla CCTB alla CCCTB), le imprese sarebbero state tenute a rispettare le condizioni di consolidamento al fine di rientrare nella sfera di azione obbligatoria della base comune. Il «gruppo» sarebbe stato definito tale allorché fossero stati rispettati determinati criteri: a) il controllo (più del cinquanta per cento dei diritti di voto) e b) la proprietà (più del settanta cinque per cento delle azioni) o i diritti ai profitti (più del settanta cinque per cento dei diritti ai profitti). Tali criteri avrebbero dovuto essere rispettati per tutto il periodo di imposta, a pena di interruzione del rapporto per la società inadempiente con obbligo di *exit* dal gruppo.

⁴⁴ Vi rientrerebbero i redditi esenti, i redditi costituiti da dividendi o proventi derivanti dalla cessione di azioni detenute da una società al di fuori del gruppo (che sarebbero esenti per partecipazioni di almeno il 10 per cento per scongiurare un fenomeno di doppia imposizione).

⁴⁵ Gli ulteriori elementi caratterizzanti tale il progetto di CCCTB sono i seguenti: a) le perdite fiscali precedenti al consolidamento potrebbero essere riportate a nuovo negli esercizi successivi e, in linea generale, qualora una società lasci il gruppo, non le verrebbe assegnata alcuna perdita subita nel periodo di consolidamento, salvo eccezioni; b) le plusvalenze non re-

La formula di ripartizione del reddito sarebbe stata determinata in base ai seguenti criteri:

- a) il «lavoro», diviso tra monte retribuzione e numero dei dipendenti, e assegnato allo Stato membro in cui le attività sarebbero state poste in essere;
 - b) le «attività», comprensive di tutte le attività materiali immobilizzate, restando quelle immateriali e finanziarie escluse per i connessi profili di aleatorietà, e tale fattore sarebbe stato assegnato allo Stato membro di realizzazione delle attività stesse;
 - c) le «vendite», assegnate allo Stato membro di destinazione di beni o servizi.
- Il principale elemento di vantaggio che, da sempre, depone a favore della CCCTB si individua nella possibilità di operare verso la direzione di una maggiore semplicità e trasparenza dell'intero sistema⁴⁶ con una base imponibile consolidata comune⁴⁷, piuttosto che rimanere in una situazione, quale quella attuale, caratterizzata dal frazionamento delle basi imponibili in ciascuno Stato membro di insediamento delle entità societarie parti del gruppo.

alizzate mediante la cessione di attività immobilizzate subito dopo l'entrata in o l'uscita da un gruppo sarebbero tassabili nello Stato del realizzo; c) i proventi delle ritenute alla fonte sui pagamenti di interessi e canoni sarebbero ripartiti secondo la formula del periodo di imposta in corso; d) le ritenute alla fonte a titolo di imposta sui dividendi non sarebbero oggetto di riparto, in quanto, a differenza degli interessi e canoni, i dividendi sono distribuiti al netto dell'imposta e non danno diritto ad una precedente deduzione da parte della/e società del gruppo e e) la previsione di un meccanismo di prevenzione dell'elusione nell'ambito delle esenzioni fiscali, in particolare l'esenzione a favore delle cessioni di azioni non sarebbe ammessa nella misura in cui sia stata estesa in modo illegittimo alle vendite di attività diverse dalle azioni. Si veda COM(2016) 685 definitivo, *Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società*, Bruxelles, 25 ottobre 2016, p. 19 ss.

⁴⁶ Aggiunge, peraltro, L. KOVÁCS, *Le prospettive della CCCTB*, in *Rass. trib.*, 2008, III, p. 703, che la CCCTB rappresenta «un'eccellente opportunità di semplificare i sistemi fiscali, migliorare la competitività dell'UE quale luogo per fare impresa e quindi per offrire un importante contributo al raggiungimento degli obiettivi di Lisbona di crescita, occupazione e competitività. Obiettivi che sono condivisi all'interno dell'UE».

⁴⁷ Non è chiaro se la base imponibile consolidata comune possa essere costruita tramite l'impiego dei principi contabili internazionali (sistema IAS/IFRS), tuttavia sembra condivisibile la ricostruzione compiuta da D. CANÈ, *La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, in *Rass. trib.*, 2012, VI, p. 1511 ss., il quale afferma che, sebbene nei lavori preparatori sia stato fatto riferimento ai principi contabili internazionali, non è stata, probabilmente, considerata l'incompiuta armonizzazione delle regole contabili in Europa. Pertanto, un regime basato sul principio di derivazione difficilmente potrebbe tenere conto delle peculiarità e delle diversità delle normative nazionali.

2.3 La tassazione dell'economia digitale: le iniziative in ambito internazionale ed europeo di un problema ancora irrisolto

Il problema relativo alla tassazione dell'economia digitale (cd. *digital economy*) rappresenta una delle nuove sfide dell'era moderna, trattandosi di una ricchezza *sui generis* tanto per gli elementi peculiari che caratterizzano i flussi reddituali ritraibili dall'economia digitale quanto per la crisi dei tradizionali criteri di collegamento del diritto tributario in punto di interazione con le fattispecie da *digital economy*.

Il *worldwide taxation principle* e il *source principle* mostrano tutti i loro limiti ed inefficienze rispetto alla possibilità di collegare, sul piano spaziale, la fattispecie imponibile ad un determinato territorio statale. Analogamente, la stessa qualificazione del flusso reddituale non risulta essere agevole potendosi porre delle criticità relative alla classificazione del reddito per incapacità *tout court* di ricondurre la fattispecie concreta nella categoria reddituale astratta prevista dal legislatore tributario. In tale ultimo caso, si assisterebbe alla creazione di *stateless income*, ossia redditi, tecnicamente, definibili, come “nomadi” che non scontano il prelievo fiscale in alcuna giurisdizione⁴⁸.

Le norme tributarie sulla tassazione delle imprese tradizionali sono state concepite per assoggettare al prelievo la fattispecie imponibile nel luogo in cui viene creato il valore. Tuttavia, l'applicazione di tali norme all'economia digitale produce l'effetto indesiderato di dare luogo ad un *disalign* tra il luogo in cui gli utili sono tassati (di regola, giurisdizioni o territori a fiscalità privilegiata) e quello in cui il valore è creato. Queste criticità altro non sono che aspetti fisiologici e strettamente connessi ai caratteri tipizzanti la *digital economy* individuati nella dematerializzazione, volatilità, aleatorietà e transnazionalità della stessa⁴⁹.

Risposte alla questione relativa alla tassazione dell'economia digitale sono state fornite dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Svilup-

⁴⁸ L'espressione “reddito nomade” è riconducibile alla felice formulazione di S. CIPOLLINA, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2014, I, p. 21.

⁴⁹ È quanto emerge da OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1, Final Report*, Parigi, 2015, pp. 11 e 12. In letteratura, fra i molti, G. MICCOLI, *Digital economy: Le multinazionali digitali e i nuovi modelli di business*, Varazze, PM Edizioni, 2016, p. 15 ss.; K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, Franco Angeli Editore, 2016, p. 20 ss.

po Economico (OCSE), la quale ha pubblicato, in un primo momento, l'Action 1 del *final report* del Progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (Progetto BEPS) per contrastare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva e, in un secondo momento, il *Report on Pillar One Blueprint* e il *Report on Pillar Two Blueprint*

L'Action 1 del Progetto BEPS, dal titolo «*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*», ha individuato nell'introduzione del criterio di collegamento della presenza economica significativa, rilevante come *taxable presence*, nonché nei metodi di tassazione della ritenuta alla fonte o dell'*equalisation levy* degli strumenti potenzialmente in grado di risolvere il problema⁵⁰. Invero, si segnala che la stessa OCSE ritiene ormai superata l'Action 1 del Progetto BEPS dagli ulteriori studi compiuti in materia: da un lato, il *Report on Pillar One* che prevede una differente ripartizione delle potestà impositive degli Stati tramite la previsione di nuovi criteri di collegamento e di allocazione dei redditi⁵¹ e, dall'altro, il *Report on Pillar Two* che contiene una serie misure tese ad assicurare un livello minimo di tassazione globale in capo alle imprese multinazionali nel settore del digitale⁵².

Nel 2018, la Commissione europea, anche con il conforto degli studi realizzati in sede OCSE, ha pubblicato un *Action Plan* per definire le iniziative in ambito europeo prevedendo, oltre all'implementazione della proposta in materia di CCCTB, due specifiche misure in relazione all'economia digitale:

- a) una proposta di direttiva sulla presenza digitale significativa, unitamente ad una raccomandazione agli Stati membri di introdurre la

⁵⁰ Il concetto di presenza economica significativa si considera sussistente al ricorrere di un triplice criterio: a) ricavi, b) *dital factors* e c) *user based factors*. I "ricavi" sono i proventi derivanti dallo svolgimento di attività economica afferente l'economia digitale e rilevano solo se superiori ad una soglia predeterminata, i *digital factors* sono molteplici come le attivazioni di un "nome a dominio" ovvero l'uso di strumenti di pagamento locali e gli *users-based factors* sono relativi al luogo di localizzazione degli utenti attivi ovvero di conclusione dei contratti *on-line*. Per un'analisi dettagliata si rinvia ad Ocse, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1, Final Report*, cit., p. 109 ss.

⁵¹ Per un approfondimento si veda Ocse, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Report on Pillar One Blueprint*, Parigi, 2020.

⁵² Per un approfondimento si veda Ocse, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Report on Pillar Two Blueprint*, Parigi, 2020.

- medesima nozione di presenza digitale significativa nelle rispettive Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate con Stati terzi;
- b) una proposta di direttiva relativa all'introduzione di un'imposta in capo ai soggetti operanti nel settore del mercato dei servizi digitali⁵³.

2.3.1 Brevi cenni sulla proposta di direttiva relativa alla presenza digitale significativa

Il Consiglio ha predisposto una proposta di direttiva, riconducibile alle previsioni contenute nell'*Action Plan* del 2018, fondata sull'art. 115 TFUE, in quanto intervento normativo in materia di imposte diverse dall'imposta sul volume di affari. Questa proposta prende atto delle peculiarità intrinseche all'economia digitale idonee a vanificare l'applicazione dei criteri di collegamento della fattispecie imponibile al territorio statale, giustificanti causalmente il prelievo tributario. L'operatività dei criteri di collegamento è rimessa, principalmente, alla necessaria sussistenza di una presenza fisica e materiale⁵⁴, non considerando, al contrario, rilevante il valore creato dalla partecipazione degli utenti in una giurisdizione⁵⁵. La presenza digitale significativa si configurerebbe quale nuovo indicatore di una presenza economica significativa in uno Stato membro e, sotto ulteriore ed affine profilo, consentirebbe di allocare in modo preciso e razionale i diritti impositivi degli Stati membri in relazione ai nuovi modelli di *business* nel settore del digitale⁵⁶. Il concetto di presenza digitale significativa è, quindi,

⁵³ Cfr. COM(2018) 146 definitivo, È giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia digitale, Bruxelles, 21 marzo 2018, p. 1 ss., ove viene specificato che l'economia digitale sta trasformando il modo di interagire, consumare e svolgere attività imprenditoriali. La trasformazione digitale offre alla società molti vantaggi, sebbene, nel contempo, sia essenziale una tassazione equa ed efficace per sostenere il mercato unico digitale affinché esso realizzi al massimo il potenziale allo stesso attribuito. Il problema sorge dal fatto che la necessità di tassare gli utili nel luogo di creazione del valore è un principio riconosciuto a livello internazionale, ancorché le attuali norme fiscali siano state concepite per le imprese «fisiche», mostrando ingenti limiti per le imprese «dematerializzate» tipiche del settore digitale.

⁵⁴ Si veda anche S. DORIGO, *Il problematico adattamento della nozione di stabile organizzazione all'economia digitale*, in *Corr. trib.*, 2019, VIII, p. 759.

⁵⁵ Cfr. COM(2018) 147 definitivo, *Proposta di direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*, Bruxelles, 21 marzo 2018.

⁵⁶ L'Italia ha già introdotto la nozione di stabile organizzazione virtuale nel testo normativo dell'art. 162 d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), in accordo alle ultime modifiche apportate al Modello di Convenzione OCSE. Per un approfondimento sul tema si veda, fra i molti, M. AN-

diretto ad instaurare un nesso (*nexus*), ai fini dell'imposizione fiscale, in un determinato Stato membro, dovendosi, più propriamente, considerare quale precipua integrazione del concetto di stabile organizzazione⁵⁷.

Giova segnalare che si ritiene sussistente una presenza digitale significativa qualora, da un lato, l'attività espletata attraverso essa consista, in tutto o in parte, nella fornitura di servizi digitali tramite un'interfaccia digitale e, dall'altro, ricorrano le seguenti condizioni, anche in via non cumulativa, su base annuale:

- a) produzione di ricavi, derivanti da servizi digitali, superiori ad euro sette milioni;
- b) numero di utenti attivi eccedente le centomila unità;
- c) numero di contratti conclusi *on-line* superiori alla soglia delle tremila unità.

Pertanto, qualora esista una presenza digitale significativa tramite cui sia esercitata, in tutto o in parte, un'attività, si considererebbe sussistente una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

Il criterio di attribuzione degli utili alla presenza digitale significativa si fonderebbe sul principio secondo cui è opportuno attribuire alla presenza digitale significativa gli utili che essa avrebbe realizzato attraverso determinate attività economiche rilevanti svolte tramite un'interfaccia digitale, qualora fosse stata un'impresa separata e indipendente esercente attività simili o identiche in condizioni simili o identiche, tenendo conto degli attivi utilizzati, delle funzioni esercitate e dei rischi assunti. Ne consegue che gli utili attribuibili ad una presenza digitale significativa o in relazione

TONINI, M.L. MARIELLA, *Stabile organizzazione: la parola ad Assonime*, in *Corr. trib.*, 2018, p. 2593 ss.; L. GAIANI, *La "nuova" stabile organizzazione sotto la lente di Assonime*, in *Il fisco*, 2018, p. 2863 ss.; D. CONTI, *Stabile organizzazione occulta: nuovi strumenti per l'Erario o "molto rumore per nulla"?*, in *Novità fiscali (SUPSI)*, 2019, p. 337.

⁵⁷ Generalmente, per "stabile organizzazione" si intende una sede o un centro di affari non temporaneo tramite cui un soggetto non residente esercita la propria attività economica, producendo reddito nel territorio di uno Stato diverso da quello di residenza. Sulla stabile organizzazione, si veda, *ex multis*, C. GARBARINO, *Forza di attrazione della stabile organizzazione e trattamento isolato dei redditi*, in *Rass. trib.*, 1990, I, p. 427 ss.; A. LOVISOLO, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, I, p. 1132 ss.; P. LUDOVICI, *Il regime impositivo della stabile organizzazione agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, I, p. 72 ss.; S. MAYR, B. SANTAGROCE, *Stabile organizzazione: tematiche e prospettive nel contesto nazionale e internazionale*, in *Corr. trib.*, 2013, XXV, p. 1951 ss.

ad essa in uno Stato membro sarebbero sottoposti unicamente al regime di imposta sulle società vigente in tale Stato membro.

Questa disciplina si applicherebbe alle entità fiscalmente residenti in uno Stato membro o anche in uno Stato terzo; con la precisazione che se localizzate in uno Stato terzo, la normativa si applicherebbe nella misura in cui la Convenzione contro le doppie imposizioni in essere con il predetto Stato terzo contenga disposizioni analoghe e tali disposizioni siano effettivamente in vigore.

2.3.2 Brevi cenni sulla proposta di direttiva relativa all'imposta sui servizi digitali

In attuazione dell'*Action Plan* del 2018, il Consiglio ha presentato una proposta di direttiva, fondata sull'art. 113 TFUE, in materia di imposta sui servizi digitali (di seguito, ISD) per tentare di risolvere il delicato problema relativo alla tassazione dell'economia digitale⁵⁸.

In tale proposta, è prevista l'introduzione di un'imposta, avente portata mirata, riscossa sui ricavi derivanti dalla prestazione di servizi digitali caratterizzati dalla creazione di valore da parte degli utenti⁵⁹. Trattasi di una misura prevista sull'assunto che il mantenimento e l'applicazione degli attuali criteri di localizzazione della ricchezza anche all'economia digitale possa produrre irragionevoli distorsioni nella concorrenza sia fra Stati che fra imprese⁶⁰.

L'ISD andrebbe ad incidere sui ricavi lordi, al netto dell'IVA ed altre imposte analoghe, derivanti dalla fornitura dei seguenti servizi da parte di un'entità:

a) l'immissione di pubblicità su un'interfaccia digitale;

⁵⁸ Rispetto alla tassazione dell'economia digitale, si registra l'adozione soltanto di misure unilaterali da parte degli Stati. Per la situazione italiana si veda, senza alcuna pretesa di esaustività, S. SANTORO, *La web tax. Profili di sistema*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, p. 459 ss.; M. CERRATO, *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di stabile organizzazione (c.d. web tax transitoria)*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, p. 751 ss. Per la situazione in ambito internazionale, S. WAGH, *The Taxation of Digital Transactions in India: The New Equalization Levy*, in *Bulletin for International Taxation*, 2016, p. 538 ss.; L. CERIONI, *The New "Google Tax": The "Begging of the End" for Tax Residence as a Connecting Factor for Tax Jurisdiction?*, in *European Taxation*, 2015, p. 185 ss.

⁵⁹ Cfr. COM(2018) 148 definitivo, *Proposta di direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*, Bruxelles, 21 marzo 2018.

⁶⁰ In termini analoghi, E. DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Il fisco*, 2018, XVI, p. 1508.

- b) la messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale multilaterale (cd. piattaforma digitale) tramite cui interagire con altri utenti, agevolando le cessioni di beni o prestazioni di servizi fra loro; o
- c) la trasmissione di dati raccolti dagli utenti e generati dalle attività degli utenti stessi sulle interfacce digitali.

Il prelievo tributario, con aliquota fiscale del 3 per cento, colpirebbe qualsiasi entità che produce ricavi a livello mondiale superiori ad euro 750 milioni e che, contestualmente, realizza ricavi imponibili, in ambito europeo, superiori ad euro 50 milioni.

L'imposizione fiscale verrebbe connessa alla sussistenza del requisito della territorialità tale per cui i ricavi imponibili verrebbero tassati nella misura in cui siano prodotti in uno Stato membro qualora, nel corso del periodo di imposta, gli utenti di tale servizio si siano trovati in tale Stato. Un utente si trova in uno Stato membro in un periodo di imposta:

- a) nel caso di immissione di pubblicità su un'interfaccia digitale, se la pubblicità figura sul dispositivo dell'utente nel momento in cui il dispositivo è utilizzato in tale Stato membro nel periodo di imposta per accedere all'interfaccia digitale;
- b) nel caso di messa a disposizione degli utenti di una piattaforma digitale, se l'utente utilizza un dispositivo in tale Stato membro nel periodo di imposta per accedere alla piattaforma digitale e conclude un'operazione su tale piattaforma, salvo l'ipotesi in cui il servizio comporti un'attività su una piattaforma digitale non riconducibile all'ipotesi considerata;
- c) nel caso di trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali, qualora i dati generati dall'utente che ha utilizzato il dispositivo in tale Stato membro per accedere ad un'interfaccia digitale, nel corso del periodo di imposta, siano trasmessi nel medesimo periodo di imposta.

3. Il procedimento legislativo in ambito europeo: procedure legislative e regole deliberative

Il procedimento legislativo in ambito europeo ricomprende, a sua volta, la procedura legislativa ordinaria e la procedura legislativa speciale.

La procedura legislativa ordinaria, ai sensi dell'art. 289 TFUE, consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una deci-

sione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, su proposta della Commissione. Tale procedura, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, era definita anche di "co-decisione", poiché il previgente assetto delineato dall'art. 251 TCE aveva costruito un sistema in cui il Consiglio e il Parlamento europeo erano dotati di un eguale potere decisionale senza che l'uno potesse, in qualche modo, prevalere sull'altro⁶¹.

La procedura legislativa ordinaria si apre con la proposta di adozione di un atto normativo della Commissione europea e istituisce un meccanismo fondato sul sistema di letture ripetute della proposta di atto legislativo fino ad massimo di tre letture affinché il Consiglio e il Parlamento europeo addivengano ad una posizione comune.

Differente risulta essere la procedura legislativa speciale che, a sua volta, enuclea la procedura di consultazione e la procedura di approvazione. Trattasi di procedure che, a mente dell'art. 289, par. 2, TFUE, si applicano nei casi appositamente previsti dai Trattati e vengono definite in modo puntuale e preciso dalle disposizioni normative di volta in volta applicabili, che, tra l'altro, fungono anche da base giuridica dell'atto stesso. Elemento peculiare di entrambe le procedure legislative speciali si ravvisa nell'apporto di un contributo non paritario da parte del Consiglio e del Parlamento europeo. Nella procedura di consultazione al potere del Consiglio di adottare l'atto normativo a maggioranza qualificata o all'unanimità corrisponde l'obbligo di consultazione del Parlamento europeo, sebbene il parere reso da tale Istituzione non abbia natura vincolante. All'inverso, nella procedura di approvazione si prevede che l'atto normativo deliberato dal Consiglio sia sottoposto al vaglio del Parlamento europeo, al quale, in ogni caso, rimarrebbe la sola possibilità di approvare o respingere l'atto senza potere di modifica alcuno.

Rispetto alle regole deliberative, come già accennato, il Consiglio delibera all'unanimità o a maggioranza qualificata, nota anche come regola della cd. "doppia maggioranza". L'art. 16, par. 4, TUE dispone che, a decorrere dal 1° gennaio 2014, la maggioranza qualificata si intende raggiunta

⁶¹ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 105. A titolo di completezza, si segnala che la procedura di «co-decisione» è stata introdotta con il Trattato di Maastricht, sebbene limitatamente a pochi casi, ed, in seguito, la portata della stessa è stata estesa, dapprima, con il Trattato di Amsterdam (con cui è stata sostituita con la procedura di cooperazione) e, ulteriormente, rafforzata con il Trattato di Nizza.

quando vi è una deliberazione favorevole di almeno il 55 per cento dei membri del Consiglio, con un minimo di 15 rappresentanti degli Stati membri che totalizzino quantomeno il 65 per cento della popolazione dell'Unione europea. La minoranza di blocco deve comprendere un minimo di quattro membri del Consiglio; in caso contrario, la maggioranza qualificata si intende raggiunta⁶².

Il meccanismo della maggioranza qualificata si fonda su due parametri cumulativi: da un lato, il cd. *quorum* numerico minimo, individuato nel voto favorevole di almeno il 55 per cento dei membri del Consiglio con un minimo di 15 rappresentanti degli Stati membri, e, dall'altro, il cd. *quorum* demografico minimo che considera rilevante il numero della popolazione di ogni Stato membro.

La regola dell'unanimità, invece, richiede, ovviamente, la presenza di un consenso unanime in sede deliberativa, salvo astensione (in ogni caso, non ostativa all'adozione della decisione), e tale regola trova applicazione rispetto ad una serie di questioni considerate "sensibili" dagli Stati membri (*e.g.*, l'armonizzazione della legislazione nazionale in materia di imposte indirette o questioni attinenti alle finanze europee in ordine alle risorse proprie o al quadro finanziario pluriennale)⁶³.

4. La regola dell'unanimità in materia fiscale: un limite «stringente»

La fiscalità è uno dei settori sottoposti alla stringente regola dell'unanimità, che ha sempre mostrato i propri limiti rispetto all'adozione di atti idonei a definire un maggiore coordinamento, se non addirittura, talvolta, una forma di armonizzazione a livello europeo (*e.g.*, la CCTB o la CCCTB).

⁶² Si precisa che le altre modalità che disciplinano il voto a maggioranza qualificata sono stabilite dall'art. 238, par. 2, TFUE.

⁶³ A titolo di completezza, si rileva che sono soggette alla regola dell'unanimità anche: a) la politica estera e di sicurezza comune (PESC), salvo appositi casi richiedenti la maggioranza qualificata (*e.g.*, la nomina di un rappresentante speciale); b) questioni relative alla cittadinanza europea (*e.g.*, la concessione di nuovi diritti ai cittadini europei); c) l'adesione all'Unione europea; d) alcune disposizioni in materia di giustizia e affari interni (*e.g.*, la Procura europea, il diritto di famiglia, la cooperazione di polizia a livello operativo, etc.); e) l'armonizzazione della legislazione nazionale in materia di sicurezza sociale e protezione sociale; f) ogni questione difforme dalla proposta della Commissione allorché questa ultima non sia in grado di accettare le modifiche apportate alla propria proposta, salvo nel caso di atti da adottare su raccomandazione della Commissione stessa (*e.g.*, nel settore del coordinamento delle politiche economiche).

A ben vedere, sebbene l'estrema rigidità di tale regola, la previsione della stessa si rinviene nella scelta assunta dagli Stati membri di mantenere la propria sovranità in ambito fiscale⁶⁴, almeno in relazione al settore dell'imposizione diretta. La regola dell'unanimità, infatti, era stata concepita per essere indissolubilmente legata alla preservazione della sovranità nazionale. Da un lato, sarebbe stata l'unica regola deliberativa in grado di tutelare effettivamente le prerogative sovrane degli Stati membri in ragione del ruolo paritario dalla stessa attribuito al singolo Stato, a prescindere dalla relativa dimensione e popolazione; dall'altro, avrebbe consentito l'adozione di interventi mirati da parte dell'Unione europea nella misura in cui nessuno Stato membro avesse esercitato il proprio potere di veto. La regola dell'unanimità è stata, quindi, considerata come una sorta di "ancora" di salvezza: insomma, un "salvacondotto" permanente e, allo stesso tempo, irrinunciabile per evitare il verificarsi di eventuali interventi dell'Unione europea oltre le competenze alla stessa attribuite dai Trattati, magari interferendo nelle aliquote di imposta sulle società e delle imposte sul reddito delle persone fisiche ovvero, infine, di altri tributi. Nonostante il differente ruolo svolto dall'Unione europea rispetto alla fiscalità indiretta ed a quella diretta, è possibile notare che la procedura legislativa speciale prevista dagli artt. 113 e 115 TFUE risulta essere la medesima, ancorché differente sia il risultato raggiunto in termini, rispettivamente, di armonizzazione fiscale in un caso e di mero coordinamento, o riavvicinamento, delle legislazioni degli Stati membri nell'altro. Tuttavia, in entrambi i casi, il Consiglio delibera all'unanimità, in base ad una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale.

Ruolo ancora più settoriale e specifico avrebbero le disposizioni di cui agli artt. 192, par. 2, lett. a), e 194, par. 3, TFUE riguardanti l'adozione di misure aventi incidenza fiscale nel settore dell'ambiente e dell'energia.

⁶⁴ Sulla sovranità nazionale in materia tributaria, A. DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, in *Rass. trib.*, 2012, I, p. 11 ss.; G. INGRAO, *Dalle teorie moniste e dualiste all'integrazione dei valori nei rapporti tra diritto interno e comunitario alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 228 ss.; P. COPPOLA, *Il Fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, Milano, Cedam, 2016, p. 367, la quale rimarca, per giunta, la «storica e marcata riluttanza degli Stati a rinunciare alla propria sovranità impositiva a vantaggio di misure di armonizzazione o livellamento dei regimi d'imposizione».

L'art. 192, par. 2, lett. a), TFUE legittima, in deroga alla procedura legislativa ordinaria prevista dal par. 1 di tale norma, il Consiglio ad adottare un atto fiscale in materia ambientale, in base ad una procedura speciale, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni⁶⁵.

Diversamente, l'art. 194, par. 3, TFUE stabilisce, in deroga al par. 2 della norma *de qua*⁶⁶, che il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, stabilisce le misure *ivi* contemplate se sono principalmente di natura fiscale. Rimane fermo che la regola dell'unanimità equivale ad attribuire non un semplice potere di opposizione, bensì di interdizione ad ogni Stato membro⁶⁷. Di regola, la prassi sembra aver insegnato che l'opposizione (*rectius*: l'interdizione) posta da uno Stato membro si traduce sempre in uno stallo del procedimento troppo spesso permanente. Stallo non solo ascrivibile ai progetti di riforma richiamati e rimasti inattuati, ma, in via generalizzata, esteso al mantenimento dello *status quo ante* di privilegio riguardante soltanto alcuni Stati membri come, ad esempio, la permanenza di regimi, di fatto, a fiscalità privilegiata in Olanda, Lussemburgo, Irlanda e altri Stati minori⁶⁸.

⁶⁵ Si rileva che tale procura si applica, in accordo a quanto stabilito dall'art. 192, par. 2, lett. a), TFUE, anche per adottare in materia ambientale: a) misure aventi incidenza sull'assetto territoriale, sulla gestione quantitativa delle risorse idriche o aventi rapporto, sia esso diretto che indiretto, con la disponibilità delle stesse e sulla destinazione dei suoli, ad eccezione della gestione dei residui e b) misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo. Tuttavia, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, può rendere applicabile la procedura legislativa ordinaria.

⁶⁶ L'art. 194, par. 2, TFUE statuisce che, fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al par. 1 (*e.g.*, garantire il funzionamento del mercato dell'energia ovvero garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione europea). Tali misure, adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, salvo quanto previsto dall'art. 192, par. 2, lett. c), TFUE.

⁶⁷ In termini analoghi, F. GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. trib.*, 2000, III, p. 725 ss.

⁶⁸ In questo senso, F. GALLO, *Quali interventi postpandemia attuare in materia fiscale e di riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Rass. trib.*, 2020, III, p. 602.

5. La Commissione europea ripensa alla regola decisionale in ambito fiscale: gli effetti negativi della regola dell'unanimità

Il dibattito sull'utilità o meno della regola dell'unanimità in materia fiscale è stato rivitalizzato da una recente comunicazione della Commissione europea, pubblicata in data 15 gennaio 2019, dal titolo «*Towards a more efficient and democratic decision making in EU tax policy*». Trattasi di una comunicazione della Commissione rivolta al Consiglio, al Parlamento europeo e al Consiglio europeo con cui vengono evidenziati gli effetti positivi derivanti dalla modifica del processo decisionale in materia fiscale ancorato da tempo all'angusta regola dell'unanimità.

Nell'avanzare tale proposta, la Commissione europea non si è esentata dall'indicare le maggiori inefficienze imputabili alla regola dell'unanimità in ambito tributario, sintetizzabili in due fronti con riguardo: da un lato, al processo decisionale in se per sé considerato e, dall'altro, al costo economico in termini monetari derivante dall'*impasse* generatosi in sede europea.

Sotto il primo profilo, l'unanimità si contraddistingue negativamente per diverse ragioni⁶⁹. In primo luogo, trattasi di una regola che, per natura intrinseca, è rigida e inflessibile, non consentendo il raggiungimento di una soluzione di compromesso. Il compromesso è impedito per la difficoltà stessa nel raggiungerlo: è sufficiente il voto ostativo di uno Stato membro a bloccare l'intero processo decisionale. Proprio per questo motivo, talvolta, la «cultura» dell'unanimità tende ad incoraggiare gli Stati membri e le relative Autorità fiscali nazionali ad adottare una politica fiscale di conservazione del sistema, in luogo di una politica tesa al raggiungimento di un accordo di natura compromissoria diretto a salvaguardare e, magari, rafforzare gli interessi generali dell'Unione europea. In secondo luogo, anche qualora si riesca a raggiungere un accordo all'unanimità, nella migliore delle ipotesi la Commissione europea ritiene si tratti di un accordo al minimo comune denominatore, dal limitato impatto positivo per le imprese e i consumatori ovvero dall'attuazione più gravosa (e.g., la direttiva sulla fatturazione dell'IVA adottata a costo

⁶⁹ Per un'analisi dettagliata si rinvia a COM(2019) 8 definitivo, *Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE*, Bruxelles, 15 gennaio 2019, pp. 8 e 9.

di disparità fra i requisiti in materia di fatturazione derivanti dalle opzioni lasciate agli Stati membri).

In terzo luogo, l'unanimità, almeno nel settore fiscale, ha determinato il sorgere di effetti indesiderati nel processo decisionale, assurgendo spesso a "moneta" di scambio⁷⁰ in una logica non troppo diversa da quella mercantilistica, fondata sull'idea del baratto o, per essere più eleganti, del "do ut des". Ne consegue che la regola dell'unanimità ben si presta ad abusi di alcuni Stati membri per interessi meramente nazionali, a scapito del mercato unico e delle esigenze degli altri Stati membri.

Non mi sembra erroneo sostenere che ne derivi, in ottica squisitamente tributaria, il verificarsi di situazioni eterogenee, sebbene, in larga parte, riconducibili al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa: ciò che costituisce un incentivo fiscale per uno Stato membro da preservare potrebbe, contestualmente, rappresentare l'erosione della base imponibile nazionale per un altro. Ancora: le misure fiscali di uno Stato membro predisposte al solo ed unico scopo di rendere «attraenti» le basi imponibili mobili (e.g., si pensi ai redditi da attività finanziarie) potrebbero essere tendenti a ridurre l'onere fiscale connesso a tali basi imponibili anche negli altri Stati membri. Tuttavia, le esigenze di bilancio e, quindi, la necessità di entrate pubbliche potrebbero, "a cascata", richiedere di aumentare la tassazione sulle basi imponibili meno mobili (e.g., si pensi ai redditi da lavoro), con ciò minando la giustizia fiscale e la stessa equità dei sistemi tributari degli Stati membri.

In quarto luogo, l'unanimità nel settore fiscale è controproducente, infatti una decisione assunta all'unanimità può essere revocata nello stesso modo e ciò rende gli Stati membri, alle volte, eccessivamente prudenti, attenuando le ambizioni e, di riflesso, indebolendo il risultato finale perseguito.

Quanto al secondo profilo, è noto che la mancata attuazione di alcune proposte di riforma, a causa della regola dell'unanimità, abbia determinato dei costi economici imputabili, per lo più, all'assenza di entrate pubbliche a titolo di gettito fiscale.

⁷⁰ L'espressione «moneta di scambio» è stata impiegata dalla stessa Commissione europea; cfr. COM(2019) 8 definitivo, *Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE*, cit., p. 9.

Il costo stimato dell'inazione della politica fiscale europea è particolarmente ingente:

- a) il regime dell'IVA definitivo avrebbe potuto aiutare a colmare il divario annuale dell'IVA, che è pari ad euro 147 miliardi e, in buona parte, dovuto all'evasione e all'elusione fiscale;
- b) la riduzione delle frodi nel settore dell'IVA avrebbe potuto consentire un risparmio di euro 50 miliardi, altrimenti gravanti sui bilanci pubblici;
- c) l'adozione della CCCTB, nel lungo periodo, avrebbe aumentato gli investimenti nell'Unione europea fino al 3,4 per cento nonché comportato un incremento della crescita fino all'1,2 per cento (corrispondente ad un ammontare di circa 180 miliardi di euro);
- d) l'imposta sulle transazioni finanziarie, proposta nel 2011, avrebbe prodotto un incremento di entrate pari ad euro 57 miliardi;
- e) l'imposta sui servizi digitali, o ISD, avrebbe generato una quota di nuove entrate pubbliche, con cadenza annuale, di 5 miliardi di euro.

6. *Le alternative alla regola dell'unanimità*

La Commissione europea, con la comunicazione in rassegna, ha individuato nella regola della maggioranza qualificata nel settore fiscale una valida alternativa alla regola dell'unanimità.

Il passaggio alla regola deliberativa della maggioranza qualificata non inciderebbe sulle attuali competenze degli Stati membri nel settore fiscale, in quanto, sulla base di un protocollo incluso nel Trattato Lisbona, si evince che nessuna disposizione del Trattato stesso sarebbe in grado di modificare in alcun modo la portata o l'esercizio della competenza dell'Unione europea in materia fiscale. In questo senso, l'adozione di una regola deliberativa differente da quella attualmente vigente non inciderebbe sulla ripartizione di competenze tra Stati membri ed Unione europea.

Come già accennato, i Trattati europei sembrano essere chiari rispetto alle modalità di adozione delle decisioni di carattere tributario: la regola generale, fatta propria dagli artt. 113 e 115 TFUE, è quella dell'unanimità secondo la procedura legislativa speciale. Tuttavia, non mancherebbero deroghe, tra l'altro espressione di una maggiore flessibilità, che consentono il ricorso a procedure differenti dalla regola dell'unanimità e senza

la necessità di dare luogo ad una revisione dei Trattati stessi. In effetti, le opzioni sono molteplici, tutte già previste dai Trattati, e si concretizzano in una serie di procedure giuridiche alternative per meglio realizzare gli obiettivi europei:

- a) la procedura di cooperazione rafforzata;
- b) gli artt. 116 e 325 TFUE;
- c) le clausole cd. passerella.

6.1 (*Segue*): *la procedura di cooperazione rafforzata*

La procedura di cooperazione rafforzata attribuisce ad un gruppo costituito da almeno nove Stati membri un vero e proprio potere di azione congiunto tramite la proposizione di un'iniziativa comune qualora risulti essere impossibile raggiungere un accordo deliberato all'unanimità in seno al Consiglio. Trattasi di una procedura già utilizzata nel settore fiscale nel 2011 con riferimento alla proposta di introduzione di un'imposta sulle transazioni finanziarie, discussa da tutti gli Stati membri, e oggi tale proposta è oggetto di negoziati da parte di dieci Stati membri al fine di giungere ad una soluzione di compromesso unanime.

A giudizio della Commissione, la cooperazione rafforzata potrebbe rappresentare una buona opzione per far progredire alcune iniziative europee con un gruppo ristretto di Stati membri, pur non essendo la stessa una soluzione ottimale in grado di superare le rilevanti criticità connesse all'impiego della regola dell'unanimità né tantomeno per garantire progressi e coerenza per il mercato comune⁷¹.

Se è questo è vero, è, altrettanto, rispondente a verità che la cooperazione rafforzata richiede condizioni stringenti, infatti, come previsto dall'art. 326, par. 2, TFUE, tale procedura non può arrecare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale. Analogamente, non può costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri né, infine, può provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi, dovendo, peraltro, la cooperazione rafforzata rispettare le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano.

⁷¹ Cfr. COM(2019) 8 definitivo, *Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE*, cit., p. 10.

6.2 (*Segue*): *gli artt. 116 e 325 TFUE*

Gli artt. 116 e 325 TFUE sono, invece, norme che consentono, in talune circostanze specifiche, di ricorrere al voto a maggioranza qualificata.

L'art. 116 TFUE, applicabile per eliminare le distorsioni della concorrenza dovute alla disparità delle norme fiscali qualora non sia stato possibile far venire meno la distorsione, previa consultazione con gli Stati membri, legittimerebbe il ricorso alla regola deliberativa della maggioranza qualificata nell'ambito della procedura legislativa ordinaria. Tuttavia, il ricorso a tale norma desta non poche perplessità, in quanto si tratta di una disposizione non solo subordinata a condizioni rigorose, ma anche inidonea, né tantomeno prevista, per colmare le lacune generate dalla regola dell'unanimità⁷². In aggiunta, elemento non trascurabile, relativo all'art. 116 TFUE, è di rappresentare una norma richiamata da molti, ma applicata da nessuno; altrimenti detto, si tratta di un "orizzonte", in un certo senso, inesplorato, non avendo l'art. 116 TFUE mai avuto applicazione.

Il voto a maggioranza qualificata potrebbe anche essere utilizzato per adottare misure mirate a contrastare le frodi e le attività illegali lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea ai sensi dell'art. 325 TFUE. Questa ultima norma, a tal uopo, legittima il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, ad adottare, in funzione di tutela degli Stati membri e della stessa Unione europea, le misure necessarie tese a prevenire e contrastare la frode che lede gli interessi finanziari europei. L'art. 325 TFUE potrebbe essere, ad esempio, impiegato quale strumento per neutralizzare le frodi nel settore dell'IVA, essendo tale tributo, sia in ottica fisiologica che strutturale, una risorsa propria dell'Unione europea.

6.3 (*Segue*): *le clausole cd. passerella*

Le clausole cd. passerella⁷³, secondo la Commissione europea, rappresentano la modalità più strutturata e pratica per passare dalla regola

⁷² Così COM(2019) 8 definitivo, *Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE*, cit., p. 11.

⁷³ Sulla tematica si veda, senza alcuna pretesa di esaustività, R. BÖTTNER, *The Treaty Amendment Procedures and the Relationship between Article 31(3) TEU and the General Bridging Clause of Article 48(7) TEU*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, XII, p. 499 ss.

dell'unanimità a quella della maggioranza qualificata, tenuto anche conto che trattasi di clausole appositamente previste dai Trattati.

L'art. 48, par. 7, TUE racchiude una clausola passerella di carattere generale che consente al Consiglio di adottare misure nel settore fiscale con il voto a maggioranza qualificata ovvero attraverso la procedura legislativa ordinaria.

La clausola passerella può essere attivata su impulso del Consiglio europeo, nelle ipotesi in cui il TFUE o il TUE prevedano che il Consiglio deliberi all'unanimità in un settore o in un caso determinato. Il Consiglio europeo deve prendere l'iniziativa, indicando l'ambito di applicazione della modifica prevista nel processo decisionale, e darne, in seguito, notifica ai Parlamenti nazionali. Questi ultimi non solo devono essere obbligatoriamente interpellati, ma agli stessi è, altresì, riconosciuto un potere di opposizione⁷⁴. Tuttavia, qualora nessun Parlamento nazionale si opponga entro sei mesi, il Consiglio europeo può adottare tale decisione all'unanimità, previo *placet* del Parlamento europeo.

A livello sostanziale, la clausola passerella offre la possibilità di introdurre la regola deliberativa della maggioranza qualificata, ma, pur sempre, nell'ambito della procedura legislativa speciale e nella misura in cui tanto i Parlamenti nazionali quanto il Parlamento europeo non si oppongano. Altra clausola passerella è fornita dall'art. 192, par. 2, TFUE e riguarda le misure nel settore ambientale che, allo stato attuale, sono sottoposte alla regola dell'unanimità, comprese le disposizioni con incidenza fiscale. Dal tenore di questa norma, cui mai è stato fatto ricorso in precedenza, si evince che sarebbe ipotizzabile il passaggio alla procedura legislativa ordinaria per l'adozione di misure fiscali, relative al settore ambientale, qualora il Consiglio decida all'unanimità in tal senso, su proposta della

⁷⁴ Sul punto, interessante è la ricostruzione effettuata da D. CENSI, *Un sistema fiscale europeo: non una questione di se, ma di come e quando*, in *Novità fiscali (SUPSI)*, 2019, 359 e 360, il quale ha affermato che le Supreme Corti degli Stati membri hanno reso imprescindibile l'interpello dei rispettivi parlamenti nazionali per ogni decisione rilevante in ambito economico-finanziario a livello euro-unitario, al fine di difendere le prerogative di controllo che le costituzioni ed i Trattati europei sanciscono come rimanenti in capo agli Stati. Ad esempio, il Tribunale federale tedesco ha sancito l'obbligo in capo ai membri del Governo nazionale di informare e chiedere l'autorizzazione al Parlamento per ogni concessione di aiuto finanziario ad uno Stato membro; analogamente, il Tribunale costituzionale portoghese ha difeso il sistema complessivo di *welfare state* costruito sulla base della Costituzione lusitana.

Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

A titolo di completezza, si specifica che il Consiglio europeo adotta ogni decisione, a tal riguardo, all'unanimità, in quanto le clausole passerella sono state incluse nei Trattati europei all'unanimità e soltanto una decisione all'unanimità è in grado di determinarne l'attivazione⁷⁵.

7. L'approccio consigliato dalla Commissione europea

Nella comunicazione del 2019, la Commissione suggerisce di adottare un approccio graduale al fine di consentire agli Stati membri di adattarsi e contribuire al processo in maniera collettiva, evitando scontri e conflitti. La transizione potrebbe essere, teoricamente, suddivisa in quattro ipotetiche e differenti fasi, ognuna delle quali caratterizzata dal passaggio della regola deliberativa dell'unanimità a quella della maggioranza qualificata. Nella prima fase, la regola deliberativa della maggioranza qualificata dovrebbe essere utilizzata per misure non incidenti direttamente sui diritti, sulle basi imponibili o sulle aliquote di imposta degli Stati membri, bensì per la lotta alle frodi, all'evasione e all'elusione fiscale nonché per agevolare il rispetto degli obblighi fiscali delle imprese nel mercato unico. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle misure dirette a migliorare la cooperazione amministrativa e l'assistenza reciproca tra gli Stati membri negli specifici settori summenzionati ovvero alle iniziative degli Stati membri, intraprese a livello internazionale, per contrastare l'abuso o la pianificazione fiscale aggressiva (*e.g.*, le misure contenute nel Progetto BEPS).

Nella seconda fase si assisterebbe all'estensione della regola deliberativa della maggioranza qualificata alle misure di natura fiscale predisposte allo scopo di sostenere altri obiettivi politici (*e.g.*, si pensi alle misure per la lotta contro i cambiamenti climatici, la tutela dell'ambiente, il miglioramento della salute pubblica, la politica dei trasporti o la politica energetica). Doverosa è, tuttavia, la precisazione che, mentre nel settore ambientale sarebbe opportuno fare ricorso all'art. 192, par. 2, TFUE, per

⁷⁵ Sul punto, COM(2019) 8 definitivo, *Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE*, cit., p. 12.

tutti gli altri settori si applicherebbe la clausola passerella generale, di cui all'art. 48, par. 7, TUE.

La terza fase si connoterebbe per essere il momento in cui l'attenzione verrebbe spostata al settore fiscale già oggetto di armonizzazione e, quindi, all'IVA e alle accise. In tale ambito, l'instaurazione di un processo decisionale, fondato sulla regola deliberativa della maggioranza qualificata, avrebbe il pregio di consentire il raggiungimento di decisioni in maniera più rapida e, dunque, di stare al «passo» con i recenti sviluppi tecnologici e i cambiamenti del mercato. Si pensi, ad esempio, che sarebbe magari opportuno ripensare al sistema IVA, ormai obsoleto ed eccessivamente gravoso per le imprese rispetto all'attuale realtà economica ed imprenditoriale, al fine di creare un regime IVA definitivo, sostenibile ed a prova di frode.

Nella quarta ed ultima fase, la regola deliberativa della maggioranza qualificata verrebbe estesa alle ulteriori iniziative intraprese in ambito tributario, necessarie tanto per il mercato unico quanto per la previsione di un sistema caratterizzato da un'imposizione fiscale equa e competitiva nel contesto europeo. Tala regola consentirebbe di porre fine all'attuale situazione di stallo, offrendo certezza e stabilità alle imprese localizzate in Europa nonché, al contempo, contribuendo a conferire sia solidità al mercato unico che equità ai sistemi fiscali nazionali (e.g., l'introduzione della CCTB e della CCCTB nonché una soluzione al problema relativo alla tassazione dell'economia digitale).

Si segnala che i Parlamenti nazionali, in ragione dell'importante ruolo dagli stessi rivestiti in tale processo, sono stati prontamente informati della comunicazione della Commissione europea, resa in data 15 gennaio 2019, al fine di approvare il calendario illustrato, decidere rapidamente di ricorrere alla clausola passerella generale per le prime due fasi, considerate meno controverse, e, infine, prendere in considerazione il ricorso alla clausola passerella per le ultime due fasi⁷⁶.

⁷⁶ Rispetto all'Italia, Senato della Repubblica Italiana, *Comunicazione: "Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE"* (COM(2019) 8), in *Note su atti dell'Unione europea (Servizio studi del Senato)*, n. 18, Roma, 30 gennaio 2019, p. 5.

8. *L'ultima posizione della Commissione europea: il Tax Package del 15 luglio 2020*

La Commissione europea ha pubblicato, in data 15 luglio 2020, una comunicazione rivolta al Consiglio e al Parlamento europeo dal titolo «*An Action Plan for fair and simple taxation supporting the recovery strategy*» (di seguito, il *Tax Package*).

La Commissione, anche in ragione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 che ha gravemente perturbato le economie degli Stati membri, ha rinnovato l'intenzione di attuare un piano di azione, soprattutto in materia fiscale, per dare luogo ad un vigoroso processo di riforma al fine di approvare i molti progetti rimasti incompiuti. Trattasi di un ambizioso obiettivo che può essere raggiunto nella misura in cui sia esistente un processo decisionale più rapido ed efficiente a livello unionale, magari fondato sulla regola della maggioranza qualificata.

Nella citata comunicazione, sembra opportuno precisare che la Commissione ha individuato anche ulteriori scopi da perseguire per realizzare in modo compiuto il *Tax Package*⁷⁷:

- a) la creazione di un sistema caratterizzato da un'imposizione equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa nonché la previsione di una serie di iniziative future nel settore della fiscalità diretta ed indiretta;
- b) una proposta legislativa per la revisione della direttiva 2011/16/UE (cd. direttiva sulla cooperazione amministrativa), la quale sarebbe funzionale, da un lato, ad introdurre uno scambio automatico di informazioni tra le Autorità fiscali degli Stati membri sui redditi/ricavi generati dai venditori sulle piattaforme digitali e, dall'altro, a rafforzare la cooperazione amministrativa, chiarendo, inoltre, la portata delle norme già esistenti;
- c) una comunicazione sulla buona *governance* fiscale nell'Unione europea per esaminare i progressi compiuti e con l'intento di migliorare la *governance* fiscale stessa sia all'interno che all'esterno della medesima Unione europea⁷⁸. In particolare, si renderebbe necessario:

⁷⁷ Cfr. COM(2020) 312 definitivo, *Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa*, Bruxelles, 15 luglio 2020, p. 3 ss.

⁷⁸ Si rileva che il documento ufficiale in materia di buona *governance* fiscale, sia all'interno che all'esterno dell'Unione europea, è stato pubblicato sempre in data 15 luglio 2020; cfr.

riformare il codice di condotta in materia di imposizione delle imprese; riesaminare l'elenco europeo degli Stati non cooperativi a fini fiscali; migliorare gli atti per rafforzare la buona *governance* fiscale in relazione ai fondi europei; rafforzare le misure di difesa coordinate da parte degli Stati membri e, infine, sostenere gli Stati *partner* in via di sviluppo affinché possano rafforzare la buona *governance* fiscale.

9. *Considerazioni conclusive*

Il lungo e graduale processo di integrazione europea ha dovuto scontrarsi, in modo più o meno marcato, con il delicato aspetto della preservazione della sovranità nazionale degli Stati membri. È indubbio che la potestà tributaria sia espressione della sovranità degli Stati membri, in quanto il potere impositivo è uno dei maggiori poteri pubblicistici di cui lo Stato dispone e si avvale per la propria sopravvivenza, esercitabile solo in presenza di un effettivo potere di governo sul territorio⁷⁹.

Il discorso compiuto deve confrontarsi anche con le obiezioni, in larga parte condivisibili, di un asserito *deficit* democratico in seno alla stessa Unione europea e si tratta di considerazioni di non poco conto in una materia, quale è quella tributaria, soggetta, generalmente, al principio della riserva di legge. Il principio “*no taxation without representation*” non è un semplice *slogan* per rammentare l'evoluzione e gli sviluppi del diritto all'autoimposizione. Al contrario, non mi sembra banale ricordare che trattasi di un principio cardine del diritto tributario, il quale ha consentito, in passato, alla popolazione di ribadire i propri diritti e

COM(2020) 313 definitivo, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla buona governance fiscale nell'UE e oltre*, Bruxelles, 15 luglio 2020.

⁷⁹ La potestà impositiva è espressione della sovranità dello Stato, che andrebbe intesa come la capacità giuridica di esercitare la potestà di governo e, quindi, di porsi come titolare di situazioni giuridiche attive. La potestà di governo si esercita tramite l'emanazione di norme giuridiche, che regolano determinati rapporti e trovano applicazione all'interno del territorio dello Stato stesso. Sul punto, precisa B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 202, che la «norma attribuisce ad ogni Stato il diritto di esercitare in modo esclusivo il potere di governo sulla sua comunità territoriale, cioè sugli individui (e sui loro beni) che si trovano nell'ambito del territorio. Correlativamente ogni Stato ha l'obbligo di non esercitare in territorio altrui (e senza il consenso del sovrano locale) il proprio potere di governo, ossia di non svolgersi con i propri organi azioni di natura coercitiva o comunque suscettibili di essere coercitivamente attuate. In ogni caso la violazione della sovranità territoriale si ha solo se vi è presenza fisica e non autorizzata dell'organo straniero nel territorio».

rivendicare la rappresentanza dei propri interessi in materia fiscale e che, perciò, non può essere disatteso in qualsivoglia sistema giuridico che intenda definirsi rispondente a criteri di democraticità.

La storia, specie quella europea, insegna che il compromesso può rappresentare una soluzione o una valida alternativa alla soluzione auspicata nella misura in cui non si traduca in un abuso. La trasformazione della regola dell'unanimità, come evidenziato dalla Commissione europea nella comunicazione del 15 gennaio 2019, in un "moneta" di scambio da parte di alcuni Stati membri dovrebbe essere il principale elemento di riflessione rispetto ad una regola che ha mostrato e sta mostrando tutti i propri limiti ed inefficienze.

Il secondo elemento di riflessione, mi pare, debba essere incentrato sui progetti di riforma rimasti inattuati e che, al contrario, se entrati in vigore, avrebbero determinato un ammodernamento degli ordinamenti tributari degli Stati membri. Analogamente, considerazioni positive non possono essere rivolte ad un sistema che tende al raggiungimento dell'equa e giusta imposizione nonché della buona *governance* fiscale, ma che, al tempo stesso, mantiene inerte una situazione di "convivenza" difficile in cui coesistono Stati a fiscalità ordinaria e Stati, in buona sostanza, a fiscalità privilegiata.

Un accordo sulla CCTB e sulla CCCTB consentirebbe di garantire la tassazione delle imprese societarie nel luogo di realizzazione dei profitti da cui seguirebbero notevoli effetti positivi: da un lato, si riuscirebbe a creare in Europa un regime fiscale sulle società unico, chiaro ed equo e, dall'altro, verrebbero ridotti fenomeni evasivi o elusivi, ormai di dimensione esorbitante. Sicché, in tale modo, si riuscirebbero a contrastare tutte quelle situazioni, espressione di condotte dei contribuenti, caratterizzate da una, probabilmente, fin troppo agevole sottrazione al prelievo fiscale mediante un "travestimento" del presupposto di imposta ovvero un occultamento *tout court* del presupposto medesimo.

Non mi sembra di esagerare nell'affermare che il problema della tassazione dell'economia digitale potrebbe essere annoverato tra le molteplici piaghe di una società globalizzata attiva in molti ambiti, come quello tecnologico, e ancor più attiva nel mantenere in essere situazioni di «inazione» nell'individuazione e/o nell'adozione degli strumenti giuridici in grado di risolverla.

La mancata tassazione dell'economia digitale viola i principi cardine dello Stato di diritto quali, per citarne solo alcuni, il principio di uguaglianza e, di riflesso, il principio di capacità contributiva. Mantenere questa situazione equivale, di fatto, ad affermare che “chi più ha” (*i.e.*, le grandi multinazionali del *web*) continui ad avere o incrementare ciò che possiede senza contribuzione alle pubbliche spese, mentre “chi meno ha” non può che avere il giorno seguente ancora di meno di ciò che possedeva il giorno precedente in ragione della contribuzione alle pubbliche spese. Ciò non solo viola la giustizia fiscale, ma è un qualcosa di inaccettabile nel “sistema” dei valori umani.

Una simile situazione, oltre a non essere rispondente ai canoni equitativi e sociali cui dovrebbe tendere la tassazione, rischia seriamente di minacciare il “contratto sociale” tra gli Stati membri ed i cittadini-contribuenti, rendendo necessaria l'adozione di misure sovranazionali per fronteggiare in modo effettivo i fenomeni derivanti, talvolta, dalla pianificazione fiscale aggressiva o, altre volte, dal mancato raggiungimento dell'unanimità in sede decisionale per la ferma opposizione di alcuni Stati membri.

Rispetto alla prospettiva dell'economia digitale, l'Italia si sta muovendo nella giusta direzione, mantenendosi al passo con gli sviluppi nel contesto internazionale, infatti si è assistito, per un verso, all'introduzione della nozione di stabile organizzazione digitale e, per l'altro, alla previsione di una *web tax*, definita, a seguito dell'ultima novella legislativa, imposta sui servizi digitali (e non dissimile, a livello sostanziale, da quella proposta in Europa)⁸⁰. Apprezzabile l'attivismo dell'Italia, ma il problema resta: serve una risposta condivisa e comune per gli Stati membri, cioè serve una risposta europea.

⁸⁰ Tale tributo, introdotto con la legge 30 dicembre 2018, n. 145 (cd. legge di bilancio 2019), non è mai entrato in vigore, a causa della mancata approvazione del decreto attuativo, e la relativa disciplina è stata rivisitata dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160 (cd. legge di bilancio 2020). L'imposta sui servizi digitali, a regime a decorrere dal periodo di imposta in corso al 1° gennaio 2021, richiede sempre, ai fini attuativi, un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, la cui bozza è stata sottoposta ad una fase di consultazione pubblica con possibilità di inviare proposte di modifica o integrazione all'Amministrazione finanziaria entro la data del 31 dicembre 2020.

Come già segnalato dall'OCSE⁸¹, le misure unilaterali dei singoli Stati membri prive di coordinamento rimangono fini a se stesse con il rischio di acuire la già sussistente frammentazione; il coordinamento si rende, altresì, auspicabile rispetto all'interazione con gli Stati terzi. Si pensi, ad esempio, agli Stati Uniti di America che, tramite la riforma fiscale del 2017 (cd. *Tax Cuts and Jobs Act*), hanno introdotto l'istituto del *Global Intangible Low Tax Income* (GILTI) che si pone quale estensione accessoria del regime *Controlled Foreign Companies* (CFC), attraendo per trasparenza, in base ad un apposito meccanismo, l'extra-profitto delle società controllate estere derivanti da beni immateriali negli *States*. Ne emerge, una situazione delicata dai contorni incerti ed evanescenti secondo alcuni a rischio doppia imposizione internazionale, mentre secondo altri rientrante nella copertura offerta dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni. Chi ritiene che la *web tax* abbia natura di imposta indiretta configurerebbe come altamente probabile il rischio del verificarsi di doppie imposizioni per la tassazione dapprima in Italia e in seguito in America senza che la stessa possa essere scongiurata dalla Convenzione contro le doppie imposizioni (per non essere la *web tax* un'imposta sul reddito ovvero un'imposta identica o analoga) con conseguente pregiudizio al commercio internazionale nel settore del digitale. Diversamente, chi ritiene si tratti di una peculiare imposta (in)diretta per essere la stessa prelevata sui ricavi lordi, pur avendo un presupposto individuato nella ricchezza creata dalle imprese digitali, facendone valere la natura "ibrida" tesa ad intercettare anche il reddito prodotto, potrebbe, sebbene con difficoltà, far rientrare tale tributo nel perimetro applicativo della Convenzione contro le doppie imposizioni in qualità di imposta di natura identica o analoga a quelle ivi incluse⁸².

⁸¹ Gli estensori dell'Action 1 del Progetto BEPS hanno consigliato agli Stati di recepire, preliminarmente, i contenuti delle altre *Actions* e, solo in seguito, quelli sull'economia digitale, auspicando un coordinamento a livello internazionale per evitare il protrarsi dell'attuale frammentazione. Cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1, Final Report*, Parigi, 2015.

⁸² Sulla natura "ibrida" dell'ISD o della *web tax*, ASSONIME, *Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento OCSE, USA e UE a confronto*, circolare 1° agosto 2018, n. 19, p. 89, la quale sostiene che «l'ISD è, in verità, un'imposta indiretta del tutto particolare perché è prelevata sui ricavi lordi ma il suo presupposto è la ricchezza creata a vantaggio delle imprese digitali dagli utilizzatori presenti nel territorio dell'UE, mentre i ricavi che queste imprese ottengono in que-

Tanto premesso, la proposta della Commissione europea di introdurre la regola della maggioranza qualificata non solo è condivisibile, ma, anzi, è auspicabile.

La regola della maggioranza qualificata, pur non attribuendo al singolo Stato membro un potere analogo a quello conferito dalla regola dell'unanimità, mi pare risponda maggiormente ai canoni democratici anche per consentire la stessa un conseguente adeguamento degli assetti decisionali nel caso in cui subentrino nuovi Stati membri. In base a tale regola, difatti, i voti di ciascuno Stato membro non hanno lo stesso peso e le votazioni si fondano su un peculiare sistema deliberativo che attribuisce un valore differente ad ogni Stato membro, tenuto conto sia di un *quorum* numerico minimo che di un *quorum* demografico minimo. La previsione di un *quorum* numerico minimo, fondato, a sua volta, su due parametri obbligatori (*i.e.*, il voto favorevole di almeno il 55 per cento dei membri del Consiglio con un minimo di 15 rappresentanti degli Stati membri), garantisce il rispetto di un doppio “sbarramento” necessario ai fini dell'adozione dell'atto e, nel contempo, conferisce democraticità. L'essenza di democrazia si riscontra in una semplice considerazione: in generale, la regola della maggioranza non rende possibile né la “misura dell'utilità” né l'istituzione di rapporti “interpersonali” di utilità, in quanto si tratta di una «regola che non pesa e non compara le preferenze, ma le conta»⁸³.

sto ambito territoriale sono una mera *proxy*, espressiva del valore apportato dagli utilizzatori di qualsiasi giurisdizione UE. Come tale, l'ISD sembra determinare – naturalmente, sotto un profilo economico e non giuridico – effetti che si approssimano a quelli che deriverebbero dall'introduzione di un'imposta netta sui profitti, pur essendo commisurata al prezzo di fornitura dei servizi». Sulla stessa scia, M. DI SIENA, L. LONGOBARDI, T. VENTRELLA, *Profili identificativi della stabile organizzazione digitale*, in T. DI TANNO, F. MARCHETTI (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale*, in *Position Paper*, Fondazione Bruno Visentini, 2019, p. 51. Sulla natura di imposta diretta dell'ISD o della *web tax*, F. TELCH, *OCSE, USA e UE a confronto sulla fiscalità diretta dei gruppi di imprese*, in *Prat. fisc. prof.*, 2018, p. 31 ss., il quale, riferendosi all'ISD europea, ha affermato che trattasi di un'imposta diretta sui ricavi che trova applicazione solo per specifiche tipologie di servizi digitali forniti da remoto»; tuttavia, la medesima conclusione potrebbe essere estesa anche rispetto all'ISD nazionale per essere la stessa, in base all'ultima novella legislativa, sostanzialmente identica a quella proposta in ambito europeo. *Contra*, sulla natura di imposta indiretta dell'ISD o della *web tax*, A. PERRONE, *Il percorso (incerto) della c.d. web tax italiana tra modelli internazionali ed europolitani di tassazione della digital economy*, in *Riv. dir. trib.*, supplemento on-line, 2019, p. 1 ss.

⁸³ In questi termini, R. D'ALMONTE, *Regola di maggioranza, stabilità e equidistribuzione*, in *Riv. ita. scien. pol.*, 1974, IV, p. 66. Sulla democrazia e sovranità, N. PICCAROLO, *Un termine molto usato ed un concetto poco conosciuto: la sovranità*, in *Riv. stud. pol. inter.*, 1957, XXIV, p. 151 ss.

Tuttavia, è bene rammentare che, in tale caso, la regola non è della maggioranza semplice, bensì della maggioranza qualificata. Pertanto, questo “correttivo” consente di tenere conto del “peso” del singolo Stato membro, che viene, adeguatamente, valorizzato in sede deliberativa in base ai due citati *quorum*. La previsione di questi ultimi, tra l’altro, sembra essere del tutto fisiologica in un assetto, quale quello europeo, che si pone a metà strada fra una stringente cooperazione tra Stati sovrani *superiorem non recognoscentes* con cessione di sovranità a favore di un’organizzazione internazionale *sui generis* e uno Stato federale vero e proprio⁸⁴.

D’altro canto, la stessa previsione di un *quorum* demografico minimo valorizza un elemento non trascurabile né indifferente individuato proprio nella popolazione di ciascuno Stato membro. Si consideri, peraltro, che il *quorum* demografico minimo è, contestualmente, controbilanciato dal meccanismo della minoranza di blocco con la conseguenza che il mancato raggiungimento del predetto *quorum* non diverrebbe ostativo, in sé per sé, all’adozione dell’atto laddove la minoranza sia costituita da un numero non superiore a tre Stati membri.

Non mi sembra, al contrario di quanto sostenuto da qualche commentatore, che il passaggio alla regola della maggioranza qualificata equivalga ad una rinuncia (o ad un rischio anche solo potenziale di rinuncia) della sovranità nazionale degli Stati membri e, quindi, ad un conseguente depauperamento delle prerogative nazionali degli stessi Stati membri in materia fiscale. Ritengo, piuttosto, si tratti, questo, di una sorta di timore “reverenziale” verso l’Unione europea e, per giunta, del tutto infondato. Sul punto, penso sia opportuno fare chiarezza: la modifica atterrebbe, per ora e in base alla *roadmap* della Commissione europea, al solo sistema di votazione con passaggio dalla regola dell’unanimità alla regola della maggioranza qualificata sulla base di procedure alternative a quelle tradizionali, ma già previste dai Trattati europei. Restano dunque, fermi i principi di natura sostanziale sanciti dagli artt. 113 e 115 TFUE che riconoscono, rispettivamente, per la fiscalità indiretta l’armonizzazione a livello europeo e per la fiscalità diretta un mero coordinamento fra le legislazioni degli Stati membri.

⁸⁴ In analogia si veda anche A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 43.

Ma vi è di più: nelle clausole passerella, che sembra siano, almeno temporaneamente, la migliore soluzione praticabile secondo la Commissione europea, l'attribuzione può riguardare un singolo atto ovvero un intero settore. Non ravviso, quindi, alcuna ulteriore cessione di sovranità da parte degli Stati membri che rimarrebbero liberi nel limitare l'attribuzione a singoli atti ovvero all'intero settore; allo stesso modo, un eventuale Stato membro contrario all'adozione di un determinato atto potrebbe fare "fronte comune" per costituire la minoranza di blocco (di numero non certo elevato). Nel complesso, mi pare che lo strumento della clausole passerella possa rappresentare una soluzione praticabile per una serie di problemi ormai insostenibili.

In definitiva, la democrazia, come ogni altra cosa, ha un costo e, in tale caso, non mi sembra sia un costo così elevato rispetto ai benefici che ne possono concretamente derivare.

Blockchain e pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive

Manfredi Matassa

La tecnologia blockchain sta catturando sempre più l'attenzione degli operatori del settore tecnologico e delle istituzioni italiane ed europee. Le molteplici applicazioni di questa tecnologia, in una prima fase accostate esclusivamente al settore finanziario, sembrano oggi avere una portata sterminata: servizi pubblici, tutela della privacy, identità digitale, tracciamento delle filiere produttive sono soltanto alcuni degli ambiti compatibili con quella che sembra poter essere una nuova rivoluzione industriale. Solo di recente, però, esse sono state oggetto di studio nell'ambito del diritto pubblico, aprendo nuovi orizzonti che non possono essere più esclusi dal dibattito della scienza dell'amministrazione. Il presente lavoro, oltre a fornire una panoramica sul dibattito inerente al delicato rapporto tra tecnologie emergenti e regolamentazione, intende mettere in luce i possibili ambiti di applicazione che la blockchain potrebbe trovare nell'ambito della pubblica amministrazione.

1. Premessa

La tecnologia *blockchain* sta catturando sempre più l'attenzione degli operatori del settore tecnologico e delle istituzioni italiane ed europee. Si ritiene che questa tecnologia, descritta come «macchina della verità» o, ancora, come «protocollo di Dio»¹, stia per innescare una rivoluzione

¹ Entrambe le espressioni si leggono in M.J. CASEY, P. VIGNA, *La macchina della verità. La blockchain e il futuro di ogni cosa*, Milano, 2018. L'espressione "protocollo di Dio", un evidente richiamo all'opera del premio Nobel per la fisica Leon Lederman "The God Particle" che portò alla rivoluzionaria scoperta del bosone di Higgs, in realtà, ricorre già in N. SZABO, *The God Pro-*

digitale ancor più incisiva di quella avvenuta per mezzo dell'introduzione di internet nel 1993².

Le molteplici potenzialità della tecnologia *blockchain* sono state già esplo- rate con riguardo ad alcuni profili specifici³. Solo di recente, però, esse sono state oggetto di studio nell'ambito del diritto pubblico⁴, aprendo nuovi orizzonti che non possono essere più esclusi dal dibattito della scienza dell'amministrazione.

tocols, 1999, reperibile su <https://nakamotoinstitute.org> (visitato il 10 ottobre 2021) per definire una tecnologia precorritrice della *blockchain*.

² Il possibile impatto della *blockchain* sulla società è stato paragonato a quello del *personal computer* negli anni Settanta e a quello di internet a metà degli anni Novanta. Già nel 2013 alcune compagnie statunitensi hanno sottolineato che la tecnologia *blockchain* avrebbe potuto raggiungere livelli di diffusione paragonabili a quelli di internet. Così A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 12 marzo 2015, 2-3, reperibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (visitato il 10 ottobre 2021). Altri come A. BORG, *Prefazione*, in A. BASILE, *Blockchain la nuova rivoluzione industriale*, Palermo, 2019, si sono spinti a sostenere «che è ormai una certezza che il fenomeno *blockchain* e criptovalute avrà un impatto simile, se non maggiore, a quello esercitato da *web* e *smartphone* in pochi anni». In senso opposto, invece, si veda K. LAW, E. MIK, *Pause the blockchain legal revolution*, in *British Institute of International and Comparative Law*, 69, 2020, p. 135 secondo cui «*the promised blockchain legal revolution appears to be a damp, and regrettably widely distributed, squib*».

³ I primi studi hanno approfondito la *blockchain* in stretto legame con il *bitcoin* (e le criptovalute in generale). Tra questi si segnalano S. COPACCIOLI, *Criptovalute e Bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015; D. CAPOTI, E. COLACCHI, M. MAGGIONI, *Bitcoin Revolution, la moneta digitale alla conquista del mondo*, Milano, 2015; N. VARDI, «*Criptovalute*» e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei *Bitcoin*, in *Dir. inform.*, 3, 2015, p. 443; G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema*, in *Dir. inform.*, 3, 2015, p. 415.

⁴ Per una panoramica generale sull'argomento può rinviarsi a G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. ec.*, 3, 2019, p. 187 ss.; M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2, 2021, p. 117; P. RUBECHINI, *Blockchain e pubblica amministrazione italiana: i primi passi di un cammino ancora lungo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2021, p. 298 ss.; S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realtà giuridica*, in *Dir. inform.*, 4, 2020, p. 857. Fra i contributi che hanno affrontato l'argomento con un taglio più specifico possono vedersi G. D'ACQUISTO, *Blockchain e GDPR: verso un approccio basato sul rischio*, in *Federalismi.it*, 2, 2021, p. 53 ss.; M. FARINA, *Blockchain e tutela della salute: verso la riorganizzazione dei sistemi sanitari?*, in *Federalismi.it*, 21, 2020, p. 170; M. VERZARO, *La blockchain e il fabbisogno di personale nella pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2, 2021, p. 195 ss.; F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 79; G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell'automazione contrattuale. Note in tema di Smart Contracts*, in *Federalismi.it*, 20, p. 220, 142; G. GOMETZ, M. TAWA FOLARIN, *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion pratica*, 2, 2018, p. 317; M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned: una questione di fiducia*, in *Federalismi.it*, 2, 2021, p. 140 ss.

Sarebbe un errore, dunque, relegare l'approfondimento del tema dell'innovazione offerta dalla *blockchain* all'attenzione di informatici e appassionati. Infatti, ove questa tecnologia fosse (come sembra) realmente in grado di fornire una soluzione ad alcuni dei problemi più evidenti della pubblica amministrazione italiana, il ruolo attivo dello studioso del diritto amministrativo assumerebbe un'evidente rilevanza, anche perché l'elevato livello di complessità della tecnologia *blockchain* impone un coordinamento fra il mondo dell'informatica e quello del diritto⁵.

Sono trascorsi alcuni anni, ormai, da quando la dottrina più lungimirante ha cominciato ad avvertire che «*we stand at the edge of a new digital revolution*»⁶. Oggi la rivoluzione promessa è già in atto. La gara europea per la regolamentazione della *blockchain* è iniziata e vede in prima fila Stati come Malta, la Svizzera, Singapore, Gibilterra, Estonia, Svezia e Norvegia. L'Unione europea, tra le prime istituzioni a investire sugli sviluppi della nuova tecnologia⁷, ha creato già un osservatorio⁸ e una *partnership* tra Stati con l'obiettivo di creare un'infrastruttura europea di servizi *blockchain*⁹.

⁵ Ciò è essenziale per scongiurare una situazione simile a quella prospettata da K. LAW, E. MIK, *Pause the blockchain legal revolution*, cit., 136 in cui «*many lawyers do not understand the core technical terms in the blockchain narrative and incorrectly assume that they map directly onto similar legal terms. Concurrently, many technologists make false assumption about how legal rules work and thus imagine legal systems ripe for disruption*».

⁶ Queste le parole iniziali del saggio di A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, cit., p. 1.

⁷ In un primo momento il fenomeno della *blockchain* è stato affrontato a livello unionale solo trasversalmente con la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 sulle valute virtuali, 2016/2007 INI, reperibile su www.europarl.europa.eu. Tuttavia, dopo aver compreso le opportunità offerte dalla tecnologia a seguito dell'analisi approfondita compiuta dal Servizio Ricerca del Parlamento Europeo (ERPS), *Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita*, febbraio 2017, reperibile su www.europarl.europa.eu, il legislatore europeo ha adottato la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*: creare fiducia attraverso la disintermediazione, 2017/2772 (RSP) reperibile su www.europarl.europa.eu.

⁸ Il 1° febbraio 2018 la Commissione europea ha istituito *UE Blockchain Observatory & Forum* con l'obiettivo di consolidare la posizione dell'Europa come *leader* nello sviluppo di un ecosistema fondato su *blockchain*. L'osservatorio ha redatto numerosi report sui temi centrali che verranno affrontati durante la trattazione, per un maggior approfondimento si rinvia a www.eublockchainforum.eu (visitato il 10 ottobre 2021).

⁹ La *European Blockchain Partnership* (EBP) è un'iniziativa che ricomprende tutti gli Stati membri dell'UE e membri dello Spazio economico europeo (Norvegia e Lichtenstein) realizza-

Nell'aprire a un modello amministrativo di tale portata innovativa – vista anche (e soprattutto) l'occasione offerta dal piano del PNRR – l'Italia non solo avrebbe davanti a sé la possibilità di risolvere alcuni dei problemi strutturali della sua amministrazione, ma potrebbe approfittare della possibilità di compiere in un ruolo da protagonista un significativo passo su un percorso orientato verso il futuro.

2. Blockchain: *origine, funzionamento e caratteristiche*

L'origine della tecnologia *blockchain* è tradizionalmente riconnessa a un *paper* dal titolo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*¹⁰, pubblicato sotto lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto¹¹ il 31 ottobre 2008. Semplificando al massimo può dirsi che la *blockchain* nasce come registro digitale distribuito¹² a supporto del *bitcoin*. Questa tecnologia, tuttavia, dopo aver inizialmente catturato l'esclusiva attenzione degli operatori del mondo della finanza, da lì a qualche anno sarebbe stata considerata «il futuro di ogni cosa»¹³.

ta con l'obiettivo di valorizzare il potenziale dei servizi basati su *blockchain* a beneficio dei cittadini, della società e dell'economia. Come parte di questo impegno, tale partenariato fra Stati si sta impegnando a costruire un'infrastruttura europea di servizi *blockchain* (EBSI) con l'intento di fornire servizi pubblici transfrontalieri a livello dell'UE caratterizzati dai massimi livelli di sicurezza e *privacy*. Per un maggiore approfondimento del tema si rimanda a quanto può leggersi sul sito <https://ec.europa.eu>.

¹⁰ S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, reperibile su <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (visitato il 10 ottobre 2021).

¹¹ La reale identità di Satoshi Nakamoto, nonostante numerose speculazioni al riguardo, rimane a oggi sconosciuta. Per un maggiore approfondimento sulla questione si rimanda a A. O'HAGAN, *The Satoshi Affair*, in *London Review of Books*, XXXVIII, 13, 2016.

¹² La *blockchain* può definirsi come la forma più avanzata di registro distribuito (*Distributed Ledger Technology* o DLT) e si pone dunque come *species* all'interno del *genus* di questi ultimi. Per uno studio specifico sulla tecnologia DLT si rimanda a R. MAULL, P. GODSIF, C. MULLIGAN, A. BROWN, B. KEWELL, *Distributed ledger technology: Applications and implications*, in *Strategic Changes*, 26, 2017, p. 481. Più in generale, sul concetto di "centralizzazione" e "decentralizzazione" si rimanda a Y. BENKLER, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, Yale University Press, 2006, p. 62 secondo cui «*centralization is a particular response to the problem of how to make the behavior of many individual agents cohere into an effective pattern or achieve an effective result. (...) Decentralization describes conditions under which the actions of many agents cohere and are effective despite the fact that they do not rely on reducing the number of people whose will counts to direct effective action*».

¹³ Il riferimento è a M.J. CASEY, P. VIGNA, *La macchina della verità. La blockchain e il futuro di ogni cosa*, cit.

Individuare una definizione di *blockchain* non è un compito facile, in quanto non ne esiste una comunemente accettata né vi è un accordo sugli elementi minimi necessari per qualificare una tecnologia come tale¹⁴. Prima di procedere nel tentativo di spiegare il funzionamento, in ogni caso, sembra opportuno soffermarsi sulle circostanze che ne hanno determinato la creazione.

2.1 *L'origine della tecnologia: dal movimento Cypherpunk alle criptovalute*

La proposta di Nakamoto nasce nel solco di un'ideologia ben radicata. Già negli anni Ottanta del secolo scorso alcune delle menti più brillanti della matematica avevano avvertito l'esigenza di trovare un sistema che potesse permettere di raggiungere un consenso comune in assenza di un centro di raccolta delle informazioni¹⁵.

La necessità di trovare un sistema in grado di coordinare attività individuali senza un corpo centrale volto a proteggere i dati dalle possibili manipolazioni venne recepita da una rete di attivisti nota come movimento *Cypherpunk*. Tale movimento riteneva che solo una moneta elettronica anonima e funzionante su tecnologie crittografiche avrebbe permesso di realizzare sistemi di messaggistica sicuri, contratti digitali e sistemi di identità digitale rispettosi della *privacy*¹⁶.

Le ideologie poste alla base del movimento *Cypherpunk*, poi racchiuse da Eric Hughes nel «*Cypherpunk Manifesto*»¹⁷, presero vita nel 1994 con DigiCash, un sistema di pagamento virtuale creato dal matematico David Chaum per scambiare denaro in modo affidabile su internet in assenza di

¹⁴ Per una riflessione più ampia sul corretto utilizzo del termine "*blockchain*" si rinvia a A. WALCH, *The Path of the Blockchain Lexicon (and the law)*, in *Review of Banking and Financial Law*, 36, 2016, p. 713.

¹⁵ La questione, prima ancora dell'avvento di internet, era conosciuta in campo informatico come "il problema dei generali bizantini". Per un maggiore approfondimento si rinvia a L. LAMPERT, R. SHOSTAK, M. PEASE, *The Byzantine Generals Problem*, in *ACM Transactions on Programming Languages and Systems*, 4, 1982, p. 382.

¹⁶ Per meglio comprendere il contesto culturale che a posto le basi per lo sviluppo del movimento *Cypherpunk* si veda P. VIGNA, M.J. CASEY, *The age of cryptocurrency: how Bitcoin and digital money are challenging the global economic order*, New York, 2015, p. 40.

¹⁷ E. HUGHES, *A Cypherpunks Manifesto*, 9 marzo 1993, reperibile su <https://www.activism.net> (visitato il 10 ottobre 2021).

intermediari. Qualche anno dopo Nick Szabo, il collaboratore di Chaum che per primo offrì una definizione di *smart contract*¹⁸, pubblicò un breve scritto intitolato *The God Protocols*¹⁹ nel quale sviluppava alcuni dei concetti basilari poi ripresi da Nakamoto. Quest'ultimo, poi, descrivendo il funzionamento di *bitcoin* nel 2008, riuscì a superare gli ostacoli che fino a quel momento avevano impedito il corretto funzionamento di un sistema di pagamento decentralizzato. Così, il 3 gennaio 2009, venne creato il blocco iniziale della *blockchain bitcoin* noto come *Genesis Block*²⁰.

2.2 Cenni sul funzionamento della tecnologia

Lo sconosciuto inventore del *bitcoin*, coniugando in modo innovativo tecnologie da tempo esistenti in campo informatico, è riuscito a scongiurare il rischio del *double spending*²¹ creando un registro visibile a tutti e al contempo immodificabile, capace di rendere superflua la presenza di intermediari per convalidare tutte le transazioni aventi per oggetto la moneta. Per comprendere il funzionamento della *blockchain* occorre dedicare alcuni cenni alle singole tecnologie di cui si compone²².

Anzitutto, la garanzia di integrità e paternità delle operazioni compiute all'interno del sistema sono garantite dall'utilizzo congiunto di due tecnologie: la cifratura a doppia chiave asimmetrica e le "impronte" di *hash*. Il primo, utilizzato in Italia per validare la firma digitale già dal 1997²³, permette di assicurare l'origine, la paternità e l'immodificabilità

¹⁸ N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, 1997, reperibile su <https://firstmonday.org/> (visitato il 10 ottobre 2021).

¹⁹ N. SZABO, *The God Protocols*, cit.

²⁰ Sul punto si rimanda a U.W. CHOHAN, *A History of Bitcoin*, 30 settembre 2017, 5, reperibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract/=3047875> (visitato il 10 ottobre 2021).

²¹ Con l'espressione "*double spending*" si fa riferimento al rischio di ripetuto utilizzo della stessa risorsa da parte di un partecipante al *network*. Tale problema, sostanzialmente inesistente in un sistema a gestione centralizzata, nel quale è sufficiente tenere traccia di ogni transazione in uno o più *database* non modificabili dalla rete, sembrava non risolvibile in un sistema distribuito fino all'introduzione della tecnologia *blockchain*.

²² Per una panoramica più approfondita delle varie tecnologie che compongono la *blockchain* si rimanda a F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Milano, 2018, p. 13 ss.

²³ La cifratura a doppia chiave asimmetrica, diffusa già nei primi anni Novanta del secolo scorso attraverso il *software Pretty Good Privacy* (PGP), è stata individuata dal legislatore italia-

di un messaggio attraverso il diverso utilizzo di una chiave di crittografia pubblica e una privata. L'impronta di *hash*²⁴ garantisce invece l'inalterabilità delle informazioni presenti nel registro permettendo di ricostruire in maniera cronologica la catena di blocchi²⁵.

Un secondo elemento attiene alla struttura della *blockchain*, la quale è distribuita su un network *peer-to-peer* (P2P), in cui i singoli utenti operano come nodi del sistema agendo contemporaneamente da fruitori (*client*) e da distributori (*server*) delle informazioni immesse. Ciò, in sostanza, consente a ogni utente della rete di prendere visione e di prelevare i dati conservati nella memoria di massa di ciascun gruppo, rendendo così di fatto privo di utilità un attacco informatico a un singolo nodo.

In ultimo, è stato ripreso il principio della *proof of work*, già teorizzato nel 2004 da Hal Finney, come meccanismo di creazione del consenso²⁶ sia per validare le transazioni sia per incentivare gli utenti a mettere a

no quale tecnologia alla base della firma digitale già nel d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513. Per una più attenta disamina dell'utilizzo della crittografia a doppia chiave asimmetrica si rimanda a A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008, p. 83 ss.

²⁴ Sul punto si richiama la puntuale definizione offerta da F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, cit., p. 13: «la funzione di *hash* consente di ridurre in maniera univoca in insieme di *bit* in una stringa alfanumerica, univocamente riconducibile al contenuto originario, fornendo una sorta di "impronta digitale". Mentre non è possibile risalire al contenuto originario della stringa al risultato della funzione, eventuali modifiche di tale contenuto possono essere rilevate in quanto l'applicazione della funzione sul nuovo contenuto porterà la creazione di una stringa diversa».

²⁵ La questione dell'immutabilità delle transazioni è molto dibattuta fra gli addetti al settore poiché esiste pur sempre il rischio di un attacco inflitto attraverso il controllo della maggior parte dei nodi (fenomeno noto come "*Sybil attack*" o "*51% Attack*"). È bene fare presente che un simile attacco, oltre a essere di difficile attuazione, sarebbe di dubbia convenienza economica dal momento che costerebbe diversi miliardi di euro in termini di energia computazionale utilizzata. Sulla questione si rimanda a S. SAYEED, H.M. GHISBERT, *Assessing blockchain consensus and security mechanism against the 51% attack*, in *Applied Sciences*, 9, 2019, p. 1778, reperibile su <https://www.mdpi.com/2076-3417/9/9/1788> (visitato il 10 ottobre 2021). Bisogna inoltre sottolineare che, come chiarito da M.J. CASEY, P. VIGNA, *La macchina della verità. La blockchain e il futuro di ogni cosa*, cit., p. 53, qualsiasi tentativo di attacco al sistema attuato attraverso la sola bruta forza di calcolo apparirebbe del tutto inutile. Un chiaro esempio è offerto dalla *blockchain Bitcoin*: elaborare le combinazioni numeriche che potrebbero essere generate dall'algoritmo (SHA-256) posto a protezione dei dati contenuti nella rete con la rete computazionale più potente al mondo – cosa già di per sé impossibile, dato che al momento è la stessa rete *Bitcoin* – richiederebbe un periodo di tempo molto superiore all'età stimata del nostro universo.

²⁶ Per una panoramica più completa dei vari meccanismi di creazione del consenso in una rete distribuita si rimanda al catalogo offerto da F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, cit., pp. 26-30.

disposizione risorse computazionali a beneficio della rete in modo da evitare possibili condotte fraudolente²⁷.

Queste tecnologie sono state utilizzate per creare un *database* digitale distribuito che viene aggiornato, gestito, controllato e coordinato non a livello centrale, ma in modo decentralizzato, da parte di tutti coloro che vi accedono. La *blockchain*, come suggerisce il nome, altro non è che un registro organizzato in blocchi collegati in modo da formare una catena sequenziale marcata temporalmente. Ogni blocco contiene una serie di informazioni inserite dai nodi che hanno accesso alla *chain* e sono validate dalla maggioranza degli apparecchi collegati allo stesso *network*. Tutti questi dati, una volta immagazzinati nel relativo blocco, vengono cristallizzati in modo definitivo, per cui la loro modifica è possibile soltanto attraverso una operazione inversa sempre validata dalla maggioranza degli utenti. Ciò rende altamente improbabile, se non impossibile, la manipolazione dei dati e la modifica da parte di terzi non autorizzati.

La principale e potenziale caratteristica offerta da questa tecnologia, come di recente evidenziato in un rapporto del Ministero dello sviluppo economico (MISE), «è quella di ridurre, in alcuni casi anche drasticamente, il costo della fiducia necessario al perfezionamento di una transazione, intesa come scambio informativo o di valore, garantendo al tempo stesso certezza della sua esecuzione»²⁸.

2.3 Tipologie di blockchain

Prima di confrontare le nozioni acquisite con il mondo del diritto pubblico si rende necessario fornire alcune nozioni di base sulle diverse

²⁷ Il meccanismo della *proof of work* richiede che determinati computer del *network* (generalmente identificati come “*miners*”) utilizzino la loro potenza computazionale per risolvere quesiti matematici e che gli altri, una volta risolto il quesito, verifichino che la soluzione non corrisponda a una transazione precedente. Per incentivare i *miners* a utilizzare la loro potenza computazionale a beneficio della rete è previsto un premio in criptovalute a beneficio dei nodi che hanno risolto il problema matematico. Per un maggiore approfondimento della questione si rimanda a J. BONNEAU, A. MILLER, J. CLARK, A. NARAYANAN, J. A. KROLL, E. W. FELTEN, *Research Perspectives and Challenges for Bitcoin and Cryptocurrencies*, in *IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2015, 104 reperibile su <https://ieeexplore.ieee.org/document/7163021> (visitato il 10 ottobre 2021).

²⁸ MISE, *Proposte per la Strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain. Sintesi per la consultazione pubblica*, 2019, p. 3.

tipologie di *blockchain*²⁹. Sebbene la questione verrà maggiormente approfondita nel prosieguo, occorre chiarire sin da subito che non tutte le tipologie possiedono le caratteristiche necessarie per poter dare un contributo significativo al raggiungimento degli obiettivi di efficienza e trasparenza che la pubblica amministrazione intende realizzare.

Le *blockchain* pure (*permissionless*) sono liberamente accessibili a chiunque voglia partecipare alla rete attraverso un meccanismo di consenso e sono prive di un'autorità centrale. Si tratta, cioè, di un modello sprovvisto di una figura proprietaria che non prevede alcuna barriera per l'accesso al *network*, ma anzi ne incentiva l'espansione tramite meccanismi di ricompensa per i suoi partecipanti.

Tali *blockchain* sono certamente idonee alla creazione di registri globali dall'elevato grado di affidabilità e sicurezza³⁰, ma non sono compatibili con la stessa natura della pubblica amministrazione³¹, dal momento che nascono con lo specifico obiettivo di eliminare la necessaria presenza di soggetti istituzionali all'interno di un *network*³². Sebbene tale argomento possa considerarsi già sufficiente per escludere qualsiasi futura applicazione di questa tipologia di sistema, va ricordato che il funzionamento di una *blockchain permissionless* postula la presenza di un meccanismo di acquisizione del consenso che richiede in genere un non indifferente utilizzo di energia computazionale. In sistemi come *bitcoin* tale costo

²⁹ Un'analisi più precisa sulla questione è offerta da M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned: una questione di fiducia*, cit., p. 140 ss.

³⁰ Il sistema *permissioned*, oltre alla più celebre *blockchain Bitcoin*, è anche utilizzato in numerose *blockchain* progettate per la gestione degli *Smart Contracts* quali ad esempio *Ethereum*, *Waves*, *EOS*, *Qtum*, *Cardano*.

³¹ Sulla compatibilità tra la natura della pubblica amministrazione e la *blockchain* si rimanda al contributo di S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realtà giuridica*, cit. p. 857 ss. in cui si è sottolineato come «l'applicazione dell'archetipo *blockchain* al settore pubblico porterebbe, di fatto, alla sostituzione della piattaforma alle amministrazioni intese come apparato (quindi nella loro dimensione soggettiva) e alle relative funzioni (stante l'inscindibile nesso tra organizzazione e attività amministrativa)».

³² Per questa ragione i due opposti movimenti di stampo marxista e anarco-capitalista hanno visto nella tecnologia *blockchain permissionless* la possibilità di realizzare modelli di politiche pubbliche ispirati alla "governance senza governo". Per una puntuale ricostruzione sulla questione si rimanda a M. ATZORI, *Tecnologia blockchain e governance decentralizzata, lo Stato è ancora necessario?*, 1° dicembre 2015, reperibile su <http://ssrn.com/abstract=2709713> (vissuto il 10 ottobre 2021).

non costituisce un problema, poiché viene suddiviso tra i partecipanti (poi ricompensati con un premio in criptovalute), ma nel caso di una *blockchain* della pubblica amministrazione graverebbe sull'erario in assenza di qualsiasi strumento di compensazione.

Le tipologie di *blockchain* che sarebbero invece compatibili con il settore pubblico sono quelle di tipo privato (*permissioned*) o ibrido. Le prime non sono accessibili pubblicamente e prevedono che le autorizzazioni di scrittura e di lettura vengano gestite da uno o più soggetti selezionati (*master nodes*), mentre quelle ibride combinano le caratteristiche delle *blockchain permissionless* o *permissioned* a seconda delle esigenze. In passato l'utilizzo di tali tipologie è stato ritenuto poco efficiente e spesso posto in secondo piano rispetto ai sistemi tradizionali già disponibili, ma i dubbi sollevati appaiono facilmente risolvibili. La preoccupazione più fondata è riferita alla sicurezza del *network*, poiché l'assenza di meccanismi di validazione del consenso (*Proof of Work*, *Proof of Stake*, etc.) impone di affidare il sistema ad amministratori che potrebbero prendere il controllo dell'intera catena causando danni irreparabili.

Tale circostanza, tuttavia, non può considerarsi un ostacolo insuperabile. Alcuni studi, infatti, hanno individuato già misure specifiche in grado di risolvere il problema con assoluta sicurezza³³. In quest'ottica l'utilizzo di *blockchain* private o ibride potrebbe garantire un grado di affidabilità e trasparenza sicuramente migliore rispetto a quello offerto dai sistemi tradizionali senza però comportare gli eccessivi costi richiesti dal funzionamento dei meccanismi di validazione del consenso.

Una volta chiarita l'affinità della *blockchain* con gli obiettivi di efficienza perseguiti dal settore pubblico, è possibile offrire una panoramica sugli ostacoli che sarà necessario superare per la sua regolazione.

³³ Si rimanda allo studio di M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned: una questione di fiducia*, cit., p. 148 che ha identificato una serie di specifiche caratteristiche che potrebbero conferire alle *blockchain* private gli stessi vantaggi delle *blockchain* pubbliche evitando al contempo i rischi di sicurezza del sistema (per esempio la presenza di un contratto chiaro per determinare obblighi e diritti dei partecipanti, tempi rapidi per la validazione delle transazione e utilizzo di un programma *explorer*).

3. *Il difficile equilibrio tra diritto e nuove tecnologie*

L'impatto economico e sociale della *blockchain* e delle altre tecnologie emergenti (IoT, IA, *big data*) ha imposto nuove riflessioni sul collegamento fra tecnologia e regolamentazione. Il legislatore, chiamato a individuare la migliore condotta di politica legislativa da mantenere di fronte a tali nuovi fenomeni, deve fare i conti con il fatto che queste tecnologie – o meglio le loro implicazioni nella società – si stiano evolvendo più velocemente della stessa legge (fenomeno noto in letteratura come *pacing problem*)³⁴. La *governance* tecnologica, dunque, richiede un incisivo cambio di paradigma rispetto ai metodi di regolamentazione più tradizionali.

Anzitutto, seguendo la parabola della *lex informatica* come nuova *lex mercatoria*³⁵, bisogna muovere dal presupposto che non tutte le tecnologie hanno bisogno di incontrare una specifica regolamentazione giuridica. Difatti, prima di avventurarsi nella codificazione di una determinata tecnologia innovativa, al legislatore spetta il compito di comprendere se l'eventuale assenza di regolamentazione potrebbe favorire il suo sviluppo, chiaramente senza ledere in alcun modo i diritti e le prerogative sociali. Solo qualora si giungesse a un esito negativo sarebbe poi opportuno

³⁴ Prima ancora dell'irrompere delle tecnologie oggetto di questa ricerca numerosi autori avevano evidenziato che l'innovazione tecnologica stava sempre più superando la capacità di leggi e regolamenti di stare al passo. Tra i principali contributi sul tema si vedano G. E. MARCHANT, B. R. ALLENBY, J. R. HERKERT, *The growing gap between emerging technologies and Legal-Etical Oversight*, Springer, 2011; L. DOWNES, *The laws of disruption: harnessing the new forces that govern life and business in the digital age*, New York, 2009; L.B. MOSES, *Recurring dilemmas: the law's race to keep up with technological change*, *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, 2007, p. 239; M. FENWICK, W.A. KAAL, E.P.-M. VERMEULEN, *Regulation Tomorrow: what happens when technology is faster than the law?*, *TILEC Discussion Paper*, 24, 2016, reperibile su <https://papers.ssrn.com/abstract=2834521> (visitato il 10 ottobre 2021), A. BUTENKO, P. LAROUCHE, *Regulation for innovativeness or regulation of innovation?*, *TILEC Discussion Paper*, 7, 2015, reperibile su <http://ssrn.com/abstract=2584863> (visitato il 10 ottobre 2021). Tra i recenti contributi italiani, invece, si segnala F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 79.

³⁵ Si veda D.R. JOHNSON, D.G. POST, *Law and Borders: the Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, 1389 e F. MARRELLA, C.Y. YOO, *Is open source software the new lex mercatoria?*, in *Virginia Journal of International Law*, 4, 2007, p. 811. Inoltre, nel pionieristico contributo di A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, cit, p. 1 ss., la *blockchain* (denominata "*lex Cryptographia*") è stata individuata come una nuova e più evoluta "*lex mercatoria*".

soffermarsi non soltanto sul “come”, ma anche sul “quando” e sul “che cosa” regolare³⁶.

Per rispondere al primo interrogativo si è soliti procedere nel tentativo di ricondurre il fenomeno che si intende regolare in uno dei tre paradigmi (noti come “scatole”) di politica legislativa e di regolamentazione giuridica³⁷. La prima categoria, quella della “scatola verde”, si applica nel caso in cui una nuova tecnologia non abbia alcun impatto sul sistema giuridico o sia riconducibile a una disciplina normativa già esistente (si pensi, ad esempio, al passaggio da una rete di comunicazione da tecnologia 4G o 5G). Nella seconda categoria, nota come “scatola nera”, rientrano quelle tecnologie il cui utilizzo potrebbe essere illegale e si richiede perciò una regolamentazione volta a vietarne l'utilizzo o a circoscriverlo a determinati usi e finalità. Il terzo paradigma è quello della *sandbox*, termine preso in prestito dal mondo informatico che indica un ambiente di prova controllato in cui i soggetti sono invitati ad agire in un contesto non regolamentato sotto la supervisione delle autorità competenti. In quest'ultima categoria sono racchiuse le tecnologie che potrebbero portare benefici alla comunità ma di cui non si conoscono i possibili effetti e implicazioni nel mondo del diritto³⁸.

Se si applica quanto detto al tema della *blockchain* è possibile comprendere il delicato compito che il legislatore è chiamato a svolgere per la sua regolamentazione. La difficoltà principale sta nel fatto che le molteplici potenzialità di questa tecnologia non permettono di inquadrarla con precisione in uno dei contenitori descritti, sicché essa va ricondotta a paradigmi diversi a seconda del contesto in cui viene utilizzata. Per esempio, un registro interno di un'azienda funzionante su tecnologia

³⁶ Queste le riflessioni di M. FENWICK, W.A. KAAL, E P.-M. VERMEULEN, *Regulation Tomorrow: what happens when technology is faster than the law?*, cit., pp. 7-8.

³⁷ Per una più attenta disamina sulla questione si rinvia a J.A. MAUPIN, *Mapping the Global Legal Landscape of Blockchain and Other Distributed Ledger Technologies*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2017, p. 266 reperibile su <https://ssrn.com/abstract=2930077> (visitato il 10 ottobre 2021); F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, cit., pp. 30-41.

³⁸ Sui tentativi di “*sandbox*” regolativa in materia di *blockchain* si rimanda a M. FENWICK, W.A. KAAL, E.P.-M. VERMEULEN, *Regulation Tomorrow: what happens when technology is faster than the law?*, cit., p. 25 ss.; F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, cit., p. 34 ss.

blockchain, non generando impatti significativi a livello giuridico, potrebbe agevolmente essere inserito nel novero della “scatola verde”; per converso, un utilizzo delle criptovalute volto a eludere il fisco o all’acquisto di prodotti vietati nel c.d. *dark web* sarebbe da impedire e quindi da ricondurre alle “scatole nere”. In ambito finanziario, invece, la *blockchain* è stata approcciata globalmente attraverso il metodo della *sandbox*. Difatti, già nell’aprile del 2016 la UK *Financial Conduct Authority*, l’ente regolatore della finanza nel Regno Unito, ha avviato una *regulatory sandbox* con l’obiettivo di creare uno spazio sicuro in cui testare servizi finanziari utilizzando regole diverse da quelle stabilite dalle leggi in quel momento vigenti³⁹. La possibilità di utilizzare *sandbox* regolatorie per facilitare lo sviluppo delle attività di tecno-finanza è stata di recente introdotta anche in Italia con l’art. 36, comma 2 *bis*, del d.l. 30 aprile 2019 n. 34 (c.d. decreto crescita)⁴⁰.

Il caso che ha fatto comprendere però a tutto il mondo che la *blockchain* potrebbe avere implicazioni che la legislazione attuale non è in grado di affrontare è stato quello dell’attacco a un fondo di investimento, denominato *The DAO (The Decentralized Autonomous Organization)*, gestito interamente da un codice informatico⁴¹. Tale fondo intendeva realizzare un qualcosa di cui fino a quel momento si era discusso solo in teoria, cioè permettere ai sottoscrittori del fondo di votare le allocazioni degli investimenti proposte dall’algoritmo lasciando tuttavia la decisione circa

³⁹ UK FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Regulatory Sandbox*, 2015, reperibile su <https://fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf> (visitato il 10 ottobre 2021).

⁴⁰ Art. 36, comma 2 *bis*, del decreto legge 30 aprile 2019, n. 34 convertito in legge 28 giugno 2019 n. 58: «Al fine promuovere e sostenere l’imprenditoria, di stimolare la competizione nel mercato e di assicurare la protezione adeguata dei consumatori, degli investitori e del mercato dei capitali, nonché di favorire il raccordo tra le istituzioni, le autorità e gli operatori del settore, il Ministro dell’economia e delle finanze, sentiti la Banca d’Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) e l’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS), adotta, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (FinTech) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l’intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell’innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati (...)».

⁴¹ Per una panoramica completa sugli eventi che hanno coinvolto il progetto *The DAO* si rimanda a M.I. MEHAR, C.L. SHIER, A. GIAMBATTISTA, E. GONG, G. FLETCHER, R. SANAYHIE, H.M. KIM, M. LASKOWSKI, *Understanding a revolutionary and flawed grand experiment in blockchain: The DAO Attack*, in *Journal of Cases on Information Technology*, 1, 2019, p. 21.

l'utilizzo del capitale a quest'ultimo⁴². Si trattava, cioè, di un'applicazione estrema e letterale del noto concetto di Lawrence Lessig per cui «*the code is law*»⁴³ che intendeva porre rimedio all'inevitabile attitudine all'errore degli esseri umani attraverso un codice capace di individuare i più proficui investimenti. La scelta di sostituire con un algoritmo le più elementari garanzie generalmente necessarie per lo svolgimento in ambito finanziario (presenza di un capitale minimo a tutela degli investitori, requisiti di professionalità e onorabilità degli esponenti, trasparenza e obbligo di comunicazioni periodiche) sembrava però ignorare un'idea oggi perfettamente racchiusa nelle parole di Bruno Romano, e cioè che «la perfezione della macchina si inserisce nel mondo imperfetto degli uomini»⁴⁴.

L'errore concettuale posto alla base di *The DAO* è divenuto evidente dopo soli pochi giorni dall'avvio della piattaforma, quando un sottoscrittore non identificabile riuscì a scrivere un programma capace di interagire con lo *smart contract* utilizzato dall'algoritmo per concludere le operazioni. In questo modo, attraverso centinaia di continue transazioni, vennero drenati dal fondo circa 55 milioni di dollari in appena un giorno (vi è infatti chi parla di «una versione virtuale di uno sportello bancomat fuori controllo»⁴⁵). Ciò che rende questo evento un chiaro campanello d'allarme per la futura regolamentazione della tecnologia *blockchain* non è tanto l'avvenuto attacco, dovuto in realtà alle numerose vulnerabilità del codice evidenziate da alcuni esperti già al momento del suo lancio, ma il fatto che questo attacco informatico deve essere considerato perfettamente

⁴² Pur essendosi ormai persa traccia della documentazione, i termini dell'accordo sono stati recuperati da M.J. CASEY, P. VIGNA, *La macchina della verità. La blockchain e il futuro di ogni cosa*, cit., p. 82: «il codice dello *Smart Contract* di *The DAO* governa la creazione dei *token* del fondo e prevale su qualsiasi affermazione relativa alla creazione di *The DAO* nel passato, nel presente o nel futuro».

⁴³ L. LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, New York, 1999. La base del concetto espresso da Lessig è stata sintetizzata nel recente contributo di F. LONGOBUCCO, *Smart contract e "contratto giusto": dalla soggettività giuridica delle macchine all'oggettivazione del fatto-contratto. Il ruolo dell'interprete*, in *Federalismi.it*, 2, 2021, p. 107: «il linguaggio robotico, incentrato sulla logica della aggregazione di dati e di fenomeni, aspira a generare la norma giuridica, intesa quale ordinamento del caso concreto».

⁴⁴ B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Torino, 2018, p. 59.

⁴⁵ M.J. CASEY, P. VIGNA, *La macchina della verità. La blockchain e il futuro di ogni cosa*, cit., p. 83.

legittimo. Il presunto *hacker* aveva trovato un modo per dialogare con la macchina nel rispetto del codice scritto dai fondatori di *The DAO* – e quindi, sulla falsariga del pensiero di Lessig, nel rispetto della stessa legge – lasciando così gli investitori del fondo sprovvisti di qualsiasi tutela. L'esempio appena riportato permette di rispondere con una certa sicurezza all'interrogativo sollevato circa la necessaria regolamentazione di questa nuova tecnologia in modo diametralmente opposto rispetto a quanto prospettato lo scorso ventennio da Lessig: il codice non può essere la legge. Per contro, la *blockchain* richiede precise scelte politico-legislative orientate a evitare lo scontro fra l'individuo, lo Stato e i mercati attraverso la ricerca del delicato punto di equilibrio tra gli interessi della sfera pubblica e gli interessi economici della sfera privata⁴⁶. In altri termini, di fronte all'affermarsi di queste nuove tecnologie deve ritenersi quanto mai attuale il concetto espresso nel secolo passato dal filosofo Roscoe Pound secondo cui «*law must be stable, and yet it cannot stand still*»⁴⁷.

3.1 *Quale disciplina per la blockchain?*

Come anticipato, per affrontare correttamente l'ambiziosa sfida della regolamentazione delle tecnologie emergenti non basta interrogarsi sul “che cosa”, ma anche sul “quando” e sul “come” disciplinare. Nel caso della *blockchain* le prime difficoltà che il legislatore è chiamato ad affrontare si presentano già nell'individuare con l'ambito dell'intervento regolatorio, ciò dal momento che ancora sono noti soltanto alcuni dei possibili ambiti applicativi che potranno coinvolgere questa rivoluzionaria tecnologia. Basti pensare che, se in una prima fase i dilemmi regolatori della *blockchain* riguardavano solo ed esclusivamente il settore finanziario, oggi le sue implicazioni sembrano avere una portata sterminata: servizi pubblici, tutela della *privacy*, identità digitale, sanità pubblica, tracciamento delle filiere produttive, rivoluzione energetica ed *e-voting* sono soltanto alcuni degli ambiti ritenuti compatibili con l'annunciata rivoluzione tecnologica.

⁴⁶ A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, cit., p. 4.

⁴⁷ R. POUND, *Interpretations of Legal History*, New York, The Macmillan Company, 1923, p. 2.

Quanto al secondo interrogativo prospettato, quello del “quando”, va detto che neppure individuare il giusto momento per regolare può ritenersi un compito semplice per il legislatore. Quest’ultimo dovrà assicurarsi che la regolamentazione non sia adottata troppo presto, per evitare un disincentivo dello sviluppo tecnologico, ma neppure troppo tardi, per evitare i problemi derivanti dall’introduzione di una normativa acerba e inefficiente⁴⁸.

L’ultimo profilo da tenere in considerazione riguarda il “come regolare” e va riferito alla forma e la sostanza della regolamentazione⁴⁹. Nel caso della *blockchain*, esso coinvolge principalmente gli interrogativi relativi al livello di regolamentazione necessario per il raggiungimento degli obiettivi desiderati. Sul punto va evidenziato che, viste le già tratteggiate caratteristiche della tecnologia oggetto di questa ricerca, un approccio orientato allo sviluppo di una regolamentazione squisitamente nazionalistico non porterebbe con sé alcun risultato positivo. Basti pensare, per esempio, che l’unico effetto conseguente al tentativo dello Stato di New York di disciplinare i servizi basati su *blockchain* resi all’interno dello stato attraverso un *BitLicence Regulatory Framework* è stato quello di costringere la maggior parte degli operatori del settore a spostare la loro sede negli altri Stati privi di regolamentazione⁵⁰. Risulta evidente, di conseguenza, che non potrà esistere una regolamentazione efficiente della *blockchain* che non sia il frutto di un’azione comune.

3.2 *L’assetto normativo vigente*

L’Unione europea, intuendo le innumerevoli potenzialità della tecnologia *blockchain*, è stata fra le prime istituzioni ad avventurarsi nella complessa sfida della regolamentazione di tale fenomeno attraverso la

⁴⁸ Per un maggiore approfondimento della questione si rinvia a G.E. MARCHANT, B.R. ALLENBY, J.R. HERKERT, *The growing gap between emerging technologies and Legal-Ethical Oversight*, cit., p. 23; L.B. MOSES, *Recurring dilemmas: the law’s race to keep up with technological change*, cit., p. 239.

⁴⁹ Sull’importanza del “*how regulate*” nel settore tecnologico si rimanda a R. BROWNSWORD, M. GOODWIN, *Law and technologies of the Twenty-First Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012: *“In the law and technology stream, innovation is generally taken as an exogenous phenomenon, which occurs at a steady rate; the key issue is then how to regulate it.”*

⁵⁰ Sul tema si rimanda a P. YEOH, *Regulatory issues in blockchain technology*, in *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 2, 2017, p. 196 ss.

già citata «Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*: creare fiducia attraverso la disintermediazione». Con tale risoluzione il Parlamento europeo, nell'evidenziare la sua intenzione di affermare l'Unione come *leader* del settore delle tecnologie DLT, ha invitato la Commissione a elaborare un quadro giuridico unitario in materia di tecnologie DLT incoraggiando al contempo gli Stati membri ad avviare una campagna di formazione, riqualificazione e sensibilizzazione in materia di competenze digitali. Nel fare ciò, sulla scorta di quanto già osservato nella richiamata analisi del 2017 dal titolo «come la tecnologia *blockchain* può cambiarci la vita», il legislatore europeo ha evidenziato la possibilità di applicare tale tecnologia in numerosi ambiti: tutela dell'ambiente, trasporti, settore sanitario, catene di approvvigionamento, istruzione, industrie creative e diritti d'autore, settore finanziario, infrastrutture pubbliche. È importante sottolineare che in questa prima fase di regolamentazione il legislatore europeo non ha preteso di trovare una disciplina già completa e funzionale di questa tecnologia emergente, ma si è limitato a individuare i principali ostacoli normativi capaci di limitarne lo sviluppo e la ricerca. Le tecnologie DLT, e quindi la *blockchain*, hanno trovato una specifica disciplina anche nella legislazione nazionale all'interno dell'art. 8-ter del d.l. 14 settembre 2018 n. 135, convertito in legge 11 febbraio 2019 n. 12, recante «disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione» (c.d. decreto semplificazione)⁵¹. Il primo comma di tale disposizione è stato inserito con l'intenzione di introdurre una definizione di DLT molto ampia e flessibile, adattabile a contesti sia pubblicistici sia privatistici, limitata a fungere come cornice giuridica per future linee guida la cui adozione è demandata all'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID). Il contenuto dell'art.

⁵¹ L'art. 8-ter, comma 1, del d.l. 14 settembre 2018 n. 135, rubricato «tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*», ha inserito tali tecnologie in una cornice giuridica attraverso la seguente definizione: «tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

8-ter, comma 1, della c.d. legge semplificazione ha tuttavia sollevato diverse perplessità fra studiosi e operatori del settore.

Posto che la definizione proposta si sviluppa a partire da un'impresione di fondo riconducibile all'impropria sovrapposizione di concetti informatici diversi⁵², si riscontra molta incertezza in relazione alle caratteristiche utilizzate dal legislatore per qualificare un determinato *network* come *blockchain*. Più in particolare, nell'offrire la definizione di «registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati (...) non alterabili e non modificabili», non si è tenuto in debita considerazione il problema dell'effettiva immutabilità delle informazioni contenute nella catena. Difatti, dal momento che nella remota ipotesi di "51% attack" (v. *supra*) un *network* funzionante sulla *PoW* potrebbe subire una modifica non voluta dei dati in esso contenuti, inserire nel linguaggio legislativo il concetto della non alterabilità delle informazioni per qualificare una determinata tecnologia di *blockchain* non si è rivelata la scelta più opportuna⁵³.

L'art. 8-ter del d.l. 14 settembre 2018 n. 135 non si è limitato tuttavia a fornire una definizione di DLT, in quanto il terzo comma ha esteso alla memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso delle tecnologie basate su DLT gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica (*timestamping*)⁵⁴. Anche in questo caso la tecnica legislativa

⁵² Come sottolineato da C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in *Dir. mer. tecn.*, 2019, p. 2 e da F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, cit., p. 97 il legislatore sembra aver del tutto sovrapposto il concetto di "DLT" con quello di "*blockchain*", imprecisione che risulta ancor più evidente nel *dossier* informativo dei lavori parlamentari in cui si legge che «l'art. 8-ter, introdotto dal Senato, preveda la definizione normativa sia delle tecnologie basate su registri distribuiti (*blockchain*). Invece, come già chiarito *supra*, il rapporto tra tecnologie DLT e *blockchain* deve considerarsi di *genus a species*: la *blockchain* non è altro che un registro distribuito (DLT) che si avvale di particolari strumenti crittografici (cifratura a doppia chiave asimmetrica) e raggruppamento delle transazioni in blocchi regolati dalla funzione di *hasb*. I due concetti, quindi, non sempre sono sovrapponibili.

⁵³ Sul concetto di immutabilità delle transazioni si rimanda a quanto evidenziato da A. WALCH, *The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law)*, in *Review of Banking & Financial Law*, 36, 2017, p. 738 ss.

⁵⁴ Art. 8-ter, comma 3, d.l. 14 settembre 2018 n. 135: «la memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici

non può definirsi felice. Il generico rinvio all'art. 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 non permette di chiarire a quale validazione temporale elettronica – qualificata o meno – il legislatore intenda fare riferimento⁵⁵, poiché la norma richiamata regola gli effetti di entrambe le ipotesi di validazione. Si tratta di un interrogativo dal rilievo tutt'altro che teorico dal momento che solo sul *timestamping* qualificato vige in giudizio una presunzione di accuratezza circa la data e ora a cui la validazione fa riferimento, mentre in caso di validazione elettronica non qualificata la valutazione sarà rimessa al libero apprezzamento del giudice.

L'ulteriore previsione contenuta nel comma 4 dello stesso articolo, in cui viene affidato all'AgID il compito di individuare gli standard tecnici necessari per produrre gli effetti della validazione temporale qualificata, potrebbe suggerire che il legislatore intendesse riferirsi a entrambi i tipi di validazione⁵⁶. Il documento contenente tali linee guida, tuttavia, non è stato ancora pubblicato, in quanto il gruppo di lavoro preposto ha ritenuto necessaria la previa risoluzione di questioni giuridiche ancora irrisolte⁵⁷.

3.3 Blockchain e data protection: *una convivenza possibile?*

Un ulteriore nodo che il legislatore è chiamato a risolvere nella sfida della regolamentazione della tecnologia *blockchain* riguarda la sua compatibilità con la disciplina del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, meglio noto come GDPR (Reg. UE 2016/679)⁵⁸. Prima di

ci della validazione temporale elettronica di cui all'art. 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014».

⁵⁵ L'art. 41 del Regolamento eIDAS rubricato «effetti giuridici della validazione temporale elettronica» ha introdotto il principio di non discriminazione prevedendo che «alla validazione temporanea elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della validazione temporanea elettronica qualificata».

⁵⁶ C. BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, cit., p. 2.

⁵⁷ Come sottolineato da A.M. GAMBINO, *Blockchain law: analisi tecnico-giuridica delle reti blockchain e degli smart contracts*, cit., p. 18, sarebbe stato più opportuno per il legislatore partire dal concetto di «elevata resistenza» del sistema ad attacchi esterni o manomissioni e non invece di «immutabilità».

⁵⁸ Il contenuto del regolamento è stato poi maggiormente adattato alla disciplina nazionale attraverso il d.l. 10 agosto 2018, n. 101, recante «disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del

approfondire tale questione, tuttavia, sembra opportuno fornire alcune nozioni di base sull'assetto normativo vigente in materia di *data protection*⁵⁹.

Lo scopo principale del regolamento GDPR è quello di garantire «un elevato livello di protezione dei dati personali» in modo da porre rimedio alla frammentazione normativa prodotta dalla diversa attuazione nei vari Stati membri della precedente direttiva 95/46/CE. Per raggiungere tale obiettivo il legislatore europeo non solo ha introdotto regole orientate a una maggiore responsabilizzazione dei soggetti attivi del trattamento, ma ha anche ideato una serie di strumenti capaci di garantire agli interessati un uso più consapevole dei propri dati. Sul primo versante, le previsioni più incisive hanno riguardato sia l'individuazione obbligatoria di un soggetto titolare del trattamento dei dati, responsabile in forza del principio di *accountability*, sia un profondo mutamento della concezione del rischio di diffusione dei dati (non più valutato nel solo momento della violazione, ma anche in una fase preventiva e quindi potenziale). Sul secondo, invece, il GDPR ha dato maggiore risalto a esigenze di trasparenza nei confronti dell'interessato attraverso l'imposizione di un obbligo di informativa, seguita dall'ampliamento del diritto di accesso e la previsione di un diritto alla portabilità dei dati⁶⁰.

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)». Sul punto si veda G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019.

⁵⁹ Sulla questione del rapporto tra *blockchain* e *data protection* si rimanda a M. BERBERICH, M. STEINER, *Blockchain Technology and the GDPR: How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?*, in *European Data Protection Law Review*, 2, 2016, p. 422 ss.; L. MOEREL, *Blockchain & Data Protection ... and Why They are Not on a Collision Course*, in *European Review of Private Law*, 6, 2019, p. 825 ss.; A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inform.*, 3, 2019, p. 619 ss.; F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. Civ. prev.*, 2, 2020, p. 297 ss.; G. D'ACQUISTO, *Blockchain e GDPR: verso un approccio basato sul rischio*, in *Federalismi.it*, 2, 2021, p. 53 ss.; M. BERBERICH, M. STEINER, *Blockchain Technology and the GDPR – How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?*, in *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 3, 2016, p. 422 ss.

⁶⁰ Per una panoramica generale delle misure adottate in concreto dal legislatore europeo per perseguire questi due obiettivi si rimanda a A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., 623.

Senza nulla aggiungere a quanto già messo in luce circa le innovazioni e le modifiche apportate alla normativa precedente è opportuno soffermarsi sulla definizione di “dati personali” offerta dall’art. 4 dello stesso GDPR, secondo cui per *personal data* si intende «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile»⁶¹. Si tratta di un punto per nulla estraneo al tema della *blockchain* se si considera che tale definizione potrebbe ritenersi sufficientemente ampia da ricomprendere anche le chiavi asimmetriche poste alla base dei suoi meccanismi crittografici. Difatti, dal momento che è pur sempre sufficiente conoscere la chiave privata di decodifica per riportare il dato alla sua forma intellegibile direttamente identificativa, le informazioni protette da tale tipologia di cifratura sono da considerare indirettamente identificabili⁶². Allo stato dell’arte, pertanto, la soluzione più corretta sembra quella orientata ad attrarre i dati contenuti in *network* funzionanti su *blockchain* alle prescrizioni del GDPR in quanto anonimi e non pseudonimi⁶³. Tuttavia, sebbene tale tecnologia potrebbe assicurare una gestione trasparente

⁶¹ I dati personali sono definiti dall’art. 4 dello stesso GDPR come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

⁶² Sul tema si veda G. D’ACQUISTO, *Blockchain e GDPR: verso un approccio basato sul rischio*, cit., p. 57, il quale ha chiarito che «in un dato composto (...) qualsiasi elemento, intellegibile o meno, è idoneo a identificare un interessato. Basta infatti che quell’elemento sia noto a un terzo e riconosciuto da questi come un attributo di una specifica persona (si parla di informazione ausiliaria disponibile a un terzo) per creare un collegamento tra l’identità e il dato, che è ciò che chiamiamo intellegibilità». In senso opposto, invece, si veda F. RAMPONE, *I dati personali in ambiente blockchain tra anonimato e pseudonimato*, in *Cyberspazio e Diritto*, 3, 2018, p. 457 ss. il quale ha concluso che «[p]rogettare un protocollo *blockchain* (pubblico o privato che sia) in modo tale che le soluzioni crittografiche impiegate non debbano considerarsi dati pseudonimi, è possibile, ed è anche la regola, sicché la *blockchain*, anziché rappresentare un rischio per i diritti e le libertà fondamentali dell’individuo in termini di *privacy*, sarà lo strumento che metterà definitivamente nelle mani dei soggetti interessati la disponibilità esclusiva e il controllo dei loro dati».

⁶³ La pseudonimizzazione è stata definita dall’art. 4 del GDPR come: «il trattamento dei dati personali in modo tale che i possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l’utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile». Quanto alla *blockchain*, in cui l’identità di qualsiasi componente della rete può essere nota ai possessori della chiave sua privata, il Parlamento europeo nella già citata risoluzione del 3 ottobre 2018

delle informazioni e una maggiore resistenza ad attacchi informatici diretti alla loro violazione, non può nascondersi un certo attrito fra le principali caratteristiche di tale tecnologia il rinnovato quadro regolamentare europeo in materia di *privacy*.

Senza alcuna pretesa di esaustività, è possibile porre in evidenza alcuni aspetti di frizione della tecnologia in esame con alcuni dei principi generali enucleati dal reg. UE 2016/679⁶⁴.

Anzitutto, non sembra facile la convivenza tra le modalità di distribuzione delle informazioni su rete *blockchain* e il principio di minimizzazione dei dati sancito dall'art. 5, comma 1, lett. c) del GDPR, secondo cui devono essere elaborati solo i dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati, intendendosi per minimizzazione «una riduzione al minimo del numero dei dati, del tipo dei trattamenti, dei soggetti che a vario titolo possono avere contezza dei dati, del periodo di conservazione»⁶⁵. Appare infatti evidente che un'infrastruttura in cui le informazioni inserite fungono da base su cui aggiungere le nuove informazioni e sono accessibili a tutti i nodi della catena potrebbe essere ontologicamente incompatibile con le finalità perseguite da tale principio. La conservazione perpetua dei dati in *blockchain* confligge altresì con il principio di limitazione della conservazione dei dati statuito dall'art. 5, comma 1, lettera e), del GDPR, secondo cui «i dati personali devono essere conservati fino a quando sono per finalità per le quali vengono raccolti, ammettendosi una conservazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o per fini statistici».

L'ostacolo normativo che appare più difficilmente superabile sembra tuttavia quello del diritto alla cancellazione dei dati – noto anche come “diritto all'oblio” – disciplinato dall'art. 17 del regolamento 679/2016⁶⁶.

ha chiarito che le tecnologie DLT promuovono «la pseudonimizzazione degli utenti, ma non la loro anonimizzazione».

⁶⁴ Per una più attenta disamina sui singoli profili di contrasto tra la tecnologia *blockchain* e il regolamento GDPR si rimanda a A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, cit., p. 619 ss.

⁶⁵ N. BERNARDI (a cura di), *Privacy: protezione e trattamento dei dati*, Milano, 2020, p. 82.

⁶⁶ Prima di trovare una compiuta disciplina all'interno dell'art. 17 del reg. UE 2016/679 il diritto all'oblio si è affermato nel nostro ordinamento (sebbene con una dimensione più tradizionale indirizzata alla tutela della riservatezza) ancor prima dell'avvento di internet grazie all'ap-

Oltre a un punto di frizione piuttosto evidente, e cioè che l'utilizzo di una piattaforma ideata per garantire la tracciabilità di tutte le transazioni mal si concilia con un diritto introdotto per soddisfare «il comprensibile desiderio e l'aspirazione dell'uomo a essere dimenticato»⁶⁷, emergono dei problemi ricollegati al fatto che tale diritto può essere esercitato solamente dopo la previa individuazione del titolare del trattamento dei dati personali⁶⁸. Compito, quest'ultimo, non affatto agevole in un'infrastruttura *blockchain*⁶⁹.

Dall'analisi fin qui svolta potrebbe desumersi che la tensione tra il GDPR e la natura stessa della *blockchain* costituisca un blocco insuperabile per lo sviluppo di questa nuova tecnologia. Tuttavia, l'Osservatorio Blockchain dell'Unione europea ha analizzato la questione in uno specifico report giungendo a una soluzione diametralmente opposta, e cioè che «*there is no contradiction in principle between the goals of the GDPR and those of blockchain technology*»⁷⁰. Più precisamente, dopo aver riconosciuto l'esistenza di un problema di compatibilità tra la

porto della dottrina più avveduta. Tra i primi contributi sull'argomento si veda T.A. AULETTA, *Diritto alla riservatezza e "droit a l'oubli"*, in G. ALPA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, p. 127 ss.; G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 801 ss.; G. GIACOBBE, *Diritto all'oblio*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Atti del convegno di Urbino 17 maggio 1997*, Napoli, 1999, p. 30 ss.; M.R. MORELLI, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, p. 851 ss.

⁶⁷ M. TAMPERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Resp. Civ e prev.*, 3, 2017, p. 1015.

⁶⁸ La definizione di «titolare del trattamento» è offerta dall'art. 4, punto 7), del GDPR come «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o dagli Stati membri».

⁶⁹ L'individuazione del titolare del trattamento si presta a difficoltà a causa del carattere distribuito, decentralizzato della *blockchain* nonché della condizione di pseudonimato dei partecipanti della catena. Una possibile soluzione alla questione è stata tuttavia prospettata da G. D'ACQUISTO, *Blockchain e GDPR: verso un approccio basato sul rischio*, cit., pp. 56-37, il quale ha suggerito di identificare il titolare del trattamento nei nodi capaci di determinare le finalità e le modalità di trattamento dei dati personali (ove presenti) o, in assenza di nodi qualificati, nel soggetto che decide di utilizzare la *blockchain*.

⁷⁰ Il riferimento è al *report* tematico pubblicato il 28 ottobre 2018 dall'*UE Blockchain Observatory & Forum* della Commissione europea dal titolo «*Blockchain and the GDPR*», 17-18, reperibile su www.eublockchainforum.eu (visitato il 10 ottobre 2021).

blockchain e la normativa europea in materia di *privacy*, l'Osservatorio istituito dalla Commissione ha ritenuto sufficienti alcuni chiarimenti dei soggetti regolatori – su tutti l'*European Data Protection Board* (EPDB) – in relazione ai temi oggetto dei diversi punti di frizione. Tra questi il *report* ha suggerito alle autorità competenti di identificare con maggiore precisione le corrette modalità di identificazione e di utilizzo dei dati personali nonché di prendere una posizione ancor più netta sulla questione dell'effettiva anonimizzazione degli stessi. Attesa l'importanza strategica offerta dai possibili sviluppi di questa tecnologia, è comunque auspicabile un intervento del legislatore sovranazionale volto a inserire una disciplina unitaria della *blockchain* priva di conflitti con le altre norme fondamentali dell'Unione.

Il quadro normativo appena descritto non rappresenta altro che un primo timido passo diretto ad esplorare la possibilità di raggiungere l'obiettivo di una disciplina della tecnologia *blockchain* capace di sviluppare a pieno il suo potenziale. Prestando particolare attenzione alle implicazioni di questa tecnologia nella sfera pubblica, va detto che la rivoluzione promessa *blockchain* non potrà prendere forma in assenza di una disciplina specifica dedicata ai diversi ed eterogenei settori interessati della pubblica amministrazione.

4. I possibili utilizzi della blockchain nella pubblica amministrazione

Il settore della pubblica amministrazione è stato uno dei primi a essere chiamato a occuparsi del rapporto fra diritto e innovazione tecnologica. Il dibattito su processo di informatizzazione della pubblica amministrazione ha catturato gli interessi degli studiosi del diritto pubblico ancora prima della creazione di internet⁷¹ e sembra aver assunto una nuova centralità. Inizialmente il concetto di "informatizzazione" è stato sovrapposto a quello di "digitalizzazione", il cui obiettivo era quello di

⁷¹ Per uno studio sulla ricostruzione delle tappe della digitalizzazione e dei suoi più recenti sviluppi si rimanda a P. GIACALONE, *La normativa sul governo elettronico*, Milano, 2007; A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008, p. 193 ss.; B. SELLERI, *Gli atti amministrativi in forma elettronica*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 141; E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2, 2015, p. 148 ss.; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, 2, 2015, p. 227 ss.; e M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 10, 2016, p. 2535 ss.

organizzare l'apparato pubblico in modo da abbandonare il cartaceo in favore della forma elettronica. In questa prima fase, l'informatizzazione della pubblica amministrazione è stata da molti considerata alla stregua di un fenomeno endogeno utile a soli scopi organizzativi e quindi «incapace di condizionare la sostanza del procedimento»⁷². A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, però, sono incominciate a emergere in dottrina alcune lungimiranti voci che non hanno mancato di sottolineare la capacità di questo processo di incidere profondamente sulla sostanza dell'amministrazione e, per l'effetto, sulla vita del cittadino⁷³. A oggi, vista l'enorme potenzialità offerta dalle tecnologie emergenti, pare chiaro che gli obiettivi dell'informatizzazione non debbano essere più limitati alla mera semplificazione dell'attività amministrativa, ma a una sua radicale ridefinizione⁷⁴. La *blockchain* rientra fra le tecnologie che potrebbero avere un impatto significativo sul modello tradizionale di amministrazione, ma occorre procedere con le dovute cautele. Poiché si tratta di tecnologie in fase di rapida evoluzione e dagli effetti ancora non del tutto noti, prima di procedere con lo sviluppo dei casi d'uso sarà necessario maturare sufficienti elementi di valutazione delle diverse opzioni disponibili nel paradigma di adozione. Ciò, come suggerito dal MISE, «dovrà farsi con un approccio olistico che consideri attentamente gli obiettivi specifici dei vari contesti applicativi, ovvero i requisiti tecnico-giuridici da soddisfare e le possibili implicazioni di natura etica e sociale, anche di lungo periodo»⁷⁵.

Prima di inquadrare i possibili utilizzi di tale tecnologia nell'attività amministrativa e in alcuni settori dell'organizzazione è tuttavia opportuno

⁷² In questi termini G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, cit., p. 187.

⁷³ Il riferimento è a G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato in forma elettronica*, in *Riv. Amm. R.I.*, 1978, p. 407 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 164 ss.; A. SCALA, *L'automazione nella redazione degli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1995, p. 1792 ss.

⁷⁴ B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, p. 15.

⁷⁵ MISE, *Proposte per la strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e blockchain*, cit., 20.

segnalare le differenze tra due alternativi modelli teorici di *blockchain governance*⁷⁶.

Il primo, noto come *blockchain administration*, intende utilizzare la tecnologia in commento per permettere ai cittadini di operare in condizione di parità per soddisfare i loro interessi attraverso un sistema *peer to peer* e non invece rapportandosi con un'autorità centrale dotata di potere amministrativo. Il secondo, noto come *blockchain for public administrations*, vuole invece allontanarsi dalla forma più pura della tecnologia (quella *permissionless*) in modo da plasmarla all'assetto ordinamentale volto a regolare il rapporto giuridico tra pubblici poteri e cittadini.

Va chiarito subito che l'idea di utilizzare una *blockchain permissionless* per realizzare un modello estremo di *open government*⁷⁷ è impraticabile tanto per ragioni di tenuta generale dell'assetto vigente quanto per ragioni squisitamente pratiche. Anzitutto, non bisogna dimenticare che la *blockchain* è pur sempre una tecnologia sviluppata con lo specifico obiettivo di permettere lo svolgimento di transazioni in sistemi complessi senza la necessaria presenza di un apparato centrale dotato della fiducia dei partecipanti. L'operazione di decentralizzazione conseguente all'ipotetico utilizzo di una forma "pura" di questa tecnologia nel settore pubblico non si limiterebbe dunque a ridimensionare il ruolo della pubblica amministrazione – istituzione "di fiducia" per eccellenza – all'interno dello Stato, ma la renderebbe del tutto superflua.

Il punto non è dunque comprendere se, in un simile scenario cripto-anarchico, la *blockchain administration* potrebbe garantire una maggiore efficienza della macchina amministrativa, ma stabilire se in tale ipotesi esisterebbe ancora una pubblica amministrazione. Quest'ultima, infatti, anziché curare gli interessi pubblici individuati dalla legge, trarrebbe la sua legittimazione all'esercizio del potere direttamente dai meccanismi di consenso previsti dalla piattaforma. Così, esonerando lo Stato dal

⁷⁶ Un'analisi della questione è offerta da S. CALDARELLI, *L'uso della tecnologia blockchain nel settore delle pubbliche amministrazioni: tra "mito" e realtà giuridica*, cit., p. 865 ss.

⁷⁷ Per un approfondimento di ampio respiro sul concetto di *open government* si rimanda a E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014; E. DI BLASIO, *Il governo online: nuove frontiere della politica*, Roma, 2018. Un'analisi delle iniziative più rilevanti è invece offerta da R. DE ROSA, V. REDA, *Open Government: disegnare la partecipazione per la società del futuro*, in *Comunicazione politica*, 3, 2017, p. 537 ss.

compito di gestire funzioni e servizi pubblici, si creerebbe un inaccettabile sistema distopico di “amministrazione dei cittadini per i cittadini” del tutto estraneo al controllo dell’apparato pubblico.

Oltre a ciò, non può omettersi di considerare un’altra ragione che si frappone all’idea di realizzare un modello di *governance* basato su un’infrastruttura *blockchain* pubblica, e cioè la vocazione transnazionale della tecnologia. Infatti, dal momento che l’archetipo originario della tecnologia ideata da Nakamoto non permette di individuare *ex ante* i partecipanti alla piattaforma, sarebbe impossibile circoscrivere l’accesso alla piattaforma ai confini di un determinato territorio. Peraltro, anche qualora si intendesse superare quest’ostacolo attraverso la creazione di una struttura *blockchain* ibrida ma fedele agli stessi scopi, gli elevati costi ricollegati ai meccanismi del consenso che sarebbero riversati sui cittadini (su tutti la *Proof of Work*) renderebbero quantomeno dubbia l’economicità di tale misura.

A parer di chi scrive, sarà possibile ideare un modello di *blockchain governance* solo allontanandosi dalla versione più pura della tecnologia in commento. L’unico modello in astratto perseguibile è infatti da considerare quello della *blockchain for public administrations*, il quale vede un impiego della *blockchain* a servizio, e non in sostituzione, dell’apparato amministrativo. Solo partendo da tale presupposto sarà possibile inquadrare i possibili utilizzi di tale tecnologia nell’attività amministrativa e in alcuni settori dell’organizzazione.

4.1 Blockchain, *procedimenti amministrativi e i limiti delle decisioni automatizzate*

Come anticipato, la parziale decentralizzazione garantita dalle piattaforme *blockchain permissioned* o ibride, potrebbe contribuire alla formazione di un procedimento amministrativo più trasparente ed efficiente sul piano della gestione dei costi. Si tratta, tuttavia, di un tema estremamente delicato, in quanto l’inevitabile spinta centrifuga conseguente all’utilizzo di tale sistema è in grado di mutare radicalmente la fisionomia del procedimento amministrativo. Un suo accurato utilizzo nell’attività amministrativa permetterebbe di dare un nuovo significato alla partecipazione del privato nella formulazione delle decisioni amministrative: i cittadini potrebbero abbandonare il ruolo di destinatari dell’attività amministra-

tiva per assumere un ruolo inedito all'interno del procedimento, ossia quello di co-titolari della funzione con la stessa amministrazione⁷⁸. Ciò, chiaramente, dovrebbe essere attuato tenendo ben presente che la presenza della macchina potrà al massimo ridimensionare, e non invece rendere del tutto superflua, la necessità di un attore pubblico titolare di un potere autoritativo⁷⁹.

Inoltre, anche qualora si optasse per lasciare inalterata l'attuale struttura del procedimento, è indubbio che la creazione di un sistema basato su *blockchain* porterebbe con sé diversi benefici nell'ambito della trasparenza amministrativa. La tecnologia in esame permetterebbe infatti di inserire tutte le informazioni relative a una decisione assunta con gli strumenti tradizionali in un registro decentralizzato, e al contempo immutabile, messo direttamente a disposizione dei cittadini o di gruppi più ristretti di interessati, rendendo così superflua l'intera disciplina dell'accesso agli atti così come oggi conosciuta (documentale, civico e generalizzato).

Con riferimento ad ambiti più specifici, può ritenersi che la *blockchain* potrebbe migliorare sensibilmente il settore dell'evidenza pubblica tanto nella fase procedimentale quanto in quella negoziale. Nella fase della scelta del contraente i vantaggi offerti dalle caratteristiche della *blockchain* si dimostrano piuttosto evidenti. Un registro visibile a tutti e al contempo immodificabile permetterebbe di garantire con assoluta certezza l'integrità delle offerte presentate dai partecipanti, evitando al contempo qualunque tipo di interferenza illecita da parte degli attori pubblici. In un simile scenario, tutti i partecipanti alla procedura potrebbero verificare la data e l'ora della presentazione delle offerte e, una volta scaduti i termini per la loro presentazione, anche il loro contenuto. Dunque, nella fase iniziale delle gare un eventuale utilizzo della *blockchain* non solo non incontrerebbe particolari problemi applicativi ma sembrerebbe poter contribuire alla creazione di un procedimento più efficiente e trasparente.

⁷⁸ In questi termini G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, cit., p. 202.

⁷⁹ Si riporta, tra le tante, la posizione di M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, cit., p. 127 secondo cui la *blockchain* «può essere impiegata come supporto ma non può essere sostitutiva del responsabile amministrativo».

La questione, tuttavia, diventa ben più complessa nel momento in cui si intende utilizzare la macchina per determinare la scelta del contraente⁸⁰. Sebbene il principio del divieto di decisioni “esclusivamente” automatizzate originariamente enucleato dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado⁸¹ possa ritenersi stemperato dal più permissivo orientamento del Consiglio di Stato⁸², non può ignorarsi quanto affermato sul punto dall’art. 22 del regolamento (UE) 679/2016. La citata disposizione, dopo aver affermato il diritto del cittadino a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, permette di derogare tale diritto alla sola presenza di tre condizioni predeterminate: se necessario per la conclusione o l’esecuzione di un contratto fra l’interessato e un titolare del trattamento; se autorizzato dal diritto dell’Unione europea o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; se vi è consenso esplicito dell’interessato. Per operare nel pieno rispetto dei canoni europei, dunque, le potenzialità offerte dalla gestione algoritmica della fase pubblicistica delle procedure a evidenza pubblica dovrebbero incontrare una più attenta analisi del legislatore. Come preannunciato, però, i possibili utilizzi della *blockchain* nell’ambito dell’evidenza pubblica non si esauriscono nella fase di scelta del contraente, ma vanno estesi anche (e forse soprattutto) alla fase privatistica successiva all’aggiudicazione⁸³. Si tratta di un punto di grande interesse

⁸⁰ Tra la sterminata letteratura che ha approfondito il rapporto tra algoritmi e pubblica amministrazione si rimanda a A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F.P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *Al: Profili giuridici. Intelligenza artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *Biola Journal*, 3, 2019; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019, p. 1149 ss.; B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2020, 5 ss.; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell’algoritmo*, in *Foro amm.*, 10, 2018, p. 1787; L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, in *Foro amm.*, 9, 2018, p. 1598 ss.; C. STRINATI, *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro Amm.*, 7, 2020, p. 1591; D.-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2020, p. 501 ss.

⁸¹ *Ex multis* TAR Lazio, sez. III *bis*, 20 luglio 2016, n. 8312; TAR Lazio, III *bis*, 8 agosto 2018, n. 8902.

⁸² Il riferimento è al più recente indirizzo della giurisprudenza di secondo grado (Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474) con la quale si è aperto all’utilizzo delle decisioni algoritmiche anche nell’ambito di attività discrezionale della pubblica amministrazione.

⁸³ Per una riflessione più attenta sul tema si veda G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, cit., p. 203.

che non può che richiamare l'attenzione dello studioso dal momento che la fase di esecuzione contrattuale è quella generalmente più esposta alla permeabilità di fenomeni di tipo corruttivo⁸⁴. Tale problema potrebbe tuttavia essere arginato – se non addirittura risolto – grazie a un sapiente utilizzo della *blockchain* e degli *smart contracts*⁸⁵. Utilizzando tale tecnologia, infatti, sarebbe possibile limitare il potere discrezionale attribuito ai soggetti responsabili dell'esecuzione attraverso un'automazione parziale delle scelte contrattuali che generalmente presentano maggiori rischi sul versante della corruzione (per esempio subappalto e varianti in corso d'opera). Non può ignorarsi, tuttavia, che forme di ragionamento automatiche o procedurali devono essere accompagnate da concetti giuridici precisi e determinati⁸⁶ che non sempre ricorrono nella contrattazione pubblica. Una simile soluzione richiederebbe quindi uno studio preliminare da parte dell'amministrazione sulle più concrete modalità di attuazione.

4.2 Blockchain per ridefinire l'identità digitale

Tra i vari ambiti applicativi della tecnologia *blockchain* la verifica e la gestione dell'identità digitale è forse uno dei più promettenti⁸⁷. Si tratta di un tema dalle vaste implicazioni che non può tuttavia lasciare in-

⁸⁴ Sulla prossimità del rapporto tra contratti pubblici e corruzione si rimanda al recente contributo di F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 804 ss.

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 8 *ter*, comma 2, d.l. 135/2018 «si definisce “*smart contract*” 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». Per una panoramica generale sul tema degli *smart contracts* si veda G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell'automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, in *Federalismi. it.*, 20, 2020, p. 142 ss.; G. MASSIMO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del terzo millennio*, in *Dir. inform.*, 6, 2018, p. 989 ss.; F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2020, p. 297 ss. Sull'utilizzo degli *smart contracts* come strumento di repressione della corruzione si veda R. COUTO DE SOUZA, E. M. LUCIANO, G. WIEDENHOFT, *The use of the blockchain smart contracts to reduce the levels of corruption: some preliminary thoughts*, in *Proceedings of the 19th annual international conference of digital government research: governance in the data age*, New York, 2018.

⁸⁶ L. VIOLA, *Intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit., p. 8.

⁸⁷ Il rapporto tra *blockchain* e identità digitale è stato approfondito nel *report* tematico del 2 maggio 2019 dell'*EU Blockchain Observatory & Forum* della Commissione europea intitolato «*Blockchain and digital identity*», reperibile su www.eublockchainforum.eu (visitato il 10 ottobre 2021).

differenti le istituzioni dal momento che queste, oltre a essere la fonte delle informazioni anagrafiche dei cittadini (es. certificato di nascita o di morte), devono anche preoccuparsi di poter identificare in modo preciso i suoi cittadini al pari di tutti i fruitori dei servizi pubblici da esse erogati. In un mondo ideale ogni attore dell'economia digitale dovrebbe avere un'unica e identificabile identità che possa essere provata in ogni contesto della rete, ciò senza la necessaria presenza di una terza parte e senza rivelare più informazioni di quelle richieste per la singola transazione. Tuttavia, il raggiungimento di tale obiettivo richiede il superamento dei tre ostacoli già messi a fuoco dalla Commissione europea: l'eccessiva frammentazione dell'attuale struttura dell'identità digitale, il debole collegamento tra l'identità digitale e quella "online" e la mancanza di sicurezza dei dati correlati all'identità dei cittadini⁸⁸.

Non può tacersi che utilizzando gli strumenti tradizionali la risoluzione di questi problemi appare, se non impossibile, estremamente complicata. Finché la prova dell'identità richiederà la presenza di una sola entità chiamata alla raccolta delle informazioni necessarie per attestare l'identità di un individuo sarà sufficiente un singolo e ben calibrato attacco per appropriarsi dei dati di milioni di persone. La tecnologia *blockchain*, eliminando la necessaria presenza di una figura centrale, potrebbe risolvere il problema rivoluzionando il meccanismo di base che fino a oggi è stato utilizzato per provare l'identità di qualsiasi soggetto. In tal modo potrebbe avviarsi un percorso diretto al raggiungimento della *Self-Sovereign Identity* o SSI, ossia un modello di identità digitale capace di restituire al titolare il pieno controllo dei suoi dati⁸⁹. La realizzazione di tale modello, oltre a garantire una maggiore protezione dei dati perso-

⁸⁸ Gli attacchi informatici volti all'acquisizione di dati personali (*data breach*) posseduti dalle istituzioni stanno diventando sempre più frequenti. Ad esempio, si riporta l'attacco portato a termine nel marzo del 2018 contro Aadhaar, il *database* biometrico utilizzato dall'India per identificare ogni suo cittadino, che ha portato alla sottrazione dei dati sensibili (nomi, numeri di documento e coordinate bancarie) di più di un miliardo di persone. Per un *report* interattivo su tutti i *data breach* portati a termine negli ultimi anni si rimanda a <https://www.informationisbeautiful.net/visualizations/worlds-biggest-data-breaches-hacks> (visitato il 10 ottobre 2021).

⁸⁹ La questione è stata approfondita nel *report* della Commissione europea dal titolo *SSI eIDAS Legal Report: How eIDAS can legally support digital identity and trustworthy DLT-based transactions in the Digital Single Market*, pubblicato nell'aprile del 2020. Tra la sterminata letteratura sul punto si veda F. WANG, P. DE FILIPPI, *Self-sovereign identity in a globalized world: credentials-based identity systems as a driver for economic inclusion*, in *Frontiers in blockchain*, 20

nali, permetterebbe al cittadino di accedere ai servizi (*account* personali, banche, servizi pubblici) con un unico *wallet*, senza al contempo fornire informazioni aggiuntive rispetto a quelle strettamente necessarie. Obiettivo, quest'ultimo, che sarà di difficile realizzazione fino a quando l'identità sarà legata a filo doppio ai documenti analogici⁹⁰.

L'identità auto-sovrana forse è un orizzonte lontano, ma già diversi Paesi europei stanno testando i primi sistemi di gestione dell'identità funzionanti su *blockchain*⁹¹. Con riferimento ad ambiti più specifici, l'applicazione settoriale della tecnologia in commento che al momento sembra più promettente è sicuramente quella ricollegata al riconoscimento dei titoli di studio all'interno dell'Unione europea⁹²; non è infatti un caso che i 30 Paesi membri della *European Blockchain Partnership* abbiano convenuto di realizzare un'infrastruttura comune dei servizi *blockchain* (EBSI) utilizzando proprio quest'ambito come caso pilota. A differenza degli altri settori di applicazione della tecnologia in esame, quello ricollegato alla certificazione dei titoli non è solo ipotetico ma è già realtà: l'Università di Milano Bicocca e l'Università di Padova hanno già sviluppato un sistema in grado di rilasciare le certificazioni di laurea tramite *blockcerts*⁹³, mentre invece l'Università di Roma Tre ha avviato un'ambiziosa sperimentazione con l'obiettivo di creare «un fascicolo

2020; A. MÜHLE, A. GRÜNER, T. GAYVORONSKAYA, *A survey on essential components of a self-sovereign identity*, in *Computer Science Review*, 30, 2018, p. 80 ss.

⁹⁰ Alcune (inascoltate) soluzioni al problema dell'eccessiva diffusione dei dati relativa all'utilizzo di documenti analogici erano già state avanzate da D. BIRCH, *Psychic ID: A blueprint for a modern national identity scheme*, in *Identity in the information society*, 1, 2008, pp. 189-201 reperibile su <https://link.springer.com> (visitato il 10 ottobre 2021).

⁹¹ Si riporta, ad esempio, che la città svizzera di Zug ha di recente creato delle credenziali digitali per i propri residenti utilizzando la *blockchain* Ethereum e le ha utilizzate per l'*e-voting* e per il noleggio di *e-bikes*, mentre il governo finlandese ha collaborato con una *startup* per introdurre un sistema di identificazione dei rifugiati che permette agli stessi l'utilizzo di una carta prepagata dedicata all'acquisto di cibo e altri beni di prima necessità.

⁹² Per un approfondimento si rimanda a R. TRAINITO, M. MONACO, G. GALASSO, *Blockchain e mutuo riconoscimento dei titoli di studio nell'UE*, in *Federalismi.it*, 2, 2021, p. 167 ss.

⁹³ *Blockcerts* è uno *standard* aperto proposto dal MIT Media Lab per esprimere digitalmente un certificato e memorizzarlo su una *blockchain* in modo che sia sempre verificabile, senza necessità di interpellare l'organizzazione o la piattaforma che lo ha emesso. In altri termini, si tratta di un certificato conservato su una piattaforma *blockchain open source*.

elettronico basato sull'esperienza lavorativa, educativa, formativa che sia condivisibile tra pubblico e privato»⁹⁴.

Le potenzialità della *blockchain* in questo ambito non si esauriscono tuttavia nel riconoscimento delle certificazioni ma vanno esplorate maggiormente. La Commissione europea ha indicato l'identità digitale come un «prerequisito essenziale» per l'efficienza degli Stati membri, specificando al contempo che *today's digital identity approaches are broken*⁹⁵. Dal momento che la miglior candidata per intraprendere questo cambio di paradigma sembra ancora una volta la *blockchain*, non resta che attendere una presa di posizione da parte delle istituzioni italiane.

4.3 Blockchain e sanità pubblica

Uno degli utilizzi più interessanti della tecnologia *blockchain* può essere riferito alla sanità pubblica⁹⁶. L'impiego di tale tecnologia, infatti, potrebbe risolvere alcuni punti critici del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) a vantaggio tanto del paziente quanto della pubblica amministrazione. Anzitutto, la *blockchain* potrebbe garantire una gestione più sicura ed efficiente delle cartelle cliniche dei cittadini, ciò in quanto allo stato attuale queste cartelle sono contenute nei *database* di singole strutture ospedaliere e la loro condivisione – che spesso avviene manualmente – appare poco efficiente e per nulla sicura. Alcuni recenti avvenimenti hanno dimostrato che attualmente le compagnie assicurative, gli ospe-

⁹⁴ MUR, Report *blockchain e mutuo riconoscimento dei titoli di studio nell'UE – Rapporto di Disseminazione*, Marzo 2020, p. 36 reperibile su <http://www.ponricerca.gov.it/comunicazione/publicazioni> (visitato il 10 ottobre 2021).

⁹⁵ *Blockchain Observatory e Forum, Blockchain and digital identity*, cit., p. 1 ss. Sul punto si veda anche il report del 7 dicembre 2018 intitolato *Blockchain for Government and Public Services*, 21-22 con cui si è sottolineato che *online identities today are also easily forged, reducing trust. Even is safe, today's paradigm – with bits and pieces of identity information saved in hundreds if not thousands of databases in all corners of the internet – is terribly inefficient and not user friendly. (...) Blockchain offers the possibility of a more fundamental fix to the digital identity problem based on turning the current paradigm on its head*.

⁹⁶ Le potenzialità della tecnologia *blockchain* nel campo della sanità pubblica sono state approfondite nel report tematico del 2 maggio 2019 dell'*EU Blockchain Observatory & Forum* della Commissione europea intitolato *Blockchain use cases in healthcare*, reperibile su www.eublockchainforum.eu (visitato il 10 ottobre 2021). In letteratura, invece, tra i numerosi contributi si segnalano M. FARINA, *Blockchain e tutela della salute: verso la riorganizzazione dei sistemi sanitari?*, in *Federalismi.it*, 21, 2020, p. 170 ss.; C. PIRTLE, J. EHRENFELD, *Blockchain for healthcare: the next generation of medical records*, in *Journal of medical systems*, 42, 2018, p. 172 ss.

dali e i laboratori «siedono ciascuno sul proprio mucchio vulnerabile di dati»⁹⁷. Basti pensare all'attacco cibernetico del 2016 noto come Anthem Health, che lasciò esposte le informazioni di 78 milioni di pazienti o, ancora, all'attacco sferrato l'anno successivo con un *malware* (noto come *WannaCry*) che ha criptato i file in possesso di molti ospedali chiedendo un riscatto in *bitcoin* per lo sblocco. Inoltre, in situazioni di estrema urgenza nella quale non vi è il tempo per chiedere a un'altra struttura le informazioni mediche di un paziente, questa eccessiva frammentazione delle informazioni mediche potrebbe mettere in pericolo la stessa vita del paziente (per esempio la mancata conoscenza di un'allergia a un farmaco specifico). La *blockchain* potrebbe risolvere questi problemi creando un registro sanitario decentralizzato e accessibile in qualsiasi momento e luogo da chiunque abbia il consenso – e quindi la chiave digitale – del titolare dei dati.

Le informazioni mediche, come è noto, non sono importanti esclusivamente per i pazienti. Queste, una volta rese anonime (*rectius*, pseudonimizzate) e inserite in un registro decentralizzato, potrebbero rivelarsi di centrale importanza per la ricerca. Tanto è vero che il progetto *MyHealthMyData* (MHMD), facente parte del programma UE *Horizon 2020*, intende utilizzare la *blockchain* per creare il primo *network* di informazioni biomediche europee⁹⁸. I vantaggi che l'impiego di questa tecnologia emergente potrebbe apportare nell'ambito della sanità pubblica sono stati compresi anche da Paesi a noi vicini. L'Estonia, per esempio, ha riformato il suo sistema sanitario avvalendosi di un registro funzionante su tecnologia *blockchain*, così assicurando l'integrità e la sicurezza dei dati medici in esso contenuti⁹⁹. Merita anche particolare attenzione il pro-

⁹⁷ M.J. CASEY, P. VIGNA, *La macchina della verità. La blockchain e il futuro di ogni cosa*, cit., p. 71.

⁹⁸ Per un maggiore approfondimento sulla struttura e sugli obiettivi di *MyHealthMyData* si rimanda a www.myhealthmydata.eu (visitato il 10 ottobre 2021).

⁹⁹ La rivoluzione del sistema sanitario estone ha permesso di digitalizzare il 99% delle cartelle mediche attive, dando così la possibilità ai cittadini di accedere al loro fascicolo sanitario con un semplice *click*. I dati ufficiali sono reperibili su <https://e-estonia.com/solutions/healthcare/e-health-record/>, consultato il 10 gennaio 2021. Per un *focus* sull'esperienza estone si veda C. SULLIVAN, E. BURGER, *E-residency and blockchain*, in *Computer law & security review*, 33, 2017, p. 470.

getto svedese che prende il nome di *CareChain*, avviato con l'intenzione di implementare l'efficienza del sistema sanitario attraverso *blockchain*.

5. *Alcune considerazioni conclusive*

Sulla base di quanto visto nelle pagine precedenti non è possibile negare che la *blockchain* potrebbe rappresentare una valida soluzione per risolvere alcuni dei problemi strutturali della pubblica amministrazione. La rivoluzione promessa da questa tecnologia permette di immaginare un futuro non lontano in cui le pubbliche amministrazioni dei principali Stati europei possano svolgere le proprie funzioni in modo più veloce, efficiente ed efficace garantendo al contempo dei servizi pubblici ancora più vicini ai cittadini.

A queste considerazioni occorre tuttavia aggiungere che la tecnologia in commento non può essere vista come una bacchetta magica in grado di risolvere tutti i problemi che da decenni affliggono pubblica amministrazione italiana. Non deve dimenticarsi che la *blockchain* è pur sempre una tecnologia in fase di sviluppo e, almeno allo stato dell'arte, nessuno è in grado di formulare previsioni certe sul suo futuro. Quello che oggi si può intuire con assoluta certezza è che le caratteristiche dell'archetipo originario di *blockchain* ideato da Nakamoto per il funzionamento del *bitcoin* siano ontologicamente incompatibili con le caratteristiche di un'autorità pubblica. Dal momento che più ci si allontana dal modello più puro della *blockchain* e più questa sembra adatta a coadiuvare (e non a sostituire) l'amministrazione in alcuni specifici settori, le potenzialità di questa tecnologia potranno esprimersi soltanto qualora la ricerca sul campo tecnologico sia guidata e integrata dagli studiosi e operatori delle scienze giuridiche.

In Italia la diffusione di tecnologie basate su *blockchain* sta crescendo rapidamente, ma gli ultimi dati disponibili indicano che settori maggiormente interessati sono quelli della finanza, dell'agricoltura e delle catene di approvvigionamento¹⁰⁰. Il *Digital Economy and Society Index* (DESI), strumento utilizzato dal 2014 dalla Commissione europea che mappa lo stato della digitalizzazione dell'economia dei singoli Paesi UE, ha

¹⁰⁰ Dati indicati dal report tematico *UE Blockchain Observatory and forum, EU Blockchain Ecosystem Developments*, 20 novembre 2010, p. 83.

inoltre rilevato che il settore pubblico incide solo del 4,2% sul valore di mercato della tecnologia in commento¹⁰¹. Gli ambiziosi obiettivi concessi dal PNRR permettono tuttavia di immaginare un'inversione di rotta che possa dare una spinta al percorso di transizione digitale che la pubblica amministrazione italiana è chiamata ad affrontare.

¹⁰¹ *Digital Economy and Society Index (DESI)*, 2020, pp. 83-84, reperibile su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi> (visitato il 10 ottobre 2021).

Il *project financing* pubblico quale strumento metodologico per l'edificazione di nuovi impianti calcistici? Profili, scenari e prospettive

Gary Louis Pietrantonio

Partendo dal presupposto che le società sportive italiane non dispongono di infrastrutture in grado di generare proventi sufficienti, l'Autore descrive le problematiche del vigente procedimento speciale disposto dal legislatore al fine di accelerare la realizzazione dei nuovi stadi. L'Autore analizza quindi il recente d.lgs. 38/2021 per comprendere se sia riuscito a risolvere lacune e problematiche esistenti. L'articolo descrive inoltre le possibili soluzioni alternative per la realizzazione di nuovi impianti sportivi multifunzionali, soffermandosi sull'istituto del "project financing" come modificato dal "decreto semplificazioni" e dal "decreto sblocca cantieri". I risultati dell'analisi mostrano che gli interventi del legislatore hanno solo parzialmente risolto i problemi legati alla realizzazione delle infrastrutture sportive e alla cooperazione tra imprese private e pubbliche amministrazioni.

1. Introduzione

Da ormai svariati anni i principali attori del calcio professionistico italiano collegano la cronica crisi di risultati in ambito europeo delle società di calcio all'inadeguatezza infrastrutturale dei propri impianti sportivi¹. Tale assunzione è solo in parte vera, in quanto il *deficit* competitivo del calcio nostrano con quello dei principali Paesi europei è la conseguenza di diversi fattori. L'obsolescenza degli stadi rappresenta, infatti, solo una concausa dei deludenti risultati economici registrati dalle squadre di calcio le quali, per la miopia gestionale dei propri amministratori, non hanno saputo adeguare il proprio modello di *business*.

¹ Cfr. G. TEOTINO, M. UVA, *La ripartenza. Analisi e proposte per restituire competitività all'industria del calcio in Italia*, Bologna, il Mulino, 2010.

La mancata crescita dei ricavi, correlata all'incremento esponenziale dei costi gestionali, ha reso impossibile in molti casi il mantenimento di un equilibrio economico e finanziario delle squadre di calcio professionistiche. A ben vedere, quindi, la crisi di competitività del calcio italiano sembra potersi ricollegare, in primo luogo, alla mancata adozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili² che non hanno permesso ai principali *club* nostrani di comprendere la rivoluzione economica che stava colpendo il loro settore.

Questa situazione ha prodotto sia il fallimento di alcune storiche squadre di calcio³, che l'allontanamento dall'ambito del calcio professionistico d'importanti gruppi industriali italiani, i quali non sono stati in grado di sostenere gli investimenti richiesti per competere ai massimi livelli internazionali⁴. Negli ultimi anni, infatti, i principali *club* calcistici italiani sono passati nelle mani di importanti investitori esteri, i quali hanno avuto il merito di avviare un importante processo di ristrutturazione dei modelli di *governance* societaria⁵. A seguito di questo cambio di mentalità i nuovi *manager* hanno incentrato la propria attenzione

² Sul tema cfr. J.-C. CATALIOTTI, *Il business nel pallone. Analisi dei modelli organizzativi e gestionali delle società di calcio*, Milano, Ugo Mursia, 2015, p. 15 ss.; M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, Zanichelli, 2016, p. 24 ss.

³ Per un inquadramento delle tematiche delle squadre professionistiche e il fallimento cfr. D. VITTORIA, *La liquidazione necessaria delle società sportive e i rapporti con il fallimento*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1986, p. 25; G. VIDIRI, *Le società sportive tra normativa speciale e disciplina codicistica*, in *Le Società*, 1991, p. 75; F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio e l'affitto di azienda sportiva*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2006; U. APICE, *La società sportiva: dentro o fuori al codice civile*, in *Riv. dir. fall.*, 1986, p. 538 ss. e R. MILLOZZA, *Il fallimento delle società sportive di calcio* (nota a Trib. Venezia, 4 giugno 1984), in *Fallimento*, 1985, p. 196.

⁴ Per una ricostruzione del fenomeno cfr. F. SOTTILE, *Perché la Cina investe così tanto nel mondo del calcio?*, consultabile all'indirizzo internet <http://www.sportbusinessmanagement.it/2016/06/gli-investimenti-cinesi-nel-calcio.html>; M. ROMANDINI, *Perché i cinesi investono nel calcio*, consultabile all'indirizzo internet <https://www.wired.it/economia/finanza/2016/04/28/cinesi-calcio/>, 28 aprile 2016; AGI, *Milan, Inter e le altre squadre europee in mano cinese*, consultabile all'indirizzo Internet https://www.agi.it/sport/calcio/squadre_calcio_italia_europa_cina-1682602/news/2017-04-14/, 14 aprile 2017.

⁵ Per i problemi posti dalla nuova disciplina del Codice della Crisi in relazione alla *governance* delle società di capitali, cfr. tra tutti G. ROLFO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"*, in *Contr. impr.*, 2, 2019, p. 400 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 227 ss.; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Società*, 4, 2019, p. 399 ss.

alla sostenibilità economica dell'intera gestione delle squadre di calcio professionistiche, in particolare nel contenere i costi e nel ricercare nuove entrate finanziarie. Proprio in quest'ottica, l'impianto calcistico assume una rilevanza centrale per le squadre italiane in quanto è stato assodato, dalle principali rilevazioni di settore⁶, come gli introiti derivanti dall'utilizzo degli stadi non siano in linea con quelli generati dagli impianti sportivi multifunzionali in dotazione delle principali squadre professionistiche europee. La fisiologica incapacità degli stadi domestici a competere con quelli europei sorge dal fatto che l'infrastruttura "calcistica", salvo alcune rare eccezioni⁷, è obsoleta e progettata in una concezione monofunzionale, figlia di un contesto sociale diverso da quello attuale.

Nel corso dell'ultimo decennio si è infatti assistito ad una profonda rivisitazione del ruolo sociale dello stadio, il quale si sta trasformando in una infrastruttura atta ad appagare differenti bisogni⁸. Lo stadio multifunzionale, divenuto ormai modello di riferimento nei principali Paesi europei, si contraddistingue per la sua idoneità, a differenza dello stadio monofunzionale, a divenire parte integrante della società civile rappresentando a tutti gli effetti un "contenitore di esperienze" eterogeneo, non limitato al solo evento sportivo.

Al fine di soddisfare questa particolare esigenza è però necessario, in primo luogo, che le pubbliche amministrazioni, nella pianificazione urbanistica del proprio territorio procedano, anche con l'ausilio dei soggetti privati, ad individuare la corretta localizzazione dell'impianto sporti-

⁶ Cfr. il recente studio elaborato da Monitor Deloitte 2020 dal quale si evince che i ricavi medi degli stadi italiani, nel biennio 2017-2018, sono molto inferiori di quelli prodotti dalle strutture multifunzionali spagnole, inglesi e tedesche.

⁷ Questi impianti sono quelli riconducibili alla Juventus, all'Udinese e al Sassuolo. Per un'analisi dei percorsi operativi che hanno portato alla concezione di questi impianti cfr. S. FIDANZA, A. GIGLIOLA, *Il project financing per gli impianti sportivi alla luce delle linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione (ANAC) del 23 settembre 2015*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2, 2015, p. 328 ss. e A. STELLA DELLE FEMMINE, D. MUSCARÀ, *Il rilancio degli impianti sportivi italiani*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 3, 2016, p. 33 ss.

⁸ Sul punto cfr. A. STELLA DELLE FEMMINE, D. MUSCARÀ, *Il rilancio degli impianti sportivi italiani*, cit., p. 34.

vo⁹ evitando, in tal modo, di costruire le cd. “cattedrali nel deserto”¹⁰. Quest’ultimo, infatti, al fine di essere fruito per ragioni eterogenee, deve essere di facile accesso alle comunità locali ed essere, quindi, collegato alle principali arterie urbane delle città. Solamente seguendo questa regola si potranno edificare stadi che avranno la capacità di riqualificare aree urbane ed essere collettori di nuove attività commerciali. L’approccio alla multifunzionalità dello stadio comporterà anche il superamento della scarsa propensione degli operatori privati ad investire in questo tipo d’infrastruttura che fino ad oggi è stato considerato incapace di autosostenersi da un punto di vista finanziario.

Lo strumento che, almeno in astratto all’interno del vasto fenomeno del partenariato pubblico-privato (PPP), può contribuire a soddisfare questa particolare esigenza pare individuarsi nella finanza di progetto (“*project financing* pubblico”). Il *project financing* pubblico, infatti, rappresenta – attualmente – lo schema più funzionale, alternativo all’appalto pubblico¹¹, per convogliare i capitali privati verso il mercato delle infrastrutture pubbliche, come è già avvenuto in tema di ospedali, parcheggi e tratti autostradali, e potrebbe rivelarsi tale, come già avvenuto in altri Paesi europei¹², anche per gli stadi multifunzionali.

⁹ Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *La localizzazione degli impianti sportivi*, Relazione tenuta in occasione del primo Convegno annuale della *Rivista di diritto sportivo* dal titolo “Strumenti e tecniche di realizzazione degli impianti sportivi”, Roma, 6 dicembre 2012.

¹⁰ Un esempio di non corretta localizzazione dell’impianto sportivo è rappresentato dallo Stadio San Nicola di Bari. Sul tema cfr. D. LATTANZI, *Stadio, il San Nicola da rifare. Piano: sì a negozi e palestre*, consultabile all’indirizzo Internet <https://corrieredelmezzogiorno.corriere.it/napoli/notizie/sport/2011/10-dicembre-2011/stadio-san-nicola-rifarepiano-si-negozi-palestre--1902486129995.shtml>, 10 dicembre 2011.

¹¹ L’impossibilità per le pubbliche amministrazioni di fronteggiare direttamente la domanda di opere infrastrutturali trae origine dalla combinazione di diversi fattori. All’entità del debito pubblico interno, ad esempio, si aggiunge anche la previsione dell’art. 126 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), il quale non consente agli Stati membri di applicare alla propria spesa produttiva la cd. «*golden rule*» ovvero il deconsolidamento delle spese produttive dai bilanci statali. Sul tema cfr. G.L. PIETRANTONIO, *Il project financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 19.

¹² Sul tema cfr. A. DE MARTINI, *Gli stadi polifunzionali in Italia: dal confronto con l’Europa spunti di riflessione*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2, 2012; H.J. MARKERINK, *Stadi e grandi aree di intrattenimento. Il caso Amsterdam Arena*, in M. CANIGIANI, S. CHERUBINI (a cura di), *Media e co-marketing sportivo. Strategie di convergenza nel mercato globale e locale*, Milano, FrancoAngeli, 2003.

Tuttavia, va subito precisato come la finanza di progetto non possa considerarsi la soluzione semplice ad un problema complesso come la realizzazione o la ristrutturazione degli stadi¹³; al contempo, però, si deve senz'altro riconoscere che, attualmente, rappresenta la risposta migliore del nostro ordinamento alla domanda di nuovi stadi multifunzionali. Il successo di queste operazioni passa, tuttavia, anche attraverso le amministrazioni pubbliche che, scovre da eccessi formalistici, dovrebbero anche focalizzarsi sul risultato dell'investimento effettuato dagli operatori privati in termini di efficacia ed efficienza.

Il legislatore, conscio delle potenzialità del *project financing* in tema di infrastrutture e di realizzazione di lavori pubblici, ha da tempo cercato di normare questo fenomeno dandosi una disciplina di carattere generale¹⁴, che oggi trova puntuale disciplina negli artt. 183, 184, 185 e 186

¹³ Sulle problematiche giuridiche sottese ad una operazione di finanza di progetto cfr. G. MISSERINI, voce *Project financing (lavori pubblici)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II Aggiornamento, Torino, UTET, 2005, p. 261 e R. PERNA, *L'uso pubblico delle risorse private: un nuovo rapporto fra pubblico e privato nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Politica del diritto*, 2, 1996, p. 279, il quale rileva «l'impossibilità di pervenire ad una tipizzazione dei diversi moduli organizzativi attraverso cui si può esprimere la finanza di progetto, trattandosi di materia in stato di forte evoluzione anche in virtù della spiccata capacità creativa della prassi in relazione ad esigenze specifiche e concrete».

¹⁴ Per una ricostruzione del fenomeno della finanza di progetto nel nostro ordinamento cfr. A. DE ROBERTO, *Commento agli artt. 37-bis, 37-quater della L. 109/94*, in G. DE RUVO, L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI (a cura di), *Commento al regolamento di attuazione della Legge Quadro sui lavori pubblici*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 401; F. CARINGELLA (a cura di), *La nuova Legge Quadro sui lavori pubblici: legge 11 febbraio 1994, n. 109. Commentario*, Milano, Ipsoa, 1999; S. AMOROSINO, R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 1999, p. 61 ss.; M. BALDI, *Il project financing nella legge n. 415 del 1998*, in M. BALDI, G. DE MARZO (a cura di), *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, Ipsoa, 2001; M. MIGUIDI, *I lavori pubblici dopo la Merloni ter. Formulario guidato e ragionato*, Milano, Giuffrè, 1999; R. DE NICTOLIS, *Novità in materia di lavori pubblici (L. 166/2002 e L. 190/2002)*, 2002, consultabile all'indirizzo internet di seguito riportato: www.giustizia-amministrativa.it; A. TABARRINI, *Merloni quater. Le nuove norme in materia di lavori pubblici. Commento articolo per articolo alla Legge Quadro sugli appalti*, Rimini, Maggioli, 2002, p. 206; A. CANCRINI, F. PETULLA, *La Merloni quater: tutte le modifiche alla Legge Quadro sui lavori pubblici*, Roma, EPC, Collana Appalti, 2002, p. 124; L. OLIVIERI, *La nuova Legge Quadro sui lavori pubblici. Commento alla L. 109/1994 nelle parti interessate dalle modifiche apportate dalla L. 166/2002*, Macerata, Halley, 2002, p. 126; F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. 232 ss.; R. GIANI, *I contratti pubblici dopo il terzo correttivo*, Roma, Dike, 2008; G.L. PIETRANTONIO, *Il project financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, cit., p. 119 ss.

del rinnovato Codice dei contratti pubblici entrato in vigore con il d.lgs. 50/2016 s.m.i. (“Codice”)¹⁵. Il nuovo quadro normativo si è prefissato l’obiettivo di semplificare e chiarire alcune criticità emerse rispetto alle formulazioni previgenti, tali da ostacolare il processo di completamento di questa nuova tecnica di progettazione e programmazione dei lavori pubblici. Come vedremo, l’intervento riformatore ha solo in parte raggiunto tale scopo.

Prima del riordino normativo della finanza di progetto all’interno del Codice, che rappresenta oggi la disciplina generale dell’istituto, nell’ottica di superare l’evidente arretramento dei propri impianti sportivi, il nostro Parlamento aveva dato avvio ad una discussione¹⁶ con l’intento di ideare un procedimento semplificato di finanza di progetto specificatamente dedicato alla costruzione e alla ristrutturazione degli stadi al fine di rafforzare la candidatura italiana per l’organizzazione di eventi internazionali. Il tema, nonostante la presentazione di diversi progetti di legge, non è riuscito a trovare una regolamentazione sino all’entrata in vigore dell’art. 1, commi 303, 304 e 305, contenuti nella l. 147/2013 (cd. legge di stabilità 2014)¹⁷. Nell’intenzione del legislatore il contenuto di queste norme doveva consentire l’istituzione di un procedimento di finanza di progetto semplificato per il rinnovamento degli impianti di medie e grandi dimensioni. Proprio qui sta forse la prima grande svista normativa. Al contrario, infatti, di quanto precedentemente discusso all’interno del Parlamento¹⁸, il legislatore, nel dettare una disciplina comune agli impianti di medie e grandi dimensioni, non comprendeva le oggettive diversità di questi due

¹⁵ La figura del *project financing* nel nostro ordinamento trova sede oltre che negli articoli citati nella Parte III e IV (titolo I) del Codice.

¹⁶ Sul contenuto della discussione parlamentare cfr. A. DE MARTINI, *Gli stadi polifunzionali in Italia: dal confronto con l’Europa spunti di riflessione*, cit.

¹⁷ I commi 304 e 305 dell’articolo 1 della legge di stabilità 2014 verranno abrogati con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 28 febbraio 2021 attualmente prevista al 1° gennaio 2023. La norma in riferimento era stata definita da molti addetti ai lavori come “legge sugli stadi”. Sul tema cfr. F. SPANICCIATI, *L’edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obiettivi e risultati ottenuti dalla cd. Legge sugli stadi*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1, 2017, pp. 73-98; V.G. FEBBO, *La nuova disciplina legislativa in tema di costruzione e restyling degli impianti sportivi*, consultabile all’indirizzo Internet www.filodiritto.it, 27 febbraio 2014 e E. MORLINO, *Il nuovo project financing per gli impianti sportivi*, in *Munus*, 3, 2013.

¹⁸ Il disegno di legge S. 1193, si occupava principalmente della costruzione e ristrutturazione di impianti sportivi di grandi dimensioni.

tipi d'infrastrutture. Il primo rappresenta un'opera "tiepida"¹⁹ e quindi bisognosa di ricevere un incentivo da parte delle stazioni appaltanti se realizzato con capitali privati. Il secondo, che racchiude anche lo stadio multifunzionale, è qualificabile come un'opera "calda"²⁰ e quindi non bisognosa di alcun contributo da parte della committenza pubblica per la sua realizzazione. Sul punto si ritornerà anche in seguito ma è del tutto evidente che sarebbe stato opportuno attribuire al procedimento speciale, di cui si dirà sotto, il limitato perimetro degli stadi di calcio multifunzionali rimandando, invece, alla disciplina generale l'edificazione e la ristrutturazione degli impianti sportivi di piccole e medie dimensioni che, per il loro profilo strutturale, non possono qualificarsi come opere "calde" e avrebbero quindi potuto beneficiare degli strumenti correttivi già presenti all'interno del Codice.

Oltre a quanto sopra le norme contenute nella legge di stabilità 2014 non si sono rivelate, nella pratica, idonee a favorire l'approvazione di alcuni importanti progetti sugli stadi²¹, come quelli che hanno avuto ad oggetto i progetti per i nuovi impianti della A.S. Roma e A.C. Fiorentina, costringendo il legislatore ad apporre, di conseguenza, alcuni importanti correttivi²². Il primo si è perfezionato con l'entrata in vigore dell'art. 62 della l. 96/2017²³ che ha integrato e sostituito le norme introdotte con la

¹⁹ Sul tema del contributo nelle opere tiepide cfr. L. LIMBERTI, *La disciplina del contributo pubblico nelle concessioni*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive, approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, p. 169.

²⁰ Sul tema del finanziamento delle opere calde cfr. M. RICCHI, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, Relazione presentata in occasione del *forum* della pubblica amministrazione nell'ambito del convegno "Strumenti di finanza innovativa negli enti locali", Roma, 8 maggio 2006. Sempre dello stesso autore vanno segnalati sul tema: *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2002, p. 15 ss. e *La cessione dei beni immobili della Pubblica amministrazione nel project financing dopo la l. 166/2002*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2003, p. 136.

²¹ Una attenta ricostruzione sulla vicenda dello stadio della A.S. Roma è fornita da F. SPANICCIATI, *L'edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obbiettivi e risultati ottenuti dalla cd. legge sugli stadi*, cit., pp. 85-90.

²² La l. 147/2013 è stata in parte integrata e modificata dalla legge di conversione n. 96 del 21 giugno 2017.

²³ I commi 1, 2, 2-bis, 3, 4, 5, 5-bis, 5-ter dell'articolo 62 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazione dalla l. 21 giugno 2017 n. 96 verranno abrogate con l'entrata in vigore del decreto attuativo, come *infra* definito.

legge di stabilità 2014 (“correttivo 2017”). Quest’ultimo, in particolare, ha apportato sostanziali modifiche sia allo svolgimento dell’*iter* amministrativo funzionale all’approvazione dell’opera, che al contenuto del piano economico-finanziario presentato dal soggetto privato. Al correttivo 2017 si è anche aggiunto il recente art. 55-*bis* della l. 120/2020 (“correttivo 2020”) il quale, a sua volta, aggiungendo l’art. 1-*bis* all’art. 62 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, ha apportato una oggettiva facilitazione al superamento degli eventuali vincoli di tutela artistica, storica e culturale sugli stadi di calcio posti dalle Soprintendenze ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Questi ultimi, infatti, si sono rilevati decisivi per la mortalità delle iniziative imprenditoriali aventi ad oggetto la rivisitazione degli stadi della Roma e della Fiorentina²⁴.

Pare evidente come la normativa “speciale” della finanza di progetto sia oggi di difficile lettura e coordinamento. Inoltre, nonostante i diversi interventi correttivi, l’attuale impianto normativo non pare idoneo a superare quegli ostacoli di natura politica che nella prassi hanno portato alla mortalità delle principali iniziative aventi ad oggetto la rivisitazione dei principali stadi di calcio. In quest’ottica il nostro Parlamento ha delegato il Governo, con la legge delega 86/2019, ad adottare un apposito decreto legislativo al fine di riordinare «le norme di sicurezza per la costruzione e l’esercizio degli impianti sportivi nonché della disciplina relativa alla costruzione di nuovi impianti, alla ristrutturazione e al ripristino di quelli già esistenti, compresi quelli scolastici». Il decreto legislativo, attuativo della suddetta delega, è stato approvato il 28 febbraio 2021 (“decreto attuativo”) e le disposizioni ivi contenute entreranno in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2023.

Questa scelta legislativa impone di verificare in questa sede se le attuali fonti normative all’interno dell’ordinamento siano o meno idonee a dare linfa ad una nuova stagione di opere infrastrutturali sportive che, come accennato, rappresentano il futuro delle nostre squadre professionistiche. In attesa dell’entrata in vigore del decreto attuativo, il nostro ordinamento è dotato di due percorsi, alternativi tra loro, per dare corso al rinnovamento della propria impiantistica sportiva. Il primo, da applicarsi

²⁴ Sul tema cfr. F. SPANICCIATI, *L’edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obiettivi e risultati ottenuti dalla cd. legge sugli stadi*, cit., pp. 85-90.

per gli impianti di piccola dimensione, trova piena regolamentazione all'interno della disciplina generale del Codice. Il secondo, che si applica per gli impianti di medie e grandi dimensioni, trova la propria fonte normativa nel combinato disposto della legge di stabilità 2014, con il correttivo 2017 e il recente correttivo 2020 (congiuntamente il “procedimento speciale”)²⁵. Questo doppio binario, che come vedremo non ha portato i risultati sperati, è stato modificato dal decreto attuativo in una prospettiva di semplificazione del procedimento avente ad oggetto gli impianti sportivi multifunzionali. A ben vedere, infatti, ad oggi gli unici stadi di nuova concezione hanno trovato luce applicando uno schema diverso da quello introdotto dal legislatore, a più riprese, con le disposizioni di cui al procedimento speciale²⁶.

²⁵ Il procedimento speciale trova il proprio ambito applicativo a due categorie di impianti: (1) gli impianti sportivi omologati per un numero di posti a sedere pari o superiori a 500 al coperto o a 2.000 allo scoperto e (2) gli impianti sportivi omologati per un numero di posti a sedere pari o superiore a 4.000 al coperto e 20.000 allo scoperto (cfr. legge di stabilità 2014, art.1, comma 304, lett. c).

²⁶ Gli stadi della Juventus, dell'Udinese e del Sassuolo sono stati concepiti con schemi operativi diversi da quello rappresentato dal procedimento speciale in quanto hanno trovato la loro attuazione prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo. La Juventus, ad esempio, ha acquisito dal Comune di Torino il diritto di superficie, per la durata di 99 anni (con la possibilità di rinnovo alla scadenza nel 2104), sull'area dello stadio e dell'area ad esso adiacente denominata “Continassa” a fronte del pagamento di un corrispettivo economico di 25 milioni di euro. Questo intervento ha avuto un costo complessivo di euro 150 milioni e si è sviluppato tra il 2003 e il 2011. Il progetto sorge, infatti, con la sottoscrizione, nel luglio 2003, da parte della Juventus, di un accordo con il Comune di Torino avente ad oggetto la costituzione del diritto di superficie, sia sull'area dove sorgeva l'allora Stadio delle Alpi che sulle aree ad esso limitrofe. L'obiettivo dell'amministrazione comunale era quello di avviare un intervento di riqualificazione urbana per rigenerare un'area critica, con molti vuoti urbani. A tal fine il Comune di Torino aveva precedentemente deliberato la modifica al proprio piano regolatore con l'intento di far sorgere nelle aree attigue allo Stadio delle Alpi alcuni insediamenti commerciali e di pubblici servizi in grado, congiuntamente con l'edificazione di un nuovo stadio, di favorire fenomeni di aggregazione sociale e di animazione urbana. Il caso Juventus si distingue da quello dell'Udinese per il fatto che l'intera operazione con il Comune di Torino si è perfezionata senza l'applicazione della cd. “evidenza pubblica”. La Juventus, una volta formalizzata la convezione con il Comune di Torino, è riuscita a realizzare il nuovo impianto coinvolgendo una strada diversa da quella del procedimento speciale è stato quello dell'Udinese. L'impianto di Udine risaliva all'anno 1976 ed era stato oggetto di lavori di adeguamento eseguiti in occasione dei campionati mondiali di calcio del 1990. La società friulana e il Comune di Udine avevano avvertito la necessità di apportare una radicale ristrutturazione allo stadio, anche alla luce del fatto che la squadra locale

In definitiva il presente contributo mira preliminarmente ad esaminare le peculiarità della finanza di progetto e il contenuto del procedimento speciale. Inoltre, si propone di approfondire le principali problematiche applicative emerse per l'approvazione dei progetti dei nuovi stadi. Infine, nell'ottica di prospettive future e anche alla luce dell'introduzione del decreto attuativo, si prefigge di suggerire alcuni interventi correttivi per un uso più proficuo ed efficace della finanza di progetto in questo particolare ambito infrastrutturale.

partecipava con regolarità alle principali competizioni europee. A tal fine, il Comune di Udine richiese prima una valutazione tecnico-estimativa del complesso immobiliare denominato "Stadio Friuli" all'Agenzia del territorio, funzionale alla determinazione del canone di concessione dell'impianto in vista della sua ristrutturazione, e successivamente richiese alla Corte dei conti di esprimersi circa la possibilità giuridica di trasferire il diritto di superficie sul fondo su cui sorge lo Stadio Comunale e sulle aree limitrofe, ad esso pertinenti e funzionali, ad un soggetto giuridico al fine di dare corso alla ristrutturazione e alla trasformazione dello stadio. Alla luce delle considerazioni emerse in seno alle richiamate autorità, il Consiglio comunale indicava la procedura ad evidenza pubblica nella quale venivano indicate le seguenti condizioni: (1) euro 21.587.611,17 quale corrispettivo per l'acquisto del diritto di superficie della durata complessiva di 99 anni; (2) la possibilità, per l'aggiudicatario, di compensare, in tutto o in parte, il costo del diritto di superficie con l'ammontare dei costi sostenuti per i lavori di ristrutturazione; (3) l'obbligo in capo all'aggiudicatario, per l'intera vigenza del diritto di superficie, di corrispondere alla committenza pubblica l'importo annuale di euro 45.000,00. Come successo per l'impianto della Juventus, anche l'Udinese Calcio S.p.A., all'indomani della aggiudicazione della evidenza pubblica, ha finanziato parte dei lavori di ristrutturazione dello stadio tramite la cessione del *namings rights* dello "Stadio Friuli". Quest'ultima è avvenuta in favore della casa automobilistica francese Renault la quale ha provveduto a nominare il nuovo impianto sportivo "Dacia Arena". Il terzo impianto sportivo che è stato rivisitato seguendo un iter diverso da quello del procedimento speciale è quello dello stadio di Reggio Emilia, che dopo svariate vicissitudini è oggi nella piena disponibilità della U.S. Sassuolo Calcio. Quest'ultima l'ha acquistato nel 2013 all'interno dell'asta fallimentare della società di calcio Reggiana. A seguito di tale acquisto la U.S. Sassuolo Calcio ha proceduto a modificare il nome della struttura da "Stadio di Reggio Emilia Città del Tricolore" a "Mapei Stadium". Per una ricostruzione attenta di questi temi cfr. L. DE PAULI, L. MAZZEO, *Stadio di proprietà: un'esperienza anticipatrice tra ANAC, magistratura contabile, amministrativa e penale*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2017, p. 334; A. DE MARTINI, *Gli stadi polifunzionali in Italia: dal confronto con l'Europa spunti di riflessione*, cit., p. 120; D. TARI, *L'impatto dello Juventus Stadium sul futuro del club*, 2013, consultabile all'indirizzo Internet https://www.academia.edu/3099988/Limpatto_dello_Juventus_Stadium_sul_futuro_del_Club; Comune di Torino, *Trasferimento di proprietà superficaria e costituzione di diritto di superficie tra la Città di Torino e la Juventus F.C. S.p.A.*, 2003; A. ROVAGNATI, *Impianti sportivi ed Enti locali: valutazione economica, finanziamento, gestione ed aspetti di marketing*, Relazione finale CLT, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Economia, 2004; R. ALEMANNI, *Alla Continassa la nuova sede della Juve*, in *Torino Click, Agenzia quotidiana del Comune di Torino*, n. 105, 8 agosto 2010, p. 3.

2. *Il project financing come strumento operativo della pubblica amministrazione*

2.1 *Il project financing: profili generali*

L'attuale scenario, come si è precedentemente evidenziato, impone al nostro Paese di “mettere pesantemente mano” alla dotazione dei propri stadi. Un tale intervento, come già in parte delineato, produrrà infatti rilevanti benefici tra cui: (1) uno stimolo all'economia nazionale; (2) una forte domanda occupazionale, anche per tipologie di professionalità non legate al mondo del calcio professionistico, nonché (3) un consistente recupero in termini di competitività delle nostre principali squadre professionistiche.

A causa, tuttavia, dei forti vincoli di spesa imposti dalle istituzioni comunitarie, che si riflettono nel potere di spesa degli enti locali proprietari degli stadi, il nostro ordinamento dovrà intervenire in questo settore mediante una logica ed un approccio differente dal tradizionale contratto di appalto pubblico e favorire l'esecuzione di questi interventi mediante l'impiego dei capitali privati.

Questo percorso, come più volte riconosciuto dagli organismi comunitari, non potrà che passare dall'utilizzo degli strumenti di PPP²⁷; un percorso, per certi versi obbligato, che consentirà al nostro Paese anche di dare ulteriore impulso all'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale²⁸. Un elemento che potrebbe velocizzare questo processo è rappresentato dal fatto che le imprese ed i fondi d'investimento sono molto sensibili al mercato delle opere calde come gli stadi multifunzionali. Questo tipo d'intervento, infatti, oltre ad avere flussi di cassa prospettici in grado di ammortizzare l'investimento privato in un arco di tempo relativamente breve, si caratterizza

²⁷ Sull'inquadramento della figura del PPP nel nuovo Codice cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2016, p. 503 ss. Per un esame della figura del PPP prima dell'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, tra tutti, cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; G.F. CARTEI, *Le varie forme di Partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2011, p. 888; M.A. SANDULLI, *Il Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Federalismi.it*, 3, 2012, p. 36.

²⁸ In generale, sul principio di sussidiarietà nella sua declinazione orizzontale, si veda G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005, p. 179 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 5, 2002, p. 5 ss.

per alcuni elementi difficilmente riscontrabili in altri campi imprenditoriali. Va, infatti, ricordato, che la gestione di uno stadio di calcio consente al concessionario di operare in un mercato di riferimento caratterizzato dall'unicità dell'infrastruttura e quindi di confrontarsi in un mercato di monopolio "territoriale". Questo fattore si traduce in una bassa elasticità della domanda, da cui consegue una ridotta volatilità dei flussi di cassa generati dall'opera²⁹. Tale peculiarità è particolarmente gradita ai cd. "investitori istituzionali" che possono intravedere, nella corretta esecuzione e gestione di questo particolare tipo d'impianto sportivo, un investimento in cui diversificare la propria liquidità. Anche il legislatore pare essersi accorto dell'interesse di questi soggetti per alcuni tipi d'interventi infrastrutturali tant'è che ha esteso, tramite la legge 55/2019 (cd. "Sblocca Cantieri"), agli investitori istituzionali³⁰ la facoltà di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici le proposte di cui all'articolo 183, comma 15 del Codice³¹. Questa novità deve essere accolta positivamente in quanto questi soggetti, oltre che a finanziare l'edificazione dell'infrastruttura sportiva, possono avere un ruolo decisivo nel finanziare i necessari processi di riqualificazione e valorizzazione urbanistica delle aree adiacenti dove sorgeranno i nuovi stadi multifunzionali³².

²⁹ Cfr. S. GATTI, *Introduzione*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato pubblico-privato: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

³⁰ Il cd. Sblocca Cantieri integra l'articolo 183 del Codice con il comma 17-*bis*. Tale integrazione non è di poco conto in quanto consente a soggetti giuridici come la Cassa depositi e prestiti, l'Istituto per il credito sportivo, i Fondi comuni d'investimento Immobiliare, le Casse di previdenza e Fondi pensione di agire come promotori additivi all'interno dei progetti inerenti alla finanza di progetto. Da un punto di vista strettamente normativo ai sensi dell'art. 183, comma 17-*bis* del Codice rientrano nella figura di investitori istituzionali quelli indicati nell'elenco riportato all'art. 32, comma 3, del d.l. 122/2010, nonché i soggetti di cui all'art. 2, numero 3 del Reg. UE 2015/1017.

³¹ Nel merito, il legislatore con il nuovo comma 17-*bis* dell'articolo 183 ha quindi esteso anche agli investitori istituzionali la possibilità di presentare proposte tramite le modalità della finanza di progetto, ricomprendendo anche gli istituti nazionali di promozione, quali ad esempio la Cassa depositi e prestiti s.p.a. che si configura come istituto nazionale di promozione ai sensi della normativa europea sugli investimenti strategici. Analoga apertura viene fatta agli istituti nazionali di promozione. Questi soggetti si aggiungono quindi all'elenco del precedente comma 17 dell'articolo 183 che già comprende, fra gli altri, i fondi immobiliari, gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia (OICR), gli enti di previdenza le imprese di assicurazione italiane, gli intermediari bancari e finanziari italiani vigilati e gli investitori istituzionali esteri.

³² Il legislatore pare prendere atto di quanto verificatosi all'indomani della edificazione del nuovo stadio della Juventus dove, tramite le risorse finanziarie messe a disposizione del Fondo J-Villa-

Tuttavia, se è indubbio che questa particolare *asset class* possa costituire una reale forma di impiego di capitali alternativa ad altre forme d'investimento è altrettanto vero che l'attrattiva dei capitali privati a questo tipo d'infrastruttura reale necessita di alcune condizioni imprescindibili. La prima riguarda il ruolo della pubblica amministrazione che deve confrontarsi con una logica imprenditoriale nei confronti delle tematiche sottostanti alla realizzazione di un'opera complessa come quella rappresentata da uno stadio multifunzionale. La seconda è rappresentata da un quadro normativo idoneo a far fronte in modo rapido ed efficiente ad eventuali eventi patologici che potrebbero pregiudicare la realizzabilità o la redditività dell'intervento proposto dall'operatore privato.

È dunque in questo scenario di riferimento che va inquadrata la finanza di progetto che, all'interno delle diverse figure di PPP, è quella che meglio si adatta a trovare una composizione degli interessi confliggenti tra la pubblica amministrazione e gli operatori privati.

La struttura dell'operazione della finanza di progetto è incentrata sul trasferimento del cd. "rischio imprenditoriale" ad una pluralità di soggetti giuridici. Tale fenomeno avviene attraverso un insieme di rapporti negoziali che, oltre ad essere collegati e condizionati gli uni con gli altri, sono tutti essenziali per l'iniziativa imprenditoriale.

Proprio la particolare allocazione del rischio imprenditoriale ha portato la finanza di progetto ad essere oggetto di interesse della pubblica amministrazione. Ciò in quanto attraverso questa particolare tecnica si riesce, almeno teoricamente, a conseguire un duplice risultato: (1) una forte contrazione della spesa pubblica per i lavori pubblici e (2) una maggiore efficienza delle opere pubbliche grazie al *know how* ed alla tecnologia apportata dai soggetti privati. Proprio in questo ambito si concretizza la convergenza d'interessi tra la pubblica amministrazione, interessata alla realizzazione dell'opera ed alla gestione della medesima minimizzandone i costi di realizzazione, e gli interessi dei soggetti privati che nutrono, al contrario, l'aspettativa di conseguire interessanti ritorni economici dalla gestione dell'opera pubblica realizzata per conto della pubblica amministrazione.

ge (che è un Fondo di Investimento Alternativo Immobiliare di tipo chiuso riservato ad investitori professionali), si è dato corso ad un importante processo di riqualificazione e valorizzazione urbana dell'area della Continassa situata nella periferia nord-ovest di Torino ed adiacente all'Allianz Stadium.

Questa nuova composizione di interessi tra soggetti pubblici e privati, anche in un'ottica di *New public management*³³, rappresenta a tutti gli effetti un nuovo modello di azione amministrativa che è alla base del PPP e che si contraddistingue per una forte cooperazione tra il settore pubblico e quello privato. In questa dinamica al privato viene affidata la realizzazione e la gestione dell'opera, mentre alla pubblica amministrazione è riservato il compito di individuare bisogni collettivi.

La finanza di progetto rappresenta, quindi, una chiara modalità operativa con cui dare esecuzione alla cd. "amministrazione per risultati". Con questo termine ci si riferisce ad un modello innovativo di azione amministrativa che nel voler conseguire l'interesse generale prende in considerazione anche l'opzione "privatistica" al fine di dare esecuzione al soddisfacimento di un interesse generale.

2.2 *L'evoluzione normativa del project financing*

L'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano del *project financing* (inizialmente definito come «procedimento del promotore») risale alla legge del 18 novembre 1998, n. 415 (cd. legge Merloni-ter), la quale aggiunse alla l. 109/1994, cd. legge Merloni (legge quadro in materia di lavori pubblici), gli articoli rubricati dal 37-bis al 37-nonies.

Il pregio della norma risiedeva nell'aver finalmente definito, dopo anni di carenza del quadro legislativo, il procedimento da seguire per il finanziamento di opere pubbliche da parte dei privati.

In seguito alla novella del 1998, il legislatore è intervenuto riformando l'istituto attraverso la legge del 1° agosto 2002, n. 266 (cd. legge Merloni-quater)³⁴, che ha cercato di rendere maggiormente flessibile l'istituto al fine di avvantaggiare il più possibile la sua diffusione, favorendone l'applicazione anche ad opere di piccole e medie dimensioni³⁵.

³³ Così F. GARRI, *Project financing e performance bond*, cit., p. 259.

³⁴ La l. 166/2002, secondo l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, ha inteso rimuovere quegli elementi di criticità che nel primo periodo di applicazione dell'istituto hanno costituito una remora al suo sviluppo.

³⁵ Si cfr. R. DE NICTOLIS, *Novità in materia di lavori pubblici (L. 166/2002 e L. 190/2002)*, 2002, consultabile all'indirizzo Internet www.giustizia-amministrativa.it; A. TABARRINI, *Merloni quater. Le nuove norme in materia di lavori pubblici. Commento articolo per articolo alla Legge Quadro sugli appalti*, Rimini, Maggioli, 2002, p. 206.

Nel contenuto va sottolineato come la disciplina contenuta sia nella legge Merloni-*ter* che nella legge Merloni-*quater* ricalcasse quella della concessione dei lavori pubblici in senso classico, prevedendo la realizzazione di opere pubbliche tramite finanziamenti privati con l'onere della pubblica amministrazione di affidare, con apposita gara, contratti di concessione di costruzione e gestione dell'opera.

L'istituto si è successivamente evoluto con l'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006³⁶, prima versione del Codice dei contratti pubblici. Quest'ultimo riservò alla finanza di progetto un insieme specifico di norme (artt. 153-160). Tuttavia in questo intervento normativo si assiste, di fatto, ad una mera riproposizione del quadro normativo previgente. Lo scarso spirito innovativo che contraddistingueva la prima versione del Codice dei contratti pubblici dipese dalla mancata introduzione di una definizione generale dei contratti di PPP, di cui la finanza di progetto rappresenta una delle principali modalità applicative.

Questa fu introdotta, infatti, solo successivamente dal d.lgs. 152/2008, il quale fornì una apposita definizione al comma 15 del previgente art. 3 del Codice dei contratti pubblici. Oltre a questa sostanziale modifica la prima versione del Codice dei contratti pubblici subì ulteriori ed importanti cambiamenti. In questa direzione vanno senza ombra di dubbio ricordati i tre decreti correttivi al Codice dei contratti pubblici, ovvero il d.lgs. 6/2007 (primo correttivo), il d.lgs. 113/2007 (secondo correttivo) e il d.lgs. 152/2008 (terzo correttivo). In aggiunta a questi interventi «strutturali» si sono susseguite, prima dell'avvento del nuovo Codice nel 2016, una serie di novelle legislative che, raccogliendo le istanze degli operatori del settore, hanno cercato di migliorare il funzionamento dell'istituto³⁷.

³⁶ Il d.lgs. del 12 aprile 2006, n. 163, ha recepito la delega contenuta nell'art. 25 della legge comunitaria n. 62 del 18 aprile 2004 tesa a recepire le direttive comunitarie 2004/18/CE e 2004/17/CE.

³⁷ Il Codice, entrato in vigore con il d.lgs. 50/2016 s.m.i., ha avuto il merito di riordinare, all'interno dell'art. 183, le disposizioni attinenti alla figura della finanza di progetto. Quest'ultima, infatti, dalla sua comparsa nel nostro ordinamento, attraverso la l. 109/1994, ha subito una profonda trasformazione mediante l'attuazione di vari provvedimenti legislativi. La figura del *project financing* è stata, infatti, modificata dalle seguenti disposizioni normative: (1) l. 166/2002 (cd. Merloni-*quater*), che introdusse il discusso diritto di prelazione; (2) l. 62/2005 (cd. «legge comunitaria del 2004»); (3) d.lgs. 163/2006, che ha introdotto la prima versione del Codice dei

Questi interventi hanno concorso a formare l'attuale impianto normativo del *project financing* contenuto nell'attuale Codice. La moltitudine degli interventi legislativi intervenuti ad innovare ed a correggere i vari profili della finanza di progetto dimostra come essa porti con sé oggettive difficoltà di adattamento al nostro ordinamento giuridico così come obbiettive potenzialità per favorire lo sviluppo e la realizzazione d'infrastrutture strategiche all'interno del territorio.

2.3 *Le procedure di gara della finanza di progetto nel Codice*

Il Codice³⁸, così come recentemente modificato dal decreto legge n. 76/2020 ("decreto semplificazioni")³⁹, ha rivisitato in modo significativo⁴⁰ le procedure di gara in materia di finanza di progetto.

I cambiamenti apportati in prima battuta dal Codice sono stati inseriti nell'ottica di semplificare il procedimento amministrativo teso all'individuazione del soggetto aggiudicatario mentre quelli predisposti dal

contratti pubblici; (4) d.lgs. 113/2007 (cd. secondo correttivo), che ha proceduto ad eliminare il diritto di prelazione; (5) d.lgs. 152/2008 (cd. terzo correttivo), che ha rivoluzionato integralmente il procedimento di aggiudicazione delle gare aventi ad oggetto la finanza di progetto e reintrodotta il diritto di prelazione in specifici ambiti di gara; (6) l. 106/2011, che ha modificato il comma 9 dell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici estendendo la platea dei soggetti autorizzati ad asseverare il piano economico-finanziario contenuto nell'offerta depositata dal promotore; (7) l. 27/2012, che ha apportato significative modifiche nell'ambito della disciplina attinente all'emissione delle obbligazioni e dei titoli di debito emessi dalla società di progetto; (8) l. 134/2012, che ha apportato alcune modifiche sulla redazione dello studio di fattibilità introducendo il comma 2-bis all'allora vigente art. 153 del Codice; (9) l. 221/2012, che ha modificato il comma 4 dell'allora art. 157 del Codice; (10) l. 98/2013, la quale al fine di agevolare la bancabilità delle iniziative legate alla finanza di progetto aggiunse all'allora art. 153 del Codice il comma 21-bis. Quest'ultimo estendeva le disposizioni di cui ai commi 3-bis, 3-ter e 3-quater dell'allora art. 144 del Codice anche alle operazioni di finanza di progetto; (11) l. 164/2014, la quale ha introdotto rilevanti modifiche ai commi 1, 2, 3, e 4 dell'art. 157 del Codice in ambito di *project bond*.

³⁸ Per un primo commento al Codice dei contratti pubblici e alla ricostruzione delle procedure di affidamento *ante* terzo correttivo cfr. G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati: profili critici*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 232 ss.; R. GIANI, *I contratti pubblici dopo il terzo correttivo*, Roma, Dike, 2008.

³⁹ Il decreto legge 76/2020 successivamente convertito con la legge n. 120/2020 reintroduce nell'ordinamento giuridico la figura del promotore additivo discutibilmente abrogata all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice. Sul punto cfr. R. CORI, *Il decreto legge semplificazioni modifica l'istituto della finanza di progetto ad iniziativa privata*, in *Appalti e Contratti*, 2021.

⁴⁰ Le procedure di gara nel previgente Codice dei contratti pubblici trovavano regolamentazione nell'art. 153.

successivo decreto semplificazioni mirano invece a ridare linfa al ruolo propositivo del soggetto privato reintroducendo la figura del c.d. “promotore additivo”.

Attualmente le procedure di gara sono disciplinate dall’art. 183 del Codice il quale ha eliminato, in modo discutibile, la gara bifasica⁴¹. L’abrogazione della procedura a doppia gara con diritto di prelazione pare seguire un duplice fine. Da un lato sembra leggersi un chiaro intento a semplificare un *iter* di gara caratterizzato da complessi passaggi subprocedurali, dall’altro l’eliminazione di questa procedura sembra anche voler evitare ulteriori problematiche in relazione al più volte contestato diritto di prelazione.

La cancellazione di questa procedura di aggiudicazione merita comunque qualche riflessione. In primo luogo non può non essere osservato come l’eliminazione della gara bifasica tolga alla stazione appaltante uno strumento che aveva il fine di ottenere condizioni economiche più vantaggiose rispetto alla “sopravvissuta” procedura a gara unica. Non vi è dubbio, infatti, che il complesso *iter* procedurale indicato nel previgente comma 15 dell’art. 153 mirava a mettere in concorrenza l’offerta del promotore, selezionato nella prima fase di gara, con quella di altri operatori economici i quali erano, a loro volta, messi in grado di offrire condizioni migliorative sia sotto il profilo strettamente economico che sotto il più ampio profilo contrattuale. Questo elemento rendeva il ricorso alla gara bifasica consigliabile ogniqualvolta il bando avesse ad oggetto la realizzazione di interventi infrastrutturali complessi, dove, a causa dell’asimmetria informativa⁴², la stazione appaltante partiva svantaggiata

⁴¹ La procedura a doppia gara con diritto di prelazione a favore del promotore veniva nella precedente versione del Codice dei contratti pubblici disciplinata dall’art. 153, comma 15. Essa fu definita dalla dottrina come “bifasica” in quanto era contraddistinta da due momenti concorsuali finalizzati alla individuazione del soggetto concessionario. Per una attenta valutazione di questo tipo di gara cfr. determinazione n. 1 del 14 gennaio 2009 dell’AVCP, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi, forniture (ora ANAC).

⁴² Sulla carenza di informazioni e di competenza delle stazioni appaltanti in relazione alle opere infrastrutturali complesse cfr. M. RICCHI, *Negoziazione, discrezionalità e dialogo competitivo. Una teoria per l’affidamento dei contratti complessi*, documento discusso alla III Conferenza SIDE (Società Italiana di Diritto ed Economia), Milano, 9 novembre 2007, il quale definisce il mercato del PPP «arretrato perché tutte le numerose pubbliche amministrazioni agiscono nella regolazione in modo indipendente e con scarsa competenza acquistando i servizi oltre i valori di convenienza».

in termini di conoscenze rispetto alle proprie controparti private. Sarebbe stato quindi consigliabile mantenere in vita la gara bifasica condizionando, eventualmente, il suo utilizzo da parte delle stazioni appaltanti solo a quegli interventi contraddistinti da una certa complessità progettuale e finanziaria come ad esempio gli stadi multifunzionali.

Il recente reinserimento della figura del *project financing* ad iniziativa totalmente privata mira chiaramente a valorizzare il ruolo propositivo del soggetto privato che era stato sorprendentemente affievolito nella prima versione del Codice tramite l'abrogazione dei commi 16, 17 e 18 del previgente articolo 153 del Codice dei contratti pubblici. Questi ultimi, in particolare, indicavano una terza gara contraddistinta da un'iniziativa privata suppletiva e surrogatoria all'inerzia della pubblica amministrazione⁴³. Il consolidamento del ruolo del promotore privato pare anche conciliarsi con il nuovo comma 17 dell'art. 183 del Codice il quale, come anticipato, ha esteso anche agli investitori istituzionali la facoltà di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici le proposte di cui all'articolo 183, comma 15 del Codice. Analizzando attentamente il testo novellato dell'art. 183, comma 15, ci si rende conto che il legislatore con l'intervento correttivo ha ampliato l'ambito operativo del promotore privato rispetto a quanto già indicato nel Codice previgente⁴⁴. Ciò in quanto la norma appena richiamata consente al soggetto promotore la facoltà di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici anche delle proposte inerenti ad interventi già presenti negli strumenti di programmazione⁴⁵.

⁴³ La procedura su iniziativa del privato per le opere inserite nella programmazione (ex art. 153, commi 16-18) consentiva di fatto di ampliare il margine operativo della finanza di progetto. Il ricorso a questa particolare tipologia di procedimento era possibile nel caso in cui le stazioni appaltanti, nonostante avessero inserito nell'elenco annuale dei lavori pubblici uno specifico intervento finanziabile in tutto o in parte con risorse private, non avessero dato seguito alla pubblicazione del relativo bando nei successivi sei mesi. In queste circostanze era consentito, ai soggetti in possesso dei requisiti previsti per il concessionario, di presentare una proposta, entro quattro mesi decorsi sei mesi dall'inserimento del lavoro nell'elenco annuale.

⁴⁴ Nel previgente Codice dei contratti pubblici l'intervento propulsivo del privato era circoscritto alla presentazione di opere infrastrutturali non presenti negli strumenti di programmazione.

⁴⁵ Cfr. art. 8, comma 5 del decreto semplificazioni, nella quale si chiarisce in proposito che «al fine dunque di assicurare la migliore fattibilità dei progetti ovvero rimediare alla potenziale inerzia della amministrazione, la disposizione concede al promotore la facoltà di proporre progetti anche alternativi, migliorati e affinati rispetto a quelli già inseriti negli strumenti di programmazione».

La scelta legislativa pare corretta in quanto, questa tipologia procedurale, è quella che meglio risponde alla necessità d'integrazione e di cooperazione tra la stazione appaltante ed il privato, rappresentando senza ombra di dubbio uno dei migliori esempi di sussidiarietà orizzontale a cui aspirano le operazioni di PPP.

Alla luce di queste considerazioni pare logico affermare come sia stato appropriato rivitalizzare la procedura relativa al promotore additivo cercando, tuttavia, al contempo di snellirla da passaggi complessi. Le innovazioni apportate dal decreto semplificazioni si traducono sia in un rinvigorimento degli strumenti di PPP che in una concreta possibilità di ricorrere alla finanza di progetto nella realizzazione delle opere infrastrutturali quali gli impianti sportivi di piccole dimensioni. Fatte queste considerazioni di carattere generale, è doveroso comprendere quali procedure di gara siano attualmente applicabili per la realizzazione di tali impianti.

In questa direzione si osserva che i primi 14 commi dell'art. 183 del Codice riproducono, di fatto, lo schema della gara monofase precedentemente disciplinata dall'art. 153 del previgente Codice dei contratti pubblici. In virtù del procedimento sopra menzionato, l'amministrazione aggiudicatrice pubblica un bando di gara per l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici finalizzato all'individuazione del promotore, ponendo come base di gara un progetto di fattibilità. Le offerte devono contenere un progetto definitivo, una bozza di convenzione ed un piano economico-finanziario (asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, o da una società di revisione)⁴⁶ nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Ai sensi del comma 13 dell'art. 183 del Codice, le offerte (in tutte le procedure di affidamento previste dal medesimo articolo) devono essere corredate da una garanzia fideiussoria⁴⁷ denominata "garanzia provvisoria"⁴⁸.

⁴⁶ Il decreto sviluppo, modificando l'art. 153, comma 9, del Codice, ha ampliato le categorie di soggetti legittimati ad effettuare l'attività di asseverazione del piano economico.

⁴⁷ La quale, ai sensi dell'art. 93 del Codice, deve essere pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito cui si aggiunge un'ulteriore cauzione, specificatamente richiamata dalla norma, pari al 2,5% del valore dell'investimento così come desumibile dal progetto di fattibilità.

⁴⁸ L'art. 103 del Codice afferma, inoltre, che il soggetto individuato come concessionario deve depositare una cauzione, a garanzia delle penali relative al mancato pagamento o inesatto

A seguito dell'esame delle offerte pervenute, l'amministrazione aggiudicatrice redige una graduatoria secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95 del Codice⁴⁹.

All'esito la stazione appaltante nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta e avvia la procedura di approvazione del progetto definitivo presentato dallo stesso⁵⁰.

Anche nella attuale versione del Codice, al pari di quella precedente, viene confermato il fatto che, in qualunque circostanza si ricada, la stipula del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto definitivo e dell'accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario. In aggiunta alla procedura monofase il legislatore, come già delineato, prevede in favore degli operatori privati la possibilità di presentare proposte anche se già presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice.

inadempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, pari al 10% del costo annuo operativo di esercizio.

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 183, comma 5, del Codice, l'esame delle proposte, oltre a quanto previsto all'art. 95, è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato ed al valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione. A completare i criteri valutativi concorre anche il comma 6 dell'art. 183 del Codice, il quale afferma che il «bando di gara deve indicare i criteri, secondo l'ordine di importanza, in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte».

⁵⁰ Una volta individuata la proposta del promotore l'art. 183 del Codice prevede, in sintesi, le seguenti ipotesi: (1) se il progetto definitivo non necessita di modifiche progettuali, l'amministrazione procede direttamente alla stipula della concessione con il promotore; (2) qualora il progetto definitivo preliminare offerto dal promotore necessiti di modifiche, invece, sono previste le seguenti possibilità: (A) la concessione è aggiudicata al promotore, qualora quest'ultimo accetti di modificare il proprio progetto definitivo secondo le richieste dell'amministrazione; in tal caso le modifiche non comportano alcun compenso aggiuntivo né incremento per le spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano economico-finanziario e (B) se il promotore non accetta di modificare il progetto definitivo, la pubblica amministrazione ha la facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte e non accettate dallo stesso. Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta che, in ogni caso, non può superare il 2,5% del valore dell'investimento desumibile dal progetto di fattibilità (cfr. comma 9 dell'art. 183 del Codice).

Il tratto caratteristico di questo *iter* procedurale, come già evidenziato, si rinviene nella circostanza per cui le proposte dei promotori privati possono essere collegate o meno alla programmazione di cui all'art. 21 del Codice. Questo schema di gara, ora contenuto nel comma 15 dell'art. 183 del Codice, prevede, infatti, che gli operatori economici possano presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di realizzazione di lavori pubblici ovvero di lavori di pubblica utilità previsti o non previsti dagli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni stesse.

Una volta ricevuta la suddetta documentazione la stazione appaltante è tenuta a valutare, entro tre mesi dalla ricezione della stessa, il pubblico interesse della proposta così presentata e, a tal fine, può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione, in mancanza delle quali la proposta non potrà essere valutata.

Il progetto di fattibilità, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale di cui all'art. 21 del Codice, ovvero negli strumenti di programmazione già approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, ed è approvato con le modalità previste per l'approvazione dei progetti.

Nella successiva gara i concorrenti, compreso il promotore, devono depositare un'offerta con i requisiti indicati nel comma 15 dell'art. 183 del Codice. Nel caso in cui il promotore non risulti aggiudicatario quest'ultimo può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire così aggiudicatario se dichiara di impegnarsi «ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario».

Grazie alle modifiche apportate alla figura del promotore additivo dal decreto semplificazioni si superano gli evidenti limiti applicativi dell'iniziativa totalmente privata riscontrata nel passato anche nella realizzazione degli impianti sportivi di piccole dimensioni. Nella lettura complessiva del testo appare quindi evidente come la nuova procedura di gara delineata dal nuovo art. 183, comma 15 potrà affiancarsi al modello della gara monofase divenendo un utile strumento per gli operatori privati per sviluppare ed edificare nuovi impianti sportivi.

3. Il procedimento speciale della finanza di progetto per la realizzazione degli impianti sportivi di medie e grandi dimensioni. Quadro normativo e risvolti applicativi

3.1 La legge sugli stadi: un quadro normativo articolato in attesa della attuazione del decreto attuativo⁵¹

Come anticipato nel paragrafo introduttivo, nel panorama europeo sono sorte da ormai una decina di anni⁵² nuove generazioni di stadi di calcio caratterizzati da alti *standard* di sicurezza e con una intrinseca capacità di generare ricavi⁵³.

A parte alcune rare eccezioni, il nostro Paese non ha seguito questa strada e ad oggi riscontra un importante *deficit* infrastrutturale nella impiantistica dei propri stadi. Tale circostanza deve essere valutata in modo negativo in quanto, come dimostrato dalle esperienze straniere, questo tipo di opera oltre ad essere *self-liquidating* è anche idonea a creare molti effetti positivi nel territorio di riferimento, come la creazione di posti di lavoro e la riqualificazione urbanistica di aree degradate.

Il mancato ammodernamento dei nostri impianti calcistici è senza ombra di dubbio figlio del loro particolare inquadramento giuridico. Questi ultimi, infatti, sono ad oggi di quasi esclusiva proprietà comunale⁵⁴. Il suddetto carattere pubblicistico colloca questo particolare tipo di *asset* all'interno del patrimonio indisponibile⁵⁵ dei Comuni, il quale come

⁵¹ La legge delega 89/2019 ha attribuito al Governo il potere di adottare uno o più decreti legislativi per il riordino e la riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi nonché della disciplina relativa alla costruzione di nuovi impianti, alla ristrutturazione e al ripristino di quelli già esistenti, compresi quelli scolastici. Dopo un lungo periodo di gestazione, il decreto attuativo della legge delega ha trovato luce con il d.lgs. del 28 febbraio 2021 n. 38 le cui disposizioni si applicheranno a decorrere dal 1° gennaio 2023 e saranno esaminate nel successivo paragrafo 3.2. del presente articolo.

⁵² Sul punto cfr. M. BELINAZZO, *Sfida da Serie A*, in *Il Sole 24 Ore - Economia e Imprese*, 5 aprile 2020.

⁵³ Sul punto cfr. M. BELINAZZO, *Sfida da Serie A*, cit.

⁵⁴ Sul punto cfr. M. BELINAZZO, *Rinnovare gli stadi di Serie A vale oltre 100 miliardi*, in *Il Sole 24 Ore - Economia e Imprese*, 12 luglio 2020.

⁵⁵ Sul punto cfr. Cons. St., 26 luglio 2016, n. 3380, massima redazionale, 2016; Cons. St., 2 maggio 2013, n. 2385, consultabile all'indirizzo Internet www.dirittodeiservizi pubblici.it; Cass., SS.UU., 13 novembre 1997, n. 11219, in *Corriere giuridico*, 2, 1998, 145; Cass. civ., SS.UU., 13 ottobre 1994, n. 10199, in *Mass. giur. it.*, 1994.

noto deve essere destinato all'esercizio di un pubblico servizio⁵⁶. Questa situazione rappresenta un ostacolo oggettivo alla implementazione di qualsiasi progetto di rinnovamento o di riqualificazione, in quanto qualsiasi iniziativa privata in tal senso si trova sottoposta al vaglio di un complesso procedimento amministrativo. Tale *iter* burocratico prevede, infatti, il coinvolgimento di diversi enti territoriali portatori d'interessi eterogenei e contrastanti tra loro. Il regime pubblicistico appena delineato si scontra, inoltre, con le scarse risorse finanziarie dei Comuni a dare avvio in modo autonomo alla realizzazione di ambiziosi progetti ingegneristici quali sono gli stadi multifunzionali.

Nell'ottica di superare l'evidente situazione di stallo appena descritta, il nostro legislatore come già descritto, in attesa dell'applicazione della disciplina di cui al decreto attuativo, si è dotato di un procedimento speciale con l'intento di semplificare l'*iter* urbanistico ed amministrativo per la costruzione e ristrutturazione degli impianti di medie e grandi dimensioni. Come già delineato il suddetto procedimento speciale trova la propria piena regolamentazione in distinte fonti legislative.

L'interpretazione di questo articolato quadro normativo necessita, quindi, di una importante attività di coordinamento al fine di comprendere la complessità della materia. Prima di analizzare i caratteri salienti delle norme destinate alla realizzazione di uno stadio multifunzionale, è necessario fare alcune considerazioni preliminari le quali saranno d'aiuto nella comprensione delle singole disposizioni che caratterizzano questo particolare ambito.

In primo luogo possiamo affermare come dopo anni d'immobilismo legislativo l'ordinamento, seppur in modo disorganico, abbia finalmente messo le mani su un settore ritenuto strategico per lo sviluppo economico del nostro Paese, considerando come essenziale l'intervento dei capitali privati per il rilancio dell'impiantistica sportiva nazionale. In quest'ottica il procedimento speciale consente al privato di apportare nel piano economico-finanziario, a supporto della propria iniziativa, dei correttivi finalizzati alla sostenibilità del proprio investimento. In tal senso si riscontra la facoltà dell'operatore

⁵⁶ Sul punto cfr. Cons. St., n. 2385/2013, che per gli impianti sportivi afferma «si tratta di beni su cui insiste un vincolo funzionale, coerente con la loro vocazione naturale ad essere impiegati in favore della collettività, per attività d'interesse generale, e non vi è dubbio che gli impianti sportivi sottendano a tale tipologia di attività». In senso conforme anche TAR Veneto, sez. I, 10 giugno 2013, n. 797.

privato di poter collegare, alla costruzione dell'impianto sportivo, la realizzazione di immobili con destinazioni d'uso diverse da quella sportiva, complementari o funzionali al finanziamento o alla fruibilità dell'opera in oggetto⁵⁷, in aree attigue con la stessa, con il solo limite che essi non abbiano una destinazione di natura residenziale⁵⁸. Sempre in questa prospettiva deve essere letta la facoltà del promotore di richiedere, all'ente territoriale competente, la cessione del diritto di superficie e del diritto di usufrutto rispettivamente per 90 e 30 anni⁵⁹.

Dalla lettura dei distinti interventi normativi si comprende anche la volontà del legislatore di non istituire un testo unico sulla materia in quanto la normativa in esame non racchiude le norme di sicurezza per la costruzione degli impianti sportivi. Questo implica che i nuovi stadi di calcio una volta "deliberati" dagli enti territoriali competenti dovranno, poi, rispettare gli *standard* qualitativi e di sicurezza contenuti nel d.m. dell'8 marzo 1996⁶⁰. La frammentazione delle suddette fonti normative sarà superata con l'entrata in vigore del decreto attuativo il quale si prefigge, *inter alia*, di dare vita ad un regolamento unico avente ad oggetto «le norme tecniche della sicurezza per la costruzione, la modificazione, l'accessibilità e l'esercizio degli impianti sportivi»⁶¹.

Quale ultima considerazione di carattere generale si deve anche osservare come i provvedimenti legislativi in esame (la legge di stabilità 2014, il correttivo 2017 e il correttivo 2020) potenzialmente rilevanti sull'assetto del territorio di riferimento, trovino la loro fonte in leggi aventi carattere economico e finanziario⁶². Si consolida, quindi, la tendenza legislativa

⁵⁷ Cfr. art. 62, comma 1, della legge n. 96 del 21 giugno 2017.

⁵⁸ Cfr. art. 1, comma 305, della legge n. 147 del 27 dicembre 2013.

⁵⁹ Sul punto cfr. il comma 1 dell'art. 62 della L. 96/2017.

⁶⁰ La materia sulla sicurezza degli impianti sportivi è affidata nei suoi principi alla legislazione statale e, nelle disposizioni attuative, alle Regioni e agli enti locali. Pertanto, l'esatta determinazione del contesto normativo presenta un certo grado di complessità, anche in considerazione del fatto che andrà poi localizzato sullo specifico territorio di riferimento. La principale norma di riferimento è il d.m. dell'18 marzo 1996 denominato «Norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio di impianti sportivi» così come modificato dal d.m. del 6 giugno 2005 (cd. decreto Pisanu) denominato «Modifiche ed integrazioni al d.m. 18 marzo 1996, recante norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi».

⁶¹ L'aspetto della sicurezza degli impianti sportivi viene normato dall'art. 8 del decreto attuativo.

⁶² Cfr. G. INZAGHI, *Stadi, corsia veloce ma senza residenziale*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 febbraio 2014.

ad introdurre nell'ordinamento strumenti di pianificazione urbanistica atipici, i quali concorrono ad evolvere la figura del governo del territorio come strumento per favorire lo sviluppo economico e sociale del Paese⁶³. Entrando nel merito dell'analisi del procedimento speciale si segnala come l'avvio di questo procedimento amministrativo sia incentrato nella figura del promotore, il quale depositando uno studio di fattibilità, corredato da un piano economico-finanziario e dall'accordo intervenuto con una o più associazioni sportive, fa partire l'*iter* procedurale. Questa fase ha molte similitudini con la procedura «ad iniziativa totalmente privata», oggi disciplinata dal comma 15 dell'art. 183 del Codice⁶⁴ ed è incentrata sul progetto di fattibilità e sul contenuto del piano economico-finanziario presentato dal soggetto promotore⁶⁵.

Presentata tale documentazione, la procedura amministrativa si sviluppa nella figura dell'istituto della conferenza di servizi⁶⁶. Una volta ricevuto, infatti, lo studio di fattibilità, il Comune indice una conferenza di servizi istruttoria nella quale l'ente territoriale valuta, entro 90 giorni dalla sua presentazione, se qualificare la proposta del promotore come di pubblico interesse⁶⁷. Nel caso in cui quest'ultima superi tale esame l'operatore privato potrà presentare il progetto definitivo⁶⁸ all'interno della conferenza di servizi decisoria.

⁶³ Sul tema cfr. T. BONETTI, *Il diritto del governo del territorio in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011 e F. SPANICCIATI, *Il nuovo procedimento di pianificazione per gli impianti sportivi e i percorsi della consensualità*, in *Laboratorio per l'Innovazione Pubblica*, 2015, consultabile all'indirizzo Internet: <http://www.lab-ip.net/pianificazione-degli-impianti-sportivi-e-consenso/>

⁶⁴ Il procedimento speciale richiama più volte la figura della finanza di progetto così disciplinata dall'art. 183 del Codice, necessaria a completare il contenuto del procedimento per la realizzazione degli impianti sportivi. Si pensi, ad esempio, a quanto indicato dal comma 2, lett. c), dell'art. 62 della l. 96/2017, il quale afferma che «in caso di interventi da realizzare su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti, il piano economico-finanziario a supporto dello studio di fattibilità deve essere asseverato ai sensi dell'art. 183, comma 9, del Codice dei contratti pubblici».

⁶⁵ Le caratteristiche dello studio di fattibilità e del suo piano economico-finanziario sono ad oggi delineate nell'art. 62, comma 1, della legge n. 96 del 21 giugno 2017.

⁶⁶ Sul punto cfr. F. SPANICCIATI, *L'edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obiettivi e risultati ottenuti dalla cd. legge sugli stadi*, cit., p. 77.

⁶⁷ Cfr. il comma 1 dell'art. 62 della l. 96/2017.

⁶⁸ Cfr. il comma 2 dell'art. 62 della l. 96/2017.

Una volta esaurito l'*iter* preliminare appena descritto il proponente presenta al Comune il progetto definitivo, corredato di un piano economico-finanziario e di una bozza di convenzione. Il Comune o la Regione, se il progetto comporta atti di competenza regionale, convoca una conferenza di servizi decisoria che si svolge in forma simultanea, in modalità sincrona e in caso, in sede unificata con quella avente ad oggetto la valutazione di impatto ambientale, con la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti e delibera in via definitiva sul progetto.

La procedura deve concludersi entro 120 giorni, o entro 180 giorni, nel caso di atti di competenza regionale, dalla presentazione del progetto definitivo. Il verbale conclusivo di approvazione del progetto costituisce, nel caso di impianti sportivi che in parte ricadono su aree pubbliche, dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell'opera, comprendente anche gli immobili complementari o funzionali, con eventuali oneri espropriativi a carico del soggetto promotore. Costituisce, altresì, verifica di compatibilità ambientale e variante allo strumento urbanistico comunale. Nel caso di impianti sportivi privati, costituisce, ove necessario, adozione di variante allo strumento urbanistico comunale ed è trasmesso al Sindaco, che lo sottopone all'approvazione del Consiglio comunale. Qualora non siano rispettati i termini relativi alla dichiarazione di pubblico interesse o alla delibera definitiva di approvazione del progetto, sono previsti interventi sostitutivi da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, diversi a seconda delle dimensioni dell'impianto.

Alla prova dei fatti, è stato proprio all'interno di quest'ultima fase che le principali proposte avanzate per il rinnovamento degli stadi si sono bloccate. Vero è, infatti, che ad oltre sette anni dal primo intervento legislativo in materia (legge di stabilità 2014), risulta che nessun progetto sugli stadi abbia completato il proprio percorso autorizzatorio. Le situazioni di stallo che si sono venute a creare derivano dall'impotenza del provvedimento finale emanato dalla conferenza di servizi decisoria a modificare in modo autonomo le previsioni contenute nei piani regolatori. Sebbene quest'ultimo sia stato dapprima qualificato come «in grado di sostituire ogni autorizzazione o permesso necessari per il completamento dell'opera»⁶⁹ e successivamente,

⁶⁹ A tal riguardo si richiama il contenuto dell'art. 1, comma 304, lett. b), della legge del 27 dicembre 2013, n. 147.

tramite l'entrata in vigore dell'art. 62 della l. 96/2017, come idoneo a costituire «ove necessario, adozione di variante allo strumento urbanistico comunale», nella realtà il provvedimento decisorio necessita di un ulteriore vaglio politico del Consiglio comunale⁷⁰. In entrambi gli scenari sopra richiamati è evidente come il legislatore si sia dimenticato di fornire, al provvedimento conclusivo, il potere impositivo e/o derogatorio rispetto al piano regolatore generale facendo così sottostare i progetti al mero arbitrio del potere politico⁷¹.

Per ovviare a questa criticità si sarebbe dovuto attribuire, *ex lege*, al provvedimento definitivo il potere di mutare automaticamente le previsioni dei piani regolatori per l'adozione della variante urbanistica come, tra l'altro, già previsto per altri procedimenti amministrativi⁷². Questa lacuna pare essere definitivamente superata dall'art. 4, comma 8 del decreto attuativo il quale espressamente attribuisce al provvedimento conclusivo della conferenza di servizi decisoria, previa acquisizione dell'assenso del rappresentante del Comune, il potere d'integrare una variante al piano urbanistico.

⁷⁰ Sul punto cfr. lo stralcio della comunicazione predisposta dal Comune di Roma in data 14 aprile 2016 (nota prot. n. QI67210) nella quale viene asserito che: «riscontrando una richiesta del soggetto proponente di procedere alla pubblicazione della deliberazione di assemblea capitolina n. 132/2014 ai sensi e per gli effetti degli artt. 9 e 10 della l. 1150/42 ha comunicato anche alla Regione Lazio che la deliberazione (di cui sopra) non costituisce adozione di variante urbanistica, ma solo dichiarazione di pubblico interesse dello studio di fattibilità presentato, nonché individuazione delle condizioni necessarie per ottenere i successivi atti di assenso sul relativo progetto». A tale interpretazione si è allineata anche la Regione Toscana nel parere formalizzato in sede di conferenza di servizi decisoria, all'interno del procedimento per la ristrutturazione dello Stadio Artemio Franchi, contrariamente a quanto asserito dal Comune di Firenze, il quale ha statuito «come il provvedimento di approvazione del progetto con contestuale dichiarazione di pubblica utilità dell'opera non potrebbe costituire variante allo strumento urbanistico».

⁷¹ Sul punto cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 250/2016, nella quale viene affermato che: «la sezione ritiene di dover aderire al prevalente indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in tema di variante semplificata ex art. 5 del D.P.R. 447/1998, l'eventuale esito positivo della conferenza di servizi non è in alcun modo vincolante per il Consiglio comunale, il quale siccome organo titolare della potestà pianificatoria, resta pienamente padrone della propria autonomia e discrezionalità, potendo discostarsi dalla proposta di variante e respingerla senza alcun dovere di motivazione puntuale o rafforzata, in quanto l'esito della conferenza non comporta il sorgere di alcun affidamento e/o aspettative qualificate in capo al proponente». In senso conforme a questo orientamento cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 940/2017 e Cons. St., sez. VI, sent. 4498/2011. *Contra* cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 1130/2012; TAR Lecce, sez. I, sent. 587/2010 e in dottrina M. SANTINI, *Conferenza di servizi e strumenti di governo del territorio, ossia di difficile semplificazione*, in *Urbanistica e appalti*, 7, 2012.

⁷² Si pensi ad esempio alla configurazione della conferenza di servizi decisoria dettata dall'art. 10 del d.P.R. 327/2001, dove viene sancito il principio che può essere apportata una variante allo strumento urbanistico generale tramite «l'approvazione dell'opera in una conferenza di servizi decisoria convocata su istanza del privato interessato ai sensi della l. 241/1990».

Nel caso in cui il progetto definitivo del nuovo stadio trovi, poi, insediamento su un'area di proprietà pubblica, ovvero abbia ad oggetto la ristrutturazione di un impianto sportivo di proprietà comunale, è necessario, in conformità a quanto previsto nel Codice, che il Comune indichi un'apposita gara pubblica per la scelta dell'operatore privato a cui concedere l'area, ovvero l'impianto da ristrutturare oggetto del progetto. Il procedimento di evidenza pubblica deve concludersi entro 90 giorni dall'approvazione del progetto definitivo ed esso potrebbe essere aggiudicato anche ad un soggetto giuridico distinto dal proponente. Al fine di valorizzare le attività prodromiche all'evidenza pubblica svolte dal soggetto promotore, è previsto che ad esso sia riconosciuto un diritto di prelazione, da esercitarsi entro 15 giorni dall'avvenuta aggiudicazione della gara. Questo diritto si traduce nella facoltà di poter adeguare la propria offerta a quella del soggetto risultato aggiudicatario.

Lo scenario appena descritto si è completato con l'emendamento "sblocca stadi" contenuto nel correttivo 2020. Con tale intervento il legislatore ha cercato di eliminare gli ostacoli posti dalle norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio, tese a preservare l'attuale conformazione architettonica degli stadi. Finora, infatti, a questo tipo d'infrastruttura, essendo equiparata a tutte le altre tipologie di edificio delle nostre città, era richiesto il parere vincolante della Soprintendenza che si traduceva nella cd. "dichiarazione d'interesse", nel caso di progetti che andassero a modificare quei particolari manufatti con più di 70 anni di età.

Di fatto questo "parere" aveva l'oggettiva capacità di bloccare in modo perentorio l'intero progetto di rinnovamento o ristrutturazione. Nel correttivo 2020 emerge chiaramente come il valore testimoniale dello stadio abbia minore importanza rispetto ad altri valori quali: la sicurezza dell'impianto sportivo; la salute e l'incolumità pubblica; l'adeguamento della impiantistica sportiva agli *standard* internazionali e alla sostenibilità economico-finanziaria del progetto presentato dal soggetto privato. Concretamente si fornisce al promotore la facoltà d'ideare dei progetti di ammodernamento degli stadi, in deroga (1) alle autorizzazioni della soprintendenza⁷³ e (2) alle eventuali dichiarazioni d'interesse culturale

⁷³ Nel nuovo scenario l'ente periferico ministeriale della soprintendenza viene fortemente compresso a favore del Ministero per i beni e le attività culturali al quale è affidata l'individuazione degli elementi strutturali, architettonici e visuali da preservare a fini testimoniali.

già adottate o proposte. Dalla lettura del testo si comprende come il legislatore sia disposto a sacrificare il valore architettonico degli attuali impianti sportivi professionistici, al fine di dare avvio ad una completa rivisitazione di questo tipo d'infrastrutture⁷⁴. Da un punto di vista operativo il correttivo 2020 introduce un'ulteriore procedura semplificata la quale deve completarsi entro il termine complessivo di 90 giorni.

Questo quadro normativo frammentato e di difficile lettura ha portato, come anticipato, all'adozione da parte del Parlamento della legge delega 86/2019 e del successivo decreto attuativo, il quale si pone l'obiettivo primario di creare un quadro normativo idoneo per la programmazione d'investimenti capace anche di attrarre nel mercato della impiantistica sportiva i capitali privati. Il potere legislativo ha preso, quindi, definitivamente atto di come vi sia bisogno di strutturare un testo unico sulla materia della impiantistica sportiva, creando in tal modo un necessario riordino delle fonti normative. L'attuale stratificazione normativa pone, infatti, gli operatori a scontrarsi con diverse norme e procedimenti che in molti casi s'intersecano tra di loro senza un unico disegno d'insieme, con il risultato di un allungamento delle tempistiche autorizzative non in linea con i principali Paesi europei⁷⁵.

3.2 La legge delega 86/2019 e il decreto attuativo 38/2021: opportunità per riordinare ed innovare un quadro normativo strategico per lo sviluppo economico del Paese

Visto il particolare fermento registrato sul tema della costruzione degli stadi, dopo aver analizzato il quadro normativo cui attualmente occorre fare riferimento, il presente contributo non può esimersi dall'affrontare le linee guida e le principali novità contenute dal decreto attuativo le cui disposizioni si applicheranno a partire dal 1° gennaio 2023⁷⁶. Oltre

⁷⁴ L'art. 55-*bis* specifica che i lavori indicati nel progetto presentato dal privato dovranno tenere conto solo degli specifici elementi strutturali, architettonici o visuali di cui sia strettamente necessaria la conservazione (per i quali, tra l'altro, si accetta anche la riproduzione in forme e dimensioni diverse da quella originaria).

⁷⁵ Nella lettera del 19 dicembre 2020 inviata dal CONI al Governo si segnala che nell'ordinamento italiano «i tempi medi per ottenere l'autorizzazione ad erigere un nuovo impianto variano tra gli 8 e i 10 anni, dato sensibilmente maggiore rispetto al *benchmark* europeo che si attesta a 2-3 anni».

⁷⁶ Il decreto attuativo è composto da 13 articoli suddivisi in 4 capi. Il documento interviene, *inter alia*, sulle norme relative alla costruzione e all'ammodernamento degli impianti sporti-

che a riordinare il frammentato quadro normativo, andando ad abrogare integralmente, ad eccezione delle disposizioni contenute nel correttivo 2020⁷⁷, le attuali disposizioni del procedimento speciale, il decreto attuativo ha il merito d'introdurre alcune novità funzionali sia a ridurre le tempistiche delle diverse fasi autorizzative che ad incentivare l'intervento dei capitali privati. L'insieme di questi interventi è raccolto nell'art. 4⁷⁸ del decreto attuativo dal titolo «Misure di concentrazione, accelerazione e semplificazione».

La prima novità, contenuta nel comma 1 dell'art. 4 del decreto attuativo, è correlata alla modalità di presentazione, e al relativo contenuto, della proposta del soggetto promotore il quale deve presentare, eventualmente d'intesa con una o più associazioni o società sportive che utilizzano l'impianto, un documento di fattibilità delle alternative progettuali. Nel decreto attuativo viene allocato, quindi, al promotore l'incarico di configurare l'analisi progettuale dell'iniziativa fornendo alla pubblica amministrazione le possibili soluzioni ingegneristiche ed architettoniche su cui realizzare l'opera pubblica. Il compito affidato al soggetto privato non è di poco conto, in quanto all'interno di questo documento introduttivo sono presenti sia soluzioni progettuali che valutazioni di carattere economico, idonee ad identificare la miglior soluzione sotto il profilo dei costi e dei benefici per la collettività di riferimento. Pare, quindi, potersi affermare che il legislatore, al fine di velocizzare l'*iter* deliberativo degli impianti sportivi, abbia voluto già nella fase preliminare dotare la pubblica amministrazione di tutti gli elementi tecnici, finanziari, economici ed ambientali funzionali alla dichiarazione di pubblica utilità ed al contempo di far assurgere al progetto predisposto dal soggetto privato la valenza di progetto di fattibilità tecnica ed economica. A parere di chi

vi. Esso riordina e rinnova l'attuale quadro normativo, andando, in particolare, a velocizzare le diverse fasi. In quest'ottica vengono (1) semplificate le modalità di svolgimento delle conferenze di servizi e (2) estesa la facoltà di presentare i progetti di riqualificazione della impiantistica sportiva anche alle associazioni e società sportive professionistiche utilizzatrici dell'impianto.

⁷⁷ L'abrogazione delle regole del procedimento speciale, ad eccezione delle regole indicate nel correttivo 2020, viene esplicitata dall'art. 12 del decreto attuativo.

⁷⁸ L'art. 4 del decreto attuativo reca misure di concentrazione, accelerazione e semplificazione delle procedure amministrative per l'ammodernamento e la costruzione di impianti sportivi, innovando la disciplina prevista dall'art. 1, commi 304 e 305, della l. 147/2013 e dall'art. 62 del d.l. 50/2017 (l. 96/2017). Queste ultime sono abrogate dall'art. 12 del decreto attuativo.

scrive, questa impostazione andrebbe ripensata, in quanto l'allocazione in capo al privato dello svolgimento di queste attività⁷⁹, che hanno anche un oggettivo impatto economico, apporta complessità al procedimento, che può fungere anche da deterrente per la parte privata ad intraprendere l'iniziativa. Inoltre non pare corretto lasciare al promotore l'assoluta determinazione del fabbisogno della collettività visto lo scopo di lucro che guida il proprio intervento. Infatti, alla luce degli interessi correlati alla edificazione di uno stadio multifunzionale, sarebbe ravvisabile che sia la pubblica amministrazione ad effettuare questo tipo di valutazioni. Ciò anche in ragione del fatto che questo tipo di attività serve alla parte pubblica per comprendere la fondatezza delle assunzioni delle informazioni contenute nel piano economico-finanziario presentato dal soggetto privato, anche nella prospettiva della eventuale richiesta di erogazione del contributo pubblico⁸⁰. Parrebbe, quindi, auspicabile che in attesa dell'entrata in vigore del decreto attuativo il legislatore apponesse un correttivo alla fase di presentazione della proposta riproponendo al promotore il solo obbligo di presentare un progetto di fattibilità alla stessa. Il comma 2 dell'art. 4 del decreto attuativo concentra la propria attenzione sulla sostenibilità economica dell'iniziativa presentata dal promotore prevedendo anche degli elementi di novità rispetto alla normativa vigente. In primo luogo si conferma la facoltà del promotore di includere nel piano economico-finanziario la possibilità di costruire immobili⁸¹, con destinazioni d'uso diverse da quella sportiva, complementari o funzionali al finanziamento o alla fruibilità dell'impianto ad eccezione di quelli di natura residenziale⁸². Inoltre è sempre prevista la possibilità da parte del promotore di richiedere al Comune la concessione del diritto di superficie o del diritto di usufrutto sugli impianti o sulle aree oggetto dell'intervento.

⁷⁹ Cfr. art. 3, comma 1, lett. *gggg-quater*), del Codice.

⁸⁰ Nota ANAC.

⁸¹ Tali immobili devono essere ricompresi nell'ambito del territorio urbanizzato comunale in aree contigue all'intervento di costruzione o di ristrutturazione dell'impianto sportivo.

⁸² Sempre nell'ottica di assicurare un complessivo equilibrio economico-finanziario, il documento di fattibilità potrà prevedere lo sfruttamento, in tutti i giorni lavorativi e festivi, commerciale, educativo e ricreativo (anche a fini turistici) delle aree di pertinenza.

Costituisce, invece, una assoluta novità per il settore la possibilità di costruire la sostenibilità economica e finanziaria del progetto, tramite la richiesta alla stazione appaltante di misure di sostegno finanziario che si traducono nel riconoscimento di un prezzo, grazie al rilascio di garanzie ovvero al trasferimento di proprietà dell'impianto oggetto di riqualificazione. Sarà utile comprendere nei prossimi anni come nella prassi verranno tradotti questi strumenti anche alla luce dell'inserimento degli impianti sportivi all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁸³. Nel decreto attuativo viene comunque confermato che gli "incentivi pubblici" dovranno comunque essere soggetti ai limiti previsti dall'art. 165, comma 2, del Codice⁸⁴.

Altro aspetto innovatore del decreto attuativo è inerente alle tempistiche relative alla valutazione e approvazione del progetto che sono contenute nei commi che vanno da 4 a 11 dell'art. 4.

Il comma 4 riduce a 60 giorni⁸⁵ il termine entro il quale il Comune dichiara il pubblico interesse della proposta indicando le condizioni per ottenere i successivi atti di assenso sul progetto. Ottenuta la dichiarazione di pubblica utilità il promotore deve presentare al Comune il progetto definitivo contenente, *inter alia*: (1) la bozza di convenzione con l'amministrazione comunale e (2) il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito⁸⁶.

⁸³ Il PNRR si inserisce all'interno del programma *Next Generation EU* (NGEU), il pacchetto da 750 miliardi di euro concordato dall'Unione europea in risposta alla crisi pandemica. All'interno della materia sportiva il Governo è andato a destinare risorse per un totale di 1 miliardo di euro. Tali fondi andranno a finanziare sia il potenziamento delle infrastrutture sportive nelle scuole (per complessivi 300 milioni) che la creazione di impianti sportivi e parchi attrezzati (per complessivi 700 milioni).

⁸⁴ L'art. 165, comma 2, del d.lgs. 50/2016 prescrive che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Sul punto cfr. M. SALERNO, *Appalti. Arriva il codice flessibile*, in *Sole 24 Ore*, 9 febbraio 2017, p. 19

⁸⁵ Rispetto all'art. 1, comma 304, della l. 147/2013, tale termine risulta ridotto di un terzo, atteso che a legislazione vigente si prevede che la conferenza di servizi preliminare si pronunzi entro 90 giorni dalla presentazione dello studio di fattibilità.

⁸⁶ Sulla essenzialità dell'asseverazione del piano economico-finanziario nella finanza di progetto si è espresso il Cons. St., sez. V, 5503/2009, il quale ha statuito che quest'ultimo deve considerarsi come un «requisito essenziale per la corretta valutazione del progetto perché pur integrando e giammai sostituendo le valutazioni dell'amministrazione, l'asseverazione costituisce l'utile presupposto per un primo esame del progetto». Dello stesso avviso è il TAR Liguria, Ge-

Tramite l'asseverazione del piano si vuole assicurare l'amministrazione precedente sulla sostenibilità e la coerenza economica del progetto ricevuto dal proponente. È lampante come questo passaggio sia molto affine alla normativa predisposta dal legislatore nell'ambito della finanza di progetto⁸⁷. Il comma 7 dell'art. 4 del decreto attuativo si occupa, nel dettaglio, delle successive fasi autorizzative del progetto. Viene confermato l'attuale impianto procedurale in cui la proposta, laddove valutata positivamente⁸⁸, viene deliberata in seno ad una conferenza di servizi decisoria alla quale partecipano tutti gli enti pubblici portatori d'interessi specifici⁸⁹. Rispetto all'art. 1, comma 304, della legge di stabilità 2014, si segnala che i termini per la conclusione della conferenza di servizi decisoria sono dimezzati in 60 giorni rispetto agli attuali 120.

Il decreto attuativo specifica, poi, che qualora il progetto comporti atti di competenza regionale, la conferenza di servizi decisoria debba essere convocata dalla Regione la quale deve deliberare l'approvazione dello stesso entro i successivi 90 giorni⁹⁰ dalla sua presentazione. Anche per la conferenza di servizi decisoria è prevista la facoltà in capo ai soggetti interessati, in caso di inerzia nella sua convocazione⁹¹ da parte delle amministrazioni preposte, di presentare un'istanza di convocazione della conferenza decisoria al Presidente del Consiglio dei ministri o all'autorità politica delegata in materia di sport. Essi provvedono, una volta sentito

nova, sez. II, 17 aprile 2009, n. 772. Sul tema in dottrina cfr. S.M. SAMBRI, *Il ruolo delle banche nel project financing con particolare riferimento all'asseverazione del piano economico-finanziario. Profili di diritto pubblico*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 10, 2007, p. 371; A. CASINELLI, *La finanza di progetto. Persistenza e innovazione*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2, 2010, pp. 12-158.

⁸⁷ Cfr. in tal senso il comma 15 dell'art. 183 del Codice.

⁸⁸ Nell'ambito della conferenza di servizi decisoria il Comune può richiedere al proponente eventuali modifiche al fine di assicurare una valutazione positiva del progetto stesso.

⁸⁹ Nel decreto attuativo viene precisato che tutti i soggetti partecipanti alla conferenza di servizi possono chiedere al proponente di procedere a modifiche progettuali al fine di superare eventuali lacune o criticità della proposta.

⁹⁰ L'attuale art. 1, comma 304, della L. 147/2013 prescrive che il provvedimento decisorio debba intervenire entro 180 giorni dalla presentazione del progetto.

⁹¹ La conferenza decisoria deve essere convocata entro 15 giorni dalla presentazione del progetto definitivo.

il Sindaco o il Presidente della Regione interessata, a seconda del livello di competenze coinvolte⁹².

Il decreto attuativo conferma, al comma 7 dell'art. 4, anche come il provvedimento finale, una volta adottato, sostituisca ogni autorizzazione o permesso comunque denominato necessario alla realizzazione dell'opera e costituisca dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell'opera stessa⁹³. Inoltre il legislatore al comma 8 dell'art. 4 del decreto attuativo pare voler attribuire al provvedimento finale, previa acquisizione dell'assenso del rappresentante del Comune a ciò delegato, della conferenza di servizi decisoria il potere di mutare automaticamente le previsioni contenute nei piani regolatori che, come abbiamo visto, sono state il principale scoglio per l'implementazione dei progetti per la riqualificazione degli stadi.

Per quanto riguarda lo svolgimento della conferenza di servizi decisoria l'art. 4, comma 8 del decreto attuativo indica come essa si debba svolgere in forma semplificata ed in modalità asincrona⁹⁴. Tale semplificazione si somma ad una ulteriore novità, costituita dal dimezzamento dei tempi dei termini di conclusione del procedimento. Lo stesso comma stabilisce, inoltre, che qualora la conferenza di servizi decisoria, o la conferenza preliminare di cui al comma 4, non si concluda con la valutazione fa-

⁹² Il meccanismo correttivo dovuto all'inerzia dei soggetti pubblici nella convocazione o nello svolgimento delle conferenze dei servizi che caratterizzano il procedimento *de quo* sono indicati dal comma 10 dell'art. 4 del decreto attuativo, il quale prevede che, in caso di superamento dei termini di convocazione e svolgimento delle conferenze di servizi preliminare e decisoria (commi 4 e 7), per inadempimento da parte del Comune o da parte della Regione interessata, il Presidente del Consiglio dei ministri o l'autorità politica delegata in materia di sport, sempre su istanza del soggetto proponente, assegna – entro 15 giorni dalla ricezione dell'istanza – a ciascun ente un termine massimo di 30 giorni per adottare i provvedimenti necessari. Decorso inutilmente tale termine, senza l'adozione dei provvedimenti da parte degli enti preposti, il Presidente del Consiglio dei ministri o l'autorità politica delegata in materia di sport, potrà procedere alla nomina di un commissario *ad acta* con il compito di adottare, entro 30 giorni, i provvedimenti necessari.

⁹³ Il comma 9 specifica anche che, ferme restando le procedure in materia di prevenzione incendi, in caso di approvazione del progetto, tutti gli atti di autorizzazione, licenza, concessione, permesso o nulla osta comunque denominato finalizzati alla messa in esercizio dell'impianto o all'avvio delle attività, se non sono già ricompresi nel verbale di approvazione del progetto stesso, sono sostituiti da una segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) dell'interessato all'amministrazione competente, in base all'art. 19 della L. 241/1990.

⁹⁴ Si evidenzia come tale previsione rappresenti una novità rispetto al quadro normativo vigente in base al quale la conferenza di servizi decisoria si riunisce generalmente in modalità simultanea e sincrona. Cfr. art. 62, comma 2-bis, del d.l. 50/2017.

vorevole del progetto, il soggetto proponente, in base alle osservazioni motivate che saranno espresse nell'ambito della conferenza di servizi, potrà presentare una proposta modificata. In questi casi si procede direttamente alla convocazione di una nuova conferenza di servizi decisoria. Infine va illustrato come il successivo comma 11 confermi l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica nel caso in cui il progetto trovi realizzazione su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici preesistenti. L'articolo 4, comma 12 del decreto attuativo prevede che la società o associazione sportiva promotrice (eventualmente aggiudicatrice della procedura ad evidenza pubblica di cui sopra) può invece procedere autonomamente all'affidamento dei lavori. L'obbligo della gara pubblica viene limitato al caso in cui l'iniziativa del promotore sia finanziata da una o più amministrazioni nella misura superiore al 50% dell'investimento e la stessa preveda che una parte dei lavori di riqualificazione, per un importo superiore ad 1 milione di euro, siano affidati a soggetti terzi. Al fine di circoscrivere l'ambito operativo di questa disposizione sarebbe utile che l'intervento riformatore chiarisse se questo obbligo trovi attuazione anche nel caso in cui i lavori siano affidati ad un soggetto giuridico facente parte dell'ATI aggiudicatrice della evidenza pubblica. Da un punto di vista operativo il progetto approvato all'interno della conferenza decisoria rappresenta la base di gara per la procedura di affidamento. Il decreto attuativo allunga il termine entro il quale espletare l'evidenza pubblica che deve concludersi entro 120 giorni dall'approvazione del progetto definitivo. Pare evidente che il legislatore abbia preso atto della impossibilità per le stazioni appaltanti di concludere questa fase nel termine di 90 giorni indicato dall'art. 1, comma 304, lett. d), della l. 147/2013. Al fine di semplificare la fase di aggiudicazione sarebbe stato auspicabile che il decreto attuativo avesse definito in modo puntuale anche i criteri di aggiudicazione a cui dovranno attenersi le stazioni appaltati in questo particolare ambito. Vista la specificità della materia il legislatore non avrebbe dovuto limitarsi, infatti, ad un mero rinvio delle norme presenti all'interno del Codice. Di fatto l'avvento del nuovo assetto legislativo non esclude alle stazioni appaltati d'introdurre criteri e/o elementi di valutazione che snaturino il progetto approvato andando così a svilire le attività svolte dal promotore.

4. Conclusioni

Fin dall'inizio dell'indagine si è osservato come la competitività delle nostre squadre di calcio sia correlata alla dotazione di stadi multifunzionali che possono influire positivamente sui ricavi generati dalle stesse. La necessità di una nuova impiantistica sportiva, ed in particolare di stadi multifunzionali, tuttavia, si scontra con l'attuale scenario economico recessivo, a cui fa da *pendant* la politica di *austerità* dell'Unione europea, la quale si è tradotta in forti vincoli di spesa per gli enti territoriali che come abbiamo potuto constatare sono oggi proprietari dei principali stadi di calcio professionistici.

Una delle risposte fornite dalle amministrazioni pubbliche alla riduzione delle risorse disponibili ed ai vincoli imposti dal patto di stabilità interno è stata così quella di ricorrere, o di tentare di ricorrere, ai dispositivi partenariali per la realizzazione d'infrastrutture complesse come gli stadi multifunzionali. Seppur finalizzate in epoca antecedente l'entrata in vigore del procedimento speciale, i nuovi impianti in dotazione della Juventus e dell'Udinese rappresentano degli esempi virtuosi nei quali le pubbliche amministrazioni hanno avuto un ruolo centrale per il buon esito delle iniziative imprenditoriali presentate dai soggetti privati.

Nonostante le numerose problematiche giuridiche legate all'adozione delle figure riconducibili al PPP, infatti, va detto che la "domanda" di *partnership* con soggetti privati, da parte degli enti territoriali, per il finanziamento, la realizzazione e la gestione delle opere pubbliche, ha registrato nel corso degli ultimi anni un costante aumento.

All'interno del più vasto fenomeno del PPP, la finanza di progetto si rivela come la figura che, almeno in astratto, meglio si adatta alla realizzazione di opere infrastrutturali complesse quali gli stadi multifunzionali; come già avvenuto in altri Paesi europei e, nel nostro Paese, per ospedali, parcheggi e tratti autostradali, è tramite il *project financing* pubblico, infatti, che potrebbero essere convogliati i capitali privati verso il mercato delle infrastrutture pubbliche.

In attesa della entrata in vigore delle norme indicate nel decreto attuativo, il nostro ordinamento è dotato di due percorsi, alternativi tra loro, per dare corso al rinnovamento della propria impiantistica sportiva. Il primo, da applicarsi per gli impianti di piccola dimensione, trova piena

regolamentazione all'interno della disciplina generale del Codice. Il secondo, che si applica per gli impianti di medie e grandi dimensioni, trova la propria fonte normativa nel procedimento speciale. Questa doppia corsia nella prassi applicativa si è dimostrata non funzionale rispetto alle esigenze operative del settore e sarà finalmente superata con l'efficacia delle disposizioni contenute nel decreto attuativo. A ben vedere, infatti, ad oggi gli unici stadi di nuova concezione hanno trovato luce applicando uno schema diverso da quello introdotto dal legislatore, a più riprese, con il procedimento speciale. A ciò si aggiunge anche il fatto che, nel corso dell'ultimo decennio, non si è assistito a quella importante riqualificazione degli impianti sportivi di piccole dimensioni, sperata dal legislatore, per dare tutela allo sport, che si traduce nel diritto del singolo cittadino a svolgere la propria personalità all'interno delle formazioni sociali⁹⁵. Sul punto merita di essere menzionato il contenuto dell'art. 5 del decreto attuativo il quale per risolvere questa oggettiva problematica ha previsto la possibilità per le associazioni e le società sportive senza fine di lucro di poter presentare agli enti locali un piano di fattibilità teso a riqualificare, rigenerare o ammodernare impianti sportivi locali con lo scopo di favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale giovanile. Visto l'alto valore sociale di queste iniziative è previsto, dopo l'ottenimento della dichiarazione d'interesse pubblico da parte dell'ente locale, senza l'espletamento dell'evidenza pubblica il diretto affidamento della gestione gratuita dell'impianto a favore del soggetto promotore⁹⁶. Non vi è dubbio come questa disposizione vada a conciliarsi anche con l'intento manifestato dal legislatore nel recente PNRR di voler dar corso ad una importante stagione di riqualificazione delle infrastrutture per lo sport a livello locale.

In relazione a questi ultimi, in attesa dell'entrata in vigore del decreto attuativo, abbiamo avuto modo di osservare come le recenti modifiche apportate all'art. 183 del Codice possano favorire l'intervento del privato

⁹⁵ Il rapporto del diritto allo sport con il dettato costituzionale è illustrato da T. PENSABENE LIONTI, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 3, 2012, p. 415 ss.

⁹⁶ La durata gratuita della concessione viene parametrata al valore dell'intervento economico prospettato dal promotore e comunque essa non può in nessun caso essere inferiore a 5 anni.

nella realizzazione d'interventi infrastrutturali aventi le caratteristiche degli impianti sportivi di piccole dimensioni. Questi ultimi sono oggi svilup-pabili, infatti, tramite: (1) il procedimento disciplinato dai commi 1-15 dell'art. 183, cd. "gara monofase", e (2) il procedimento del cd. "promotore additivo" avente ad oggetto le opere pubbliche ricomprese o meno in uno degli strumenti di programmazione approvati dalla amministrazione aggiudicatrice. Il primo, a causa della complessità del procedimento, risulta poco funzionale allo sviluppo di opere tiepide o fredde di natura prevalentemente sociale. Il secondo, alla luce delle modifiche appor-tate dal decreto semplificazioni, valorizza il ruolo del soggetto privato che può presentare alle stazioni appaltanti anche proposte progettuali aventi ad oggetto opere e/o servizi già inclusi all'interno di strumenti di programmazione pubblica.

Questo passaggio è decisivo per il coinvolgimento della parte privata, la quale può valutare il proprio interesse sulla base di una attività strategica già svolta dall'ente pubblico. Di fatto, con l'introduzione di questa pro-cedura, l'ordinamento si è nuovamente dotato di un'importante forma d'integrazione e di cooperazione tra l'ente territoriale ed il privato che rappresenta senza ombra di dubbio uno dei migliori esempi di sussidiarietà orizzontale.

Tuttavia occorrerà verificare nella prassi se l'ampliamento operativo della figura del promotore additivo potrà effettivamente superare l'ostacolo primario per questo tipo di opere che è da sempre rappresentato dall'ac-collo da parte del soggetto privato, nella fase preliminare della iniziativa, d'importanti oneri economici spesso non proporzionali alla dimensione dell'intervento. Difficilmente, infatti, gli operatori privati si accolleranno l'onere ed il costo di presentare la documentazione richiesta dalla norma con la sola speranza che la pubblica amministrazione dichiari il proprio progetto di pubblico interesse. In quest'ottica sarebbe auspicabile una sorta d'incentivo pubblico finalizzato alla presentazione da parte dei soggetti privati di proposte idonee a riqualificare in modo importante aree urbane depresse ovvero di apportare alle comunità locali importanti servizi di carattere sociale.

Alla luce di queste considerazioni, qualche riflessione meriterebbe di essere fatta circa l'efficienza della finanza di progetto a realizzare opere di carattere sociale, tiepide o fredde, come gli impianti sportivi di piccole

e medie dimensioni. Tali infrastrutture, infatti, se edificate su aree pubbliche, potrebbero essere meglio sviluppate nell'alveo di altri strumenti partenariali⁹⁷, quali ad esempio il baratto amministrativo e la cessione d'immobili rispettivamente disciplinati dagli artt. 190⁹⁸ e 191⁹⁹ del Codice. Questi strumenti di sussidiarietà orizzontale, che portano con sé una oggettiva semplificazione procedurale, ad oggi poco utilizzati, dovrebbero essere considerati dalle pubbliche amministrazioni per la concezione di queste opere in quanto consentono di destinare aree pubbliche oggi abbandonate, ovvero non più funzionali a soddisfare le originarie funzioni di pubblico interesse, alla attività sportiva e quindi concretizzare la tutela del diritto allo sport sancita anche all'interno del TFUE.

Oltre alle difficoltà sopra descritte per la realizzazione dei piccoli impianti sportivi, si è avuto modo di constatare come la figura della finanza di progetto identificata nel procedimento speciale non si sia rilevata uno strumento utile per la realizzazione degli stadi multifunzionali. Questo è stato dimostrato dalla mortalità dei progetti della A.C. Roma e della A.C.F. Fiorentina i cui promotori, dopo molte vicissitudini, hanno arenato il proprio desiderio di dare in dotazione a città strategiche impianti sportivi in grado di rilanciare le economie locali tramite la riqualificazione d'importanti aree territoriali.

⁹⁷ Sul tema cfr. P. COTTINO, P. ZEPPETELLA, *Creatività, sfera pubblica e riuso sociale degli spazi. Forme di sussidiarietà orizzontale per la produzione di servizi non convenzionali*, in *Paper-Cittalia*, 4, 2009, p. 16, con richiamo ad A. BALDUCCI, *Le nuove politiche della governance urbana*, in *Territorio*, 13, 2000; E. BANI, *Il Codice dei contratti pubblici tra Stato, mercato e non profit*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del Partenariato pubblico-privato*, cit., pp. 246-250.

⁹⁸ Per una attenta ricostruzione della figura in dottrina cfr. P. DURET, *"Baratto amministrativo" o "simbiosi mutualistica"? Divagazioni su recenti prospettive dell'amministrazione locale*, in *www.labsus.org*, 2016; S. VILLAMENA, *Baratto amministrativo: prime osservazioni*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, p. 3795; S. ZEBBI, *Il contratto di Partenariato sociale ed il nuovo "baratto amministrativo"*, in *Azienditalia - Finanza e Tributi*, 6, 2016, p. 541 e F. GIGLIONI, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 3, 2016, p. 14.

⁹⁹ Cfr. M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 3, 2017; F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani: contributo al diritto delle città*, Bologna, il Mulino, 2017; A. FELICE, *I Partenariati nel sociale. Le forme che possono avere e i modi per farli funzionare*, in *Territorioeuropa.it*, 2016.

In primo luogo, abbiamo osservato come la regolamentazione del procedimento speciale, disattendendo i lavori parlamentari che l'hanno preceduto, fornisca una comune disciplina agli impianti di medie e grandi dimensioni, non comprendendo le oggettive diversità di questi due tipi d'infrastrutture. Questo si traduce in un dettato normativo che equipara, nella sostanza, la realizzazione di un'opera fredda a quella di un'opera calda. In quest'ambito va riportato che anche il decreto attuativo preserva questa impostazione. Di fatto si è persa l'opportunità di circoscrivere l'applicazione di un procedimento speciale ai soli impianti di grandi dimensioni, indirizzando la realizzazione degli impianti sportivi di piccole e medie dimensioni alla disciplina generale del Codice. Solo infatti ai primi pare potersi riconoscere, vista la loro strategicità per il territorio di riferimento, la possibilità di riqualificare intere aree urbane attigue all'impianto sportivo, con il solo limite di non edificare interventi di natura residenziale, così come la facoltà, introdotta dal decreto attuativo di richiedere alla pubblica amministrazione misure di sostegno finanziario che si traducono nel riconoscimento di un prezzo, grazie al rilascio di garanzie ovvero al trasferimento di proprietà dell'impianto oggetto di riqualificazione¹⁰⁰. In relazione a quest'ultimo aspetto la pubblica amministrazione, nel configurare il proprio apporto all'iniziativa privata dovrà, in ogni caso, determinare l'effettivo *value for money* dell'operazione, ossia (1) il beneficio positivo che potrà essere goduto dall'intera collettività¹⁰¹ mediante la realizzazione dell'opera infrastrutturale e (2) le effettive capacità dell'opera di generare i flussi di cassa funzionali per il proprio finanziamento. Proprio in questa prospettiva, non pare corretto quanto indicato nel decreto attuativo nella parte in cui si vuole attribuire al soggetto promotore il compito di redigere il documento di fattibilità delle alternative progettuali. Non vi è dubbio, infatti, che le attività inerenti ai livelli della progettazione¹⁰² dell'opera dovrebbero rimanere

¹⁰⁰ Cfr. decreto attuativo, comma 2, art. 4.

¹⁰¹ Sul punto cfr. determinazione ANAC del 23 settembre 2015, n. 10. In dottrina: S. FIDANZA, A. GIGLIOLA, *Il project financing per gli impianti sportivi alla luce delle linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione (ANAC) del 23 settembre 2015*, cit., p. 335.

¹⁰² Cfr. L. PERFETTI, *Livelli di progettazione per gli appalti di servizi e forniture*, in Id. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017.

all'interno della pubblica amministrazione la quale, in caso contrario, si troverebbe ad accogliere senza alcun tipo di preparazione le assunzioni e rappresentazioni di tipo economico e finanziario elaborate dal soggetto promotore nel proprio piano economico-finanziario.

Da una prospettiva *de jure condendo* sarebbe anche utile regolamentare la figura del *namings rights* che, come abbiamo visto, è stata utilizzata dalla Juventus, dall'Udinese e dal Sassuolo per agevolare il finanziamento della costruzione o ristrutturazione dei propri stadi¹⁰³. Quest'ultima dovrebbe essere appropriatamente valorizzata nel piano economico-finanziario dell'iniziativa in quanto capace di assorbire, come nel caso della Juventus, gran parte del costo della infrastruttura sportiva¹⁰⁴. Dall'esperienza maturata nello sviluppo dell'Allianz Stadium, poi, sarebbe auspicabile, anche alla luce della recente introduzione dell'art. 183 comma 17-*bis*, che il legislatore apportasse specifici incentivi di carattere fiscale a favore di quei fondi d'investimento che decidono di allocare una parte delle loro risorse finanziarie per lo sviluppo delle aree direzionali e recettizie contigue ai nuovi stadi multifunzionali.

Il decreto attuativo pare, invece, conferire al provvedimento emanato in seno alla conferenza di servizi decisoria un valore sostanziale che si traduce in un potere di modificare, previo assenso del rappresentante del Comune, in modo autonomo ed indipendente, il piano regolatore del Comune interessato all'iniziativa. Occorrerà, tuttavia, verificare se la volontà politica a valle della conferenza di servizi decisoria si allineerà con la volontà del legislatore facendo venire meno il sorgere di ostacoli che nella prassi operativa si sono manifestati come insormontabili.

Va anche riportato in questa sede che l'aver differito l'entrata in vigore del decreto attuativo al 1° gennaio 2023 pone il nostro Paese in una situazione di probabile stallo per l'avvio d'iniziative aventi ad oggetto la realizzazione di stadi multifunzionali. Non vi è dubbio, infatti, che sarà molto improbabile trovare nel mercato soggetti promotori disponibili a sostenere importanti costi fissi funzionali alla costruzione di questo

¹⁰³ Per una attenta ricostruzione del fenomeno cfr. S. GIUDICE, *Il marketing nella gestione di uno stadio moderno*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2, 2008.

¹⁰⁴ Sul punto cfr. A. STELLA DELLE FEMMINE, D. MUSCARÀ, *Il rilancio degli impianti sportivi italiani*, cit., p. 48.

tipo di infrastruttura con la certezza di confrontarsi con le regole dettate dal procedimento speciale che nel corso degli anni si sono rilevate inadeguate per il successo di questo tipo d'iniziativa imprenditoriale. Il differimento dell'entrata in vigore del decreto attuativo pare anche difficilmente comprensibile alla luce del particolare contesto storico che stiamo vivendo caratterizzato da una enorme liquidità sul mercato che potrebbe convogliare in questo settore infrastrutturale in presenza di una cornice giuridica adeguata.

Infine, va segnalato come il decreto attuativo non recepisce le disposizioni recentemente introdotte dal legislatore con il correttivo 2020 al fine di superare i vincoli culturali presenti sugli attuali stadi di calcio. Di fatto quindi vi saranno con l'attuazione del decreto attuativo due fonti normative che regoleranno il procedimento amministrativo per la realizzazione degli stadi multifunzionali.

I profili di criticità richiamati sembrano dipendere dalla natura "anfibia" dell'istituto, così come risulta nell'ordinamento nazionale vigente; una natura anfibia e, dunque, ambigua, che deriva essenzialmente dalla contraddittoria e lacunosa sovrapposizione tra regole e strumenti di diritto pubblico e di diritto privato. Nonostante gli innumerevoli interventi normativi che ne hanno investito la figura, il legislatore nazionale non è ancora riuscito ad individuare la formula corretta nella quale declinare la finanza di progetto nell'ambito della riqualificazione degli impianti sportivi, a prescindere dalla loro dimensione.

Il *project financing* presenta così, nell'ambito della impiantistica sportiva, un volto ancora segnato da una molteplicità di problemi che, come tali, si riflettono sulla relativa fungibilità nella prassi.

Ecco perché la finanza di progetto, pur rappresentando un efficace strumento per la realizzazione delle infrastrutture sportive, appare ancora come un istituto in cerca d'autore.

Note e commenti

El último escollo de la legitimación de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad español

Paloma Requejo Rodríguez

El Tribunal Constitucional español ha venido entendiendo que de acuerdo con su Ley orgánica reguladora (LOTC) los Ejecutivos y los Parlamentos de las Comunidades autónomas solo pueden interponer recurso de inconstitucionalidad contra leyes y normas con rango de ley del Estado que afecten a su propio ámbito de autonomía. Por tanto, a diferencia de los órganos estatales, no pueden recurrir ni leyes ni normas con rango de ley autonómicas. Como la Constitución no hace referencia expresa a estas limitaciones, gran parte de la doctrina y algunos Magistrados del Tribunal Constitucional en sus votos particulares sugieren realizar una interpretación del art. 32.2 LOTC conforme a la norma suprema que permita superar las dudas sobre su inconstitucionalidad. Esta lectura alternativa, y en algunos casos forzada, no ha sido completamente acogida por un Tribunal que se muestra reacio a dar un último paso para extender la legitimación autonómica, que quizás corresponda al legislador.

1. Introducción

La legitimación de las Comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional español siempre ha sido un tema polémico y ha servido de ejemplo de su posición desventajosa en comparación a la del Estado. La Constitución sienta las bases de una equiparación entre ambos en el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y normas con rango de ley, objeto de esta reflexión, pero la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), encargada de concretar sus preceptos, introduce restricciones para las Comunidades autónomas. No son la únicas. En los llamados

conflictos negativos de competencia, es decir, los generados por una inhibición a actuar por razón de incompetencia, la LOTC confiere legitimación al Estado sin que establezca un procedimiento para que las Comunidades autónomas puedan activarlos, y en los positivos, si bien permite también a estas impugnar a través de sus Ejecutivos normas y actos infralegales del Estado o de otras Comunidades que invadan o menoscaben sus competencias, les exige que efectúen un requerimiento previo obligatorio que tan solo es potestativo para el Estado.

Tras recordar en la esfera del recurso de inconstitucionalidad ese desajuste entre la regulación constitucional y legal de la legitimación, su valoración por la doctrina y los motivos que lo provocan, se analizará cómo el Tribunal Constitucional ha intentado y logrado salvar algunas de las limitaciones que la LOTC ha incorporado y cómo se ha mostrado reacio a hacerlo con otras igual de cuestionables o incluso más. A pesar de las críticas recibidas, nunca ha reconsiderado su postura en relación a estas últimas. Aun así, o precisamente por ello, la imposibilidad de que las Comunidades autónomas recurran leyes y normas con rango de ley autonómicas sigue siendo un asunto pendiente. Todo un “clásico” que periódicamente recobra actualidad al hilo de la interposición de recursos de inconstitucionalidad que podrían dar pie al Tribunal a cambiar de parecer. De este modo, entienden muchos, su jurisprudencia sobre el art. 32 LOTC se adecuaría no solo a la evolución del modelo de organización territorial, sino al tenor, en cualquier circunstancia, de las disposiciones constitucionales que se refieren a la legitimación y a la naturaleza objetiva y abstracta del recurso de inconstitucionalidad, así como a la posición de las Comunidades autónomas. En otro plano, contribuiría a solventar las controversias que en el marco de un sistema parlamentario de gobierno pudieran surgir entre Ejecutivo y Parlamento autonómico a causa de una ley o de una norma con rango de ley que alguno de los dos hubiera aprobado¹.

¹ P. PÉREZ TREMPES, *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad autónoma: crónica de un precepto perdido*, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 305, 1997, p. 1 (consultado en: <https://insignis.aranzadidigital.es>, fecha: 19.10.2020) y L. GONZÁLEZ DEL CAMPO, *La legitimación de los Ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su propia Asamblea: un conflicto interpretativo entre Constitución y Ley orgánica del Tribunal Constitucional doblemente resuelto a favor de esta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2019*,

Aunque en los casos más relevantes que ha resuelto el alto Tribunal es el Ejecutivo autonómico el que pretende impugnar sin conseguirlo una ley o el Reglamento de la Asamblea legislativa de su Comunidad, el problema es idéntico a la inversa. Estas Cámaras tampoco pueden atacar las normas con rango de ley dictadas por los Consejos de Gobierno de sus Comunidades, a las que las últimas reformas estatutarias les han otorgado mayor presencia, sumando en algunas de ellas los Decretos leyes a los ya existentes Decretos legislativos². La actual fragmentación parlamentaria y los Gobiernos en minoría favorecen que se planteen estas hipótesis y la respuesta debe ser coincidente. No obstante, la cuestión no queda ahí. Ni unos ni otras tienen ocasión de recurrir leyes y disposiciones con rango de ley del resto de Comunidades autónomas, por mucho que afecten al ámbito de su autonomía, sea cual sea el sentido que quiera dársele a esta expresión, sin que de nuevo la Constitución les niegue esta opción. Problema distinto suscita la ausencia de legitimación de las minorías parlamentarias autonómicas para oponerse a las leyes y normas con rango de ley de su Comunidad, porque no aparecen citadas en la Constitución a diferencia de lo que sucede con las minorías estatales. La oportunidad de su inclusión resulta evidente por su lugar en un Estado democrático y por su peso en la función de control, pero a nuestro juicio requeriría una reforma constitucional innecesaria en los supuestos anteriores³.

de 18 de diciembre, Recurso de inconstitucionalidad núm. 1195-2019 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2020), en Revista de las Cortes Generales, 108, 2020, pp. 371-373.

² J.F. SÁNCHEZ BARILAO, *La falta de legitimación de las Comunidades autónomas para promover el control de validez de leyes propias, en especial tras las últimas reformas estatutarias*, en *Revista general de Derecho Constitucional*, 8, 2009, p. 16 (consultado en: <https://www.iustel.com>, fecha: 09.03.2021), califica de «auténtica carencia» la imposibilidad de que los órganos autonómicos recurran sus propias normas y más cuando tras los últimos cambios los Estatutos han «profundizado en la autonomía».

³ J. M^º. CASTELLÁ ANDREU, *La diferente posición del Estado y de las Comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional*, en M.Á. GARCÍA HERRERA (Coord.), *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003, Volumen II*, Bilbao Universidad el País Vasco-CEPC, 2005, pp. 529-530 y J. F. SÁNCHEZ BARILAO, *La falta de legitimación de las Comunidades autónomas para promover el control de validez de leyes propias, en especial tras las últimas reformas estatutarias*, cit., p. 31, también estiman imprescindible una reforma constitucional si se quieren sumar las minorías parlamentarias autonómicas a los legitimados. Sin embargo, J.A. MONTILLA MARTOS, *La minoría parlamentaria en el recurso de inconstitucionalidad*, en J. CANO BUESO (Coord.), *El*

Una de las últimas ocasiones que ha tenido el Tribunal de superar su doctrina ha sido la STC 176/2019, de 18 de diciembre. Su empecinamiento en la constitucionalidad de un 32.2 LOTC, que en su opinión claramente niega a los órganos autonómicos la impugnación de normas autonómicas, no impidió que se sugirieran otras alternativas. Con distintos argumentos quieren expandir la legitimación, manteniendo la letra de la LOTC y asumiendo el Constitucional la solución de un problema que no ha generado. Suele darse por hecho que le corresponde esta tarea, aun a riesgo de rebasar los límites de su función hermenéutica, cuando lo que habría que preguntarse, y así lo haremos, es si, pese a los inconvenientes procesales que origina, no sería más adecuado que se hubiera decantado por inaplicar la ley y por aplicar la Constitución a la espera de que el legislador hable en los términos que al propio Tribunal se le aconseja.

2. La regulación constitucional y legal de la legitimación autonómica ante el Tribunal Constitucional español en el recurso de inconstitucionalidad

El art. 162.1.a) CE señala que están legitimados «para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas»⁴. Acostumbrados a un texto constitucional con un alto grado de

Parlamento de Andalucía, Granada, Comares, 2004, pp. 115-123, reconociendo igualmente las ventajas de esta incorporación, por razones prácticas -dificultad de convencer a los legitimados estatales de que recurran- y por razones teóricas -vinculación del recurso a la "democracia pluralista"-, considera que bastaría con modificar la LOTC e I. SORIANO SORIANO, *¿Pueden las minorías parlamentarias autonómicas incoar recurso de inconstitucionalidad? (Un supuesto de control parlamentario en el Estado autonómico)*, en AA.VV., *Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 928-931, incluso solo los Reglamentos parlamentarios autonómicos.

⁴ Como afirman, entre otros, J. CORCUERA ATIENZA, *Autonomía y recurso de inconstitucionalidad (Legitimación de los órganos de las Comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad)*, en *Revista vasca de Administración pública*, 1, 1981, p. 196, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, en *Revista española de Derecho Constitucional*, 9, 1983, p. 16 y R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Madrid, Trivium, 1992, pp. 60-61, la expresión «en su caso», referida a la legitimación de los Parlamentos autonómicos, obedece a que la Constitución solo impone en su art. 152 la existencia obligada de estas Asambleas en aquellas Comunidades que accedieron a la

apertura y de abstracción, aquí ofrece un listado cerrado y detallado de los sujetos estatales y autonómicos que pueden iniciar el procedimiento indicado, sin disparidades en cuanto a las normas recurribles por ellos dentro de las que el art. 161.1.a) CE menciona, «leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley».

Por tanto, existe unanimidad entre la doctrina en que el art. 162.1.a) CE establece un *numerus clausus*. Al ser tan taxativo y claro, para algunos incluso no necesita de mayor especificación y buena prueba sería que el apartado 2 de ese precepto dice que solo «en los demás casos», esto es, en procedimientos distintos al recurso de inconstitucionalidad y al recurso de amparo a los que se refiere su apartado 1, «la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados»⁵. Pero, así todo, muchos admiten que el legislador puede llevar a cabo su concreción. Las divergencias surgen a la hora de determinar hasta dónde; aun dando por buena la adición de algún requisito para ser parte activa en el proceso, se suele desechar cualquier tipo de diferencia restrictiva que la norma suprema no contempla entre los sujetos mencionados⁶.

Esas precisiones del art. 162.1.a) CE serían factibles gracias a la cobertura del art. 165 CE, que remite a una ley orgánica la regulación del «funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el

autonomía a través del procedimiento previsto en el art. 151 CE, no así en las demás, aunque hayan terminado por tenerlas.

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid Civitas, 1988, pp. 175-176.

⁶ Con la intención de reflejar esa diversidad doctrinal, varios ejemplos. F. RUBIO LLORENTE, M. ARAGÓN REYES, *La jurisdicción constitucional*, en A. PREDIERI, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 832-833, ven en el art. 162.1.a) CE una cláusula general que el legislador puede desarrollar tal y como lo ha hecho. Para R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., pp. 59-62 y 84, es posible una concreción técnica de un precepto nada ambiguo, pero entiende que ha sido resuelta insatisfactoriamente en el art. 32.2 LOTC al primar ese talante restrictivo. Por su parte, P. PÉREZ TREMPES, *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad autónoma: crónica de un precepto perdido*, cit., p. 7, en un intento de ofrecer una lectura constitucional de la LOTC, mantiene que el art. 162.1.a) CE agota la regulación de la legitimación y que el art. 32.2 LOTC «no tendría voluntad de desarrollar globalmente la previsión constitucional, sino solo de introducir exigencias concretas ante algunos supuestos específicos de esa legitimación», contraponiendo aquellos casos en que estas exigencias no existen, esto es, cuando los recurrentes son órganos estatales, y aquellos otros en que sí existen, esto es, cuando los órganos legitimados son autonómicos y pretenden recurrir normas estatales.

procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones». Estos últimos aspectos se utilizan para justificar que la LOTC en su art. 32 realice una sistematización de los legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad. Si los órganos estatales se libran de cualquier traba, atacando leyes, normas y actos con fuerza de ley estatales y autonómicos, la legitimación autonómica parece restringida en su objeto y en el motivo que la explica. Los Gobiernos y Parlamentos autonómicos, de una parte, recurrirán leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley «del Estado» y, de otra, estos habrán de «afectar a su propio ámbito de autonomía».

Son varias las causas de esta deriva reduccionista de la LOTC. Como apunta Sánchez Morón⁷, la incertidumbre en el momento de su aprobación sobre cuál terminaría siendo la evolución del modelo autonómico habida cuenta de su apertura constitucional; las suspicacias hacia unas Comunidades autónomas que con una legitimación amplia llevarían al Tribunal sus controversias; o el interés que ellas mismas demostraron en que otras no impugnasen sus normas o aquellas que les afectan. Sin embargo, caben otras razones de mayor calado cuyo hilo conductor no es la desconfianza; una concepción diferente de la descentralización, según pone de relieve a nuestro juicio acertadamente Canosa Usera, más próxima al federalismo en el diseño constitucional de la legitimación y más próxima al regionalismo en el de la LOTC, situándose en un punto intermedio la posterior jurisprudencia constitucional al respecto⁸.

Lo cierto es que si se defiende que la Ley orgánica nada puede decir, salvo reiterar la regulación constitucional de la legitimación, el art. 32.2 LOTC es inadmisibles en términos constitucionales. Si, por el contrario, se acepta que puede desarrollar el art. 162.1.a) CE, lo que habrá que plantearse es si resulta constitucional la opción elegida por el legislador. En principio la mayor polémica recayó sobre la exigencia de que la disposición recurrida por los órganos autonómicos debe afectar a su ámbito de autonomía. En ella se veía una reconducción de las Comunidades a la protección de sus intereses propios, identificados a la baja

⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN, *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, cit., pp. 13-15.

⁸ R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., pp. 85, 93-94.

solo con sus competencias, dejando el interés general y su defensa primordialmente, cuando no en exclusiva, en manos del Estado y de sus órganos⁹. Esta lectura parecía tener el aval del art. 137 CE, que afirma que las Comunidades «gozan de autonomía para la gestión de sus intereses», pero en otros preceptos la Constitución también las llama a participar y a colaborar con el Estado en tareas ligadas al interés general -iniciativa legislativa y de reforma constitucional (arts. 87.3 y 166 CE), participación en el Senado (art. 69 CE), por ejemplo¹⁰. Por otro lado, el recurso de inconstitucionalidad nunca es un instrumento que busca defender intereses particulares, sino un procedimiento de control abstracto y objetivo de normas con rango de ley para salvaguardar la supremacía constitucional¹¹. Todo esto acentúa la contradicción de hacer depender la legitimación autonómica para ponerlo en marcha de la afectación de intereses subjetivos, cuando en realidad aquella trae causa, al igual que en el resto de supuestos, de la signficada «posición constitucional» de las Comunidades por las funciones que tienen encomendadas¹². Solo

⁹ M. ARAGÓN REYES, *Art. 162. Legitimación en los procesos constitucionales*, en O. ALZAGA VILLAAMIL (Coord.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo XII*, Madrid, Cortes Generales/Editoriales de Derecho reunidas, 1999, p. 261.

¹⁰ En el plano doctrinal M. SÁNCHEZ MORÓN, *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, cit., pp. 19-20 y 16 lo puso de manifiesto, recordando, como habían hecho otros administrativistas, que «no puede confundirse autonomía de gestión con legitimación procesal» y que la Constitución «ni prohíbe... que las Comunidades autónomas colaboren en la tutela de intereses generales», ni restringe el recurso a la defensa de sus competencias. Entre los constitucionalistas, bien pronto J. CORCUERA ATIENZA, *Autonomía y recurso de inconstitucionalidad (Legitimación de los órganos de las Comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad)*, cit., pp. 197, 199-201 o M. GERPE LANDÍN, *La legitimación de los órganos de las Comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad, Comentario a la sentencia de 14 de julio de 1981*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 4, 1982, p. 1010, implicaron a los órganos autonómicos en «la defensa del orden constitucional» y del interés general, señalando como ejemplo su intervención en las funciones y órganos que se indican en el texto. Incluso R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., p. 56 extiende la «defensa de intereses generales» por parte de las Comunidades autónomas no solo cuando «colabora[n] en la adopción de decisiones comunes», sino también cuando ejercen «competencias propias» para «la gestión de intereses particulares», porque aquí están «coadyuvando en el cumplimiento de un objetivo constitucional de interés común: el buen funcionamiento del sistema de distribución de competencias».

¹¹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, cit., pp. 20-22.

¹² I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid, Ed. Reus, 2007, p. 34; R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., p. 44.

una interpretación del precepto conforme a la norma suprema permitirá afirmar una constitucionalidad a primera vista más que dudosa¹³. Pero lo mismo ocurre con que no se incluya la posibilidad de que los Ejecutivos y los Parlamentos autonómicos impugnen normas de su Comunidad o de otras y el art. 32.2 LOTC tan solo se refiera a normas estatales. Si en el apartado 1 del art. 32 se menciona a los órganos y fracciones de órgano estatales como los sujetos que pueden recurrir normas estatales y autonómicas, lo lógico es pensar que el apartado 2 no solo pretende incorporar una “exigencia” para un “caso específico”, sino que su única alusión a las normas estatales en relación a la impugnación que pueden llevar a cabo los órganos autonómicos descarta a las normas autonómicas. Esta negativa es admitida por algunos, en tanto evita «la instrumentación del recurso de inconstitucionalidad como vía para plantear problemas derivados de agravios comparativos»¹⁴ y que el Tribunal Constitucional se convierta «en el escenario de una guerra de taifas entre las Comunidades»¹⁵, no pareciendo incluso demasiado grave tal restricción, puesto que hay otras alternativas para que las leyes y normas con rango de ley autonómicas que vulneren la Constitución o el bloque constitucional no queden “impunes” -que las recurran en inconstitucionalidad los órganos legitimados estatales, aunque obviamente no están obligados; que los Ejecutivos autonómicos las impugnen indirectamente, siempre que sean de otra Comunidad, a través de un conflicto de competencias contra reglamentos que las desarrollen o actos que las apliquen lesionando o menoscabando sus competencias; que los Consejos Consultivos autonómicos realicen un control preventivo no jurisdiccional de constitucionalidad/estatutariedad de los proyectos o

¹³ M. SÁNCHEZ MORÓN, *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, cit., pp. 19-24, a partir de estos argumentos considera inconstitucional esa limitación que introduce el precepto. Sin llegar a ese extremo I. SERRANO BLANCO, *La legitimación activa de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad y la reforma de los Estatutos*, en *Revista jurídica de Castilla y León*, 24, 2011, p. 127 estima que el «engranaje» de la afectación al propio ámbito de autonomía «chirría», como lo hace el que se comentará a continuación que impide a las Comunidades recurrir normas autonómicas.

¹⁴ M. ARAGÓN REYES, *Art. 162. Legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 260.

¹⁵ F. RUBIO LLORENTE, M. ARAGÓN REYES, *La jurisdicción constitucional*, cit., p. 833.

proposiciones de normas legales de su Comunidad...¹⁶. Otros, a nuestro juicio más acertadamente, lo consideran inaceptable. Los órganos autonómicos deben poder recurrir leyes, normas y actos con fuerza de ley estatales y autonómicos, propios y ajenos, porque la Constitución no lo impide y por la naturaleza ya comentada de un recurso que persigue la depuración objetiva del ordenamiento¹⁷.

El debate doctrinal descrito se reproduce en el seno del Tribunal Constitucional. También aquí se pone de manifiesto esas diferencias a la hora de interpretar no tanto el art. 162.1.a) de la Constitución, como el papel del art. 165 CE y el tenor del art. 32.2 LOTC.

El Tribunal Constitucional ha mantenido el carácter taxativo del art. 162.1.a) CE, que impediría a la ley orgánica, por mucho que el art. 165 remita a ella, eliminar a los sujetos que allí se mencionan o introducir otros nuevos. Señal de esto último es el artificioso conflicto en defensa de la autonomía local, incorporado precisamente para lograr que municipios y provincias al menos indirectamente provoquen la expulsión del ordenamiento de las leyes y normas con rango de ley estatales y autonómicas que vulneren la autonomía local, ante la imposibilidad de que puedan ser legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad salvo reforma constitucional. Hasta dónde puede llegar el reenvío que efectúa el art. 165 a la LOTC ya es otra cosa. Para la mayoría respaldaría

¹⁶ M. ARAGÓN REYES, *Art. 162. Legitimación en los procesos constitucionales*, cit., pp. 260-261; J.Mª, CASTELLÀ ANDREU, *La diferente posición del Estado y de las Comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional*, cit., p. 530; I. SERRANO BLANCO, *La legitimación activa de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad y la reforma de los Estatutos*, cit., pp. 138-145, se refieren, con distinto nivel de crítica, a estas opciones.

¹⁷ Entre muchos, J. CORCUERA ATIENZA, *Autonomía y recurso de inconstitucionalidad (Legitimación de los órganos de las Comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad)*, cit., p. 197; P. PÉREZ TREMPES, *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad autónoma: crónica de un precepto perdido*, cit., p. 7, cree necesaria una interpretación del precepto que permita a las Comunidades recurrir frente a normas autonómicas; R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., p. 62 afirma igualmente la conveniencia de «juridificar todas las hipótesis litigiosas»; J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *La falta de legitimación de las Comunidades autónomas para promover el control de validez de leyes propias, en especial tras las últimas reformas estatutarias*, cit., pp. 17-18, 26 ve en esta carencia «un déficit en la garantía de la Constitución y de los Estatutos» y un serio riesgo de que estos últimos se vean devaluados o I. SERRANO BLANCO, *La legitimación activa de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad y la reforma de los Estatutos*, cit., p. 138 no duda en calificar de «espacio de impunidad y de indefensión» sobre todo la negativa a que las Comunidades puedan recurrir normas de otras.

cualquier concreción que respete el marco constitucional. Esta posición a lo largo de los años ha encontrado reticencias, plasmadas en los votos particulares de diversos Magistrados, que han visto en el art. 162.1.a) CE un precepto completo, lo suficientemente claro como para no necesitar de desarrollo por parte de la LOTC y menos aún de carácter restrictivo. Sin embargo, antes de considerar que el art. 32.2 LOTC es inconstitucional, al introducir «un tratamiento diferencial ... de la legitimación que la Constitución establece en términos indiferenciados»¹⁸, se intentará salvar su constitucionalidad, buscándole un sentido compatible con la Constitución que no cuestione ni la supremacía de esta ni la posterior aplicación de aquel, ya que, según dispone el art. 1 LOTC, el Tribunal está sometido a la Constitución y a la LOTC.

Habrà que valorar si las interpretaciones que han terminado por imponerse o aquellas otras que se sugieren sin fortuna no llegan a vaciar de contenido algo que la LOTC expresamente dice o hacen decir a la LOTC algo que expresamente no dice, de tal manera que el Tribunal puede acabar excediéndose de su función. Por muy loable que sea y por mucho empeño que ponga en “resintonizar” la LOTC con la Constitución¹⁹, toda interpretación conforme tiene un límite, el respeto a la literalidad, y cuando para llegar a ella no hay otro camino que pasarlo por alto, al legislador le corresponde esa adecuación y al Constitucional afirmar que la Constitución le obliga más que la LOTC y actuar en consecuencia.

3. La distinta respuesta del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha dado una contestación bien diferente cuando ha tenido que enfrentarse a las exigencias a las que el art. 32.2 LOTC sujeta a los Ejecutivos y Parlamentos autonómicos para recurrir en inconstitucionalidad.

Recordemos que, sin que la Constitución establezca explícitamente tal restricción, el artículo indica que ambos están legitimados para ejercer el

¹⁸ Voto particular a la STC 223/ 2006, de 6 de julio, del Magistrado Conde Martín de Hijas, al que se adhieren los Magistrados Delgado Barrio y García-Calvo y Montiel.

¹⁹ No puede ser más expresiva la frase de R. CANOSA USERA, cuando afirma que «si las Cortes generales rectifican al constituyente, el Tribunal Constitucional rectifica al legislador y enlaza con el primero». *Ibidem*, p. 85.

recurso contra leyes o normas con rango de ley que puedan «afectar a su propio ámbito de autonomía». Parece evidente que el legislador orgánico piensa que, dentro de su libertad de configuración, puede precisar las razones que justifican que los órganos autonómicos estén facultados para impugnar una ley o una norma con rango de ley, acotándola solo a una y convirtiéndola en un elemento indispensable para recurrir.

La indeterminación de esta expresión facilitó que el Tribunal Constitucional fuera modificando su alcance a lo largo de los años. En un primer momento, en la STC 25/1981, de 14 de julio, optó por una lectura estricta que solo aceptaba la interposición del recurso si la norma invadía competencias autonómicas, lo que fue muy criticado en la esfera doctrinal, según se ha indicado, y en el Tribunal. En un voto particular a esta sentencia, suscrito por los Magistrados Latorre, Díez de Velasco, Tomás y Valiente y Fernández Viagas, se defendía identificar los intereses incumbidos no solo con los «jurídico-administrativos», es decir, los competenciales, sino con los «intereses políticos» y, como se deduce de la Constitución, entender que la legitimación se entrega a estos órganos en último extremo para proteger la supremacía constitucional. A partir de la STC 84/1982, de 23 de diciembre, el Tribunal moduló su postura y acabó con la confusión recurso de inconstitucionalidad/conflicto de competencias vigente hasta esa fecha²⁰, ofreciendo una lectura más amplia, *pro actione*, característica cuando interpreta normas procesales²¹. La legitimación autonómica se expande fuera de la «defensa de sus competencias» a la esfera «de los intereses peculiares» que «se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado». De ahí que se admita que para recurrir resulte suficiente con que haya un punto de conexión material entre la ley que se desea impugnar y las competencias autonómicas. El ámbito de autonomía que ha de verse concernido remite, dirá la STC 30/2011, de 16 de marzo, «a la posición institucional que en el ordenamiento os-

²⁰ M. GERPE LANDÍN, *La legitimación de los órganos de las Comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad, Comentario a la sentencia de 14 de julio de 1981*, cit., p. 1013.

²¹ R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., p. 65.

tentan las Comunidades autónomas», lo que engloba sus «competencias», sus «facultades» y las «garantías... que preservan dicha autonomía». La STC 199/1987, de 16 de diciembre, destaca un aspecto capital; la legitimación autonómica está al servicio «de la depuración del ordenamiento jurídico», por lo que la exigencia que estamos comentando «no puede ser interpretada de forma restrictiva, sino en favor del reconocimiento de la legitimación». En cierto modo se termina por asumir que las Comunidades autónomas están tan interesadas como el resto de entes públicos en provocar la expulsión del ordenamiento de las leyes y normas con rango de ley inconstitucionales. Esta progresión²² conduce a consentir en la mayoría de los casos la legitimación autonómica frente a las leyes y normas con rango de ley estatales, dejando prácticamente sin efecto la restricción expresa e inequívocamente formulada en la LOTC. Raro es el supuesto en que con una lectura tan laxa no es posible encontrar esa ligazón material, porque al final a las Comunidades autónomas poco por no decir nada les es ajeno²³. La contraposición interés particular/interés general presente en las primeras sentencias pasa a un segundo plano o se elude en favor del vínculo legitimación-finalidad nomofiláctica del recurso²⁴. La necesaria invasión competencial para recurrir se explicaba desde la perspectiva estrecha de que las Comunidades solo pueden velar por unos intereses particulares, coincidentes con sus competencias, que son «la esfera y límite de su actividad», mientras que los órganos estatales, al tener encomendada «la tutela de los intereses públicos generales», pueden impugnar cualquier norma de las que son objeto de enjuiciamiento por cualquier razón de inconstitucionalidad

²² Entre muchos, I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., pp. 86-91, R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., pp. 65-83 o A. ALLUÉ BUIZA, *Legitimación de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992, pp. 9-11, 35-45, ofrecen una descripción de esta evolución jurisprudencial en torno a la afectación del ámbito de autonomía.

²³ De esta opinión es I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 91 y, del mismo autor, *Problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, en *Revista de Derecho Político*, 71-72, 2008, p. 619.

²⁴ Para R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., p. 75, el Tribunal, más que admitir explícitamente que las Comunidades autónomas puedan «colaborar en la promoción de intereses generales», reconoce a sus órganos «la titularidad en la defensa del interés jurídico supremo cual es la tutela de la primacía de la Constitución».

(STC 25/1981, de 14 de julio). Implicar a las Comunidades en la defensa de la supremacía constitucional, considerando suficiente para recurrir que se satisfaga una condición de tan fácil cumplimiento como la existencia de esa mera conexión material, implícitamente supone, creemos, implicarlas en la defensa del interés general, pues no hay otro mayor que la salvaguarda de la Constitución.

En definitiva, para dar por buena en términos constitucionales la restricción de que los órganos autonómicos solo pueden atacar normas que incidan en el propio ámbito de autonomía, el Tribunal opta por desactivarla casi por completo con una interpretación amplia que la diluye, puesto que en la práctica acaba pareciendo que la autonomía se ve afectada con la existencia en el ordenamiento de una norma inconstitucional²⁵. Nada que objetar respecto del fondo de la decisión y de su propósito; neutralizándolo, el requisito es acorde con la naturaleza del recurso y con la posición de las Comunidades autónomas como entes públicos que no se sitúan de espaldas al interés general, pero formalmente es más idóneo que el legislador elimine esta exigencia y no que el Tribunal Constitucional adelgace progresivamente su contenido para propiciar su inoperancia.

Distinta es la respuesta del Tribunal al origen estatal de las normas impugnables por las instituciones autonómicas. En sentencias como la STC 223/2006, de 6 de julio, defiende que el art. 32.2 LOTC precisa de manera palmaria que las instituciones autonómicas solo pueden recurrir normas estatales. Tal concreción limitativa es considerada constitucional, sin más explicaciones que el aval que dispensa a la LOTC la remisión del art. 165 CE, por lo que otra interpretación resulta a su juicio innecesaria e incluso imposible, en tanto la literalidad del precepto no deja margen alguno. Sin embargo, de ser así, una vez más habría un obstáculo no previsto en la Constitución, que además choca con la ya señalada finalidad del recurso de inconstitucionalidad, porque el objetivo de perseguir la depuración del ordenamiento pasa por poder instar la expulsión de toda

²⁵ I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 91 y, del mismo autor, *Problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 619 resalta que sin «poner de manifiesto las dudas de inconstitucionalidad ... el resultado final consiste ... en que resultaría muy difícil negar la legitimación a un órgano autonómico en prácticamente cualquier ley estatal».

norma, estatal o autonómica, presuntamente inconstitucional²⁶. Por ello es extraño que la mayoría del Tribunal asuma la constitucionalidad del precepto sin cuestionarla siquiera y sin abundar en ella. Más lógico hubiera sido explorar una interpretación conforme o, de no ser posible, plantearse desatender la limitación y aplicar la regulación “indiferenciada” de la legitimación que formula el art. 162.1.a) CE²⁷. En esta dirección el voto particular a la STC 223/2006, de 6 de julio, de los Magistrados Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio y García-Calvo y Montiel, haciéndose eco de la propuesta del Ministerio Fiscal, expone que estamos ante una restricción aparente. Más que una negativa a la impugnación de normas autonómicas por los órganos autonómicos, lo que hay es un mutismo que habría que superar acudiendo al art. 162.1.a) CE. Aunque juzgan que esta interpretación «no puede considerarse directamente contraria al sentido literal del precepto, en el que no existe un contenido explícito, terminante e inequívoco, de exclusión de la legitimación en otros casos distintos de los expresamente reconocidos», a nuestro modesto entender esta apreciación no resulta del todo convincente, sobre todo si ponemos el foco en el art. 32 LOTC en su conjunto. Ambos apartados no diferencian únicamente los casos en los que no se requieren o sí se requieren exigencias adicionales para recurrir; de ser así faltaría en el apartado 1 la mención expresa a un supuesto que la Constitución permite y la LOTC, de acuerdo con el voto particular, ni niega ni somete a requisito alguno, la impugnación de normas autonómicas por órganos autonómi-

²⁶ Así lo ve, entre otros, I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 97 y *Problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 620, más proclive a que el Tribunal Constitucional acabe modulándolo y permitiendo que los órganos autonómicos impugnen también normas autonómicas. La causa, que apunta en *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 93, no es otra que considera “disfuncional” que solo órganos estatales puedan recurrir leyes y normas con rango de ley autonómicas, pues con ello se corre el riesgo de que estos únicamente ataquen normas de Comunidades que no compartan su signo político y, como señala R. CANOSA USERA, *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, cit., p. 62, si ven en peligro sus competencias.

²⁷ Más acorde con lo que aquí se defiende parece esta última opción. Según I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., p. 97 la respuesta del Constitucional es discutible porque «lud[el] el dato de partida de que la Constitución legitima a los órganos autonómicos para interponer el recurso de inconstitucionalidad, sin limitaciones de ningún tipo, que creemos que se deducen incorrectamente de supuestos principios constitucionales, o de la supuesta delegación a la LOTC (art. 165) para matizar lo que no necesita matización».

cos. Distinguen quiénes pueden recurrir según qué clase de normas. El apartado 1 enumera como legitimados para impugnar normas estatales y autonómicas solo a órganos y fracciones de órganos estatales. Los órganos autonómicos no aparecen²⁸. El apartado 2, cuando señala que para recurrir normas estatales estos se hallan también legitimados, no lleva a engaño. No sólo añade una condición más que han de cumplir para poder atacarlas, que afecten a su propio ámbito de autonomía, sino que el uso de ese “también” y la ausencia de las normas autonómicas mentadas en el apartado 1 está subrayando la imposibilidad de que las impugnen. Interpretar que el art. 32.2 se limita a introducir una cortapisa cuando los órganos autonómicos recurran normas estatales, sin descartar que puedan impugnar normas autonómicas, no tiene en cuenta la literalidad del art. 32 LOTC y una lectura sistemática del mismo, sino lo que ese precepto decía tras su aprobación en las Cámaras, pero que en realidad no dice, en tanto ese tenor que daba a los Ejecutivos autonómicos la opción de recurrir al menos leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley de sus Asambleas nunca se publicó²⁹. Tal cual quedó, el art. 32.1 deja bien claro quienes son los legitimados para impugnar sin obstáculos las leyes y las normas con rango de ley independientemente de si son estatales o autonómicas y, a falta de su inclusión en ese apartado, el art. 32.2 tampoco confiere, como debería, ese alcance a la legitimación de los órganos autonómicos, sino que le impone dos restricciones y no solo una. Por tanto, no hay un silencio constitucional de la ley que llenar con la voz de la Constitución; hay una inconstitucionalidad de la ley que fuerza a aplicar la Constitución.

²⁸ A. ALLUÉ BUIZA, *Legitimación de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad*, cit., pp. 31-33 ubica en el apartado 1 y no en el 2 la «ausencia de legitimación» de los órganos autonómicos para impugnar normas autonómicas. A sensu contrario, si pudieran hacerlo, en él tendría que constar. Se podría mantener que el art. 32 en su apartado 1 se ciñe a concretar qué pueden recurrir los órganos estatales; eso explicaría que no se nombre a los órganos autonómicos. Pero entonces el apartado 2, siguiendo un lógico paralelismo, debería concretar qué pueden recurrir estos y la sola referencia a las normas estatales sería incorrecta.

²⁹ Aunque una mención a este precepto, que pudiendo haber sido no fue, aparece en prácticamente todas las obras doctrinales, puede consultarse con detalle el “incidente” de su desaparición, como él lo califica, en P. PÉREZ TREMPES, *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad autónoma: crónica de un precepto perdido*, cit., pp. 5-6.

El voto particular a la STC 223/2006, de 6 de julio, advierte que el principio de supremacía constitucional obliga a valorar la constitucionalidad del art. 32.2 LOTC antes de aplicarlo, como por otra parte reconoce el Tribunal, aunque no lo lleve a cabo con la profundidad deseable. De haberlo hecho, puede que la conclusión hubiera sido otra. Atender a un art. 162.1.a) CE «de carácter completo y cerrado» que establece inequívocamente «la equiparación ... de los distintos sujetos legitimados», en vez de a un art. 32.2 LOTC, cuya literalidad y «claridad», tan subrayada, facilita la detección de su inconstitucionalidad, pues el art. 165 CE no permite recortar una legitimación libre de trabas. Imposible salvarla vía interpretativa, ya que no cabe derivar de un falso silencio algo que el tenor del precepto desmiente. Al no ser objeto de enjuiciamiento, la solución pasa por desoír la disposición a la espera de que el legislador la reforme ajustándola al art. 162.1.a) CE³⁰.

4. *¿Otra ocasión perdida?*

La STC 176/2019, de 18 de diciembre, ha sido la última oportunidad del Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre la imposibilidad de que un órgano de una Comunidad autónoma recurra leyes y normas con rango de ley aprobadas en esa misma Comunidad y modificar su línea jurisprudencial. No lo ha hecho. Reitera la doctrina, ya recordada en la STC 223/2006, de 6 de julio, que rechaza la legitimación de los Gobiernos autonómicos en los recursos de inconstitucionalidad contra

³⁰ P. PÉREZ TREMPES, *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad autónoma: crónica de un precepto perdido*, cit., p. 8, aceptando una interpretación conforme del art. 32.2 LOTC por parte del Tribunal Constitucional en el sentido que se describe en el texto, ve en ello más una solución transitoria, al afirmar que «al legislador le corresponde clarificar la cuestión mediante una reforma aditiva del art. 32 LOTC». En la misma línea se pronuncia L. GONZÁLEZ DEL CAMPO, *La legitimación de los Ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su propia Asamblea...*, cit., p. 373. Igualmente J.M^a. CASTELLÁ ANDREU, *La diferente posición del Estado y de las Comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional*, cit., p. 538 considera que «la reforma de la LOTC resulta ineludible ... en el caso de la legitimación de los Gobiernos autonómicos para impugnar leyes de la propia Asamblea» o «la extensión de la legitimación para impugnar leyes de una Comunidad a órganos de otra». También I. SERRANO BLANCO, *La legitimación activa de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad y la reforma de los Estatutos*, cit., pp. 162-174 apuesta por una revisión de la LOTC para equiparar la legitimación de órganos estatales y autonómicos o por una reforma de la LOTC o de los Estatutos, con la que discrepamos, si se quiere permitir la impugnación de normas autonómicas, manteniendo el requisito de que afecten al ámbito de autonomía de la Comunidad recurrente.

leyes y normas con rango de ley dictadas por su Parlamento, perdiendo de nuevo la ocasión de proceder a su corrección para adecuarla a la Constitución, tal y como reiteradamente han venido reclamando la mayoría de la doctrina constitucionalista e incluso algunos Magistrados del Tribunal Constitucional en sus votos particulares. No se tocan, por tanto, más que colateralmente, otros supuestos ajenos al caso concreto: la impugnación de normas con rango de ley autonómicas por los Parlamentos de esa Comunidad o de leyes y normas con rango de ley autonómicas por órganos de otras Comunidades.

Aquí inadmite por falta de legitimación activa un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma de La Rioja contra una Ley de protección de los animales aprobada por la Asamblea legislativa de esa Comunidad³¹. Una opinión compartida por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y el Letrado del Parlamento riojano³².

El Tribunal Constitucional entiende que a la hora de decidir sobre la admisión o no de un recurso de inconstitucionalidad solo debe observar la LOTC, el art. 32.2, y con más razón cuando «tiene un contenido claro». En él no hay nada que interpretar «a partir de su literalidad» utilizando la Constitución como referencia. Siendo así, se muestra contrario a «desvincularse» de la LOTC o a «excepcionar *ad casum*» su aplicación, dado el doble sometimiento a la Constitución y a la LOTC que pesa sobre él. Causa sorpresa que la claridad de la LOTC parece resultar determinante y no tanto la conformidad con la Constitución de lo que se dice claramente. Cierto es que pone de manifiesto el motivo que sostiene a su juicio la constitucionalidad del art. 32.2 LOTC que ha de aplicar, aunque sin detenimiento y eludiendo el problema de fondo. El legislador, señala, con

³¹ En la posterior STC 81/2020, de 15 de julio, el Tribunal Constitucional estima parcialmente un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 50 senadores del Grupo popular contra esta Ley y rechaza que el Consejo de Gobierno de la Rioja pueda adherirse al mismo, reiterando que carece de legitimación activa, aunque admite con base en el art. 34.1 LOTC que formule alegaciones. Los Magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón muestran su discrepancia en lo que respecta a dicha ausencia de legitimación y el Magistrado Enríquez Sancho se aparta de la sentencia por no haber calificado como escrito de alegaciones el presentado por el Ejecutivo riojano.

³² L. GONZÁLEZ DEL CAMPO, *La legitimación de los Ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su propia Asamblea...*, cit., pp. 357-361 analiza pormenorizadamente la posición defendida por el recurrente y el resto de personados.

base en la remisión del art. 165 CE, se ha decantado a la hora de concretar la legitimación autonómica formulada en el art. 162.1.a) CE por una «de las diversas opciones a las que da cobertura el marco constitucional y con respeto a los límites que el mismo impone», sin que «sea relevante su contradicción con lo dispuesto en el Estatuto de autonomía de La Rioja»³³, «formalmente ley orgánica», pero no aquella a la que se refiere el art. 165 CE, la LOTC. En su art. 32, sin apartarse del «sistema de *numerus clausus*, taxativo y riguroso» instaurado en el art. 162.1 CE y de acuerdo con «otras normas de la misma, relativas al régimen de las autonomías y a su respectivo alcance», especifica «la conexión entre los titulares de la acción de inconstitucionalidad y los posibles objetos de este, con lo cual el concepto de legitimación que el texto constitucional formula en términos muy amplios o genéricos adquiere su sentido técnico concreto». Aun reconociendo la participación de las Comunidades autónomas «en la vida general del Estado» y que no son «ajenas al interés general», el Tribunal incide en la tradicional vinculación autonomía-gestión de sus respectivos intereses y sigue atribuyendo la defensa de los generales a los órganos estatales, por lo que ve “coherente” que a ellos les ataña la legitimación para interponer el recurso «frente a cualquier clase de leyes o disposiciones con valor de ley», mientras que los órganos autonómicos solo impugnen las normas que afecten a «las facultades correspondientes a sus intereses peculiares», «que trascienden siempre, a estos efectos, de las diferencias o controversias, políticas o jurídicas, que puedan llegar a existir entre unos u otros órganos de la misma Comunidad autónoma». Esta vuelta a los intereses propios, prescindiendo del interés común en la defensa de la Constitución y del bloque constitucional, no deja de suponer un paso atrás y encaja mal en este caso, ya que de estar relacionados con alguna de las dos restricciones del art. 32.2 LOTC, parecerían más cercanos a la afectación del ámbito de autonomía, que no es descartable que pueda provenir de normas autonómicas.

Pero ¿se puede afirmar que el legislador orgánico disfruta de una plena libertad de configuración? Nada le impide, si lo desea, enlazar los datos constitucionales sobre quiénes son los legitimados y cuáles son las

³³ En su art. 24 confiere al Gobierno la interposición de recursos ante el Tribunal Constitucional sin prever ninguna limitación.

normas impugnables. No obstante, el Tribunal Constitucional recuerda que la «libertad no es absoluta»; «tiene límites materiales y formales» que derivan de las reservas constitucionales, de lo dispuesto en el Título IX CE y de una interpretación sistemática de la Constitución. Como declara la STC 49/2018, de 10 de mayo, si el Tribunal no asegura que la LOTC respete las disposiciones constitucionales ante «un conflicto evidente e insalvable», está admitiendo «zonas inmunes a su control», lo que es injustificable, aunque se refieran a una norma que le obliga, al poner en entredicho la supremacía de la Constitución. Es obvio que llegar a esta conclusión le resulta más sencillo cuando la LOTC es objeto y no parámetro de enjuiciamiento, ya que esta niega aquí a ciertos sujetos recurrir algunas normas cuando la Constitución no lo hace, sin que haya consecuencias.

El Tribunal renuncia a flexibilizar la limitación que ahora nos ocupa y con ello renuncia al «más amplio ejercicio de la acción», porque el tenor del art. 32.2 LOTC se lo impide, al reconducir la legitimación autonómica a la impugnación solo de normas estatales, en tanto su «razón de ser» es la «posición institucional de la Comunidad autónoma en defensa de su autonomía». Esto se vería comprometido si órganos de una misma Comunidad actuaran como legitimados activos y pasivos, pues al final el Tribunal estaría resolviendo un «conflicto interno entre órganos autonómicos» que no le compete, sin reparar que, más allá de la controversia interorgánica, la autonomía puede ser puesta en peligro no solo desde fuera, sino desde dentro, por ejemplo, con la aprobación de normas que no respeten las disposiciones del bloque constitucional. Conferir legitimación a un Gobierno autonómico para recurrir en inconstitucionalidad leyes aprobadas por el Parlamento de la misma Comunidad, como aquí se pretende, supondría además según el Tribunal «romper el equilibrio o paridad institucional que debe existir ... entre uno y otro órgano superior de la Comunidad autónoma para el ejercicio de [esta] acción». Se deduce entonces que el argumento serviría para negar legitimación al Parlamento autonómico que fuera a impugnar normas con rango de ley aprobadas por el Ejecutivo de su Comunidad y que, de llegar el Tribunal a cambiar de parecer, la legitimación se reconocería a ambos. Más explícito es respecto de otras situaciones igualmente extrañas al caso; que un Parlamento autonómico desee recurrir leyes de su Comunidad o

que un Parlamento o un Gobierno autonómico quieran recurrir leyes de otra Comunidad. En el primer supuesto solo podría “derogarlas” y en el segundo también sería imposible el recurso, «por mucho que invocaran un derecho subjetivo o un interés propio», al desvincular ahora «su garantía y legitimación». «Los distintos planos institucionales y funcionales en los que respectivamente se desenvuelven» los órganos estatales y los autonómicos fundamentan «el diferente alcance de su legitimación en el recurso de inconstitucionalidad». Curioso, cuando para modular el requisito de la afectación de la autonomía en un momento dado se prefirió subrayar no lo que los separa sino lo que les une: la búsqueda de la depuración del ordenamiento frente a normas inconstitucionales. No se maneja aquí ese criterio para cuestionar otras limitaciones que la LOTC agrega sin dar continuidad a una legitimación de los órganos autonómicos sin barreras en la Constitución.

Los argumentos de la sentencia son contestados en votos particulares por el Magistrado González-Trevijano Sánchez y la Magistrada Balaguer Callejón, adhiriéndose el Magistrado Enríquez Sancho al primero de ellos y el Magistrado Xiol Ríos a los dos.

El Magistrado González-Trevijano Sánchez, teniendo presente la taxatividad y la indiferenciación que caracterizan la regulación constitucional de la legitimación, pone el foco en las restricciones que el art. 32 LOTC incorpora. Si a juicio de la mayoría, que compartimos, de él se deduce inequívocamente que las instituciones autonómicas mencionadas solo pueden recurrir normas estatales y siempre que afecten a su autonomía, el Magistrado disidente señala que el Tribunal debe y puede interpretar el art. 32.2 de otro modo, como exige la supremacía de la Constitución, descartando una lectura «en un sentido excluyente» y reductor de lo que el texto constitucional consiente. La apelación a aquel tercer apartado “fantasma” del art. 32 que confería legitimación al Ejecutivo autonómico para impugnar leyes y normas con rango de ley de la Asamblea de su Comunidad y que, habiendo sido aprobado en las Cámaras, luego desapareció de la versión definitiva publicada oficialmente sin que posteriormente hubiera ninguna rectificación, no aporta nada al razonamiento, pues, si no fue publicado, ni existe ni, por tanto, obliga, como aprecia la STC 223/2006, de 6 de julio. En realidad, la idea fuerza es otra; la Constitución, en un art. 162.1 CE «que se agota en sí mism[o]», no impide

que los órganos autonómicos interpongan recurso de inconstitucionalidad frente a normas propias. El art. 32.2 LOTC tampoco lo hace en su opinión, cuando, sin «desarrollar globalmente» el precepto constitucional, se limita a introducir «previsiones concretas en determinados supuestos específicos en los que esa legitimación precise de exigencias adicionales». ¿Cuáles son? El art. 32.2 LOTC solo suma una «exigencia adicional» si los órganos autonómicos impugnan normas estatales, estas han de afectar a su ámbito de autonomía, pero calla sobre que el Gobierno autonómico pueda o no pueda impugnar normas de su Comunidad. De ello se colige que no existe ninguna prohibición en tal sentido, porque la Constitución no lo veda en un precepto que «[ni] precisa de añadido o aclaración alguna» ni tampoco necesita ser reiterado. Esta interpretación a su juicio es coherente con la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad, en el que el recurrente «no pretende nada para sí, sino el restablecimiento de la legalidad, el interés general que se traduce en la defensa de la Constitución», con la doctrina constitucional “pro actione” y con la indiferenciación que debe regir el control de la legislación estatal y autonómica, al menos en cuanto a los sujetos legitimados, lo que no deja de ser contradictorio con haber afirmado previamente que el art. 32.2 CE establece una «exigencia adicional» que la Constitución no contempla, pero que quizás no le cuesta admitir porque ya ha sido desactivada por el Tribunal Constitucional. Una vez más se procura una aplicación directa de la Constitución, no en detrimento de un art. 32.2 LOTC inconstitucional. Una lectura alternativa y forzada esquiva el problema procesal que provocaría su inconstitucionalidad, a costa de entender que el precepto se centra solo en lo que aporta de nuevo, sin que resulte inexcusable repetir lo que la Constitución ya permite, aunque así lo haya hecho en el apartado primero. De este modo el silencio no es impeditivo ni excluyente. Cierto es que el Tribunal Constitucional, resalta el voto particular de González-Trevijano Sánchez, en uso de su «función integradora» puede «completar una incierta construcción legislativa y definir su alcance de los términos constitucionales», haciendo evolucionar su jurisprudencia. El asunto es si el apartado segundo del art. 32, teniendo en cuenta lo que dispone el primero, es incierto en este aspecto y si el Tribunal en esa tarea interpretativa respeta los límites a los que se la somete. A nuestro parecer la concreción de las disposiciones constitucionales que efectúa

el legislador se opone a lo dispuesto en ellas y el Tribunal, por mucho que se le reclame, no puede superar su incorrección sobrepasando el sentido de la literalidad de la norma.

Un discurso similar al del voto particular descrito se recoge en el de la Magistrada Balaguer Callejón. Los Ejecutivos autonómicos tienen legitimación activa *ex constitutione* para recurrir sin limitaciones las normas de sus Asambleas y el principio jerárquico impone una interpretación de las normas infraconstitucionales de acuerdo a la Constitución, pues «no encuentra acomodo constitucional» dar por bueno que el art. 32 LOTC restringe esa legitimación activa, deduciendo de la falta de «previsión expresa» «la imposibilidad de aceptar [tal] legitimación». Sin que haya ningún óbice constitucional, se cierra la puerta a que las instituciones autonómicas impugnen directamente sus normas legales propias, quedando únicamente abierta la de un recurso por «vía indirecta», siempre que algún órgano estatal legitimado esté dispuesto a activarlo por ellos, lo que solo es probable de haber sintonía política entre ambos, como repara la Magistrada, con un considerable incremento de la «diferenciación». En el escenario político actual no es descabellado pensar que «una mayoría parlamentaria circunstancialmente distinta de la que sostiene al Gobierno» apruebe una ley inconstitucional para «obstaculizar la acción de un Gobierno minoritario» o para «marcar un itinerario político distinto». Esta devendría inatacable, salvo que órganos o fracciones de órganos estatales estuvieran dispuestos a recurrir, quedando la depuración del ordenamiento que persigue el recurso seriamente tocada. Por eso es partidaria de una «interpretación amplia» «en relación con el objeto del control de constitucionalidad» que estos legitimados autonómicos pueden instar. En contra de nuestra opinión, considera que «no se trata aquí de valorar si el art. 32.2 LOTC es o no inconstitucional por haber restringido» la legitimación de los Ejecutivos autonómicos, aunque su resistencia a plantearse una no tan hipotética inconstitucionalidad parece obedecer más a razones prácticas: la inexistencia «de un mecanismo procesal adecuado para articular esa duda de constitucionalidad» cuando la norma no es lo que se recurre. Como confiesa, «esa interpretación amplia permitiría recuperar ante la inacción del legislador estatal la voluntad de ese mismo legislador puesta de manifiesto en la tramitación parlamentaria de la LOTC». Ese es el quid, creemos, de lo que al Tribunal Constitucional

se le pide que haga y se le critica que no haya hecho. Se le insta a que actúe como debiera haber actuado el legislador, dotando al precepto de un contenido, concebido en su momento por este sin que llegara a nacer, que no casa con su literalidad actual. Por eso quizás peque de optimismo pensar que la interpretación del art. 32 «podría haberse modificado sin excesiva complejidad». El voto particular aprecia que el alto Tribunal resultará «tanto más útil en el sistema de equilibrios y contrapesos entre los poderes ... cuanto más abiertos se muestran sus procedimientos a quienes la Constitución reconoce como legitimados para acceder a la justicia constitucional»; es indiscutible, pero asegurar que así sea no pasa por que el Tribunal se exceda en sus atribuciones y más cuando puede lograrlo moviéndose dentro de ellas. Solo de este modo conseguirá realmente que su «posición institucional» no se vea «perjudicada»³⁴.

5. *Conclusión*

La controversia ha acompañado la regulación legal de la legitimación de los órganos autonómicos en el recurso de inconstitucionalidad desde la aprobación de la LOTC por ser más limitada que lo que la Constitución prevé y chocar con la naturaleza de este procedimiento. Aún sigue viva. Difícil papeleta para un Tribunal Constitucional sometido tanto a una como a otra norma, pero no con la misma intensidad. Ante los interrogantes que suscitan las exigencias que la ley impone, el Tribunal reacciona de manera diferente para hacerles frente y eludir el problema procesal de una posible inconstitucionalidad. Si en un caso, la necesidad de que la norma recurrida deba afectar al propio ámbito de autonomía, se decanta por ofrecer una interpretación conforme tan amplia que reduce en gran medida el efecto de las palabras del legislador con el aplauso de la doctrina, en el otro, el origen estatal de la norma impugnada, renuncia a efectuarla ante la claridad de unas palabras y de unos silencios que no le plantean dudas sobre su significado y su validez a pesar de su espíritu restrictivo. Esta negativa a expandir la legitimación de los órganos de las

³⁴ En el voto particular de la Magistrada Balaguer Callejón se afirma, por el contrario, que una interpretación conforme como la que se sugiere y se ha criticado en el texto «no habría perjudicado interés o posición institucional alguna. Ni siquiera la del propio Tribunal Constitucional».

Comunidades autónomas a las normas autonómicas recibe las críticas de los que prefieren una lectura de la LOTC más apurada aún que la anterior, porque pretende que el Tribunal ponga voz constitucional al mutismo aparente de un legislador que ya ha hablado en un sentido excluyente. Nuestra discrepancia discurre por otros derroteros. Como el Tribunal Constitucional creemos que el tenor del art. 32 LOTC impide a los órganos autonómicos atacar leyes y normas con rango de ley de su Comunidad o de otras. Como la mayoría de la doctrina y los votos particulares a las sentencias comentadas creemos que ello se opone a la regulación constitucional de la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad, a la esencia de este procedimiento y a la propia concepción de la autonomía que no es ajena ni al interés propio ni al de todos. Por lo tanto, la respuesta no puede ser la del Tribunal, considerar constitucional el precepto, pero tampoco la de sobrepasarse en su exégesis. El papel del Constitucional es salvaguardar la supremacía de la Constitución y ello le fuerza a intentar interpretar la LOTC a la luz de la Constitución. Cuando el propio enunciado lo imposibilita, solo queda inaplicar la ley y aplicar directamente la Constitución. De haberlo hecho así, se habría podido superar este escollo en la legitimación autonómica y otros equiparables. Una ocasión perdida. Quizás incluso el legislador se habría sentido impulsado a llevar a cabo una reforma en la LOTC tan deseable como necesaria. Él es el verdadero destinatario de las sugerencias que se dirigen al Tribunal Constitucional y al que le corresponde entrar en acción, eliminando unos distingos entre legitimaciones que deberían desaparecer de una vez por todas. Devalúan la posición de las Comunidades y debilitan la defensa no solo del bloque constitucional que les confiere su autonomía, sino de la misma Constitución.

Table of contents and abstracts

Editorial

The challenges of multi-level states. In particular, the case of Northern Ireland (p. 631)

Justin Orlando Frosini

Essays and Articles

Fiscal Federalism in “Ongoing Transition”: on the New Financial and Tax Structure of Differentiated Federalism (p. 641)

Giuseppina Lofaro

This essay attempts to reconstruct the cumbersome ongoing reform and the copious interdisciplinary debate in a promotional perspective of virtuous competition between territories. The path to differentiated autonomy can represent a valuable opportunity for a “development taxation” that is to renew the tax system of the Regions in the light of local specificities and to achieve promotional and non-fiscal purposes. The comparative analysis suggests importing the Spanish fiscal joint responsibility system into the Italian system. Differentiated federalism should constitute a link towards fiscal federalism to resume its interrupted itinerary, in a systematic perspective of collaboration and coordination according to a cooperative model.

The Emergency Administrative Acts Range. Coordination Attempts Between Central Government and Regional Measures During One Year of Pandemic Emergency (p. 675)

Renato Rolli, Riccardo Stupazzini

The article aims to examine the evolution of the critical relationship between the central government and the regional authorities by examining the efficacy of the coordination between the measures set by these authorities through administrative acts during the last year of epidemiological emergency. For this purpose, considering courts’ decisions pro-

vides an examination of the misalignments between central and periphery regulations.

Devolution Post Brexit: The Perplexity of Multi-Levelled Governance in a Disunited Kingdom (p. 729)

Peter Leyland

It is argued in this article that viewed from the perspective of devolved governance the Brexit process is exerting a profoundly destabilising effect on the UK constitution. After referring to the general approach in the UK withdrawal legislation the discussion turns to its effect on the devolution arrangements. The question of the coordination of policy implementation, policy divergence and dispute resolution between governments is addressed in respect to the introduction of an internal market for the UK under the Internal Markets Act 2020. In addition, the article considers the impact of Brexit on Ireland, North and South. Particular reference is made to the 'Irish Backstop' agreement and related protocol set against the wider context of the Belfast Agreement and the upsurge of tension and violence in Northern Ireland.

The European Union and Tax Law: Brief Reflections on the Ambitious Projects Remained Unfinished and on the Rules Underlying the Decision-Making Process (p. 759)

Riccardo Lancia

Notes about the role played by the European Union in tax matters to identify the peculiarities characterising European action in this sector. This action appears to be intrinsically linked to the need to achieve a difficult balance between adopting a common approach and preserving the member States' national sovereignty. Part of the paper is reserved for a brief analysis of some ambitious projects, which are currently not implemented due to the current European decision-making system. The issue lies in the need to rethink the decision-making process rules to provide further speed and efficiency to the entire procedure. This contribution considers the recent position taken by the European Commission regarding the need to overcome the impasse in the decision-making process.

Blockchain and Public Administration: State of the Art and Perspectives
(p. 803)

Manfredi Matassa

Blockchain technology is increasingly attracting operators' attention in the technology sector and Italian and European institutions. If the multiple applications of this technology were initially approached exclusively by the financial sector, now seem to have an unlimited scope: public services, protection of privacy, digital identity, tracing of production chains are just some of the areas compatible with what seems to be a new industrial revolution. However, only recently those applications have been studied in the field of public law, and the new possibility offered by blockchain can no longer be excluded from the debate of administrative law. In addition to providing an overview of the debate surrounding the delicate relationship between emerging technologies and regulation, this paper aims to highlight the possible areas of application that blockchain could find in the context of public administration.

Public project financing as a methodological tool for building new football facilities? (p. 839)

Gary Louis Pietrantonio

Starting from the premise that Italian football clubs have not at their disposal sports infrastructures able to generate the necessary proceeds essential to be competitive at the European level, the paper describes the fragmented legal framework applicable to the building of multifunctional sports facilities. Preliminarily the author describes the main issues that arose over the special proceeding set forth by the Italian legislator in order to speed up the realisation of the projects regarding the construction of the new stadiums proposed by primary football clubs. After completing the analysis of such issues, the author verifies if the recent Legislative Decree 38/2021 succeeded in solving the present gaps and problems of the former legal framework. In addition to that, the article also describes the possible alternative solutions provided by the Italian legislator to facilitate the realisation of new multifunctional sports facilities. In particular, the author focuses on the description of the figure

of the institute of “project financing” as amended by the latest legislative interventions (“Decreto Semplificazioni” and “Decreto Sblocca Cantieri”). The analysis results show that the interventions of the legislator have only partially solved the underlying problems connected to the realisation of sports infrastructures and the cooperation between private undertakings and contracting public authorities.

The Last Obstacle to the Legitimacy of the Autonomous Communities in the Spanish Unconstitutionality Appeal (p. 883)

Paloma Requejo Rodríguez

In accordance with its organic regulatory law (LOT), the Spanish constitutional court has considered that the executives and parliaments of the autonomous communities can only file an appeal for unconstitutionality against laws and regulations of the state with the legal rank which affect their own scope of autonomy. Therefore, unlike state bodies, they cannot appeal regional laws or norms with legal rank. Since the constitution does not expressly refer to these limitations, many legal scholars and some constitutional court judges, in their dissenting opinions, suggest an interpretation of art. 32.2 LOTC in accordance with the supreme norm that allows doubts about its unconstitutionality to be overcome. This alternative reading, in some cases forced, has not been entirely accepted by a court reluctant to take the last step to extend regional legitimacy, which perhaps corresponds to the legislator.

Autori

Justin Orlando Frosini

Professore associato di Comparative Public Law presso l'Università Bocconi di Milano

Riccardo Lancia

Dottore magistrale in Giurisprudenza presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

Peter Leyland

Professor of Public Law, School of Oriental and African Studies (SOAS), University of London

Giuseppina Lofaro

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

Manfredi Matassa

Dottorando di ricerca in Diritti Umani presso l'Università degli Studi di Palermo

Gary Louis Pietrantonio

Avvocato, Professore a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università di Bologna

Paloma Requejo Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Constitucional presso l'Universidad de Oviedo

Renato Rolli

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università della Calabria

Riccardo Stupazzini

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – *curriculum* Diritto amministrativo europeo dell'ambiente – presso l'Università "La Sapienza" di Roma

— Criteri editoriali —

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

EDITORIALE

Le sfide degli Stati multi-livello. In particolare, il caso dell'Irlanda del Nord
Justin Orlando Frosini

SAGGI E ARTICOLI

Il federalismo fiscale in “perdurante transizione”: sul nuovo assetto finanziario e tributario del federalismo differenziato

Giuseppina Lofaro

Il “ventaglio” degli atti amministrativi dell'emergenza. I tentativi di coordinamento tra interventi statali e regionali in un anno di emergenza pandemica

Renato Rolli, Riccardo Stupazzini

Devolution Post Brexit: The Perplexity of Multi-Levelled Governance in a Disunited Kingdom

Peter Leyland

L'Unione europea e il diritto tributario: brevi riflessioni sugli ambiziosi progetti rimasti incompiuti e sulle regole alla base del procedimento decisionale

Riccardo Lancia

Blockchain e pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive

Manfredi Matassa

Il *project financing* pubblico quale strumento metodologico per l'edificazione di nuovi impianti calcistici? Profili, scenari e prospettive

Gary Louis Pietrantonio

NOTE E COMMENTI

El último escollo de la legitimación de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad español

Paloma Requejo Rodríguez