

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

dicembre 2018

3

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

issn 1123-3036

d e Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale *open access* di
dottrina, giurisprudenza e documentazione

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 64, n. 97 (3-2018)



Mucchi Editore

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano, Via Röentgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell’economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena
Pubblicato nel mese di dicembre 2018

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Universidad de La Plata - Argentina)
Andrea Comba	(Università di Torino)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Francesco Manganaro	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Massimo Occhiena	(Università di Sassari)
Aristide Police	(Università Tor Vergata - Roma)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Rosario Ferrara	(Università di Torino)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Carlo E. Gallo	(Università di Torino)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio E.)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio E.)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Francesco Vetrò	(Università del Salento)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	Rosamaria Iera	Clara Napolitano
Giovanni Barozzi Reggiani	Silia Gardini	Pasquale Pantalone
Lorenzo Bimbi	Martina Germanò	Michela Petrachi
Lorenzo Caruccio	Annalaura Giannelli	Francesco Scalia
Elisabetta Codazzi	Giuseppe La Rosa	Scilla Vernile
Michela Colapinto	Alberto Marcovecchio	Alice Villari
Letterio Donato	Calogero Micciché	Patrizia Vipiana
	Viviana Molaschi	

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

- Il lavoro (non superiore a 10.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
- Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso. La procedura di referaggio richiede un tempo minimo di almeno due mesi.
- Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
- Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

- The work (not exceeding 10,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
- The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work. The procedure requires at least two months.
- The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
- The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
- The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
- Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
- The Board of Editors or at least four members of the Board of Editors itself (including the Editor-in-chief) may decide to publish contributions even if they are not configured as essays, or with a number of characters below 20,000 and, for a number of specific works (especially considering the characteristics of the Author or their nature), may also decide not to proceed with anonymous assessment, themselves carrying out a motivated evaluation of the contribution and providing a specific justification of the exception. The latter type of contributions may not exceed 40 pages per issue over all; relative works will be marked in the index of the year with an asterisk. Any "editorial", at the beginning of the issue, won't be submitted for referral procedure.
- Should one of the members of the Board of Editors intend to publish a work of his own in the Journal, the procedure will be managed entirely by another delegated member of the of the Board, thus guaranteeing the anonymity of the referees.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo, note e **abstract**, deve essere inviato (in formato .doc o .docx) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it): il file complessivo non deve superare **10.000 parole** e deve essere **reso anonimo dall'Autore**. L'abstract non deve superare le **150 parole**.

Il testo deve essere completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con i numeri dei paragrafi).

In calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento occorre indicare:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Università di appartenenza) e/o qualifica professionale; recapito di posta elettronica che l'Autore acconsente sia pubblicato sulla Rivista.

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione degli originali in conformità alle seguenti indicazioni, tenendo presente che **originali redatti non in conformità ai criteri redazionali potranno non essere presi in considerazione per la pubblicazione:**

- per i nomi degli AA. citati in nota usare il **carattere tondo (no maiuscoletto)** con l'iniziale del nome che precede il cognome (es., M. Nigro);
- per le parole straniere usare il corsivo;
- le **virgolette devono essere basse (nel testo e in nota) tutte le volte che c'è una frase o un passo riportato da un altro testo, Autore, giurisprudenza o legge**. Lo stesso vale per i titoli delle leggi, delle direttive e così via;
- all'interno delle virgolette e in genere in tutto il testo devono essere in corsivo solo le parole straniere;
- Non si inserisce "p." prima dell'indicazione delle pagine
- **In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note.**
- Le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo)
- Deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la Rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. Casetta, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1955, 339 ss.;

F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1999; oppure

E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. Casetta, *op. cit.*, 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.: E. Casetta, *Brevi considerazioni*, *cit.*, 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass, ss.uu., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. It.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle Riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., *op. cit.*, *cfr.*, ss., ecc.).

In caso di dubbi, si consiglia di prendere a modello gli articoli già pubblicati sulla Rivista

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

Indice n. 97 (3-2018)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Antonio Barone</i> , La prevenzione della corruzione nella “governance” del territorio... pag.	571
<i>Alberto Buonfino, Elisa Grillo</i> , The Supranational Concept of Property in the light of the ECtHR Case Law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Some Critical Remarks on Recent Developments..... »	597
<i>Maurizio Cafagno</i> , Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva” »	625
<i>Pier Luigi Portaluri</i> , <i>Lupus lupus non homo</i> . Diritto umano per l’ <i>ethos</i> degli “animali”?.. »	659
<i>Estanislao Arana Garcia</i> , Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro..... »	675
<i>Francesco De Leonardis</i> , Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell’economia..... »	697
<i>Giovanni Maria Uda</i> , Il <i>bail-in</i> e i principi della <i>par condicio creditorum</i> e del <i>no creditor worse off</i> (ncwo) »	733
<i>Giovanni Luchena</i> , An overview of the main issues set forth in the <i>Notice</i> on the notion of State aid: a new “code of conduct” for the States..... »	747
<i>Giuseppe Andrea Primerano</i> , Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica »	771
<i>Luiz Augusto da Silva, Melina Girardi Fachin</i> , State intervention, economic constitution, and the so-called “principle of subsidiarity”: the Brazilian debate »	797
<i>Saul Monzani</i> , La tutela giurisdizionale dei concorrenti a un procedimento ad evidenza pubblica: l’interesse all’aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali »	825
<i>Nicola Posteraro</i> , La compensazione e i rimborsi nella mobilità sanitaria interregionale e transfrontaliera »	851
<i>Andrea Venanzoni</i> , Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA) »	881
<i>Cosimo Gabbani</i> , La logica dei provvedimenti ripristinatori »	911

<i>Vinicio Brigante</i> , Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale.....	»	955
<i>Chiara Guardamagna</i> , Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.....	»	993
<i>Gian Antonio Benacchio</i> , Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale.....	»	1017
<i>Walter Giulietti</i> , Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi.....	»	1041
<i>Francesco Zammartino</i> , Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni.....	»	1059
<i>Mariaconcetta D'Arienzo</i> , La salute ai tempi della <i>spending review</i> : come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale.....	»	1083
<i>Fabrizio Fracchia, Massimo Occhiena</i> , Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico.....	»	1125
Sezione di diritto internazionale dell'economia		1167
NOTE SUI COLLABORATORI	»	1183

La prevenzione della corruzione nella “governance” del territorio

Antonio Barone

Sommario: 1. Le reazioni amministrative ai fenomeni corruttivi nell'Italia liberale. – 2. Una tematica di rinnovata attualità per gli studi di diritto amministrativo. – 3. Il c.d. “*Integrity Risk Management*”. – 4. La legge 6 novembre 2012, n. 190: le tendenze uniformanti. – 5. (segue) ed i margini di differenziazione. – 6. Il governo del territorio nel Piano Nazionale Anticorruzione 2016. – 7. Organizzazione, partecipazione e valutazione. – 8. (segue) Il ruolo del piano di prevenzione della corruzione. – 9. Il “nodo” della consensualità. – 10. Dovere di piano e libertà “sostenibili”.

1. *Le reazioni amministrative ai fenomeni corruttivi nell'Italia liberale*

I fenomeni di scambio occulto tra un atto del potere pubblico ed una prestazione in denaro o altre utilità hanno accompagnato la storia dell'umanità sin da suoi primordi¹.

Una lettura storica della corruzione nell'amministrazione italiana induce a rifiutare quelle tesi che esauriscono la lotta al fenomeno corruttivo esclusivamente sul fronte della repressione criminale e del correlato fondamentale intervento del potere giurisdizionale. La storia d'Italia insegna che soprattutto in contesti istituzionali di minore indipendenza della magistratura rispetto al potere politico (modello del “magistrato-burocrate” dello Stato liberale)², numerose e varie

¹ Cfr. J.T. Noonan, *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Milano, 1987.

² N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 290, evidenzia che nell'età liberale la magistratura si presentava come la “*grande souffrante*” della divisione dei poteri. In particolare, A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, 106-122, mettono in rilievo che nell'Europa continentale, fra il XIX e il XX secolo, si è realizzato un processo di burocratizzazione del giudice nell'ambito del quale l'esecutivo, direttamente o indirettamente, aveva la possibilità di un controllo permanente del magistrato anche dopo il suo reclutamento. L'adozione del modello gerarchico-burocratico, d'altra parte, assicurava un'attività giurisdizionale improntata all'ideologia della fedeltà alla legge, in linea con la cultura giuspositivistica. La funzione del giudice *bouche de la loi* tendeva quindi a risolversi nella esecuzione del comando della legge.

sono state le risposte amministrative e politico-amministrative alla emersione di gravi episodi corruttivi³.

Basti pensare, ad esempio, alle ispezioni amministrative riconducibili all'organizzazione del Ministero dell'Interno⁴, nonché alle inchieste amministrative che spesso supportavano o precedevano l'attività delle commissioni parlamentari d'inchiesta⁵. Le inchieste parlamentari sulla Società delle ferrovie meridionali (1864), sulla Regia dei tabacchi (1869), sulla Banca romana (1893), sulla Regia Marina (1904), sulle spese per la costruzione del palazzo di giustizia a Roma (1912), sulla liquidazione delle gestioni per le feste commemorative e le esposizioni di Roma, Torino e Palermo (1917), sulle spese di guerra (1917), costituiscono solo alcuni tra i principali esempi della reattività politico-amministrativa dello Stato liberale al fenomeno corruttivo⁶. Si è trattato, comunque, di risposte episodiche e tra loro disorganiche, sempre successive agli eventi corruttivi⁷.

L'Italia liberale conobbe anche talune forme di gestione in via amministrativa degli eventi corruttivi, addirittura arrivando ad una prima disciplina, invero "embrionale", di misure di prevenzione della corruzione correlate (tra l'altro) al governo del territorio. Si pensi, in via esemplificativa, all'obbligo di astensione per gli amministratori di comuni, province e consorzi contemplato dall'art. 290 del R.D. 4/2/1915, n. 148 e dall'art. 279 del R.D. 3/3/1934, n. 383. Ancora, si pensi all'art. 8 della legge n. 1150/1942, con riferimento al caso di mancata adozio-

In argomento v. altresì A. Barone, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008; Id., *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in E. Follieri, A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del processo amministrativo*, Padova, 2015, 1-24.

³ Ciò non significa assenza di interventi giudiziari di repressione della corruzione in età liberale. Come sostiene E. Gustapane, *Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, in G. Melis (a cura di), *Etica e pubblica amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999, 22. «I mandati di cattura, gli ordini di perquisizione e di sequestro riguardanti i dirigenti della "Banca romana" accusati di avere stampato banconote oltre il limite stabilito dalla legge e di un vuoto nelle casse di quell'Istituto di emissione di oltre ventotto milioni, furono emanati, nella notte fra il 18 e il 19 gennaio 1893, non nella sede naturale del palazzo di giustizia di Roma, ma a Palazzo Braschi, allora sede del consiglio dei ministri e del Ministero dell'Interno, in una sala dove erano stati convocati, presso il Presidente del consiglio, Giovanni Giolitti, il Ministro di Grazia e giustizia, Bonacci, il Procuratore generale del Re presso la Corte d'appello di Roma, senatore Bartoli, e il Procuratore del Re presso il Tribunale di Roma, barone Emanuele Vico». Le vicende dello scandalo della "Banca romana" sono esaustivamente descritte in G. Barone, *La nascita della Banca d'Italia*, in Meridiana, 29, 1997, 55-72, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁴ In argomento si rinvia a M. Giannetto, *Dalle ispezioni alle questure e prefetture al controllo della società civile. Il servizio ispettivo del Ministero dell'Interno fra età liberale e fascismo*, in *Etica e pubblica amministrazione*, cit., 137-177.

⁵ Sulle inchieste parlamentari e sulle inchieste amministrative si rinvia a M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1993, 492-495, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁶ L'elencazione delle inchieste parlamentari è tratta da C. Crocella, F. Mazzonis, *Iniziative parlamentari contro la corruzione. La commissione parlamentare d'inchiesta per le spese di guerra (1920-1923)*, in *Etica e pubblica amministrazione*, cit., 125. Questa elencazione non è ovviamente esaustiva dei fenomeni di grande corruzione nell'Italia liberale.

⁷ S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. Melis (a cura di), *Etica e pubblica amministrazione*, cit., Napoli, 1999, 181.

ne del piano, con il correlato potere di sostituzione statale attraverso l'istituto del commissariamento finalizzato all'adozione del piano regolatore generale (PRG).

L'avvento dello Stato democratico, con la consacrazione costituzionale dell'indipendenza della magistratura, ha determinato il progressivo spostamento del baricentro della reazione statale alla corruzione in favore del potere giurisdizionale⁸. Tuttavia, nonostante il "contrappeso" del sistema giudiziario, la diffusione attuale della corruzione amministrativa in Italia è stata definita sistemica, ampia, stabile, visibile⁹.

2. *Una tematica di rinnovata attualità per gli studi di diritto amministrativo*

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha recentemente evidenziato che «Il governo del territorio rappresenta da sempre, e viene percepito dai cittadini, come un'area ad elevato rischio di corruzione, per le forti pressioni di interessi particolaristici, che possono condizionare o addirittura precludere il perseguimento degli interessi generali»¹⁰.

Si tratta di una valutazione coincidente con quanto già da tempo rilevato dalla dottrina amministrativistica: l'uso del territorio ha costituito e costituisce ancora oggi uno dei settori di maggiore diffusione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni italiane¹¹. Le scelte di piano e le inerzie del pianificatore, le grandi opere e l'urbanistica contrattata rappresentano esempi emblematici del

⁸ Su questi profili si rinvia a S. Turone, *Politica ladra. Storia della corruzione in Italia (1861-1992)*, II ed., Roma-Bari, 1992; A. Galante Garrone, *L'Italia corrotta 1895-1996. Cento anni di malcostume politico*, Roma 1996.

⁹ Così S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, cit., 183, con definizioni che restano di estrema attualità. Proprio con riferimento al caso italiano, il Rapporto 2011 del *Group of State against Corruption* (GRECO, istituito presso il Consiglio Europeo) ha evidenziato che «La corruzione è profondamente radicata in diverse aree della pubblica amministrazione, nella società civile, così come nel settore privato. Il pagamento delle tangenti sembra pratica comune per ottenere licenze e permessi, contratti pubblici, finanziamenti, per superare gli esami universitari, esercitare la professione medica, stringere accordi nel mondo calcistico, ecc. (...) La corruzione in Italia è un fenomeno pervasivo e sistemico che influenza la società nel suo complesso» (cfr. Rapporto di valutazione sull'Italia adottato dal GRECO, 27 maggio 2011, Greco Eval RC-I/II Rep (2011) 1E. Su queste tematiche v. altresì V.M. Caferra, *Il sistema della corruzione. Le ragioni, i soggetti, i luoghi*, Roma-Bari, 1992; M. D'Alberti, R. Finocchiaro (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994; S. Cassese, B.G. Mattarella, *Democrazia e cariche pubbliche*, Bologna, 1996; P. Davigo, G. Mannozi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica e amministrazione*, Bologna, 2007.

¹⁰ Autorità Nazionale Anticorruzione, Piano Nazionale Anticorruzione 2016, Determinazione n. 831 del 3/8/2016, www.anticorruzione.it, 65.

¹¹ Così S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, cit., 182. In argomento v. altresì P. Urbani, *L'urbanistica*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 423-424.

mutevole atteggiarsi dei fenomeni corruttivi¹², che vanno ad impattare direttamente sul territorio “bene comune”¹³.

Sarebbe quindi miope omettere di rilevare le forti correlazioni tra corruzione ed uso del territorio anche nella prospettiva degli studi di diritto amministrativo. Tali correlazioni sono tutt’altro che recenti, come dimostra l’esistenza di talune misure di prevenzione della corruzione, in relazione al governo del territorio, ben prima dell’adozione della legge n. 190/2012.

Emblematico, al riguardo, risulta l’art. 78, 1° comma, del D.Lgs. n. 267/2000, che vincola gli “amministratori locali” (sindaci, assessori, consiglieri, etc.) al rispetto dei principi di imparzialità e buona amministrazione, basi costituzionali dell’etica pubblica e della prevenzione della corruzione nell’Amministrazione.

A questa disposizione di carattere generale si associano ulteriori previsioni in materia di obblighi di astensione per gli “amministratori locali” in caso di conflitti di interessi. Queste previsioni si riferiscono talora in modo specifico all’uso del territorio ed indicano altresì quali sanzioni per la loro inosservanza (tra l’altro) l’annullamento totale o parziale del piano territoriale (art. 78, commi 2, 3 e 4, del D.Lgs. n. 267/2000).

Anche l’esercizio dei poteri sostitutivi nell’ipotesi di violazione del dovere di pianificazione territoriale può essere ascritto al novero delle misure “embrionali” di anticorruzione nell’uso del territorio rivolte direttamente agli organi politici locali.

Si pensi, in particolare, alle ipotesi di mancata adozione del piano, con il correlato potere di sostituzione (dapprima statale e poi) regionale attraverso l’istituto del commissariamento finalizzato all’adozione del PRG¹⁴. Una siffatta reazione ordinamentale alla violazione del dovere di pianificazione territoriale si è oggi evoluta in senso repressivo con la previsione dello scioglimento dell’orga-

¹² Su questi aspetti cfr. V. De Lucia, *L’urbanistica*, in *Etica e pubblica amministrazione*, cit., 65-73; E. Salzano, *Vent’anni e più di urbanistica contrattata*, Relazione al convegno di Italia nostra “La città venduta. Vent’anni di urbanistica contrattata”, Roma, 6 aprile 2011, www.eddyburg.it. M.S. Giannini, *Sanatorie urbanistiche: quando la fine?*, ora in Id., *Scritti giuridici*, IX, 1991-1996, Milano, 2006, 369-371, evidenziava come lo stesso legislatore statale avesse autorizzato attraverso i c.d. condoni edilizi il risanamento del bilancio pubblico (invero mai realizzato) attraverso lo scempio del territorio.

¹³ Ci si riferisce alla insuperata teorizzazione di F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, ora in Id., *Scritti giuridici*, V, Milano 2006, 3945-3960, che configura il territorio come “bene comune”, «oggetto di un generale interesse che sta fuori dai concetti arcaici di proprietà o di possesso, ma costituisce una nuova forma di rapporto che, per quanto possa sembrare paradossale, si avvicina piuttosto a una nuova relazione tipica che unisce il cittadino a beni immateriali, come ad esempio la salute» (3946). Secondo Benvenuti, in particolare, la pianificazione del territorio “non può essere concepita come espressione di un potere pubblico inteso a soddisfare un interesse personalizzato. Essa deve concepirsi come disciplina della necessità di convivenza, come soddisfazione delle tendenze di conservazione e di sviluppo della comunità [...]” (*Ibidem*, 3948).

Anche la dottrina più recente valorizza l’approccio ai temi dell’uso del territorio attraverso il prisma dei beni comuni. V. ad esempio V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, 23-29, www.labsus.org.

¹⁴ V. l’art. 8 della legge n. 1150/1942, oggi comunque superato dalle leggi regionali che prevedono la competenza regionale in materia di commissariamento (ad esempio, art. 27 della L.R. Sicilia n. 71/1978).

no consigliare locale¹⁵. Del resto, la più grave ipotesi di scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso può essere ricollegata anche a fenomeni corruttivi concernenti l'uso del territorio (art. 143 del D.Lgs. n. 267/2000)¹⁶.

Le descritte misure di prevenzione della corruzione nel governo del territorio sono maturate in un contesto culturale profondamente diverso da quello attuale, caratterizzato dalla consapevolezza delle implicazioni ambientali dei fenomeni corruttivi così come dall'intervenuta elaborazione di moderne strategie di *Integrity Risk Management*, tanto a livello internazionale quanto sul fronte europeo.

Una riflessione aggiornata su queste tematiche, pertanto, richiede l'analisi preliminare dei principali elementi del dibattito internazionale, europeo e nazionale sulla prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. Si potranno conseguentemente evidenziare la possibilità e la “convenienza” della differenziazione in sede locale delle misure di *Integrity Risk Management*.

In ogni caso il presente studio prende le mosse dalla consapevolezza della profonda evoluzione ordinamentale che ha caratterizzato la pianificazione territoriale a cavallo tra il XX e il XXI secolo¹⁷. Pur in presenza di rinvirgite tendenze neocentraliste¹⁸, infatti, la più convincente chiave di lettura di questa evoluzione ordinamentale è costituita dal progressivo accreditarsi della pianificazione territo-

¹⁵ Si tratta dell'art. 141, comma 1, lett. c-*bis*) e comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 267/2000, come introdotto dal D.L. n. 269/2003, convertito in legge n. 326/2003. Sotto questo profilo, emerge l'originalità di alcune previsioni adottate in sede di legislazione regionale, incentrate sul disincentivo economico all'inerzia pianificatoria. V. ad esempio l'art. 25 bis della L.R. Lombardia n. 12/2005, come introdotto dalla L.R. Lombardia n. 1/2013, in base al quale: «In caso di mancata adozione del PGT entro il 31 dicembre 2013 i comuni inadempienti sono esclusi dall'accesso al patto di stabilità territoriale per l'anno 2014 [...]».

¹⁶ Artt. 143-146 del d.lgs. n. 267/2000.

¹⁷ Tra i lavori monografici in materia, senza pretesa di esaustività, v. I.M. Marino, S. Licciardello, A. Barone, *L'uso del territorio*, Milano, 2004; S. Licciardello, *Profili giuridici dell'uso del territorio*, Torino, 2002; M. Tucci, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003; P.L. Portaluri, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003; L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005; B. Giuliani, *New public governance e diritto amministrativo nel governo del territorio*, Bari, 2006; M.V. Ferroni, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008; T. Bonetti, *Diritto del governo del territorio in trasformazione*, Napoli, 2011; P. Lombardi, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012.

¹⁸ Il portato del principio di sussidiarietà in senso verticale (art. 118, 1° comma, Cost.), è oggi messo in discussione nel contesto di crisi della finanza pubblica, che sta legittimando il ricorso a forme più o meno velate di “neocentralismo” (spesso) di assai dubbia compatibilità costituzionale. Sottolineano questa tendenza E. Picozza, *L'ordinamento multilivello del diritto dell'economia*, in E. Picozza, V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, 50; E. Follieri, *Il diritto amministrativo alla prova delle riforme “Monti”*, www.giustamm.it; V. Domenichelli, *Crisi economica e crisi delle autonomie*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 475-488; A. Pubusa, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 845-854.

Anche nella prospettiva del c.d. federalismo fiscale la pianificazione territoriale rimane una funzione “fondamentale” comunale (ad esempio, v. l'art. 19 del D.L. n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012, che modifica l'art. 14, comma 27, del D.L. n. 74/2010, convertito in legge n. 122/2010). Ciò, tuttavia, non ha impedito allo Stato di mantenere o addirittura acquisire penetranti poteri di regolazione territoriale soprattutto in ordine alle varianti di piano (spesso “automatiche”) funzionali (ad esempio) alla realizzazione di infrastruttu-

riale quale confronto tra autonomie, sia pubbliche che private. Ciò nell'ottica di una "governance" del territorio sempre più orientata, specie nella più recente legislazione regionale (legge regionale Emilia Romagna n. 24/2017), al contenimento del consumo del suolo ed alla rigenerazione dei territori urbanizzati¹⁹.

3. *Il c.d. "Integrity Risk Management"*

I fenomeni corruttivi non riguardano soltanto il nostro Paese ed hanno ormai acquisito dimensioni globali, divenendo al contempo oggetto di studi e analisi a livello internazionale ed europeo.

In base alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, la corruzione costituisce una minaccia per la stabilità e la sicurezza della società e compromette lo sviluppo sostenibile²⁰: esiste quindi una relazione inversamente proporzionale tra diffusione della corruzione e crescita economica²¹. Assicurare lo sviluppo economico sostenibile inteso come interesse pubblico generale impone l'ado-

re strategiche nazionali ovvero di (alcune tipologie di) impianti di produzione di energia (V. I.M. Marino, *Neofederalismo e politiche delle infrastrutture e dei trasporti in Italia*, in *L'uso del territorio*, cit., 247-274).

¹⁹ In argomento si rinvia ad A. Barone, *La governance del territorio*, in *L'uso del territorio*, cit., 31-173. La medesima prospettiva del confronto tra autonomie, del resto, caratterizza altresì l'odierna tendenza alla urbanistica "per progetti", all'urbanistica "consensuale" ed ancora alla c.d. urbanistica "solidale". Sull'urbanistica "per progetti" cfr. V. Mazzarelli, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, 3335 ss. Sulla c.d. urbanistica consensuale si rinvia a P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; Id., *Territori e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007. Sulla c.d. urbanistica "solidale", cfr. P. Urbani, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011; v. altresì S. Peronigini, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005.

Sul tema della riduzione del consumo di suolo cfr. E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, Relazione al Convegno "Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale", Pescara 18-19 giugno 2014, www.pausania.it.

²⁰ La Convenzione ONU contro la corruzione è stata firmata a Merida (Messico) nel 2003 ed è entrata in vigore nel 2005. Il testo in italiano della Convenzione (traduzione non ufficiale) è consultabile al sito www.anticorruzione.it. La Convenzione ONU è stata recepita tanto a livello di Unione Europea (Decisione del Consiglio 2008/801/CE) quanto a livello interno (legge n. 190/2012). Sullo sviluppo sostenibile si rinvia a F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010.

²¹ Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto. La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, www.funzionepubblica.gov.it, 18. Questa Commissione è stata istituita con Decreto del Ministro della funzione Pubblica del 23 dicembre 2011.

La Commissione Europea ha stimato addirittura in 120 miliardi di euro annui (1% del PIL dell'UE) il costo della corruzione per l'economia dell'Unione: cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo: la lotta contro la corruzione nell'UE*, 6 giugno 2011, COM (2011) 308, ec.europa.eu.

zione di misure finalizzate alla prevenzione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione²².

Secondo la Commissione Europea, del resto, la promozione dello sviluppo sostenibile passa anche attraverso il necessario “miglioramento della gestione e dell’uso del territorio”. Non a caso, è stata evidenziata la crescente centralità del “territorio” nelle politiche europee, tanto sul fronte dello sviluppo sostenibile quanto sul versante della coesione “territoriale”, fino alla possibile adozione di misure comunitarie di diretta incidenza sull’assetto territoriale e sulla destinazione dei suoli (art. 192, par. 2, TFUE)²³.

Una “governance” del territorio scevra da fenomeni corruttivi non soltanto costituisce volano di competitività²⁴, ma, al contempo, contribuisce ad assicurare la prospettiva della sicurezza sostenibile²⁵.

Sotto il primo aspetto, nel contesto della globalizzazione e della odierna grave crisi della finanza pubblica, l’uso del territorio costituisce uno dei fattori centrali per favorire l’attrazione di capitali ed investimenti²⁶. Non a caso, sia istituzioni “globali” come la Banca Mondiale che la Commissione Europea includono la gestione del territorio ed il livello di corruzione nell’ambito degli indici di competitività di una nazione o di una regione²⁷.

Sul fronte della sicurezza “sostenibile”, sono ormai note le implicazioni ambientali dei fenomeni corruttivi, ad esempio in relazione alla documentata

²² Così B.G. Mattarella, *Control of administrative corruption and the rules of public ethics*, in G. Arena, M.P. Chiti (eds.), *Public Administration, Competitiveness and Sustainable Development*, Firenze, 2003, 47.

²³ Comunicazione della Commissione Europea 15/5/2001, COM(2001) 264 def., <http://europa.eu>. In argomento si rinvia a P. Lombardi, *Il governo del territorio*, cit., 211-231; M.P. Chiti, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, in S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano, 2003, 178 ss.; V. Tiefenhaler, *Spatial Planning in Europe - The Impact of European Union Law on National Planning Systems and Territorial Transnational Cooperation*, in *Journal of European Environmental & Planning Law* 2011, 115 ss.

²⁴ Sulla “competitività” dei territori v. G. Arena, M.P. Chiti (eds.), *Public Administration, Competitiveness and Sustainable Development*, cit.; L. Torchia, F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005.

²⁵ Sul punto sia consentito il rinvio al mio *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013.

²⁶ Su questi aspetti cfr. M. Cammelli, *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, in Id. (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007. V. altresì G. Sciuolo, *La localizzazione delle infrastrutture*, in *op. cit.*, 585 ss. Non a caso, i geografi urbani sottolineano come «al vecchio modello areale centro-periferia, tutt’altro che scomparso, se ne sovrappone un altro a rete, destinato a trasformare la regolarità dei gradienti centro-periferia in un caleidoscopio di frammenti»: cfr. G. De Matteis, *Le trasformazioni territoriali e ambientali*, in *Storia dell’Italia repubblicana*, Vol. II, Torino, 1995, 688-689.

²⁷ Ci si riferisce, ad esempio, al Rapporto della Banca Mondiale *Doing Business in Italia 2013*, www.doingbusiness.org, 28, nel quale si stabilisce una diretta relazione tra corruzione ed indicatore sull’ottenimento dei permessi edilizi. Interessanti spunti di riflessione possono altresì trarsi dall’analisi del Report della Commissione Europea, *DG Enterprise and Industry, Excellence in public administration for competitiveness in EU Member States*, 2012, ec.europa.eu, nel quale viene più volte ribadita la correlazione tra competitività, corruzione e “sustainable governance”.

correlazione tra disastri naturali (terremoti) e sistemi politico-istituzionali caratterizzati da alti tassi di corruzione²⁸.

Vari documenti e rapporti redatti da numerosi organismi internazionali ed europei da tempo evidenziano l'esigenza per gli Stati nazionali di adottare al loro interno apposite politiche di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione. Ci si riferisce, in particolare, ai report prodotti dai principali *fora* internazionali che vedono la presenza attiva della Repubblica Italiana: il GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione) istituito presso il Consiglio Europeo, e il Gruppo di Lavoro (WGB) sulla corruzione dell'OCSE. Alla prevenzione della corruzione, peraltro, è dedicata un'apposita Comunicazione della Commissione Europea (COM/2003/0317)²⁹.

È questo il contesto in cui vede la luce la legge 6 novembre 2012, n. 190, prima disciplina organica della prevenzione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione italiana. La disciplina legislativa italiana recepisce la prospettiva del c.d. *integrity risk management* inteso come innovativo strumento per il settore pubblico di "mappatura" dei rischi relativi al fenomeno corruttivo; mappatura funzionale allo sviluppo di efficaci piani che limitino (quantomeno) la portata dei suddetti rischi³⁰. Ciò a dimostrazione della odierna tendenza verso un diritto amministrativo globale per le regole di anticorruzione³¹; tendenza che non esclude però ampi margini di differenziazione a livello locale.

4. *La legge 6 novembre 2012, n. 190: le tendenze uniformanti*

L'analisi della corruzione nella pubblica amministrazione tende a spostarsi anche nell'ordinamento nazionale dalla prospettiva della repressione penale a quella parallela e concorrente della prevenzione in via amministrativa, allargando

²⁸ Un cenno in tal senso in A. Fioritto, *La corruzione nei lavori pubblici*, in F. Palazzo (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 116, il quale cita al riguardo N. Ambraseys, R. Bilham, *Corruption kills*, in *Nature*, 13 January 2011, vol. 469, 153. V. altresì P. Green, *Disaster by Design. Corruption, disaster and catastrophe*, in *The British Journal of Criminology*, July 2005, 45 (4), 528-546.

²⁹ Per un approfondimento di queste tematiche si rinvia a Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto*, cit., 21-28. V. altresì S. Bonfigli, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, *La corruzione amministrativa*, cit., 109-125.

³⁰ Il c.d. *Integrity Risk Management* costituisce uno dei perni centrali delle moderne politiche anticorruzione, caratterizzato dal rilievo centrale della prevenzione dei fenomeni corruttivi. Sul punto si rinvia a Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto*, cit., 34-36.

³¹ Come evidenziato da E. Picozza, *Verso un diritto amministrativo globale per le regole di anticorruzione*, Relazione al Seminario Internazionale "Dialogo di diritto amministrativo Italia Brasile Argentina", Roma, 1-2 dicembre 2014. In argomento v. altresì N. Parisi, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in *Federalismi.it*, 22/12/2017. Sul diritto amministrativo globale il rinvio d'obbligo è a S. Casese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

la prospettiva di indagine alla corruzione “amministrativa”, intesa nell’accezione generale di *maladministration*³². Ciò in attuazione del dettato costituzionale e, in particolare, degli artt. 54, 97 e 98 Cost³³.

I piani di prevenzione della corruzione, la trasparenza amministrativa e gli appalti pubblici, il procedimento amministrativo, le incompatibilità e gli incarichi esterni, gli incarichi dirigenziali ed i divieti per i condannati, i codici di comportamento e la responsabilità disciplinare, la tutela dei denunciatori, rappresentano i principali ambiti di intervento della legge n. 190/2012³⁴.

La disciplina italiana di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni ha carattere generale, nel senso che si applica a tutte le amministrazioni e non include parti speciali relative a specifiche materie, funzioni o Amministrazioni³⁵. Si tratta di una disciplina che, come è stato sottolineato, si caratterizza per la tendenza alla centralizzazione e all’uniformazione delle Amministrazioni³⁶.

In particolare, nel contesto di una organizzazione amministrativa centrale (ANAC) ed al contempo diffusa dell’anticorruzione (responsabile della prevenzione della corruzione nominato all’interno di ciascuna amministrazione), la prevenzione del rischio corruzione si realizza prioritariamente attraverso un modello di pianificazione “a cascata” che riecheggia il (fallimentare) modello *top-down* della legge urbanistica n. 1150 del 1942³⁷. Tutte le amministrazioni, infatti, sono tenute ad adottare un proprio piano di prevenzione della corruzione «nel rispetto delle linee guida del piano nazionale»³⁸.

Le più attente riflessioni politologiche hanno posto in rilievo come un’impostazione rigidamente centralista ed uniformante risulti in contrasto con le caratteristiche *bottom up* e *incentive based* delle moderne politiche anticorruzio-

³² Nel presente lavoro si fa riferimento ad una nozione “amministrativistica” di corruzione diversa da quella penalistica e certamente più ampia rispetto a quest’ultima: S. Cassese, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, V, 243 ss. Il legislatore del 2012 si è allineato a tale nozione, includendo condotte prive di rilievo penale ma in grado di generare situazioni di illegittimità comunque sgradite all’ordinamento giuridico; cfr. sul punto M. Clarich, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 61; B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123.

³³ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., 89-107, evidenzia che il principio di imparzialità dell’Amministrazione (art. 97 Cost.) costituisce una delle basi costituzionali (insieme agli artt. 54 e 98 Cost.) dell’etica pubblica e della prevenzione della corruzione nell’Amministrazione.

³⁴ Nell’economia del presente studio non è possibile affrontare analiticamente tutti gli aspetti disciplinati dalla legge n. 190/2012, che, peraltro, interviene anche in materia penale. Al riguardo si rinvia a B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit.

³⁵ Cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 125.

³⁶ V.M. Clarich, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, cit., 67.

³⁷ In questo senso B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 127.

³⁸ Art. 1, comma 6, della legge n. 190/2012.

ne³⁹. Una politica di prevenzione del rischio corruzione finalizzata ad individuare ed eliminare gli incentivi alla *maladministration*, infatti, non può che essere tarata anche sulle peculiarità organizzative e funzionali delle singole Amministrazioni.

Sul fronte giuridico, sarebbe errato ridurre una riflessione aggiornata sulle politiche di prevenzione della corruzione in Italia alle tradizionali dicotomie centro/periferia. Alla recente individuazione nell'ANAC di un riferimento centrale ed unitario per tutti gli attori della prevenzione della *maladministration* (decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114) si è associata l'uniformità degli obblighi di trasparenza per tutte le amministrazioni quale strumento di *integrity risk management*⁴⁰.

Tuttavia, il carattere centralistico ed uniformante della legge n. 190/2012 non impedisce il recupero in via interpretativa di taluni margini di differenziazione in sede locale delle politiche di prevenzione della *maladministration*⁴¹.

5. (Segue) ed i margini di differenziazione

A fronte delle condivisibili perplessità in ordine ad un intervento legislativo statale fondato sul principio costituzionale di imparzialità e concernente anche il sistema delle autonomie locali⁴², le tendenze generaliste e uniformanti della legge n. 190/2012, in realtà, lasciano ampi spazi di intervento per l'autonomia locale, sotto il profilo della differenziazione delle misure di prevenzione del rischio corruzione.

³⁹ Cfr., rispettivamente, A. Vannucci, *La corruzione in Italia*, cit., 55-58; S. Rose-Ackerman, *Corruption: an incentive-based approach*, in *Percorsi cost.*, 2012, 109-115. Per un approccio politologico ai temi della corruzione v. altresì (senza pretesa di esaustività): F. Cazzola, *Della corruzione. Fisiologia e patologia del sistema politico*, Bologna, 1988; Id., *Corruzione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1992, 481 ss.; D. Della Porta, A. Vannucci, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi attori*, Bologna, 1994; D. Della Porta, Y. Mény (a cura di), *Corruzione e democrazia: sette Paesi a confronto*, Napoli, 1995; A. Vannucci, *Il mercato della corruzione*, Milano, 1997; D. Della Porta, A. Vannucci, *The moral (and Immoral) Costs of Corruption*, in U. von Alemann (Hrsg.), *Dimensionenpolitischer Korruption*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, 109-134; Id., *Mani impunitae*, Roma-Bari, 2007; Id., *The Hidden Order of Corruption*, Ashgate, Farham, 2012.

⁴⁰ V. ad esempio la delibera ANAC n. 10 del 21/1/2015. Sulla trasparenza amministrativa v. A.G. Orofino, *La trasparenza amministrativa nel tempo della crisi economica*, Bari, 2013; v. altresì A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012; B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini 2013; M.C. Cavallo, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121-148; A. Barone, R. Dagostino, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso*, in AA.VV., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Giappichelli, Torino, 2017, 199-231.

⁴¹ V. in argomento F. Merloni, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituz. feder.*, 2013, 349-376.

⁴² Sul punto cfr. V. Antonelli, *L'applicazione della legge anticorruzione alle autonomie locali (art. 1, commi 59-61)*, in *La legge anticorruzione*, cit., 264-265.

La legge n. 190/2012, ad esempio, fornisce indicazioni rilevanti in ordine ai contenuti dei piani di prevenzione del rischio corruzione⁴³. Tali indicazioni, tuttavia, essendo rivolte indistintamente a tutte le Amministrazioni italiane, rimangono del tutto generiche. Basti pensare, al riguardo, ai «meccanismi di formazione, attuazione e controllo idonei a prevenire il rischio corruzione» che ciascun piano deve disciplinare in relazione alle attività (nello stesso piano individuate come) ad alto rischio corruzione. Si tratta di meccanismi non definibili concretamente a priori; tali meccanismi devono essere forgiati e sviluppati da ciascun piano di prevenzione con riferimento alle peculiarità organizzative e funzionali dell’Amministrazione di riferimento.

È proprio per questi profili che la politica italiana anticorruzione si apre alla differenziazione locale⁴⁴. I principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, del resto, costituiscono principi costituzionali della funzione amministrativa; per questo profilo l’art. 118 Cost. deve ormai essere annoverato tra le basi costituzionali delle politiche di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, insieme agli artt. 54, 97 e 98 Cost.

La prospettiva della differenziazione, peraltro, risulta addirittura incentivata dall’Autorità Nazionale Anticorruzione.

Ad esempio l’ANAC, nel condannare espressamente gli atteggiamenti di “mero adempimento” riscontrati nella predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione⁴⁵, ha esteso le sanzioni per “mancata adozione” dei piani in esame (art. 19, comma 5, lett. b, del D.L. n. 90/2014) anche alle ipotesi (ritenute equivalenti) di «approvazione di un provvedimento, il cui contenuto riproduca in modo integrale analoghi provvedimenti adottati da altre amministrazioni, privo di misure specifiche introdotte in relazione alle esigenze dell’amministrazione interessata»⁴⁶.

Nella stessa direzione possono altresì essere lette le prescrizioni ANAC in ordine alla centralità della “analisi di contesto” esterno ed interno nella predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione, allo scopo di tarare misure e

⁴³ Art. 1, comma 9, della legge n. 190/2012.

⁴⁴ Il contenuto dei singoli piani rappresenta solo uno dei possibili profili della differenziazione delle politiche anticorruzione nelle Amministrazioni italiane. La legge n. 190/2012, infatti, presenta numerose lacune che possono essere riempite attraverso l’autonomia normativa locale, ormai costituzionalmente riconosciuta. L’autonomia normativa locale invero in tal senso una diversa via alle politiche anticorruptive *bottom up*; una via parallela alla prospettiva incentrata sulla differenziazione dei contenuti dei piani di prevenzione della corruzione.

⁴⁵ Autorità Nazionale Anticorruzione, Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale anticorruzione, Determinazione n. 12 del 28/12/2015, www.anticorruzione.it, 6.

⁴⁶ Cfr. *Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione per l’omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici di comportamento* del 9 settembre 2014, www.anticorruzione.it.

processi di *integrity risk management* sulle peculiarità socio-territoriali ed organizzative delle singole Amministrazioni⁴⁷.

Più in generale, la differenziazione diventa “conveniente” per il responsabile della prevenzione della corruzione perché può costituire un valido schermo rispetto alle gravi responsabilità in cui questi rischia di incorrere⁴⁸.

Come è noto, infatti, i piani di prevenzione della corruzione costituiscono piani “organizzativi” interni all’amministrazione che riecheggiano i modelli organizzativi disciplinati dal d.lgs. n. 231/2001⁴⁹. Al riguardo, il giudice penale tende sempre più a valorizzare, ai fini della non punibilità, l’adeguatezza del modello organizzativo di prevenzione del rischio reato *ex* d.lgs. n. 231/2001 di cui l’ente si è dotato⁵⁰. Analogamente, la predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione sulla base di apposite “analisi di contesto” esterno ed interno, con l’individuazione di misure adeguate rispetto alle peculiarità di ciascuna singola amministrazione, non potrà che costituire un valido elemento di esonero da responsabilità per il responsabile della prevenzione della corruzione (RPC)⁵¹.

Parimenti, la differenziazione diventa “conveniente” anche per gli organi di indirizzo politico onde evitare le sanzioni di cui art. 19, comma 5, lett. b, del D.L. n. 90/2014⁵².

⁴⁷ Autorità Nazionale Anticorruzione, Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale anticorruzione, cit., 4-5 e 16-17.

⁴⁸ Il legislatore sottopone il responsabile della prevenzione della corruzione a pesanti responsabilità (dirigenziale, disciplinare, per danno erariale, per danno all’immagine) in caso di commissione di un reato di corruzione all’interno dell’Amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato (art. 1, commi 12, 13 e 14, della legge n. 190/2012). Tali responsabilità, tuttavia, non sussistono qualora il responsabile dimostri di aver predisposto il piano di prevenzione della corruzione secondo legge e prima della commissione del reato, nonché ove il responsabile dimostri di aver vigilato sull’osservanza e sul funzionamento del piano medesimo (art. 1, commi 12, 13 e 14, della legge n. 190/2012).

⁴⁹ Come evidenziato dalla Commissione Ministeriale, i piani di prevenzione della corruzione quali strumenti di *Integrity Risk Management* «ricordano in parte la previsione dei modelli di organizzazione e controllo nelle imprese e negli organismi privati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231», cfr. Commissione per lo Studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto*, cit., 35.

⁵⁰ Sul punto si rinvia a C. Piergallini, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. n. 231/201 (parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, 276 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁵¹ Autorità Nazionale Anticorruzione, Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale anticorruzione, cit., 12.

⁵² *Ibidem*, 10.

6. Il governo del territorio nel Piano Nazionale Anticorruzione 2016

Il recente «Rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche 2015-2017» documenta come alcuni comuni (sopra i 15.000 abitanti) abbiano individuato la pianificazione urbanistica e territoriale tra le aree di rischio corruzione⁵³.

Invero, una siffatta individuazione non può essere considerata come meramente discrezionale, specie se si considera che la pianificazione territoriale è espressamente considerata dall'ANAC tra le “aree di rischio specifiche” per regioni ed enti locali⁵⁴. Conseguentemente, accanto alle già indicate responsabilità del RPC, l'omessa indicazione dell'uso del territorio tra le aree a rischio corruzione dell'ente locale può determinare a carico degli organi di indirizzo politico la comminazione delle sanzioni ex art. 19, comma 5, lett. b, del D.L. n. 90/2014, applicabili anche alle ipotesi di «approvazione di un provvedimento privo di misure per la prevenzione del rischio nei settori più esposti [...]»⁵⁵.

L'ANAC ha dedicato al «governo del territorio» un intero capitolo del Piano Nazionale Anticorruzione 2016 (PNA 2016), in cui vengono preliminarmente individuate le principali cause di corruzione in questo settore⁵⁶.

Il PNA 2016, nel prendere atto della varietà dei modelli di pianificazione urbanistico-territoriale oggi delineati dai vari legislatori regionali, sposa la prospettiva della differenziazione delle misure anticorruzione nel governo del terri-

⁵³ Cfr. *Rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche 2015-2017*, 16 dicembre 2015, www.anticorruzione.it, 126.

⁵⁴ Autorità Nazionale Anticorruzione, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale anticorruzione*, cit., 18.

⁵⁵ Cfr. *Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione*, cit.

⁵⁶ Autorità Nazionale Anticorruzione, *Piano Nazionale Anticorruzione 2016*, cit., www.anticorruzione.it, 65: «[...] Le principali cause di corruzione in questa materia sono determinate da:

a) estrema complessità ed ampiezza della materia, che si riflette nella disorganicità, scarsa chiarezza e stratificazione della normativa di riferimento e perdurante vigenza di una frammentaria legislazione precostituzionale ancorata alla legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150. Tale complessità si ripercuote negativamente: sull'individuazione e delimitazione delle competenze spettanti alle diverse amministrazioni coinvolte e dei contenuti – con possibili duplicazioni – dei rispettivi, diversi, atti pianificatori; sui tempi di adozione delle decisioni; sulle risorse pubbliche; sulla fiducia dei cittadini, dei professionisti e degli imprenditori nell'utilità, nell'efficienza e nell'efficacia del ruolo svolto dai pubblici poteri;

b) varietà e molteplicità degli interessi pubblici e privati da ponderare, che comportano che gli atti che maggiormente caratterizzano il governo del territorio – i piani generali dei diversi livelli territoriali – presentino un elevato grado di discrezionalità;

c) difficoltà nell'applicazione del principio di distinzione fra politica e amministrazione nelle decisioni, le più rilevanti delle quali di sicura valenza politica;

d) difficile applicazione del principio di concorrenza fra i soggetti privati interessati, condizionata dall'assetto della proprietà delle aree sulle quali incidono le scelte di destinazione territoriale e urbanistica;

e) esistenza, alla base delle scelte di pianificazione, di asimmetrie informative tra soggetti pubblici e privati, accompagnate dalla difficoltà nella predeterminazione dei criteri di scelta;

f) ampiezza delle rendite immobiliari in gioco [...].»

torio, sottolineando come «la mappatura dei processi di pianificazione generale e l'individuazione dei rischi corruttivi che ne derivano dovranno essere dimensionate e calibrate da ogni amministrazione interessata in rapporto a tale complessità e varietà»⁵⁷.

Conseguentemente, l'ANAC si limita ad indicare solo “alcuni eventi rischiosi” comuni a vari modelli di pianificazione territoriale, soprattutto di livello comunale, delineando al contempo “alcune misure per prevenirli”⁵⁸.

Vengono così esaminati i rischi di corruzione correlati alle varianti specifiche, alle diverse fasi di formazione del piano di governo del territorio (redazione, pubblicazione e raccolta delle osservazioni, approvazione), ai piani attuativi d'iniziativa privata (ma anche pubblica), alle convenzioni urbanistiche, all'esecuzione delle opere di urbanizzazione. Contestualmente, per ciascuno dei rischi di corruzione rilevati, l'ANAC individua anche talune possibili misure di *risk management* che dovranno, in concreto, essere adottate in dettaglio da ciascuna amministrazione in sede di redazione del proprio piano anticorruzione.

Dall'analisi delle proposte dell'ANAC, in particolare, emerge nitidamente il ruolo centrale della trasparenza sia nell'ambito dei procedimenti di formazione del piano territoriale, sia nell'ambito della implementazione degli strumenti consensuali di governo del territorio. Del resto, nella storia d'Italia la pianificazione territoriale si è segnalata proprio come uno dei settori in cui si sono registrate le prime forme di negoziazione sull'utilizzo del pubblico potere, per lungo tempo rimaste “nell'ombra”⁵⁹.

Pertanto, l'assenza di una disciplina legislativa specifica sulla prevenzione del rischio corruzione nel governo del territorio è motivo tutt'altro che ostativo alla invero “conveniente” adozione delle misure differenziate di *risk management* in tale settore da parte delle amministrazioni titolari della funzione di pianificazione territoriale⁶⁰.

L'uso del territorio diventa quindi *case-study* emblematico delle possibilità di differenziazione locale delle politiche di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. La riflessione sulla differenziazione delle misure di prevenzione della corruzione nel governo del territorio verrà svolta con riferi-

⁵⁷ *Ibidem*, 67.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Così M.S. Giannini, *Prefazione* a V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, ora in Id., *Scritti giuridici*, VII, 1977-1983, Milano, 2005, 440. Ci si riferisce in particolare alla diffusione di modelli consensuali di pianificazione urbanistica nel periodo antecedente alla legge “ponte” (legge n. 765 del 1967), nonostante l'assenza di specifiche indicazioni normative. Sul punto si rinvia a V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna 1979.

⁶⁰ Sebbene l'apposita Commissione ministeriale abbia dedicato un apposito capitolo del proprio Rapporto alla prevenzione della corruzione nel governo del territorio, non esiste oggi una disciplina specifica della prevenzione del rischio corruzione nel governo del territorio: cfr. Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto*, cit., 153-169.

mento a due macro-aree: da un lato l’organizzazione amministrativa funzionale alla implementazione dei meccanismi di partecipazione e valutazione/monitoraggio dei processi di piano, dall’altro il “nodo” della consensualità nella *governance* territoriale. Ciò anche tenendo presente i diversi modelli regionali di uso del territorio, con la più recente legislazione urbanistica regionale che collega espressamente l’esercizio della funzione di governo del territorio al rispetto della legge n. 190/2012, delle linee guida contenute nel Piano nazionale anticorruzione (PNA) e delle previsioni in materia di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013⁶¹.

7. *Organizzazione, partecipazione e valutazione*

Il sistema di prevenzione della corruzione delineato dalla legge n. 190/2012 coinvolge quasi esclusivamente l’apparato amministrativo, senza incidere sull’operato degli organi politici⁶². Le varie tipologie di responsabilità previste dal legislatore del 2012 concernono il responsabile della prevenzione della corruzione ed i dipendenti (in caso di violazione del piano di prevenzione). Tali considerazioni potrebbero indurre a conclusioni affrettate in ordine all’assenza di ricadute della legge n. 190/2012 sul fronte della pianificazione territoriale, caratterizzata dal persistere di penetranti competenze in favore degli organi politici locali.

Invero, l’organizzazione amministrativa tende ad acquistare un ruolo centrale nei processi di *governance* territoriale, costituendo l’ineludibile presupposto per rendere effettiva la partecipazione ai procedimenti di piano, per realizzare il monitoraggio continuo dei processi di pianificazione ed ancora per garantire la trasparenza nell’ambito dei vari modelli di urbanistica consensuale.

Come è stato evidenziato, «l’amministrazione del territorio resta organizzata secondo modelli validi per rapporti semplificati (redazione del PRG e dei piani esecutivi da parte dell’amministrazione, costruzione da parte dei privati nel rispetto del piano), e quindi manifesta gravi difficoltà di fronte alla complessità della gestione attiva del territorio»⁶³. Invero, l’organizzazione amministrativa tende ad acquistare un ruolo centrale nei processi di *governance* territoriale⁶⁴.

Ad esempio, nell’ambito del piano di prevenzione della corruzione occorrerà individuare appositi «meccanismi di formazione delle decisioni» di piano ter-

⁶¹ Art. 2 della legge regionale dell’Emilia Romagna 21/12/2017, n. 24.

⁶² Così B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 124. In materia, un’eccezione è costituita dalle sanzioni recentemente introdotte dall’art. 19, comma 5, lett. b, del d.l. n. 90/2014.

⁶³ Commissione per lo Studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto*, cit., 157.

⁶⁴ Sulla dimensione organizzativa del rischio-corruzione nella pubblica amministrazione cfr. G. Gallo-
ne, *La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione*, in R. Martino, A. Barone, F. Alicino, *L’impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Giuffrè, Milano, 2017, 449-477.

ritoriale «idonei a prevenire il rischio corruzione» (art. 1, comma 9, lett. b), della legge n. 190/2012). Più in generale, la quantità e qualità della partecipazione ai procedimenti di piano (anche relativamente alle connesse attività di comunicazione pubblica), nonché il continuo monitoraggio dei processi di pianificazione e delle informazioni territoriali, impongono adeguate soluzioni organizzative da parte di ciascuna amministrazione preposta alla pianificazione territoriale.

La dottrina ha ampiamente analizzato i limiti caratterizzanti la partecipazione procedimentale nell'ottica della legge urbanistica del 1942, sottolineando al contempo le importanti innovazioni introdotte in materia dalla legislazione regionale⁶⁵. Tali innovazioni, peraltro, devono essere coordinate (onde evitare inutili duplicazioni) con le procedure di consultazione del pubblico nell'ambito del procedimento di valutazione ambientale strategica del piano (art. 14, comma 4, del d.lgs. n. 152/2006).

È stato autorevolmente sottolineato che la partecipazione effettiva dei cittadini e delle loro comunità di riferimento ai procedimenti di pianificazione territoriale postula importanti modifiche organizzative, legate alla necessità di un supporto di attività strumentale diretta ad informare gli interessati (pubblici e privati) nonché a permettere la comunicazione tra autonomie, pubbliche e private⁶⁶.

Al riguardo, la consultazione del pubblico interessato nell'ambito del procedimento di valutazione ambientale strategica (V.A.S.) se da un lato non presenta profili di originalità (a causa della riproposizione del modello partecipativo "cartaceo" fondato sulle osservazioni)⁶⁷, dall'altro presuppone la redazione di una "sintesi non tecnica" del rapporto ambientale da parte del pianificatore in funzione di decrittazione e conseguente comprensione del dato tecnico⁶⁸.

Non a caso, l'art. 1 della legge 7 giugno 2000, n. 150, finalizza l'attività di informazione e comunicazione pubblica all'attuazione del principio di efficacia dell'azione amministrativa, così riconoscendo la valenza funzionale ed organizzativa di siffatte attività⁶⁹. In particolare, l'obiettivo della comunicazione pubblica di «promuovere conoscenze allargate e approfondite su temi di rilevante interesse pubblico e sociale» ha una ricaduta diretta sui procedimenti di pianificazione territoriale⁷⁰.

⁶⁵ Sul punto si rinvia ad A. Barone, *La governance del territorio*, cit., 108-119, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁶⁶ In tal senso F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli 1999, 1274.

⁶⁷ Sui limiti connessi ad una partecipazione di tipo "cartaceo" ai procedimenti di piano si rinvia v. A. Barone, *La governance del territorio*, cit., 123-136, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁶⁸ Art. 14 del d.lgs. n. 152/2006.

⁶⁹ Cfr. sul punto G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, cit., 72.

⁷⁰ Art. 1, comma 5, lett. d), della legge n. 150/2000. La centralità del ruolo della comunicazione pubblica nei processi di pianificazione territoriale trova ulteriore conferma nella legislazione regionale. Ad esempio,

Sul fronte del continuo monitoraggio dei processi di pianificazione e delle informazioni territoriali, la logica della valutazione del piano è già insita nella obbligatorietà della valutazione ambientale strategica dei piani territoriali fin dalla fase iniziale del procedimento programmatorio.

Proprio nell'ambito del procedimento di V.A.S. acquista un ruolo centrale l'attività di monitoraggio successiva all'approvazione del piano territoriale. Tale attività «assicura il controllo sugli impatti significativi sull'ambiente derivanti dall'attuazione dei piani e dei programmi approvati e la verifica del raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità prefissati, così da individuare tempestivamente gli impatti negativi imprevisti e da adottare le opportune misure correttive»⁷¹.

Peraltro, il monitoraggio riconducibile alla V.A.S. deve trovare forme di integrazione e coordinamento con le (quanto meno parzialmente) analoghe attività disciplinate da talune leggi regionali sul governo del territorio⁷².

Sia dalle fonti nazionali che da quelle regionali emerge la doverosità della valutazione permanente dell'evoluzione dei dati e delle informazioni territoriali. Si tratta di un ulteriore aspetto della doverosità della funzione di pianificazione territoriale, che a sua volta può stimolare l'avvio dei procedimenti di variante al piano ovvero di redazione di un nuovo piano.

In un contesto caratterizzato da una pluralità di piani territoriali corrispondenti a diversi livelli istituzionali, l'attività di monitoraggio rafforza l'ormai ineludibile esigenza di condivisione fra tutti i soggetti pianificatori delle "informazioni territoriali"⁷³, specie le nuove informazioni territoriali acquisite successivamente alla conclusione del procedimento di piano⁷⁴.

la legge regionale della Toscana n. 65/2014 istituisce la figura del "garante dell'informazione e della partecipazione", figura distinta e diversa da quella del responsabile del procedimento di piano.

⁷¹ Art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006.

⁷² La logica "valutativa" dei piani caratterizza altresì alcune leggi regionali in materia di governo del territorio. Ad esempio, la legge regionale della Basilicata n. 23/1999 (artt. 29-32), disciplina un vero e proprio «ciclo della valutazione» della pianificazione territoriale, monitorato dal nucleo di valutazione urbanistica. Tale ciclo si articola attraverso apposite «verifiche di coerenza» e «verifiche di compatibilità» concernenti i piani territoriali; tali verifiche hanno, tra i loro obiettivi, la tutela dell'ambiente.

⁷³ Al riguardo, la Direttiva 2007/2/CE disciplina l'istituzione di una "infrastruttura per l'informazione territoriale" nell'Unione Europea. La c.d. Direttiva "INSPIRE" è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 32/2010, istitutivo dell'Infrastruttura nazionale per l'informazione territoriale e per il monitoraggio ambientale. Varie leggi regionali, del resto, prevedono già la formazione di appositi "sistemi informativi territoriali".

⁷⁴ Esigenza che può anche prescindere dal monitoraggio. Ad esempio, ai sensi dell'art. 13, comma 4, del d.lgs. n. 152/2006, l'autorità procedente – soggetto pianificatore, onde evitare duplicazioni della valutazione, può utilizzare ai fini della redazione del rapporto ambientale «approfondimenti già effettuati ed informazioni ottenute nell'ambito di altri livelli decisionali o altrimenti acquisite in attuazione di altre disposizioni normative».

8. (segue) *Il ruolo del piano di prevenzione della corruzione*

La quantità e la qualità della partecipazione ai procedimenti di piano, con le connesse attività di comunicazione pubblica, nonché il continuo monitoraggio dei processi di piano e delle informazioni territoriali determinano la crescita del peso dell'apparato amministrativo nel governo del territorio, con il conseguente aumento di rischi di *maladministration*. Sotto questo profilo, il piano di prevenzione della corruzione può costituire lo strumento naturale per verificare puntualmente, in sede di formazione della decisione di piano territoriale, il rispetto dell'obbligatorietà della V.A.S.⁷⁵.

Il piano triennale di prevenzione deve prevedere adeguati meccanismi di "attuazione e controllo" delle decisioni di pianificazione territoriale idonei a prevenire il "rischio-corruzione". I meccanismi di valutazione e monitoraggio entrano quindi con forza anche nel processo di pianificazione del "rischio-corruzione".

Il piano di prevenzione della corruzione deve altresì indicare i meccanismi per monitorare il rispetto dei termini della conclusione dei procedimenti di piano (art. 1, comma 9, lett. d, della legge n. 190/2012), così rafforzando la tendenza alla valorizzazione dell'ordinata temporale della pianificazione territoriale⁷⁶. Una siffatta tipologia di monitoraggio, peraltro, fornisce in anticipo agli organi amministrativi locali elementi per evitare gli interventi sostitutivi previsti nelle ipotesi di inerzia nell'approvazione del piano territoriale.

Tali tendenze al potenziamento dell'elemento organizzatorio nell'uso del territorio trovano ulteriore conferma nella valorizzazione, ad opera della legislazione regionale di settore, della figura del responsabile del procedimento all'interno delle procedure di formazione dei piani urbanistici⁷⁷. Ciò, del resto, è in linea con

⁷⁵ Sulla valutazione ambientale strategica si rinvia a E. Boscolo, *La valutazione degli effetti sull'ambiente di piani e programmi: dalla VIA alla VAS*, in *Urb. app.*, 2002, 1121 ss.; Id., sub artt. 1-18 D.Lgs. n. 152/2006, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, 768 ss.; G. Pagliari, *Pianificazione urbanistica e ambiente - V.I.A. e V.A.S.*, in *Riv. giur. urb.*, 2011, 135 ss.; G.F. Ferrari, *Valutazione ambientale strategica (VAS)*, in S. Nespore, A.L. De Cesaris, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009, 2547 ss.; M.L. Schiavano, sub artt. 1-18 D.Lgs. n. 152/2006, in G.F. Ferrari, R. Ferrara (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2010, 673 ss.; M. Renna, *VIA, VAS e ALA, Report annuale 20101 - Italia*, www.ius-publicum.com; F. Fracchia, F. Mattassoglio, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di Via e Vas alla luce del d.lg. n. 152/2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 121 ss. Su queste tematiche, in generale, cfr. R. Manfredi, *La valutazione del rischio ambientale tra pubblico e privato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2005, I, *Europa e biotecnologie II. Profili di diritto interno*, a cura di G. Cocco, 7-24.

⁷⁶ Su questi aspetti cfr. F. Cimbali, "Programmazione" e "strategia" nell'uso del territorio, in questa Rivista, n. 3/2017, 863-892.

⁷⁷ Art. 18 della L.R. Toscana n. 65/2014; artt. 45 e 56 della legge regionale dell'Emilia Romagna 21/12/2017, n. 24. La valorizzazione del ruolo del responsabile del procedimento di piano inaugura un rapporto dialettico tra il soggetto che cura l'istruttoria in posizione tendenzialmente imparziale e l'organo politico cui spetta valutare in via definitiva le osservazioni e le opposizioni presentate dai privati nell'ambito del procedimento di piano.

quanto disposto dagli articoli 4, 5 e 6 della legge 241 del 1990, che, nel definire il ruolo del responsabile del procedimento, fanno riferimento all'azione amministrativa *tout court*, senza alcuna eccezione relativa ai procedimenti pianificatori⁷⁸.

Pertanto, l'*Integrity risk management* può rivolgersi anche alla organizzazione amministrativa funzionale alla *governance* territoriale, coinvolgendo più o meno direttamente l'intero processo di pianificazione territoriale. Non ci si riferisce soltanto ai piani di prevenzione della corruzione ma anche a tutte le previsioni della legge n. 190/2012 relative all'aggiornamento professionale dei dipendenti che operano nei settori ad elevato rischio corruzione, alla rotazione degli incarichi in tali settori, alle modifiche introdotte al d.lgs. n. 165/2001⁷⁹.

9. Il "nodo" della consensualità

Uno dei principali settori di elezione della *maladministration* nell'uso del territorio è stato individuato nelle varie tipologie di accordi tra ente pianificatore e soggetti privati in deroga ai vigenti assetti di piano (accordi "a monte")⁸⁰.

La cooperazione pubblico-privato nell'uso del territorio tende sempre più a diffondersi nell'odierno contesto di crisi della finanza pubblica e si realizza principalmente attraverso lo "scambio" tra infrastrutturazione del territorio in termini di opere pubbliche realizzate a carico dei privati e conseguimento da parte di

⁷⁸ Sottolinea come gli art. 4-6 della legge 241 del 1990 non prevedano alcuna espressa «auto-esclusione di operatività, dichiarandosi quindi implicitamente applicabili a tutte le pubbliche amministrazioni e a tutti i procedimenti amministrativi», a differenza di quanto previsto dall'art. 3, 2° comma (rispetto all'obbligo di motivazione dei provvedimenti) e dall'art. 13 (rispetto alla disciplina della partecipazione procedimentale) della stessa legge, M. Renna, *Il responsabile del procedimento a (quasi) 10 anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 516-517.

⁷⁹ Sulle modifiche che la legge n. 190/2012 ha apportato al d.lgs. n. 165/2001, v. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 130-133. V. altresì B. Ponti, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a. (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, in *La legge anticorruzione*, cit., 167-190; F. Merloni, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in *op. cit.*, 191-209; E. D'Alterio, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare (art. 1, commi 44, 45 e 48)*, in *op. cit.*, 211-233; R. Cantone, *La tutela dei whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001*, in *op. cit.*, 243-259.

⁸⁰ Sottolinea il problema della permeabilità ai fenomeni corruttivi delle scelte pianificatorie "a monte" (piuttosto che "a valle"), specie se derivanti da accordi tra ente pubblico e soggetti privati, P. Urbani, *L'urbanistica*, in *La corruzione amministrativa*, cit., 423-424. In argomento risulta fondamentale A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, V, 2002, 274 ss. V. altresì S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Milano 1999, 163 ss.; più di recente S. Moro, *Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 453-490, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

questi ultimi di rendite finanziarie derivanti dall'utilizzo del territorio anche in deroga alle previsioni di piano⁸¹.

A fronte delle delineate tendenze, le principali ragioni dell'emersione di fattispecie criminose nell'ambito dei vari strumenti di urbanistica consensuale sono state individuate nella mancata trasparenza e pubblicità relativamente alla formazione ed approvazione di queste tipologie di accordi nonché nelle difficoltà di misurare l'interesse pubblico in rapporto ai benefici concessi ai privati⁸². Rispetto a queste due principali cause scatenanti dei fenomeni corruttivi si è evidenziata la necessità di illuminare quel cono d'ombra sotto il quale spesso si sono celati e si celano gli accordi "a monte" sull'uso del territorio, offrendoli al dibattito pubblico attraverso ampie forme di partecipazione procedimentale nonché attraverso adeguate forme di trasparenza⁸³.

La legge anticorruzione risponde solo in parte a queste esigenze⁸⁴.

Ad esempio, le disposizioni in materia di pubblicità e trasparenza delle informazioni da parte delle Amministrazioni risultano di grande importanza⁸⁵. Ci si riferisce anche al d.lgs. n. 33/2013, emanato in attuazione dell'art. 1, commi 35 e 36, della legge n. 190/2012. L'art. 39 del d.lgs. n. 33/2013, in particolare, prescrive l'obbligo di pubblicazione in un'apposita sezione del sito del comune interessato della documentazione relativa a ciascun procedimento di presentazione e approvazione delle proposte di trasformazione urbanistica d'iniziativa priva-

⁸¹ Secondo la Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto*, cit., 154-155: «[...] il consolidato rapporto tra amministrazione e privati (fondato sulla dialettica tra l'interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio, l'interesse dei privati alla valorizzazione degli immobili posseduti) è fortemente modificato dalla crisi finanziaria pubblica, che ridimensiona la capacità propria delle amministrazioni comunali di realizzare l'interesse pubblico. Non ci sono risorse per espropriare (neanche per usare l'esproprio come leva), non ci sono risorse per realizzare opere per l'erogazione dei servizi. Anche per la realizzazione di infrastrutture urbane serve il concorso dei privati. Il rapporto pubblico/privato non è, quindi, più fondato sulla tradizionale (e fondamentalmente statica) dialettica tra autorità e libertà e tra regolazione pubblica e diritto di proprietà privata, ma diviene sempre più un rapporto negoziale, fondato sullo scambio tra conseguimento di rendite finanziarie derivanti dall'utilizzazione del territorio e realizzazione (a carico dei privati) delle opere pubbliche.

La necessità di un coinvolgimento dei privati e l'impossibilità di espropri generalizzati delle aree di espansione costringe spesso le amministrazioni comunali a negoziare con i privati proprietari interventi attuativi del PRG anche molto importanti e complessi. Tali interventi sono, spesso, in deroga allo stesso PRG, ma la deroga si presenta come l'unica via per ottenere il consenso dei privati nel concorso alla realizzazione dell'interesse pubblico».

⁸² Così P. Urbani, *L'urbanistica*, cit., 430, secondo il quale, peraltro, «[...] scambi *inequali* celano sempre la possibilità che l'agente pubblico ricavi un vantaggio illecito in ragione del contenuto dell'accordo».

⁸³ *Ibidem*, 431-435. V. altresì Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto*, cit., 161-169.

⁸⁴ La legge anticorruzione, introducendo apposite modifiche alla legge n. 241/1990, ha rafforzato l'obbligo di motivazione riferito agli accordi procedimentali (art. 11 della legge n. 241 del 1990): cfr. in senso critico B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 129-130.

⁸⁵ Su questa tematica cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 127-128; M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 113-124. V. altresì F. Merloni, B. Ponti, *La trasparenza*, in *La corruzione amministrativa*, cit., 403-422.

ta in variante allo strumento urbanistico generale vigente deve essere pubblicata in un'apposita sezione del sito del comune interessato⁸⁶.

Anche i piani disciplinati dalla legge n. 190/2012 possono contribuire alla prevenzione della corruzione negli accordi sull'uso del territorio. Il piano di prevenzione della corruzione, infatti, può costituire lo strumento naturale per garantire che lo “scambio” pubblico-privato non avvenga mai in assenza della previa necessaria V.A.S. Il piano di prevenzione della corruzione, al contempo, può introdurre meccanismi di verifica circa l'effettivo adempimento delle obbligazioni assunte dal privato in sede di realizzazione della pattuita infrastrutturazione del territorio.

Sempre nell'ottica delle politiche anticorruptive *bottom up*, la dottrina ha segnalato sia le importanti innovazioni introdotte dalla legislazione regionale in materia di accordi sull'uso del territorio, sia la possibilità di ampliamento e rafforzamento delle garanzie partecipative dei cittadini rispetto ai procedimenti di piano attraverso l'autonomia normativa locale⁸⁷.

Sul fronte della legislazione regionale, l'art. 61 della legge regionale dell'Emilia Romagna 21/12/2017, n. 24, disciplina la possibilità per gli enti locali di «concludere accordi integrativi con i soggetti privati coinvolti, nel rispetto dei principi di imparzialità amministrativa, di trasparenza, di parità di trattamento dei privati, di pubblicità e di partecipazione al procedimento di tutti i soggetti interessati, allo scopo di assumere nel PUG previsioni di assetto del territorio di rilevante interesse per la comunità locale condivise dai soggetti interessati e coerenti con gli obiettivi strategici individuati negli atti di pianificazione».

Questa tipologia di accordi può riguardare il contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale e urbanistica e deve contenere l'indicazione delle ragioni di rilevante interesse pubblico che giustificano il ricorso allo strumento negoziale. L'accordo sull'uso del territorio costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione.

Diversa ma non meno interessante disciplina viene riservata poi dall'art. 38 della legge regionale dell'Emilia Romagna 21/12/2017, n. 24, alla possibilità per i comuni, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di tratta-

⁸⁶ L'obbligo di pubblicazione in questione concerne anche le proposte di trasformazione urbanistica d'iniziativa privata o pubblica in attuazione dello strumento urbanistico generale vigente che comportino premialità edificatorie a fronte dell'impegno dei privati alla realizzazione di opere di urbanizzazione extra oneri o della cessione di aree o volumetrie per finalità di pubblico interesse.

⁸⁷ In argomento, P. Urbani, *L'urbanistica*, cit., 436, evidenzia il carattere innovativo della disciplina in materia di riqualificazione urbana introdotta dalla L.R. Emilia Romagna n. 19/1998 (come modificata dalla L.R. n. 6/2009) e dalla L.R. Marche n. 16/2005. Queste leggi, infatti, prevedono un confronto concorrenziale tra più operatori interessati sulla base di un progetto urbano preliminare predisposto dal comune allo scopo di individuare il migliore assetto dell'area strategica da riqualificare. La l.r. Emilia Romagna n. 19/1998 è stata abrogata dalla L.R. n. 24/2017.

mento dei privati, di promuovere la presentazione di proposte di accordi operativi per l'attuazione del piano urbanistico generale (PUG), attraverso la pubblicazione periodica di avvisi pubblici di manifestazione di interesse, nei quali l'ente pianificatore deve esplicitare gli obiettivi prioritari da perseguire nell'attuazione delle previsioni del PUG.

Tali accordi "operativi" hanno il valore e gli effetti dei piani urbanistici attuativi e sono soggetti, prima della loro stipula, a varie forme di pubblicità, controllo e valutazione. In particolare, si prevede che l'ente pianificatore debba acquisire preliminarmente sia la valutazione di sostenibilità ambientale e territoriale (Valsat) dell'accordo, sia una relazione economico-finanziaria che ne dimostri la fattibilità e la sostenibilità economico-finanziaria. Inoltre, allo scopo di prevenire i tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata, il comune dovrà anche acquisire l'informazione antimafia di cui all'articolo 84, comma 3, del decreto legislativo n. 159 del 2011 con riferimento ai soggetti che propongono la stipula degli accordi operativi.

Parallelamente ai diversi modelli forniti dalla legislazione urbanistica regionale, l'autonomia normativa locale può diventare la sede in cui disciplinare appositi strumenti di partecipazione alle procedure di formazione ed approvazione degli accordi urbanistici in deroga ai vigenti assetti di piano (ricadenti nel triennio di vigenza del piano medesimo). Ciò anche con soluzioni originali, caratterizzate dall'oralità piuttosto che dalla scrittura, in linea con il portato dell'art. 41 della Carta Europea dei diritti fondamentali⁸⁸. Previsioni di questo tipo, del resto, farebbero *pendant* con la recente disciplina in materia di trasparenza amministrativa, e, in particolare, con l'art. 39 del D.Lgs. n. 33/2013.

⁸⁸ L'art. 41, 2° comma, della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea" sancisce espressamente «il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio». A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, 1031, sottolinea la mancata previsione, nella legge n. 241 del 1990, del diritto di essere ascoltati in contraddittorio informale (*right to a hearing*), così come del modello dell'inchiesta con istruttoria pubblica (*public enquiry*), entrambi istituti tipici del sistema giuridico di *common law* anglosassone. In argomento, anche per un'analisi di tipo comparatistico, v. M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1-34; R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. discipl. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 604-617; S. CIMINI, *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettive dell'oralità*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, 25-54.

10. *Dovere di piano e libertà “sostenibili”*

La pianificazione costituisce uno dei principali strumenti disciplinati dal legislatore del 2012 per la prevenzione del “rischio-corruzione” nell’Amministrazione, in piena sintonia con la prospettiva dell’*Integrity Risk Management*. Si tratta di una pianificazione eminentemente pubblica, nel senso che l’elaborazione del piano non può essere affidata a soggetti estranei all’Amministrazione⁸⁹. Una pianificazione che può essere definita “riflessiva”: il piano ha durata triennale ma il responsabile propone le necessarie modifiche quando vengono accertate significative violazioni alle sue prescrizioni, ovvero qualora intervengano modifiche nell’organizzazione o nell’attività amministrativa. Si tratta altresì di una pianificazione “di comunicazione”: il piano triennale deve prevedere appositi obblighi di informazione in favore del responsabile della prevenzione, chiamato a vigilare sul funzionamento e sull’osservanza del piano⁹⁰.

L’approccio generalista della legge n. 190/2012 lascia ampi spazi di differenziazione delle misure di prevenzione della corruzione amministrativa, tanto in sede di redazione dei piani organizzativi quanto in sede di autonomia normativa locale. Le politiche anticorruzione *bottom up*, sulla base di una serie di strumenti comuni (i piani di prevenzione), devono essere plasmate nei rispettivi contenuti da ciascuna Amministrazione in relazione alle proprie specificità organizzative e funzionali. La *governance* del territorio, intesa come confronto tra autonomie, costituisce quindi un *case-study* emblematico della differenziazione locale delle politiche anticorruzione.

La pianificazione del “rischio-corruzione” si caratterizza per una dimensione eminentemente organizzativa che supporta e sottopone a monitoraggio tutte le attività amministrative caratterizzate dai maggiori pericoli di *maladministration*⁹¹. È proprio per questo aspetto che *Integrity Risk Management*, pianificazione di prevenzione del “rischio-corruzione” e *governance* del territorio si saldano insieme esaltando il carattere di permanente doverosità della funzione amministrativa⁹².

⁸⁹ Art. 1, comma 8, della legge n. 190/2012.

⁹⁰ V. l’art. 1, comma 9, lett. c), della legge n. 190/2012.

⁹¹ Sotto quest’ultimo aspetto, l’adeguatezza organizzativa in relazione alla prevenzione della corruzione da un lato è demandata a ciascuna Amministrazione, sulla base del Piano nazionale anticorruzione, dall’altro diventa oggetto di controllo giurisdizionale. La verifica di adeguatezza organizzativa operata dal giudice penale nell’ottica del d.lgs. n. 231/2001 può costituire un modello di riferimento per il controllo giurisdizionale sull’applicazione concreta della legge n. 190/2012. Si tratta di un controllo giurisdizionale sulle scelte di organizzazione amministrativa che plausibilmente sarà sempre più penetrante; un controllo affidato ad una pluralità di giurisdizioni, specie alla luce delle differenti tipologie di responsabilità e di sanzioni stabilite dalla normativa anticorruzione.

⁹² Sulla doverosità della programmazione territoriale cfr. I.M. Marino, *La programmazione come «sistema giuridico»*, in *Dir. soc.*, 1990, 427 ss. Sulla configurazione della funzione amministrativa come “dovere discrezionale” di agire per il perseguimento degli interessi pubblici (attraverso strumenti indifferentemente uni-

La lettura prospettata accredita una lettura aggiornata delle basi costituzionali della *governance* territoriale: la “funzione” amministrativa di pianificazione territoriale deve essere esercitata in concreto “con onore” e in modo imparziale sì da prevenire in modo adeguato il rischio corruzione di fronte alle peculiarità di ciascuna Amministrazione pianificatrice (artt. 54, 97, 98 e 118, 1° comma Cost.)⁹³. Ciò con l’obiettivo di “offrire” il territorio bene comune alle libertà “sostenibili”⁹⁴, promuovendo al contempo la competitività dei singoli territori.

lateralmente o consensuali) nonché sullo stretto rapporto fra siffatto dovere e l’aspetto della “rilevanza giuridica continua e globale” della funzione (aspetto evidenziato da F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss.), cfr. I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e “potere” dell’amministrazione*, in *Foro mm. TAR*, 2003, 338-366. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 189-191, evidenzia che il diritto dell’Unione Europea restituisce alla «funzione amministrativa un suo ruolo proprio, di compito e cioè principalmente di obbligo nell’interesse altrui (della collettività) e non di potere nell’interesse proprio (politico)».

⁹³ In tal senso si sviluppano nella prospettiva del presente lavoro le argomentazioni svolte da R. Cavallo Perin, *L’etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 147-161.

⁹⁴ Su questi aspetti sia consentito il rinvio al mio *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit., 17-30.

La prevenzione della corruzione nella governance del territorio

Il saggio analizza le dinamiche della prevenzione della corruzione con riferimento ad un particolare settore dell'attività amministrativa: l'uso del territorio. Ciò nella prospettiva della differenziazione delle misure di *Integrity Risk Management*, con meccanismi di mappatura e gestione del rischio-corruzione tarati sulle specificità delle singole realtà amministrative e della loro rispettiva organizzazione. La "funzione" amministrativa di pianificazione territoriale deve essere esercitata in concreto "con onore" e in modo imparziale allo scopo di prevenire in modo adeguato il rischio corruzione di fronte alle peculiarità di ciascuna Amministrazione pianificatrice (artt. 54, 97, 98 e 118, 1° comma Cost.) e al contempo con l'obiettivo di "offrire" il territorio bene comune alle libertà "sostenibili", così promuovendo la competitività dei singoli territori.

The prevention of corruption in the 'governance' of the territory

The essay analyses the dynamics of the prevention of corruption with reference to a particular sector of administrative activity: the use of the territory. This is with a view to the differentiation of the measures of *Integrity Risk Management*, with mechanisms of the mapping and management of the risk of corruption calibrated around the specificities of individual administrative realities and their respective organisation. The administrative 'function' of territorial planning must be exerted in concrete terms 'with honour' and in an impartial manner, with a view to adequately preventing the risk of corruption in the face of the peculiarities of each planning Administration (arts. 54, 97, 98 and 118, 1st paragraph Cost.) and at the same time with the aim of 'offering' the territory as a common asset to forms of 'sustainable' freedom, thus promoting the competitiveness of individual territories.

The Supranational Concept of Property in the light of the ECtHR Case Law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Some Critical Remarks on Recent Developments

Alberto Buonfino*, Elisa Grillo*

Summary: 1. Research aim. The quest for a common supranational concept of 'property'. Introductory remarks. – 2. The conventional meaning of 'law'. – 3. The definition of property under the ECHR legal framework: A case-by-case approach. – 4. The assessment of the breach of property rights according to the EUCFR and its judicial applications. – 5. Dual action or differentiated integration within supranational legal frameworks? Concluding remarks.

1. *Research aim. The quest for a common supranational concept of 'property'. Introductory remarks*

This paper aims to analyse a crucial issue arising from the ECtHR's well-established case law, namely the legitimacy of a restriction on the right to the peaceful enjoyment of one's possessions enshrined in Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention. It will then concentrate upon the relationship between Article 1 and the legal framework set out by the Charter of Fundamental Rights of the EU as the main supranational instrument specifically devoted to the protection of Human Rights at a EU level¹.

For the above purpose, the term 'property' refers exclusively to 'private property', unless stated otherwise².

* Alberto Buonfino wrote paras 1 and 4, while Elisa Grillo wrote paras 2 and 3. Concluding remarks laid down in para 5 have been written jointly by the Authors.

¹ B. Rainey, E. Whicks and C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey The European Convention of Human Rights*, 6th ed, Oxford, 2014, 496.

² Alternative experiences of property rights, such as, for instance and from a historical viewpoint, the Yugoslav model of 'social property' – by which State property is formally abolished, all capital assets become

Of course, to national legal scholars (at least, the ones operating in civil-law areas), the classical concept of ‘property’ is deeply rooted in the provisions laid down in the field of (domestic) private law³, whereas the very idea of ownership itself in most cases stems directly from a given constitutional framework⁴.

Aside from such traditional definitions of private property, the need to secure previously undetected and/or intangible forms of property – which has proven significant over the twentieth-century – has led national legal systems to provide for specific legal frameworks regarding, *inter alia*, the protection of intellectual property.

This has been – and to some extent – still is, an itinerary largely common to all national civil-law systems, whose catalogue of (human) rights has grown considerably in recent decades.

From a supranational standpoint, the protection of private property on a non-domestic basis has indeed been fraught with complexities stemming from the supranational support for human rights provided by many international instruments⁵. The influence of the intervention of a supranational stratus pertaining human rights has been twofold. On the one hand, it has broadened the scope of legal protection of certain rights while providing a substantial, highly influential contribution to emerging rights on the other, thereby widening the catalogue traditionally established within national legal orders.

The right to property makes no exception for the seminal influence exerted by these supranational standards, as a uniquely complex and rather controversial issue.

‘social property’ and enterprises are granted (only) the right to use socially-owned resources, without any reference to individual property (see M. Uvalić, *Investment and Property Rights in Yugoslavia. The long transition to a market economy*, Cambridge, 1992, 60) – will not be taken into account, even though these experiences did play a significant role in undermining the conventional foundations of the right to property in the original 1950 text of the European Convention on Human Rights (ECHR).

³ I.e., for the Italian Case, Article 832 of the Italian Civil Code; from a French perspective, see Article 544 of the Code Civil.

⁴ See Article 41 of the Italian Constitution, stating that «Private property is recognised and guaranteed by the law, which prescribes the ways it is acquired, enjoyed and its limitations so as to ensure its social function and make it accessible to all». A specific legal basis as to property and inheritance rights is also to be found within the Constitutions of former socialist republics which have recently joined the EU. For instance, Art. 48 of the Croatian Constitution refers to the right of ownership, as does Art. 33 of the Slovene Constitution. Art. XIII of the Hungarian Constitution, Art. 64 of the Polish Constitution and Articles 44 and 46 of the Romanian Constitution enshrine the same rights. As to Common Law systems, it is worth noting that most Commonwealth countries include a right to property in a constitutional bill of rights (see T. Allen, *The Right to Property in Commonwealth Constitutions*, Cambridge, 2000, 1).

⁵ See H. Hannum, *Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century, Human Rights Law Review*, 2016, 6, 431 according to whom «Both critics and some supporters of the human rights movement have expressed concern over what Eric Posner terms the ‘hypertrophy’ of rights: «The more human rights there are, and thus the greater variety of human interests that are protected, the more that the human rights system collapses from an undifferentiated welfare-ism in which all interests must be taken seriously for the sake of the public good».

From a historical viewpoint, it was not until the aftermath of World War II that a new sensitivity to ownership as a 'fundamental right' began to emerge, as a legal scholar plainly puts it, as a «matter of universal concern»⁶.

It is because of the strong emphasis placed by the post-war supranational framework upon social and economic development that, from 1945 onwards, international standards on Human Rights started to include references to private property, albeit in ways reflecting a significant – if not harsh – degree of controversy.

Early international standards containing specific provisions on property include, among others, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted in 1948 by the UN General Assembly, Article 17 of which enshrines a comprehensive standard to protect property.

As far as the European Convention on Human Rights is concerned, it is well worth noting that, although the Council of Europe formally adopted the Convention in 1950, its original text contained no specific reference to property rights. The debate sparked in Council of Europe proceedings owing to substantial differences in each Contracting Party's view of the political, social and economic significance meant that no specific provision devoted to this issue was able to be included⁷.

The right to property has been the victim of a veritable 'ideological struggle' reflecting the indented socio-political panorama of the Contracting Parties and has thus been dubbed the «problem child» (Anderson) of the supranational rights and freedoms enshrined in the ECHR⁸.

The right to property was eventually covered by the Conventional text when the controversy between Eastern and Western Member States finally ended and Protocol 1 to the ECHR was approved in 1952, although the definition provided by this has been deemed inadequate and excessively weak, establishing an economic and social entitlement rather than a proper right⁹.

⁶ T. Van Banning, *The Human Right to Property*, Antwerpen - Groningen - Oxford, 2001, 35.

⁷ As argued by C. Rozakis, *The right to property in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Keynote speech delivered by the Major of Athens on behalf of the Author at the Athens Property Day, 30 January 2016 (www.uipi.com): «[t]he right to property was one of the most controversial provisions in the context of discussions on the drafting of the Convention. The states that had the most objections to the inclusion of this right in the Convention were the states with socialist ideas of their governments, who doubted that the right to property was a fundamental human right. And they [the States] succeeded in not including a provision for the Property Right in the Convention».

⁸ Insightfully, D. Anderson, *Compensation for Interference with Property, European Human Rights Law Review*, 1999, 4/VI, 543-5. The inclusion of a right to property in the Convention has led to major 'political' clashes with regard to the judicial powers related thereto. As to the UK's stance towards conventional property rights, it has been noted that «the idea that an international tribunal [the ECtHR] might have sweeping powers of review over social and economic legislation was anathema to government ministers and advisers» (see T. Allen, *Property and the Human Rights Act 1998*, Oxford, 2005, 1).

⁹ See H. Mountfield, *Regulatory Expropriations in Europe: The Approach of the European Court of Human Rights*, *New York University Environmental Law Journal*, 2003, 11, 1.

This is due to the wording of the provision, which tends to strike a balance between the Eastern European legal *Weltanschauung*, grounded in socialist ideas, and the liberal social and economic beliefs held by its Western European counterpart.

The English version of Article 1 states that «Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law».

The second Paragraph provides that the preceding provisions shall not, however, «in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties».

As this provision plays a pivotal role in our analysis, it is worth pointing out that – from a literal standpoint – its wording entails significant concerns for legal operators. The legal terminology in both the official French and English versions of the Convention contain a certain degree of vagueness.

The English wording of Article 1 refers to «possessions» and to «property», whereas its French counterpart contains a reference to «biens» and «propriété».

To a certain extent, it is true that, in principle, legal translation unavoidably conveys the same degree of uncertainty as any other translation, for – as Umberto Eco claimed rather strongly – «every sensible and rigorous theory of language shows that a perfect translation is an impossible dream»¹⁰.

This case provides both legal scholars and translators with a sound confirmation of Eco's statement.

As the Authors seek to highlight hereinafter, issues concerning property as a fundamental right within the scope of Protocol 1 of the ECHR must deal with both a linguistic translation of the term 'property' and a technical/spatial modification of it.

By linguistic translation, we mean the process of transforming the wording of Article 1 from an official language into another. By technical/spatial modification, we mean the shift of the domestic concept of property towards the common supranational structure laid down by the ECHR.

With reference to the issue of linguistic translation, even though the ECtHR's case law has constantly refrained from establishing a specific definition of either 'property' or 'possession', it has nonetheless always considered the French terms to be synonymous with the English ones and vice-versa¹¹.

¹⁰ U. Eco, *Experiences in translation*, Toronto, Buffalo, London, 2001.

¹¹ Unlike other supranational organisations. See, for instance, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) which, based on Article 21 of the Inter-American Convention on Human Rights (IACHR), has identified a sufficiently detailed definition of the term 'property'. Pursuant to the mentioned provision, «1.

With regard to the spatial modification of the term, as we will see, in the absence of a proper definition in the ECHR, ECtHR case law has been steadily promoting the identification of the «possessions» (biens) falling under the scope of Article 1, Protocol 1, thus trying (successfully) to broaden the protection of the right to property on a case-by-case basis and building «the most developed and complex jurisprudence on the protection of property in international human rights law»¹².

Legal scholars have argued that the very notion of property as a 'conventional right' protected under Article 1 owes much to the traditional definition of property as a 'vested right' laid down at the level of international law¹³. In this sense, to be covered by conventional protection, property must have already been acquired¹⁴.

A significant (and to a considerable extent groundbreaking) innovation set forth by ECtHR is that it has moved forward the concept of 'property' or 'possession' from its traditionally agreed-upon definition of 'vested right' to an increasingly all-encompassing definition.

In so doing, the ECtHR has consequently designed an autonomous and rather broadened concept of 'law', taking it as a criterion when applying the conventional right to property enshrined in paras 1 and 2 of Article 1¹⁵.

Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. 2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. 3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law». Building on this legal basis, the Court has ruled that «[p]roperty can be defined as those material things which can be possessed, as well as any right which may be part of a person's patrimony; that concept includes all movables and immovables, corporal and incorporeal elements and any other intangible object capable of having value» (see *The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights, Series C no. 79 (31 August 2001), at para 144. See also U. Kriebaum, C. Schreuer, *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, in Breitenmoser, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich - Baden Baden, 2007, 743-762.

¹² S. López Escarcena, *Interference with Property under European Human Rights Law*, *Lewen Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 63* - May 2011.

¹³ See for instance, PCIJ, 12 December 1934, Series A/B No. 63, at para 88.

¹⁴ L. Sermet, *The European Convention on Human Rights and property rights*, Human rights files, No. 11 rev, Council of Europe Publishing, 1999, 11.

¹⁵ According to ECtHR's case-law, Art. 1, Protocol 1 entails three 'rules'. In *Sporrong and Lönnroth v Sweden* Application No. 7151/75 and No. 7152/75, 23 September 1982, at para 61, the Court has stated that «Article (P1-1) comprises three distinct rules. The first rule, which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph. The Court must determine, before considering whether the first rule was complied with, whether the last two are applicable». This reasoning «has been repeated time and time again in the Court's subsequent judgments» (see M. Carss-Frisk, *A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2001-2003, 21). The mentioned rules have been very recently applied in *G.I.E.M. S.r.l. and o. v Italy*, 28 June 2018, at para 289.

Again, from a literal perspective, the mentioned provisions refer to «conditions provided for by law» (para 1) as well as to the need to ensure that «the preceding provisions shall not [...] in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property». As a result, a fairly accurate definition of what should be intended as 'law' according to the conventional wording seems of paramount importance. The meaning of the term 'law' will thus be discussed in para 2.

Inasmuch as a continental/European perspective is concerned, the protection of the right to property shall not overlook the judicial interpretation of the 'four freedoms' set forth by the European Court of Justice (ECJ) based on the conventional provision laid down in Article 1.

In fact, the approach of the ECJ to the right to the peaceful enjoyment of one's possessions offers a hint of the different rationale characterising ECtHR case law as opposed to the judicial interpretation of a comparable EU right.

The widened scope of the EU system with respect to the protection of supranational fundamental freedoms, following the entry into force of the Lisbon Treaty, has involved an in-depth legal enforcement of the core individual rights laid down in the Charter of Fundamental Rights.

ECtHR's quest for a broadened definition of property will be the focus of para 3, whereas the ECJ's own perspective will be evaluated in para 4.

We will then move on – in para 5 – to suggest some conclusive remarks on the status of the right to property from a supranational perspective, taking into account both the ECHR and the EU legal frameworks, weighing their similarities, examining their differences, before finally looking at the mutual influence each system exerts on the other.

2. *The conventional meaning of 'law'*

The pivotal role of an accurate definition of the term 'law' in any discourse on conventional rights becomes self-evident to legal operators wishing to cope with the ECHR system or to grasp (as is the case here) the peculiar meaning of the right to property.

It is in fact pursuant to the Conventional concept of 'law' that the Court interprets the notion of the right to property as laid down in Article 1 of Protocol 1. The need for a commonly understood concept is the foundation of the ECtHR's assessment of whether one's property or possession has an adequate legal basis under national law, thus enabling the applicant to claim legal protection under Article 1 of Protocol 1¹⁶.

¹⁶ See *Kopecký v Slovakia*, 28 September 2004 at para 48.

When determining that the subject of the applicant's claim is legitimate pursuant to a conventional viewpoint, the Court considers whether the restriction of the fundamental right should be deemed lawful.

For instance, an expropriation measure is considered legitimate if it fulfils the following three conditions (as stated in the mentioned Article 1, second paragraph): (i) it is carried out 'subject to the conditions provided for by law', without any arbitrary action on the part of the national authorities, (ii) it is implemented 'in the public interest' and (iii) it strikes a fair balance between the owner's rights, on the one part, and the interests of the community, on the other¹⁷.

The term 'law' used by the ECtHR is broadly defined, seeking to encompass the different sources of law existing in the various national systems. To this end, the Court conceives the principle of legality in such a way as to take into account the common elements, which constitute the core of 'law' under national legal frameworks¹⁸.

In carrying out its scrutiny, the Court should primarily assess the case based on the national sources of law applicable in the Contracting State concerned. At the same time, the ECtHR should equally verify whether the applicable national law meets the quality requirements defined by the Convention¹⁹: this sort of crosscheck is necessary in order to ensure the effectiveness of the review by the ECtHR, in light of the principle of legality as interpreted by the Court itself.

The Court assessment on the existence of an adequate legal basis takes into account both «written or unwritten law» (for example, the national case-law) and involves qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability²⁰ of the relevant provision applied.

¹⁷ See *Akhverdiyev v Azerbaijan*, 29 January 2015 at para 81. The scrutiny regarding the 'fair balance' clause has proved to be particularly dense in terms of the general principles involved. As it is stated in the case-law, «[i]n so determining, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard to the means to be employed and to the question of whether the consequences are justified in the general interest for the purpose of achieving the objective pursued» (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, at para 149; Most recently, with reference to the proportionality of confiscation measures, *G.I.E.M. S.r.l. and o. v. Italy*, 28 June 2018, at para 292. The proportionality assessment needed to ensure the 'fair balance' rule should be carried out taking into account the means employed and the aim pursued (see *Jahn and o. v. Germany*, 30 June 2005 at paras 83-95). This fair balance will be upset in case the person concerned has to bear an individual and excessive burden (see *Sporrong and Lönnroth*, cit., paras 69-74, and *Maggio and o. v. Italy*, 31 May 2011 at para 57).

¹⁸ Moreover, the pivotal role of the meaning of 'law' is duly recognised by the ECtHR itself when it refers to the 'rule of law' as one of the fundamental principles of a democratic society being «inherent in all the Articles of the Convention» (see *Amuur v France*, 25 June 1996 at para 50 and *Iatridis v. Greece*, 25 March 1999 at para 58).

¹⁹ G. Lautenbach, *The concept of the rule of law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013, 122.

²⁰ «[law] should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see, among other authorities, *VgT Verein gegen Tierfabriken*, cited above, § 52; *Rotaru v Romania* [GC], at 52, ECHR 2000-V; *Gawęda v Poland*, at 39, ECHR 2002-II; and *Maestri v Italy* [GC], at 30, ECHR 2004-I)». See *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v Italy*, 7 June 2012, at para 140.

Thus, the ECtHR does not necessarily require a 'law' (i.e.: a specific provision) to be either of a constitutional, primary or secondary level of the hierarchical order of the rules, nor to be drafted by a specific authority or to imply a certain application²¹.

According to the Court's established case law the following can theoretically qualify as law in a conventional perspective: statutes, enactments of lower rank²² such as regulations²³, codes of ethics, international provisions, as well as administrative acts and internal documents and circulars.

Such a broad interpretation of the meaning of 'law' also applies to cases arising from both common law and civil law legal orders²⁴. However, Contracting States are free to define the 'minimum requirements' of a 'law' under their national system.

For example, the ECtHR might consider that a circular or a given administrative practice²⁵ shall be interpreted as 'law' within the conventional horizons of meaning in cases in which a national Court has made reference to that act or practice in its rulings. However, circulars are commonly defined²⁶ as documents provided by government departments «on behalf of ministers, setting out policies, principles, and practices for the exercise of ministerial powers delegated to public officials». In most cases, this means that circulars provide mere administrative guidelines and, consequently, have no legal effect. However, in some other cases, legal effects could be recognised depending on the interpretation of the legislation in terms of which it was issued²⁷. Only when a specific circular has legal effect it is subject to judicial review as law²⁸.

In some civil law systems, such as in Italy, administrative circulars are not considered as sources of law, as they usually serve to steer the national authorities towards a certain application of a given legal provision. Consequently, national judges generally consider them mere internal 'behavioral' indicators to evaluate whether or not the public administration has acted reasonably.

²¹ G. Lautenbach, *The concept of the rule of law*, cit., 82.

²² See *Kafkaris v Cyprus*, 12 February 2008, at para 139.

²³ See *Barthold v Germany*, 25 March 1985, at para 46.

²⁴ J.F. Renucci, *Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Council of Europe, 2005, 44: «the concept of "law" is construed broadly by European judges: it is taken to mean all existing law, whether statutes, regulations and case-law, including international conventions applying in the domestic system».

²⁵ See *Georgia v Russia*, 3 July 2014, at para 122.

²⁶ See (2009-01-01). government circulars. *Oxford Reference*. Retrieved 27 Apr. 2018, from <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095901899>.

²⁷ In these terms *Patchett v. Leathem* [1949] 65 TLR; *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] 1 AC 112 (HL).

²⁸ A. McHarg, *Administrative discretion, administrative rule-making and judicial review*, *Current Legal Problems*, Volume 70, Issue 1, Oxford, 2017, 267, spec. para *Regulating Administrative Rule-Making*.

It follows from the foregoing that, even when national judges refer to internal circulars in their decisions, the ECtHR should not consider them as an adequate legal basis justifying the restriction of a fundamental right, as they lack the necessary national requirements to be acknowledged as a ‘source of law’.

Notwithstanding this, it is common knowledge that – in some cases – the Court has ruled otherwise, including circulars within the broad scope of its definition of law²⁹.

This broad interpretation has been deemed necessary, since, as an Author puts it, it is vital not to exaggerate the distinction between common-law countries and continental systems: the “law” must therefore be understood in its substantive and not-formal sense³⁰.

However, it is apparent, from a domestic standpoint, that acts lacking the essential requirements to qualify as sources of law according to a given national legal order should not be defined as such by the ECtHR, as these acts are not sufficiently predictable³¹, which should be deemed a fundamental requirement of any ‘constitutional’ legal basis.

Moreover, these cases raise also questions on the remaining policy freedom that national States should have, according to the ECHR, in regulating the use or exercise of property. In fact, if national States lose their capacity for defining exactly which are the legal acts that should or should not affect the right to property (though in its broader meaning), they lose the core of the (much debated) “margin of appreciation” traditionally recognised by the ECtHR³². With reference to this, it should also be noted that the margin of appreciation has been defined «as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions»³³.

This means that, even if the ECtHR has determined that a right can be restricted by a norm that has not necessarily been codified or legislatively enact-

²⁹ See *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v Austria*, 19 December 1994 at para 31. See also *Kruslin v France*, 24 April 1990 at para 29 and *Frerot v France*, 12 June 2007, at para 40. Contrarily, in *Silver and o. v UK*, 25 March 1983, at para 87 the Commission held that «the Standing Orders and Circular Instructions which the British Home Secretary issues to prison governors failed the accessibility test since they were not published, were not available to prisoners, nor were their contents explained in cell cards».

³⁰ J.F. Renucci, *Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of Thought, Conscience and Religion*, cit., 45.

³¹ G. Lautenbach, *The concept of the rule of law*, cit., 84.

³² See *Handyside v. United Kingdom*, 7 December 1976, at paras 47-48.

³³ Y. Arai-Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, 1162 ss. See also R.ST.J. Macdonald, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, 95 ss. who states that «the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention».

ed and should not be strictly identified with either a statute or an act of the legislature³⁴, the national States should still be able to exclude an administrative act from their “sources of law”.

It follows from the above that a certain level of discretion should be granted to domestic authorities in choosing the source of law where the restriction/regulation of rights could be established. The European Convention allows plural and different sources of law as valid norms as to the restriction of rights, but this range of flexibility should be considered with caution, since it is capable to interfere with the different and coexisting traditions of European legal systems³⁵.

3. *The definition of property under the ECHR legal framework: A case-by-case approach*

It is widely acknowledged that, in recent decades, the ECtHR’s case-by-case approach has widened the meaning of the right to property, meaning not only the ownership of movables or land³⁶, but basically all other acquired rights are to be secured in a conventional perspective.

The Court generally states that the concept of ‘possessions’ referred to in the first Paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning³⁷, which is fully independent from the formal classification given within domestic law³⁸.

This category usually includes cases concerning retirement benefits rights, immovable property or other goods such as rights arising from the relationship between private individuals, such as shares³⁹ or bank account deposits, as well as

³⁴ P. Contreras, *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights*, in 11 *Nw. J. Int’l Hum. Rts.* 2012, 28-29.

³⁵ S. Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of human rights*, Council of Europe, 2000, 16 and P. Contreras, *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights*, cit., 40.

³⁶ Recently in *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, 28 June 2018, paras 276-304.

³⁷ U. Kriebaum, C. Schreurer, *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Liber Amicorum Luzius Wildhaber, 2007, 5-10.

³⁸ Recently for e.g. in *O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, 7 June 2018, para 85 ss. where the Court states that «the concept of “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of material goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision (see, among many authorities, *Brosset-Triboulet and Others v. France* [GC], no. 34078/02, § 65, 29 March 2010)».

³⁹ E.g. in *Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union v. Ukraine*, 26 June 2018, para 169 ss.

rights deriving from public law relationships⁴⁰ or patents and intellectual property in general (i.e. copyrights, etc.).

However, ECtHR's case law has moved even further, to include under the scope of protection of Article 1 to Protocol 1 ECHR claims or expectations, as the prospects of a future gain.

If they are legitimate, in the sense that they are founded in an adequate legal basis under national law, these expectations enable the applicant to claim legal protection under Article 1⁴¹.

In order to single out these expectations from mere 'hopes' of no conventional value, the Court asserts that conventional protection applies only to a person's existing possessions. Thus, future income cannot be considered to constitute a 'possession' unless it has already been earned or is definitely payable.

The Court has stated that «the hope that a long-extinguished property right may be revived cannot be regarded as a "possession"; nor can a conditional claim which has lapsed as a result of a failure to fulfil the condition»⁴².

In some cases, 'legitimate expectation' may involve situations in which the persons concerned are entitled to rely on the fact that a specific legal act will not be retrospectively invalidated to their detriment⁴³. Such legal acts can consist of,

⁴⁰ See, for example *Osovka and Others v. Ukraine*, 28 June 2018, about a debt arising from a judicial decision, which is considered by the Court as a possession protected under art. 1 Prot. 1. But also the refusal to issue a building permit has been retained under art. 1 Prot. 1 in *KIPS DOO and Drekalović v. Montenegro*, 26 June 2018, para 127-137, (specifically para 131) where the Court states that the refusal to issue a building permit must be regarded as an interference with the applicants' right to the peaceful enjoyment of its property.

⁴¹ L. Sermet, *The European Convention on Human Rights and property rights*, cit., 14, especially where the Author highlights that «the fact that legitimate expectations are now protected, on certain conditions, as property, and that the Convention bodies have no hesitation in defining claims as property, underlines the autonomous nature of the concept and illustrates the way in which it has been broadened».

⁴² See *Béláné Nagy v Hungary*, Grand Chamber Application No. 53080/13, 13 December 2016, at para 2. The case concerned a woman who was granted a disability pension. Many years later, pursuant to a modification of the method of determining the level of disability, but apparently without any substantial change in her health, her entitlement to this pension was withdrawn. During the years thereafter, her condition was assessed as being insufficiently serious for retrieving the pension (2010). Then, in 2012, a new law entered into force, replacing the disability pension with a disability allowance and introducing additional eligibility criteria and Ms Béláné Nagy submitted a request for this allowance and her health condition was now considered to meet the requisite level for entitlement. However, as she had not been in receipt of a disability pension on 2011 and had not accumulated the requisite number of days covered by social security required by the new law, she did not obtain the benefit. The Court recognized that even States have a certain margin of appreciation in regulating citizens' access to disability benefits, they cannot deprive entitlements of 'their very essence'. See also *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano v Italy*, 7 June 2012, at para 172.

⁴³ *Noreikienė and Noreika v Lithuania*, 24 November 2015, at para 36. In this case the local authorities assigned a plot of land to Ms Noreikienė and Mr Noreika. Some years later, the county administration authorised Ms Noreikienė to purchase the land for a nominal price and many, about ten years later, she signed a land purchase agreement and the plot was subsequently registered in the Land Registry in the couple's joint name. However, a third party brought a civil claim seeking restoration of his ownership rights to the land arguing that he had already submitted request for restitution of property and, as such, the land had been assigned and later sold to the applicants unlawfully. The plots in question were thus returned to the state and the applicants were

for instance, a contract, an administrative decision granting an advantage or recognising a right⁴⁴, or a judicial decision⁴⁵.

In such cases, the 'legitimate expectation' is based on a reasonably justified reliance on a legal act, which has a sound legal basis and affects property rights⁴⁶.

Following this line of reasoning, the withdrawal of a license to carry out business activities was recognised as a legitimate expectation protected under Art. 1 of Protocol No. 1⁴⁷; in the same sense, a temporary prohibition concerning mussel seed fishing that deprived the applicant company of the use of its various licences was deemed as interfering with the peaceful enjoyment of property rights. In that case, the Court⁴⁸ confirmed that these administrative acts gave rise to a legitimate expectation of effectively enjoying the rights associated with ownership. The licences were therefore to be regarded as 'possessions' protected under Art. 1 of Protocol No. 1 and, as a consequence, the termination of a valid

awarded the equivalent. The Supreme Court refused to hear the applicants' appeal, holding that the appeals did not raise any important legal issues. The ECHR found a violation of art. 1 of Protocol No. 1, retaining that the applicants had a «legitimate expectation» of being able to continue to enjoy that possession because they were bona fide owners and their expectation was based on a reasonably justified reliance on administrative decisions which have a sound legal basis and bear on property rights.

⁴⁴ Such as in *Hasani v Croatia*, 30 September 2010, at para 20, where a legislative amendment was enacted stating that working mothers no longer had the right to maternity leave and maternity allowance until the child's third year, but only for the child's first year. Pursuant to that amendment, the administrative body terminated the applicant's right to maternity leave and maternity allowance, but the Court noted that this decision interfered with the applicant's previously established right to receive maternity allowance, as property right generated by the first administrative decision providing the applicant with an enforceable claim for maternity allowance.

⁴⁵ See *Gratzinger and Gratzingerova v Czech Republic*, 10 July 2002, at para 73, and *Velikoda v Ukraine*, 3 June 2014, at para 20.

⁴⁶ L. Sermet, *The European Convention on Human Rights and property rights*, cit., 17 concludes that «In other words, Article 1 may be considered to protect three categories of property: acquired property; property falling under the head of legitimate expectation, because sufficiently established; and property resulting from rights to restitution».

⁴⁷ The Court considers the interests associated with exploiting the licence as property interests attracting the protection of Article 1 of Protocol No. 1 also in *Tre Traktörer AB v Sweden*, 7 July 1989, at para 53; *Capital Bank AD v Bulgaria*, 24 November 2005, at para 130; *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd v Poland*, 28 July 2005, at para 49; *Bimer S.A. v Moldova*, 10 July 2007, at para 49.

⁴⁸ See in *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, cit., spec. para 87, where the Court refers to the survey of its relevant case-law set out in *Malik v. the United Kingdom*, 13 March 2012, para 91-94. In this case, concerning the grants of licences or permits to carry out a business, the Court has indicated that the revocation or withdrawal of a permit or licence interfered with the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions, including the economic interests connected with the underlying business. In this regard, the Court observed in particular in *Tre Traktörer AB* case (cited above, note n. 41) that the maintenance of the licence was one of the principal conditions for the carrying on of the applicant company's business, and that its withdrawal had adverse effects on the goodwill and value of the restaurant (at paras 43 and 53 of the Court's judgment). For some previous judgments, see *Fredin v. Sweden* (no. 1), 18 February 1991, § 40, Series A no. 192, with reference to an exploitation permit for a gravel pit; and, *mutatis mutandis*, see also *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, § 49, 28 July 2005, which involved a licence to run a bonded warehouse.

licence to run a business amounted to an interference with the right to the peaceful enjoyment of possessions⁴⁹.

Similar considerations could be found also in another recent judicial decision concerning the prolonged delay on the part of the municipal authorities to comply with a final judgment ordering them to initiate a privatisation procedure by offering to sell a floor of a shopping centre to an applicant who was previously the tenant⁵⁰.

In this case, the Court stated that the applicant had been deprived for a long time of an opportunity to buy the property under preferential conditions and potentially develop a commercial activity in it.

Moreover, these expectations are legitimate in the Court's case law if national law provides for a sufficient legal basis for the interest, which means «for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming its existence», whereas no legitimate expectation can be said to exist where there is a dispute as to the correct interpretation and application of domestic law and the applicant's submissions are subsequently rejected by the national courts⁵¹.

According to this reasoning, the ECtHR found a legitimate expectation in relation to the deprivation of the pension entitlements for a period of work, which was (unlawfully) not deemed as being under a permanent contract⁵².

A number of doctors filed an application before Italian administrative Courts to obtain recognition of the existence of a permanent employment relationship between them and the University for the purpose of securing the corresponding social security entitlement, as other doctors in the same positions had done previously.

While the Administrative Court of First Instance recognised their right, the Council of State subsequently ruled in favour of the appealing University based on a judicial revirement.

The original applicants of first instance thus complained that their judicial application had failed to satisfy the conditions of admissibility because of the change in the approach of the Courts.

⁴⁹ In the aforementioned case *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, cit. (para 88) the Court observed that Article 1 of Protocol No. 1 applies even where the license in question is not actually withdrawn, but considered to have been deprived of its substance (as well as in cases *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, 7 June 2012, 177-178).

⁵⁰ *Velkova v Bulgaria*, 13 July 2017, at para 61.

⁵¹ *Bélàné Nagy v Hungary*, Grand Chamber, 13 December 2016, at para 10; *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano v Italy*, cit., at para 173. But more recently see also *Radomilja and Others v. Croatia*, 20 March 2018, at para 142, where the Court confirmed that «where a proprietary interest is in the nature of a claim, it may be regarded as an "asset" only if there is a sufficient basis for that interest in national law (for example, where there is settled case-law of the domestic courts confirming it), that is, when the claim is sufficiently established as to be enforceable».

⁵² *Mottola and Others v Italy*, 4 February 2014, at paras 40-45; *Staubano and Others v Italy*, 4 February 2014, at paras 40-45.

It is worth noting that, in this case, the right under Article 1 of Protocol 1 had been indirectly violated because of the change in the approach of the Courts as regards the conditions of admissibility of the claim; this had triggered an autonomous violation of Article 6 ECHR, which prevented the applicants from obtaining access to the court and, consequently, from securing recognition for their claim.

By stating that the applicants were entitled of a legitimate expectation the Court adopted a far stricter approach to the principle of legality, because it recognised a possession protected under Article 1 Prot. 1 as violated by the national judgment, even though those claims had never been involved in that judgment. In fact, according to the procedural administrative code, the judges would have been unable to examine the merit of the applicants' claims, as they were inadmissible. Moreover, because the Contracting State concerned was Italy, a civil law country, it sounds even more groundbreaking to settle the existence of a legitimate expectation on the basis of the previous national case-law from similar cases.

In another recent case the ECtHR held that the transfer to State ownership, without compensation, of a fishing valley located in the Venice lagoon used by a company, was in breach of the Conventional right to property⁵³.

This case concerned a declaration to the effect that a part of the Venice lagoon, which the applicant Company had purchased and had been using for fish farming, was part of the public maritime domain.

In this case, the ECtHR found a legitimate expectation even though – under domestic law – the applicant's claim arose from a contract, which was declared void by national Courts.

In fact, the applicant could find its legitimate expectation in the practice of granting individuals title to the fishing valleys and tolerating their continued occupation and use; the company acted as the owner without the authorities ever having taken action⁵⁴.

Unfortunately, from a domestic perspective, this is difficult to understand, as finding the adequate national legal basis under the applicant's claim that – in this case – was based on an invalid title is extremely difficult. Once more, it could be argued the Court's need to fully exploit the ECHR, by seeking a legal basis that could be sufficient to support the position brought before the ECtHR itself; however, it has to be noted that these reasonings could undermine the predicted foreseeability of the law on which human rights are based.

⁵³ See *Valle Pierimpiè Società Agricola S.p.a v Italy*, 23 September 2014, at paras 46-51.

⁵⁴ Accordingly, the Court held that the incorporation of *Valle Pierimpiè* into the public maritime domain constituted an interference with the applicant's right to the peaceful enjoyment of its possessions amounting to a 'deprivation' of property for the purposes of the Convention.

This conclusion, in addition, would seem to match with some recent judgments pronounced by the Court⁵⁵, reiterating that the Court's power to review compliance with domestic law, especially when «the case turns upon difficult questions of interpretation of domestic law», is limited «unless the interpretation of the national courts is arbitrary or manifestly unreasonable»⁵⁶. Otherwise, the Court's role is confined to ascertaining whether the effects of that interpretation are compatible with the Convention and this statement implies that it cannot be said that an applicant has a sufficiently established claim amounting to an “asset” for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1, «where there is a dispute as to the correct interpretation and application of domestic law» and «where the question whether or not he or she complied with the statutory requirements is to be determined in judicial proceedings»⁵⁷.

It is in the first place for the national authorities to interpret and apply domestic law, «even in those fields where the Convention “incorporates” the rules of that law». That was true in a case where a national court excluded – due to procedural reasons⁵⁸ – the existence of the requirements for acquiring ownership by adverse possession because of the passing of a certain uninterrupted period of time⁵⁹; that should be true as well in cases in which the national courts establish or declare as null and void the legal title of property.

Unluckily, in the end, ECtHR's case law does not seem to be assessed on this position; for instance, in another recent judgment the Court⁶⁰ recognised that,

⁵⁵ *Radomilja and Others v. Croatia*, cit., para 144, but also in *Christian Baptist Church v. Poland*, 5 April 2018, where the applicant church claimed to be a legal successor of the previous owner but its instance was rejected since it lacked the necessary feature authorizing it to claim property. The applicant claimed that it was a legislative amendment of the relevant law which had played a decisive role in the dismissal of its request, but the national court stated that the applicant could not be granted property because it did not fulfill the basic legal requirement laid down in the relevant provisions and in a previous case concerning identical circumstances the Constitutional court added that the legislative amendment had not significantly changed the situation of the complainant since it lacked the necessary feature authorising it to claim property both before and after the amendment. (para 70).

⁵⁶ *Radomilja and Others v. Croatia*, cit., at para 149.

⁵⁷ *Radomilja and Others v. Croatia*, cit. 148; *Čakarević v. Croatia*, 26 April 2018, at 48.

⁵⁸ In *Radomilja and Others v. Croatia*, cit. at para 83 it was explained that the domestic courts had «in line with the applicants' submissions», dealt only with the question of the duration of the applicants' adverse possession and not with the issue – then emphasized before the Grand Chamber – whether a certain period (between 1941 and 1991) should have been included in the calculation.

⁵⁹ But also in *Christian Baptist Church v. Poland*, cit., at para 69 the Court stated that no «legitimate expectation can be said to arise where there is a dispute as to the correct interpretation and application of domestic law and the applicant's submissions are subsequently rejected by the national courts» and rejected the claims as a consequence.

⁶⁰ In *Čakarević v. Croatia*, 28 April 2018, at 55-57, the Court stated that the grant of the benefit in question depended on various statutory conditions, the assessment of which was the sole responsibility of the social security authority. In particular, to the Court, an individual should be entitled to rely on the validity of a final (or otherwise enforceable) administrative decision in his or her favour, and on the implementing measures already taken pursuant to it, provided that neither the beneficiary nor anyone on his or her behalf has contri-

although domestic courts found that (as a matter of domestic law) the applicant had no protection against the authorities' reclaim of the funds already received – which according to them constituted unjust enrichment – «several circumstances» permitted to recognise the applicant's legal position as protected by a 'legitimate expectation' for the purposes of the application of Article 1 of Protocol No. 1.

Those circumstances were, synthetically, the *bona fide* of the applicant, the exclusive responsibility of the public authority on the decision, the 'questionable' retroactive effect of the administrative act and «the lapse of time [that] justifies concluding that the individual's interest in the *status quo* had become vested in a sufficiently established manner for being recognised as capable of engaging the application of Article 1 of Protocol No. 1». These cases raise significant doubts on the compatibility of certain legal systems, like the Italian legal framework, with the Convention, since (in the Italian legal system) in case an illegitimate administrative decision granting economic benefits is adopted, it must be annulled (*ex tunc*) because, otherwise, it means a possible cause of liability for damage to the treasury for public officials.

4. *The assessment of the breach of property rights according to the ECFR and its judicial applications*

As previously noted (*supra*, para 1), the review of legality carried out by the ECtHR with respect to Article 1, Protocol 1 to the Convention offers a hint of the different rationale that characterises the ECtHR's case law as opposed to the judicial interpretation of the 'four freedoms' set forth by the ECJ based on this Conventional provision.

As far as the protection of human rights is concerned, a whole set of rules aimed at protecting essential individual rights is also enshrined within the legal framework set forth in the EU Charter of Fundamental Rights (ECFR), «solemnly proclaimed» at Nice in 2000, even though the legal consequences arising from the relationship between the two different regulatory legal instruments (ECHR and the ECFR itself) are controversial.

It is apparent that the issue at stake is one of particular relevance when discussing the scope and characteristic features of the 'rule of law' from a supranational perspective, as the implementation of two separate, parallel legal systems may influence judicial interpretation or even, in some cases, lead to complica-

bated to such a decision having been wrongly made or wrongly implemented. Moreover, the Court stated that «while an administrative decision may be subject to revocation for the future (*ex nunc*), an expectation that it should not be called into question retrospectively (*ex tunc*) should usually be recognised as being legitimate, at least unless there are weighty reasons to the contrary in the general interest or in the interest of third parties».

tions deriving from the fact that legal orders similarly devoted to the enforcement of human rights (or economic freedoms related thereto) are naturally – if not legally – interconnected.

Legal scholars have long struggled to reach consensus on the scope and role of the ECFR and the rights conferred therein, since its solemn proclamation did leave many unsolved issues with respect to the binding nature of the ECFR, as opposed to the fully enforceable rights and principles laid down in the (then) EU and EC Treaties.

Following the entry into force of the Lisbon Treaty, stating *inter alia* that «the Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union [...] which shall have the same legal value as the Treaties» (Article 6, TEU), the landscape of European Union's primary law has changed quite radically.

In fact, the introduction of the rights enshrined in the ECFR entails that fundamental rights have to be considered on an equal footing with the traditional market-oriented liberties set out in the amended primary legislation (TEU, TFEU).

As the Lisbon Treaty acknowledges that the ECFR has the same legal value of the Treaties, the question regarding the latter's relationship with the rights and principles laid down by the Council of Europe – now equally recognised as a substantive part of the EU's institutional and legal *acquis* according to Article 6, para 3, TEU – becomes central to any account of ECHR's activities.

As we will see, this is even more important in the case of the right to property, as art. 345 TFEU maintains very clearly that «[t]he Treaties [i.e. EU primary legislation] shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership».

By stating that 'the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law', placing «the individual at the heart of its activities»⁶¹, the ECFR very clearly establishes a legal framework regarding the protection of fundamental rights that may somehow overlap, to a certain literal extent, with the legal landscape set forth by the Council of Europe's conventional system.

From a strictly political perspective, any discourse on the introduction of fundamental rights provisions in the European supranational system cannot avoid that the implementation of the Charter reveals itself to be part of the «often slippery notion of European Constitutionalism»⁶²; in this sense, its meaning has to be reviewed taking into account the widely recognised shift towards the enhance-

⁶¹ See the Preamble to the EU Charter of Fundamental Rights.

⁶² G. De Búrca, J.B. Aschenbrenner, *European Constitutionalism and the Charter*, in Peers, Ward (eds), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004, 3.

ment of a more definite and finally settled constitutional framework of the EU, even though the outcomes that have followed the unsuccessful attempt, in 2004, to create a European constitution have proven out unsatisfactory in this respect⁶³.

At any rate, a broader viewpoint on the significant political developments of the '90s, on the basis of which the ECFR was drafted, allows the commentators to situate it in a very peculiar legal context: in fact, by the '90s, the traditional economic implications of the EC Treaty had begun to be considered as acquired, while the emerging pressure for a steady democratic legitimisation of the EU system as a political framework (which ultimately led to the mentioned constitutional failure) entailed a decisive makeover of its basic principles.

In other words, it may be said that the constitutional process creating the basis for the implementation of the fundamental guarantees enshrined in the EU Charter is a part of a much wider quest for fundamental rights. The same political trend that had previously made it possible – for instance, within the UN legal order, as well as within the framework laid down by the Council of Europe – to identify a series of core rights imbued with «immense iconographic significance»⁶⁴ common to many domestic and supranational legal systems⁶⁵.

Aside from its ideal (or ideological) implications, the implementation of the Charter from a strictly legal perspective has traditionally entailed significant systematic problems, since the enforcement of guarantees enshrined therein had to be secured at a supranational level, taking into consideration that the Nice Proclamation was originally considered by many as a mere behavioral model for Member States and European institutional bodies.

In its original pre-2009 form, the ECFR established a symbolic framework of commitments to self-regulation, essentially providing a set of soft-law rules to be applied to both public parties and private individuals.

In fact, the fundamental rights landscape set out in the Charter was considered to have no autonomous or legally binding effect before the aforesaid entry into force of the Lisbon Treaty. This ultimately introduced radical changes in the EU Institutions' attitude towards the rights and commitments agreed to in 2000, as well as to their effective implementation within the supranational legal order.

⁶³ Prominent legal scholars acknowledged that «[a]mong the profound changes in the European Union which the Constitution would have wrought, it would have introduced far-reaching new arrangements for the protection of fundamental rights». See F. G. Jacobs, *The impact of European Union's accession to the European Convention on Human Rights* in P. Stöbener, I. Pernice, J. Kokott and C. Saunders, *ECLN Conference Berlin 2005: the future of the European judicial system in a comparative perspective*, Baden Baden, 2006, 291.

⁶⁴ See T.K. Hervey, J. Kenner, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights - A legal perspective*, Oxford, 2003, 4.

⁶⁵ See the 1948 UN Universal Declaration of Human Rights, whose Preamble bears striking similarities to the ECFR's ideal background. See also Harris, O' Boyle, Bates and Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 5.

Such a strengthened approach to fundamental rights has consequently led the EU to broaden the scope of traditional market-based freedoms in the light of the essential guarantees set forth in the Charter, suggesting a general shift from a mere economic-based Union to the idea of a political entity which is legally entitled to promote the enhancement of human rights⁶⁶.

Though the final outcome of the EU legal system is, in many ways, consistent with the said top-priority political need to provide for a clear response to the alleged lack of democratic representation within the European Union, it is fraught with systematic shortcomings with respect to the implementation of a supranational case law harmoniously convergent with the judicial activities traditionally carried out by the ECtHR.

The different approaches adopted by the Council of Europe on the one hand, and by the EU legal order on the other, may be assessed using the right to property as an example of the systematic disparities of these two regulatory frameworks pertaining to fundamental freedoms.

As far as the right to property is concerned, the relevant provision laid down in Article 17 of the ECFR states that: «[e]veryone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions»⁶⁷. Furthermore, pursuant to such provision, «no one may be deprived of his or her possessions, except in the

⁶⁶ See S. de Vries, *EU and ECHR: 'Conflict or Harmony?'*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 9 at 78, «Although fundamental rights had already been discovered and recognized by the ECJ as general principles of Community law as long ago as the 1960s with cases like *Stauder* and *International Handelsgesellschaft*, it is the Lisbon Treaty that brings the expansion of the protection of fundamental rights at the level of the European Union to a climax». Nonetheless, the present situation regarding the relationship between the two Courts seems to be quite complicated also at a national level: as T. Lock puts it, «[a]s long as the EC itself is not a member to the Convention, the Convention rights have only got an indirect influence on the scope of fundamental rights in the European Community so that the Community itself cannot be held responsible for possible infringements of these rights. The Member States, however, are bound by both: Community law and the ECHR. This means that when implementing Community law, the Member States must generally comply with the ECHR». See T. Lock, *The ECJ and the ECtHR: the Future Relationship between the Two European Courts*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 2009, 8, 376-377.

⁶⁷ Again, the definition of 'what is property', thus falling under the Charter's scope, is fraught with complexities. For instance, as to television broadcasting, the ECJ has stated that «In those circumstances, the question arises as to whether the guarantees provided in Article 17(1) of the Charter extend to audiovisual broadcasting rights acquired contractually. The protection granted by that article does not apply to mere commercial interests or opportunities, the uncertainties of which are part of the very essence of economic activity (Joined Cases C-120/06 P and C-121/06 P *FIAMM and Others v Council and Commission* [2008] ECR I-6513, paragraph 185 and the case-law cited), but applies to rights with an asset value creating an established legal position under the legal system, enabling the holder to exercise those rights autonomously and for his benefit». The Court's final assessment is that «in the light of that European Union legislation, which the Member States are required to transpose into their respective national laws, a contractual clause, such as the one at issue in the main proceedings, cannot confer an established legal position on a broadcaster, protected by Article 17(1) of the Charter, enabling it to exercise its broadcasting right autonomously, [...], in the sense that it could demand compensation exceeding the additional costs directly incurred in providing access to the signal, contrary to the mandatory provisions of Directive 2007/65» (see ECJ, case C-283/11, *Sky Österreich v. Österreichischer Rundfunk*, 22 January 2013, paras 34 and 38). Following the same reasoning, the protection of property does not

public interest and in the cases and under the conditions provided for by law», subject to fair compensation being paid in good time for the loss⁶⁸. The use of property may be regulated by law «in so far as is necessary for the general interest». Pursuant to Article 17, para 2, «[i]ntellectual property shall be protected»⁶⁹.

From a literal standpoint, it is apparent that the above definition bears many remarkably striking similarities to the concept set forth by Article 1, para 1 of Protocol 1 to the ECHR⁷⁰.

cover the obligation to repay unduly paid (state) aids, as pinpointed by the ECJ (see ECJ, case C-273/15, *ZS 'Ezernieki' v. Lauku atbalsta dienests*, 26 May 2016, para 47).

⁶⁸ In this sense, the ECJ has pointed out that the right to a fair compensation is enshrined in the ECFR, regardless of what is specified within the relevant pieces of EU secondary legislation. It follows from the above that even in case the applicable legal framework does not explicitly provide for it, the compensation shall not be automatically excluded. See ECJ, joined cases C-78/16 e C-79/16, *Pesce and Serinelli v. Italy*, 9 June 2016, para 86.

⁶⁹ See, for instance, ECJ, case C-427/15, *New Wave CZ, a.s. v. ALLTOYS spol. s r.o.*, 18 January 2017: «it must be recalled that the right of information provided for in Article 8(1) of Directive 2004/48 [on the enforcement of intellectual property rights] is a specific expression of the fundamental right to an effective remedy guaranteed in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and thereby ensures the effective exercise of the fundamental right to property, which includes the intellectual property right protected in Article 17(2) of the Charter (see, to that effect, judgment of 16 July 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, paragraph 29)». See also ECJ, C-160/15, *GS Media BV*, 8 September 2016, para 32: «the harmonisation effected by it is to maintain, in particular in the electronic environment, a fair balance between, on one hand, the interests of copyright holders and related rights in protecting their intellectual property rights, safeguarded by Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter') and, on the other, the protection of the interests and fundamental rights of users of protected objects, in particular their freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and of the general interest». As to the fundamental rights status of intellectual property as an 'economic right' whose definition and scope are not clearly set out in the Charter, it is worth noting that intellectual property rights are likely to be overruled by classical property rights in the process of balancing fundamental rights. See P. Torremans, 'Art. 17(2)', in S. Peers, T. K. Hervej, J. Kenner and A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, 503. See also P. Torremans, *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer, 2008 and C. Geiger, *Intellectual Property Shall be Protected? Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope*, in *European Intellectual Property Review*, 2009, 115. The uncertainty of the 'intention and effects' of such provision are highlighted by J. Griffiths, L. McDonagh, *Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter*, in C. Geiger, *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives*, 2013, Edward Elgar Publishing, 75-93. From a supranational standpoint, it is interesting to point out that intellectual property as a fundamental right lacks a thorough definition: a more specific reference to intellectual property rights than the one discussed in the present essay, once more in a mere 'economic' sense (and in an infra-state framework), is included within Art. 66 of the revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy (entered into force in 2006).

⁷⁰ Which provides the following: «every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law». Among the said similarities, it is worth noting that both the ECHR system and the ECFR framework (through the respective judicial bodies) refer to the principle of proportionality as the keystone of a correct balancing process between the general interest and the position of the addressee. Namely, the ECJ has applied a proportionality test with reference to 'property' rights, based the status of proportionality as a general principle of EU Law: for instance, in case of imminent risk of financial losses and the ensuing instability of the banking system within the EU-area «measures providing in particular for the taking over, by a domestic bank, of the insured deposits of another domestic bank, for the conversion of uninsured deposits of the first bank into shares with full voting and dividend rights and for the temporary freezing of another part of those uninsured deposits do not constitute a disproportion-

A number of relevant differences may nonetheless be highlighted, since a reference to «the general principles of international law» is found only within the conventional system, whereas the concepts of ‘public interest’ laid down in the Convention and that of ‘general interest’ referred to in the legal order set out by the ECFR (see Article 17, para 2) seem to imply that these two frameworks might guarantee a different degree of protection for that same right to property⁷¹. Moreover, the reference made by the Charter to ‘fair compensation’ does not find any corresponding entitlement to compensation within the conventional system.

ate and intolerable interference impairing the very substance of the depositors’ right to property. Consequently, they cannot be regarded as unjustified restrictions on that right guaranteed by Article 17(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union» (see ECJ, Joined Cases C-8/15 P to C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd and Others v. European Commission and European Central Bank (ECB)*, 20 September 2016, para 71-73 and 75). The weighing of the right enshrined in Art. 17 ECFR and environmental protection, «it should be noted that, in accordance with Article 52(1) of the Charter, rights guaranteed under the Charter may be subject to certain limitations, as long as they are provided for by law, respect the essence of those rights and freedoms, are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the European Union» (EJC, C-442/14, 23 November 2016 paras 98 and 100). The same is to be said with reference to foreign and security policies: «il y a lieu de rappeler que le droit de propriété fait partie des principes généraux du droit de l’Union et se trouve consacré par l’article 17 de la charte des droits fondamentaux (voir arrêt du 13 septembre 2013, *Makhlouf/Conseil*, T-383/11, EU:T:2013:431, point 96 et jurisprudence citée). Cependant, selon une jurisprudence constante, ce droit fondamental ne jouit pas, en droit de l’Union, d’une protection absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l’usage de ce droit, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d’intérêt général poursuivis par l’Union et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti (voir arrêt du 13 septembre 2013, *Makhlouf/Conseil*, T-383/11, EU:T:2013:431, point 97 et jurisprudence citée)» (EGC, T-154/15, 26 October 2016 paras 18 and 19). Referring to information society issues and the freedom to conduct a business, the ECJ has stated very clearly that «[w]here several fundamental rights protected under EU law are at stake, it is for the national authorities or courts concerned to ensure that a fair balance is struck between those rights (see, to that effect, judgment of 29 January 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, paragraphs 68 and 70)» (ECJ, C-484/14, *Mc Fadden v. Sony Music*, 15 September 2016, para 83).

As indicated (*supra*, para 2), the use of a proportionality test is not at all unknown within the ECtHR’s judicial reasoning. In the case *Depalle v France* Application No. 34044/02, 29 March 2010 para 83, the Court – based on its established ‘fair balance’ case-law, states that «[a]ccording to well-established case-law, the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 is to be read in the light of the principle enunciated in the first sentence. Consequently, an interference must achieve a “fair balance” between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The search for this balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (see *Chassagnou and Others v. France* [GC], § 75, ECHR 1999-III). The requisite balance will not be achieved if the person concerned has had to bear an individual and excessive burden».

⁷¹ With reference to the proportionality test, it is not clear whether the ECtHR’s assessment must be carried out taking necessarily into account the criteria traditionally set out by the ECJ (i.e. adequacy, necessity [least restrictive means] and proportionality *stricto sensu*). Problems arising from the application of the principle to fundamental rights issues are discussed in J. Cianciardo, *The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights*, *Journal of Civil Law Studies*, 3, 2010, 181-186.

Unfortunately, the differences between the two legal instruments are not limited to the definition of the ‘right to property’, since a wide range of rights find legal protection under the two supranational schemes.

The EU is well aware of the need to create an organised systematic framework concerning the competencies to be recognised to the ECHR legal scheme. To this end, the ECFR provides for a specific provision, which aims to set out a competency threshold to the application of the rights conferred by the EU system itself.

Pursuant to Article 53, para 3, «[i]n so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights» shall be the same as those included in the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing protection that is more extensive.

This means that a restriction of a fundamental right that is also protected within the ECHR can only be justified if that restriction would also be permissible under the ECHR, even though the EU may widen the rights conferred upon the citizens by providing a ‘more extensive protection’.

As far as a convergent interpretation of the two supranational legal frameworks is concerned, this expression may be unsatisfactory, as it does not make any reference to the relationship between the EU system and ECtHR case-law⁷².

A general assumption that ECtHR case law has to be considered a binding instrument for the implementation of EU protected rights may also be questionable, given the ECJ’s competencies as established by the EU primary legislation, as the ECJ is not primarily a human rights organisation.

As to the Treaties themselves, Article 6, para 1, TEU, unmistakably sets forth that «[t]he provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties».

With reference to the Charter’s contribution to the protection of the right to property, a recent judgment issued by the ECJ states that «whilst Article 345 TFEU, [...] expresses the principle that the Treaties are neutral in relation to the rules in Member States governing the system of property ownership, that arti-

⁷² According to T. Lock, *The EJC and the ECtHR: the Future Relationship between the Two European Courts*, cit., 384, «on the one hand, it is unlikely that the drafters of Article 52(3) wanted a mere reference to the 50-year-old text of the ECHR, especially considering that the ECHR has for a long time been dynamically interpreted as a “living instrument” by the ECtHR and thus been rendered a great deal more precisely. On the other hand, if one were to accept that the case law of the ECtHR will bind the interpreters of the Charter; this would mean that every further step in the development of human rights protection by the ECtHR would automatically become part of EU law». It is worth mentioning that the EJC case law as well as the phrasing of the EU Charter do refer to the ECtHR, even though they do not, for the time being, set forth a specific framework on the interpretation of EU case law with reference to the ECtHR judicial approach. See, for instance, ECJ, Joined Cases C-8/15 P to C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd and Others v. European Commission and European Central Bank (ECB)*, 20 September 2016, para 47, cit., where the ECJ makes a specific reference to property rights as guaranteed by Art. 1 of Protocol No. 1.

cle does not, however, mean that rules governing the system of property ownership current in the Member States are not subject to the fundamental rules of the FEU Treaty (judgment of 22 October 2013, *Essent and Others*, C-105/12 to C-107/12, EU:C:2013:677, paragraphs 29 and 36 and the case-law cited, and Opinion 2/15 (Free Trade Agreement with Singapore) of 16 May 2017, EU:C:2017:376, paragraph 107)».

Thus, following the Court's reasoning, «although Article 345 TFEU does not call into question the Member States' right to establish a system for the acquisition of immovable property which lays down specific measures applying to transactions [...], such a system remains subject *inter alia* to the rule of non-discrimination, and to the rules relating to freedom of establishment and free movement of capital (see, to that effect, judgment of 23 September 2003, *Ospelt and Schlössle Weissenberg*, C-452/01, EU:C:2003:493, paragraph 24 and the case-law cited)»⁷³.

Nonetheless, the above-mentioned system laid down by the EU legal order does indeed entail many elusive or ambiguous consequences as to its scope (i.e. its interactions with national legal frameworks), and its relationship with the ECHR, given the foreseen upcoming accession of the EU to the Conventional guarantees established by the ECHR⁷⁴.

As it has been argued, 'a comparison between these different legal areas reveals that, although the questions that are dealt with by the ECtHR and the ECJ are often very similar, the approach of the two courts may still differ to a considerable extent'⁷⁵. It therefore remains to be seen whether this traditionally variable approach may lead to a clash of jurisdictions with respect to the protection of the fundamental rights enshrined in the ECHR.

In fact, the wording of the rights laid down in the two instruments is not always the same, «nor are the rights protected therein identical»⁷⁶. With reference to the guarantees established by the ECFR, it should be noted that the vast majority of the rights is overwhelmingly of constitutional nature, whereas other provisions tend to strengthen – as stated in the Preamble – more traditional guarantees such as 'free movement of persons, goods, services and capital, and the freedom of establishment'. It is of note that, by ensuring the 'four freedoms' in this way, the ECFR is likely to promote them to a higher, more general level than the merely economic one to which they were originally confined. Considering that the ECFR

⁷³ ECJ, case C-52/16, «SEGRO» Kft. V. Vas Megyei Kormányhivatal Sárvári Járási Földhivatala and Günther Horváth v. Vas Megyei Kormányhivatal, 6 March, 2018, para 51.

⁷⁴ With this regard, Article 6, para 2, TEU states that «The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties», even though the related protocol has not entered into force yet.

⁷⁵ S. de Vries, *EU and ECHR: Conflict or Harmony?*, cit., 78

⁷⁶ S. Douglas Scott, *The relationship between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, University of Oxford, *Legal Research Paper Series*, 2015, 20, 17.

has now the same legal value of the Treaties, its liberties must be therefore implemented in a legally binding way which was not possible in the pre-Lisbon era.

The general trend of a coherent interpretation of fundamental rights is to be found – regardless of the identification of a common legal basis – in many judgments issued by the ECJ with reference to many conventional rights⁷⁷. As far as the ECtHR is concerned, its ‘due regard’ of EU case law is also widely attested⁷⁸.

In a systematic perspective, though, these cross-references, to be considered a steady but intermittent dialogue between Courts, do not prevent the risk of a ‘legal confrontation’ of the supranational Tribunals in the event that the EU acceding to the conventional order makes it unavoidable to assess the systematic implication of ‘parallel’ case law.

In this line of reasoning, the ECJ has stated that whilst fundamental rights recognised by the ECHR constitute general principles of the EU law and whilst Article 52(3) of the ECFR provides that the rights proclaimed in the Charter which correspond to rights guaranteed by the ECHR «are to have the same meaning and scope as those laid down by the ECHR», the latter does not consti-

⁷⁷ For instance, in ECJ, joined cases C-92/09 and C-93/09, *Volker v Land Hessen* 9 November 2010 at para 52, the Court states, *inter alia* «the right to respect for private life with regard to the processing of personal data, recognised by Articles 7 and 8 of the Charter, concerns any information relating to an identified or identifiable individual (see, in particular, European Court of Human Rights, *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 65, ECHR 2000-II, and *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 43, ECHR 2000-V) and the limitations which may lawfully be imposed on the right to the protection of personal data correspond to those tolerated in relation to Article 8 of the Convention». With regard to the same conventional right, the ECJ has also ruled that «it follows from Article 52(3) of the Charter that, in so far as the Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the ECHR, their meaning and scope are to be the same as those laid down by the ECHR. However, that provision does not preclude the grant of wider protection by European Union law. Under Article 7 of the Charter, «[e]veryone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications». The wording of Article 8(1) of the ECHR is identical to that of the said Article 7, except that it uses the expression “correspondence” instead of “communications”. That being so, it is clear that the said Article 7 contains rights corresponding to those guaranteed by Article 8(1) of the ECHR. Article 7 of the Charter must therefore be given the same meaning and the same scope as Article 8(1) of the ECHR, as interpreted by the case-law of the European Court of Human Rights (see, by analogy, Case C-450/06 *Varec* [2008] ECR I-581, paragraph 48)» (see ECJ, case C-400/10, *J. McB. V L.E.*).

⁷⁸ See the document drafted in 2012 by the Directorate General for Internal Policies, *Main trends in the recent case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights*. According to the Report, «[t]he ECtHR case law includes references to the EU Charter as well as to other EU law provisions. According to the HUDOC database of the ECtHR, the Charter has been explicitly quoted in eight judgments and three decisions» (as to 2012). From a national standpoint, Constitutional Courts may refer to the EU-based right to property as a whole, citing Article 17, ECFR and Article 1 of Protocol 1 ECHR jointly. See Constitutional Court of Austria, G44/2017 ua, 29 September 2017, para 2.4.4: «Die im Antrag geltend gemachte Garantie des Art 17 GRC entspricht Art 1 I. ZPEMRK» («The guarantee of Article 17 CFR claimed in the application corresponds to Article 1 of Protocol 1 ECHR»); Constitutional Court of Hungary, 3140/2013, 24 June 2013, para 2, 13 and 19.

tute, as long as the European Union has not acceded to it, a legal instrument formally incorporated into EU law⁷⁹.

Thus, the ECJ concludes that «Articles 17, 7, 10 and 11 of the Charter secure in EU law the protection conferred by the provisions of the ECHR relied on by the appellants and that it is appropriate, in this instance, to base the examination of the validity of the basic regulation solely on the fundamental rights guaranteed by the Charter»⁸⁰.

This viewpoint is of the utmost importance when seeking an answer to the concept of 'law' as interpreted by the ECtHR: the very definition of the term is going to be presumably widened the EU acceding to the Council of Europe's Conventional system, while continuous cross-references by the Courts are crucial, albeit sometimes contradictory, in detecting the 'area' of what has to be considered a 'source of law'.

5. *Dual action or differentiated integration within supranational legal frameworks? Concluding remarks*

It follows from the above that the reason behind the ECtHR's flexible approach in the aforementioned evaluation seems to rest on the need to ensure the maximum possible effective judicial protection of human rights. However, the outcome of the Court's ruling on the subject risks creating uncertainty among national authorities, at the expense of the qualitative requirements of the law and uniform interpretation, as well the consistency of the judicial safeguards of the fundamental rights protected both under ECHR and EU law, as the case of property rights demonstrates.

Following this line of reasoning it should be considered that the ECJ imposes a higher degree of foreseeability⁸¹ than the ECtHR regarding those provisions, which cause a fundamental freedom to be restricted in order to be considered lawful under the heading of the principles of legal certainty and proportionality. This is true especially as regards those provisions, which grant discretionary powers to public authorities. Moreover, the ECtHR seems to have assumed a central role to guarantee protection to human rights that nowadays are clearly included

⁷⁹ See ECJ, C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami and others v. European Commission*, 3 September 2015, para 45.

⁸⁰ See ECJ, C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami and others v. European Commission*, 3 September 2015, cit., para 46, which refers «to this effect, [to] judgments in *Oris and Others*, C-199/11, EU:C:2012:684, paragraph 47, and *Ziegler v Commission*, C-439/11 P, EU:C:2013:513, paragraph 126 and the case-law cited».

⁸¹ As it results from A. Woltjer, *The quality of the law as a tool for judicial control*, in L. Besselink, F. Pennings and S. Prechal, *The Eclipse of the legality principle in European Union*, The Hague, London, Boston, 2011, 99.

in the legal framework of the ECFR, but which are yet to be coherently implemented in the EU system.

It can therefore be said that this judicial framework is in constant flux, since the definition of the term 'law' is questioned by the two supranational Courts. The concept of what should be considered 'source of law' is constantly being improved and shall continue to be improved, as well as deeply problematised, in the light of the EU's accession to the ECHR.

The hope shared by the Authors is that a more structured implementation of a 'double-headed' system of human rights protection may help sketching a clear and coherent redefinition of the relationship between the two relevant legal frameworks⁸².

As the example of the right to property shows quite clearly, only a thorough and integrated redefinition of the rights conferred to individuals within the ECHR and the ECFR, much more than a parallel and often disconnected case-law, could possibly lead to a unified approach by the relevant supranational judicial authorities. In fact, a (not necessarily) peaceful coexistence of the two distinct legal frameworks pertaining to the 'same' property right may be seen as an example of the threat posed by a not always coherent 'double-headed' system of safeguards of human rights.

⁸² On recent developments regarding the accession of the EU to the ECHR, see E. Ravasi, *Human Rights Protection by the ECtHR and the EC: a comparative analysis in light of the equivalency doctrine*, Leiden, 2017, 394.

The Supranational Concept of Property in the light of the ECtHR Case Law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Some Critical Remarks on Recent Developments

The paper examines the interaction between the ECHR and the EU systems as to the protection of the right to property, also in the light of the provision set out in Art. 17 of the European Charter of Fundamental Rights. To this end, the Authors take into account the meaning of 'law' and 'property' within the different legal frameworks, as well as examples drawn from ECJ and ECtHR judgments. The Authors argue that there is no sufficient correspondence between the concept of 'property' as a fundamental right protected by the ECtHR and the one formulated by the ECJ, as the latter imposes a higher degree of foreseeability regarding those provisions, which cause a fundamental freedom to be restricted. The overall result of the analysis is also problematised in the light of the EU's accession to the ECHR.

Il concetto di proprietà alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: alcuni rilievi critici sui recenti sviluppi

Lo scritto esamina il rapporto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento euro-comunitario, con particolare riferimento alla protezione del diritto di proprietà e alla luce dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza. A tal fine, gli Autori ricostruiscono il concetto di 'legge' e quello di 'proprietà' nell'ambito convenzionale ed europeo, anche attraverso esemplificazioni giurisprudenziali tratti dalle relative Corti. Gli Autori ritengono che non vi sia ancora sufficiente corrispondenza tra il concetto di proprietà come richiamato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e quello protetto dalla Corte di Giustizia UE. Quest'ultimo pare infatti imporre maggiori garanzie in capo al soggetto inciso. Le conclusioni sono altresì influenzate dalla problematica accessione dell'UE al sistema del Consiglio d'Europa.

Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”

Maurizio Cafagno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gare e discrezionalità: il quadro teorico. – 3. Gare e discrezionalità: la pratica. – 4. Deterrenza e gare. a) Nei panni del funzionario. b) Effetto moltiplicatore. c) Costi privati e costi pubblici. d) Conseguenze remote. e) Conseguenze recondite. – 5. Spunti costruttivi. a) Vantaggi compensativi. b) Danno alla concorrenza. c) L'elemento soggettivo. d) Cenni conclusivi.

1. *Introduzione*

Mi propongo in questo scritto di svolgere alcune considerazioni sull'efficacia deterrente della responsabilità amministrativa¹.

¹ La riflessione generale sulle funzioni della responsabilità amministrativa è molto ricca; per un compendio degli indirizzi giurisprudenziali: C. Conti, sez. giurisdiz. d'appello per la Regione Sicilia, 21 maggio 2012, n. 152/A; in dottrina, tra i molti contributi, in AA.VV., *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, a cura di D. Crocco, Napoli, 2014, *passim*; AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016)*, a cura di A. Canale, F. Freni, M. Smirolfo, Milano, 2017, *passim* e 1173 ss.; AA.VV., *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, a cura di M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini, Torino, 2016; AA.VV., *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, a cura di F. G. Scoca, A. F. Di Sciascio, Napoli, 2014; AA.VV. *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di V. Tenore, Milano, 2013; G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017; M. Clarich, F. Luiso, A. Travi, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla Corte dei Conti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 1271 ss.; A. Corpaci, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in AA.VV. *Le responsabilità pubbliche*, a cura di D. Sorace, Padova, 1998, 239 ss.; ivi anche M. Franzoni, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti nei confronti della p.a. tra diritto comune e diritto speciale: le riflessioni di un civilista*, 251 ss.; A. Romano Tassone, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, 281 ss.; N. Longo, *Natura giuridica e orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa*, in *Riv. C. Conti*, 2001, 365 ss.; P. Maddalena, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Giust. civ.*, 2008, 483 ss.; ID., *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Diritto della Regione*, 2002, 11 ss.; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, *passim*; F. Merusi, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 15-17 Settembre 2005, Milano, 2006, 104 ss.; ivi anche V. Caputi Jambrenghi, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di*

Intendo in particolare riflettere sull'influenza che essa può esercitare sulle azioni di raccordo tra diritto interno e diritto europeo, in materia di contratti a evidenza pubblica.

Come tutti sanno, gli istituti risarcitori si prestano ad essere indagati vuoi come strumenti di ripartizione del rischio vuoi come strumenti di ripartizione del danno².

La minaccia della sanzione patrimoniale, nell'intensità determinata dai criteri di suddivisione dell'alea tra potenziali vittime e potenziali offensori, opera, *ex ante*, orientando i comportamenti dei consociati.

La compensazione entra in gioco *ex post*, per riposizionare con raziocinio e giustizia perdite ormai verificatesi.

Una così netta bipartizione tra le due logiche ha naturalmente valore didascalico, perché nei fatti esse sono sempre intrecciate, posto che le soluzioni praticate per declinare l'una hanno inevitabili ripercussioni sull'altra.

L'antologia delle soluzioni adottate dal diritto positivo mostra quanto sia varia la gamma delle possibili mescolanze, secondo le specificità delle situazioni di vita e secondo le alchimie suggerite dai vari modi di intendere la giustizia.

Lo studio dell'impatto deterrente della responsabilità amministrativa a sua volta può seguire due direzioni: gli effetti sulle condotte illecite e, d'altra parte, la pressione sulle attività lecite.

Ambedue gli angoli visuali contano in materia, poiché, come ha spiegato la Corte Costituzionale nella celebre sentenza n. 371 del 1998, le norme sul risarcimento del danno all'erario hanno precisamente l'obiettivo di determinare «quan-

società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici, 323 ss.; G. Corso, *La Corte dei Conti fra controllo e giurisdizione*, 79 ss.; G. Pericu, *Funzione di deterrenza e funzione di garanzia della responsabilità amministrativa nell'esperienza dei pubblici amministratori*, 99 ss.; G. Pitruzzella, *Responsabilità amministrativa e ripartizione del rischio dopo la crisi dello "Stato Legislativo"*, 125 ss.; M. Ristuccia, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei Conti*, 15 ss.; F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, 37 ss.; D. Sorace, *La responsabilità amministrativa di fronte al fenomeno dell'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, 457 ss.; si vedano anche D. Gasparrini Pianesi, *La responsabilità amministrativa per danno all'erario. Profili strutturali e funzionali della responsabilità*, Milano, 2004; M. Occhiena, *La fuga dall'atipicità della responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, 919 ss.; A. Police, *La natura della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 145 ss.; V. Raeli, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in *www.federalismi.it* 2010, 1; P. Santoro, *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito* (nota a C. Conti, sez. riunite, 27 dicembre 2007, n. 12), in *Foro amm. CDS*, 2007, 3565 ss.; P. L. Rebecchi, *Osservazioni in tema di giurisprudenza CEDU, "ne bis in idem" e natura della responsabilità amministrativa*, *Contabilità Pubblica*, 2015, *www.contabilità-pubblica.it*; M.A. Sandulli, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *www.federalismi.it*, 2005, 22; F. Staderini, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. C. Conti*, 1996, 295 ss..

² G. Calabresi, *Costo degli incidenti* (trad. it.), Milano, 2015, *passim*; P. Trimarchi, *La responsabilità civile*, Milano, 2017.

to del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo»³.

Poiché l'analisi dell'efficacia preventiva, così bipartita, resta comunque troppo ampia, rispetto allo spazio concesso dal saggio, proporrò un ragionamento che, con ulteriore scelta di campo, trarrà esemplificativo spunto dal settore dei contratti pubblici per appuntarsi non sul primo versante, cioè non sul battuto argomento della dissuasione dei comportamenti illeciti⁴, quanto piuttosto sul secondo versante, cioè sulla necessità di conformare le regole risarcitorie all'obiettivo di non perturbare e scoraggiare attività desiderabili.

Più precisamente, intendo prendere spunto dalla materia delle gare pubbliche per richiamare l'attenzione su di un fenomeno esemplificativo ed emblematico di «amministrazione difensiva»⁵.

Segnalo per inciso che lo scorso maggio del 2017 Forum PA⁶ ha presentato gli esiti di una ricerca sulla cd «burocrazia difensiva» basata su verifiche sul campo, tramite la somministrazione di interviste ad un campione importante e popoloso di agenti pubblici⁷.

La quasi totalità degli interpellati ha giudicato il fenomeno serio e molto rilevante, sul piano delle funzioni decisionali pubbliche, e una preponderante maggioranza degli intervistati ha espresso il convincimento che negli ultimi cinque anni esso sia andato addirittura aggravandosi.

³ In tema, tra i molti, L. Giampaolino, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro Amm.*, 1997, 3328 ss.; P. Maddalena, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Giust. civ.*, 2008, 483, il quale nota: «Il perseguimento dei fini risarcitori e di deterrenza, che sono propri della responsabilità amministrativa, deve tuttavia fare i conti con un dato particolare che caratterizza questo tipo *sui generis* di responsabilità civile, quello di riferirsi a dei soggetti che esercitano funzioni pubbliche assumendo rischi e responsabilità patrimoniali molto elevati, che certamente non trovano copertura nella loro capacità economica. Il primo ad accorgersi di questa particolarità fu il Cavour, allorché si parlò presso il Parlamento subalpino della possibilità di introdurre accanto alla responsabilità dei cassieri quella solidale dei verificatori ministeriali. Nella seduta del 27 dicembre 1852, egli ebbe a dire: Io credo quindi che, per voler troppo, noi otterremo nulla, e che se noi stabiliamo che l'impiegato delle finanze, il quale per sua colpa avrà lasciato che si facesse un deficit abbia un castigo in danaro da determinarsi dalla Camera, la legge sarà applicata; ma se invece lo volete rendere garante e solidario di tutti i contabili da esso dipendenti, voi non troverete mai un tribunale che dichiari che vi fu colpa reale, salvo che voi retribuiate così largamente i vostri impiegati da far sì che vi sia corrispettivo fra l'onorario che loro è dato e la pena che è comminata per una colpa in cui non vi sia dolo, né complicità».

⁴ Di solito studiato in congiunzione con la disciplina della trasparenza e della prevenzione della corruzione; cfr., tra i molti, F. D'angelo, *Il danno da tangente*, in AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti*, cit., 1229 ss.; E. Schlitzer, *La trasparenza ed il contrasto della corruzione*, in *Nuova Etica Pubblica*, 2015, 5.

⁵ Espressione mutuata da quella forse più nota di «medicina difensiva».

⁶ Da www.forumpa.it.

⁷ Lo studio riferisce che sono state raccolte le interviste di 1.700 esponenti.

Riflessi della ritrosia ad agire delle amministrazioni sono particolarmente visibili nel settore dei contratti pubblici.

È ad esempio noto che il nuovo codice dei contratti pubblici, con la sua inedita e variegata disciplina di attuazione, sebbene deciso a far leva sulla maggior flessibilità delle norme e dei metodi di regolazione per imprimere un rinnovato dinamismo al mercato, ha veicolato un carico di incertezze che nei fatti ha innescato nei funzionari sensibili resistenze decisionali, che a loro volta hanno contribuito a determinare un'inaspettata contrazione del volume delle commesse⁸ all'origine di una crescente inquietudine degli operatori economici⁹.

Addetti ai lavori e commentatori esperti hanno peraltro segnalato che questo rallentamento degli investimenti pubblici non può essere sbrigativamente imputato all'incalzare della crisi economica, poiché esso si è acuito proprio nel periodo in cui andava crescendo il volume delle risorse finanziarie allocate¹⁰.

L'indagine di FPA indica che il timore dell'azione di responsabilità non è la causa prima delle tattiche difensive, bensì concorre con variabili giudicate anche più influenti, tra le quali spiccano l'instabilità, la confusione, l'ipertrofia delle regole, la cattiva distribuzione del lavoro, l'inadeguatezza della piattaforma organizzativa¹¹.

In questo quadro, mi pare che l'azione della Corte dei Conti, se da sola non crea il problema, possa nondimeno costituire parte essenziale della soluzione, vuoi adattando l'interpretazione delle regole di responsabilità, vuoi tramite i suoi poteri consultivi e tutori, atti ad influire sulle «condizioni al contorno» della disciplina risarcitoria.

⁸ Il rapporto redatto lo scorso maggio 2017 dal Servizio Studi alla Camera su «*Il mercato dei contratti pubblici*», in collaborazione con ANAC e CRESME, disponibile online all'indirizzo <http://www.camera.it/remiap/t/news/post-OCD15-12921>, attesta che il numero delle procedure di affidamento perfezionate nel 2016 è il più basso nel quinquennio 2012 – 2016 e risulta in calo del 14,3 % rispetto al 2015 (del 20,9% rispetto al 2012). Cfr. in particolare Tabelle 1.3 e 1.4, 21.

⁹ ANCE ha raccolto una voluminosa quantità di dati e notizie indicativi dello stato di profonda difficoltà in cui versa il settore dei contratti pubblici, anche per la paralisi della macchina burocratica, nel dossier intitolato «*Paese da codice rosso*», pubblicato nell'aprile 2018, visionabile all'indirizzo www.ance.it e, con raggugli permanentemente aggiornati, all'indirizzo www.sblocacantieri.it. In tema anche l'intervento di M. Corradino, ospite della trasmissione «La versione di Oscar», nella puntata dedicata a «il blocco degli appalti», andata in onda su Radio 24, il 12 aprile 2018, riascoltabile all'indirizzo: www.radio24.ilsole24ore.com/programma/versioneoscar/trasmisione-aprile-2018-170125-gSLAdE9AeC..

¹⁰ Cfr. M. Galluzzo, *Lavori pubblici e grandi opere: ecco perché in Italia sono fermi. I soldi ci sono ma non li spendiamo*, in *Corriere della Sera*, 24.04.2018; M. Ruffolo, *I Comuni non sanno fare gli appalti. Ferma un'opera pubblica su tre. Le risorse crescono ma i lavori non partono*, in *La Repubblica*, 06.05.2018; A. Baccaro, *Italia Bloccata e i colpevoli sono noti*, in *Corriere della Sera - L'economia*, 30.4.2016; M. Longoni, *Appalti. Opera incompiuta*, in *Italia Oggi*, 30.4.2018; G. Santilli, *Quindici anni per un'opera. Dieci prima del cantiere*, in *Il Sole 24 Ore*, 26.4.2018.

¹¹ Cfr. 8 ss..

Su queste basi lo scritto¹² scandirà quattro passaggi, in altrettanti paragrafi, all'occorrenza suddivisi in sezioni:

- a) una sintetica descrizione della traiettoria seguita dall'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, verso l'epilogo di una maggior apertura al potere discrezionale, in funzione del miglior trattamento dei negoziati complessi;
- b) l'illustrazione di alcuni dati empirici, indicativi del fatto che, a dispetto della teoria, la pratica tende viceversa a rifuggire la discrezionalità, nella gestione di gare per contratti complessi;
- c) un'analisi di fattori critici che a mio avviso concorrono a spiegare il divario tra teoria e pratica;
- d) alcuni spunti costruttivi, sui rimedi che la Corte potrebbe apprestare.

2. *Gare e discrezionalità: il quadro teorico*

Come tutti sanno, la normativa sui contratti pubblici si è sviluppata intrecciando antiche disposizioni di contabilità, preoccupate di assicurare una gestione corretta e trasparente delle risorse pubbliche, con successive regole europee o derivate, intenzionate a ricercare nella salvaguardia della concorrenza la miglior garanzia del buon uso del denaro dei cittadini¹³.

I due corpi normativi celano visioni potenzialmente diverse, sebbene complementari, delle procedure di gara.

La prima interpreta automatismi concorsuali e regole di trasparenza come strumenti di controllo delle decisioni di spesa e delle condotte amministrative.

¹² Che in parte rielabora in un unico filo conduttore pensieri e tesi distribuite in precedenti scritti relativi ad argomenti contigui, tra i quali M. Cafagno, *La Tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996; ID., *Lo Stato Banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001; ID., *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 719 ss.; ID., *La stima di perdite e vantaggi occorrente all'accertamento del danno erariale tra atto ed attività*, *Giustizia amministrativa*, 2012, www.giustamm.it, 1 ss.; ID., *Responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara ed evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in AA.VV., *Studi in materia di concessioni e contratti complessi*, a cura di G. Bottino, A. Botto, M. Cafagno, G. Fidone, Milano, 2013, 249 ss..

¹³ In tema, AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G. D. Comporti, Napoli, 2011; AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 317 ss.; G. Pericu, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. Pericu, M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 283 ss.; E. Picozza, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Milano, 2010, 29 ss.. Per sviluppi e ulteriori riferimenti bibliografici basti un rinvio a M. Cafagno, *Lo stato banditore*, cit., *passim* e 251 ss..

In questa logica la gara funge, metaforicamente parlando, da armatura, da «binario obbligato» delle scelte amministrative.

Assumendo che sarebbe illusorio tentar di governare e controllare le condotte dei funzionari mediante la sola verifica, a posteriori, dei risultati conseguiti, una rigorosa procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta, a priori, si erge a misura utile a prevenire arbitrii.

Attraverso una preventiva e precauzionale imposizione di rigidi protocolli decisionali, essa mira a neutralizzare il pericolo di indebiti condizionamenti.

Questa logica induce a considerare con favore gli espedienti utili ad abbattere il potere discrezionale, impedendo ai funzionari di sfruttare opportunisticamente i vantaggi informativi dei quali dispongono, a potenziale discapito dell'amministrazione.

Il secondo e alternativo angolo visuale, tradizionalmente valorizzato più dalla riflessione economica che dalla dottrina giuridica, concepisce le procedure concorsuali come strumenti di allocazione efficiente di beni, come dispositivi di emulazione controllata delle dinamiche concorrenziali.

In questa differente filosofia le gare, sforzandosi di attrarre e di riprodurre artificialmente, all'interno del procedimento amministrativo, le interazioni tipiche di un mercato competitivo, possono consentire alla committenza pubblica di sfruttare l'antagonismo tra gli aspiranti per mitigare un secondo e diverso problema di asimmetria informativa, nascente dalle debolezze conoscitive che, a potenziale discapito della collettività, concedono spazio all'opportunismo delle potenziali controparti e degli operatori privati, piuttosto che dei funzionari pubblici¹⁴.

Se il primo approccio induce un criterio di favore per l'abbattimento della discrezionalità, questo secondo punto di vista preme in una direzione contraria.

Infatti la ricca produzione scientifica di taglio interdisciplinare specializzata in *market design* ideazione di aste spiega che una modellizzazione efficiente dei procedimenti selettivi richiede un malleabile adattamento delle regole concorsuali alle caratteristiche del banditore, dei partecipanti, delle transazioni in gioco, del mercato di riferimento. Su queste basi, la teoria invita a guardarsi dal ricorso a stereotipi procedimentali rigidi e indifferenziati¹⁵.

Senonché, istanze di controllo dell'operato dei funzionari (che depongono a favore della rigidità dei meccanismi selettivi) e obiettivi di modellizzazione

¹⁴ Tra i molti scritti, AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo, Cambridge, 2006; AA.VV. *The Economic Theory of Auctions*, a cura di P. Klemperer, Cheltenham, 1999; P. Klemperer, *What Really Matters in Auction Design*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2002, 16 (1), 169 ss.; R. P. McAfee e J. Mcmillan, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), 699 ss.; P. Milgrom, *Auctions and Bidding: A Primer*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, 3(3), 3 ss.; P. Milgrom, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge, 2004; W. Vickrey, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, 1961, 16(1), 8 ss. Per riferimenti ulteriori, M. Cafagno, *Lo stato banditore*, cit..

¹⁵ Per tutti, P. Klemperer, *What Really Matters*, cit..

efficiente (che viceversa guardano con favore alla flessibilità) – finalità tutte coerenti con la promozione della concorrenza, insidiata tanto dalla parzialità della committenza quanto dall'inefficienza della contrattazione pubblica, che rende gli scambi poco appetibili – possono trovare una composizione relativamente facile quando si tratti di preparare il perfezionamento di contratti semplici e standardizzati, giacché in questi casi l'influenza del disegno procedimentale sul risultato finale resta comunque contenuta.

Le due visuali entrano viceversa in problematico conflitto man mano che aumenta la complessità delle transazioni economiche cui le gare preparano il terreno.

Una solida letteratura mostra che, man mano che l'amministrazione committente si allontana dall'area dei contratti standardizzati – cosa che ad esempio avviene con gli affidamenti concessori o con i partenariati pubblico privati, contrattuali o istituzionali – il rafforzamento di una meta, all'interno della gara, può comportare la frustrazione delle altre¹⁶.

Basti ricordare, molto in breve, che procedure meccaniche e formali, le quali tuttavia impediscano agli attori in gioco di apprendere gli uni dagli altri e di moderare incognite e rischi, nel preparare contratti complessi, possono indurre una reticenza a competere persino più seria di quella trasmessa dal sospetto che la discrezionalità amministrativa incorra in manipolazioni.

Al cospetto di questa tensione tra obiettivi, il diritto e la prassi nazionali hanno a lungo (a dire il vero sino al più recente passato) accreditato l'idea che in

¹⁶ Una rassegna accurata delle possibili cause di conflitto tra le funzioni dei procedimenti concorsuali richiederebbe divagazioni per le quali non abbiamo lo spazio, ora. Limitando la nota ad alcuni cenni telegrafici, possiamo iniziare col prendere atto che gli accorgimenti funzionali all'intensificazione del controllo degli organi pubblici non sempre si coniugano con il bisogno di apprendimento, che di norma è intenso, alle prese col perfezionamento di transazioni complesse, incerte e di lungo periodo. È facile constatare che i risultati delle consuete gare formali e meccaniche, come la procedura aperta o quella ristretta, cioè i modelli tradizionalmente privilegiati dalla prassi nazionale, vengono a dipendere da calcoli e stime in larga misura elaborati prima del confronto procedimentale. La P.A. è tenuta a specificare, prima della gara, l'oggetto dei suoi bisogni, i requisiti occorrenti a soddisfarli, i parametri di valutazione delle proposte acquisite, il loro peso relativo; i concorrenti devono a loro volta definire condizioni contrattuali e strategie competitive prima di confrontarsi, poiché l'offerta è anonima e, una volta presentata, non può essere revisionata, sino al giudizio conclusivo. Nelle più classiche procedure formali non sono previsti stadi intermedi, che consentano di affinare la domanda pubblica o le offerte private, durante lo svolgimento del concorso. La dottrina economica specializzata in materia di aste ha ampiamente dimostrato, col conforto di analisi sul campo, che per imprese ragionevolmente avverse al rischio la necessità di basare un'impegnativa candidatura su congetture sviluppate al buio, per giunta non ritrattabili, opera come un potente fattore dissuasivo. L'impossibilità di ottenere e di sfruttare nuova informazione, in corso di gara, con la conseguente vanificazione delle opportunità di adattamento delle strategie contrattuali, sacrifica l'efficienza e deprime la disponibilità a correre rischi, candidandosi all'acquisizione di commesse onerose e incerte. L'idea che il formalismo degli schemi procedimentali valga ad allontanare efficacemente il pericolo di alterazione del concorso è ulteriormente indebolita dal fatto, ben noto alla prassi, che la varietà dei parametri comparativi cui deve necessariamente rimettersi la selezione di un socio o di un concessionario rende sostanzialmente illusoria ogni presunzione di azzeramento della discrezionalità, quale che sia il livello di meticolosità e di precisione adoperato nel preconstituire i parametri comparativi. Su tutto ciò, M. Cafagno, *Lo stato banditore*, cit..

nome del più cauto rispetto dei dettami europei, le esigenze di contenimento della discrezionalità, utili a prevenire l'arbitrio dei funzionari, dovessero prevalere.

Ma non è questa la filosofia sposata dal diritto europeo.

Per prenderne atto, basti considerare la marcata elasticità delle opzioni procedurali che le direttive offrono ai contraenti pubblici per l'affidamento di servizi o lavori non comuni, partenariati per l'innovazione, rapporti concessori.

Queste fattispecie contrattuali sono accomunate dalla tendenza a mobilitare risorse di regola cospicue, spesso conferiscono posizioni addirittura monopolistiche, dunque hanno marcati effetti distributivi e prospettano vantaggi mediamente più alti di un appalto standardizzato.

L'innalzamento delle rendite attese ovviamente aggrava il pericolo che prosperi il desiderio di condizionare indebitamente le scelte pubbliche.

Se il diritto europeo giudicasse la prevenzione dei fenomeni di favoritismo o di corruzione incondizionatamente prioritaria, secondo la visione lungamente perpetuata in Italia, sarebbe ragionevole attendersi, in tutti questi casi, l'inasprimento dei vincoli procedurali e l'ulteriore restringimento del potere discrezionale.

Invece il diritto europeo ha legittimato quei metodi duttili di selezione, che addirittura dilatano la discrezionalità. La disciplina del dialogo competitivo, introdotta sin dall'approvazione delle direttive del 2004, testimonia che un malleabile coinvolgimento delle imprese, già in fase ideativa, non va pregiudizialmente osteggiato, nonostante i pericoli di manipolazione, perché risponde alla necessità di concedere spazio all'affinamento delle conoscenze, anche per spronare scoperte e innovazioni, in funzione del perfezionamento di contratti onerosi e incerti.

Il vigente codice dei contratti parrebbe essersi finalmente adattato al raziocinio europeo, recependo norme che valorizzano e legittimano il ricorso a forme d'interazione negoziale plastiche, con vistosa riapertura di credito (almeno sulla carta) al potere discrezionale.

Tra gli istituti esemplificativi risaltano le consultazioni preliminari di mercato (artt. 66-67), gli appalti pre-commerciali (art. 158 c. 2), il partenariato per l'innovazione (art. 65), la procedura competitiva negoziata (art. 62 e art. 123), i malleabili criteri di selezione propedeutici agli affidamenti concessori (art. 171 c. 7), il già menzionato dialogo competitivo (art. 64).

Sin qui l'itinerario seguito dalla legislazione.

Quando tuttavia si passi all'esame della pratica gestionale, il panorama cambia.

3. Gare e discrezionalità: la pratica

Il servizio TED – versione online del Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea per gli appalti pubblici¹⁷ – mette a disposizione del pubblico dei visitatori un motore di ricerca, che consente di monitorare la composizione e la distribuzione geografica delle procedure attivate per l’affidamento di contratti dall’importo superiore alle soglie di rilevanza stabilite dalle direttive.

Proseguendo una ricerca condotta nel 2013¹⁸ me ne sono servito per verificare quante procedure di dialogo competitivo siano state attivate in Italia nell’ultimo triennio (2015 – 2017)¹⁹.

Analoga verifica ho condotto per Inghilterra, Francia e Germania.

Come ricordavo, il dialogo competitivo è istituito flessibile, introdotto sin dalle previgenti direttive sugli appalti pubblici del 2004, proprio allo scopo di facilitare la stipulazione di contratti non lineari.

Gli esiti della comparazione sono riassunti nell’istogramma che segue (Fig. 1).

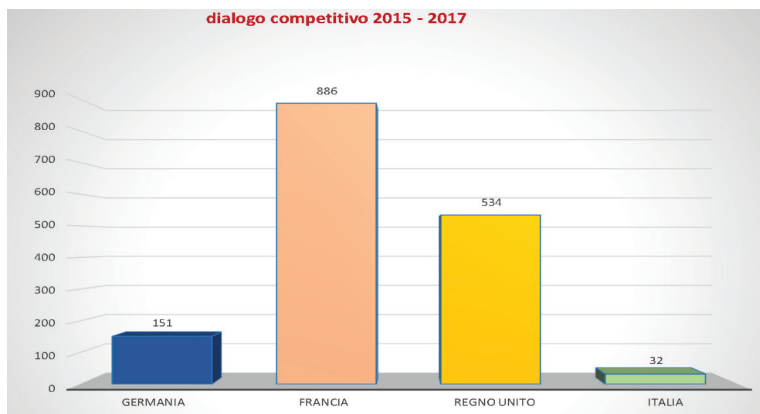


Fig. 1

Il confronto con Francia o Inghilterra lascia trasparire un divario clamoroso, dato che affiora un coefficiente di utilizzazione eccezionalmente superiore a quello italiano.

¹⁷ Tenders Electronic Daily, all’indirizzo <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>.

¹⁸ M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull’affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. Dir. Pubbl. com.*, 2013, 991 ss., riprendendo P. Conio, L. Leone, *Il dialogo competitivo: uno strumento procedurale innovativo per gli appalti di servizi integrati*, *FMI - Facility Management Italia*, 2010, 8, visionabile all’indirizzo <https://www.gsaneuws.it/facility-management>.

¹⁹ Nel quadro degli approfondimenti seminariali promossi nell’ultimo quinquennio dalle associazioni Aequa ed Italiadecide, presso la Camera dei Deputati, su «Il diritto degli appalti pubblici all’alba delle nuove direttive comunitarie», qui consultabili: http://www.italiadecide.it/ricerca/34-il_diritto_degli_appalti_pubblici_allalba_delle_nuove_direttive_comunitarie.

Il confronto con la Germania parrebbe indicare differenze meno eclatanti, benché nient'affatto trascurabili, in quanto pur sempre proporzionate da un rapporto 5 a 1.

Il quadro va però completato, con equivalente incursione via TED, nella casistica delle procedure negoziate competitive, altro fondamentale esemplare di gara flessibile.

Germania e Regno Unito sembrerebbero qui scambiarsi di posto, ma la condizione italiana parrebbe immutata (Fig. 2).

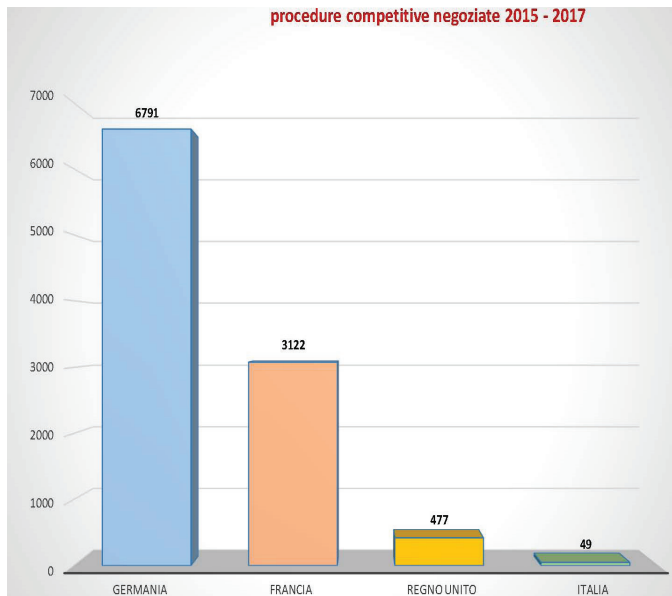


Fig. 2

L'istogramma che segue (fig. 3) riassume le informazioni ottenute dalle due comparazioni sommando i dati, che vengono così a riflettere la propensione relativa dei quattro Paesi all'impiego cumulativo dei due principali modelli di gara flessibile (procedure negoziate competitive e dialogo competitivo).

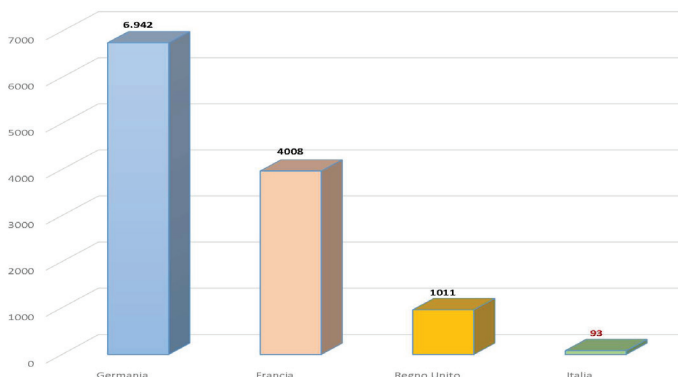
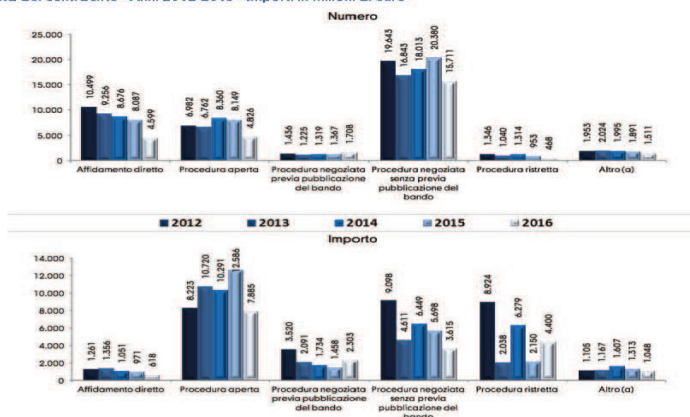


Fig. 3

Giova ribadire che i dati TED si riferiscono ai contratti sopra soglia e dunque misurano, in qualche modo, l'attitudine al ricorso a procedure flessibili per transazioni impegnative ed economicamente rilevanti.

Come testimoniano i due grafici sottostanti (figg. 4 e 5), desunti dal già menzionato Rapporto del Servizio Studi alla Camera su «Il mercato dei contratti pubblici» dello scorso maggio, l'Italia si dimostra viceversa molto ben disposta ad impiegare le procedure negoziate – soprattutto senza bando – per concludere contratti più semplici, di importo inferiore alle soglie comunitarie.

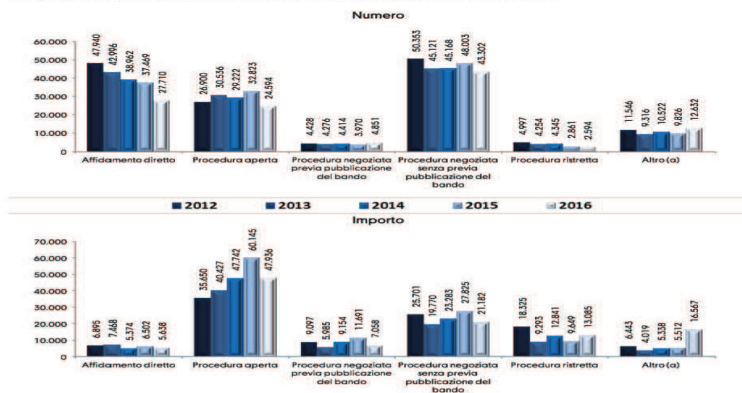
Grafico 2.3 - La domanda di lavori: bandi e inviti di importo a base di gara pari o superiore a 40.000 euro per procedura di scelta del contraente - Anni 2012-2016 - Importi in milioni di euro



Fonte: elaborazione CRESME Europa Servizi su dati ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione).

a): sono comprese le seguenti procedure: procedure ex art. 36, co. 8, D.lgs. 50/2016 e 238, co.7, D.lgs. 163/2006; procedura ai sensi dei regolamenti degli organi costituzionali; sistema dinamico di acquisizione; dialogo competitivo.

Grafico 1.4 - La domanda di lavori, servizi e forniture: bandi e inviti di importo a base di gara pari o superiore a 40.000 euro per procedura di scelta del contraente - Anni 2012-2016 - Importi in milioni di euro



Fonte: elaborazione CRESME Europa Servizi su dati ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione). (a): sono comprese le seguenti procedure: procedure ex art. 36, co. 8, D.lgs. 50/2016 e 2.3.8, co. 7, D.lgs. 163/2006; procedura ai sensi dei regolamenti degli organi costituzionali; sistema dinamico di acquisizione; dialogo competitivo.

Figg. 4 e 5

Trattasi pertanto di tendenza che non riflette la disponibilità a fronteggiare la complessità con procedure concorrenziali flessibili (come le ragioni dell'efficienza suggerirebbero, nella logica consentanea al dialogo) bensì la deprecabile inclinazione ad impoverire, a discapito della competizione, le procedure preparatorie dei contratti più standardizzati, che giacciono al di sotto della linea di guardia europea.

La riluttanza a sfruttare la flessibilità procedimentale, emersa dall'analisi dei dati TED per il triennio 2015-2017, sostanzialmente conferma gli esiti della già richiamata ricerca condotta nel 2013 su parte del quinquennio precedente.

Coerente riscontro è offerto, retrocedendo ancora nel tempo, dal più strutturato studio promosso nel 2011 e pubblicato nel 2013 dalla Commissione Europea, *Public Procurement in Europe. Cost and Effectiveness*²⁰ (fig. 6).

²⁰ Lo si veda all'indirizzo <https://publications.europa.eu>.

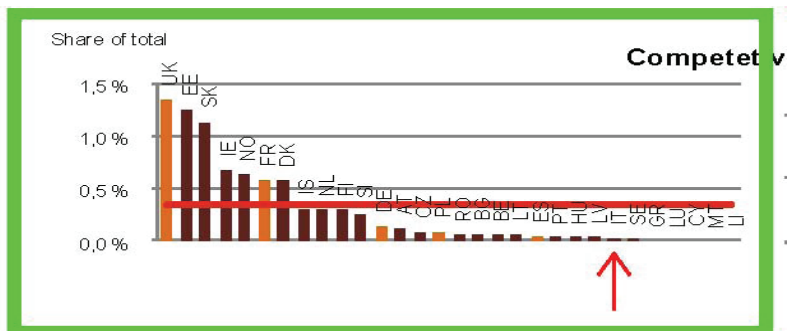


Fig. 6. Ingrandimento di una sezione della fig. 1.24 di pag. 31 del rapporto *Public Procurement in Europe. Cost and Effectiveness*. Il grafico originale indica i tassi di impiego, nei Paesi europei, delle varie procedure. Il quadrante sopra riportato concerne il dialogo competitivo. La freccia indica la posizione dell'Italia, evidentemente schiacciata sull'asse delle ascisse.

Si tratta ora di coniugare lo sforzo di capire questi dati di fatto con la riflessione sul tema della deterrenza.

4. Deterrenza e gare

a) Nei panni del funzionario

Per iniziare, propongo di indossare mentalmente i panni di un ipotetico decisore pubblico, il quale sia chiamato a stabilire quale procedura selettiva attivare in vista della conclusione di un contratto impegnativo e aleatorio che, in ipotesi, preveda investimenti specifici e durate considerevoli ²¹.

L'adozione di questo punto di vista mi pare consentanea al ragionamento sulla funzione deterrente.

Mentre infatti la riparazione opera *ex post*, colpendo il patrimonio del singolo agente responsabile, la deterrenza si esprime *ex ante*, avendo di mira l'intera classe dei potenziali offensori; essa cioè non si appunta sulla posizione dell'autore del danno, ma fa leva sulla possibile reazione di tutti gli altri, al cospetto del pericolo di trovarsi a rispondere.

Dato il passaggio di scala, siamo costretti a mettere in conto che la minaccia del risarcimento, nelle varie situazioni di vita – quand'anche attuata caso per caso dalla magistratura con decisioni indiscutibilmente caute e misurate, secondo una

²¹ Si ponga mente, a titolo esemplificativo, ad un contratto di società propedeutico alla privatizzazione di una grossa azienda in crisi oppure alla concessione pluriennale di un importante servizio a rete.

valutazione *ex post* – può dar vita, *a priori*, cioè nella mente della generalità dei funzionari soggiogati dal timore della sanzione, a reazioni inattese ed eccentriche.

È ben vero che, esplorando la casistica giudiziaria, si ricava l'impressione che sino ad oggi la maggior parte delle condanne per danno alla concorrenza abbia colpito fattispecie di illecito abbastanza plateali, come ad esempio l'omissione radicale di qualsivoglia procedura comparativa.

Ma, sebbene di fatto capiti non raramente che le accuse confluiscono in archiviazioni e i processi in assoluzioni²², l'efficacia dissuasiva e deterrente della disciplina risarcitoria viene a dipendere dalla percezione *ex ante* del rischio di dover rispondere, non dalle applicazioni effettive, così come verificabili *ex post*²³.

D'altra parte è risaputo che, soprattutto nel sentire del funzionario fedele e del cittadino coscienzioso, il processo medesimo assume le fattezze di una pena e la stessa chiamata in giudizio, quantunque basata su addebiti meramente ipotetici, di per se stessa può causare costi certi e sofferenze psicologiche gravi, in larga misura indipendenti dall'esito finale.

Tornando dunque al tema della struttura degli incentivi più adatti a stimolare i decisori addetti alle gare, la letteratura sulla gestione efficiente delle organizzazioni spiega che quando si voglia premere su di un sottoposto tenuto al conseguimento di una pluralità di risultati, in potenziale conflitto tra loro, ma avvantaggiato da condizioni di asimmetria informativa, propizie all'opportunismo, diviene cruciale lo sforzo di equilibrare gli incentivi²⁴.

Applicando l'intuitiva idea al nostro caso, dobbiamo dunque farci carico di capire se le regole di responsabilità non possano influire sulla scelta dei modelli concorsuali con una pressione sbilanciata, a discapito dell'efficienza.

Mi sembra sensato supporre che un amministratore mobilitato per una negoziazione non banale e chiamato ad optare tra le procedure sarà indotto a cal-

²² Si vedano le analisi quantitative condotte, in ordine cronologico di attualità crescente, da A. Zuliani, G. Aurisicchio, A. Canzonetti, M. De Benedetto, A. Liverani, P. Menichino, I. Rispoli, S. Salvi, *Un'analisi statistica delle sentenze della Corte dei Conti: prime evidenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 673 ss.; A. Zuliani, G. Aurisicchio, M. De Benedetto, A. Canzonetti, G. Guagnano, A. Liverani, P. Menichino, L. Rispoli, S. Salvi, *La responsabilità per danno erariale alla prova del contenzioso*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 489 ss.; G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., col corredo di una preziosa mole di dati tabellari, tratti dall'analisi accurata delle relazioni annuali delle Procure e della Corte dei Conti.

²³ Su questa idea poggia l'ottimo lavoro di G. Bottino, *op. ult. cit.*; per altre indicazioni teoriche mi limito per brevità a rinviare ad M. Cafagno, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996, 213 e *passim*; ID., *La stima di perdite e vantaggi occorrenti all'accertamento del danno erariale*, cit.

²⁴ P. Milgrom, J. Roberts, *Economia, organizzazione e management*, Bologna, 1994, 344, accennano all'idea come «principio di uguale compenso» e osservano, a titolo esemplificativo, che se l'allocatione del tempo e degli sforzi di un dipendente tra le sue diverse occupazioni non può essere direttamente verificata dal datore e tutte rilevano, allora occorre che il rapporto di lavoro sia strutturato in modo tale che l'agente possa trarre vantaggi marginali bilanciati, dall'esecuzione dei diversi compiti. K.J. Arrow, *L'agenzia e il mercato*, in *Equilibrio, incertezza, scelta sociale*, Bologna, 1987, 179, applica analogo ragionamento al caso di un «agente» chiamato ad operare nell'interesse di più «principali» in concorrenza tra loro, svantaggiati dall'asimmetria dell'informazione.

colare che quanto meno esse siano stereotipate e formalizzate, tanto più numerose finiranno con l'essere le valutazioni e le decisioni incerte da assumere, lungo l'*iter* procedimentale.

Il numero delle decisioni richieste da una procedura rigida, più meticolosamente regolamentata, potrebbe essere nel complesso più alto, ma quello delle decisioni critiche sarà ragionevolmente inferiore.

Quanto maggiori siano i nodi del percorso decisionale e quanto più grave sia la laboriosità e l'aleatorietà dell'operazione contrattuale, tanto più tenderanno a moltiplicarsi, perlomeno nell'immaginario e nelle inquietudini dell'agente chiamato a decidere, le occasioni di errore e, di conseguenza, le possibilità che i provvedimenti siano avversati e che violazioni o pregiudizi siano contestati.

Nella situazione che stiamo tratteggiando, ogni passaggio valutativo, entro una più labile cornice normativa, si accompagnerà, sotto il velo dell'incertezza, al calcolo di una non trascurabile probabilità di sbagliare o di non incontrare in seguito, a fatto compiuto, l'approvazione degli organi giudiziari o di controllo.

È peraltro il caso di notare, incidentalmente, che ad oggi l'ordinamento amministrativo mostra un'attitudine a punire le eventuali mancanze decisamente più credibile di quella simmetrica e non meno importante a registrare e premiare i risultati positivi, con misure serie e proporzionate.

Data la perdurante disarmonia tra politiche di pena e di gratifica, un amministratore titubante, incaricato di compiere scelte obiettivamente difficili, sarà fatalmente portato a preoccuparsi assai più del pericolo di compiere sbagli passibili di sanzione che della possibilità di procurare, correndo rischi personali, vantaggi diffusi che di norma sono invisibili alle verifiche più consuete.

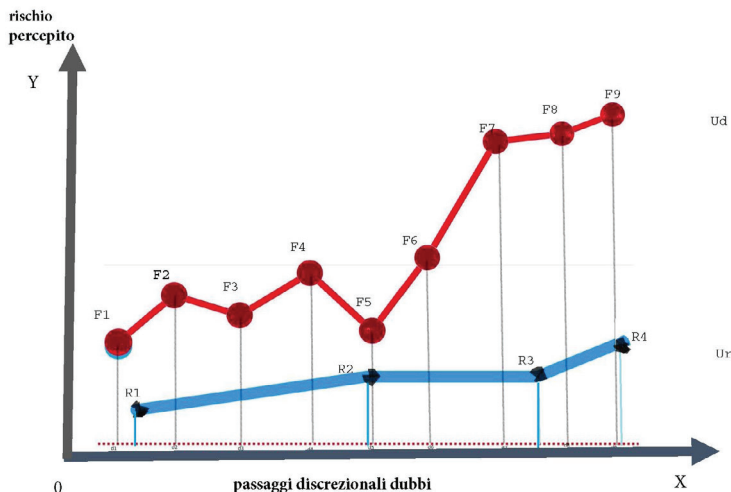
Il grafico seguente porge una schematica ed intuitiva rappresentazione dello scenario.

L'asse delle ascisse numera i passaggi discrezionali scanditi dal percorso procedurale, l'asse delle ordinate il livello di rischio associabile a ciascun nodo.

La curva più alta e spezzata simboleggia dunque le proprietà di una gara flessibile e più evasivamente definita, cadenzata da un numero più elevato di scelte controvertibili, accomunate a un livello di rischio maggiore.

La disponibilità a percorrere il tragitto più aleatorio è astrattamente idonea a generare, nel tempo, un'utilità sociale più alta, nondimeno tutto lascia credere che difficilmente questo vantaggio (a differenza delle conseguenze di eventuali infortuni procedurali) riuscirà decifrabile, perlomeno nell'immediato, contratto per contratto.

Arduo immaginare che un funzionario comune, a queste condizioni, possa preferire il sentiero irregolare a quello piano, sottostante.



Il grafico permette di riassumere in una battuta l'obiettivo filosofico cui il sistema dovrebbe tendere: occorrerebbe che nella mente del decisore pubblico la distanza tra i due tracciati diminuisse, che i due profili di rischio fossero meno disallineati, così da rendere la scelta del percorso un po' meno scontata.

Le riflessioni che seguono, brevemente articolate per punti, intendono richiamare l'attenzione su fattori che a mio avviso complicano il perseguimento di questo scopo intuitivo.

b) *Effetto moltiplicatore*

In teoria, se il decisore pubblico avesse motivo di confidare che l'operazione negoziale sarà comunque soppesata alla stregua di un giudizio complessivo, non scomposto nella pluralità delle singole fasi e degli incerti passaggi procedurali, le remore alimentate dalla percezione di un aumento delle occasioni di critica, all'interno di un procedimento flessibile, potrebbero attenuarsi.

Ho tuttavia l'impressione che il superamento di una visione atomistica dell'iter valutativo sia ostacolato – proprio agli occhi del funzionario dubbioso – dalla coscienza della latente possibilità di un danno indiretto.

Data la concatenazione procedimentale, anche gli atti intermedi di una gara possono compromettere, se viziati, l'esito finale della selezione, aprendo il varco ad impugnazioni e richieste risarcitorie.

È ben vero che l'orientamento giurisprudenziale più persuasivo, in tema di cd danno alla concorrenza, rifugge logiche presuntive ed automatismi e vuole che, in caso di ipotetiche omissioni o alterazioni del confronto competitivo, le perdite

subite dall'erario siano puntualmente provate alla stregua di un giudizio d'insieme, ad esempio dimostrando l'effettivo grado di deterioramento delle condizioni contrattuali convenute e il conseguente maggior costo a carico della collettività²⁵.

Ma questo discorso non vale in caso di danno indiretto, giacché il risarcimento accordato dal giudice amministrativo, in conseguenza dell'ipotetica illegittimità, si converte senza filtri in perdita erariale.

Il funzionario incerto non potrà permettersi di ignorare, *a priori*, l'astratta eventualità che ciascuna decisione spinosa e ciascun atto potenzialmente influente sul risultato finale diano vita a un contenzioso amministrativo e a connesse pretese risarcitorie.

c) *Costi privati e costi pubblici.*

La letteratura sulla responsabilità spiega che il danno passibile di risarcimento, per guidare bene i comportamenti, deve saper raffigurare, agli occhi del potenziale offensore, i costi nei quali l'azione rischiosa o vietata potrebbe incorrere.

Affinché la sanzione espliciti un'azione dissuasiva efficiente è in linea di principio necessario che il danno suscettivo di valutazione riesca a ritrarre correttamente il costo sociale dell'azione dannosa²⁶.

Ho sostenuto altrove che il danno registrato dal giudizio amministrativo, per effetto della violazione di interessi legittimi, non sempre funge da specchio fedele²⁷.

Proprio la materia dell'evidenza pubblica offre una buona esemplificazione.

Immaginiamo che una procedura di gara premi ingiustamente un'impresa, a discapito di un concorrente autore di un'offerta più conveniente.

Supponiamo che la parte lesa agisca per il risarcimento del danno e ottenga riparazione, sia per le perdite subite a causa dell'improduttiva partecipazione al concorso sia per il guadagno perso, in ipotesi proporzionato al valore della commessa.

Nulla autorizza ad assumere che vi sia piena corrispondenza tra questo costo privato, subito dall'impresa pretermessa, e il disvalore sociale dell'azione lesiva.

²⁵ *Infra*, tra breve.

²⁶ Tra i molti, R. Cooter ed altri, *Il mercato delle regole*, Bologna, 2006, 426; R. Cooter, *Prices and Sanctions*, in *Columbia Law Rev.*, 1984, vol. 84, 1523 ss.; F. Denozza, L. Toffoletti, *Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: the case of antitrust damage suits*, marzo 2008, visionabile sul sito *ssrn.com*; G. Frezza, F. Parisi, *Responsabilità Civile ed Analisi Economica*, Milano, 2006; I. Gilead, *Tort Law and Internalization: The Gap between Private Loss and Social Cost*, in *International Review of Law and Economics*, 1997, 589 ss.; W. Bishop, J. Sutton, *Efficiency and Justice in Tort Damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule*, *Journal of Legal Studies*, 1986, 347 ss.; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, 282 ss.; Hans-Bernd Schafer, Roger Van den Bergh, *State liability for infringement of the EC Treaty: economic arguments in support of a rule of "obvious negligence"*, in *E.L. Rev.* 1998, 552 ss.; S. Shavell, *Responsabilità e deterrenza*, trad. in *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005, 153 ss..

²⁷ M. Cafagno, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della P.A.*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 719 ss.; Id., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit..

Considerazioni analoghe possono valere per la graduatoria di un concorso, il provvedimento che attribuisca un beneficio economico, scegliendo tra i vari aspiranti legittimati alla richiesta, la decisione che aggravi i costi di esercizio di un'attività industriale, a beneficio dell'ambiente, il bando di gara che, prevedendo criteri di valutazione delle offerte propedeutici alla cura di interessi sociali, introduca restrizioni alla competizione.

In tutti questi casi, ove tipicamente sono in gioco posizioni pretensive, il danno lamentato dal ricorrente, colpito da provvedimento illegittimo, registra le perdite da lui subite, ovviamente non i benefici acquisiti da altri.

Per misurare l'impatto cumulativo dell'illegittimità occorrerebbe tener conto delle esternalità positive, oltre che di quelle negative²⁸.

In breve: quando l'illegittimità amministrativa, in virtù di una difettosa assegnazione di utilità, produca effetti parzialmente redistributivi, non è affatto scontato che la perdita subita dal destinatario penalizzato rispecchi attendibilmente il costo sociale dell'azione viziata.

A causa del *gap*, può accadere che la minaccia del risarcimento eserciti una pressione impropria sulle attività rischiose.

Di nuovo occorre però notare che il *quantum* riconosciuto nel giudizio amministrativo si converte tal quale in perdita per l'erario e, perciò, in fattore di influenza potenzialmente disarmonico sull'agente, sul piano della deterrenza.

L'art. 41 del D.Lgs. 104/2010 riflette una timida presa di coscienza del problema nello stabilire che, nel giudizio amministrativo, «qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile».

La disposizione parrebbe preparare il terreno all'eventuale coinvolgimento del beneficiario dell'atto illegittimo nel ristoro di quello pregiudicato²⁹ tuttavia, come attesta la medesima relazione di accompagnamento al codice, trattasi di misura ancora embrionale, dagli effetti ipotetici e alquanto remoti, anche perché, allo stato della disciplina, l'estensione degli oneri risarcitori al controinteressato, così come la collaterale proposizione nei suoi confronti di azioni restitutorie (*ex artt. 2033 o 2041 c.c.*) presuppongono la soddisfazione di presupposti sostanziali e processuali tutt'altro che automatici e scontati, nella generalità dei casi³⁰.

²⁸ Un problema affine è trattato alla voce *pure economic losses*, negli ordinamenti di *common law*. Si legano, tra i molti, I. Gilead, *Tort Law and Internalization*, cit.; H. Bernd Schäfer, G. Dari Mattiacci, *The Core of Pure Economic Loss*, in *International Review of Law and Economics*, 2007, 27, 8 ss.; H. Bernd Schafer, R. Van den Bergh, *State liability for infringement of the EC Treaty*, cit..

²⁹ Del resto promosso anche dal subentro nel contratto eventualmente disposto in accoglimento del ricorso impugnatorio.

³⁰ La relazione di accompagnamento al codice sul processo amministrativo porge le seguenti annotazioni: «per quanto attiene all'azione di condanna – che nel codice ha trovato sistematizzazione – si è mantenuto

È comunque ragionevole calcolare che un amministratore giustamente preoccupato dalle conseguenze che potrebbero colpirlo, nel caso qualche atto della procedura di negoziazione esperita fosse messo in discussione, su iniziativa di un concorrente in ipotesi pregiudicato, sia razionalmente portato a parametrare il pericolo di vedersi addebitare una responsabilità allo scenario meno ottimistico, tra quelli astrattamente possibili.

d) *Conseguenze remote*

Ad acuire lo squilibrio degli incentivi si aggiunge un problema temporale, dovuto ad un lacunoso raccordo processuale.

Secondo una pacifica giurisprudenza, il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa, in caso di danno indiretto, originato dalle obbligazioni risarcitorie insorte a carico dell'amministrazione per effetto di sentenza di condanna o di transazione, decorre dal momento dell'effettivo pagamento, che attualizza la perdita a carico dell'erario³¹.

Il responsabile dell'espletamento di una procedura di gara potrebbe dunque temere, non senza fondamento, di vedersi chiamato a rispondere innanzi alla Corte dei Conti anche a distanza di anni (con ogni intuibile difficoltà nell'esercizio del diritto di difesa), nella sfortunata evenienza che i provvedimenti perfezionati col suo contributo innessero un contenzioso innanzi al TAR e al Consiglio di Stato.

Per di più il funzionario potrebbe restare ignaro della controversia con l'ente per tutto il tempo, non essendo egli parte necessaria del giudizio amministrativo e – cosa più grave – non avendo perciò modo di rappresentare ivi le proprie ragioni, nonostante le possibili implicazioni a suo carico, in caso di condanna dell'amministrazione³².

il litisconsorzio necessario con i beneficiari, ove esistenti, dell'atto di cui il ricorrente assume l'illegittimità e in dipendenza della quale propone la domanda risarcitoria. Ciò si pone in linea, da un lato, con la consueta presenza nel giudizio amministrativo, accanto all'amministrazione convenuta, del beneficiario del suo atto (sicché, in sostanza, si è inteso confermare anche in questo nuovo ambito tale tradizionale strutturazione soggettiva del processo); dall'altro lato, si vuol provocare la formazione del giudicato sull'illegittimità dell'atto anche nei confronti dei suoi eventuali beneficiari (sicché, almeno per tale profilo, non potrà più essere contestato in altra sede l'eventuale ricorso all'autotutela); l'opzione in parola, infine, risulta coerente con alcune suggestioni interpretative e sistematiche, seppur ancora generiche, di origine sia comunitaria che interna (cfr., quanto alle prime, il 21° «considerando» della direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, a sua volta trasfuso, quanto ai profili processuali, nel presente codice; nonché, quanto alle seconde, la decisione di C.G.A.R.S. n. 600 del 2008).

³¹ Relazione di G. Montedoro, all'incontro tenutosi il 18 settembre 2017, presso la Sala del Mappamondo della Camera dei Deputati in tema di «*Responsabilità erariale e penale dei pubblici*», su iniziativa dell'Osservatorio sui contratti pubblici costituito dalle associazioni Italiadecide, Aequa, Aperta Contrada e Res Publica, al momento visionabile all'indirizzo <http://www.italiadecide.it>; l'A. richiama, tra i precedenti, C. conti, sez. giur. reg. Piemonte, 10 novembre 2015, n. 193.

³² Condivisibile l'auspicio di G. Montedoro che il problema trovi presto una soluzione normativa.

e) *Conseguenze recondite*

Occorre ancora considerare che non tutti gli interessi bisognosi di ponderazione, nell'economia della scelta pubblica, presentano lo stesso livello di visibilità, alla lente del risarcimento.

Come ha efficacemente spiegato Pietro Trimarchi, in un lavoro dedicato alla responsabilità del giudice³³, la circostanza influisce sugli sviluppi della deterrenza.

Infatti: «al fine di evitare il rischio di incorrere in responsabilità [...] non vi è sempre e solo la via di una maggiore diligenza nella decisione; spesso vi è anche la via di scegliere, nel dubbio, quella decisione che, pur quando possa essere ingiusta e socialmente dannosa, sia meno idonea a cagionare quel tipo di danno che solo può dar luogo ad un'azione di responsabilità»³⁴.

Estendere l'idea al ragionamento in corso non richiede particolari sforzi di adattamento: agli occhi dell'agente indeciso sul *modus operandi* cui attenersi, le conseguenze di un ipotetico abbaglio nella gestione di una procedura incerta e costellata da insidie hanno buone probabilità di urtare tangibili interessi economici e di innescare le rivendicazioni dei loro ben identificabili titolari; il costo sociale indotto dalla sottaciuta preferenza per metodiche che alla lunga compromettono l'efficienza dell'intervento e dell'apparato pubblici, perché meno spazio concedono all'inventiva e all'apprendimento, resta invece nascosto e diluito, nel tempo e nell'organigramma amministrativo.

Ritardi o disservizi plateali potrebbero non sfuggire all'intervento repressivo³⁵, ma la tossina del disimpegno mi pare agisca in forma più insidiosa e sfuggente, nel quadro che per noi rileva.

La propensione a cercare nel formalismo e nella monotonia degli schemi di gara un motivo di rassicurazione, a discapito dell'efficienza, cioè il favore per la strada meno ripida, in luogo di quella avvertita come rischiosa, sono atteggiamenti che, sebbene forieri nel tempo di conseguenze deleterie, possono ordinariamente concretarsi in opzioni volta per volta legittime, difficilmente eccezionabili, sul piano formale, che sarebbe arduo immaginare soggette al setaccio della responsabilità amministrativa, singolarmente considerate.

³³ P. Trimarchi, *La responsabilità del giudice*, in *Quadrimestre*, 1985, 367 ss..

³⁴ Lo scritto prosegue notando che «in molte cause [...] le diverse decisioni possibili non sono ugualmente idonee a cagionare un danno con le caratteristiche ora accennate: di conseguenza, la minaccia della responsabilità [...] può esercitare una pressione asimmetrica, idonea a determinare una distorsione nel procedimento decisorio».

Si veda anche P. Trimarchi, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corr. giur.*, 2015, 893 ss..

³⁵ Si legga, in quest'ottica, l'annotazione di M. Pusterla, *Procedimenti concorsuali, eccessiva durata e danno erariale*, *Riv. dott. comm.*, 2016, 606; sul cd «danno da disservizio», per tutti, M. Nunziata, *Il danno da disservizio*, in AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile*, cit., 1217 ss..

Difficile ipotizzare che il decisore pubblico addetto alla contrattazione possa esser chiamato a rispondere, nel singolo caso, per aver esperito una procedura ristretta, quando avrebbe avuto la teorica opportunità di avviare un più promettente dialogo competitivo, al fine di giungere alla stipula di una non banale cessione azionaria o di un appalto insolitamente elaborato (e non mi risulta che l'esperienza giudiziaria registri precedenti di questo segno).

Insomma, gli effetti plausibili del particolare atteggiamento difensivo del quale stiamo ragionando sono incrementali e tendono semmai ad emergere cumulativamente, in un contesto fatalmente confuso dalla nebulosità dei rapporti eziologici e dall'intreccio delle passività, nella produzione (di norma a distanza di tempo) dello scadente risultato complessivo.

5. *Spunti costruttivi*

In questo quadro problematico penso che alla Corte dei Conti compete un'importante funzione di ausilio e di filtro interpretativo, che può favorire, nell'esercizio delle prerogative tutorie e giurisdizionali, linee ricostruttive dell'illecito contabile idonee a mitigare l'intravista possibilità che i funzionari siano portati a decodificare le operazioni contrattuali e concorsuali in chiave «attizia».

Le considerazioni sin qui svolte inducono al convincimento che – proprio nello sforzo di correggere e prevenire il pericolo di strabismi amministrativi – la verifica di eventuali responsabilità per danno all'erario, nell'economia di procedure contrattuali incerte e poco sperimentate, dovrebbe basarsi, nella misura del possibile, su di un apprezzamento globale delle condotte e delle loro conseguenze, con visione d'insieme, resistendo all'impulso a focalizzare l'attenzione su segmenti parziali e decontestualizzati, anche quando possa sembrare che ciò faciliti la ricostruzione di ipotesi accusatorie circostanziate e meglio documentabili.

a) *Vantaggi compensativi*

Un primo strumento che mi pare utile allo scopo è offerto dal comma 1-*bis* dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994, nella versione ora vigente, laddove prescrive, nell'accertare il danno, di tener conto degli effetti lesivi ma anche degli eventuali vantaggi che la condotta sotto accusa abbia comunque arrecato³⁶.

³⁶ Il comma, introdotto dall'art. 2, d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. in l. 20 dicembre 1996, n. 639, dispone che «nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata»; per un commento dottrinale, I. Cacciavillani, *La compensatio lucris cum damno nella gestione contabile di fatto*, nota a Corte Conti, sez. giurisdiz. reg. Veneto, 17 settembre 1999, n. 490, in *Foro Amm.*, 2000, 257; L. Giampaolino, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro Amm.*, 1997, 3328 ss.; M. Ristuccia, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei Conti*

La norma ha impegnato la riflessione teorica, nello sforzo di delimitare gli orizzonti valutativi confacenti alla rilevazione di costi e benefici meritevoli di considerazione³⁷.

Si è posto in particolare il problema di stabilire se il giudice, chiamato a vagliare la sussistenza di una responsabilità del funzionario pubblico per l'adozione di un atto amministrativo o per il compimento di una scelta controversa, debba limitarsi a misurare gli effetti positivi e negativi della singola decisione, isolatamente considerata, o se al contrario debba scorrere ad altra scala, guardando all'impatto dell'attività d'insieme, inclusiva del provvedimento messo sotto accusa.

Il distinguo, tra singolo atto e operazione complessiva, può avere poca importanza pratica nel quadro di vicende scarse, nelle quali, ad esempio, il danno costituisca conseguenza immediata e lineare di estemporanei comportamenti materiali, contrari agli obblighi di servizio dell'agente pubblico.

Ma è già emerso che il discrimine non è privo di peso quando si ragioni di interventi complessi, scanditi da una pluralità di atti giuridici tra loro legati da un disegno funzionalmente unitario, ove può accadere che scelte circoscritte, all'apparenza discutibili se prese una per una, si dimostrino ad altro livello utili e funzionali alla riuscita complessiva, nel reciproco coordinamento.

La giurisprudenza contabile ha in parte moderato le esitazioni interpretative adeguando la lettura dell'art. 1 c. 1-*bis*. cit. alla fisionomia dell'istituto civilistico della *compensatio lucri cum damno*, secondo uno schema a dire il vero imbastito e controverso ancor prima dell'emanazione della legge n. 20 del 1994³⁸.

Una ricca antologia di precedenti subordina così la rilevanza dei benefici generati dall'azione indagata alle condizioni di principio «che si accerti l'effettività dell'*utilitas* conseguita; che sia il medesimo fatto generatore a determinare tanto il danno quanto il vantaggio; che vi sia l'appropriazione dei risultati stessi da parte della Pubblica Amministrazione che li riconosce; che vi sia rispondenza della stessa *utilitas* ai fini istituzionali dell'Amministrazione che li riceve»³⁹.

nel bilancio di un decennio di riforme, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile*, cit., 18 ss.; P. Santoro, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, cit., 684 ss.; O. Sepe, *Danno e colpa nella giurisdizione contabile: innovazioni introdotte con la legge 20 dicembre 1996*, n. 639, commento a C. Conti, sez. riunite, 12 luglio 1996, in *Giur. It.*, 1997, 12; F. Tigano, *Corte dei Conti e attività amministrativa*, Torino, 2008, 130 ss.; A. Vetro, *La compensatio lucri cum damno in diritto privato: applicazione del principio della compensazione nei giudizi amministrativi e contabili*, in *Contabilità Pubblica*, 2018, all'indirizzo www.contabilità-pubblica.it; per una premessa di ordine generale sulle difficoltà con cui in particolare deve confrontarsi l'interprete nello sforzo di isolare e delimitare il danno erariale, E. Schlitzer, *Il danno erariale: una nozione essenziale di non facile definizione*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., 177 ss..

³⁷ Cfr. L. Giampaolino, *op. ult. cit.*

³⁸ Si veda M. Ristuccia, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme*, cit., 18 ss..

³⁹ Così, C. Conti, sez. giurisd. reg. Sardegna, 8 novembre 2011, n. 595; tra le molte conformi, C. Conti, sez. giurisd. reg. Lombardia, 26 ottobre 2009, n. 648; C. Conti, sez. giurisd. reg. Campania, 11 dicembre 2001

Queste coordinate generali non bastano tuttavia a dissipare ogni dubbio tanto che, al loro interno, si sono sviluppati orientamenti applicativi discordanti.

Ai fini che qui premono possiamo limitarci a fissare lo sguardo sulla distanza che separa due teorie di fondo.

Una prima linea di pensiero, assumendo che la disposizione regolante la responsabilità amministrativa non si discosti in modo significativo dalla disciplina civilistica della *compensatio lucri cum damno*, ricava dalla piana applicazione dell'art. 1223 c.c. la necessità che «danno e vantaggio siano entrambi conseguenza immediata e diretta del comportamento (...) quali suoi effetti contrapposti»⁴⁰.

Il secondo e divergente orientamento sottolinea che il comma 1-*bis*. cit., prescrive letteralmente di tener conto dei vantaggi «comunque» prodotti dal comportamento dei funzionari, non soltanto a beneficio dell'ente collegato dal rapporto di servizio, bensì a favore di ogni amministrazione e, ancor più estensivamente, dell'intera «comunità amministrata».

Al cospetto di queste evidenze testuali, si è argomentato che la disciplina pubblicistica collima solo parzialmente con quella privatistica della *compensatio* e si è sostenuto che la previsione dell'art. 1 c. 1-*bis* deve essere «intesa con tratti assolutamente peculiari, non potendosi prescindere, nell'applicazione della norma in esame, dalla pluralità di interessi che notoriamente confluiscono in ogni azione amministrativa».

Secondo questa visuale «la norma di riferimento, più che introdurre nel nuovo regime della responsabilità amministrativa *tout court* il principio della *compensatio lucri cum damno*, riconosce la complessità degli interessi e dei fini perseguibili con l'attività amministrativa, imponendo al Giudice contabile di valutare, nei termini più ampi possibili («comunque»), l'*utilitas conseguita*; in tale prospettiva, acquistano rilevanza gli interessi rispondenti alle esigenze ed alle finalità dell'Amministrazione o della collettività nell'ottica dei più generali fini dell'Amministrazione stessa correlati all'utile collettivo».

Di qui la conclusione secondo cui «pur tenendo come linee guida le menzionate acquisizioni della teorica civilistica, l'indagine sulla figura di cui trattasi nel versante pubblicistico della responsabilità amministrativa non può prescindere da una nozione di causalità più lata di quella prescritta dall'articolo 1223 c.c., dovendosi dare accoglienza anche ad eventi ricollegabili con il fattore etiologico in via

n. 129; C. Conti, sez. giurisd. reg. Piemonte, 31 luglio 2007, n. 216; C. Conti, sez. giurisd. reg. Lombardia, 5 marzo 2007, n. 141; C. Conti, sez. III, 7 dicembre 2005, n. 750; C. Conti, sez. III, 10 luglio 2002, n. 244.

⁴⁰ Così, C. Conti, sez. giurisd. reg. Sardegna, 8 novembre 2011, n. 595, *op. ult. cit.* (corsivo aggiunto, nel testo); nello stesso senso, ad esempio, C. Conti, sez. giurisd. reg. Abruzzo, 26 giugno 2007, n. 596; C. Conti, sez. giurisd. reg. Lombardia, 5 marzo 2007, n. 141; C. Conti, sez. giurisd. reg. Marche, 7 settembre 2005, n. 588.

indiretta, poiché l'articolo 3 della cennata legge n. 639 afferma che i vantaggi possono riguardare tanto l'amministrazione, quanto la "comunità amministrata"⁴¹.

In breve, secondo questo indirizzo l'accertamento del danno presupporrebbe «una valutazione globale degli effetti prodotti»⁴².

È questa la linea che, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, andrebbe a mio avviso preferita, nella materia oggetto di riflessione⁴³.

b) *Danno alla concorrenza*

Analogo raziocinio può guidare, a mio avviso, l'analisi critica degli orientamenti interpretativi che si fronteggiano in materia di «danno alla concorrenza».

Convieni ricordare preliminarmente che l'espressione «danno alla concorrenza» è ambigua, anche perché talora viene impiegata per designare fenomeni diversi.

Nel lessico giurisprudenziale a volte essa identifica il danno subito dai concorrenti estromessi; in questa accezione, trattasi di pregiudizio naturalmente

⁴¹ La citazione è tratta testualmente da C. Conti, sez. giurisd. reg. Lombardia, 24 marzo 2009, n. 165; per una panoramica dei precedenti giurisprudenziali, C. Conti, sez. giurisd. reg. Toscana, 15 ottobre 2010, n. 377.

Convieni notare, a margine, che la più attendibile riflessione civilistica ammonisce da tempo che il riferimento testuale alle conseguenze «immediate e dirette», contenuto nell'art. 1223 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c., è per sua natura ambiguo e figurativo. P. Trimarchi, *Causalità e danno*, cit., 20, osserva che «l'esigenza di limitare la responsabilità è universalmente sentita, e per esprimerla sono ricorrenti formule in termini di "proximità" o "lontananza" dell'evento rispetto all'atto che lo ha causato. Il risarcimento del danno è limitato a ciò che è "conseguenza immediata e diretta" dell'atto dannoso: così dispone il codice civile italiano, riproducendo l'espressione usata nel *code Napoléon*. E questa formula richiama alla mente quelle di *common law*, che limitano la responsabilità alle "proximate consequences", con esclusione delle conseguenze che siano "too remote". È chiaro però che si tratta di formule metaforiche, le quali non possono venir prese alla lettera».

Lo stesso A., *op. ult. cit.*, *ibidem*, ha persuasivamente stigmatizzato come «priva di senso l'interpretazione secondo la quale fra l'azione e l'evento dannoso non dovrebbero esistere "anelli" causali intermedi, che in realtà delle fasi intermedie nello svolgimento causale esistono sempre e si possono mettere in evidenza, solo che si renda sufficientemente analitica la descrizione del fatto».

In altre parole, l'intensità e la configurazione dei nessi eziologici mutano al variare del livello di dettaglio nella rappresentazione dei fatti, livello che naturalmente non è specificato normativamente.

Questo problema di descrizione si presenta in una delle sue molte varianti quando si tratti di tradurre in pratica la premessa di principio – dalla quale muovono entrambe le linee giurisprudenziali in disaccordo sul valore dell'art. 1223 c.c. nella materia in esame – secondo cui presupposto applicativo dell'art. 1 c. 1 della legge n. 20 del 1994 è la corrispondenza tra il «fatto generatore» dei vantaggi ed il «fatto generatore» degli effetti pregiudizievole (C. Conti, sez. giurisd. reg. Sardegna, 8 novembre 2011, n. 595, cit.; C. Conti, sez. giurisd. reg. Lombardia, 26 ottobre 2009, n. 648, cit.; C. Conti, sez. giurisd. reg. Campania, 11 dicembre 2001, n. 129; C. Conti, sez. giurisd. reg. Marche, 7 settembre 2005, n. 588; C. Conti, sez. III, 23 marzo 2005, n. 154).

È ovvio che l'estensione degli effetti passibili di stima tende a cambiare in rapporto al grado di definizione con cui viene rappresentato il «fatto generatore».

⁴² Passaggio tratto da C. Conti, sez. giurisd. reg. Toscana, 15 ottobre 2010, n. 377, cit., cui di nuovo si rimanda per un più organico inquadramento degli indirizzi giurisprudenziali.

⁴³ Ad una logica estensiva parrebbe improntarsi la sentenza di C. Conti, sez. giurisd. reg. Campania, n. 1292 del 2013, che pur stigmatizzando le perdite subite da un'amministrazione per effetto della partecipazione ad un'azienda consortile, ha ritenuto doveroso «considerare i vantaggi "comunque" derivati alla collettività amministrata» e perciò riconoscere, con drastico abbattimento del danno, che le condotte contestate «hanno garantito, in particolare, l'espletamento di vari servizi, la cui effettiva erogazione, per dato di comune esperienza e conoscenza, anche se (...) non del tutto efficiente, arreca comunque dei benefici alla collettività».

estraneo al sindacato della Corte dei Conti, la cui valutazione è semmai demandata al giudice amministrativo⁴⁴.

Altre volte allude al pregiudizio collettivo consistente nella compromissione dell'imparzialità amministrativa e del regolare funzionamento del mercato; in questa seconda accezione il danno finisce col perdere connotati patrimoniali o, tutt'al più, col ricadere nell'altra tipologia, già regolata, del c.d. danno all'immagine⁴⁵.

In una terza visione il danno alla concorrenza descrive il pregiudizio sofferto dalla p.a. per non aver potuto beneficiare di un'efficiente dinamica competitiva; trattasi in altri termini di perdita dovuta al conseguimento di prestazioni a condizioni meno vantaggiose di quanto avrebbero potuto essere, se il funzionario non fosse incorso nella violazione.

Questa terza categoria di danno, a differenza delle prime due, ha una propria autonomia concettuale ed in punto di principio ricade nell'oggetto del sindacato spettante alla Corte dei Conti.

In questo terzo ambito la prassi giudiziale registra però una divisione interpretativa di fondo⁴⁶.

La tensione è ben esemplificata e riassunta dal confronto tra la sentenza della Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Lombardia, n. 598/2009, e la pronuncia della Seconda Sezione Giurisdizionale d'Appello, che l'ha censurata, n. 198/2011.

Stando all'orientamento condiviso dal giudice di secondo grado, il danno alla concorrenza è un «danno da differenza», cioè una perdita occasionata dallo scarto tra le condizioni cui il contratto è stato perfezionato e quelle alle quali avrebbe potuto essere concluso, se il confronto competitivo fosse stato correttamente condotto.

⁴⁴ C. Conti, reg. Abruzzo, n. 377 del 2011, C. Conti, reg. Piemonte, n. 44 del 2011.

⁴⁵ Per una cui disamina aggiornata basti un rimando a V. Varone, *Il danno all'immagine*, in AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile*, cit., 1187 ss..

⁴⁶ Per una ricognizione dei vari orientamenti, P. Clarizia, *Il danno alla concorrenza*, in AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile*, cit.; L. D'angelo, *Danno erariale alla concorrenza e figure "similari"*, in www.altalex.com, 2013; A. Vetro, *Il c.d. "danno alla concorrenza" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, in www.lexitalia.it, 2011, 11; Id., *Il danno erariale conseguente alla violazione delle norme comunitarie ed interne di evidenza pubblica. I contrasti giurisprudenziali della Corte dei conti sul c.d. "danno alla concorrenza"*, in www.lexitalia.it, 2011, 6; C. Conti, Sez. II giurisd. centrale d'appello, n. 130 del 2013; si vedano anche A. Corsetti, *Il danno alla concorrenza giudicato dalla Corte dei conti* (nota a C. Conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 14 luglio 2006, n. 447, in *Foro amm.* TAR 2006, 2735 ss.; F. Rega, *Il danno erariale per violazione della concorrenza*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2008, 1635 ss.; L. Venturini, *Il sistema della responsabilità amministrativa*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, a cura di P. Novelli, L. Venturini, Milano, 2008, 112 ss..

Come tale, questa perdita deve essere volta per volta indagata e provata, non bastando il riscontro dell'eventuale illegittimità, nelle scelte dell'amministrazione⁴⁷.

Secondo l'altro indirizzo, espresso dalla sezione lombarda, il danno è invece conseguente al fatto stesso dell'illegittimità.

Questo assunto poggia su due alternativi ordini di argomenti.

Secondo alcune pronunce si tratterebbe di un danno in *re ipsa*⁴⁸.

Alla stregua di una linea di pensiero più elaborata, legata ad un risalente indirizzo della Corte di Cassazione, la trasgressione delle norme di gara protettive della concorrenza integrerebbe una violazione di norme imperative, dunque una causa di nullità del contratto. Il trasferimento di denaro a favore dell'impresa aggiudicataria resterebbe così privo di titolo, oltre il limite dell'indebitato. Secondo questo orientamento avremmo pertanto un danno da trasferimento ingiustificato, quantificabile nell'utile, forfettariamente calcolato nel 10% o nel 5% del valore del contratto, in relazione al tipo⁴⁹.

Mi pare che ambo le linee ricostruttive che contraddicono la tesi del «danno da differenza» e che nella sostanza finiscono col desumere macchinalmente la perdita erariale dall'illegittimità procedimentale – in forza di logiche presuntive, piuttosto che sulla scorta dell'attenta misurazione, alla giusta scala, degli effetti complessivi dell'operazione contrattuale – siano atte ad amplificare le controindicazioni già rese inevitabili dalla percezione del rischio di danno indiretto e muovano perciò in una direzione opposta rispetto a quella sinora caldeggiata.

c) *L'elemento soggettivo*

La letteratura interessata agli effetti dissuasivi della responsabilità spiega che quando vi sia motivo di temere che il danno risarcibile sia sovradimensionato o

⁴⁷ Si veda ancora L. D'angelo, *op. ult. cit., ibidem*.

Tra i molti lavori dedicati al tema generale del rapporto tra illegittimità dell'atto ed illiceità della condotta, C. Cudia, *La responsabilità amministrativa tra (il)liceità del comportamento e (il)legittimità dell'atto: limiti alla giurisdizione della Corte dei conti e discrezionalità amministrativa* (nota a Cass. sez. un. 6 maggio 2003, n. 6851), in *Foro amm.*, 2003, 2888 ss.; M. U. Francese, *L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1987, 1674 ss.; L. Giampaolino, *Sui limiti della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa nei confronti della c.d. «riserva di amministrazione»* (nota a Cassazione civile, sez. unite, 25 gennaio 2006, n. 1378) in *Giustizia civile*, 2007, parte I, 980 ss.; P. Maddalena, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, cit., 11 ss. e 71 ss.; C. Pinotti, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., 481 ss.; P. Santoro, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, Milano, 2009, 705 ss..

⁴⁸ In questi termini C. Conti, sez. giurisd. Reg. Lombardia, n. 598 del 2009, cit., secondo cui «nella graduazione delle poste di danno derivanti dalla lesione del principio di imparzialità nella distribuzione delle risorse pubbliche, in materia contrattuale, il c.d. danno alla concorrenza costituisca una soglia minima, intrinseca nel contenuto delle violazioni contestate (sicché potrebbe sostenersi che il danno sia *in re ipsa*)».

⁴⁹ Per tutti, A. Vetro, *Il c.d. "danno alla concorrenza" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, *op. ult. cit.*

malamente messo a fuoco, gli incentivi possono essere corretti operando sugli standard di diligenza.

Simmetricamente, si è mostrato che parametri di diligenza e indicatori normativi di dubbia interpretazione innescano un razionale eccesso di cautela, poiché ogni operatore avveduto, in caso di dubbio, tende a stimare le conseguenze attese delle proprie scelte attraverso una sorta di media ponderata delle perdite che subirebbe nel caso fosse giudicato responsabile e di quelle che affronterebbe nel caso fosse ritenuto diligente⁵⁰.

Coerente alle coordinate è il suggerimento, quando si vogliano fronteggiare problemi di *cd over deterrence* od *over enforcement*, di accrescere per quanto possibile la chiarezza e l'univocità degli obblighi di diligenza⁵¹.

Mi pare che in questa direzione si sia mosso l'art. 3 della legge n. 639 del 1996, intervenendo sull'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa.

Nell'ottica appena evocata il riferimento al dolo o alla colpa grave va dunque inteso non soltanto e non soprattutto come strumento utile alla mitigazione della severità della sanzione (secondo la *ratio* che informa *ex post* l'esercizio del potere riduttivo) quanto piuttosto come misura propedeutica alla demarcazione – *ex ante* – degli standard comportamentali richiesti, affinché siano circoscritti al sottoinsieme più evidente e meno controvertibile.

Senonchè, è abbastanza diffusa l'opinione che la riforma non abbia del tutto raggiunto lo scopo, a causa della perdurante vaghezza del concetto di colpa grave, nella prassi interpretativa che ha scandito l'applicazione della norma⁵².

Prendo a prestito, per chiarire, alcuni passaggi della relazione presentata nel 2011 dall'allora Procuratore Generale presso la Sezione Giurisdizionale per il Molise, Francesco Paolo Romanelli, che, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, ha descritto lo stato del dibattito ad un quindicennio dalla riforma.

Nel documento si legge: «La questione del significato del concetto di gravità della colpa è ancora lontana, a quasi 15 anni dalla riforma, dal trovare una soddisfacente ed univoca soluzione in giurisprudenza. Ed invero, essa è stata risol-

⁵⁰ R. Cooter ed altri, *Il mercato delle regole*, cit.; R. Cooter, *Prices and Sanctions*, cit..

⁵¹ R.A. Bierschbach, A. Stein (2005), *Overenforcement*, *Georgetown Law Journal*, 2005, 1743 ss.; R. Cooter, *op. ult. cit.*; F. Denozza, L. Toffoletti, *Compensation function and deterrence effects of private actions for damages: the case of antitrust damage suits*, cit.; H.B. Schafer, R. Van den Bergh, *State liability for infringement of the EC Treaty: economic arguments in support of a rule of "obvious negligence"*, cit..

⁵² Senza indulgere in uno specifico approfondimento del tema, mi limito a segnalare in nota che l'impostazione del ragionamento sin qui condotto induce a prediligere – al cospetto di una disciplina risarcitoria con accenti fortemente sanzionatori e dissuasivi – un'accezione «penalistica» del concetto di dolo, in luogo di quella «contrattuale». Di diverso avviso A. Vetro, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *Contabilità Pubblica* 2011, www.contabilita-pubblica.it. Per una rassegna e un'analisi critica degli orientamenti interpretativi G. Bottino, *Responsabilità amministrativa e rischio*, cit., 378 ss.; L. Casio, *Il dolo comune ed il dolo erariale*, *Foro amm. CDS*, 2004, 2988 ss..

ta, per lo più, mediante il riferimento all'antica massima del diritto romano classico (secondo cui, com'è noto, essa consiste nel non comprendere ciò che anche la persona più sprovveduta intende: *non intelligere quod omnes intelligunt*) ovvero mediante l'aggiunta di aggettivazioni superlative (massima, macroscopica, eccezionale, gravissima, assoluta, eccessiva, etc.) alle tradizionali formule costitutive della colpa (negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi disciplinari e regolamenti) e, quindi, in maniera sostanzialmente tautologica. La sostanziale indeterminatezza normativa del criterio di imputazione della responsabilità amministrativa, ha finito così per tradursi in una estrema ampiezza della discrezionalità del giudice e in una conseguente oggettiva difficoltà per il Requirente contabile nell'assumere la decisione di agire in giudizio, stante l'alta probabilità – pur in presenza di danni certi ed attuali, a volte notevoli – di una diversa valutazione del collegio giudicante sulla sussistenza dell'elemento psicologico in capo ai soggetti che li hanno causati».

È abbastanza ovvio che, se la persistente equivocità dei criteri di identificazione dell'elemento soggettivo impedisce alle Procure di orizzontarsi con tranquillità, a maggior ragione essa vanifica l'azione di contenimento dell'incertezza incombente sui funzionari, che la riforma si riprometteva.

Cosciente del problema⁵³, la dottrina ha manifestato plauso per il tentativo di isolare «figure sintomatiche» di colpa grave, in cui si è prodotto un filone giurisprudenziale⁵⁴.

Mi chiedo se, nella delicata fase di transizione che la normativa sugli appalti sta compiendo, in attesa che maturi l'ambizioso processo di emancipazione delle committenze programmato dal codice dei contratti (che inevitabilmente richiederà tempo), la giurisprudenza della Corte non possa spingersi oltre⁵⁵.

⁵³ Cfr. G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 377 ss..

⁵⁴ E. Bonelli, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi venti anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639*, in AA.VV., *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, cit., 275, riconosce a questa giurisprudenza «il grande merito di avere individuato [...] delle vere e proprie “figure sintomatiche” (o “indici rilevatori”) della colpa grave, nell'intento di semplificare l'attività di “giudizio” (raffronto tra fattispecie astratta e concreta) che il giudicante è chiamato a compiere».

Procedendo con metodo induttivo, possono ricavarsi dall'elaborazione giurisprudenziale alcune consolidate figure sintomatiche dell'esistenza della colpa grave, quali: - inosservanza del minimo di diligenza richiesto; - carenza di difficoltà oggettive ed eccezionali ostative all'ottemperanza ai doveri di ufficio; - prevedibilità e prevenibilità dell'evento dannoso; - atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni da parte dell'agente che non osserva le opportune cautele; - violazione di elementari regole che anche i soggetti meno esigenti e cauti sono soliti osservare; - deviazione al modello di condotta connesso ai propri compiti senza il rispetto delle comuni regole di comportamento; - comportamento gravemente negligente, sia nell'esame del fatto (omissione completa o limitazione ad aspetti marginali), sia nell'applicazione del diritto (nelle possibili forme dell'imperizia, dell'inosservanza e dell'erronea interpretazione di norme).

⁵⁵ È noto che il comma 3 dell'art. 2 della legge provinciale di Bolzano 9.11.2001 n. 16 ha a suo tempo tentato una sorta di tipizzazione delle ipotesi di «colpa grave», con una disposizione che, se fosse stata promulgata, avrebbe statuito: «Costituiscono in particolare colpa grave: a) la grave violazione di norme determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione o la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la

Si consideri in aggiunta che la simbiosi della responsabilità amministrativa con quella dell'amministrazione complica di nuovo le cose, in materia di contratti, sul piano della deterrenza⁵⁶.

È infatti noto che la disciplina dell'elemento soggettivo dell'illecito della persona giuridica si è evoluta secondo una traiettoria addirittura polare, in questo settore.

Su impulso del diritto europeo, la responsabilità della persona giuridica nascente dalla violazione delle norme sulle gare ha di recente assunto connotati oggettivi.

Questa trasformazione, che ovviamente innalza le probabilità di condanna dell'ente, in caso di illegittimità, non può che fornire al decisore pubblico addetto alla contrattazione ragioni supplementari per temere il *boomerang* dell'azione di rivalsa⁵⁷.

In siffatto contesto, la perdurante incertezza sull'esatta fisionomia della colpa grave, nella fattispecie dell'illecito erariale, promette di risultare tanto più deleteria.

cui esistenza risulta incontrastabilmente esclusa o provata sulla base della documentazione a disposizione; c) il causare danni o la mancata prevenzione di danni nonostante la facile prevedibilità dell'evento dannoso; d) la violazione delle elementari regole di comportamento o l'atteggiamento di grave disinteresse nell'esercizio delle funzioni e nello svolgimento dei compiti affidati». È anche risaputo che la disposizione provinciale è stata cassata dalla Corte Costituzionale, con sentenza 24 ottobre 2001 n. 340, la quale ha ritenuto fosse preclusa all'Ente autonomo la possibilità, contraria «ai principi dell'ordinamento, quale configurato nell'attuale sistema normativo, attenuare ulteriormente, in via generale, i casi di responsabilità per colpa grave». La sentenza è stata a sua volta ruvidamente criticata da F. Merusi, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa*, cit., giacché, secondo l'A., la trasformazione in senso sanzionatorio della disciplina della responsabilità amministrativa avrebbe inficiato la pretesa di elevare il troppo evasivo riferimento alla colpa grave, contenuto nella riforma del 1996, a parametro di costituzionalità idoneo.

⁵⁶ Per una riflessione ampia sulla colpa dell'amministrazione, da raccordare col tema della responsabilità del singolo agente, basti un rimando a F. Fracchia, *Colpa dell'amministrazione e autoprotezione da parte del privato-vittima: riflessioni in tema di selettori e di incentivi elaborati dalla giurisprudenza*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 147 ss..

⁵⁷ Una rappresentazione emblematica dello scenario e del quadro di idee che potrebbe con ragione impensierire gli amministratori è offerta da A. Vetro, *Responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della disciplina sugli appalti pubblici, alla luce della sentenza 30 settembre 2010 della Corte di giustizia dell'Unione europea: l'evoluzione della giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Contabilità pubblica* 2011, www.contabilita-pubblica.it, che vale la pena di riportare testualmente: «un apprezzabile grado di prevedibilità dell'evento dannoso, attraverso un giudizio *ex ante*, integra una ipotesi di colpa grave, in particolare nel caso di violazione di norme cui conseguono consistenti effetti dannosi per il pubblico erario. Orbene, nella fattispecie in esame, di violazione della disciplina sugli appalti pubblici, con illecita esclusione dell'impresa cui l'appalto sarebbe stato assegnato qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, non si ha soltanto un elevato grado di prevedibilità dell'evento dannoso, ma addirittura la quasi assoluta certezza del verificarsi di un documento di rilevante entità per le finanze pubbliche, per l'inevitabile condanna della p.a. nel caso di risarcimento 'per equivalente', in ottemperanza ai principi affermati dalla Corte di giustizia. In tale situazione, più che di 'colpa cosciente', può parlarsi di 'dolo indiretto o eventuale' da imputare al pubblico amministratore o dipendente che ha violato la normativa in questione, dovendosi ritenere voluti i risultati nocivi del proprio comportamento, facilmente prevedibili e di cui è stato accettato il rischio».

Senza avallare generalizzazioni indiscriminate e senza dimenticare che il giudizio di colpevolezza è indissociabile da una valutazione in concreto⁵⁸, penso sia desiderabile che la giurisprudenza della Corte dei Conti faccia ulteriori passi – con prudenti valutazioni per ambiti di materia omogenei – nella direzione di una enumerazione meno ambivalente delle condotte capaci di integrare gli estremi della colpa grave, *ex ante*.

Penso che l'azione chiarificatrice possa risultare tanto più efficace se condotta in condizioni di reciproca sintonia, con l'Autorità di vigilanza.

È ben vero che ad ANAC non compete agire per la riparazione di danno all'erario⁵⁹ e che, simmetricamente, il giudizio di responsabilità amministrativa non contempla spazi per interventi preventivi della Corte dei Conti, volti ad inibire condotte pregiudizievoli⁶⁰.

Tuttavia, data la complementarietà dei ruoli, mi pare abbondino le occasioni di simbiosi tra le due Autorità (ben al di là degli obblighi di segnalazione) nel perseguire il fine costruttivo, di comune interesse, di fornire agli amministratori coordinate operative chiare ed affidabili, avanzando lungo la strada imboccata col protocollo d'intesa siglato nel 2015.

Pareri di precontenzioso, svolgimenti della vigilanza collaborativa, linee guida⁶¹ – in un futuro sperabilmente prossimo, superata la difficoltosa fase di rodaggio e l'effetto disorientante che spesso producono modelli d'azione innovativi –

⁵⁸ In tema, E. Bonelli, *La nozione di colpa grave*, cit.; G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 367 ss.; S. Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, nei passaggi dedicati alla posizione dell'agente, 442 ss. e 456; Id., *Colpa della p.a. e colpa grave del dipendente pubblico*, *Foro amm.* TAR, 2005, 3341 ss.; M.A. Sandulli, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, cit..

⁵⁹ Cfr. Comunicato del Presidente ANAC del 26.04.2017, ove si è specificato: «Al fine di meglio chiarire le ipotesi di manifesta incompetenza dell'Autorità si riportano di seguito, a titolo esemplificativo, alcune tipologie di segnalazioni che non saranno prese in considerazione». A. Segnalazioni di fatti o comportamenti tese all'accertamento di responsabilità esclusivamente penali e/o erariali e sulle quali non sussistono profili di competenza dell'Autorità. In tali casi è necessario rivolgersi all'Autorità giudiziaria e/o alla Corte dei conti competenti per territorio». L'art. 213 del D.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce, al c. 2 che «nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità [...] b) vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario». Il comma 6 aggiunge: «Qualora accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla Procura generale della Corte dei conti». In tema, M. Rosignoli, *I poteri di Anac*, relazione nella sessione del ciclo convegnistico dedicato a «*La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*» tenuta il 9.2.2018 presso l'Università degli studi dell'Insubria, in corso di pubblicazione, ora visionabile, su richiesta, all'indirizzo http://w3.ateneo.uninsubria.it/AzureStreaming/2018_AEQUA.

⁶⁰ C. Conti, sez. reg. Campania, ordinanza n. 63 del 2016: «L'esistenza di un danno erariale certo e attuale è, al contempo, presupposto della giurisdizione contabile ed elemento costitutivo dell'illecito contabile, con la conseguenza che deve escludersi che possa rientrare nelle attribuzioni giurisdizionali della Corte dei Conti il potere di ordinare, in via d'urgenza, alle Amministrazioni di porre in essere azioni specifiche (anche assegnando termini o nominando, in caso di inottemperanza, commissari *ad acta*) onde evitare danni erariali futuri, ipotetici ed eventuali ovvero l'aggravamento di potenziali danni *in itinere*».

⁶¹ Per una panoramica del dibattito che al momento anima la riflessione su natura e tipi di linee guida, G. Morbidelli, *Linee guida dell'anac: comandi o consigli?*, in *Dir Amm.*, 2016, 273 ss.; M. Fazio, relazione sui

se sapientemente gestiti potrebbero fornire, tanto al funzionario quanto al magistrato, elementi utili a definire e valutare meglio gli standard di diligenza esigibili, concorrendo a delineare più nitidamente l'antologia delle condotte idonee a varcare la soglia della colpa grave⁶², pur senza acquisire il valore formalmente scriminante che l'art. 17, comma 30-*quater* del d.l. n. 78/2009⁶³ riconosce all'apposizione del visto della Corte agli atti soggetti a controllo preventivo di legittimità o ai pareri resi dalla Corte in via consultiva⁶⁴ secondo la previsione dell'art. 95, c. 4, del codice contabile⁶⁵.

poteri regolatori di ANAC, in «*La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*», 9 febbraio 2018, cit., in corso di pubblicazione, all'indirizzo http://w3.ateneo.uninsubria.it/AzureStreaming/2018_AEQUA.

Sul delicato tema parallelo del valore ascrivibile alle linee guida mediche, reso tanto più attuale dalla riforma introdotta con la cd legge Gelli, legge n. 24 del 2017, v. C. Conti, sez. giurisd. Reg. Emilia Romagna, n. 100 del 2017, secondo cui «ai fini della perseguibilità in sede contabile di un medico accusato di *malpractice*, l'inosservanza delle linee guida non dimostra, di per sé, l'esistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave, né, tanto meno, la necessaria sussistenza di un nesso causale tra il loro mancato rispetto e l'evento dannoso, con la conseguenza che non si può attribuire in modo certo ed automatico la responsabilità al sanitario che se ne è discostato. Secondo i giudici contabili, infatti, l'esimente di cui all'art. 3, primo comma, legge n. 189/2012 (oggi abrogato e sostituito dall'art. 6, secondo comma, della legge n. 24/2017) può tutt'oggi operare, nella formulazione del nuovo art. 590-*sexies* c.p., solamente sul piano della responsabilità penale. Ne consegue che, nel caso della responsabilità amministrativa per danno sanitario, va dimostrata la colpa grave nel caso specifico e vanno indicati gli elementi di prova in base ai quali, sul caso concreto, si ritiene che vi sia stata violazione delle buone pratiche mediche». Secondo C. Conti, sez. giurisd. reg. Emilia Romagna, n. 49 del 2016 «spetta al medico cui sia attribuita una responsabilità penale colposa allegare le linee guida alle quali la sua condotta si sarebbe conformata, al fine di consentire al giudice nel processo penale di verificare la correttezza e l'accreditamento presso la comunità scientifica delle pratiche mediche indicate dalla difesa, e l'effettiva conformità ad esse della condotta tenuta dal medico nel caso di specie (Cass. Pen., 18.12.2014, n. 21243). La funzione delle linee guida, quindi, si manifesta sul piano meramente difensivo, nel senso che esse possono costituire un valido argomento per far attivare, sempre nel caso di un procedimento penale, l'esimente di cui all'art. 3, primo comma, legge n. 189/2012». Cfr. M. Rosignoli, *op. ult. cit.*

⁶² Vale la pena di notare che l'art. 211 c. 1-*ter* del Codice dei contratti pubblici (rubricato «Pareri di precontenzioso dell'ANAC»), nella versione rivista dall'ultimo correttivo, stabilisce che l'Autorità, «se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del (...) codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati». Se il parere viene disatteso, l'ANAC può presentare ricorso al giudice amministrativo. Il successivo comma 1-*quater* demanda ad un regolamento di ANAC (al momento in cantiere) il compito di individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri previsti dalla disposizione precedente. M. Rosignoli, *op. ult. cit.*, opportunamente si domanda se l'antologia delle fattispecie concretanti «gravi violazioni», ai sensi dell'emanando regolamento, non possa coadiuvare una più definita catalogazione delle condotte suscettibili di integrare gli estremi della colpa grave.

⁶³ Convertito dalla legge n. 102 del 2009.

⁶⁴ In favore di enti locali e amministrazioni territoriali, ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003 n. 131 e s.m.i. Per un'analisi della rilevanza dei suddetti pareri della Corte, nel giudizio contabile, col corredo dei riferimenti alle determinazioni della Sezione Autonomie che hanno delimitato severamente le condizioni soggettive ed oggettive di esercizio della funzione consultiva, alla stregua di un'accezione stretta della materia della «contabilità», v. da ultimo F. Longavita, *I rapporti tra funzioni giurisdizionali e funzioni di controllo*, in AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. N. 174/2016)*, a cura di A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo, cit., 101 ss. e 132 ss.. Si veda anche M. Mirabella, *T.A.R. e Corte dei conti in sede locale: strade convergenti o interferenti? Riflessi della funzione consultiva sulla responsabilità del pubblico dipendente*, www.contabilità-pubblica.it, 2010.

⁶⁵ Come da mandato dell'art. 20, c. 2, lett. p), della l. delega n. 124 del 2015.

d) *Cenni conclusivi*

Per concludere, torno con un cenno alla letteratura teorica sui rimedi ai problemi di *over enforcement* ⁶⁶.

Essa ricorda che tre sono le principali leve azionabili (tutte a ben vedere compulsate dal legislatore italiano): intervenire sui confini del danno rilevante, accrescere l'univocità degli standard di diligenza, agire sulla configurazione delle regole processuali e probatorie.

La parte costruttiva del ragionamento condotto offre qualche spunto, senza eccessive pretese, sui due versanti sostanziali ma (con l'eccezione di qualche rapida sottolineatura di problemi di allineamento col giudizio amministrativo) non si è quasi avventurata sul terreno processuale, anche perché l'incursione avrebbe da sola richiesto ben più di un altro saggio.

Mi limito a ricordare, in chiusura, che il nuovo codice di giustizia contabile ha laboriosamente trovato una sintesi tra posizioni talora distanti, che si sono confrontate, nel corso dei lavori preparatori ⁶⁷.

Tra i nodi della discussione avviata, tre in particolare mi sembrano carichi di potenziali risvolti sull'efficacia deterrente della responsabilità amministrativa: a) l'opportunità di una revisione – attraverso una lettura della disciplina risarcitoria d'ispirazione più marcatamente civilistica – del ruolo dell'amministrazione danneggiata, ora troppo passivamente portata ad eclissarsi all'ombra delle Procure, b) la fisionomia dei poteri del Pubblico ministero contabile c) il coordinamento tra azioni risarcitorie, incardinate presso giurisdizioni diverse.

È pacifico siano temi di grande importanza ed è auspicabile che il dibattito su di essi prosegua, nello sforzo di affinare le soluzioni apprestate ⁶⁸.

⁶⁶ R.A. Bierschbach, A. Stein, *Over enforcement*, cit..

⁶⁷ Per una prima ricognizione di linee critiche speculari, nei confronti del nuovo testo, si leggano M. Clarich, F. Luiso, A. Travi, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla corte dei conti*, cit. e, d'altro lato, A. Vetro, *Analisi del d. lgs. 26 agosto 2016, n. 174, codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'art. 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, www.contabilita-pubblica.it.

⁶⁸ Cogliendo all'occorrenza l'occasione offerta dagli interventi integrativi e correttivi programmati dall'art. 20, c. 6 della legge n. 124 del 2015.

Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”

Il contributo tratta dell’impatto deterrente della responsabilità amministrativa, in materia di contratti pubblici.

La prima parte dello scritto segnala che la disciplina europea di appalti e concessioni pubbliche è andata evolvendo all’insegna di una tendenziale apertura di credito nei confronti della discrezionalità amministrativa.

La seconda parte del lavoro mostra che, ciononostante, la prassi italiana propende a rifuggire l’esercizio del potere discrezionale, preferendo l’esperimento di procedure rigide e formali. La terza parte del contributo suggerisce espedienti e opzioni interpretative che, applicando la disciplina risarcitoria e quella contrattuale, potrebbero contribuire a mitigare la deleteria pratica dell’ “amministrazione difensiva”.

Public contracts, administrative responsibility and ‘defensive bureaucracy’

The contribution deals with the deterrent effect of administrative responsibility in the field of public contracts.

The first part of the article indicates that the European rules on public tenders and concessions have evolved along the lines of a tendential credit opening towards administrative discretionality.

The second part of the work shows that, nevertheless, the Italian practice tends to avoid the exercise of discretionary power, preferring the implementation of rigid and formal procedures.

The third part of the contribution suggests expedients and interpretative options that, by applying the compensation and contractual rules, could help to mitigate the deleterious practice of ‘defensive administration’.

Lupus lupus non homo. Diritto umano per l'ethos degli "animali"?

Pier Luigi Portaluri

Li ho visti stupendi e sicuri, attraversare il prato, il mantello bagnato dalla pioggia, le orecchie all'indietro, infastiditi dal vento, li ho visti scappare, coda tra le gambe, li ho visti correre verso i loro cuccioli, rigurgitare la preda, scodinzolare ai fratelli, leccare il muso alla madre, li ho visti ringhiare di paura, li ho visti ringhiare sgomenti, li ho visti dormire, li ho visti in trappola convinti fosse la fine, li ho visti attoniti in un fosso, con le zampe o la schiena spezzate da un'auto, li ho visti avvelenati ma ancora vivi sbavare, ansimare, seduti in un bosco, li ho visti feriti dal fucile, li ho visti uccisi dal fucile, li ho visti attraverso l'obiettivo e li ho visti attraverso il satellite, li ho visti nell'intimo delle loro cellule, li ho visti puri e sporcati di cane, li ho visti morti da poche ore, morti da un mese e morti da anni, intonsi come fossero spazzolati e putridi pieni di vermi, li ho visti così tanto che ho perso il conto. E di una cosa sono certa: non mi hanno mai fatto così tanta paura come l'animo di certa gente. Amate il lupo, temete l'uomo.

Mia, in G. Festa, *I figli del bosco*.

1.

In una *lectio* sugli "animali" e la musica Paolo Isotta ha parlato della fratellanza¹ fra esseri senzienti² (creature cioè sia umane, sia zoomorfe; evito la parola "animale": splendida un tempo³, oggi greve). È il riflesso – ci ha spiegato – dell'universale «*durch Mitleid wissend*», l'«Illuminato dalla pietas»: Parsifal, «*der reine Tor*»⁴.

¹ Questo scritto è un iniziale approfondimento del mio contributo destinato agli *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani* (d'imminente pubblicazione).

² P. Isotta, *De nonnullis animalium sermonibus*, in AA.VV., *Tutti gli animali, io pure, si esprimono* (Atti del convegno internazionale BIOGEM "Le Due Culture", VIII ed., Ariano Irpino, 7-11 settembre 2016), Soveria Mannelli, 2017, 65 ss., spec. 72 ss.

³ «*O animal grazioso e benigno*», Paolo chiama l'amata Francesca nel celeberrimo *Capitulum V* dell'*Inferno* (confr. oggi la bella, ancorché già discussa, edizione critica della *Dantis Alagherii Comedia* – condotta col criterio dello stemma lachmanniano – per cura di F. Sanguineti, Firenze, 2001).

⁴ R. Wagner, *Parsifal, erster Aufzug*. Parla il mistagogo Gurnemanz e ricorda il vaticinio del Re colpevole, Amfortas: «*Vor dem verwaisten Heiligtum in brünst'gem Beten lag Amfortas, ein Rettungszeichen bang erlebend: ein sel'ger Schimmer da entfloss dem Grale; ein heilig' Traumgesicht nun deutlich zu ihm spricht durch hell erschau-*

Il «puro folle», che – redarguito da Gurnemanz⁵, il quale «già sempre» l'attende per salvare Amfortas – si pente commosso per aver ucciso un cigno, e spezza sul proprio ginocchio arco e frecce⁶.

Così, da giurista, posso intendere estensivamente il motto della Redenzione del Parsifal: la compassione, ossia il soffrire insieme, ma anche il sentire insieme come legge del creato tutto (o dell'universo increato, poiché dalla compassione nasce la conoscenza redentrice).

In quell'occasione Isotta ha indicato, però, l'altra dimensione del rapporto. Quella oscura. Quella della estraneità, se non proprio della ostilità reciproca: la *Cantata profana* o *I Nove cervi fatati* di Bartok⁷.

Anche il diritto ha contribuito purtroppo a questa alterità separata: è un sistema che privilegia – privilegio «in pena e odio» – la distanza, di forma e di sostanza.

Anzitutto, i giuristi parlano un linguaggio che somministra l'arcano, di bruttezza rara. Penso al «terrore semantico», all'*Antilingua del brigadiere* di Italo Calvino⁸ (ricordata pure da Pier Vittorio Mengaldo⁹): «la motivazione psicologica dell'antilingua è la mancanza d'un vero rapporto con la vita [...] La lingua invece vive solo d'un rapporto con la vita che diventa comunicazione, d'una pienezza esistenziale che diventa espressione. Perciò dove trionfa l'antilingua – l'italiano di chi non sa dire “ho fatto” ma deve dire “ho effettuato” – la lingua viene uccisa».

In secondo luogo, il diritto alimenta quella distanza poiché è una categoria dello spirito umano. Se il diritto si rivolge in modo sgraziato e insidioso già agli uomini, non può essere mite nei confronti delle creature non umane.

Il diritto, comunque, è costruzione sinora *antropocentrica*.

Persino l'espressione “diritto naturale” non identifica sempre il *corpus* dei diritti che l'uomo si degna di attribuire alla natura, ma l'insieme dei diritti che

ter Wortezeichen Mable: “durch Mitleid wissend, der reine Tor, harre sein’, den ich erkor” («Davanti al santuario deserto Amfortas si prostrò con fervida preghiera, ansioso supplicando un segno di salvezza: ed ecco dal Graal un divino bagliore fluire; una sacra apparizione ora a lui chiaro parla in rilievo di parole luminose alla vista: “per compassione sapiente, il puro folle, costante attendilo, che io ho eletto!”»).

⁵ «*Unerhörtes Werk! Du konntest morden, hier im heil’gen Walde, des’ Stiller Friede dich umfing? Des Haines Tiere nahten dir nicht zahm, Grüßten dich freundlich und fromm?*» «Opera inaudita! Hai potuto uccidere, qui nella foresta sacra, la cui pace silente t'avvolgeva? Non ti si accostarono mansuete le creature del bosco, salutandoti insieme pie ed amiche?».

⁶ In questo modo – nota Isotta, *op. cit.*, 73 – Parsifal volge il suo primo *Mitleid* proprio alle creature non umane.

⁷ La misteriosa e antichissima leggenda pagana – paradossalmente racchiusa da Bartok in una *colinda*, il tradizionale canto natalizio romeno – dei nove giovinetti che in modo irredimibile son trasformati in cervi entrando in una foresta sacra, è poi ripresa dalla splendida e dolente poesia di Ferenc Juhász, *The boy changed into a stag clamors at the gate of secrets*.

⁸ I. Calvino, *L'antilingua*, in *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Milano, 1995, 149-154.

⁹ Il passo di Calvino è ripreso dall'allievo di Gianfranco Folena in *Il Novecento*, in *Storia della lingua italiana*, a cura di F. Bruni, Bologna, 1994, 277.

l'uomo ha deciso che gli derivino dalla natura (vedi tuttavia la prospettiva ben più ampia di Ulpiano: «*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*» (D. 1.1.1.3); e, prima, di Seneca, *De clementia*, I, XVIII: «*cum in servum omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune ius animantium vetet*»).

Sarebbero dunque *immutabilia* gli *iura* che all'occorrenza l'uomo – ancora lui – pretende di poter esercitare, se necessario, addirittura contro l'asserita fonte degli stessi, muovendo cioè *adversus naturam*.

Le conseguenze di questa visione insieme *estrattiva*¹⁰ e distruttiva sono la separazione totale fra uomo e natura, e la connotazione della nostra era come plasmata – o sconvolta – dall'intervento umano, lanciato follemente verso la sesta estinzione di massa (riprendo il titolo dell'ormai celebre libro divulgativo di Elizabeth Kolbert¹¹). Sesta in assoluto, la prima però non dovuta a cause naturali, poiché interamente provocata dall'uomo: l'Antropocene, dove ogni parametro d'azione discende dalla specie umana, che esercita – egemone – un dominio pieno e incontrollato.

2.

La *Tempesta* è – per alcuni interpreti post-colonialisti (tra gli altri, Eric Cheyfitz¹²) – un ottimo esempio di questo rapporto fra uomini e altri animali.

Al tempo in cui il Bardo la scrisse, era pacifico che i “selvaggi” (lì, il deforme Caleban) non potessero essere titolari di un diritto di proprietà nei territori dove vivevano: erano solo semplici abitanti – come gli altri esseri viventi – della foresta. Proprio come le “bestie”, che la abitano e basta.

Gli Europei giustificavano allo stesso modo il severo spoglio di diritti ai Nativi americani, i quali persero anche la loro qualificazione di soggetti. Non erano titolari di diritti, privati della loro natura di esseri umani poiché ignoravano il linguaggio: e non conoscere il linguaggio significa essere appunto “selvaggio”, abitare un luogo, ma non avere il diritto esserne proprietario. I selvaggi non sono. Come ci ha fatto notare Luigi Nuzzo¹³, persino la Carta delle Nazioni uni-

¹⁰ Per il concetto di *estrazione* confr. F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del Diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017, cui adde U. Mattei, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 1117 ss.

¹¹ E. Kolbert, *La sesta estinzione. Una storia innaturale*, Vicenza, 2015. Sesta poiché segue le altre cinque – *the Big Five* – non dovute all'azione dell'*Homo sapiens*.

¹² E. Cheyfitz, *The poetics of imperialism: translation and colonization from the Tempest to Tarzan*, New York, 1991.

¹³ L. Nuzzo, *Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica*, in *Autonomia, unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, tomo II, 2014, 651 ss.

te ci parla (all'art. 73) di «*territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government*». «*Not yet*», «non ancora». Sono collettività – dice Nuzzo – «rappresentate come incapaci di autogovernarsi», e quindi «bisognose di controllo, tutela, protezione»: l'alterità che connota spazialmente questi territori «segna indelebilmente le popolazioni che li abitano, producendo allo stesso tempo anche una loro alterità culturale. Inclusi in un'altra spazialità, essi sono antropologicamente e culturalmente differenti dai cittadini metropolitani»¹⁴.

L'esproprio totale muove da quest'ordine concettuale e ideologico: s'imbeve sì del sangue delle vittime, ma lo considera sangue animale e perciò sacrificabile sull'altare della superiore e dominante cultura europea. La *Tempesta* è – sostiene Cheyfitz – una storia di usurpazione, non solo di titoli e di identità, ma anche e soprattutto di diritti.

La riflessione di Cheyfitz ci mostra un ulteriore aspetto rilevante ai fini dell'individuazione del soggetto giuridico.

La parola *persona* ha un'origine forse etrusca e una storia feconda di significati. Il lemma infatti – come tutti sanno – non indicava l'individuo. Si riferiva invece alla maschera di legno utilizzata dagli attori teatrali, con la bocca incisa in maniera pronunciata per amplificare il suono della voce. Potrebbe non essere estranea l'unione di *per* e *sonare*, «suonare attraverso». Per sineddoche, se dapprima indicava l'attore che interpretava la maschera teatrale, in seguito finì con l'indicare addirittura l'individuo.

Cheyfitz coglie il nucleo del problema: il linguaggio razionale era il *discrimen* fra *persona* (quindi soggetto) e non.

Abbiamo davanti il «sillogismo coloniale»: i “selvaggi” ἄλογοι sono animali; solo le persone sono soggetti di diritto; dunque i “selvaggi” non sono soggetti di diritto.

Cheyfitz rifiuta questo sillogismo e lo fa utilizzando la *Tempesta*. Che è un campo di battaglia: fra il magico e il reale, fra cultura e natura, fra l'artificiale e il naturale. È lotta alla sopravvivenza, conflitto fra specie. Anche lo spettatore è ammalato da Ariel: suoni, colori, parole e versi magnifici lo perdono nella fascinazione.

Ma si può guardare al centro, dove s'intuisce un occhio che s'apre e veloce si richiude: lo spoglio della soggettività.

¹⁴ L. Nuzzo, *op. cit.*, 655.

3.

Un certo cambio di paradigma si ha solo quando il pensiero anche giuridico (fondamentali i lavori di P. Singer¹⁵, T. Regan¹⁶ e C.D. Stone¹⁷) ha proposto – con varietà d’accenti – l’estensione della soggettività, cioè della titolarità di diritti, ad “animali” e ambiente.

In questo modo, per un verso si è finalmente infirmato il Grande Modello Binomiale «diritto-uomo»; e, risalendo la catena concettuale, è stata – se non superata – almeno posta in discussione la Grande Dicotomia «essere umano-essere non umano» (quest’ultimo, senziente o meno). Dicotomia così radicata nella civiltà occidentale, da non consentire la nascita di una parola che possa esprimere il suo secondo lato senza ricorrere alla litote.

Entra in crisi, in generale, il famigerato postulato antropocentrico, in forza del quale l’uomo godrebbe (per generosa autoattribuzione da sopraffazione, in realtà) di una sua propria «ontologia» differenziante, di un suo ingenito (o violentemente conquistato?) plusvalore primaziale che lo distinguerebbe – ovviamente *in melius* – da ogni altro ente della Terra.

Ecco la radice dello specismo, che Peter Singer teorizza in maniera molto lucida: «il *razzista* viola il principio di eguaglianza attribuendo maggior peso agli interessi dei membri della sua razza qualora si verifichi un conflitto tra gli interessi di questi ultimi e quelli dei membri di un’altra razza. Il *sessista* viola il principio di eguaglianza favorendo gli interessi del proprio sesso. Allo stesso modo lo *specista* permette che gli interessi della sua specie prevalgano su interessi superiori dei membri di altre specie. Lo schema è lo stesso in ciascun caso».

Ma, per altro verso, si è aperto un nuovo fronte tematico e problematico: quale grado di effettività può avere questa nuova impostazione?

Il rischio, infatti, è che ogni teoria del *deumanismo giuridico* finisca per aggiungersi alle molte enunciazioni declamatorie attributive di diritti a entità diverse dall’uomo: che tentino cioè di sfuggire alla logica della persona (fisica o giuridica che sia), predicando un *tertium genus* evanescente e ottativo (secondo il monito di A. Pisanò¹⁸). Mi riferisco alla seducente – ma infestante – congerie dei «diritti del genitivo»: i diritti delle generazioni a venire, i diritti dei pianeti extra-terrestri, dell’universo intero, e così via¹⁹.

¹⁵ P. Singer, *Animal liberation*, 1975, ed. it. *Liberazione animale*, Milano, 2003.

¹⁶ T. Regan, *The case for animal rights*, London, 1983.

¹⁷ Lo scritto è del 1972, rielaborato più volte: ora C. D. Stone, *Should trees have standing?*, New York, 2010. Ne parlerò più avanti.

¹⁸ A. Pisanò, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012.

¹⁹ Per tutti, v. le osservazioni critiche di N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, 1990.

4.

Condizione di effettività di un diritto, invero, è che esso possa esser fatto valere in giudizio nei confronti di coloro che non intendono rispettarlo: che sia cioè – la parola non è certo tra le più eleganti – giustiziabile.

Questo aspetto era chiarissimo già ai giuristi romani, per i quali un diritto a sé stante quasi non era concepibile, risolvendosi esso nell'*actio*, cioè nella domanda rivolta da una parte a un giudice per ottenere il soddisfacimento di una sua pretesa.

Qui è il punto cruciale: attribuire o comunque riconoscere un diritto a un ente (uso volutamente, per ora, una parola molto generica) implica che questo ente sia poi in grado di farlo valere in giudizio per difenderlo da eventuali minacce.

Se quell'ente è un essere umano (cioè una «persona fisica»), può decidere consapevolmente e liberamente di adire (o meno) un giudice cui chiedere protezione di un proprio diritto che egli ritenga lesa: sempre per usare il grigio linguaggio giuridico, egli ha dunque legittimazione attiva per agire a difesa dei propri interessi.

Ma già così s'incontra subito un problema: per tutelare il diritto di un soggetto maggiorenne ma incapace di intendere e volere, ovvero di un soggetto minore, è necessario che l'ordinamento giuridico identifichi un altro soggetto che possa agire in giudizio in vece dell'incapace. Il genitore, nel caso del figlio minore. Costui avrà dunque legittimazione ad agire in luogo del soggetto incapace.

Questo è un modello generale di grande importanza in tutti gli ordinamenti giuridici. Quando un soggetto è incapace di autodeterminarsi per chiedere protezione giudiziale, l'ordinamento gli mette a disposizione un'altra figura, che disimpegni quel *munus*.

La premessa implicita è però duplice ed evidente: anzitutto, l'«ausiliato» dev'essere un ente che un dato ordinamento riconosca come soggetto giuridico, cioè come possibile centro d'imputazione di uno o più diritti, i quali entrano dunque a far parte del suo patrimonio giuridico quali diritti – appunto – soggettivi; inoltre, deve sussistere un rapporto particolare e qualificato fra quell'ente – oramai considerato soggetto giuridico – e l'«ausiliante»: il genitore, come detto, rispetto al figlio minore.

5.

Alle corte: le due questioni capitali sono infatti già delineate.

La prima. Un essere non umano è un soggetto giuridico? La seconda. Se lo è, chi – non essendo quella creatura capace di agire autonomamente – avrà diritto di potersi attivare a sua tutela?

La prima non è una questione di diritto, ma di valore. Il diritto viene dopo, sopraggiunge a ratificare una conquista.

Nulla osta, infatti, a che in un tempo e in uno spazio dati, il comune sentire di un popolo – cioè la linea di frontiera del suo spirito – riconoscano o attribuiscono soggettività giuridica a un ente che prima ne era privo. La linea andamentale dell'umanità – per quanto frammentata e piena di tornanti angosciosi – consente di veder bene questo progredire, questo avanzare almeno *sub specie juris*.

I diritti delle donne, i diritti dei *coloured*, i diritti degli omosessuali segnano infatti una sequenza di conquiste: tutte però, si noti, intraumane.

Di fronte al grande salto, all'estensione della soggettività giuridica anche nei confronti degli esseri non umani, il diritto sembra arrestarsi, incontrare il suo limite esterno ed estremo.

Il riconoscimento dell'essere senziente non umano come soggetto giuridico pone peraltro una questione derivata di importanza cruciale: quella della linea divisoria. Quale deve essere cioè la soglia minima affinché un essere non umano sia considerato senziente? Non dispongo, ovviamente, di una risposta.

Tornando comunque al tema principale, l'attribuzione della soggettività giuridica a una creatura non umana pone subito la seconda questione: essendo quella creatura incapace di determinarsi *more juridico*, chi avrà la legittimazione ad agire per tutelarla²⁰?

6.

Per questo, gli scorsi anni '70 sono stati pieni di vita.

In Italia, come noto, le categorie rassicuranti del diritto sono travolte anche dall'ondata delle nuove rivendicazioni ambientaliste.

Si (ri-)scopre il diritto del paesaggio, che sino ad allora sonnacchiava placido e inattuato nell'art. 9 della Costituzione; e il tema della tutela dell'ambiente reclama primazia di considerazione politica e giuridica.

Nasce il concetto di interesse diffuso, distinto dall'interesse pubblico perché non imputabile formalmente a un ente (pubblico) chiamato a tutelarlo, ma riferibile comunque a una pluralità di soggetti: i quali non si riconoscono nelle politiche pubbliche di protezione, e anzi le contrastano apertamente ritenendole lacunose o addirittura lesive dell'interesse.

È la valvola di sfogo giuridico dell'indistinto magma movimentista che connota quel periodo turbinoso, e puntuale arriva sul tavolo il tema della legittimazione: chi può agire in giudizio per far valere il diritto all'ambiente, qualora

²⁰ Confr. le puntuali analisi di M. Delsignore, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 734 ss.

l'interesse diffuso non trovi una tutela adeguata nelle figure pubbliche chiamate dall'ordinamento a questa funzione?

La soluzione italiana è stata quella del “doppio binario” di legittimazione; il primo previsto, nel 1986, direttamente dalla legge²¹ che quell'anno istituì finalmente il Ministero dell'ambiente e attribuì alle associazioni – titolari di alcuni requisiti formalmente previsti da quella stessa legge – la possibilità di adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento di atti che fossero dannosi per l'ambiente. Il secondo binario, invece, costruito dal diritto giurisprudenziale, il quale estese la legittimazione a ogni associazione, comitato *etc.* che avesse per scopo la tutela dell'ambiente e, soprattutto, fosse “vicino” al luogo minacciato²².

Come si vede, un modello tortuoso e indiretto: le creature non umane, o proprio la singola creatura, non compaiono certo in primo piano nello schema di funzionamento del modello italiano, che è filtrato da una costruzione mediata.

²¹ Ci si riferisce alla notissima l. n. 349/1986, il cui art. 13 disciplina il riconoscimento ministeriale dello *status* di associazioni di protezione ambientale; e il cui art. 18, comma 5, attribuisce a queste associazioni la legittimazione a ricorrere dinanzi al Giudice amministrativo. L'applicazione giurisprudenziale di queste norme ha dato luogo a due opposti orientamenti interpretativi: un indirizzo secondo cui la l. cit. avrebbe introdotto un criterio di legittimazione *ex lege* cui si aggiunge quello elaborato dalla giurisprudenza (*ex multis*, Tar Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 267); e un secondo indirizzo, più restrittivo, per il quale l'assenza del riconoscimento ministeriale precluderebbe la legittimazione ad agire (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 1992, n. 756).

²² Si tratta dell'indirizzo oggi prevalente. Confr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2014, n. 492, per il quale il G.a. può valutare caso per caso la legittimazione a ricorrere e a intervenire nel processo anche in capo ad associazioni locali, indipendentemente dalla loro natura giuridica, «purché perseguano statutariamente e in modo non occasionale obiettivi di natura ambientale, abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità ed altresì uno stabile collegamento con il territorio in cui è sito il bene che si assume lesa; di conseguenza, ai fini della legittimazione, non è sufficiente il solo scopo associativo a rendere differenziato un interesse diffuso o adespota, facente capo alla popolazione nel suo complesso, come quello della salvaguardia dell'ambiente, né l'astratta titolarità del diritto all'informazione ambientale, specie quando tale scopo associativo si risolve nell'utilizzazione delle finalità sociali ed ambientali per superare la carenza delle concrete ragioni di proposizione dell'azione giurisdizionale, fermo restando che la necessaria sussistenza del requisito dello stabile collegamento con il territorio esclude la legittimazione di quei comitati occasionali, costituiti cioè proprio ed esclusivamente al fine di ostacolare specifiche iniziative asseritamente lesive dell'ambiente o per impugnare specifici atti»; nella scia di questo ormai consolidato orientamento la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimazione processuale anche di comitati spontanei di cittadini, qualora questi dimostrino di avere un collegamento stabile con il territorio ove svolgono l'attività di tutela degli interessi diffusi, di avere svolto una attività protratta nel tempo e quindi di non esistere soltanto «in funzione della impugnazione di singoli atti e provvedimenti»: così, e *plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 1001; Id., sez. VI, 23 marzo 2011, n. 3107; Id., sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640. L'orientamento è condiviso anche dal Giudice di prime cure: v., per esempio, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 11 marzo 2011, n. 398; Tar Veneto, sez. III, 25 giugno 2015, n. 718. Sull'utilizzo del criterio giurisprudenziale della c.d. *vicinitas*, cfr. Tar Lombardia, Brescia, cit., che lo utilizza in modo estensivo: «In materia ambientale, il tradizionale criterio della *vicinitas* non può essere limitato ai soli proprietari *stricto sensu* confinanti con l'area di realizzazione dell'intervento, ma deve essere inteso in senso ampio, per le intuibili ricadute sulla qualità della vita astrattamente implicate da iniziative obiettivamente incidenti sul contesto ambientale interessato, per cui ciò che rileva è non solo e non tanto la vicinanza geografica del cittadino ricorrente, ma più specificamente la possibilità di risentire delle externalità negative del progetto medesimo».

7.

Succedono tante cose interessanti nel 1972, negli Stati Uniti.

Per quel che riguarda il nostro discorso, in quell'anno – come s'è visto – Christopher D. Stone pubblica *Should trees have standing?*.

Già dal titolo si comprende che la tesi è ardita, quasi «*unthinkable*»: i *natural objects* – oltre alle creature viventi non umane, anche e persino gli alberi, i fiumi, *etc.* – hanno legittimazione (*standing*, nel linguaggio giuridico anglosassone)? Ma prima ancora, sono – o possono essere – soggetti titolari di diritti (*holders of legal rights*)?

Stone sa bene che un tale balzo in avanti può destare non solo perplessità, ma addirittura derisione aperta («*The fact is, that each time there is a movement to confer rights onto some new "entity", the proposal is bound to sound odd or frightening or laughable*»): in Italia, per esempio, accadde qualcosa di simile in seno all'Assemblea costituente quando Concetto Marchesi, insieme con altri Padri, propose di inserire la tutela del paesaggio non solo nella nostra Carta, ma addirittura fra i principi fondamentali.

Nonostante tutto ciò, il manifesto del pensiero di Stone è chiarissimo: «*I'm quite seriously proposing that we give legal rights to forests, oceans, rivers and other so-called "natural objects" in the environment-indeed, to the natural environment as a whole*». «*Quite seriously*», quindi.

Ne deriva che l'ente-soggetto, in quanto titolare di diritti, ha *standing* per adire un Giudice che lo tuteli (anche mediante un *guardian* umano che si rivolga in sua vece alla magistratura): nel senso però – si badi – che quel Giudice deve prendere in esame la lesione ingiusta che l'ente-soggetto ha patito direttamente, per cui il ristoro del torto, di carattere patrimoniale o meno, deve avvenire a esclusivo beneficio dell'ente stesso.

8.

Ma nello stesso anno 1972 la Corte suprema degli USA pronuncia una sentenza molto importante, sebbene di segno per noi in parte negativo.

È l'ormai celebre caso *Sierra Club v. Morton*²³.

Un'associazione ambientalista, il Sierra Club, aveva contestato il permesso ottenuto dalla Disney di realizzare nella valle Mineral King un complesso scistico e asseriva di avere lo *standing* in quanto titolare dell'interesse a tutelare la natura della valle.

²³ US Supreme Court, *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 1972 (Dissenting Justice Douglas).

Per un verso, la Corte suprema ammise per la prima volta che un torto meritevole di tutela potesse essere anche di natura «*aesthetic, environmental or recreational*»; ma aggiunse che chi agisce in giudizio deve dimostrare di aver subito personalmente e direttamente questo torto.

Poiché però in quel caso nessuno dei componenti il Sierra Club era riuscito a dimostrare una lesione personale e diretta, la Corte decise che non vi era *standing*.

C'è un altro aspetto degno di nota: la sentenza è famosa anche perché registrò la *dissenting opinion* del giudice William O. Douglas («Wild Bill»), ad avviso del quale la legittimazione doveva riconoscersi direttamente agli *environmental objects*: «*Contemporary public concern for protecting nature's ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation. This suit would therefore be more properly labeled as Mineral King v. Morton. [...] The river, for example, is the living symbol of all the life it sustains or nourishes – fish, aquatic insects, water ouzels, otter, fish, deer, elk, bear, and all other animals, including man, who are dependent on it or who enjoy it for its sight, its sound, or its life. The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it*».

9.

Trent'anni dopo. 2002, Sud Africa: Cormac Cullinan pubblica *Wild Law*²⁴, che possiamo tradurre come *Diritto della natura* o *Diritto del selvaggio*.

Come Stone, anche Cullinan ritiene che le creature non umane siano portatrici di diritti propri, e non fonte di diritti a favore dell'uomo (magari a loro discapito...). Cullinan s'ispira dichiaratamente a Thomas Berry, il celebre teologo secondo cui l'Universo è una comunione di soggetti, non un insieme di oggetti.

Wild Law propone una teoria generale che fonda su due grandi ordinamenti, due ambiti concentrici di diritto oggettivo: il primo, la *Great Jurisprudence*, racchiude «*the fundamental laws or principles that govern how the universe functions*»; mentre invece il secondo, la *Earth Jurisprudence*, «*can be seen as a special case of the Great Jurisprudence, applying universal principles to the governmental, societal and biological processes of Earth*»: è il diritto (umano) che regola l'agire umano, subordinato al primo ordinamento.

In caso di contrasto (antinomia) fra i due ordinamenti, chiunque ha lo *standing* per adire il Giudice onde far valere e affermare la primazia della *Great Jurisprudence* rispetto alla *Earth Jurisprudence*.

²⁴ C. Cullinan, *Wild Law: a manifesto for Earth justice*, Cape Town, 2002.

Può essere ritenuta una visione panteistica del diritto, e pone certamente una serie di problemi, ben noti ai giuristi di ogni latitudine: come si distingue la prima *Jurisprudence* dalla seconda, quali ne siano le fonti, *etc.*

È però rimarchevole il risultato: la diffusione generalizzata dello *standing*.

10.

Chiunque potrebbe dunque agire in giudizio a protezione della *Great Jurisprudence* teorizzata da Cullinan.

«Chiunque». Parola cui il diritto processuale amministrativo italiano – sempre attento a non estender troppo la legittimazione attiva – notoriamente guarda con estrema cautela.

Eppure nella nostra Costituzione già il secondo articolo parla di solidarietà. Parla però di «doveri», cioè di compiti ai quali siamo chiamati: per cui se non riceviamo la “chiamata” del potere pubblico al compimento del dovere, non vi sarebbe prestazione di solidarietà.

Ma la solidarietà può essere, oltre che un dovere, anche un vero e proprio diritto?

Nelle aree lasciate incolte dall'intervento pubblico o – peggio – mal arate (*docet* il caso argentino Cecilia, come diremo più avanti) «residua un ampio margine di bisogno, eccedente quello coperto dalla soglia di garanzia assicurata dall'intervento del potere pubblico, ovvero dall'adempimento dei doveri privati, che solitamente resta relegato in una sfera ritenuta giuridicamente irrilevante; una sfera dove operano quei comportamenti individuali o associati, spontanei e liberali, non pressati dalla minaccia di una sanzione giuridica o etica e, nondimeno, essenziali per la piena e infungibile soddisfazione del bisogno medesimo»; per cui «l'insistenza sulla partecipazione solidale del singolo pone così in risalto (non più solo la domanda del titolare del diritto sociale, bensì anche) l'offerta della prestazione sociale. Questa, di conseguenza, è ora ricollegabile, per un verso, (non più tanto al dovere, ma anche) al diritto di esercitare la solidarietà»²⁵.

Dovrebbe essere maturo il tempo di attivare in Italia un costrutto di pensiero costituzionale con questo tenore che – tradotto sul piano concreto del rapporto fra esseri (umani e non) – attribuirebbe a chiunque (oso l'inosabile parola) la legittimazione, il diritto di agire a difesa delle creature non umane.

²⁵ V. Tondi della Mura, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, 4, 3.

11.

Desidero adesso ricordare brevemente un'altra strada – mi-sconosciuta, se non addirittura fraintesa volutamente – per il riconoscimento della soggettività della creature non umane: quella del ritorno all'antico, a «un altro modo di possedere»²⁶.

²⁶ P. Grossi, «Un altro modo di possedere». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977. Confr. ora le innovative posizioni assunte da Cass., SS.uu., 14 febbraio 2011, n. 3665 (non a caso ricordata da U. Mattei, *Proprietà*, cit.): «[...] non è più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o demaniali, all'esame della sola normativa codicistica del 42, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell'ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali. La Costituzione, com'è noto, non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ma si limita a stabilire alcuni richiami che sono, comunque, assai importanti per la definizione del sistema positivo. Tuttavia, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività. L'art. 9 Cost., in particolare, prevede infatti che la Repubblica tutela "il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione", con una affermazione, contenuta nell'ambito dei principi fondamentali, che negli ultimi anni ha costituito fondamento per una ricca legislazione in tema di beni culturali [...]. A sua volta l'art. 42 Cost., pur essendo centrato prevalentemente sulla proprietà privata, esordisce sulla significativa affermazione secondo cui la proprietà "è pubblica o privata", il che costituisce un implicito riconoscimento di una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà. Più di recente, ancora, la riforma attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato il Titolo V della Parte II della Costituzione, ha ricondotto alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117, comma 2), mentre ha stabilito la competenza concorrente dello Stato e delle Regioni per ciò che riguarda la valorizzazione dei beni culturali e ambientali (art. 117, comma 3); l'art. 118 Cost., comma 3, inoltre, dispone che la legge statale disciplina "forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali". Da tale quadro normativo-costituzionale, e fermo restando il dato "essenziale" della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante "adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", emerge l'esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. Ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) – privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati. Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. Del resto, già da tempo, la dottrina ma anche la stessa giurisprudenza hanno fatto propria l'idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività [...].».

Le forme di gestione collettiva del territorio erano (sono) la base per una gestione articolata dei beni e implicava(no) una concezione della vita in comune come valore fondamentale e preminente. Nella grande pluralità di proprietà collettive presenti in Italia – regole, università agrarie, demani comunali e così via – la protezione della natura e delle creature non umane era gestita sulla base sia di specifiche normazioni (le «regole», appunto), sia di rapporti consuetudinari frutto di un millenario “dialogo con gli elementi”, corso fra creature umane e non umane.

Questo «ambiente» giuridico-sociale era ben più disponibile a rifuggire o comunque infrangere lo schermo della soggettività solo umana – una sorta di assolutismo giuridico – riconoscendola anche agli altri “animali”.

Non a caso il diritto medievale – terreno naturale di elezione di siffatte forme di gestione dei beni – non trovava deviante il riconoscimento della soggettività non umana, sia pure in senso affittivo, instaurando persino processi (con avvocati specializzati: celebre fu Barthèlemy de Chassenée) e infliggendo sanzioni agli “animali”.

Possiamo irridere a questa dimensione del fenomeno giuridico, da noi così distante. Ma possiamo anche indossare un paio di occhiali meno distorti, e riconoscere invece che alla base vi era una concezione nello stesso tempo forte, pervasiva e inclusiva del diritto.

Detto diversamente, anche il diritto era una manifestazione del rapporto di non estraneità fra creature umane e non umane. E l’inflizione di un male all’altro essere – sia esso umano o non umano – doveva pur sempre essere regolato da norme, ritualizzato e dunque giustificato davanti alla comunità.

12.

È tempo di venire ai tempi presenti, e parlare di Cecilia: uno scimpanzé che era da anni tristemente recluso in solitudine in una gabbia di uno zoo in Argentina, a Mendoza.

Nel 2015 un’associazione di avvocati, sensibili alla tutela delle creature non umane, adisce un Giudice per ottenere una misura di *habeas corpus* e dunque la liberazione di Cecilia, domandando il conseguente suo trasferimento in un ambiente dove potesse vivere in condizioni dignitose.

La sentenza che pronuncia Maria Alejandra Mauricio – voglio ricordare il nome del magistrato – è memorabile.

Ne riporto solo qualche passo, a cominciare dall’esordio, lontanissimo dalla compostezza algida che connota lo stile delle sentenze dei nostri giudici: «*La situación actual de Cecilia nos conmueve. Si atendemos a su bienestar no será Ceci-*

lia quien estará en deuda con nosotros sino nosotros quienes deberemos agradecerle la oportunidad de crecer como colectividad y de sentirnos un poco más humanos».

La sentenza muove dallo stesso ragionamento di Stone intorno all'estensione progressiva dei diritti a nuove categorie di soggetti: «*En la actualidad podemos ver cómo se ha tomado conciencia de situaciones y realidades que, aunque suceden desde hace un tiempo inmemorable, antes no eran conocidas ni reconocidas por los actores sociales. Tal sería el caso de la violencia de género, del matrimonio igualitario, del derecho igualitario del sufragio, etc. Idéntica situación sucede con la conciencia sobre los derechos de los animales*».

Di qui la questione cruciale: «*¿Son los grandes simios – orangutanes, bonobos, gorilas y chimpancés – sujetos de derechos no humanos? [...] ¿Solo el ser humano puede ser considerado como persona en tanto sujeto de derecho? ¿El hombre es el único que posee capacidad de derecho?*».

La risposta della sentenza è chiarissima: «*[...] los animales son seres sintientes en tanto les comprenden las emociones básicas. Los expertos en la materia coinciden de forma unánime en la proximidad genética que tienen los chimpancés con los seres humanos y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes, tienen conciencia de sí mismos, diversidad de culturas, expresiones de juegos mentales, manifestaciones de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción, habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar emociones tales como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización planificada para batallas intra-específica y emboscada de caza, poseen habilidades metacognitivas; poseen estatus moral, psíquico y físico; poseen cultura propia, poseen sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas*». Per cui «*resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos*».

La decisione non indulge a facili radicalismi, in ciò mostrando il suo ammi-revole equilibrio: «*en la presente no se intenta igualar a los seres sintientes – animales – a los seres humanos como así tampoco se intenta elevar a la categoría de personas a todos los animales o flora y fauna existente, sino reconocer y afirmar que los primates son personas en tanto sujetos de derechos no humanos y que ellos poseen un catálogo de derechos fundamentales que debe ser objeto de estudio y enumeración por los órganos estatales que correspondan, tarea que excede el ámbito jurisdiccional*».

Dunque Cecilia – così dispone la sentenza – è un «soggetto di diritto non umano», per cui deve essere liberata e trasferita nel più consono Santuario de Sorocaba, in Brasile, dove adesso si trova.

L'ultimo *jussum* contenuto nella sentenza, però, distoglie lo sguardo da Cecilia e si rivolge a tutti gli esseri umani: «*Recordar las siguientes reflexiones: 'Podemos*

juzgar el corazón de una persona por la forma en que trata a los animales' (Immanuel Kant). 'Hasta que no hayas amado a un animal una parte de tu alma permanecerá dormida' (Anatole France). 'Cuando un hombre se apiade de todas las criaturas vivientes, sólo entonces será noble.' (Buda). 'La grandeza de una nación y su progreso moral puede ser juzgada por la forma en que sus animales son tratados.' (Gandhi)».

13.

Proseguiamo per questa strada, mettendo da parte però il sogno della soggettività giuridica non umana che molti ordinamenti non hanno ancora ricevuto, ritenendolo troppo futuribile (o troppo remoto): nel modello di cui posso fare appena un cenno le creature non umane continuano infatti a non avere soggettività.

Ora, ipotizzare che ogni essere umano possa essere/rappresentare una creatura non umana – priva di soggettività – significa costringere il diritto a ripensare le proprie categorie, ad allargare la propria cornice. Non tutela un proprio diritto, infatti, la persona umana che agisce a difesa di una creatura non umana, né perciò solo quest'ultima diviene oggetto di diritto.

La letteratura giuridica discute ormai apertamente di diritto transoggettivo (*transsubjektive Dimensionen subjektiver Rechte*: cfr. le suggestive riflessioni di Pasquale Femia²⁷ e di Gunther Teubner²⁸): uno schema che va oltre lo schermo isolante della soggettività, poiché il soggetto umano attore (*plaintiff*) chiede al diritto oggettivo di superare la cornice nella quale l'ordinamento si colloca come sistema degli uomini.

È “pensiero [giuridico] poetante”, per usare l'immagine di Antonio Prete intorno alla filosofia leopardiana²⁹.

L'impossibile conciliazione. Immaginare il diritto oltre se stesso – allargandone la cornice anche a costo di serbarne solo qualche frantume – è forse la speranza di una nuova via di ritorno allo Spirito: che è – diceva il mio grande conterraneo Francesco Calasso, chiudendo *Medioevo del diritto*³⁰ – Uno. Forse comprendo meglio il verso – orfico e così caro a Heidegger³¹ – attribuito a Hölderlin. Il giurista è un uomo, e come tale mai deve dimenticare il monito supremo e ultimo: *Dichterisch wohnet der Mensch auf dieser Erde*.

²⁷ P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki e J. Horst (a cura di), *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen, 2018, in corso di pubblicazione.

²⁸ G. Teubner, *Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki e J. Horst (a cura di), *Gegenrechte*, cit.

²⁹ A. Prete, *Il pensiero poetante. Saggio su Leopardi*, Milano, 1980-2006.

³⁰ F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano, 1954.

³¹ M. Heidegger, *La poesia di Hölderlin*, Milano, 1988.

Lupus lupus non homo. Diritto umano per l'ethos degli "animali"?

Il contributo prende in esame il tema dell'estensione della soggettività giuridica (e dell'azionabilità dei diritti) alle creature non umane.

Partendo dall'assunto del diritto come costruzione essenzialmente antropocentrica, l'Autore percorre strade ancora poco battute per la considerazione di tutte le creature quali centri d'imputazione di diritti soggettivi.

La prima prende spunto dai movimenti ambientalisti degli anni '70 i quali, nel nostro Paese, hanno condotto alla tutela mediata d'interessi adespoti dinanzi al Giudice amministrativo. La seconda guarda al dettato dell'art. 2 Cost. e all'emergente concetto di un diritto attivo a erogare prestazioni in solidarietà in capo a qualunque soggetto.

L'approdo all'estensione della soggettività, peraltro, non trascura né le tradizionali forme di appartenenza collettiva del territorio ai suoi abitanti (*lato sensu* intesi) e viceversa, le quali possono assicurare una tutela fors'anche più avanzata ai diritti delle creature non umane; né le recenti teorie sui diritti transoggettivi, situazioni disancorate dal dogma positivista della definibilità soggettiva della pretesa giuridica.

Lupus lupus non homo. Human law for animals'ethos?

The contribution examines the topic of the extension of legal subjectivity (and of the right to judicial claim) to non-human creatures.

Starting from the assumption of law as an essentially anthropocentric construction, the Author follows paths that are still slightly beaten for the consideration of all creatures as centers of imputation of subjective rights.

The first is inspired by the environmental movements of the '70s which, in our Country, led to the mediated protection of vested interests before the administrative judge. The second looks at the dictate of art. 2 of the Constitution and the emerging concept of an active right to provide solidarity benefits for any person.

Moreover, the approach to the extension of subjectivity does not neglect either the traditional forms of collective belonging of the territory to its inhabitants (*lato sensu* intended) and vice versa, which can ensure a more advanced protection to the rights of non-human creatures; nor the recent theories on trans-subjective rights, situations disengaged from the positivist dogma of the subjective definition of the legal claim.

Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro

Estanislao Arana Garcia

RESUMEN: 1. El carácter de servicio público de los servicios urbanos del agua: orígenes, regulación actual y consecuencias jurídico-económicas de esta naturaleza jurídica. – 1.1. La declaración de los servicios urbanos del agua como servicio público: antecedentes históricos y significación actual. – 1.2. Los servicios urbanos del agua: un servicio esencialmente municipal aunque con competencias legalmente reconocidas de otras entidades territoriales. – 1.3. La titularidad local del servicio genera un excesivo número de reguladores: el debate acerca de la creación de una autoridad administrativa independiente en el sector del agua. – 2. La elección de la forma de gestión de los servicios urbanos del agua: la introducción del criterio de la sostenibilidad y la eficiencia como elemento reglado en una decisión que sigue siendo discrecional. – 3. La necesidad de redefinir los papeles público y privado en la gestión de los servicios urbanos del agua. – 4. Conclusión.

1. *El carácter de servicio público de los servicios urbanos del agua: orígenes, regulación actual y consecuencias jurídico-económicas de esta naturaleza jurídica*

1.1 *La declaración de los servicios urbanos del agua como servicio público: antecedentes históricos y significación actual*

El agua es un recurso natural escaso pero tan esencial que, desde un punto de vista jurídico, su acceso ha merecido la consideración de Derecho humano¹. Además de su valor ambiental fundamental, desde otro punto de vista, el agua es un bien económico esencial para el desarrollo de cualquier actividad humana

¹ El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

y, como tal, es objeto de atención y regulación por el Derecho. Desde esta perspectiva, la primera nota que destaca de uno de los usos y servicios principales del agua, el abastecimiento y saneamiento del agua urbana, es su carácter de actividad de servicio público titularidad de la Administración pública. Se trata, por tanto, de una actividad económica excluida de la libertad de empresa ya que, de las posibles vías de intervención pública posibles, la legislación española ha optado por la más intensa o radical, esto es, su declaración como actividad de titularidad pública (*publicatio* en sentido estricto). Se podía haber optado por regular, más o menos intensamente, algunos aspectos de esta actividad para tratar de responder a los intereses públicos presentes en los servicios urbanos del agua, sin embargo, su indudable carácter de monopolio natural y la esencialidad de estos servicios para la vida en sociedad, justifican esta fundamental declaración que, desde un punto de vista jurídico y económico condiciona todo su régimen legal.

Como luego diré con más detalle, la titularidad del servicio intrínsecamente y de manera irrenunciable supone que la Administración mantiene los poderes de dirección, vigilancia y control de dicha actividad independientemente de quién la preste materialmente. Además, esta declaración como servicio público en sentido estricto, conlleva su prestación de manera regular y continua, la obligación de suministro y el derecho subjetivo a la utilización por cualquier ciudadano siempre en condiciones de igualdad y a cambio de un precio que constituye la contraprestación del servicio recibido.

Precisar, también con carácter previo, qué actividades se incluyen en la más genérica de servicios urbanos del agua y cómo se definen. Los servicios urbanos del agua incluyen el abastecimiento de agua potable y el saneamiento de las aguas residuales. A su vez, desde un punto de vista jurídico, el abastecimiento de agua a poblaciones se refiere exclusivamente a las necesidades hídricas pero domésticas de la población (bebida y preparación de alimentos, higiénicas o sanitarias, comerciales, deportivas, ornamentales, etc). Es lo que comúnmente se conoce como “agua de boca” y la de otros usos domésticos. Quedan así, por ejemplo, excluidos de este concepto el uso para regadío y los usos industriales que emplean el agua como elemento determinante de su actividad (sí se incluirían, según la redacción del artículo 60 de la Ley de Aguas, el agua necesaria para industrias de poco consumo situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal)². Respecto al saneamiento de aguas, se incluiría en la misma la fase posterior al abastecimiento centrándose en la depuración de las aguas previamente usadas.

² El abastecimiento, por su parte, incluye las tareas de aducción (captación o alumbramiento de aguas, su embalse y conducción por arterias o tuberías primarias así como su tratamiento -“agua en alta”-) y distribución (suministro de agua a los particulares o “agua en baja”). Analizando desde un punto de vista todas las fases del ciclo urbano del agua, véase D. Blanquer, *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2005. Haciendo un repaso a la evolución del régimen público español en materia del ciclo urbano del

Cualquier comunidad humana que se precie de ser organizada ha contado con el abastecimiento de agua como uno de los primeros servicios objeto de atención y reconocimiento. La arquitectura clásica, especialmente la de Roma, presta una muy especial atención al agua y a sus infraestructuras: acueductos, termas, fuentes... En la Edad Media y tras la aportación árabe del transporte del agua mediante tuberías y no mediante los canales de mampostería propios de la época romana, las ciudades mejoraron los servicios relacionados con el agua. No obstante, no será hasta la Ley de Aguas de 1866 cuando podamos hablar de un texto general que regulase el agua de una forma directa y completa. Es a lo largo de la segunda mitad del S.XIX y, fundamentalmente, de esta Ley de 1866, cuando se asiste al tránsito de un sistema de abastecimiento primitivo, caracterizado por la existencia de fuentes públicos y pozos que surtían de agua a la población, a un sistema más evolucionado en el que se instaura la técnica del suministro domiciliario (Álvarez M., 2004).

Aunque la referencia a los municipios como entes competentes en materia de “surtido de aguas” tiene ya lugar en la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 y se reafirma en el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, la declaración del abastecimiento de agua a poblaciones como actividad reservada al Poder Público, en definitiva, la declaración de servicio público de esta actividad, tiene lugar por primera vez en España en el Real Decreto Ley de 12 de abril de 1924, por el que se declararon formalmente servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de una Empresa de distribución. En este texto, literalmente se señalaba que: «las necesidades de la vida moderna y las exigencias de la industria no permiten que la Administración Pública se desentienda de los suministros de energía eléctrica, agua y gas, indispensables para la existencia de los individuos y las industrias». Por tanto, en el artículo 1, «se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución...». En el caso del servicio del agua, más importante incluso que el uso para la bebida era el mantenimiento de condiciones de higiene y salubridad mínima para la población.

En la actualidad³, la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 tras sucesivas modificaciones, se refiere a los servicios urbanos del agua en varios preceptos. Así, en primer lugar, el Art. 25.2 b) establece que el municipio tendrá competencias propias (en los términos de la legislación estatal y autonómica) en materia de

agua, véase también J.M.^a Serrano Sanz, *El Debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 36-43.

³ Con anterioridad, el carácter de competencia municipal de este servicio público está expresa y literalmente reconocido en la legislación española histórica de régimen local. Así, por ejemplo, en la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Art. 6.2), Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (Arts. 164 y ss.), el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 (Art. 150.9), la Ley de Régimen Local aprobada por Decreto de 1955 (Art. 103 a)).

abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Por su parte, el Art. 26.1 a) señala que todos los municipios, independientemente de su tamaño poblacional, tendrán que prestar, entre otros, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. Finalmente, el Art. 86.2 de este texto normativo básico y esencial declara reservado a las entidades locales, entre otras, la actividad o servicio esencial del abastecimiento domiciliario y depuración de aguas.

Evidentemente, tendremos que acudir al resto de legislación, estatal y autonómica, encargada de la regulación del agua para conocer el alcance exacto de esta competencia o reserva de actividad a favor del municipio. Sin embargo, aquí se encuentra la nota esencial y más trascendente, la declaración de actividad titularidad de la Administración municipal de los dos servicios más importantes que tienen que ver con el ciclo urbano del agua: el abastecimiento domiciliario de agua potable y el saneamiento de las aguas residuales. Al margen o, mejor, en paralelo, queda el régimen de la reutilización de las aguas residuales una vez depuradas para otros usos, actividad cuyo carácter local no es tan evidente como el del abastecimiento y el saneamiento.

Cuestión diferente, como más adelante se verá, es que este servicio público -o alguna de las diferentes fases en que se divide- de titularidad municipal pueda ser gestionado por municipios de manera individualizada o de forma asociada o mancomunada. En muchas ocasiones, lo más operativo desde un punto de vista funcional y económico es que el servicio público urbano del agua sea organizado por entidades territorialmente superiores a los municipios (especialmente en aquellos de escasa población). En este sentido, suele ser muy frecuente (e, incluso, recomendable) la prestación del servicio por parte de Mancomunidades de municipios y consorcios, sin olvidar el importante papel que también pueden desempeñar las Diputaciones provinciales, especialmente en lo que se refiere a sus competencias de asistencia y cooperación técnica, jurídica y económica a los pequeños municipios y la comarcas en aquellos lugares donde existan. Estas entidades, a su vez, podrán encomendar la prestación material y práctica del servicio a sujetos públicos o privados en función de criterios que luego serán objeto de comentario y análisis. Algunas Comunidades Autónomas han atribuido por Ley competencias en este ámbito a entidades supramunicipales, sobre todo, en el ámbito de la aducción y del saneamiento.

1.2. Los servicios urbanos del agua: un servicio esencialmente municipal aunque con competencias legalmente reconocidas de otras entidades territoriales

Aunque la legislación básica de régimen local haya reservado a los municipios la titularidad de los servicios urbanos del agua, en un Estado territorialmente tan descentralizado como el nuestro, la cuestión de la distribución de competencias no podría resolverse de una manera tan simple. En este sentido, sobre la base de diferentes títulos competenciales, el resto de instancias territoriales con capacidad normativa pueden incidir, directa o indirectamente, en los servicios urbanos del agua otorgando competencias y responsabilidades sobre los mismos a la Unión Europea, al Estado o a las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, la Unión Europea en el ejercicio de sus competencias en materia, principalmente, de medio ambiente, ha dictado una serie de normas que van a condicionar de forma muy importante esta actividad. Principalmente, la Directiva marco del Agua 2000/60/CE es una norma que aunque persiga, fundamentalmente, objetivos ambientales del agua (el logro del buen estado ecológico de las masas de agua) también incide en el servicio público del agua. Así, por ejemplo, el principio de recuperación de costes que se establece la Directiva con carácter general condiciona enormemente la concreta regulación local del servicio o, al menos, así debería serlo por ejemplo en lo que tiene que ver con la contraprestación a cobrar por los servicios urbanos del agua.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas, además de aprobar en algunos casos leyes generales sobre aguas, han ido dictando normas que afectan a los servicios urbanos del agua con incidencia, sobre todo, en el ámbito del régimen financiero, la calidad del agua para abastecimiento y de los vertidos o normas técnicas concretas para el suministro material del agua potable.

Finalmente, el Estado, a pesar de lo que pudiera parecer, cuenta con varios e importantes títulos competenciales que afectan, directa o indirectamente, a los servicios urbanos del agua. Así, en primer lugar, hemos de tener en cuenta que la materia prima básica para el desarrollo de estos servicios, el agua, tiene en nuestro sistema jurídico la naturaleza de bien de dominio público. Dado el carácter estratégico y esencial para la economía nacional del agua, la legislación española ha optado por declararlo bien de dominio público, título jurídico que le permite en régimen de exorbitancia, intervenir directamente sobre él y, entre otras potestades, planificar su distribución por cuencas entre los posibles y heterogéneos usos a que puede servir. Por tanto, la Administración competente para cada una de las cuencas del país (estatal o autonómica dependiendo del carácter inter o intracomunitario de la cuenca en cuestión), tendrá, en primer lugar, que poner a disposición de los municipios de nuestro país mediante la oportuna y necesaria concesión demanial, el agua suficiente como para poder llevar a cabo la pres-

tación de los servicios urbanos del agua. Es más, desde siempre, de entre los diferentes usos que puede tener el agua, el de abastecimiento de agua potable es el preferente. Así lo reconoce, recogiendo la tradición de la Ley de 1866, el vigente Art. 60.3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 que tras reconocer que el Plan Hidrológico correspondiente establecerá los usos concretos del agua de la cuenca, señala que en caso de no fijación de esa prelación, supletoriamente regirá un orden de usos en cuya primera posición se encuentra el «Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal». También en el ámbito estatal, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) atribuye a los municipios la responsabilidad mínima en relación con el control sanitario del abastecimiento de aguas (Art. 42.3), competencia reforzada por las leyes sanitarias de las Comunidades Autónomas. Se plantea, incluso, la competencia estatal para poder dictar una norma con rango de ley de carácter básico que regulase los servicios urbanos del agua con carácter básico y para todo el territorio español. La disparidad y heterogeneidad que se está produciendo en la regulación de un servicio tan esencial e importante como éste, hace que se plantee esta posibilidad como una vía de igualación en Derechos básicos a todos los habitantes del país. Además, la falta de medios por parte de la Administración local o, también, la negligencia de ésta y de las propias Comunidades Autónomas ante el ejercicio de responsabilidades y competencias en este ámbito, provocan en muchas ocasiones sanciones muy elevadas al Estado español por parte de la Unión Europea ante incumplimientos de las obligaciones establecidas por el Derecho europeo. Esta circunstancia, igualmente, abogaría a favor de una hipotética norma básica estatal en este ámbito de los servicios urbanos del agua. Aunque personalmente entiendo que esta opción sería jurídicamente posible, creo que la situación política actual no es la más propicia para ello no obstante su necesidad y conveniencia.

1.3 *La titularidad local del servicio genera un excesivo número de reguladores: el debate acerca de la creación de una autoridad administrativa independiente en el sector del agua*

Desde un punto de vista regulatorio, el hecho de que el legislador español haya situado el núcleo duro de la competencia sobre los servicios urbanos del agua en el ámbito municipal, ha determinado dos de los principales problemas que se achacan a estos servicios en nuestro país. Efectivamente, cada municipio tiene autonomía política y, por tanto, con unos laxos márgenes que se contienen en la legislación estatal y autonómica principalmente, pueden ordenar y regu-

lar la actividad como considere. Desde la forma de gestión al precio de la contraprestación por los servicios del agua pasando por la concreta reglamentación del servicio, son cuestiones decididas discrecionalmente por los municipios de nuestro país. No sucede como en otros sectores fundamentales de la economía nacional (energía, telecomunicaciones, banca, etc.) en los que existe un único regulador; en el caso de los servicios urbanos del agua se calcula que contamos con 2.000 reguladores diferentes. España tiene 8.124 municipios pero gracias la gestión supramunicipal de algunos de ellos hace que podamos hablar de esas 2.000 unidades de gestión y, en este caso, de reguladores del servicio.

Por otra parte, otro de los problemas con que cuenta esta actividad en España es la ausencia de unidades de gestión de un tamaño razonable que permitan economías de escala que hagan la prestación del servicio más eficiente y razonable, especialmente, tratándose de unos servicios muy tecnificados y complejos en la actualidad⁴. Las sucesivas reformas de la legislación local en España, especialmente la que tuvo lugar con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad del Régimen Local, no ha sido capaz de afrontar el problema de la planta local y racionalizar tal y como se ha hecho históricamente en otros países de la Unión Europea, el número de municipios existentes en España. Ante esa imposibilidad, la legislación local está tratando, sin éxito hasta la fecha, de fomentar la fusión voluntaria de municipios y, lo que es más importante, la prestación de servicios públicos desde esferas supramunicipales. Mientras que este modelo de gestión de servicios públicos por entidades supramunicipales no se extienda (o, incluso, en algunos casos se imponga), la autonomía municipal en ámbitos como el de la gestión de los servicios urbanos del agua generará problemas de heterogeneidad en su regulación y dificultades técnicas que no favorecen la mejora en la prestación de estos servicios a los ciudadanos.

Para corregir, en parte, esta situación se alzan voces que señalan la conveniencia de crear en España una autoridad administrativa independiente que, entre otras competencias, llevara a cabo una armonización económica, de estándares de servicio y de control en los servicios urbanos del agua. Este es el modelo que, por ejemplo, han implantado países como Italia, Portugal, Chile o Reino Unido.

Entre las competencias que se podrían atribuir a este hipotético ente regulador en el sector del agua, se citan, por ejemplo, la promoción de la competencia en la contratación mediante informes vinculantes a los pliegos; a fijar indicaciones de desempeño; a establecer obligaciones y derechos de las partes y redactar los reglamentos del servicio; a homogeneizar la estructura de las tarifas a través de

⁴ Sobre esta cuestión y sobre otras muy interesantes del sector del agua urbana, véase el Informe elaborado en 2014 por PricewaterhouseCoopers S.L., *La gestión del agua en España, análisis de la situación actual del sector y retos de futuro*.

una metodología nacional para el cálculo de las tarifas que iría acompañada de un órgano de control de su aplicación y de medidas de fomento para su implantación y que frenase la actual heterogeneidad y cierta arbitrariedad en su fijación⁵; a garantizar la repercusión y recuperación de los costes en la tarifa y la estabilidad a largo plazo; al control de los cánones concesionales que deberían dedicarse a inversiones o mejoras del servicio y no a gastos generales y a garantizar la transparencia en el sector.

Desde otro punto de vista, sin embargo, puede defenderse que la “autonomía regulatoria local” sobre los servicios urbanos del agua es lo más razonable desde un punto de vista político y de respeto a la diversidad y a la descentralización política tan importante de nuestra Constitución de 1978. Las características propias de cada municipio y su autonomía política justificaría la disparidad regulatoria actual. Aunque, sin lugar a dudas, es un criterio a tener en cuenta sobre todo en un ámbito como este en el que las condiciones geográficas de cada municipio pueden condicionar enormemente la regulación, no puede compartirse de forma absoluta y radical permitiendo mantener un modelo como el actual que genera diferencias y disparidades poco razonables. En servicios públicos tan tecnificados y complejos como son actualmente los relacionados con el agua urbana, el criterio técnico y económico deben tener un peso mayor que el que han tenido hasta el momento. Por supuesto, el papel de la dirección política de la Administración local tiene que seguir siendo su esencia pero en lo que a los servicios públicos y su gobierno se refiere, sus decisiones tienen que estar mucho más justificadas y motivadas en criterios técnicos contrastados de lo que han venido siendo hasta la fecha. Así, por ejemplo, las unidades de gestión más adecuadas para los servicios urbanos del agua tendrán que ser decididas teniendo en cuenta también la sostenibilidad y eficiencia del servicio y no sólo con criterios políticos de defensa demagógica de una autonomía local utilizada en muchas ocasiones para el no beneficio de sus vecinos.

⁵ La armonización de los criterios tarifarios parece una necesidad ineludible en nuestro país. Según un estudio de FACUA (finales de 2015 en 28 ciudades españolas), en España encontramos diferencias de hasta el 349% en las tarifas de agua (ducharse en Alicante es 3 veces más caro que en Bilbao). Aunque dadas las diferencias orográficas, históricas y políticas, algunas diferencias en cuanto a los precios del agua podrían estar justificadas (situación de las redes, dificultades para la obtención del recurso, cánones autonómicos, etc.), una brecha tan amplia como esta parece poco razonable. Se trata, probablemente, de las mayores diferencias tarifarias de Europa.

2. *La elección de la forma de gestión de los servicios urbanos del agua: la introducción del criterio de la sostenibilidad y la eficiencia como elemento reglado en una decisión que sigue siendo discrecional*

Siguiendo una regla tradicional en nuestro Derecho, los servicios públicos locales, también los urbanos del agua, pueden ser gestionados de forma directa o indirecta tal y como establece el Art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local. Son formas de gestión directa: a) Gestión por la propia Entidad local; b) Organismo autónomo local; c) Entidad pública empresarial local; d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Respecto a las formas de gestión indirecta, la Ley de Bases de Régimen Local remite a lo establecido en la legislación de contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de septiembre. El Artículo 277 de esta norma establece que la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar alguna de las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

De estas formas de gestión indirecta, realmente, en el ámbito de los servicios urbanos del agua sólo se utilizan la concesión y la sociedad de economía mixta. Ni la gestión interesada ni el concierto son fórmulas habituales de gestión en este sector. Por lo que a la gestión directa se refiere, se suelen utilizar cualquiera de las formas que relaciona la Ley de Bases de Régimen Local siendo, quizás, la gestión directa por la propia Entidad Local y la sociedad mercantil, las más habituales. En el conjunto del Estado, actualmente, la gestión pública y privada del agua se divide casi al 50%⁶. Ahora bien, ¿tiene la entidad local plena discrecionalidad para elegir entre las modalidades de gestión directa o indirecta o existen elementos reglados que limitan y condicionan el ejercicio de esta potestad?

Para la Unión Europea y aunque del contenido del llamado cuarto paquete de Directivas de la contratación pública se deduzca una cierta preferencia por la colaboración público-privada, el abastecimiento de agua es uno de los Servicios

⁶ Analizando los datos actuales de reparto entre las diferentes formas de gestión de los servicios urbanos del agua en España, véase J. Sanaú, *Los aspectos sociales en la gestión pública y privada del agua en España*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 50-59.

de Interés Económico General en los que no se ha realizado una armonización de normas sobre el mercado interior dejando protagonismo y “libertad” a los Estados (aquí, entidades locales) en la organización, financiación y evaluación⁷. Son, sin embargo, numerosos los documentos de la Unión Europea que han destacado la importancia de que existan equilibrios entre lo público y privado en aras a la consecución de una mayor vertebración social y un mejor crecimiento económico⁸.

El artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, antes de relacionar las diferentes formas de gestión mencionadas anteriormente, señala que «Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación». El párrafo final de este Art. 85.2 A), referido, por tanto, a las formas de gestión directa, señala que «Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) -entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local de capital 100% local- cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), -gestión por la propia Entidad local y organismo autónomo local- para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Encontramos, por tanto, en este artículo 85 algunos elementos reglados que condicionan claramente la discrecionalidad de la Administración Local para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos. En primer lugar, es muy clara y directa la limitación respecto a la elección de las formas de gestión directa. Sólo cabe optar por una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil de capital totalmente local cuando se acredite en una memoria justificativa y tras el oportuno informe del interventor local, que dichas formas de gestión son más

⁷ Véase sobre esta cuestión, J. Perdigó i Solà, *El agua, los servicios de interés general y las concesiones*, en el volumen colectivo *Servicios de interés general, colaboración público privada y sectores específicos*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2017, 301-336.

⁸ Puede entenderse por colaboración público-privada cualquier forma de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Son muchos y muy interesantes los documentos *soft law* aprobados por la Comisión Europea y que aclara conceptualmente todos los aspectos de la contratación pública y la colaboración público-privada. Una referencia y análisis de los mismos puede verse en el Informe *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos equilibrios y seguridad Jurídica*, Edit. Cambra de Comerç de Barcelona, 2017, elaborado por J. M.^a Gimeno Feliú, P. Sala Sánchez, P., G. Quintero Olivares.

sostenibles y eficientes que la gestión por la propia entidad local o por organismo autónomo (ésta última opción, bastante rara en el caso de los servicios urbanos del agua). Sostenibilidad, eficiencia, rentabilidad económica y recuperación de la inversión, serán los criterios a tener en cuenta a la hora de optar por formas mercantiles o cuasimerchantiles de carácter público.

No es tan claro este precepto en lo que a la elección entre gestión directa o indirecta se refiere. En este caso, como hemos visto, simplemente se dice de forma muy genérica que los servicios públicos se gestionarán de la forma más eficiente y sostenible posible. Genérica expresión que, sin embargo, puede tener un alcance muy importante y condicionar claramente la decisión administrativa. A la hora, por tanto, de elegir entre una forma de gestión directa o indirecta, la decisión de la Administración estará limitada por los principios de sostenibilidad y eficiencia. Por sostenibilidad hay que entender que la forma que se escoja tiene que responder a criterios económicos de no incremento de la deuda y a la posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. ¿Cómo se acredita esto? Pues aunque sistemáticamente no haya que entender exigible la memoria justificativa mencionada y referida a la elección entre las diferentes fórmulas de gestión privada, qué duda cabe que algo parecido habría que exigir para la fase previa de la elección de la forma de gestión (directa o indirecta).

No se puede quedar como un mero enunciado retórico el hecho de que la opción entre formas directas o indirectas de gestión de un servicio público tenga que ser una decisión justificada por razones de eficiencia y sostenibilidad. Aquélla se tiene que fundamentar en análisis técnicos concretos que informen la decisión política final⁹. Con una decisión motivada en estos términos, además, se está cumpliendo con un principio reconocido en el Derecho de la Unión Europea y reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión: el de buena administración que se convierte en paradigma de este control de la discrecionalidad administrativa en cuanto a la elección de las formas de gestión se refiere y, también en su caso, a la hora de optar por el rescate de un determinado servicio público concesionado¹⁰.

⁹ Ya hay decisiones de Tribunales Superiores de Justicia que aunque sobre otros sectores contienen pronunciamientos en este sentido. Así por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 20 de junio de 2015, de 30 de junio de 2015, de 17 de junio de 2015 y 7 de julio de 2015 anulan la obligación impuesta por diversos municipios a empresas particulares – que producen residuos no peligrosos en sus industrias y comercios – de adherirse obligatoriamente al servicio público de recogida y tratamiento de residuos domésticos no peligrosos. La declaración de nulidad en todos los casos se debe a que se ha omitido el informe en el que había de quedar justificada la eficiencia económica y ambiental de la decisión, lo que viene requerido por la norma sectorial reguladora del servicio en cuestión.

¹⁰ Véanse en este sentido los trabajos de J. Ponce Solé, *Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones*, en *Cuadernos de derecho local*, 2016, 40, 68-108, y *La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración*, en *Revista española de derecho administrativo*, 2016, 175, 57-84.

Esta necesidad de motivación no sólo deriva de la aplicación de la legislación de régimen local. Hay principios esenciales en la Constitución Económica que también determinan esta interpretación. Así, por ejemplo, desde el propio Derecho de la competencia se debe de exigir una especial motivación cuando se vaya a producir una limitación a la regla general de la libertad de empresa como la que, en definitiva, se produce cuando la Administración opta por una forma de gestión directa de un servicio público de carácter económico. En este sentido, la Autoridad Catalana de la Competencia, en un Informe emitido en relación a un proceso de municipalización de un servicio de suministro de agua (Ref. Num. OB 19/2015 de 26 de marzo de 2015), teniendo ya en cuenta lo establecido actualmente en el artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, ha insistido en la necesidad de justificar la opción por la gestión directa y sus ventajas respecto de la gestión indirecta. Afirma la preferencia por la competencia en el mercado y por el mercado, frente al monopolio de titularidad y también frente a la gestión directa. Concretamente afirma que: «atendiendo a los efectos restrictivos de la competencia –de la opción por la gestión directa mediante medio propio– resulta necesario justificar tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, es decir, debería valorarse en qué medida el mercado presta o puede prestar el servicio objeto del encargo y en qué condiciones (básicamente precio y calidad) lo puede hacer, teniendo que descartar el acudir a la figura del medio propio siempre que sea potencialmente posible obtener el servicio en términos de relación calidad/precio más favorables que las que ofrece el medio propio».

Finalmente y por lo que se refiere al ámbito de la Administración del Estado, parece que también, de alguna forma, se establece la preferencia por la gestión indirecta de los servicios públicos salvo que se acredite que la gestión directa resulta más sostenible y eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica que la contratación pública. Así se puede deducir del Art. 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹¹.

Cabe discutir si con este tipo de pronunciamientos no se está produciendo una ruptura o alteración del principio de la libre iniciativa económica proclamada en el Art. 128 de la Constitución Española de 1978 y que vino a romper una tradición anterior que establecía el principio de subsidiariedad económica (sólo intervendrá la iniciativa pública en los supuestos en que el mercado no cubra sufi-

¹¹ Se requerirán informes técnicos serios que avalen cuál es la mejor opción para cada municipio y para cada tipo de servicio. En términos generales, por ejemplo, el Tribunal de Cuentas en su Informe nº 1010, de Fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2011, ha puesto de relieve que en el caso de municipios correspondientes al tramo entre 5001 y 20.000 habitantes, los datos han permitido concluir que resulta más cara la prestación mediante contratación pública que mediante gestión directa. Sin embargo, en otros tramos poblacionales la solución es la contraria. En cualquier caso, deberá generalizarse una dinámica de análisis serios y rigurosos que avalen la decisión discrecional tomada respecto a la concreta forma de gestión para los servicios urbanos del agua.

cientemente un determinado ámbito de actividad o servicio). Creo, personalmente, que estas medidas o tendencias no suponen un retorno a la subsidiaridad en la economía. Entiendo, sin embargo, que se trata de elementos reglados que pretenden reducir la tradicional y muy amplia discrecionalidad administrativa para elegir la forma de gestión de los servicios públicos en un ejercicio más claro de transparencia en el ejercicio de las potestades administrativas. La Administración puede seguir eligiendo entre una forma de gestión directa o indirecta pero siempre que desde un punto de vista de la eficiencia y sostenibilidad estas dos fórmulas resulten indiferentes. Si no es así, la Administración, en este caso local, verá limitada su capacidad de decisión debiendo optar por la fórmula más rentable desde el punto de vista económico y, por tanto, más ventajosa para la sociedad en su conjunto. Lo importante es, en definitiva, alcanzar la mejor prestación del servicio independientemente del carácter público o privado del ente que lo preste¹². Las dos opciones deben ser posibles en un Estado contemporáneo, el acento en la iniciativa privada o en la pública dependerá en cada momento histórico del criterio que se considere prioritario. Así, cuando se confía en el crecimiento como bálsamo social, la eficiencia se coloca en el centro de las prioridades y entonces el sector privado toma el protagonismo, mientras, cuando la igualdad es el problema, la balanza tiende a inclinarse al lado de lo público (Serrano Sanz, 2017).

3. *La necesidad de redefinir los papeles público y privado en la gestión de los servicios urbanos del agua*

Tal y como acabamos de ver, aunque se haya limitado la discrecionalidad de la Administración a la hora de elegir la forma de gestión de los servicios urbanos del agua, en caso de “neutralidad técnica” entre la gestión directa o indirecta, la decisión final tendrá carácter absolutamente discrecional. Dado este supuesto, si la Administración decide optar por una forma de gestión indirecta y, por tanto, por una modalidad de colaboración público-privada, es necesario que se produzca una redefinición, un reequilibrio, de los papeles de cada uno de estos participantes, especialmente y por la experiencia acumulada, de la parte pública. Debe de quedar claro y no me cansaré de insistir en esta idea que en cualquier caso que una gestión indirecta no significa una privatización del servicio correspondiente, muy al contrario, el Estado conserva la titularidad del mismo y sólo acude a la ini-

¹² En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 84/2015, al analizar la constitucionalidad de las formas de gestión indirecta en los servicios sanitarios públicos.

ciativa privada para conseguir sus recursos económicos e inversiones así como su conocimiento técnico e industrial¹³.

Dos son los elementos a tener en cuenta en esa necesaria redefinición de las responsabilidades, sobre todo, públicas en este ámbito. Así, en primer lugar, el poder público, la Administración, debe asegurar la estabilidad y seguridad jurídica cuando la iniciativa privada decide intervenir en un determinado sector adelantando inversiones que sólo a medio y largo plazo se pueden recuperar. Efectivamente, son varios los sectores económicos que, especialmente en España, se han visto afectados por la inseguridad jurídica que provoca la aplicación de principios como, por ejemplo, el de “riesgo regulatorio”. Especialmente conflictivo ha sido el caso del sector de las energías renovables en el que un cambio en la regulación sin una justificación suficiente alteró sustancialmente las condiciones económicas de la iniciativa privada que decidió invertir en este sector, también en el ámbito de la gestión urbana del agua se han dado fenómenos parecidos, por ejemplo, con la intención de algunos municipios del país de reinternalizar (o remunicipalizar) los servicios urbanos del agua estando, incluso, en vigor la correspondiente modalidad de colaboración público-privada creada para su gestión¹⁴. La inseguridad jurídica que pueden provocar estos movimientos tiene consecuencias muy importantes y, desde luego, puede incidir negativamente en uno de los más graves problemas que, con carácter general, tiene el sector de los servicios urbanos del agua, me refiero a la necesaria inversión en infraestructuras relacionadas con el agua.

Por tanto, el poder público, en primer lugar, debe dar seguridad jurídica y estabilidad a las fórmulas de colaboración público-privada impidiendo aventuras que, en algunos casos, rozan el carácter expropiatorio y que pueden disuadir la iniciativa privada de un sector muy necesitado de sus inversiones en un momen-

¹³ G. Marcou, *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos* en A. Ruiz Ojeda y J. Goh (Dir.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Edit. Civitas, 2000.

Los estudios sobre los servicios urbanos del agua acreditan que, efectivamente, en los lugares en que los servicios urbanos del agua requieren una mayor tecnificación, la presencia del sector privado es más intensa. Así, por ejemplo, la empresa privada tiene más presencia en aquellos municipios en los que es peor la calidad del agua en origen y se aplican medios físicos y químicos más intensivos para el tratamiento del agua. Igualmente, hay una mayor inclinación hacia la privatización en aquellos municipios de mayor tamaño y en los que hay una mayor densidad de conexiones a la red. Así lo pone de manifiesto, con referencia a otros estudios, J.M.^a Serrano Sanz, *El debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas*, cit., 41.

¹⁴ Son muchas y muy interesantes las cuestiones jurídicas que plantean las mal llamadas remunicipalizaciones o reinternalizaciones de servicios públicos y a las que aquí no podemos hacer referencia con más detalle. Para un análisis de las mismas, pueden verse, entre otros, dos números en que la Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* ha tratado el tema dedicando, además, especial atención a los servicios urbanos del agua. Se trata, concretamente, de los números 69 (2017) y 58-59 (2016). En el número de 2017 y enmarcando teóricamente todo este tema, véase J. Esteve Pardo, *El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas*, 1-8, y J. Tornos Más, *La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2016, 58-59, 32-49.

to además en el que la estabilidad presupuestaria y las limitaciones a las reglas de gasto constituyen un presupuesto constitucional que impiden el aumento desproporcionado de la deuda pública. Esta es una de las intenciones del nuevo paquete europeo de Directivas en materia de contratación pública que ha regulado expresamente la cuestión de las garantías para el cumplimiento de los plazos y condiciones pactadas en este tipo de contratos con la consecuencia de exigencia de responsabilidad patrimonial en caso contrario.

Ahora bien, en segundo lugar y como contrapunto a esta necesidad de estabilidad regulatoria y de seguridad jurídica en la colaboración público-privada, es necesario que el poder público ejerza con rigor el control y gobierno efectivo de los servicios públicos, especialmente, cuando en su prestación participa la iniciativa privada¹⁵. En efecto, gran parte del descrédito que tanto en España como en el resto del mundo ha podido sufrir la hasta no hace tanto tiempo considerada fórmula ideal de gestión colaboración público-privada, tiene su origen en la falta de control y, en definitiva, de gobierno efectivo de los servicios urbanos del agua por parte de su titular (“dueño”), la Administración pública. En muchas ocasiones la relación jurídica de colaboración público-privada no ha estado bien definida inicialmente, en el momento de diseñar la relación contractual. Pero, en segundo lugar y sobre todo, no se han establecido concretas medidas de control en la ejecución de estos contratos o, estando establecidas, aquéllas no se han hecho efectivas.

Aunque un servicio público se gestione de forma indirecta, la Administración pública titular se reserva los poderes de dirección y de control del mismo. Dispone para ello de suficientes potestades y de instrumentos técnico-jurídicos para poder establecer y ejercer, de verdad, un control efectivo de la gestión del servicio cuando éste se lleve a cabo con cualquiera de las fórmulas de colaboración público-privadas que permite el sistema. Además, hacer público y transparente el ejercicio de este control de la Administración sobre los concesionarios, legitima socialmente la participación privada en la gestión de los servicios públicos. Si se hacen públicos los planes de control y el resultado de los mismos, además de un ejercicio de transparencia democrática, se contribuirá a un mejor conocimiento de esta forma de prestación de servicios públicos y a una mayor aceptación social de la misma.

Además otro tipo de potestades que puede ejercer la Administración pública, como persona jurídico-pública que es (potestad inspectora y sancionadora, entre otras), las más importantes prerrogativas con que cuenta para conseguir el mencionado y ansiado control efectivo del servicio gestionado indirectamente tienen lugar con la posibilidad de reglamentar el servicio urbano del agua y con el

¹⁵ El papel de la Administración como controladora y supervisora de sus servicios no ha sido especialmente objeto de atención en nuestro sistema jurídico. Tratando de suplir esta carencia, véase, por ejemplo, la obra colectiva dirigida por L. Parejo Alfonso, *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2017.

procedimiento administrativo de contratación pública que necesariamente tendrá que darse para la selección del socio privado. Así, en primer lugar, cobra un especial protagonismo la redacción de los documentos que constituyen la base de la relación contractual: los pliegos de condiciones administrativas y técnicas. En estos documentos se establecerán las condiciones esenciales de la relación contractual y las condiciones de prestación del servicio y los criterios y herramientas de control del concesionario o colaborador privado. De una adecuada preparación y redacción de estos documentos dependerá en gran medida el éxito o fracaso de este modo de gestión (Luna J., 2014).

Además de estos pliegos de condiciones administrativas y técnicas, resultan de importancia e interés otros documentos que servirán para reglamentar el servicio como el propio Reglamento de Servicios que se debería crear antes de la elección de la forma de gestión y que ya debería condicionar los documentos que se aprueben con posterioridad y que desarrollarán sus contenidos¹⁶. Este reglamento del servicio regula las relaciones entre Administración titular, concesionario y usuarios. Así, por ejemplo, en el caso de Andalucía, lo señala el Art. 30 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía que obliga a reglamentar los servicios públicos y a incluir como contenido mínimo: a) Alcance, carácter, contenido y regularidad de las prestaciones que incluya; b) Forma de financiación del servicio, especificando, cuando estén previstas aportaciones de los usuarios, si se establecen o no diferencias económicas en beneficio de las personas o los grupos sociales de menor capacidad económica o merecedoras de especial protección; c) Modalidades de gestión y sanciones que se puedan imponer al prestador; d) Estándares de calidad del servicio; e) Derechos y deberes de los usuarios; f) Régimen de inspección y de valoración de calidad de cada servicio.

El control a priori puede resultar en muchas ocasiones más efectivo que un control a posteriori, así contar previamente con el oportuno Reglamento del Servicio o el contar con un asesoramiento previo a la hora de redactar y preparar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas, puede resultar definitivo. En este sentido del control *ex ante*, del servicio, puede cumplir un importante papel que la nueva Oficina Nacional de Evaluación (prevista en la Disposición Adicional 36ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011) y que tiene como principal función la de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obra pública y de servicios públicos. Con esta herramienta técnica que, además, se quiere potenciar en el futuro, las entidades responsables de la gestión de los servicios urbanos del agua, van a poder contar con una

¹⁶ Sobre las posibilidades y el detalle de estos instrumentos para el control de los servicios urbanos del agua, pueden verse los trabajos de J. Gaya i Fuertes, que pueden encontrarse en una página web especializada en el mundo del agua: <https://www.iagua.es/blogs/joan-gaya-fuertes>.

inestimable ayuda a la hora, por ejemplo, de preparar los pliegos contractuales que se quieran utilizar para la selección de la parte privada en esta colaboración, al menos para mí, conveniente en la gestión de los servicios urbanos del agua.

Además del reglamento de servicio y de los pliegos contractuales, en el concreto caso de los servicios urbanos del agua, encontramos otros documentos fundamentales en lo que al control de la parte privada de esta colaboración se refiere. Así, por ejemplo, el Plan Director de Abastecimiento (documento en el que se formalizarán y analizarán las infraestructuras del abastecimiento y saneamiento de un determinado municipio o conjunto de municipios) y el resto de documentos de carácter financiero y económico que sirvan para conocer la situación financiera del servicio con carácter previo a su adjudicación, las condiciones económicas por las que se regirán, las inversiones a realizar en el futuro, los costes del servicio (estudio económico financiero, plan director de las actuaciones de inversión, etc.).

De la buena redacción y elaboración de estos documentos y de su conocimiento por parte de los interesados y del público en general, dependerá el efectivo gobierno y, por tanto, el control de un servicio público gestionado con alguna de los fórmulas de colaboración público-privada existentes en nuestro sistema jurídico (concesión administrativa, sociedad de economía mixta, etc.).

El problema, en muchas ocasiones, está en la falta de capacitación técnica y de medios en muchos de los municipios de este país que, como advertíamos antes, no constituyen unidades de gestión eficientes para servicios con un componente técnico tan alto como los actuales servicios urbanos del agua. Para solucionar este problema, se pueden buscar diversas alternativas, desde el otorgamiento de la gestión a entidades supramunicipales con más capacidad técnica y económica, la búsqueda de cooperación de las Diputaciones Provinciales a, finalmente, la utilización de una herramienta aún ignota en el ámbito de los servicios públicos, el responsable del contrato.

El “responsable del contrato” es una persona ajena a la Administración titular del servicio pero contratada por ella y que dado su especial conocimiento de una determinada actividad, se encargaría de ayudar al poder público en la difícil tarea de vigilar y velar por el cumplimiento efectivo de los términos del contrato de gestión de los servicios urbanos del agua. Esta figura está regulada en el Art. 52 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011. Se trata de una institución que hasta la fecha ha sido utilizada en el ámbito de los contratos de obras pero que nada obsta, entiendo yo, a ser utilizada como herramienta propia de los contratos de gestión de servicios públicos dada la reiterada ya complejidad, por ejemplo, de algunos de ellos como los urbanos del agua. El responsable del contrato tendrá como función la de supervisar la ejecución del mismo y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. El responsable del contrato

podrá ser una persona física o jurídica y sus funciones estarán fijadas en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas. La Administración responsable del servicio, en el caso de no contar con suficientes medios personales y técnicos en su organización y estructura, podría acudir a designar a una persona física o jurídica experta en servicios urbanos del agua que velara por la correcta ejecución del contrato y, por tanto, actuara en representación de la Administración pública en la defensa del interés público.

Pero el control del servicio urbano del agua en el caso de que se hubiera optado por alguna de las fórmulas de colaboración público-privadas no sólo o no debe centrarse exclusivamente en la parte privada de la relación. También la parte pública de esta relación tiene que ser controlada más allá de su deber de garantizar seguridad jurídica y estabilidad en el sistema tal y como he señalado anteriormente. También, normativamente, se podrían establecer medidas y obligaciones concretas que terminen con la sensación de falta de gobierno y control efectivo de los servicios urbanos del agua y que han generado la deslegitimización de las fórmulas de colaboración público-privada en este ámbito. Por ejemplo, para el caso concreto de los servicios urbanos del agua, se podrían establecer medidas normativas que acabasen con la práctica de convertir a los concesionarios de este servicio en financiadores de diversas y diferentes actividades y necesidades de la Administración local de turno. Especialmente paradigmático y grave resulta el caso de la utilización de los cánones concesionales para fines diferentes y ajenos a los servicios relacionados con el agua. Esta ha sido y es una práctica cotidiana en los Ayuntamientos de nuestro país; práctica que ha bordeado la legalidad pero que, sobre todo, ha distorsionado la gestión de un servicio con una enorme trascendencia social y que sufre algunos problemas estructurales, entre otras razones por esta.

Además de que se discute si la contraprestación por los servicios urbanos del agua es cuantitativamente la adecuada en España¹⁷, el grave problema que padecemos es la falta de inversión en las infraestructuras urbanas del agua. Además de

¹⁷ El precio del agua en España está por debajo de la media en Europa. Se sigue sin cobrar en el Sur de Europa el precio real del agua. En España, a pesar de nuestra geografía y climatología, pagamos 1/3 de lo que paga un danés por el agua. La factura del agua en España supone el 0,9% del presupuesto familiar estando muy por debajo del 3% que señala la ONU como cifra límite de asequibilidad del Derecho Humano al agua. Según un reciente estudio de F. Arbués et al., *El precio del agua en las ciudades ¿es argumento para las remunicipalizaciones?*, en *Papeles de Economía Española*, n. 153, el agua en España es significativamente más barata que en la mayor parte de países europeos. A diferencia, por ejemplo, de servicios como electricidad y gas en que las familias españolas sí tienen que hacer un mayor esfuerzo en renta para pagarlos. Haciendo un análisis detallado de qué es lo que se paga en el recibo del agua en España, véase J. Sanaú, *Los aspectos sociales en la gestión pública y privada del agua en España*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 50-59. Muy interesante el dato que resulta de este trabajo según el cual en las ciudades con gestión indirecta de los servicios urbanos del agua se adoptan tarifas que en mayor medida que en los casos de gestión directa premian el ahorro del recurso agua y, en segundo lugar, se adoptan más medidas para favorecer a las familias vulnerables económicamente hablando.

que, en muchas ocasiones, se cobra todavía un precio político por el agua incumpliendo, entre otras normas, el principio de recuperación de costes de la Directiva Marco del Agua, los ingresos que genera este servicio público (por ejemplo los cánones concesionales) no tienen afectación de destino y no se dedican a lo que debería, esencialmente a todo lo que tenga que ver con las infraestructuras urbanas del agua¹⁸. Este déficit de infraestructuras es una de las grandes amenazas de los servicios urbanos en el agua. Mientras que en Europa tienen más peso las inversiones que los gastos operativos, en nuestro país sucede lo contrario, la contraprestación que pagan los usuarios por los servicios del agua no cubre en muchas ocasiones los costes reales del servicio y, además, no hay inversión adicional en infraestructuras que garanticen un mínimo de calidad y seguridad de las infraestructuras a medio plazo¹⁹.

4. *Conclusión*

En el presente trabajo he pretendido describir de manera clara y sencilla, el régimen jurídico de los servicios urbanos del agua en España poniendo un especial acento en los condicionantes, problemas, oportunidades y peligros que encierran las fórmulas de gestión público-privadas en este sector.

Desde un punto de vista propositivo, entiendo que el futuro de la, bajo mi punto de vista, necesaria colaboración público-privada en el sector de los servicios urbanos del agua, tiene que partir de una redefinición de los papeles público y privado en dicha relación. Es necesario encontrar un nuevo equilibrio entre los privilegios propios del poder público y las garantías necesarias para la iniciativa

¹⁸ Esta ha sido, bajo mi punto de vista, una de las peores prácticas que ha tenido lugar con un mal entendimiento de la colaboración público-privada en nuestro país. Muchos ayuntamientos han utilizado de entidades financieras a los concesionarios de servicios públicos (especialmente los de agua), ampliando plazo de concesiones (y limitando la sana competencia por el mercado) a cambio de una financiación para, en el mejor de los casos, gastos generales del municipio. Esto debe limitarse en el futuro como un ejemplo más de esa necesaria redefinición de los papeles público y privado en la gestión de los servicios urbanos del agua.

¹⁹ No puedo entrar en este trabajo en el interminable problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la contraprestación de los servicios del agua. En esta confusión se dan la mano medidas legales, reformas, contrarreformas e interpretaciones judiciales y administrativas que no terminan de aclarar si la naturaleza de este tipo de contraprestaciones es tributaria -tasa- o tiene un carácter de precio privado -tarifa-. Bajo mi punto de vista, la confusión de poderes es ya total, el judicial corrige al legislativo creando directamente una norma y el ejecutivo corrige al judicial estableciendo una interpretación contraria a la que acaba de realizar en un caso el Tribunal Supremo. La cuestión es grave y no cabe más que pedir que de forma clara y contundente se aclare legalmente esta cuestión. Como ejemplos de esta confusión que señalo, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 noviembre 2015 (recurso de casación 4091/2013) y de 28 de septiembre de 2015 (recurso de casación 2042/2013) y la Resolución de la Dirección General de Tributos firmada el 8 de abril de 2016. Sobre esta cuestión véase el reciente trabajo de F. Villar Rojas, *Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, 69, 12-21.

privada que permita volver a colocar estas fórmulas de gestión como las más convenientes para la satisfacción del interés público que hay detrás de este esencial y básico servicio que no es más que la materialización de un Derecho Humano.

Los mundos público y privado no pueden ser antagonistas y parecer que están enfrentados. Es necesario buscar fórmulas de complementariedad que permitan hacer a cada uno lo que realmente sabe evitando la confusión de papeles y de responsabilidades que distorsionan la realidad y generan prejuicios hacia las fórmulas de colaboración público-privada que, en puridad, no pretenden más que contar con lo mejor de los dos modelos: la eficiencia del sector privado y el ejercicio de prerrogativas públicas con la consecuente salvaguarda de los intereses generales por parte de los poderes públicos.

En el efectivo y real gobierno de los servicios por parte de la Administración pública y en la aportación de inversión y conocimiento técnico por parte de la iniciativa privada, se encuentra el necesario punto de equilibrio entre lo público y lo privado en la gestión de los servicios urbanos del agua.

Los servicios urbanos del agua en el Derecho Español: situación actual y perspectivas de futuro

Los servicios urbanos del agua (abastecimiento, saneamiento y depuración) son en el Derecho español, servicios públicos esencialmente de titularidad municipal. Se trata, por tanto, de servicios regulados localmente sobre las bases de la legislación estatal de régimen local. Este carácter público del servicio, determina que el gobierno efectivo y el control de los servicios urbanos del agua teóricamente están siempre residenciados en el poder público independientemente del tipo de gestión, directa o indirecta, que se utilice. Respecto a la decisión administrativa acerca de la forma de gestión del servicio, hay que afirmar su carácter discrecional; no obstante, la legislación local actual ha constreñido dicha discrecionalidad estableciendo el criterio de la eficiencia y sostenibilidad financiera como límite de dicha decisión. En el caso de que, conforme a estos criterios, finalmente, se opte por una forma de colaboración público-privada para la gestión de los servicios urbanos del agua, es imprescindible la redefinición de los papeles público y privado que permita llevar a este servicio público lo mejor de cada uno de estos ámbitos. El Ordenamiento Jurídico ha dotado a la Administración pública de potestades y herramientas jurídicas y técnicas suficientes como para permitirle ejercer un verdadero control y gobierno efectivo de los servicios urbanos del agua desde su delimitación y definición inicial hasta su ejecución y desarrollo no pudiendo el poder público hacer dejación de sus funciones.

Urban water services in Spanish Law: the current situation and future prospects

In Spanish law, urban water services (supply, sanitation and purification) are public services essentially of municipal ownership. Therefore, services are regulated locally on the basis of state legislation on local management. This public nature of the service means that effective government and the control of urban water services theoretically always reside within public power regardless of the type of management, direct or indirect, that is used. As concerns the administrative decision on the form of management of the service, we must affirm its discretionary nature; nevertheless, current local legislation has constrained this discretion, establishing the criterion of efficiency and financial sustainability as the limit of such a decision. In the event that, in accordance with these criteria, a public-private partnership is ultimately chosen for the management of urban water services, it is essential to redefine the public and private roles that allow this public service to be carried out, exploiting the best of each of these fields. The Legal Order has endowed the Public Administration with sufficient legal and technical powers and tools to enable it to exercise real control, as well as the effective governance of urban water services from its initial delimitation and definition to its execution and development, the public powers being unable to relinquish their role.

Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia

Francesco De Leonardis

SOMMARIO: 1. La regolazione come concetto indistinto. – 2. La specificazione del concetto di regolazione con riferimento al soggetto e all'oggetto: la «regolazione pubblica dell'economia». – 3. La genesi della regolazione pubblica dell'economia: i tre modelli fondamentali. – 4. I soggetti della regolazione pubblica: le amministrazioni indipendenti. – 5. Il fondamento dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti. – 6. Le dieci categorie dei poteri di regolazione. – 6.1. Il potere regolamentare interno. – 6.2. Il potere regolamentare esterno. – 6.3. I poteri di amministrazione attiva. – 6.4. Il potere di determinare gli standards di qualità o le tariffe. – 6.5. Il potere sanzionatorio. – 6.6. I poteri di *moral suasion*. – 6.7. I poteri di segnalazione e di proposta. – 6.8. Il potere consultivo. – 6.9. I poteri quasi giurisdizionali. – 6.10. I poteri ispettivi. – 7. La natura «amministrativa» dei poteri di regolazione e le sue «gradazioni». – 8. Spunti sui possibili contrappesi ai poteri «forti» delle autorità indipendenti.

1. *La regolazione come concetto indistinto*

Mentre sul concetto di regolazione la letteratura è sterminata¹, non altrettanto può dirsi con riguardo alla sistematizzazione degli atti che ne costituiscono espressione.

¹ Sul tema della regolazione la letteratura è vastissima: per un primo approccio si vedano A. Bagnasco, *Le basi sociali della regolazione*, in *Stato e mercato*, 2010, 3; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; M. Cocconi, *Motivazione e qualità dei procedimenti di regolazione generali*, in *Il diritto dell'economia*, Modena, 2011, 459; L. Cossu, *L'autorità di regolazione dei trasporti, Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, 2000, 171 ss.; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; G. Marcou, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. Dir. pubbl. eur.*, 2006, 13; E.M. Marengi, *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, 2010, 145; F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313; Id. *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Il diritto dell'eco-*

L'obiettivo che ci si propone con il presente contributo è proprio quello di individuare tali atti, di classificarli raggruppandoli in categorie (come si vedrà ne sono state menzionate dieci), di evidenziarne la natura e i caratteri offrendone i necessari spunti ricostruttivi, di verificare se da essi emerga un'amministrazione più "forte" e in caso di risposta affermativa quali potrebbero essere le contropartite da prevedere e/o da potenziare.

Per poter conseguire tale obiettivo occorrerà preventivamente soffermarsi sui concetti di regolazione, di soggetti della regolazione e sul fondamento del potere di regolazione, il tutto, ovviamente, nel mutato quadro risultante dalla spinta dell'integrazione europea e, in generale, della globalizzazione degli scambi².

Solo infatti dopo aver ricordato gli elementi di base di tali concetti preliminari – si noti fin d'ora che ognuno di essi, per il suo spessore sistematico, non potrà che essere affrontato per linee generali – si potrà passare ad indicare quali siano gli atti di regolazione, come possano essere classificati e quali caratteri e natura essi abbiano e così tentare di offrire qualche spunto sistematico e ricostruttivo.

Innanzitutto si rilevi come, soprattutto nell'ultimo decennio del secolo scorso, più che di regolazione si sia parlato dei suoi contrari ossia di «liberalizzazione» che può essere definita come l'attività di eliminazione delle regole in relazione allo svolgimento di una determinata attività in generale prima svolta da un pubblico potere e di «semplificazione» che non è altro che l'attività di diminuzione quantitativa e qualitativa delle regole.

Più che di regolazione si parlava, quindi, di *deregolazione* nelle sue varie gradazioni o di *deregulation*³; oggi invece, soprattutto a seguito della crisi globale del-

nomia, 2010, 623; G. Napolitano, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, 218; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121; N. Rangone, voce *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 5057 ss.; M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, 2015. Tra i contributi più recenti P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in atti del convegno, *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 117.

² Da ultimo con ricostruzione di grande spessore sistematico v. E. Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2018, 5 che rileva come le spinte centrifughe che si possono riscontrare negli ultimi anni (tra le quali il referendum sul Leave della Gran Bretagna del 23 giugno 2016) siano controbilanciate dal consolidamento del processo sovranazionale sui temi della moneta, del debito e degli equilibri patrimoniali bancari. Per quel che riguarda la moneta ci si riferisce al trattato internazionale *European Stability Mechanism (ESM)* o Fondo salva Stati o meccanismo europeo di stabilità del 2012; per quel che riguarda il debito il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance o Patto di bilancio europeo o fiscal compact (patto di bilancio) firmato anch'esso nel 2012; per quel che riguarda la sovranazionalità della vigilanza bancaria il processo si è sviluppato nel 2014 tramite il *Single Supervisory Mechanism (SSM)* e il *Single Resolution Mechanism (SRM)*.

³ I tre termini e le loro traduzioni in inglese *regulation* e *deregulation* sono spesso usati in modo non preciso e pertanto, spesso, con il termine *deregulation* si intende sia l'eliminazione totale delle regole che disciplinano un determinato settore sia la loro attenuazione. Per l'OCSE «*deregulation is a subset of regulatory reform and refers to complete or partial elimination of regulation in a sector to improve economic performance*».

la fine del primo decennio degli anni Duemila, si ritorna a parlare di regolazione, o di necessità della regolazione, con ciò riproponendosi sotto nuova luce il tema della sua definizione.

Sebbene il concetto di regolazione in positivo sia indubbiamente un concetto vasto e indeterminato⁴; sebbene secondo uno dei maggiori studiosi di regolazione, M. d'Alberti, «sia impossibile condurre un discorso unitario sulla regolazione» (ed in effetti non esistono voci enciclopediche dedicate espressamente alla regolazione); sebbene anche la dottrina angloamericana, che è quella che maggiormente si è soffermata sul tema, affermi che «*regulation*» è un «*notoriously contested concept*»⁵, nonostante tutto e pur ribadendo che si tratta di un concetto dai confini mobili e ambigui, una parte della dottrina sia angloamericana (Breyer, Prossér) sia nazionale più attenta alle suggestioni di oltre Manica e di oltre oceano (Giani, De Lucia, D'Alberti, Cassese), ha comunque provato a definirla⁶.

Molti contributi sulla regolazione iniziano richiamando la definizione dell'OCSE per la quale essa viene definita come «*the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens*» (OCSE, Report on Regulatory Reform, Parigi, 1997)⁷. Tale definizione richiama la pluralità degli atti di regolazione («*the diverse set of instruments*»), il soggetto pubblico della regolazione («*governments*») e l'attività di produzione di norme («*set requirements*»).

Come vedremo, però, per arrivare ad essere utile la definizione di regolazione deve essere precisata sia con riguardo al soggetto che con riguardo all'oggetto.

Ma si proceda con ordine: effettivamente semanticamente «regolare» significa «dare regole» («*to set requirements*») e pertanto la «regolazione» può definirsi, in linea generalissima, come l'attività di chi produce regole ossia dà regole (o aggiunge regole) a un qualcosa che prima non le aveva. Da questo punto di vista un sinonimo di «regolazione» potrebbe considerarsi il sostantivo «regolamentazione».

La definizione di regolazione come produzione di regole è talmente generica da risultare però, almeno parzialmente, inutile: seguendo questa definizione, infatti, l'attività per antonomasia di regolazione sarebbe quella legislativa che è quella con cui, a volere seguire lo schema di separazione dei poteri, si «danno» le norme ai vari settori della vita civile; ma allo stesso modo potrebbe ritenersi attività di rego-

⁴ Lo ricorda anche F. Follieri, *La regolazione economica dei porti e degli aeroporti, tra fallimenti del mercato e fallimenti della regolazione*, in *Dir.dell'ec.*, Modena, 2017, 675 con richiami di dottrina straniera sul punto.

⁵ Si vedano Hancer e Moran, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, 129.

⁶ L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit.; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit.

⁷ Una tale nozione, ancora troppo generica, come è stato rilevato «evoca qualsiasi previsione rivolta dai pubblici poteri ai soggetti terzi prescindendo dal contenuto della disciplina e dai rapporti che in base a questa si instaurano» (N. Rangone, voce *Regolazione*, in *Diz.dir.pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 5057ss).

lazione tutta l'attività contrattuale di diritto privato che è quella in cui i soggetti privati si danno le regole della propria azione futura nei loro reciproci rapporti.

Nello stesso tempo la definizione di regolazione come produzione di regole pur essendo ancora troppo generica comunque consente, come già anticipato, di definire i concetti ad essa prossimi di liberalizzazione che suppone il ritorno da un sistema amministrativo di regole ad un sistema di libertà (dal regno dell'interesse pubblico a quello dell'interesse privato pur in una cornice pubblica) e di semplificazione che suppone il miglioramento delle regole stesse sia sotto il profilo quantitativo (meno regole), sia sotto quello qualitativo (regole diverse e migliori).

Non è, ovviamente, a questa accezione di regolazione come produzione di norme che ci si riferisce quando si parla di Stato regolatore: se s'intende la regolazione come funzione legislativa, infatti, lo Stato ha sempre avuto un ruolo di «regolatore» essendo, per antonomasia, il detentore della funzione legislativa.

2. *La specificazione del concetto di regolazione con riferimento al soggetto e all'oggetto: la «regolazione pubblica dell'economia»*

Volendo specificare il concetto di regolazione al fine di renderlo utile si possono passare in rassegna le definizioni classiche che ne hanno dato alcuni sociologi.

Particolarmente rilevanti appaiono al riguardo le quattro definizioni di regolazione citate nella monografia di Majone e La Spina sullo Stato regolatore: quella di Riker e Ordeshook del 1973; quella di Lange e Regini del 1987; quella di Mitnick del 1980 e quella di Selznick del 1985.

Per Riker e Ordeshook «la regolazione è il processo tramite cui vengono modificati l'orizzonte delle alternative, gli esiti, lo stato della tecnologia, i modelli di socializzazione, l'informazione [...]. La principale ragione che può spingere ad alterare il contesto originario è che esso così come si presenta implica esternalità costose per i regolatori. Quindi il nocciolo di una teoria della regolazione è una teoria dei costi esterni».

Per Lange e Regini «la regolazione è il modo (o meglio) i diversi modi in cui un determinato insieme di attività o di rapporti tra attori viene coordinato, le risorse che vi sono connesse vengono allocate e i relativi conflitti, reali o potenziali vengono strutturati (cioè prevenuti o composti)».

Per Mitnick la regolazione è una «restrizione intenzionale dell'ambito di scelta nell'attività di un soggetto operata da un'entità non direttamente parte in causa o coinvolta in quell'attività».

La definizione di Selznick è quella per cui per regulation deve intendersi «un controllo prolungato e focalizzato esercitato da una agency pubblica su attività cui una comunità attribuisce una rilevanza sociale».

Da ognuna di tali definizioni si può trarre qualche spunto interessante in ordine alla definizione di regolazione: la definizione di Riker sottolinea un aspetto fondamentale ossia che le regole o la regolazione sono necessarie proprio quando un determinato settore lasciato a sé stesso non arriverebbe a quella che viene ritenuta un'allocazione ottimale e pertanto occorre un intervento del potere pubblico al riguardo: «la principale ragione che può spingere ad alterare il contesto originario è che esso così come si presenta implica esternalità costose per i regolatori».

Da questo punto di vista una buona regolazione presuppone, dunque, innanzitutto un'estrema chiarezza sulla definizione dell'assetto che si considera ottimale (obiettivi della regolazione) un continuo monitoraggio sugli assetti del settore per verificare se effettivamente in autonomia non sarebbe capace di raggiungere la sua allocazione ottimale. Ed è proprio in relazione a tali obiettivi che le misure di regolazione potranno essere considerate più o meno buone.

La definizione di Selznick è importante dal momento che specifica la nozione di regolazione innanzitutto con riferimento al soggetto (per *regulation* deve intendersi «un controllo prolungato e focalizzato esercitato da una agency pubblica su attività cui una comunità attribuisce una rilevanza sociale»): com'è noto la produzione di regole non è appannaggio esclusivo del potere pubblico, anzi si potrebbe dire che i primi produttori di regole sono proprio i soggetti privati (l'art. 1322 cod. civ. non a caso parla di autonomia privata e qualsiasi contratto è produzione di regole) e pertanto escludere dalla regolazione tutto il mondo delle regole private costituisce un indubbio passo in avanti nella specificazione del concetto.

Ecco dunque una prima conclusione: per rendere utile il concetto di regolazione esso deve essere specificato con l'aggettivazione «pubblica» attraverso la quale si fa riferimento ad un'attività di produzione delle regole compiuta da soggetti di natura pubblica e per fini di interesse generale.

Ma ancora questa precisazione, benché necessaria, non appare sufficiente dal momento che l'attività di produzione delle regole può essere svolta, anzi istituzionalmente viene svolta, da organismi pubblici a ciò deputati in linea generale, nel nostro Paese la Camera e il Senato (come si è detto la funzione legislativa è l'attività di regolazione pubblica per eccellenza in quanto essa si esprime nella produzione di norme generali ed astratte).

Ecco la seconda conclusione: per poter essere utile la definizione di regolazione deve, quindi, essere anche collegata ad un oggetto e, quindi, quando si parla di Stato «regolatore» si fa riferimento generalmente proprio alla trasformazione del ruolo dello Stato nei confronti dell'economia ossia di Stato che produce regole nei settori economici.

È questa la cd. «*Economic regulation*» che ha l'obiettivo di aumentare l'efficienza dei mercati nel produrre beni e servizi e che comprende sia le discipline della concorrenza (secondo lo schema «regolo per far sì che tutti possano opera-

re») sia le discipline volte a surrogare il normale funzionamento dei mercati (lo schema in questo caso è «regolo per evitare che un bene o un servizio che il mercato tenderebbe a produrre non venga prodotto ossia per garantire che qualche risultato che altrimenti non si produrrebbe si produca»)⁸.

Su questo secondo versante, quello tipico della regolazione economica, si consideri che non sempre i sistemi economici, i mercati, consentono il raggiungimento di risultati che sono ritenuti indispensabili dalla collettività e per essa dai pubblici poteri: vi possono essere casi di lievitazione incontrollata dei prezzi che esige un intervento dell'autorità pubblica (particolarmente evocativo al riguardo è il sogno di Diocleziano di F. Merusi⁹); vi possono essere settori nei quali l'esercizio di libera attività economica presupponga capacità finanziarie (ad esempio per la costituzione di reti infrastrutturali) che i privati potrebbero non avere; vi sono casi in cui la libera iniziativa potrebbe portare a sacrificare gli interessi di alcuni o alcuni tipi di interessi (es. gli interessi in materia ambientale) e, quindi, si necessita un intervento esterno.

La nozione che ci interessa è, quindi, quella di «regolazione» «pubblica» dei «settori economici»: gli elementi essenziali sono sempre un regolatore pubblico (soggetto, il chi); l'intento di modificare il contesto di azione di altri soggetti perché evidentemente lasciato a sé stesso, alla sue dinamiche perverrebbe ad un assetto considerato non ottimale (finalità, il perché); i mercati (oggetto); la definizione ufficiale di certi valori, beni, interessi, posizioni come meritevoli di tutela; i poteri attraverso i quali avviene la conformazione dell'attività (modalità, il come) e il fondamento di tali poteri.

⁸ Alla *Economic regulation* si aggiungono la *Administrative Regulation* attraverso la quale i poteri pubblici impongono una serie di permessi e la *Social Regulation* volta a correggere una vasta gamma di difetti di informazione ovvero di effetti collaterali (N. Rangone, voce *Regolazione*, cit.).

⁹ Si narra che l'imperatore Diocleziano uscisse travestito dal suo palazzo di Spalato per conoscere cosa succedeva nel mondo e raccogliere elementi utili per adottare i propri provvedimenti. Gli piaceva molto, in particolare, girare per il mercato di Spalato per conoscere gli umori della gente. Proprio in occasione di una delle sue passeggiate si rese conto che i prezzi di quasi tutte le merci salivano vertiginosamente e appurò in poco tempo che praticamente in tutti i mercati dell'Impero succedeva la stessa cosa. A questo punto chiamò a sé un commerciante per ogni tipo di merce e domandò a loro quale era il prezzo che riteneva congruo per ogni tipo di merce. Stilò un elenco che pretendeva essere esaustivo di ogni transazione commerciale ed emanò un editto, l'editto de pretiis (*Edictum De Pretiis Rerum Venalium* emesso nel 301) ingiungendo che fosse pubblicato in tutti i mercati dell'Impero. L'editto era diviso in 32 sezioni e poneva un limite sui prezzi per tutti i prodotti commerciabili nell'impero. L'obiettivo non era «congelare» i prezzi, ma segnare i maxima, ovvero i massimi prezzi di mercato, oltre i quali determinate merci non avrebbero potuto essere vendute. L'editto è giunto fino a noi perché una cittadina dell'Asia minore pensò bene di farlo scolpire su una parete di marmo. Si trattava di uno dei primi esempi di regolazione e segnatamente di provvedimento pubblico adottato per la regolazione dell'economia (che, per la cronaca, venne palesemente disatteso e che venne poco dopo revocato!); cfr. F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, 1.

3. *La genesi della regolazione pubblica dell'economia: i tre modelli fondamentali*

Una volta specificato il concetto di regolazione in quello di «regolazione pubblica delle attività economiche» e ristretto anche il perimetro dell'indagine, che dovrebbe essere conseguentemente specificato come «natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia», si può ora passare alla genesi storica di tali poteri.

Il punto di fondo è stato già ben chiarito: la ragione ultima della regolazione, come si è detto, è che si ritiene che un determinato settore economico lasciato alle naturali dinamiche di mercato non arriverebbe ad una situazione che viene considerata ottimale in relazione al conseguimento di determinate finalità ma che, d'altra parte, non necessita un diretto intervento operativo del potere pubblico.

Il piano del dover essere – si noti – attiene a diversi elementi: le imprese in quanto tali *in primis*, gli attori del mercato, e l'ottimalità della situazione. Questo secondo elemento può far riferimento a situazioni che si intendono garantire in capo ai cittadini o agli utenti, o ad altri obiettivi di carattere più ampio (si pensi ad esempio alla tutela ambientale).

Mentre la «concorrenza», la disciplina della concorrenza, attiene alle regole per le quali ogni impresa deve aver accesso al mercato (il potere pubblico si limita a consentire il gioco degli attori economici ma non ha obiettivi propri da raggiungere a parte questo), la «regolazione» attiene al fatto che pur all'interno del mercato non vengano pregiudicati i diritti dei cittadini e degli utenti o di interessi sovraindividuali (e questo è il *proprium* della disciplina della regolazione).

L'esigenza è risalente; già negli ordinamenti antichi si producevano regole al fine di tutelare le esigenze primarie dei gruppi più deboli nell'economia e nella società: grazie a regole speciali il pane e gli alimenti essenziali per la sopravvivenza venivano sottoposti a prezzi controllati e i mulini divennero servizi pubblici per fornire a tutti garanzie che il diritto comune degli affari di certo non assicurava.

Ma, volendo schematizzare e assumendo per comodità come punto di partenza la formazione dello Stato italiano, generalmente le fasi dell'intervento pubblico nell'economia vengono riassunte in tre momenti fondamentali: il periodo dello Stato minimo che corrisponde al pensiero liberale (*laissez faire*) e che comprende il periodo 1860-1900¹⁰; il periodo dello stato gestore/imprenditore (dirigismo) e che

¹⁰ Nel periodo di formazione degli Stati nazionali le regole speciali inizialmente nate per correggere la naturale e non ottimale allocazione dei mercati si andarono concentrando essenzialmente in concessioni di privilegi, patenti e monopoli alla classe mercantile e recò vantaggi a singole imprese. La reazione a questa «cattiva regolazione» non si fece attendere: si può dire che l'ottocento sia stato il secolo della reazione a tali abusi e influenzato con larghe eccezioni dalle pagine di A. Smith e dall'idea di garantire a tutti la libertà di scambio protetta dal *droit naturel* e dalla *common law*, abbia tentato di reagire contro gli eccessi e gli errori delle amministrazioni e dei Governi. Anche in tale periodo del *laissez faire* si ebbero una serie di eccezioni: basti pensare che men-

comprende il periodo 1900-1990¹¹; il periodo dello Stato regolatore (che costituisce una via intermedia tra *laissez faire* e dirigismo) e che va dal 1990 in poi.

Quest'ultima fase si può scomporre, a sua volta, in tre sottoperiodi: l'ultimo decennio degli anni Novanta (*the roaring Nineties*) che viene considerato il *turning point* nelle relazioni tra istituzioni e mercati (e in cui significativamente si inquadrano la legge sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 1990, il periodo delle privatizzazioni formali e sostanziali del 1992-1994, le trasformazioni del sistema bancario del 1993, le trasformazioni di quello finanziario del 1998 e la regolazione quadro delle reti del 1995)¹²; il primo decennio degli anni Duemila è quello che registra la cd. crisi finanziaria globale con l'avvio del ripudio del *market fundamentalism* a favore di un *comprehensive approach* e, infine, il secondo decennio degli anni Duemila in cui si registra la crisi bancaria che segue quella finanziaria e un pieno ritorno della sfera pubblica.

Il secondo decennio degli anni Duemila vede susseguirsi una serie di importanti step sia a livello nazionale (il riordino delle società a partecipazione pubblica nel 2016, la valorizzazione nei bilanci delle grandi imprese dei profili di responsabilità sociale nel 2017, il rafforzamento dei profili istituzionali in materia di prevenzione della corruzione nel 2014) sia a livello europeo: nel 2012 entrano in vigore due nuovi Trattati uno a presidio della moneta, l'*European Stability Mechanism* (ESM) e uno a presidio del debito, il trattato sulla stabilità o fiscal compact al fine della riduzione del debito degli Stati membri¹³.

Il punto di partenza della situazione che oggi viviamo va ricercata nella reazione allo Stato gestore o allo Stato imprenditore (dagli inizi del Novecento fino al 1990) che si ingeriva direttamente nell'economia attraverso i tre modelli fon-

tre in Italia alla fine dell'Ottocento si alienavano i beni del demanio veniva istituita nel 1863 la prima impresa pubblica la Cassa depositi e Prestiti, grande banca del Ministero delle Finanze.

¹¹ È questo il periodo in cui l'espansione dell'intervento statale volta a garantire il godimento di diritti sociali e libertà positive sempre più numerose ed esigenti condusse alla creazione di un modello di Stato quale gestore diretto, dispensatore di beni, erogatore diretto di prestazioni; ingegnere sociale, Stato positivo come produttore diretto di beni e di servizi, Stato interventista. Nascono le imprese pubbliche come l'Azienda Ferrovie dello Stato (1905), l'impresa per la telefonia interurbana (1907), l'INA (1913), la BNL (1913); nasce lo Stato del benessere che cura le prestazioni sociali (si pensi all'istituzione della Cassa nazionale di previdenza nel 1898 e la successiva iscrizione obbligatoria nel 1917); si sviluppano una molteplicità di enti pubblici (nei settori della seta, del cotone, del riso, dei fertilizzanti, dei trasporti, dell'artigianato, dello zolfo, della cellulosa, etc.) e di società per azioni con partecipazione pubblica (come l'AGIP nel 1926 e l'IRI nel 1933). Su questo periodo cfr. anche le considerazioni di S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, V ed., 2012, 10. Se il giudizio della dottrina è abbastanza unanimemente negativo nei confronti dell'esperimento di economia mista o delle partecipazioni statali non bisogna però dimenticare che agli inizi degli anni Sessanta il nostro paese venne classificato quarto tra i sette paesi più industrializzati e dai dati registrati dalla Banca d'Italia risulta che il tasso di crescita del nostro paese fu nel periodo 1948-1963 superiore a quello degli Stati Uniti, della Francia e dell'Inghilterra.

¹² Si è parlato di tale decennio come quello di fondamentalismo del mercato ed è stato consegnato in letteratura come il decennio del nuovo ordine mercantile o del supercapitalismo (E. Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, IV ed., Torino, 2018, 4).

¹³ E. Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia...*, cit., 2.

damentali della proprietà pubblica delle imprese¹⁴, delle concessioni¹⁵ e dell'attività di programmazione¹⁶.

Nel primo caso (intervento dello Stato nell'economia attraverso la proprietà pubblica) l'iniziativa privata in un determinato settore era bandita perché veniva sempre ritenuta contrastante con l'interesse pubblico; nel secondo caso (intervento dello Stato nell'economia attraverso le concessioni) l'iniziativa economica privata veniva posta sotto il controllo totalizzante del pubblico; nell'ultimo caso (intervento dello Stato nell'economia attraverso la programmazione) l'iniziativa privata veniva accettata e valorizzata purché si conformasse ai dettami del pubblico e dunque fosse sottoposta a specifici controlli.

Il primo caso è stato definito come un caso di intervento pubblico diretto nell'economia e il secondo e terzo caso sono stati menzionati come casi di intervento pubblico indiretto nell'economia.

Uno degli effetti dell'intervento pubblico diretto (e indiretto) nell'economia fu che una serie di settori economici, nel frattempo divenuti economicamente profittevoli e vantaggiosi, venne sottratta alle imprese e ciò non poteva certamente dirsi compatibile con i principi del diritto europeo che imponeva l'accesso delle imprese a tutti i mercati a meno che non vi fossero motivi di interesse generale che lo impedissero.

È per questo che, nell'ultimo decennio del novecento, attraverso la forte spinta europea data dalle leggi di liberalizzazione e di concorrenza, si è imposto il nuovo modello dello Stato regolatore che comporta la riappropriazione da parte del mercato di territori che prima gli erano sottratti.

¹⁴ Storicamente la proprietà pubblica è stata la principale forma di regolamentazione pubblica in Europa. In vari settori come il gas, l'elettricità, l'acqua, le ferrovie si riteneva che la proprietà pubblica di tali industrie desse allo Stato il potere di proteggere l'interesse pubblico contro potenti interessi privati (Majone La Spina, cit., 18). È questo lo schema che venne poi recepito dall'art. 43 Cost. che prevede la riserva originaria in mano pubblica o il trasferimento mediante espropriazione di imprese o categorie di imprese che erogano servizi pubblici essenziali e che ha consentito aziende di Stato come le poste o le ferrovie; enti pubblici economici come l'Enel e società a partecipazione pubblica concessionarie di pubblici servizi come la RAI o la SNAM.

¹⁵ Il secondo modello consisteva nel controllo amministrativo dei mercati (in questo caso i pubblici poteri stabiliscono le regole per l'accesso ad ogni singolo mercato come il commercio al dettaglio, i trasporti automobilistici extraurbani, il servizio taxi, i mestieri artigiani, le libere professioni, i pubblici esercizi) e prevede un intenso sistema di controlli amministrativi sulla loro osservanza (autorizzazioni, abilitazioni, licenze, concessioni, iscrizioni in albi o in elenchi, revoche, cancellazioni, decadenze) (è il caso dell'art. 41 Cost., comma 3, Cost. laddove si dice che la legge determina i programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali).

¹⁶ M. Carabba, voce *Programmazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, 1997; R. Sacco, voce *Programmazione economica*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. VIII agg., Torino, 2013; M.S. Giannini, voce *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121; G. Corso, *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, Varenna, 1991; N. Rangone, *Le programmazioni economiche*, Bologna, 2007.

4. *I soggetti della regolazione pubblica: le amministrazioni indipendenti*

I soggetti a cui nel nuovo modello di intervento pubblico dell'economia è stato in via principale affidato il compito di regolazione dei settori economici che vengono via via liberalizzati sono le amministrazioni indipendenti.

La prova che non si sia raggiunto un sufficiente indice di sistematizzazione di tali soggetti è provato dal fatto che tra coloro che hanno maggiormente studiato la materia non vi sia accordo neppure sull'enumerazione e la classificazione di tali soggetti di regolazione.

Non è pacifico innanzitutto il numero di tali autorità indipendenti: V. Cerulli Irelli ne elenca nove¹⁷, G. Rossi tredici¹⁸; M. Clarich otto¹⁹; M. D'Alberti sei²⁰, per citare solo alcuni tra i manuali più diffusi.

In uno degli ultimi lavori sul tema si citano quattordici autorità indipendenti²¹ e segnatamente: 1) la CONSOB²²; 2) l'Autorità garante della concorrenza e del mercato meglio nota come Antitrust o brevemente detta AGCM²³; 3) la Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi essenziali²⁴; 4) la Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP)²⁵; 5) l'Autorità nazionale Anticorruzione (ANAC)²⁶; 6) l'Autorità per l'energia elettrica e per il gas e il servizio idri-

¹⁷ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 4 ed., 2014, Torino, 104. Si menzionano tra le autorità indipendenti di più recente istituzione l'AGCM, la Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero, l'ARERA, il Garante per la tutela della privacy, l'Autorità per le comunicazioni, la Commissione di Vigilanza sui fondi pensione che si accompagnano a quelle più antiche come Banca d'Italia, Consob e IVASS.

¹⁸ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., 2 ed., 2015, Torino, 192.

¹⁹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013. Nel suo manuale si elencano otto autorità ma si utilizza, intelligentemente, una sorta di clausola di salvaguardia nel senso che avverte che si tratta delle «principali» autorità così lasciando intendere che ce ne sono delle altre.

²⁰ M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, II ed., 2013, Torino, 94. Si menzionano ovviamente le tre autorità più risalenti (Banca d'Italia, Consob e IVASS) e l'AGCM, l'ARERA, l'AGCOM evidenziando soprattutto la loro legittimazione sul versante del diritto europeo.

²¹ M. Sanino, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, 2015.

²² La Consob istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216 e dotata di personalità giuridica e di piena autonomia con la legge n. 281 del 1985 la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare. Vedi anche il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

²³ L'AGCM è stata istituita con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e successivamente disciplinata con l. 215/2004; d.lgs. 206/2005; d.lgs. 145/2007; d.l. n. 1/2012 e garantisce il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni in grado di creare o di rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, con l'obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini.

²⁴ È stata istituita con l. 12 giugno 1990, n. 146 (poi integrata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83) con il compito di vigilare sul contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti dei cittadini nell'ambito di servizi pubblici essenziali.

²⁵ È stata istituita con d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 (vedi anche d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) e ha il compito di vigilare sul buon funzionamento del sistema dei fondi pensione.

²⁶ Nell'ANAC sono confluite le competenze dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La legge n. 190/2012 individuò la CIVIT come autorità anticorruzione. Con l'entrata in vigore della legge 30 ottobre 2013, n. 125 di conversione del d.l. 31 agosto 2013, n. 101 la Commissione ha assun-

co e per i rifiuti (ARERA)²⁷; 7) il Garante per la privacy istituito con la legge 31 dicembre 1996, n. 675; 8) l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²⁸; 9) il Garante per la sorveglianza dei prezzi istituito con la legge finanziaria del 2008; 10) l'Autorità garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza; 11) il Garante piccole e medie imprese; 12) l'Autorità di regolazione dei trasporti²⁹; 13) l'Agenzia per l'Italia Digitale³⁰ e 14) l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS che ha assorbito l'ISVAP)³¹.

Si noti che la precisa individuazione delle autorità indipendenti è oggi assai importante anche perché ad esse si applica il rito accelerato di cui in un primo tempo all'art. 23 *bis* l. TAR e oggi nell'art. 119 c.p.a. secondo il quale «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: [...] b) i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti».

In ordine alla definizione di autorità indipendenti dal canto suo la giurisprudenza ha affermato che «nonostante né la legge né la dottrina abbiano sinora fornito un criterio definitorio e/o un elenco esaustivo delle cd. Autorità indipendenti deve comunque ritenersi che la nozione di autorità indipendenti assunta dalla legge processuale amministrativa debba essere intesa in senso proprio e ristretto come riferita a quegli organismi collegiali dotati di specifici apparati organizzatori autonomi posti da leggi speciali di settore a sovrintendere a ordinamenti settoriali sensibili o di particolare rilievo sociale in funzione di regolazione e controllo a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti»³².

Si sono esclusi, quindi, ad esempio, tra le autorità indipendenti il difensore civico (dal momento che i suoi atti e provvedimenti non investono di regola settori sensibili), e il Consigliere Nazionale di Parità previsto dall'art. 12 del Codice delle pari opportunità fra uomo e donna approvato con d.lgs. n. 198/2006³³.

to il nome di ANAC. La sua composizione è stata modificata e nel 2014 ha assorbito l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

²⁷ L'AEEGSI è stata istituita con legge 14 novembre 1995, n. 481. In essa è confluita l'agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche istituita con il decreto sviluppo 13 maggio 2011, n. 70 e soppressa a dicembre dello stesso anno con la legge 22 dicembre 2011, n. 214.

²⁸ L'AGCOM è stata istituita con la legge 31 luglio 1997, n. 249 in cui è confluita l'agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale istituita a marzo 2011 e soppressa nel dicembre dello stesso anno con d.l. 201/2011.

²⁹ L'Autorità per i trasporti è stata istituita ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 nell'ambito delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

³⁰ Istituita con d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito nella legge 134/2012.

³¹ Istituito con legge n. 135/2012.

³² TAR Campania, Napoli, I, 31 gennaio 2003, n. 511.

³³ TAR Lazio, III, 18 giugno 2009, n. 5780.

In sede di modellizzazione di tali autorità assai spesso si ricorda che non vi è una disciplina di riferimento ossia un preciso ed omogeneo modello e che ciò ha comportato la proliferazione di autorità assai diverse le une dalle altre.

Le uniche norme di carattere generale sarebbero: quella che impedisce di conferire alle Regioni e agli enti locali funzioni statali quando «i compiti di regolazione e controllo siano già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti» (art. 2, comma 4, l. 15 marzo 1997, n. 59); la norma citata che prevede un rito processuale speciale per le stesse (art. 119 c.p.a.); la norma che prevede un accesso particolare «esercitato nell'ambito dei rispettivi ordinamenti» per le suddette autorità (art. 23 l. 241/90); la norma che obbliga le autorità a dotarsi di forme e metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione degli atti di competenza (art. 12 l. 29.7.2003, n. 229); la norma di cui al d.l. 31 maggio 2010, n. 78 che nel dettare norme finalizzate alla riduzione dei costi degli apparati amministrativi le include nell'elenco da redigersi da parte dell'ISTAT.

Sul versante della classificazione poi vi è chi classifica le autorità indipendenti in base alla loro vicinanza o meno con lo schema degli enti pubblici³⁴; vi è chi le distingue in base all'oggetto della regolazione: da una parte vi sarebbero le autorità di garanzia (di cui il prototipo è l'AGCOM ma che comprendono anche la Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi essenziali; il Garante per la protezione dei dati personali; l'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza istituita dalla legge n. 122/2011) e dall'altra le autorità di vigilanza e queste ultime a propria volta vengono distinte tra autorità di tipo generalista (AGCM e Garante per la protezione dei dati personali); autorità di settore preposte alla vigilanza di mercati concorrenziali (Banca d'Italia, Consob e IVASS) e autorità preposte ai servizi pubblici in seguito ai processi di liberalizzazione (ARERA, AGCOM e Autorità per i trasporti).

5. *Il fondamento dei poteri di regolazione delle autorità indipendenti*

Sempre al fine di procedere all'esame dei concetti presupposti e per arrivare alla classificazione degli atti e dei poteri dei soggetti regolatori occorre ora soffermarsi sulle finalità della regolazione operata dalle autorità indipendenti.

Orbene le finalità della regolazione sono fondamentalmente due: la prima è quella di consentire l'accesso delle imprese a mercati che prima ad esse erano

³⁴ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 192. Vengono menzionate le tre autorità storiche (Banca d'Italia, Consob e IVASS) più simili al modello degli enti pubblici, e altre due tipologie di autorità ossia quelle di garanzia e quelle di regolazione (l'Autorità per l'energia elettrica e il gas; l'Autorità di garanzia per le comunicazioni; l'Autorità di regolazione dei trasporti). A queste si aggiungono l'ANAC che ha assorbito la CIVIT e l'AVCP e la Agenzia per l'Italia digitale (sono quindi tredici).

preclusi (vigilanza e garanzia della concorrenza) che si connota per una maggiore neutralità del potere pubblico; la seconda, non meno importante, è quella di continuare a garantire i diritti dei cittadini e degli utenti o gli interessi sovraindividuali che prima erano tutelati direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche (vera e propria regolazione) che si connota per una maggiore presenza del potere pubblico³⁵.

E la seconda finalità non è meno rilevante della prima come si deduce per esempio dal fatto che la prima amministrazione indipendente, la *Interstate Commerce Commission*, venne istituita negli USA nel 1887 proprio per regolare il servizio ferroviario tutelando i diritti dei soggetti meno forti (contadini e piccoli commercianti) e non a caso venne denominata «*the poor man's court*». Si evidenziava già da allora la primarietà, nell'azione di regolazione, oltre che dell'apertura dei mercati, anche della considerazione dei diritti degli utenti.

In ogni caso il fondamento dei poteri di regolazione delle varie autorità risiede nella legge ed è finalizzato proprio alla garanzia degli obiettivi a cui ogni autorità viene preposta.

Vi è dunque un rapporto particolarmente stretto tra autorità indipendenti e Parlamento che si evidenzia *in primis* nel potere di nomina dei loro vertici: proprio tale rapporto preferenziale diretto con il Parlamento e non mediato dal Governo ha fatto porre una serie di questioni relative alla legittimazione di tali autorità rispetto alla Carta Costituzionale. Ed infatti in un quadro costituzionale in cui campeggia l'art. 95 Cost. (si ricordi che tale disposizione costituzionale prevede che i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri e individualmente degli atti dei loro dicasteri) l'idea che ci fossero delle autorità non subordinate al Governo pareva inammissibile.

Sulla scia della dottrina francese che ha sempre sottolineato la tradizione di forte dipendenza delle autorità amministrative dal governo (la Costituzione della V Repubblica ha stabilito che «*le gouvernement dispose de l'administration*»; art. 20) si era, quindi, sostenuto che se sono amministrazioni non possono essere indipendenti e se sono indipendenti non possono essere amministrazioni³⁶. A fronte di tale disposizione costituzionale, l'art. 95, appariva, in altre parole, rischioso che settori rilevanti della vita del paese venissero amministrati da soggetti pubblici che svincolati dalla direzione e dal controllo del Governo finissero per essere privi di legittimazione democratica.

³⁵ Al riguardo è molto chiaro l'art. 1 della legge 14 novembre 1995, n. 481 recante norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità per il quale da una parte occorre garantire «la promozione della concorrenza» ma dall'altra anche «adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi [...] promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori».

³⁶ M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 94.

Parlando di deficit di legittimazione delle autorità amministrative indipendenti ci si riferiva dunque fondamentalmente all'illegittimità presunta del fondamento legislativo dei poteri di regolazione.

La questione oggi si può dire pacificamente chiusa sulla base di distinti ragionamenti³⁷ tra i quali particolarmente rilevanti appaiono quello fondato sull'art. 97 Cost. e quello fondato sulla cd. legittimazione europea e a cui si accompagnano il ragionamento per il quale le autorità indipendenti sono organi paragiurisdizionali e quello per il quale esse hanno legittimazione di tipo procedimentale.

Il primo tipo di argomentazione fa leva sugli artt. 97 e 98 Cost.: alla concezione dell'amministrazione come apparato dipendente del Governo o come struttura servente dell'istituzione governativa si affiancherebbe il modulo dell'amministrazione come apparato a sé separato dal Governo e in genere dal potere politico ma servente il Parlamento.

Questo tipo di ragionamento è analogo a quello che svolse la Corte Suprema quando nel sistema statunitense venne sollevato il problema della non semplice posizione costituzionale delle autorità che poneva in discussione il controllo presidenziale dell'Esecutivo lasciando sussistere un vero e proprio quarto potere di cui si lamentava la sostanziale irresponsabilità. Nel 1935 con la sentenza *Humphrey's Executor vs. United States* la Corte Suprema elaborò una prima teorizzazione fondandola sul collegamento diretto con il Congresso: l'indipendenza dal Presidente in tal modo non si riteneva costituisca un'autorizzazione a perseguire arbitrarie politiche di regolazione settoriale³⁸.

Per questo tipo di ragionamento i poteri di regolazione delle autorità indipendenti non sarebbero altro che poteri amministrativi, solo che essi troverebbero direttamente fondamento nella legge e nel Parlamento superando il circuito tradizionale di legittimazione amministrativa che rinvia al Governo.

Il secondo ragionamento fa leva sulla legittimazione che potremmo dire europea³⁹: è evidente infatti che il modello istituzionale delle autorità indipendenti debba molta della sua fortuna alla necessità di adempiere progressivamente ad obblighi di integrazione con il sistema delle fonti e con le istituzioni comunitarie.

Così la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti appare sostanzialmente rafforzata a livello sovranazionale e in conseguenza della cessione di quote di sovranità e nella prospettiva di individuare organismi caratterizza-

³⁷ Si veda ad es. di recente A. Mazza Labocetta, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. dell'econ.*, Modena, 2016, 633.

³⁸ M. De Benedetto, voce *Autorità indipendenti*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, cit., 589.

³⁹ In questa linea ad esempio V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 105 per il quale la fonte costituzionale di tali autorità è data da norme e principi dell'ordinamento europeo che, almeno per alcune di esse, espressamente prevedono il requisito dell'indipendenza, recentemente rafforzato dalla Corte di Giustizia laddove ha escluso che l'Autorità tedesca preposta alla tutela dei dati personali possa essere sottoposta alla vigilanza dello Stato (Corte Giust., C 518/07 Commissione/Germania).

ti da indipendenza quali terminali nazionali delle reti europee di istituzioni regolatorie e di garanzia⁴⁰.

In questa prospettiva vi sarebbe una legittimazione europea per la Banca d'Italia e per i suoi poteri⁴¹; per l'AGCOM e i suoi poteri⁴²; per l'ARERA e i suoi poteri⁴³; per l'AGCM e i suoi poteri⁴⁴ e per l'Autorità dei trasporti soprattutto per quel che riguarda il settore aeroportuale in cui essa esercita tutti i poteri di autorità di vigilanza sulla base della direttiva 2009/12/CE concernente i diritti aeroportuali⁴⁵.

Anche in questa seconda linea di pensiero i poteri di regolazione sarebbero tutti di natura amministrativa e le autorità potrebbero qualificarsi a buon diritto «amministrative indipendenti».

Vi è però un terzo tipo di ragionamento che fa leva sul fatto che le amministrazioni indipendenti in quanto sottratte all'art. 95 Cost. non potrebbero occuparsi della gestione dell'interesse pubblico bensì dovrebbero limitarsi a regolamentare e proteggere interessi costituzionalmente rilevanti. Invero alle amministrazioni indipendenti sarebbero affidati poteri ascrivibili non alle scelte libere o discrezionali proprie della politica legislativa amministrativa ma poteri riconducibili ad attività paragiurisdizionali. Sotto questo profilo vi sarebbe un problema di compatibilità con l'art. 101 Cost. prodotto proprio dal riconoscimento di funzioni essenzialmente paragiurisdizionali in capo a soggetti muniti di indipendenza ma non facenti parte del potere giudiziario.

In questo caso la natura e i caratteri dei poteri delle autorità indipendenti sarebbero giurisdizionali o, con formula meno netta, paragiurisdizionali.

⁴⁰ M. De Benedetto, cit., 590 che riporta Cassese, Merusi e Passaro e soprattutto Cardi che parla di Consob come istituzione comunitaria.

⁴¹ La legittimazione della Banca d'Italia si può trovare nell'art. 130 TFUE che si occupa del sistema europeo delle banche centrali nazionali e nel regolamento UE n. 1093/2010 che ha istituito l'Autorità di vigilanza europea sulle banche stabilendo che essa opera «in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione nel suo insieme senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni o organi dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici e privati» (art. 42). Poiché il consiglio di tale autorità è composto anche dai vertici delle autorità pubbliche nazionali di vigilanza sugli enti creditizi (art. 40) pure a queste ultime viene garantito uno status di indipendenza.

⁴² Per quel che riguarda il settore delle comunicazioni elettroniche in cui opera l'Autorità per le comunicazioni la direttiva 2002/21/CE e la direttiva 140/2009 hanno stabilito che gli Stati debbono avvalersi di autorità di regolazione indipendenti.

⁴³ Lo stesso prevedono le direttive 72 e 73 del 2009 in materia di energia elettrica e di gas naturale.

⁴⁴ In materia di antitrust il regolamento comunitario n. 1/2003 sulle intese restrittive tra imprese e sugli abusi di posizione dominante ha previsto che le autorità nazionali di concorrenza sono o amministrazioni o giudici (art. 35, par. 2). Nel primo caso devono avere un'indipendenza pari a quella del potere giudiziario. Dopo tale regolamento è stato peraltro istituito l'European Competition Network (ECN) la rete europea di concorrenza formata dalla Commissione e dalle autorità antitrust degli Stati membri che prevede una messa in rete delle informazioni tra le varie autorità antitrust. Da ultimo sul punto G. Mastrodonato, *Profili procedurali nella nuova amministrazione condivisa in Europa*, Bari, 2018, 179 ss.

⁴⁵ Cfr. art. 37, comma 2 lett. h) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

Vi è infine un ultimo ragionamento, fatto proprio soprattutto dalla giurisprudenza, che fa leva sulla legittimazione cd. procedimentale: il rispetto dei principi del contraddittorio, della trasparenza, della motivazione, della sindacabilità giurisdizionale delle decisioni sarebbe ciò che sana il deficit di legittimazione democratica. La mancanza di responsabilità politica e di soggezione nei confronti del Governo nonché l'indipendenza delle Autorità troverebbero nel nostro ordinamento dei contrappesi costituiti fondamentalmente dalle garanzie del giusto procedimento.

In questo senso in giurisprudenza si è affermato ad esempio che «l'esercizio di poteri regolatori da parte delle autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità di cui all'art. 95 Cost. è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale»⁴⁶. Nello stesso senso si è affermato che «l'esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità indipendenti è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»⁴⁷.

6. *Le dieci categorie dei poteri di regolazione*

L'approccio tradizionale seguito per definire la natura e i caratteri degli atti di regolazione è quello che prende le mosse dalla natura delle autorità indipendenti, appunto amministrative o meno, e da questo fa discendere la natura dei loro atti.

Di seguito si tenterà di fare un percorso inverso partendo invece dalla descrizione e dall'elencazione degli atti che tali autorità svolgono e da questi risalendo all'indietro alla natura dell'autorità.

Non è ovviamente semplice, data il loro numero, esaminare singolarmente i poteri che la legge o le stesse autorità si attribuiscono al fine di regolare determinati settori (e, conseguentemente, gli atti che ne costituiscono esercizio), si può però cercare di esaminare più in dettaglio qualche soggetto regolatore e poi, da tale analisi, cercare di tirare conclusioni che potranno successivamente essere estese alle autorità nel loro insieme.

⁴⁶ Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2201.

⁴⁷ Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

Si prenderanno in esame quattro esempi emblematici: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; l'ARERA; la Consob e l'Autorità per i trasporti.

I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁴⁸ sono in gran parte previsti nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 (la cd. legge Antitrust) che trova fondamento nei principi ispiratori dei Trattati europei⁴⁹ e nell'art. 117 Cost. che affida la concorrenza alla competenza esclusiva dello Stato.

Si tratta di testo normativo che, com'è noto, ha quasi trent'anni, che è stato modificato in più occasioni⁵⁰, che ha costituito la base per la regolazione pro concorrenziale dei mercati e che solo di recente è stato accompagnato dalla legge sulla concorrenza⁵¹.

Ebbene in tale testo si ritrovano la serie di poteri che si estrinsecano in altrettanti atti e che sono stati attribuiti all'AGCM al fine di vigilare sui principi di concorrenza e in particolare sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione.

Tra i poteri più rilevanti vi sono quello di vietare o autorizzare concentrazioni (art. 6, comma 2 e art. 18); di corrispondere con tutte le p.a. e gli enti di diritto pubblico (art. 10, comma 4); di adottare regolamenti interni tra i quali quello sull'organizzazione e il funzionamento (ma anche con efficacia esterna come quello sul rating di legalità; sul conflitto di interessi; sui lavori e forniture e servizi in economia) (art. 10, comma 6); d'indagine per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti di intese restrittive e di abuso di posizione dominante (art. 12); di svolgere indagini conoscitive di natura generale (art. 12, comma 2); di acquisire mezzi istruttori ivi compresa la possibilità di disporre ispezioni (art. 14, comma 3); di adottare misure cautelari ove ravvisi l'urgenza di rischio di danno grave e irreparabile per la concorrenza (art. 14 *bis*) o di sospendere le operazioni di concentrazione (art. 17); di valutare l'idoneità di impegni che facciano venir meno i profili anticoncorrenziali (art. 14 *ter*, comma 1); di irrogare sanzioni se gli impegni non vengono rispettati (art. 14 *ter*, comma 2); di diffidare al fine dell'eliminazione delle infrazioni (art. 15); di sanzionare in caso di inottemperanza al divieto di

⁴⁸ Sull'AGCM si veda da ultimo E. Cardi, *Mercati e istituzioni in Italia*, cit., 73 ss. e F. Cintioli, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in atti del convegno, *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 509.

⁴⁹ Uno dei principali obiettivi dell'Unione è proprio quello dell'instaurazione di un mercato interno imperniato sul corretto gioco della concorrenza: cfr. art. 3 par. 1 lett. b e prot. n. 27 TFUE; artt. 101-106 TFUE sulle regole di concorrenza e artt. 107-109 TFUE sugli aiuti di Stato. A tali norme si aggiungono vari regolamenti tra i quali il regolamento n. 1/2003 sulla disciplina antitrust e il reg. n. 139/2004 sulla concentrazione di imprese.

⁵⁰ In particolare dalla legge 5 marzo 2001, n. 57; dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223; dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

⁵¹ Ci si riferisce alla legge 4 agosto 2017, n. 124. Si noti che, la legge sulla concorrenza pur essendo prevista come legge periodica fin dal 2009, solo nell'ultimo anno si è concretizzata in un ulteriore testo normativo (che ha visto la luce non senza criticità).

concentrazione (art. 19); di segnalazione in caso in cui si ravvisino provvedimenti distorsivi della concorrenza (art. 21); di ricorrere contro atti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato (cd. public advocacy) (art. 21 *bis*); di esprimere pareri su iniziative legislative e regolamentari (art. 22).

Oltre a tali poteri all'AGCM spettano anche altre funzioni come quella diretta al contrasto delle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese, della tutela dalla pubblicità ingannevole e comparativa nonché relativamente alla vigilanza⁵² affinché nei rapporti tra aziende e consumatori non vi siano clausole vessatorie e a tali funzioni si ricollegano altrettanti poteri⁵³.

Altri compiti dell'AGCM a cui si rapportano ulteriori set di poteri sono quelli di vigilare sui conflitti di interesse in cui possono incorrere i titolari di cariche di Governo⁵⁴; di attribuire alle imprese che ne facciano richiesta il rating di legalità⁵⁵ e in ordine alla cessione di prodotti agricoli e agroalimentari⁵⁶.

Il secondo caso preso in esame è quello dell'autorità di regolazione per i servizi di pubblica utilità (brevemente detta ARERA ossia autorità di regolazione per Energia reti e ambiente) che è stata istituita dalla legge 14 novembre 1995, n. 481.

Com'è noto essa operava inizialmente nei soli settori dell'energia elettrica e del gas ed ha poi ha esteso le sue competenze al sistema idrico (legge 22 dicembre 2011, n. 214), al risparmio energetico (d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102) e ai rifiuti (legge 27 dicembre 2017, n. 205 commi 527-529).

L'ARERA è, dunque, competente per la regolazione e il controllo dei settori innanzi indicati (art. 2, commi 4 e 6) e in funzione di ciò ha poteri consultivi e di segnalazione (art. 2, comma 6); ha poteri di osservazione e proposta sui servizi da assoggettare a concessione o autorizzazione (art. 12, lett. a); ha poteri di determinazione delle tariffe (art. 12, lett. e); ha potere di emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa (art. 12, lett. f); ha poteri di ispezione e di accesso o di acquisizione della documentazione utile (art. 12, lett. g); ha poteri di determinazione dei livelli generali di qualità (art. 12, lett. h); ha potere di valutazione di reclami (art. 12, lett. m); ha poteri sanzionatori (art. 12, comma 20 lett.

⁵² Si tratta di compiti ad essa attribuiti dal d.lgs. n. 206/2005 (codice del Consumo) e dai d.lgs. 145/2007 (pubblicità ingannevole) e d.lgs. 146/2007 (pratiche commerciali).

⁵³ Al fine di svolgere tali attività all'AGCM sono attribuiti poteri inibitori oltre che poteri investigativi ed esecutivi (art. 27 d.lgs. n. 206/2005 s.m.i.); poteri di sospensione e poteri sanzionatori. Si consideri che in tale settore, ad esempio, l'AGCM ha adottato un regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore.

⁵⁴ Cfr. legge 20 luglio 2014, n. 215 sulla base della quale è stato adottato il regolamento sul conflitto di interessi.

⁵⁵ Art. 5ter d.l. n. 1 del 2012 che legittima all'adozione di regolamenti esterni.

⁵⁶ Art. 62 d.l. 1/2012 convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27.

c); ha potere di adottare provvedimenti cautelari (art. 12, comma 20 lett. e); ha poteri regolamentari⁵⁷ (art. 12, comma 27).

Il terzo esempio è quello della Consob, organo di controllo del mercato finanziario italiano⁵⁸, che ha il potere di adottare regolamenti con efficacia esterna (come ad esempio quello in ordine agli obblighi informativi delle società quotate nei mercati regolamentati; il regolamento emittenti; il regolamento in materia di intermediari; il regolamento in materia di mercati); di rilasciare autorizzazioni (ad esempio autorizza i prospetti relativi ad offerte pubbliche di vendita o l'esercizio dei mercati regolamentati o le iscrizioni agli albi delle imprese di investimento); di esercitare la vigilanza sulle società di gestione dei mercati e sulla trasparenza e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni; di adottare sanzioni sui soggetti vigilati; di esercitare poteri di controllo ad esempio sulle informazioni fornite al mercato dai soggetti che fanno appello al pubblico risparmio; di accertare gli andamenti anomali delle contrattazioni sui titoli quotati; di comunicare con gli operatori e il pubblico; di collaborare con le altre autorità nazionali e internazionali e di adottare regolamenti interni come quello di organizzazione e funzionamento, di amministrazione e contabilità e sul personale.

Vi è ancora l'Autorità di regolazione dei trasporti⁵⁹ che ha poteri regolamentari; poteri sanzionatori; poteri per la definizione delle tariffe; poteri di definizio-

⁵⁷ Tra i regolamenti finora adottati si segnalano quello sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni dell'Autorità (delibera 213/2015/A); le disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità (delibera n. 61/97); la disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità (allegato a Delibera 649/2014/A); il regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità (questo è però un d.p.r. n. 244, 9 maggio 2001); il regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni (allegato a delibera 243/2012/E/com); il regolamento di organizzazione e il funzionamento (allegato a delibera 57/2018/A); il regolamento di contabilità con allegato schema dei conti (allegato a delibera 343/2016/A); il regolamento per la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (allegato a delibera GOP 55/08, modificato con determina 72/09); il regolamento per le audizioni periodiche e svolgimento di rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e l'efficacia dei servizi (delibera n. 603/2014/A); il regolamento per praticantato, stage, posti aggiuntivi di dottorato e altre forme di sostegno all'attività di ricerca (allegato a Delibera n. 181/04); il regolamento per il conferimento a terzi di incarichi di studio, ricerca e consulenza e di incarichi in regime di collaborazione coordinata e continuativa (allegato a delibera n. 201/07); il regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari (allegato a delibera GOP 8/11) oltre al regolamento della biblioteca (allegato a delibera GOP 70/10) e al Codice etico.

A questi atti si aggiungono il Quadro strategico 2015-2018 e il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (P.T.T.I) 2015-2017 (di cui alla Delibera 621/2014/A).

⁵⁸ La Consob istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216 e dotata di personalità giuridica e di piena autonomia con la legge n. 281 del 1985 la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare. Vedi anche il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 Testo unico della Finanza nel quale sono contenute le norme di riferimento per gran parte dei poteri della CONSOB. In dottrina v. da ultimo N. Pecchioli, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*, in atti del convegno, *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 525 e F. D'Ambrosi, *CONSOB e poteri di vigilanza*, Napoli, 2017, 83 ss.

⁵⁹ L'Autorità per i trasporti è stata istituita ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 nell'ambito delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità

ne del contenuto minimo di diritti degli utenti; poteri di definizione degli ambiti di servizio pubblico; poteri di proposta (sospensione, decadenza o revoca degli atti di concessione); poteri di ispezione; poteri di ordine (sulla cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione).

Pur avendo chiaro il monito di chi ha evidenziato che le differenze spesso profonde tra le varie autorità dovrebbero mettere in guardia rispetto alle semplificazioni unificanti⁶⁰, una volta descritti le funzioni e i poteri di tali autorità si può tentare di ricondurre a sistema i vari poteri esercitati.

Se infatti non vi è sicuramente un modello generale e omogeneo di autorità amministrative indipendenti (le poche regole generali sono state ricordate) e pur essendosi atteggiati le loro funzioni e i loro poteri in modo diverso nel tempo, si può tentare di delineare alcune costanti.

Del resto la stessa OCSE ha tentato di farlo: per essa «*regulations include laws, formal and informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers*».

Pur dunque tenendo presente le precedenti avvertenze svolgendo un'analisi di diritto positivo si può tentare di riassumere i poteri delle autorità indipendenti (i «*regulatory powers*») nelle seguenti dieci categorie.

6.1 *Il potere regolamentare interno*

Una prima categoria di poteri è quella che si può definire come «potere regolamentare interno» che potrebbe riassumersi nel lemma «per poter dare regole agli altri, devo poter organizzare me stesso».

Tale potere non pone particolari problemi di legittimità in quanto può essere sussunto in quella potestà di autorganizzarsi che appartiene sia a soggetti privati che a soggetti pubblici: si tratta, anzi, della manifestazione più chiara di quello che nella dottrina più risalente veniva chiamato «autarchia»⁶¹ e che appunto veniva riservata all'ambito dell'organizzazione degli enti.

di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

⁶⁰ G. Amato, *Autorità semi indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645; G. Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1.

⁶¹ Sul concetto di autarchia si veda tra i classici il contributo di Santi Romano, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1907, 2, I, 575; Id., *Decentramento amministrativo*, ora in *Scritti minori*, vol. II, cit., 11 ss.; Id., *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, 1903; L. Raggi, *Esame critico delle varie teorie moderne sopra la nozione di autarchia*, in *RISG*, 1902; G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione provinciale e comunale*, 31 ss.

Quasi tutte le autorità amministrative indipendenti hanno un regolamento di organizzazione e di funzionamento, un regolamento di contabilità, un regolamento sul trattamento giuridico ed economico del personale e tali regolamenti costituiscono sicura espressione di tale potere di organizzazione.

La stessa giurisprudenza in varie occasioni ha «validato» tale potere ritenendolo «espressione di una potestà di auto-organizzazione, coerente con l'autonomia funzionale, peculiare del modello delle autorità indipendenti, la quale si presta *ex se*, senza alcun limite temporale, ad una agevole ripetuta utilizzazione»⁶².

La capacità di determinare la propria organizzazione con il solo vincolo del rispetto della legge ma senza soggezione al potere regolamentare in materia di organizzazione attribuito al Governo di cui all'art. 17, comma 1, legge n. 400/1988, è del resto funzionale all'indipendenza che ad esse deve essere garantita per l'esercizio di propri compiti⁶³.

Dal punto di vista sistematico il potere regolamentare interno può essere ricondotto all'area dell'autarchia dell'amministrazione dal momento che non incide sui diritti dei terzi⁶⁴.

6.2 Il potere regolamentare esterno

Tutt'altri problemi pongono invece i regolamenti sull'accesso, i regolamenti sulla trasparenza, i codici etici, quelli sul trattamento dei dati sensibili e giudiziari, quelli sui procedimenti di propria competenza, per non parlare di regolamenti che dettano regole d'integrazione della legislazione vigente e che hanno tutti come destinatari soggetti esterni: in questo caso siamo nell'area del potere regolamentare esterno che è quella che ha creato, anche di recente (si pensi al tentativo di sostituire il regolamento attuativo della disciplina sugli appalti con una regolamentazione del tipo *soft law* elaborata dall'ANAC per ora fallito) i maggiori problemi di compatibilità.

Si tratta del potere preordinato all'emanazione di regolamenti o atti generali che in dottrina viene definito come funzione di *law making*.

La legge consente a quasi tutte le autorità indipendenti di adottare regolamenti che dettano regole valide per il settore a cui esse sono preposte: si pensi ad esempio i regolamenti sulla disciplina degli emittenti⁶⁵ o degli intermediari o dei mercati adottati dalla CONSOB o alle istruzioni di vigilanza per le banche adot-

⁶² TAR Lazio, III, 7 febbraio 2006, n. 870.

⁶³ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 104.

⁶⁴ Sui temi dell'autarchia e autonomia cfr. A. Beltrami, *I poteri normativi degli ordini professionali: un caso di competenza riservata*, in *Dir.amm.*, 2009, 91.

⁶⁵ Delibera n. 11971/99 e successive modifiche.

tate dalla Banca d'Italia; o ai regolamenti sul conflitto di interessi e per i lavori, forniture e servizi in economia adottati dall'Antitrust; o ai regolamenti per l'attuazione del Codice delle assicurazioni private adottati dall'IVASS.

Ma anche nelle ipotesi in cui non vi siano espresse previsioni legislative si ritiene che tali atti normativi siano consentiti in base alla teoria dei cd. poteri impliciti⁶⁶.

Nell'area della normazione si possono poi inquadrare anche atti che non vengono qualificati direttamente come regolamenti come ad esempio le linee guida, con le quali le autorità spesso si spingono a modificare la portata di una legge⁶⁷ (si pensi ad esempio alle linee guida sulla trasparenza con le quali l'autorità per la privacy ha di fatto ristretto non senza critiche il campo di applicazione della legge sulla trasparenza per le pubbliche amministrazioni⁶⁸) e della cui natura regolamentare o di regolazione o assimilabile alle direttive amministrative di cui la dottrina discute⁶⁹.

Si pensi anche alla definizione degli schemi dei bandi di gara per l'assegnazione dei servizi in esclusiva, alla definizione dei capitolati da inserire nelle medesime gare⁷⁰, ai criteri di nomina per le commissioni giudicatrici⁷¹ o alla definizione degli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione o alla definizione degli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali, sempre per restare nell'ambito della regolazione dei trasporti.

⁶⁶ Su di essa G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir.amm.*, 2007, 703 ss.

⁶⁷ In generale sul punto cfr. M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2015*, Napoli, 2015, 235.

⁶⁸ È il caso delle linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti in atti e documenti amministrativi effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati approvate con provvedimento del Garante della Privacy n. 243 del 15 maggio 2014 con le quali sono state «corrette» alcune disposizioni del decreto trasparenza n. 33/2013.

⁶⁹ Cfr. da ultimo G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273. Ma vedi anche C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC*, in *giustamm.it*, 2016.; N. Longobardi, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; M. Delle Foglie, *Verso un «nuovo» sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016; M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; V.B. Bonanno, *ANAC legislatore uber alles – Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in *www.lexitalia.it*.

⁷⁰ Sul punto la giurisprudenza fin dalle origini si divide v. C. Celone, *La controversa natura giuridica degli atti (di regolazione) adottati dall'Autorità garante dei lavori pubblici nell'esercizio del potere di vigilanza*, in *Nuove autonomie*, 2001, 124 e Id., *La funzione di vigilanza e di regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 165 ss.

⁷¹ Cfr. art. 37, comma 2 lett. f) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

Il potere regolamentare esterno in tutte le sue manifestazioni pone notevoli problemi di inquadramento⁷² o, come si è scritto, dà luogo a non lievi problemi di costituzionalità⁷³ che si è tentato di risolvere attraverso due fondamentali percorsi argomentativi, uno che fa riferimento ad una sorta di necessità strutturale e l'altro che si poggia sulle garanzie che l'organizzazione delle varie autorità fornisce.

Un primo argomento utilizzato per giustificare tale potere fa riferimento all'incapacità della legge di predefinire un sistema completo e preciso di regole di comportamento in settori ad evoluzione tecnologica e di mercato assai rapida (basti pensare ai concetti giuridici indeterminati come l'abuso di posizione dominante, l'intesa o la concentrazione che richiedono necessariamente un'opera di contestualizzazione della norma e che difficilmente potrebbero essere normati a livello legislativo). Se tali settori, si dice, fossero regolamentati da una legge questa sarebbe esposta ad una rapida obsolescenza e dunque si rende necessario attribuire al soggetto di regolazione un potere normativo di integrazione di quello legislativo.

Un secondo argomento utilizzato per giustificare tale potere regolamentare fa leva «sulla qualità e sulla struttura dell'organo come garanzia della correttezza delle decisioni assunte»⁷⁴ ricordandone la copertura costituzionale rinvenibile negli artt. 21, 41, 47 e 97 Cost. e soprattutto nelle garanzie procedurali⁷⁵.

A prescindere dalla argomentazioni utilizzate per giustificarlo in ogni caso la natura del potere regolamentare esterno è sicuramente di tipo normativo e come tale non necessita di motivazione per ciò che concerne i presupposti di fatto e di diritto⁷⁶: ciò non esclude la natura amministrativa dello stesso potendolo far rientrare nella figura dei cd. regolamenti indipendenti.

6.3 I poteri di amministrazione attiva

Una terza famiglia di poteri delle amministrazioni indipendenti è quella di amministrazione attiva e tali poteri costituiscono senza dubbio una delle leve classiche della regolazione.

⁷² Sul punto M. Clarich, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 49; L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione al convegno svolto il 28 febbraio 2013 presso il Consiglio di Stato su Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive.

⁷³ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 105. Vi è chi in dottrina ha sostenuto direttamente l'incostituzionalità di tali attribuzioni normative: M. Manetti, voce *Autorità indipendenti (dir.cost.)*, in *Enc.dir.*, 1997.

⁷⁴ F. Cintioli, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisprudizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003.

⁷⁵ Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; Cons. Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2007; ma soprattutto Cons. Stato, sez. atti normativi, 25 febbraio 2005, n. 11603 sul codice delle assicurazioni private.

⁷⁶ Cons. Stato, VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

Tra tali poteri si annoverano innanzitutto il potere di autorizzazione (si pensi per esempio al potere dell'antitrust di autorizzare per un determinato periodo limitato intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2, l. 287/1990 ovvero operazioni di concentrazione che soddisfino rilevanti interessi generali). Si pensi alle funzioni dell'ARERA prima esercitate dai Ministeri; all'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili rilasciata dal Garante dei dati personali⁷⁷; all'autorizzazione per l'esercizio dei servizi di investimento da parte delle SIM⁷⁸.

Nell'ambito della regolazione dei trasporti costituisce senz'altro esercizio di potere di amministrazione attiva quello della definizione degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali⁷⁹.

Tra i poteri di amministrazione attiva possono farsi rientrare anche i poteri di ordine: con riferimento al settore dei trasporti, ad esempio, l'autorità di regolazione «ordina la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti sottoposti a regolazione, disponendo le misure opportune di ripristino⁸⁰; nei casi in cui intenda adottare una decisione volta a fare cessare un'infrazione e le imprese propongano impegni idonei a rimuovere le contestazioni da essa avanzate, può rendere obbligatori tali impegni per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione; può riaprire il procedimento se mutano le circostanze di fatto su cui sono stati assunti gli impegni o se le informazioni trasmesse dalle parti si rivelano incomplete, inesatte o fuorvianti; in circostanze straordinarie, ove ritenga che sussistano motivi di necessità e di urgenza, al fine di salvaguardare la concorrenza e di tutelare gli interessi degli utenti rispetto al rischio di un danno grave e irreparabile, può adottare provvedimenti temporanei di natura cautelare».

E si noti che l'istituto degli impegni che è nato in area antitrust si sta progressivamente espandendo anche ad altri settori se pur con non poche criticità⁸¹.

Sempre nell'ambito dei poteri di ordine si può citare anche quello di imporre la separazione contabile e societaria delle imprese⁸², i poteri di adottare misure straordinarie di gestione riconosciuto all'ANAC⁸³ o i poteri cautelari tra i quali

⁷⁷ Art. 22, l. 675/1996.

⁷⁸ Art. 19, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

⁷⁹ Cfr. art. 37, comma 2 lett. g) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

⁸⁰ Cfr. da ultimo sul tema B. Rabai, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 165.

⁸¹ Cfr. G. Barozzi Reggiani, *Lo strano caso degli impegni AEEGSI. Un paradosso normativo?*, in *Dir. dell'econ.*, 2016, 169.

⁸² Cfr. ad esempio art. 2, comma 12, lett. f) della legge 14 novembre 1995, n. 481.

⁸³ Sul punto v. F. Di Cristina, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. dell'econ.*, 2016, 506 ss.

particolarmente importante quello previsto dall'art. 14 bis della legge antitrust⁸⁴ o dall'art. 8 d.lgs. 145/2007 sulla sospensione della pubblicità ingannevole.

Un altro ambito interessante di esercizio di poteri di regolazione è quello che riguarda i cd. impegni: si tratta dei poteri volti a consentire ad un soggetto che ha posto in essere condotte non legittime di «ritornare nella legalità» secondo lo schema di una sorta di ravvedimento operoso (ma comunque sottoposto ad attenta vigilanza)⁸⁵.

Le funzioni di amministrazione attiva, i compiti operativi e i poteri che ne costituiscono espressione non hanno posto particolari problemi di inquadramento; si tratta di poteri amministrativi a tutti gli effetti con le conseguenze tipiche in ordine all'impugnabilità dei relativi atti.

6.4 Il potere di determinare gli standards di qualità o le tariffe

Una quarta famiglia di poteri è quella che fa riferimento alla determinazione degli standard di qualità o dei prezzi o delle tariffe.

Così ad esempio, per quel che riguarda le tariffe, la norma istitutiva dell'Autorità dei trasporti prevede che ad essa spetta «definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi».

Si noti che tale potere di determinazione delle tariffe è volto al bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate e l'efficienza delle gestioni da una parte, e la garanzia del contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori dall'altra⁸⁶.

Sempre con riferimento alle tariffe, e restando nell'ambito dei trasporti, la norma istitutiva dell'Autorità dei trasporti prevede un regime speciale per il settore autostradale dovendo il potere di regolazione esercitarsi nel senso di «stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del cd. *price cap*» (comma 2, lett. g).

Con riferimento agli standard di qualità sempre all'Autorità dei trasporti è stato attribuito il potere di «stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi

⁸⁴ Su quest'ultimo in generale si veda S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, 192 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 174 ss. e A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 252 ss.

⁸⁵ Sul tema si rinvia al completo lavoro di C. Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012.

⁸⁶ Cfr. art. 37, comma 2 lett. b) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Salva Italia).

di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e di offerta»⁸⁷.

Anche in questo caso si tratta di tipici poteri di amministrazione che non pongono particolari problemi di inquadramento.

6.5 *Il potere sanzionatorio*

Una quinta tipologia di poteri è quella classica dell'imposizione di sanzioni: in alcuni casi le sanzioni sono applicate dalle stesse autorità, in altri l'autorità si limita a proporre l'adozione della sanzione ad un organo terzo che a sua volta la commina (come avviene nel caso in cui la Consob propone al Ministero dell'Economia sulla base dell'art. 75 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

Nell'ambito della regolazione dei trasporti il presupposto per l'emanazione delle sanzioni è che vi sia inosservanza di propri provvedimenti, mancata osservanza da parte dei soggetti esercenti il servizio alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, il caso in cui le informazioni e i documenti non siano veritieri⁸⁸.

Il potere sanzionatorio viene esercitato nei limiti e nelle forme previste dalla legge generale sulle sanzioni amministrative e la quantificazione delle sanzioni viene spesso indicata dalla stessa legge istitutiva e diversificato a secondo del tipo di violazione riscontrata⁸⁹.

La dottrina si è interrogata, soprattutto in un primo periodo, sulla natura di tale potere sanzionatorio al fine dell'individuazione della giurisdizione⁹⁰ ma la questione è stata definitivamente sopita dopo gli interventi del legislatore, come ad es. l'art. 33 legge antitrust come sostituito dal codice del processo amministrativo del 2010, che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sugli atti delle autorità amministrative indipendenti.

⁸⁷ Cfr. art. 37 cit.

⁸⁸ Cfr. art. 37 cit.

⁸⁹ Così, ad esempio, in materia di trasporti si prevede che «ferme restando le sanzioni previste dalla legge, da atti amministrativi e da clausole convenzionali, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata nei casi di inosservanza dei criteri per la formazione e l'aggiornamento di tariffe, canoni, pedaggi, diritti e prezzi sottoposti a controllo amministrativo, comunque denominati, di inosservanza dei criteri per la separazione contabile e per la disaggregazione dei costi e dei ricavi pertinenti alle attività di servizio pubblico e di violazione della disciplina relativa all'accesso alle reti e alle infrastrutture o delle condizioni imposte dalla stessa Autorità, nonché di inottemperanza agli ordini e alle misure disposti». L'autorità di regolazione dei trasporti, in altri casi, «applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1 per cento del fatturato dell'impresa interessata qualora: 1) i destinatari di una richiesta della stessa Autorità forniscano informazioni inesatte, fuorvianti o incomplete, ovvero non forniscano le informazioni nel termine stabilito; 2) i destinatari di un'ispezione rifiutino di fornire ovvero presentino in modo incompleto i documenti aziendali, nonché rifiutino di fornire o forniscano in modo inesatto, fuorviante o incompleto i chiarimenti richiesti» (cfr. art. 37 comma 3 d.l. 201/2011).

⁹⁰ A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 241 ss.

6.6 I poteri di moral suasion

Una sesta categoria di poteri, questa volta assai più innovativa delle precedenti, è quella che è stata definita di volta in volta come *moral suasion*, come esercizio di poteri commendatori, paranormativi o collaborativi⁹¹.

Un caso emblematico è contenuto nel Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa dell'AGCM che prevede ove si riscontrino pratiche commerciali scorrette, prima di procedere all'irrogazione delle sanzioni, che l'autorità possa «invitare» alla rimozione dei profili di possibile scorrettezza. Se effettivamente i profili di scorrettezza vengono rimossi si procede all'archiviazione dell'intervento⁹².

Si tratta di un potere assai interessante dal punto di vista sistematico perché prelude ad una nuova visione dei rapporti tra potere pubblico e impresa e si configura come un intelligente strumento di deflazione del contenzioso.

6.7 I poteri di segnalazione e di proposta

Un settimo tipo di potere è quello di segnalazione o di proposta o di raccomandazione.

Questi poteri sono quelli che meglio esprimono il ruolo peculiare delle amministrazioni indipendenti nel quadro costituzionale. Si pensi alla possibilità di evidenziare il contrasto tra le norme affidate alle cure delle autorità e altri provvedimenti normativi o amministrativi eventualmente indicando gli interventi necessari al ripristino della coerenza tra i vari sistemi di regolazione settoriale⁹³.

Proprio al fine di instaurare un rapporto di collaborazione ed ausilio tra organi politici e autorità amministrative e segnare la distanza da una visione delle autorità solo di tipo cassatorio o sanzionatorio è stata approvata, come si è anticipato, nel 2009 una legge generale sulla concorrenza (si tratta della legge 23 luglio 2009, n. 99 recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese nonché in materia di energia) che impegna il Governo a presentare ogni anno il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza «al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori» che siano stati segnalati dall'AGCM.

⁹¹ In tal senso si veda N. Pecchioli, *CONSOB e poteri commendatori di conformazione e unificazione*, cit., 2016, 529.

⁹² Gli inviti alla rimozione delle pratiche commerciali scorrette vengono trasmessi dal Responsabile del procedimento.

⁹³ M. De Benedetto, cit., 591.

I poteri di segnalazione e proposta sono rivolti ovviamente non solo agli organi legislativi in quanto tali ma anche direttamente alle amministrazioni su singoli aspetti specifici: così, ad esempio, sempre in materia di trasporti l'Autorità «propone all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico, dei contratti di programma e di ogni altro atto assimilabile comunque denominato, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento»⁹⁴.

L'esercizio di tali poteri può essere una conseguenza dell'attività di valutazione di reclami, istanze o segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione.

6.8 *Il potere consultivo*

Un ottavo potere, questa volta di nuovo più classico, è quello di esercitare funzioni consultive attraverso pareri.

Quasi tutte le autorità indipendenti, che si caratterizzano proprio per l'estrema tecnicità delle proprie competenze, hanno funzioni di carattere consultivo nei confronti delle amministrazioni tradizionali.

Anche in questo caso volendo citare il caso dei trasporti si consideri che in base alla legge l'autorità di regolazione «può sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante l'adozione di pareri che può rendere pubblici»⁹⁵.

6.9 *I poteri quasi giurisdizionali*

Una nona tipologia di potere è quella arbitrale o semi contenzioso.

Tra le più diffuse procedure di conciliazione c'è senz'altro quella presso i Comitati regionali per le comunicazioni (CoRECOM): si consideri che la legge istitutiva dell'AGCOM⁹⁶ prevede che non possa proporsi ricorso giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al CORECOM che è un organismo costituito dall'autorità stessa⁹⁷.

⁹⁴ Art. 37, comma 3 lett. c) d.l. n. 201/2011.

⁹⁵ Art. 37, comma 3, lett. a) d.l. n. 201/2011.

⁹⁶ Art. 1, comma 11, legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁹⁷ Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS poi successive modifiche.

La stessa legge istitutiva dell'autorità di regolazione dei trasporti «favorisce l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti»⁹⁸.

In questi casi le autorità si muovono come arbitri: così si è affermato che qualora l'Autorità per le comunicazioni debba giudicare di una controversia tra due compagnie telefoniche essa interviene «come giudice di una controversia, con la conseguenza che l'intero procedimento che davanti ad essa si è svolto segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo»⁹⁹.

L'AGCM ha poteri di natura quasi giudiziale per la gran parte della sua attività come quando decide casi di intese restrittive tra imprese o di abusi di posizione dominante applicando la legge alla fattispecie concreta per accertare l'infrazione o l'illecito proprio come fa il giudice.

6.10 *I poteri ispettivi*

Infine la decima famiglia di poteri attribuita alle autorità proprio per lo svolgimento delle proprie funzioni decisorie è quella dei poteri investigativi e istruttori.

Tra di essi vi è la possibilità di richiedere informazioni ed esibizioni di documenti, disporre accessi, ispezioni e verifiche nonché consulenze tecniche.

Così ad esempio in materia di trasporti l'autorità di regolazione «richiede a chi ne è in possesso le informazioni e l'esibizione dei documenti necessari per l'esercizio delle sue funzioni, nonché raccoglie da qualunque soggetto informato dichiarazioni, da verbalizzare se rese oralmente (lett. d)» e «se sospetta possibili violazioni della regolazione negli ambiti di sua competenza, svolge ispezioni presso i soggetti sottoposti alla regolazione mediante accesso a impianti, a mezzi di trasporto e uffici; durante l'ispezione, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato, può controllare i libri contabili e qualsiasi altro documento aziendale, ottenerne copia, chiedere chiarimenti e altre informazioni, apporre sigilli; delle operazioni ispettive e delle dichiarazioni rese deve essere redatto apposito verbale (lett. e)»¹⁰⁰.

Alla luce di tale lunga elencazione di poteri di regolazione probabilmente, quindi, la tradizionale categorizzazione dei poteri di regolazione pubblica in tre modalità fondamentali: provvedimenti amministrativi puntuali e specifici (specie di autorizzazione e vigilanza); atti normativi generali ed astratti (a cui corrisponde

⁹⁸ Art. 37, comma 3, lett. h) d.l. n. 201/2011.

⁹⁹ TAR Lazio, III ter, 7 dicembre 2006, n. 14517.

¹⁰⁰ Art. 37, comma 3, d.l. n. 201/2011.

la funzione di cd. *rule making*) e poteri di soluzione delle controversie (cd. *adjudication*) andrebbe rivista e aggiornata.

7. *La natura «amministrativa» dei poteri di regolazione e le sue «gradazioni»*

La descrizione dei poteri e la loro elencazione di per sé porta a ritenere che le autorità di regolazione debbano essere qualificate come autorità amministrative dal momento che i loro poteri non sono né più né meno di quelli attribuiti alle altre autorità amministrative.

Il dubbio che potessero essere qualificati come giurisdizionali o latamente giurisdizionali è stato ormai risolto dalla giurisprudenza amministrativa e della Cassazione: la previsione costituzionale di cui all'art. 101 Cost., lungi dal precludere un'autentica indipendenza strutturale e dal vietare il riconoscimento di funzioni contenziose a soggetti diversi dalla magistratura, impone solo che sia questa a dettare l'ultima parola sulle vicende conflittuali.

La giurisprudenza amministrativa sul punto ha affermato chiaramente che «l'istituzione di autorità cd. indipendenti risponde all'esigenza di assicurare una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. La funzione di garanzia, secondo l'attuale ordinamento costituzionale, è un modo di essere della funzione amministrativa; infatti le autorità indipendenti sono estranee rispetto all'apparato giudiziario, quale definito dall'art. 102 Cost., inoltre le norme relative alle stesse autorità confermano le funzioni di garanzia secondo criteri oggettivi di concretezza e discrezionalità, che sono propri dell'attività amministrativa»¹⁰¹.

Nello stesso tempo si è chiarito che «le autorità indipendenti, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione, rispondono all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo»¹⁰².

Si è conseguentemente affermato che gli atti delle autorità indipendenti possano essere impugnati anche a mezzo di ricorso straordinario¹⁰³.

La Cassazione che ha chiarito che le amministrazioni indipendenti non sono titolari di funzioni giurisdizionali¹⁰⁴, ha a sua volta ben evidenziato che il plesso costituzionale di appartenenza delle autorità amministrative indipendenti sia quello dell'amministrazione e non della giurisdizione. Per la Cassazione il

¹⁰¹ Cons. Stato, comm. spec., 29 maggio 1998, n. 988.

¹⁰² Cons. Stato, Ad. Gen., n. 852/2011.

¹⁰³ Cons. Stato, I, 2 febbraio 2005, n. 12042.

¹⁰⁴ Cass. civ., 20 maggio 2002, n. 7341 ma anche Cass., SS.UU., 29 luglio 2003, n. 11632.

riconoscimento in capo ad un organo amministrativo del compito di esercitare competenze se pur peculiari (e neutrali) non vale a fare dello stesso un giudice speciale ai sensi dell'art. 102, comma 2, Cost. Decisivo appare il fatto che il provvedimento adottato a chiusura dell'istruttoria non è suscettibile di assumere l'autorità di cosa giudicata.

Conseguentemente la Corte Costituzionale ha negato alle autorità indipendenti, con specifico riferimento al Garante della radiodiffusione e dell'editoria e poi all'AGCOM, la qualità di potere dello Stato ai fini della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione¹⁰⁵. Si tratta, dunque, di amministrazioni a tutti gli effetti.

E, al riguardo, va fatta chiarezza su un equivoco: molti autori ritengono che i poteri di regolazione delle autorità indipendenti sarebbero diversi da quelli amministrativi in quanto «neutrali» o esercitati da un'amministrazione che non persegue un fine pubblico ma che è invece terza o arbitro¹⁰⁶.

Ma a tale obiezione si può controdedurre che le stesse amministrazioni tradizionali sono a volte arbitri, si pensi all'amministrazione quella che provvede all'aggiudicazione di una gara o che decide di un concorso; e a volta invece attori del rapporto come nel caso dell'amministrazione che autorizza o espropria. Si può ritenere dunque che si tratti di poteri amministrativi a tutti gli effetti anche se con gradazioni diverse, a volte di maggior neutralità e, a volte, di maggior «amministrazione».

Semmai si potrebbero differenziare la natura e i caratteri dei poteri di regolazione in base alle funzioni di garanzia o di regolazione a cui sono deputate le singole autorità.

Quando le autorità si caratterizzano per l'esercizio di funzioni di garanzia e i compiti sono essenzialmente quelli di accertamento e valutazione dei presupposti ai fini dell'applicazione della disposizione di legge, l'emanazione di atti amministrativi è circoscritta agli atti di controllo, accertamento, eventuale irrogazione di sanzioni. Non vi è in tal caso l'assunzione di decisioni frutto di una ponderazione di interessi e pertanto vi è maggiore connotazione di neutralità. Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato la neutralità di tali autorità dovuta all'esercizio di funzioni estremamente somiglianti a quelle giudiziali¹⁰⁷. Questa vicinanza al potere giudiziario non è mai però tale da modificare la natura dei relativi atti che restano amministrativi potendo essere impugnati davanti al giudice amministrativo.

L'accentuazione di tali poteri «neutrali» che più si avvicinano a quelli giurisdizionali ha legittimato sostanzialmente quelle norme che prevedono l'impugna-

¹⁰⁵ Corte Cost., ord. n. 226/1995 ma come scrive Cerulli Irelli «resta tuttavia, a fronte di questa impostazione, del tutto oscuro quale sia l'organo al quale spetterebbe di dichiarare definitivamente la volontà del potere dello Stato al quale le singole autorità indipendenti sarebbero riconducibili» (*Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 105).

¹⁰⁶ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 196.

¹⁰⁷ Cons. Stato, VI, n. 5156/2002.

zione di atti amministrativi avanti al giudice amministrativo da parte di alcune autorità e che hanno fatto parlare di un vero e proprio «pubblico ministero» nel settore della concorrenza o in quello dei trasporti. Non è certo un caso che le autorità di garanzia abbiano poteri normativi assai più ridotti di quelle di regolazione.

Le autorità di regolazione svolgono invece una funzione più vicina, sotto questo profilo, a quelle di vere e proprie amministrazioni pubbliche, pur differenziandosene per l'elevata tecnicità delle scelte: in misura variabile nelle diverse figure a queste autorità spetta infatti il compito di operare un bilanciamento tra gli interessi di varia natura (ad esempio quelli degli utenti e degli esercenti il servizio) adottando misure discrezionali (quali la determinazione delle tariffe)¹⁰⁸.

Nello stesso tempo, come si è detto, esse esercitano a tutti gli effetti un vero e proprio potere regolamentare che le avvicina al potere legislativo piuttosto che a quello esecutivo.

Infine la distinzione tra funzioni rileva anche in materia di accesso: le autorità in base all'art. 23 l. 241/90 infatti possono specificare e adottare le concrete modalità di esercizio alle peculiarità dei vari procedimenti svolti che si differenziano tra loro anche in ragione delle varie funzioni amministrative giustiziali o di regolazione *stricto sensu* cui afferiscono¹⁰⁹.

8. *Spunti sui possibili contrappesi ai poteri «forti» delle autorità indipendenti*

Si era iniziato il presente lavoro ponendosi come obiettivo quello di individuare gli atti di regolazione, di classificarli raggruppandoli in categorie, di evidenziarne la natura e i caratteri offrendone i necessari spunti ricostruttivi, di verificare se da essi emerga un'amministrazione più "forte" e in caso di risposta affermativa quali potrebbero essere le contropinte da prevedere e/o da potenziare.

Dopo aver dunque proceduto, ovviamente secondo i tratti fondamentali, all'individuazione di tali atti e alla loro classificazione in dieci categorie fornendo di volta in volta gli opportuni spunti ricostruttivi e dopo aver chiarito che la natura e i caratteri di tali atti appare essere fondamentalmente amministrativa occorre infine chiedersi quale amministrazione di regolazione emerga da tale analisi.

Ebbene l'aver chiarito che i poteri di regolazione pubblica dell'economia hanno natura sostanzialmente amministrativa, se pur con gradazioni diverse che vanno dalla neutralità, alla discrezionalità tecnica fino alla vera e propria discrezionalità amministrativa, non può far dimenticare il contesto che si era premes-

¹⁰⁸ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 196.

¹⁰⁹ Sul punto v. R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, cit.

so ossia il fatto che il potere di tali autorità sia legittimato e controllato in modo diverso rispetto alle amministrazioni tradizionali.

L'analisi condotta ha dimostrato che siamo di fronte ad un set di poteri "forti" (soprattutto quelli di regolamentazione esterna) che consente di qualificare le amministrazioni di regolazione come amministrazioni «forti» peraltro non sottoposte al meccanismo della rappresentanza politica (le amministrazioni tradizionali "dipendono" da un Governo che a sua volta "risponde" ad un Parlamento che viene eletto dai cittadini).

A prescindere dal giudizio se un tale potere "forte" sia un bene o un male per l'amministrazione di oggi in ogni caso si pone la necessità di interrogarsi su quali possano essere eventuali contrappesi o contro-bilanciamenti.

Si è tentato di sintetizzare tali possibili contrappesi in sette punti.

Innanzitutto va salutata con favore l'attribuzione alle autorità di poteri di *moral suasion* che incidono meno pregiudizievolemente sugli interessi delle imprese e che, nella prassi, potrebbero trovare un'applicazione sempre maggiore.

In secondo luogo andrebbero utilizzate nella misura maggiore possibile nel procedimento le sue forme più avanzate di *public hearings* o delle audizioni anche orali che consentono un'applicazione assai ampia del principio del contraddittorio che funge da contrappeso di un potere «forte» in quanto legittimato «diversamente».

In questa linea mal si comprende, ad esempio, quella giurisprudenza che prevede che nei procedimenti regolatori non vi sarebbe obbligo di garantire la partecipazione trattandosi di attività diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 13 l. 241/90)¹¹⁰. Al contrario appare assolutamente condivisibile quella giurisprudenza per la quale la definizione di un sistema tariffario attuata senza contraddittorio con i soggetti interessati non può che dirsi viziata¹¹¹ e che «la partecipazione degli interessati ai procedimenti delle autorità indipendenti finalizzati alla regolazione non ha una mera funzione collaborativa ma impone all'Autorità di attivare un meccanismo di *notice and comment* con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni che devono quindi essere valutate»¹¹².

In terzo luogo potrebbe essere estesa il più possibile la legittimazione ad agire nei confronti degli atti delle autorità: anche in questo caso si andrebbe a controbilanciare, se non il deficit di legittimazione democratica, perlomeno la sua diminuzione.

In quarto luogo occorrerebbe vigilare sull'attento rispetto del principio di trasparenza (nella sua accezione di «passaggio di conoscenza») per evitare che dietro il

¹¹⁰ Cons. Stato, VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2003.

¹¹¹ Cons. Stato, VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; sulla necessità di rispettare il cd. contraddittorio procedurali in tema di atti di regolazione cfr. anche Cons. Stato, VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

¹¹² Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

paravento della tecnica si possa nascondere l'uso disinvolto del potere. Le autorità stesse dovrebbero fare del rispetto del principio di trasparenza la propria bandiera.

In quinto luogo il giudice amministrativo dovrebbe vincere la propria reticenza e utilizzare molto di più lo strumento della consulenza tecnica che potrebbe aiutare a sindacare al meglio gli atti delle autorità assai spesso connotati da un uso assai ampio della tecnica.

In sesto luogo occorrerebbe vigilare molto bene sul rispetto del principio di legalità nell'ambito della produzione normativa: se il Governo può esercitare la funzione legislativa solo previa delegazione *ex art. 76 Cost.* con determinazioni di principi e criteri direttivi, in relazione ad un oggetto definito e per un tempo limitato, non si vede perché le autorità debbano poter produrre norme senza la definizione degli stessi binari.

Un settimo punto è l'attenzione alla motivazione: dato che ci troviamo di fronte ad un potere forte il pieno rispetto del disposto di cui all'art. 3 appare come particolarmente necessario. Ancora una volta, in questa prospettiva, vanno ripensati gli esiti di quella giurisprudenza per la quale non vi sarebbe obbligo di motivazione per gli atti delle autorità (art. 3 l. 241/90) dal momento che l'assenza di motivazione sarebbe compensata dal rispetto del principio del contraddittorio¹¹³.

In sintesi le autorità indipendenti sembrano mettere in crisi l'eredità più importante del pensiero politico illuministico che ha segnato l'inizio dello Stato moderno, il principio di tripartizione dei poteri, disegnando un nuovo tipo di amministrazione che si affianca a quelle tradizionali e che sembra destinato a crescere di peso nel tempo anche considerando il contesto di scarsità di risorse economiche per la sfera pubblica.

Le funzioni fondamentali della legislazione (come creazione delle norme), dell'amministrazione (come esecuzione delle norme) e della giurisdizione (come vigilanza sulla corretta applicazione delle norme) tradizionalmente attribuite ai tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario si trovano oggi unificate in capo a soggetti che costituiscono a tutti gli effetti soggetti di «amministrazione» e che rompono gli schematismi e le rigidità tradizionali imponendo una nuova lettura dei tradizionali poteri questa volta pervasa da trasversalità e integrazione.

Una tale trasformazione dei ruoli impone, però, come si è detto, una serie di accortezze e di cautele diverse da quelle che eravamo abituati ad utilizzare per far sì che l'amministrazione resti comunque un "servizio", secondo la sua etimologia, svolto nel migliore dei modi e sempre indirizzato all'interesse del cittadino e delle imprese.

¹¹³ Cons. Stato, VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia

Il contributo ha ad oggetto gli atti giuridici che costituiscono manifestazione dell'attività di regolazione pubblica dell'economia. Dopo essersi soffermato sulla nozione di regolazione e in particolare sulla regolazione pubblica dell'economia, sui soggetti che svolgono tale attività di regolazione, le autorità amministrative indipendenti, e sul fondamento del loro potere, l'A. propone la sistematizzazione degli atti di regolazione in dieci categorie: potere regolamentare interno; potere regolamentare esterno; poteri di amministrazione attiva; poteri di determinazione di standards e tariffe; poteri sanzionatori; poteri di moral suasion; poteri di segnalazione e proposta; poteri consultivi; poteri quasi giurisdizionali; poteri ispettivi. L'analisi di tali categorie conferma la natura amministrativa di tali poteri che restano, peraltro, in capo ad un'amministrazione non sottoposta al meccanismo della rappresentanza politica e che per questo necessitano una serie di contrappesi.

Nature and characteristics of the acts of public regulation of the economy

The contribution concerns legal acts that constitute a manifestation of the public regulation of the economy. After focusing on the notion of regulation and in particular on the public regulation of the economy, on the subjects that carry out such regulation activity, the independent administrative authorities and on the basis of their power, the Author proposes the systematisation of regulatory acts into ten categories: internal regulatory power; external regulatory power; powers of active administration; powers to determine standards and tariffs; sanctioning powers; powers of moral suasion; reporting and proposing powers; advisory powers; quasi-jurisdictional powers; and inspection powers. The analysis of these categories confirms the administrative nature of these powers which, however, remain in the hands of an administration that is not subject to the mechanism of political representation and which therefore requires a series of counterbalances.

Il *bail-in* e i principi della *par condicio creditorum* e del *no creditor worse off* (ncwo)

Giovanni Maria Uda

SOMMARIO: 1. *Bail-in*, divieto di indennità e principio del *no creditor worse off*. – 2. L'indennità *ex art.* 89. – 3. I dubbi di costituzionalità dell'art. 88. – 4. La *par condicio creditorum*: dubbi di costituzionalità dell'art. 49.

1. *Bail-in*, divieto di indennità e principio del *no creditor worse off*

Come è noto, l'istituto del *bail-in*¹ viene generalmente giustificato con la necessità di impedire il ripetersi dei «salvataggi pubblici» delle banche. Ciò sull'assunto che tali salvataggi siano un peso nei confronti dei contribuenti, determinino un aumento del debito pubblico, incentivino non corrette politiche di credito e scelte eccessivamente rischiose sia da parte degli investitori, sia da parte delle banche medesime (sul presupposto della futura ed eventuale «copertura» pubblica) e, in definitiva, premino i banchieri che abbiano agito in maniera poco accorta e persino temeraria². La qual cosa comporterebbe una distorsione della concorrenza, in violazione degli artt. 101 e ss., TFUE³.

¹ Per un primo esame dell'istituto del *bail-in* v. A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *BBTC*, I, 2015, 587 ss.; L. Di Brina, «Risoluzione» delle banche e «*bail-in*», *alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, II, 206 ss.; D. Rossano, *Nuove strategie per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, *ivi*, fasc. 3 suppl., 2015, 269 ss.; F. Capriglione, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del 'diritto dell'economia': il difficile equilibrio tra politica e finanza*, *ivi*, 2016, I, 1 ss., spec. 15 ss.; B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, in *Riv. dir. banc.* (on-line), 2016, n. 5, 1 ss.; F. Di Lernia, *Le crisi bancarie alla luce del single resolution mechanism: la rivoluzione del bail-in*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, fasc. 1 suppl., 23 ss., spec. 29 ss.

² V. in argomento B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, *op. cit.*, 4 ss.; M. Semeraro, *Principio di condivisione degli oneri e tutela del risparmio. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.* (on-line), 2016, n. 2, 1 ss. Per una lettura in controtendenza v. M. Mattei Gentili, *Il bail in: una risposta sbagliata ai dissesti bancari*, in *Banca impresa società*, 2017, 23 ss.; v. altresì, in termini di efficienza delle regole giuridiche che impongono il *bail-in*, le osservazioni di M. Semeraro, *op. loc. cit.*, 3 ss.

³ Specificamente, ancora B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto*, *op. cit.*, 4. Per alcuni rilievi in ordine al pericolo di distorsione della concorrenza, nell'ottica della disciplina della risoluzione

Se per un verso, in base a questi presupposti, può apparire logica conseguenza, sul piano del sistema, la sottoposizione delle banche in dissesto⁴ alle procedure concorsuali; per altro verso, si ravvisa un'altra esigenza che si pone in termini opposti a un tale risultato sistematico e applicativo: ossia l'esigenza che la banca⁵ non sia sottoposta a una procedura concorsuale che condurrebbe alla disgregazione dell'azienda e alla cessazione dell'esercizio dell'attività bancaria, giacché ciò determinerebbe il pericolo di una incidenza negativa sull'intero sistema bancario⁶.

L'istituto del *bail-in*, dunque, si muove lungo due linee che rappresentano entrambe interessi di natura pubblica, tra loro connessi: in primo luogo, vi è l'interesse di tutela e stabilità del sistema bancario e della sua funzionalità; in secondo luogo, l'interesse a che gli interventi di tutela del sistema bancario non siano finanziati con soldi pubblici, al fine di evitare le distorsioni appena accennate⁷.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, vale giusto la pena di anticipare sin d'ora come già emergano dei profili di contraddizione, proprio dove ai fini della tutela di un interesse pubblico si esclude il ricorso a risorse pubbliche⁸.

Comunque sia, si può sinteticamente affermare, in linea generale, che a fronte di un dissesto (o di un pericolo di dissesto) bancario⁹, l'attuale disciplina comunitaria e nazionale¹⁰ impone il ricorso alla procedura di risoluzione e alle relative misure¹¹, o alla preventiva conversione e riduzione degli strumenti di capitale¹², nel tentativo di salvaguardare l'attività bancaria, nell'ottica della stabilità del sistema bancario, senza finanziamenti pubblici.

Come si è detto, una delle varie misure che possono essere assunte nell'ambito della procedura di risoluzione – secondo l'art. 39 d.lgs. 180/2015 – ai fini di attuare il «salvataggio della banca» (volendo intendere, con questa espressione, la salvaguardia della funzionalità dell'azienda bancaria, e non la salvezza della socie-

bancaria, v. F. Fioridiponti, *Ancora perplessità sul decreto salvabanche*, in *FCHUB* (on-line), 2016, 1 ss., spec. 4 ss.

⁴ Sulla nozione di «dissesto» (e di «rischio di dissesto») in ambito bancario, prevista dall'art. 17, comma 2, d.lgs. 180/2015, cfr. B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto*, *op. cit.*, 6 ss., ove si rileva, tra l'altro, la differenza tra tale nozione e quella di insolvenza (v. infatti anche art. 36 d.lgs. 180/2015).

⁵ Quantomeno le banche di «rilevanza sistemica».

⁶ La inappropriata liquidazione coatta, da un punto di vista economico, è rilevata da M. Mattei Gentili, *Il bail in: una risposta sbagliata ai dissesti bancari*, *op. cit.*, 25 ss.; in questo senso anche B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto*, *op. cit.*, 22.

⁷ È evidente che si tratta di un interesse legato a una scelta politica dettata dalle valutazioni negative del *bail-out* di cui si è appena accennato nel testo.

⁸ Per ulteriori note critiche ancora M. Mattei Gentili, *Il bail in: una risposta sbagliata ai dissesti bancari*, *op. cit.*, spec. 27 ss.

⁹ *Supra*, nota 4.

¹⁰ Direttiva 2014/59/UE (BRRD) e d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 e n. 181.

¹¹ Misure di risoluzione, non solo *bail-in*: v. gli Autori citati *supra*, alla nota 1.

¹² Cioè preventivamente alla risoluzione, *ex art.* 20, comma 1, lett. a), d.lgs. 180/2015: B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto*, *op. cit.*, 7.

tà che di tale azienda era titolare)¹³, è il *bail-in*¹⁴. Strumento, questo, in base al quale il salvataggio della banca avviene con oneri in capo ad azionisti e creditori, e che si sostanzia, in estrema sintesi, nella riduzione o nella conversione delle azioni e dei crediti «senza indennizzo» (art. 52, comma 5, d.lgs. 180/2015), in maniera tale da comportare un assorbimento delle perdite.

Questa sommaria descrizione degli effetti del *bail-in*, fa sorgere il dubbio, di primo acchito, circa la compatibilità di questo istituto con diversi principi costituzionali (ci si riferisce essenzialmente alle previsioni di cui all'art. 42 Cost., ma anche agli artt. 41 e 47 Cost.)¹⁵. In particolare, esso sembra contrastare con l'idea che un soggetto privato (o una categoria di soggetti privati) non può essere onerato, quantomeno in maniera esclusiva, dei sacrifici necessari per tutelare e realizzare un interesse pubblico, poiché ciò si sostanzierebbe nella violazione di diritti soggettivi di natura patrimoniale ai quali, per l'appunto, è riconosciuta una rilevanza costituzionale, in quanto tramite essi si esprime la stessa autonomia e la stessa libertà del singolo.

Nello specifico, la misura di conversione e riduzione delle azioni e dei diritti di credito avente la funzione di salvaguardare il sistema bancario – in particolar modo quando detta misura sia riferita al *bail-in*, giacché riguarda anche le obbligazioni *senior* e i depositi, così coinvolgendo la clientela *retail* – appare allontanarsi da questa impostazione di fondo tesa a considerare come meritevoli di tutela, pur nell'ottica del perseguimento di un interesse pubblico, anche i diritti patrimoniali privati, e diretta a garantire un equilibrio tra interessi privati e pubblici, sebbene nella riconosciuta preminenza dei secondi.

Come è noto, il modello più conosciuto, e probabilmente più diffuso, nel quale prende corpo un siffatto equilibrio, attiene alla espropriazione per pubblica utilità¹⁶. Tale modello, nella sua quarantennale evoluzione¹⁷, si è sempre caratterizzato, proprio nell'ottica dell'equilibrio tra interessi pubblici e privati, per il riconoscimento di una indennità diretta a compensare il sacrificio dell'espropriato¹⁸.

Non così invece, a prima vista, sembra essere il sistema del *bail-in*, per il quale, come si è accennato, è espressamente sancito il diniego di indennizzo a

¹³ Gli «obiettivi della risoluzione» sono esplicitati nell'art. 21 d.lgs. 180/2015.

¹⁴ La cui disciplina è dettata dagli artt. 48 e ss. d.lgs. 180/2015.

¹⁵ Cfr. V. De Stasio, *Gestione di portafogli e bail-in*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 380 ss.

¹⁶ Per la differenza tra l'istituto dell'espropriazione e quello del *bail-in* cfr. L. Di Brina, «Risoluzione» delle banche e «bail-in», *op. cit.*, 222 ss.

¹⁷ Relativamente ai rapporti tra interesse pubblico e privato, una precisa sintesi è in E. Barilà, *Indennità di espropriazione per le aree edificabili: il punto sulla giurisprudenza, tra passato e presente*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 509 ss. Per uno sguardo alle vicende più risalenti v. G. Alpa, M. Bessone, G. Morbidelli, D.M. Traina, *Il privato e l'espropriazione*, 4^a ed., Milano 1998.

¹⁸ Con riguardo all'argomento in esame cfr. V.P.G. de Serière, D.M. van der Houwen, «No Creditor Worse Off» in *Case of Bank Resolution: Food for Litigation?*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2016, fasc. 7, 377 ss., ove riferimenti anche giurisprudenziali.

seguito della conversione o riduzione di azioni e diritti di credito (art. 52, comma 5, d.lgs. 180/2015).

A ben vedere, però, esaminando la struttura astratta del *bail-in*, il creditore¹⁹ non dovrebbe sopportare alcun sacrificio, in quanto, per espressa previsione normativa (art. 52, comma 2, lett. b, d.lgs. 180/2015), gli deve essere riconosciuto *almeno* lo stesso trattamento economico che avrebbe avuto se la banca, anziché essere sottoposta alla procedura di risoluzione, fosse stata posta in «*liquidazione coatta amministrativa [...] o altra analoga procedura concorsuale applicabile*»²⁰. Viene così espressamente enunciato, nell'ambito del *bail-in*, il principio del *no creditor worse off*, che già è indicato come facente parte dei «*principi della risoluzione*» dall'art. 22, comma 1, lett. c, d.lgs. 180/2015²¹.

Il sacrificio del privato assume rilievo giuridico, quindi, in virtù di una commisurazione non al valore nominale del credito (o dell'azione) in sé – relativamente al quale è esclusa qualsiasi indennità, e che comunque non è oggetto di una perdita effettiva²² – ma al vantaggio economico effettivamente perso dal titolare del diritto, e quindi al valore di realizzazione economica in sede concorsuale, che è il valore garantito (in linea teorica) dallo stesso principio del *no creditor worse off*²³.

In tal modo, la predetta disposizione dell'art. 52, comma 5, sembra porsi come norma di chiusura del sistema, che impedisce in termini generali il ricorso allo strumento della indennità, piuttosto che come norma con valenza precettiva. Essa lascia tuttavia aperta la strada alla indennità strumentale al principio del *no creditor worse off*, secondo il quale – come si è appena detto – se il creditore o

¹⁹ Per comodità espositiva, nel testo si fa per lo più riferimento alla categoria dei creditori, anche considerato che si tratta di categoria all'interno della quale si trova più facilmente la clientela *retail*, ma il riferimento più ampio riguarda anche gli azionisti.

²⁰ Tale trattamento economico si concretizza in un eventuale diritto indennitario, previsto dall'art. 89, commisurato al vantaggio astrattamente conseguente da una ipotetica procedura concorsuale (*infra*, nota 33), e da non confondere con la (generale) indennità vietata dall'art. 52.

²¹ E costituisce anche uno dei fini della valutazione ai sensi dell'art. 24 d.lgs. 180/2015 (spec., comma 5). Ugualmente, il principio del *no creditor worse off* è previsto anche dagli artt. 87 e 88, comma 1. V. anche per i limiti che tale principio può presentare sul piano applicativo H. Malek QC, S. Bousfield, *Bad banks and the "No Creditor Worse Off" compensation scheme*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2016, 339 ss.

²² Nel senso che la banca è generalmente priva del patrimonio che consentirebbe il conseguimento del (pieno) vantaggio economico del creditore: ciò che sembra denunciare (da un punto di vista pratico) una natura pleonastica del disposto dell'art. 52, comma 5, d.lgs. 180/2015, proprio perché il vantaggio economico effettivamente perseguibile si limita a quello realizzabile mediante l'insinuazione alla procedura concorsuale.

In linea teorica la perdita del pieno vantaggio potrebbe essere realizzato mediante solo con l'azione risarcitoria nei confronti degli amministratori (così A. Antonucci, *Fra opacità e regole tossiche: il ruolo degli scenari probabilistici. Scritto per il Convegno Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.* (on-line), 2016, n. 2, 2 e nota 4.

²³ Ma v. i rilievi di R. Lener, *Bail-in: una questione di regole di condotta? Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»* in *Riv. dir. banc.* (on-line), 2016, n. 2, 1 ss.

azionista non dovesse avere, nella procedura di risoluzione, un vantaggio pari a quello che avrebbe avuto in sede concorsuale, egli ha diritto a una indennità corrispondente al vantaggio non conseguito²⁴.

2. *L'indennità ex art. 89*

Da una prima e sommaria analisi, si potrebbe sostenere che, tenuto conto del principio del *no creditor worse off*, gli azionisti e i creditori non subirebbero alcun pregiudizio dalla procedura di risoluzione, e in particolare dalla applicazione del *bail-in*. Ciò in quanto il vantaggio di cui essi avrebbero realmente goduto sarebbe stato pari a quanto avrebbero ricavato (in proporzione al proprio credito) dalla partecipazione alla procedura concorsuale; vantaggio che verrebbe loro riconosciuto, in linea immediata o tramite indennità²⁵, proprio sul fondamento del richiamato principio del *no creditor worse off*.

Sta di fatto, che se da un punto di vista teorico-ricostruttivo il *bail-in*, in virtù del principio del NCWO, sembra garantire il rispetto dei diritti soggettivi patrimoniali dei creditori e degli azionisti, senza scaricare su di essi l'intero onere della tutela dell'interesse pubblico, diversi dubbi sorgono, invece, se si tiene conto degli aspetti funzionali e applicativi del sistema secondo un principio di *effettività*.

Infatti, il principio NCWO opera in base a un *giudizio ipotetico* (quale sarebbe stato il vantaggio dell'azionista o creditore nel caso di diversa procedura concorsuale) fondato su una *valutazione tecnica* (art. 88, comma 1, lett. a), d.lgs. 180/2015) la quale si svolge all'interno della procedura di risoluzione e segnatamente all'interno della «misura» del *bail-in*²⁶. Ora, come risulta dalla lettera della norma, si tratta di una valutazione di ordine tecnico, che da un lato risulta essere estranea a un procedimento di accertamento «aperto» alle parti interessate (cioè ai creditori e agli azionisti, i quali sono pretermessi dal procedimento di

²⁴ Cfr. B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto*, op. cit., 22 ss.

²⁵ Il che costituisce, in estrema sintesi, uno dei motivi in base al quale la Corte costituzionale austriaca (*VfGH*, 28 luglio 2015, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, II, 184 ss., con nota di L. Di Brina) ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione di legge che aveva «azzerato» il diritto di credito dei possessori di obbligazioni subordinate di una banca di interesse nazionale, senza prevedere un'indennità commisurata al vantaggio che i creditori avrebbero tratto dalla loro partecipazione a una procedura concorsuale. La vicenda è stata oggetto di specifico commento anche da parte di G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Corr. giur.*, 2015, 1485 ss.

²⁶ Il quale *bail-in*, dal canto suo, è stato già oggetto, unitamente al suo «importo», di (diversa e autonoma) valutazione ai sensi degli artt. 51 e 23 d.lgs. 180/2015: la «distinzione» tra le due valutazioni è espressamente enunciata dallo stesso art. 88, comma 2, il quale precisa che esse possono essere svolte «dal medesimo esperto».

valutazione)²⁷; e dall'altro lato, stante il tenore del citato art. 88, è priva di parametri di riferimento specifici e puntuali, quand'anche fossero clausole generali.

Sotto questo ultimo profilo, dunque, l'art. 88 opera come una sorta di norma in bianco che non rinvia, però, né ad altra norma con portata (maggiormente) determinata, né a una procedura che in sé contenga criteri di determinatezza circa le modalità di accertamento. In buona sostanza, il rinvio dell'art. 88 non è un rinvio a uno o più enunciati normativi atti a disciplinare il fenomeno della valutazione relativa al NCWO, ma è un rinvio a un mero strumento tecnico, privo, quest'ultimo, di qualsiasi connotazione giuridica²⁸; la qual cosa si sostanzia nella mancata previsione normativa (e quindi nel difetto assoluto) di criteri predeterminati di valutazione, che consentano ai creditori e azionisti di far valere e tutelare i propri diritti soggettivi in base a un preciso dato normativo²⁹.

Né, a mio avviso, questa procedura³⁰ valutativa può essere omologata alla CTU, sia per il difetto di garanzie processuali, sia per la mancata partecipazione di creditori e azionisti, sia, infine, per la «decisorietà» della valutazione *ex art. 88* pur senza intervento giudiziale³¹.

Il criterio di fondo (e unico) che muove e giustifica la valutazione *ex art. 88* sembra essere la salvaguardia dell'attività bancaria, la quale è però un criterio inutilizzabile ai fini della commisurazione dell'effettivo sacrificio dei creditori e degli azionisti e che al contempo, pur nella sua dimensione di «interesse pubblico», non è in grado di obliterare i diritti soggettivi dei soggetti privati senza il riconoscimento, e la relativa compensazione, del sacrificio da questi sopportato³².

Per non incorrere in equivoci, è opportuno ribadire che un diritto indennitario è in realtà previsto dalla legge dall'art. 89 d.lgs. 180/2015, ma solo nella misura

²⁷ Cfr. V.P.G. de Serière, D.M. van der Houwen, "No Creditor Worse Off" in *Case of Bank Resolution: Food for Litigation?*, *op. cit.*, 379 e, nell'ottica della tutela giudiziaria, 383.

²⁸ Di autoreferenzialità del sistema bancario parla P. Carrière, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *Dirittobancario.it*, 2016 (on line), 6. Più in generale, la particolare difficoltà della valutazione viene vista come possibile causa di sviluppo dei contenziosi da V.P.G. de Serière, D.M. van der Houwen, "No Creditor Worse Off" in *Case of Bank Resolution: Food for Litigation?*, *op. cit.*, 376 ss.

²⁹ Osservazioni del medesimo tenore si riscontrano anche in ordinamenti diversi da quelli dei Paesi membri della UE: v. in questo senso, infatti, A. Lee, *HK bank resolution: no creditor worse off than liquidation needs clarity*, in *IFLR* (on-line), 2015.

³⁰ Che tale probabilmente non è, considerato che si risolve in un'attività «interna» all'Autorità di risoluzione, benché ad opera di un valutatore «esperto e indipendente incaricato dalla Banca d'Italia» (art. 88, comma 1; così anche art. 23, comma 2, d.lgs. 180/2015).

³¹ V. anche le osservazioni di L. Di Brina, *Salvataggi bancari e dubbi costituzionali: il precedente dell'Austria*, in *www.Firstonline.info*, 2015; Id., «Risoluzione» delle banche e «bail-in», *op. cit.*, 227 ss.

³² Si deve ricordare come in linea generale, se per un verso il principio di base è quello della compensazione effettiva della reale perdita economica, per altro verso un integrale indennizzo della perdita subita non è garantito nei casi in cui il sacrificio del singolo è giustificato da riforme economiche o dirette a una maggiore giustizia sociale; l'indennità potrà essere in questo caso inferiore al valore economico effettivamente perduto: tra le tante Corte EDU, sent. 21 febbraio 1986, *James vs Regno Unito*. Sul punto v. A. Atripaldi, *L'equo indennizzo nella regola di neutralizzazione prevista dalla Direttiva Opa*, Roma, 2010, 201 ss.

che emerge dalla valutazione («sulla base della valutazione di cui all'articolo 88»)³³. Ciò significa che se dalla misura di riduzione o conversione il valore patrimoniale conseguente è inferiore a quanto sarebbe risultato nell'ipotesi di liquidazione coatta amministrativa *secondo la valutazione*, allora la differenza sarà coperta mediante indennità. Ma in questo caso è la valutazione a porsi come parametro di determinabilità del diritto indennitario, cosa ben diversa dal problema della previsione normativa di parametri a cui la valutazione stessa, in ipotesi, si sarebbe dovuta conformare, e che di tale valutazione avrebbero costituito dei criteri di legittimità.

In altre parole, il disposto dell'art. 89 lascia invariato il problema dell'inderminatezza dei criteri e parametri ai quali dovrebbe fare riferimento la valutazione *ex art. 88*.

3. I dubbi di costituzionalità dell'art. 88

Da quanto detto, risulta, a mio avviso, che secondo l'attuale normativa l'unico criterio a cui si riferisce la valutazione prevista dall'art. 88 è quello della continuità della attività bancaria della banca in crisi, al fine di salvaguardare il sistema bancario nel suo genere. Il conseguimento di questo risultato, che in sé racchiude l'interesse pubblico, giustificerebbe il (per così dire) «non condizionamento normativo» della valutazione *ex art. 88*³⁴.

Più precisamente, la salvaguardia del sistema bancario costituisce il fine del *bail-in*, e in generale della procedura di risoluzione, e rappresenta l'interesse pubblico che, nell'ottica del d.lgs. 180/2015, si intende realizzare. Se questa è l'impostazione teleologica della legge, che influisce anche nella dinamica della *valutazione ex art. 88*, si deve ribadire che in tale impostazione non si ravvisano i criteri di contemperamento dell'interesse pubblico con gli interessi privati in gioco.

L'art. 88, come risulta già dalla sua formula, è certamente norma attributiva del potere di valutazione all'Autorità di risoluzione³⁵, e in generale la disciplina del d.lgs. 180/2015 attribuisce a tale Autorità il potere di porre in essere gli atti produttivi degli effetti di conversione o riduzione dei diritti soggettivi di

³³ Recita precisamente l'art. 89, comma 1: «Ciascun azionista o creditore, incluso il sistema di garanzia dei depositanti, che sulla base della valutazione di cui all'articolo 88 risulti aver subito perdite maggiori di quelle che avrebbe subito in una liquidazione coatta amministrativa o altra analoga procedura concorsuale applicabile, ha diritto a ricevere, a titolo di indennizzo, esclusivamente una somma equivalente alla differenza determinata ai sensi dell'articolo 88». V. *supra*, nota 20.

³⁴ Ma sull'individuazione dell'interesse pubblico v. le osservazioni di L. Di Brina, «Risoluzione» delle banche e «bail-in», *op. cit.*, 217 ss.; A.M. Bentivegna, *Fondi di garanzia dei depositi e crisi bancarie. Novità e profili problematici alla luce del nuovo framework regolamentare europeo in materia risanamento e risoluzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, fasc. 2 suppl., 37 ss.

³⁵ Benché, si è detto, tramite un esperto indipendente (*supra*, nota 30).

azionisti e creditori³⁶. Il tutto, si ripete, nella prospettiva della salvaguardia del sistema bancario.

Ma proprio per questo motivo, il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, pur tenendo conto della prevalenza del primo rispetto al secondo, non può fondarsi sull'interesse pubblico medesimo, salvo voler accettare un *vulnus* logico e ricostruttivo evidente e, a mio avviso, una altrettanto evidente sottotutela degli interessi privati e dei diritti soggettivi in cui tali interessi prendono corpo. In particolar modo quando si tratta, come nel caso in esame, di diritti soggettivi di rango costituzionale.

Questa osservazione, in definitiva, solleva dubbi di costituzionalità dell'art. 88 d.lgs. 180/2015. Nello specifico, la norma in questione, là dove non prevede criteri o metodi di valutazione predeterminati normativamente, e che siano in grado di far approdare a un risultato, circa la valutazione dell'ipotetico trattamento del creditore in sede concorsuale, tendenzialmente univoco e giudizialmente controllabile, si pone in violazione di una pluralità di norme costituzionali.

Appare violato, anzitutto, l'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, il quale, come è noto – e similmente a tutte le norme CEDU –, ha acquisito il rango di norma di rilievo costituzionale in virtù della previsione dell'art. 117, comma 1, Cost.³⁷. L'art. 1 del primo protocollo addizionale introduce nel novero dei diritti dell'uomo il diritto di proprietà³⁸, da intendersi, tale diritto, non nell'accezione civilistica di diritto reale, bensì secondo un significato più ampio che estende la tutela alla complessiva sfera patrimoniale del singolo individuo, in quanto momento di realizzazione della propria personalità, strumento di programmazione della vita personale e dell'indirizzo della vita familiare, e, in generale, di conseguimento della libertà dal bisogno. In quest'ottica, la stessa giurisprudenza della Corte Europea di Diritti dell'Uomo ha più volte ricondotto all'interno della tutela del diritto di proprietà tutte le posizioni giuridiche che configurino dei cespiti patrimoniali, e tra questi anche i diritti di credito³⁹.

³⁶ Sul *bail-in* inteso come potere conferito all'Autorità di risoluzione cfr. S. Lugaresi, *La risoluzione delle crisi bancarie: bail-in e resolution planning*, in *FCHUB*, 2016 (on-line), 1 ss.

³⁷ Più precisamente essa pone un parametro interposto di costituzionalità in virtù del citato art. 117 Cost. Sul punto, specificamente, F. Cortese, *L'insostenibile delicatezza dell'amministrazione per legge. Spunti di riflessione a margine delle vicende che hanno condotto all'approvazione della nuova disciplina sul risanamento e sulla risoluzione degli enti creditizi. Scritto per il convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, 2016 (on line), 1.

³⁸ Che è pure riconosciuto, benché non con una portata costituzionale, dall'art. 17 dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. carta di Nizza).

³⁹ Sull'argomento, in generale, v. S. Carabetta, *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico*, in *Jus civile*, 2015 (on line), 705 ss., a cui si rinvia anche per riferimenti giurisprudenziali. Con specifico riguardo alla questione in esame v. altresì G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie*, *op. cit.*, 1488, 1490 ss.

Prendendo esclusivamente in considerazione l'art. 42 Cost., si esprime negli stessi termini, L. Di Brina, *Salvataggi bancari e dubbi costituzionali: il precedente dell'Austria*, *op. cit.*

In ciò sta la prima prospettata violazione della normativa costituzionale.

Appare inoltre violato l'art. 47 Cost., che sancisce la tutela costituzionale del risparmio. Una violazione, questa, che a mio avviso si esprime sotto diversi profili: non solo nel senso dell'ablazione del patrimonio dei risparmiatori e investitori, che dal canto suo – si è detto – già gode della «copertura» costituzionale dell'art. 1 del primo protocollo addizionale CEDU tramite l'art. 117, comma 1, Cost., ma anche nel senso della disincentivazione all'accumulo di ricchezza che pure sta alla base di una programmazione personale e familiare, ma anche imprenditoriale e finanziaria⁴⁰.

Quest'ultimo inciso consente di individuare un terzo profilo di incostituzionalità, ossia la violazione dell'art. 41 Cost., e almeno per alcuni versi dell'art. 42 Cost., in particolar modo nella prospettiva della tutela dell'autonomia privata. Sul punto è opportuno precisare che da circa sei decenni la giurisprudenza della Corte cost. ha riconosciuto all'autonomia privata una rilevanza costituzionale – certamente non assoluta o esclusiva – nella misura in cui l'autodeterminazione del singolo individuo, oltre a esprimersi nell'ambito dei rapporti giuridici personali, conferisce dinamicità e concretezza al diritto costituzionale di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e al diritto di proprietà (art. 42 Cost.)⁴¹. In questa stessa prospettiva è individuabile una rilevanza costituzionale del contratto, quale strumento, cioè, di esplicazione dell'autonomia privata⁴².

Ciò non significa, come si è accennato, che l'autonomia privata sia coperta da una tutela costituzionale assoluta che la renda intangibile rispetto a qualsiasi altra esigenza, in particolar modo quando si tratti di realizzare interessi pubblici. Significa, invece, che una ablazione, o compressione, dell'autonomia privata è certamente ammissibile, ma ciò richiede il soddisfacimento di determinati requisiti, in particolar modo di precisione e determinatezza, che – come si è detto in precedenza – non sembrano sussistere nel modello normativo di applicazione del principio del *no creditor worse off*. Perché l'autonomia privata ceda – per così dire – all'interesse pubblico, dunque, non è sufficiente una pura e semplice previsione di legge, ma è necessaria anche una predeterminatezza dei presupposti dell'atto ablatorio e l'indicazione dei criteri di determinazione dell'indennità, in base al

⁴⁰ Sulla rilevanza anche sistematica dell'art. 47 Cost., v. da ultimo E. Rulli, «Visto l'articolo 47 della Costituzione ...» (una nota sul salvataggio di Veneto Banca e Popolare di Vicenza), in FCHUB, 2017 (on-line).

⁴¹ V. da ultimo l'indagine di F. Macario, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, fasc. 4, 52 ss., spec. 65 ss. e, per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, nota 66.

⁴² In argomento cfr. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004, 45 ss., il quale pur rifiutando l'idea di una garanzia costituzionale indiretta del contratto poiché accentuerebbe «il significato di una garanzia differenziata» (49), nega che al contratto stesso sia «attribuita alcuna diretta garanzia costituzionale» (*ibidem*), ma che essa dipenda «dal sistema degli articoli 41 e 42» (*ibidem*); P. Rescigno, voce *Contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 11.

principio di legalità (secondo il disposto dell'art. 42, comma 3, Cost.)⁴³, al fine di consentire un controllo, relativamente a quest'ultima, circa il rispetto dei requisiti (quantomeno) di serietà e proporzionalità. Ciò che, a mio avviso, non appare verificarsi relativamente al *no creditor worse off*, attesa la mancata indicazione di parametri determinati e (almeno tendenzialmente) oggettivi da parte dell'art. 88 d.lgs. 180/2015.

Infine, un ulteriore dubbio di costituzionalità – a cui è possibile solo qualche breve cenno, anche in considerazione della portata eminentemente processualistica della questione – riguarda la tutela giurisdizionale dei creditori a fronte della valutazione *ex art.* 88 d.lgs. 180/2015. In realtà, la normativa non impedisce la tutela giurisdizionale, potendo ogni creditore impugnare tale valutazione. Ai creditori non è precluso in termini assoluti l'esercizio giudiziale del proprio diritto, il che – almeno a prima vista – sembra poter escludere la violazione dell'art. 24 Cost.⁴⁴ Tuttavia, la mancanza assoluta di una normativa processuale riferita alla procedura di risoluzione⁴⁵ può funzionare quale fattore di dissuasione, rendendo – nel silenzio della norma – l'azione giudiziaria eccessivamente rischiosa o difficile, o anche eccessivamente costosa⁴⁶, tanto da sollevare dubbi, sotto questo profilo, sul rispetto del principio di *effettività del processo* sancito dall'art. 13 CEDU, con conseguente violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.⁴⁷

4. *La par condicio creditorum: dubbi di costituzionalità dell'art. 49*

Un secondo punto di riflessione sulla disciplina generale del *bail-in* riguarda l'operatività, all'interno di tale disciplina, del principio della *par condicio creditorum*. Diverse norme sembrano talora confermare, e talaltra contraddire questo principio. L'art. 22 d.lgs. 180/2015, riportando i principi a cui si conforma la procedura di risoluzione⁴⁸, al comma 1, lett. b) pone due disposizioni: per un verso stabilisce espressamente un principio di parità di trattamento degli azionisti e creditori in base all'«ordine di priorità» proprio delle procedure concorsuali; per

⁴³ Per una ricostruzione, v. recentemente F. Sorrentino, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2016, fasc. 3 suppl., 83 ss.

⁴⁴ Ma in senso opposto v. F. Cortese, *op. cit.*, 2. Ulteriori spunti critici in L. Di Brina, «*Risoluzione delle banche e «bail-in»*», *op. cit.*, 221 ss. Il diritto alla tutela giudiziaria verso le decisioni dell'Autorità di risoluzione è in ogni caso previsto dall'art. 85, comma 3, BRRD.

⁴⁵ Fatta salva l'impugnazione del provvedimento di risoluzione (cfr. artt. 26 e 95 d.lgs. 180/2015).

⁴⁶ Si pensi al costo (oltre che al tempo) necessario per portare a termine una perizia valutativa da contrapporsi a quella dell'esperto.

⁴⁷ Una posizione non dissimile, ma con riferimento all'art. 6 della CEDU, è espressa da V.P.G. de Serière, D.M. van der Houwen, «*No Creditor Worse Off in Case of Bank Resolution: Food for Litigation?*», *op. cit.*, 383.

⁴⁸ Difatti tale articolo – si ricorda – è rubricato: «Principi della risoluzione».

altro verso riconosce la sussistenza di diverse classi di creditori alle quali si applicano dei trattamenti differenziati⁴⁹.

Il richiamato disposto dell'art. 22 d.lgs. 180/2015 appare in linea con il principio della *par condicio creditorum*, nella sua «ordinaria» operatività all'interno dei diversi modelli di concorso dei creditori. Nei quali modelli, infatti, la *par condicio creditorum* non è vista come un principio assoluto, il che appare evidente già a livello di sistema generale della responsabilità patrimoniale, con la previsione dei privilegi *ex lege* (artt. 2745 e ss., c.c.) legati alla causa dell'obbligazione e ai crediti privilegiati discendenti dalle garanzie reali⁵⁰; a cui si aggiungono modelli più recenti, quali la distinzione in classi di creditori all'interno del concordato⁵¹.

Più in generale, il principio della *par condicio creditorum* non costituisce un principio inderogabile dell'ordinamento, e anzi la sua deroga è ammessa a livello sistematico ove sussista la giustificazione di un trattamento differenziato dei creditori in base, ad esempio, alla causa dell'obbligazione⁵², ai fini pubblicistici di essa obbligazione⁵³, all'assunzione da parte del creditore di un maggiore o minore rischio, alla tutela del principio di autonomia privata⁵⁴.

La discriminazione tra creditori è dunque ammissibile nel nostro ordinamento, ma sempre nel rispetto del principio di uguaglianza, per cui i termini della diversità di trattamento devono essere improntati a ragionevolezza⁵⁵ e lo stesso trattamento discriminante, poiché incide su diritti soggettivi, deve essere previsto dalla legge secondo criteri oggettivi.

Oltre all'art. 22, comma 1, lett. b), un ordine di priorità tra i creditori è espressamente previsto anche dall'art. 52 d.lgs. 180/2015, il quale, ai commi 1 e 2, indica specificamente le categorie di creditori (e azionisti) progressivamente interessati dal *bail-in*. Al di là del problema della piena corrispondenza tra le due

⁴⁹ È giusto da rilevare, per completezza espositiva, che il differente trattamento dei creditori nella procedura di risoluzione opera in termini in certo senso opposti rispetto alle ordinarie procedure concorsuali: in queste ultime il creditore privilegiato ha la prelazione nel soddisfacimento del proprio interesse creditorio; mentre nella procedura di risoluzione è posto in posizione subordinata nella conversione o riduzione del credito.

⁵⁰ V. *infra*, nota 54.

⁵¹ V. per tutti G. Lo Cascio, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 385 ss.

Per un sintetico confronto tra l'applicazione del principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali e nella risoluzione bancaria v. E. Rulli, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, fasc. 3 suppl., 306 s.

⁵² Da rinvenirsi, ad esempio, nella natura tributaria del credito, o in quella lavorativa.

⁵³ Tra questi sembra possano farsi ricadere i crediti in prededuzione nelle procedure concorsuali.

⁵⁴ Ci si riferisce in particolare alla costituzione convenzionale dei diritti di pegno e di ipoteca, ma anche la stessa assunzione del rischio da parte del creditore (essenzialmente del rischio dell'inadempimento), a seconda del diverso tipo di credito, è espressione dell'autonomia privata del creditore.

⁵⁵ Su un tale controllo di ragionevolezza v. recentemente Corte cost., 24 ottobre 2014, n. 241.

norme – che non può essere affrontato in questa sede⁵⁶ – emerge una comune impostazione, caratterizzata da una distinzione tipologica dei crediti e delle situazioni giuridiche soggettive in generale, e da una differenziazione di trattamento delle relative classi di creditori in relazione alla tipologia medesima.

I modelli normativi del d.lgs. 180/2015, in ultima analisi, sembrano muoversi lungo le linee funzionali, e all'interno dei limiti, che sono propri del principio della *par condicio creditorum* così come lo si è sommariamente delineato, e cioè nel senso della parità di trattamento all'interno delle classi di creditori, e nel rapporto di poiorità tra tali classi.

Questo equilibrio sembra però essere messo in crisi da un'altra norma del d.lgs. 180/2015. Infatti, l'art. 49, comma 2 consente l'esclusione di categorie di creditori altrimenti sottoposti al *bail-in*, in base a un atto meramente discrezionale dell'Autorità di risoluzione⁵⁷.

In questo caso la norma, a differenza degli artt. 22 e 52, non prevede classi di credito e ordini di priorità – la quale previsione rispetterebbe i principi di prede-terminatazza e oggettività e consentirebbe un controllo di ragionevolezza – ma si limita a conferire all'Autorità di risoluzione un potere di incidere immediatamente sulle posizioni giuridiche soggettive⁵⁸, senza alcuno specifico criterio legale⁵⁹, salvo il riferimento alle finalità di fondo⁶⁰ e a generali criteri di ordine tecnico⁶¹.

Tutto ciò comporta una disparità di trattamento tra creditori, e per di più è in grado modificare i rapporti di vantaggio tra classi di creditori⁽⁶²⁾ o tra credi-

⁵⁶ Ma v. comunque B. Inzitari, *BRRD, bail-in, risoluzione della banca in dissesto*, op. cit., 11, secondo il quale «la procedura di risoluzione dà luogo [...] a una liquidazione non delle attività ma delle passività e si realizza attraverso una distribuzione delle perdite, cosiddetto burden sharing, secondo un criterio strettamente concorsuale. Questo è garantito [...] dal principio della par condicio [...]». Non ritiene invece possibile che la gerarchia dei creditori della procedura concorsuale possa applicarsi appieno nel *bail-in* R. Lener, *Profili problematici del bail-in*, in *FCHUB*, 2016 (on-line), 7; Id., *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *BBTC*, 2016, I, 292 ss., la qual cosa comporta la impossibilità della piena applicazione del principio del *no creditor worse off* in questo senso, sull'assunto altresì della mancata applicazione del principio della *par condicio creditorum*, C. Sandei, *Il bail-in tra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 896 ss.

⁵⁷ Benché sia previsto un controllo esercitato dalla Commissione Europea ex art. 49, comma 4, d.lgs. 180/2015.

⁵⁸ Sul punto v. C. Sandei, *Il bail-in tra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, op. cit., 896.

⁵⁹ È previsto dall'art. 49, comma 4, d.lgs. 1/2015, che il provvedimento dell'Autorità di risoluzione sia notificato alla Commissione Europea, la quale ha un potere inibitorio nel caso in cui l'esclusione dei crediti richieda «il contributo del fondo di risoluzione o di una fonte alternativa di finanziamento».

⁶⁰ Cioè, in buona sostanza, alla salvaguardia della funzionalità bancaria e alla stabilità dei mercati finanziari.

⁶¹ Indicati dal comma 3 dell'art. 49.

⁶² In questo senso è il rilievo critico di L. Erzegovesi, *Il bail-in e le banche italiane: due visioni e tre risposte concrete. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.* (on-line), 2016, n. 2, 5, secondo il quale «possono innescarsi dei comportamenti opportunistici o conflittuali. Gli operatori di mercato, così come i Governi, possono fare pressione sui Supervisor per far esercitare a loro vantaggio le discrezionalità consentite dalla BRRD, a esempio in tema di valutazione degli attivi o di esclusione dal bail in di passività non garan-

tori singoli⁶³, il tutto – come si è detto – senza criteri predeterminati e senza una diversa giustificazione che non sia quella del raggiungimento del risultato finale della stabilità del sistema bancario e creditizio⁶⁴. L'art. 49, in tal modo, si pone come fondamento di una discrezionalità assoluta dell'Autorità di risoluzione, che si svolge esclusivamente secondo logiche tecniche e politiche, senza l'intermediazione di alcuna più specifica norma giuridica e senza il riferimento a criteri normativi predeterminati che consentano di apprezzare *ex ante* la giustificatezza e la ragionevolezza della disparità di trattamento.

Per di più, la disciplina di legge consente, a mio modo di vedere, di realizzare, tramite atti amministrativi, una disparità di trattamento *ex post*, il che comporta non solo una assoluta incertezza, sin dall'origine del rapporto obbligatorio, delle eventuali vicende del *bail-in*, ma altresì una assoluta incertezza sia del trattamento oggettivo cui il creditore sarà sottoposto, sia del trattamento «relativo», cioè avendo riguardo agli altri creditori e alle altre classi di creditori.

In questo senso, la disposizione di cui all'art. 49 d.lgs. 180/2015 sembra porsi in contrasto con il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* Non perché, si ripete, sia previsto un trattamento differenziato dei crediti e quindi non si realizzi in maniera assoluta il principio della *par condicio creditorum* – giacché il trattamento differenziato è riconosciuto nell'ambito del sistema generale delle obbligazioni e della responsabilità patrimoniale – ma perché si tratta di un trattamento differenziato che dipende da un provvedimento amministrativo senza una specifica predeterminazione di criteri oggettivi, la qual cosa non consente un controllo di ragionevolezza della discriminazione, né sul piano teleologico né per quanto riguarda il criterio di proporzionalità della discriminazione relativamente al fine perseguito.

Per tali motivi l'art. 49 d.lgs. 180/2015 si espone al dubbio di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

Si può aggiungere infine, in termini di estrema sintesi, come la frustrazione delle aspettative economiche date dall'eventuale stravolgimento dell'ordine di priorità stabilito dall'art. 52, conseguente alla esclusione di alcuni creditori (o di alcune categorie di creditori) solleva, relativamente all'art. 49, i dubbi di costituzionalità già manifestati in precedenza per l'art. 88; con riguardo, cioè, agli artt. 41, 42, 47 e 117 Cost.⁶⁵.

tite. Da un simile processo negoziale possono uscire vincitori, a seconda dei casi, gli investitori all'ingrosso/internazionali, o quelli al dettaglio/nazionali».

⁶³ Nel senso che il vantaggio del creditore appartenente a una classe «privilegiata» viene ridotto o «azzerato» per essere stati esclusi dal *bail-in* i creditori che avrebbero dovuto subire prioritariamente le misure di riduzione. La violazione del principio della *par condicio creditorum* è rilevata anche da F. Capriglione, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi. Scritto per il convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, 2016 (on line), 12.

⁶⁴ Di modo che, con riguardo all'incidenza sulla *par condicio creditorum*, il fenomeno in esame non appare assimilabile ai privilegi: C. Sandei, *Il bail-in tra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, op. cit., 898.

⁶⁵ Quest'ultimo in relazione all'art. 1 del primo protocollo addizionale alla CEDU: *supra*, par. 3.

Il bail-in e i principi della par condicio creditorum e del no creditor worse off (ncwo)

Secondo il *bail-in*, azionisti e creditori della banca in dissesto assorbono le perdite tramite conversione o riduzione «senza indennizzo» di azioni e crediti, al fine di salvaguardare il sistema bancario senza oneri pubblici.

Per evitare dubbi di costituzionalità, posto che l'interesse pubblico alla stabilità del sistema bancario è perseguito col sacrificio «senza indennizzo» di soli azionisti e creditori, è sancito il principio del *no creditor worse off*, che però, si sostiene, non è in grado di riequilibrare il sistema. Infatti, il raffronto tra il sacrificio (reale) di costoro e l'esito di una (astratta) procedura concorsuale si risolve in un giudizio tecnico «ipotetico», privo di parametri giuridici, assunto in via amministrativa senza contraddittorio (art. 88 d.lgs. 180/2015), con possibile esonero di alcune categorie (art. 49).

Da ciò la violazione degli artt. 3, 41, 42, 47 e 117 Cost. (quest'ultimo tramite i parametri interposti *ex artt.* 13 CEDU e 1 primo protocollo CEDU).

The bail-in and the principles of par condicio creditorum and of 'no creditor worse off' (ncwo)

According to the notion of the *bail-in*, the failing bank's shareholders and creditors absorb losses through the conversion or reduction 'without compensation' of shares and credits, in order to safeguard the banking system without becoming a public burden.

To avoid doubts concerning constitutionality, given that the public interest in the stability of the banking system is pursued with the sacrifice 'without compensation' of only shareholders and creditors, the principle of 'no creditor worse off' is sanctioned, which, however, is claimed to be unable to rebalance the system. In fact, the comparison between their (real) sacrifice and the (abstract) outcome of an insolvency procedure results in a 'hypothetical' technical judgment, devoid of legal parameters, taken on an administrative basis without appeal (Article 88, Legislative Decree 180/2015), with the possible exemption of certain categories (Article 49).

From this ensues the violation of articles 3, 41, 42, 47 and 117 of the Constitution (the latter through the parameters set out in Article 13 of the ECHR and the first ECHR protocol).

An overview of the main issues set forth in the *Notice* on the notion of State aid: a new “code of conduct” for the States

Giovanni Luchena

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Coordinating State aid policies. – 3. Correcting market failures only? – 4. A brief description of the Notice. – 5. Some considerations about the practical effects of soft law in the field of State aids. – 6. The origin of the measure: a broad notion of State and the meaning of “State resource”. – 7. Taking advantage: the market economy investor principle. – 8. Selectivity: reducing the policies of the States. – 9. Effect on trade and competition or “the sensitive effect”. – 10. Infrastructures: the promoter/owner, the operators and the end-users. – 11. Conclusions.

1. *Introduction*

The EU regulation on State aid consists of a set of rules aimed at discouraging economic support in favour of public and private undertakings¹ and setting out the objectives for promoting competition².

Public aid has always assumed a negative value because it is considered to be a factor of distortion of competition and a «barrier to the construction of the common market»³.

¹ D.M. Harrison, *The Organization of Europe. Developing a Continental Market Order*, London-New York, 1995, 76 ss.; E. Triggiani, *Aiuti di Stato (dir. Un. Eur.)*, in *Enc. Dir.* – Annali, vol. VI, 2013, 19 ss.; G. Luchena, *Gli aiuti di Stato*, in A. Uricchio, V. Peragine, M. Aulenta, *Manuale di scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica*, Molletta (Ba), 2017, 555 ss.

² E.G. Stuart, *Recent Developments in EU Law and Policy on State Aids*, in *Economic Law Review*, n. 4, 1996, 226; C. Buzzacchi, *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale*, in *Dir. Econ.*, n. 3/4, 2004, 623; M. Dony, *Le controle des aides d'état. Soixante ans de montée en puissance*, in *Revue de l'Union Européenne*, n. 618, 2018, 267 ss.

³ J.L. Da Cruz Vilaça, T. Aragao Morais, *Competition Policy and State Aids to Undertakings*, in E.A. Raffaelli (ed.), *Antitrust between EC Law and National Law*, Treviso, 15/16 May 1997, Bruxelles-Milano, 1998, 325.

Nevertheless, assigning public aid to private undertakings (or even under public control) is not a prohibited practice *tout court*, because some forms of economic support to undertakings can be allowed under certain conditions. Eligible State aid must satisfy, *inter alia*, a common interest or fulfil the aim of correcting market failures, or enhancing the competitiveness of undertakings at a European level, or promoting economic and social cohesion⁴, one of the principles which the EU system is based on.

And yet, the variety of forms constituting “aid”⁵ calls for great caution from the Commission’s control activities. By means of its action, the Commission is capable of directing State conduct, acting as an arbitrator amid the “Internal” policies and the “European” ones.

Arguments between the Member States and the Commission in this area of competition law may, therefore, often occur, because the instruments through which the aid policy is implemented include the quantitative reduction of support measures for undertakings and very rigorous forms of control, basically based on an economic approach⁶.

The Commission’s control, both preventive and succeeding, on the other hand, does not reduce in a definitive way the capacities of State intervention in the economy. Hence, the point is: defining the relationship/compatibility between the European interest in “protecting” competition and the public governance of the economy.

From this viewpoint, the Commission considers compatible with the EU law the “common objectives” or “interests” pursuing aid policies. On the one hand, the protection of competition, and, on the other, the typical State objectives, including the implementation of certain services of general economic interest⁷, the strengthening of measures for economic, territorial and social cohesion⁸ and the promotion of employment policies.

⁴ A. Evans, *Law, Policy and Equality in the European Union: the Example of State Aid Control*, in *Economic Law Review*, 1998, 435.

⁵ G.M. Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997, 97 ss.; C. Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, 27 ss.; F.G. Wishlade, *Regional State Aid and Competition Policy in the European Union*, The Hague, London, New York, 2003, 5 ss.; A. Palazzo, A. Sassi, R. Cippitani, *Diritto privato del mercato*, Padova, 2007, 429 ss.; B. Lubrano, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino, 2008, 59 ss.; L. Hancher, *The General Framework*, in L. Hancher, T. Ottervanger, P.J. Slot, *Eu State Aids*, 4th edition, London, 2012, 50 ss.

⁶ G. Luchena, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Bari, 2012, 18.

⁷ C. Buzzacchi, cit., 640.

⁸ J. Batchler, R. Michie, *Strengthening Economic and Social Cohesion? The Revision of the Structural Funds*, in *Regional Studies*, vol. 28, 1994, 789 ss.; A. Claroni, *Le politiche di coesione*, in S. Cassese (dir.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003, 3793 ss.; J.R. Cuadrado-Roura, R. Garrido-Iserte, M.A. Marcos, *Economic and Social Cohesion in the EU: a critical approach*, ERSA conference papers, European Regional Science Association, available online at: www.sre.wu.ac.at/ersa/ersaconfd/ersa04/

2. Coordinating State aid policies

The Commission, in its role of co-ordinating State aid policies, demands from governments the rationalization of their policies and will, therefore, urge them to eliminate, or reduce, those aid tools that may trigger a “greater distortion” of competition⁹. For example, strengthening economic analysis is one of the primary objectives for assessing aid compatibility¹⁰ as clarified in the State Aid Action Plan (SAAP)¹¹: the «refined economic approach» “authorizes” the Commission to carry out a very “penetrating” control over State aids so that, in a certain sense, it encroaches State prerogatives. This is a control, which, although carried out according to technical criteria, invariably includes political criteria: which, at least formally, does not fall within the Commission’s tasks.

The action of the “European” coordination takes into account all the factors that, for example, can generate incentives for economic growth. Under this perspective, policies aimed at strengthening strategies to encourage research and development¹², technological innovation or the provision of efficient and high-quality services of general economic interest¹³ are considered to be consistent with the open and competitive market principle.

Prohibition and waivers represent two sides of the same coin. The first side confirms the principle that, in order to protect the functioning of the market, it is necessary to carry out an incisive control over state financing to enterprises, in terms of co-ordination; the latter would give the chance to give back to the States certain intervention powers deriving from the *General Block Exemption*

PDF/657.pdf; P. Maystadt, *The Economic, Social and Territorial Cohesion in the European Union*, in BIATEC, vol. XIII, 8/2005, 2 ss., available online at: www.nbs.sk; JA. Di Stefano, *L'amministrazione della coesione economica e sociale e territoriale tra legitimacy e legal accountability: il ruolo del partenariato territoriale*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 3, 2014, 417 ss.; G. Luchena, *La selettività geografica nelle leggi di incentivazione economica alle imprese: il caso delle agevolazioni fiscali nelle zone franche urbane*, in www.osservatorioaic.it, 6 giugno 2016.

⁹ M. Parish, *On the Private Investor Principle*, in *European Law Review*, 2003, 80.

¹⁰ K. Mause, F. Gröteke, *An Economic Approach to European State Aid Control: A Politico-Economic Analysis*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 17, Issue 2, 2016, 185 ss.

¹¹ European Commission, *State Aid action plan – Less and better targeted State aid: a roadmap for State aid reform 2005-2009*, COM/2005/0107 final.

¹² European Commission, *Framework for State aid for research and development and innovation*, (2014/C 198/01).

¹³ European Commission, *Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest*, 2012/C 8/02.

Regulation (GBER), concerning State aid exempted from prior notification (Reg. 651/2014¹⁴ as amended by Reg. 1084/2017¹⁵).

The State aid modernization project provides for an ambitious programme and contains guidelines concerning, *inter alia*, the reform of the *de minimis* regulation, the approval of the new norms supporting the exemption regulation, the drafting of a series of guidelines such as regional aids, environmental aids, risk capitals, research, development and innovation and broadband. The GBER has the objective of simplifying State aid procedures and expanding the category of aid exempted from prior notification to the Commission. With the new exemption regulation, the reduction in the percentage of aid subject to prior checking by the Commission should be accomplished. To achieve this aim it will be necessary to establish a closer cooperation between Community authorities and Member States, in accordance with the provisions of art. 4 TEU, which will require a new *method* based on the creation of a permanent network. With this approach, a smaller amount of aid should be allocated to a broader range of beneficiaries, in order to allow for a more extensive distribution of public resources – with special attention for the system of small and medium-sized enterprises and to certain forms of social interventions. Reg. n. 651/2014 has a very broad scope: regional aid, SMEs¹⁶, environmental protection aids, research, innovation and development promotion, employment, territorial social assistance to communities affected by natural disasters, support for local, sporting and broadband infrastructures, culture and heritage preservation.

Despite the common *a-priori* critique to the excessive presence of the State in the economy, it appears obvious that economic booster state policies could contribute to the development of competition also through public aid policies, as these cannot always be considered as detrimental to the competitive dynamics.

Moreover, the long experience of the Commission and the jurisprudence of the Court of Justice enable Countries to prepare aid measures that potentially will not clash with the European Union law. It should be noted that aid to large enterprises will most likely attract Commission's attention, and in fact it is

¹⁴ Commission Regulation (EU) no. 651/2014 of June 2014 *declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Article 107 and 108 of the Treaty*, OJ L 187 26.6.2014. On this regard, see M. Berghofer, *The General Block Exemption Regulation: A Giant on Feet of Clay*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 3, 2009, 232 ss.; D. Ferri, *The New General Block Exemption Regulation and the Rights of Persons with Disabilities: Smoke without Fire?*, in *European State Aid Quarterly*, n. 1, 51 ss.; L. Tebano, *State Aid for Employment after the New General Block Exemption Regulation*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 2, 2015, 241 ss.

¹⁵ Commission Regulation (EU) 2017/1084 of 14 June 2017 *amending Regulation (EU) no. 651/2014 as regards aids for port and airport infrastructure, notification thresholds for aid for culture and heritage conservation and aid for sport and multifunctional recreational infrastructures, and regional operating aid schemes for outermost regions and amending Regulation (EU) No. 702/2014 as regards the calculation of eligible costs*, OJ L 156, 20.6.2017.

¹⁶ T. Rensmann, *Small and Medium-Sized Enterprises in International Economic Law*, Oxford, 2017.

becoming increasingly significant that small aid actions are more numerous today compared to the past.

3. *Correcting market failures only?*

Common interests of economic and social nature may lead the State to address its policies in the direction of economic growth, turning its action towards development policies both of the EU Countries and of Europe as a whole. In this specific context, therefore, despite some criticism on the elusive features of the EU discipline, State aid can be considered as necessary, if not essential, and in any case “compatible” in the EU in order to cope with the legitimate needs of implementing domestic economic policies, even if under a “European harmonization”.

Some forms of state intervention can facilitate access to the market, promote technological development and implement policies to support employment (in terms of job creation); at the same time, social interventions and redistribution of wealth should not be seen as a threatening re-edition of economic planning models, but as the redefinition and reformulation of the state regulatory potential in the economy when social and economic needs compel the State, in compliance with constitutional provisions, to take non-neutral positions.

Under the terms established by Article 107 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Commission may consider that the conditions for authorizing the incentive by the State, in particular in the field of social policies, are met. If it is true that a disproportionate system of aid could lead to distortions of competition, it is also true that the role of the State is necessary in reducing inequalities and in pursuing public policies focused on raising youth employment rates, investing in relational goods, eliminating or reducing the economic gaps between different European areas. The so-called horizontal objectives may help the States to better identify their interventions, for example by implementing policies to reduce inequalities or to protect the environment or to promote social policies.

The relationship between the principle of incompatibility pursuant to Article 107(1), of the TFEU and the norms that define the *de iure* compatibility¹⁷ and the conditioned or *potential* aids¹⁸ [Article 107 (2 and 3), TFEU] should not be considered as separate norms but structured as a whole, being both the prohibition and the derogations functional to the aims of the Treaty.

¹⁷ C. Buzzacchi, cit., 626.

¹⁸ G. Di Gaspare, *Aiuti pubblici*, in E. Picozza (ed.), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Sant'Arcangelo di Romagna, 1998, 24.

On the one hand, there is a need for market rules not to be distorted, but on the other, it would be difficult to deny the state relevance of policies aimed at eliminating, or at least diminishing, development gaps between different territories or economic sectors. These interconnected provisions basically ensure that the conditions for access, implementation and market regulation are equally guaranteed at the European level.

The European Union plays an increasingly significant role as a direct lender of certain sectors or geo-economic areas, for purposes related to internal economic and social cohesion through the Structural Funds¹⁹ (which, however, does not exclude that the granting of public aid from the Funds must comply with the provisions on “aid”).

By so doing, the Commission, on the one hand conditions or at least monitors the choices regarding the provision of incentive measures, and on the other, authorizes the provision of aid, assuming, in a certain sense, the role of “political” guide of economic development, which, to some extent, would leave many margins of appreciation to the state in relation to the lines of economic policies.

In addition, it should be borne in mind that public aid policy must not be separated from other “European” ones such as harmonious, sustainable and balanced economic development actions and the already mentioned economic and social cohesion.

Yet, one of the problems arising from the concrete application of the rules set by Article 107 (1) is the definition of state aid²⁰.

4. *A brief description of the Notice*

Recently, the *Notice on the notion of State aid*, adopted on 19 May 2016, provides information to Member States on the consolidated practice of the European Commission and the Court of Justice on the matter²¹. It is a fragment of the mod-

¹⁹ A. Evans, *The E.U. Structural Funds*, Oxford, 1999, 14.

²⁰ M. Slotboom, *State Aid in Community Law: a Broad or Narrow Definition?*, in *European Law Review*, 1995, 290 ss.; M. Schutte, J.P. Hix, *The application of the EC State Aid Rules to Privatization: the East German Example*, in *Common Market Law Review*, 1995, 222 ss.; C. Pinotti, cit., 21 ss.

²¹ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 262, 19.7.2016. See, G.M. Galletti, A. Biondi, O. Stefan, J. Buendia Sierra, “Comments on the Draft Commission Notice on the Notion of State Aid Pursuant to Article 107(1) TFEU”, available online at: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/uk_cel_en.pdf; G.S. Olykke, *The Notice on the Notion on State Aid and Public Procurement Law*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 4, 2016, 508 ss.; E. Erdos, B. Gergely, *State Aids Connection With Tax Competition Regarding The Principle Of Subsidiarity In The European Tax Law*, in *The Juridical Current*, Petru Maior University, Faculty of Economics Law and Administrative Sciences and Pro Iure Foundation, vol. 70, 2017, 107 ss., available online at: <https://ssrn.com/abstract=2924954>; A. Biondi, O. Stefan, *The Notice on the Notion of State*

ernization policy²² adopted by the Commission in order to contribute to a more transparent and more consistent application of the notion of State aid across the Union. This *document* specifies that the Commission is self-bound in applying the *Notice* especially when complex economic assessments are concerned.

The Treaty does not define the notion of State aid²³ but it outlines its essential characteristics in order to reduce the field of application of the legal norms concerning State aids²⁴. This grants the Commission a wide discretionary power²⁵ in determining what is meant by *State aid*, thus enforcing a broad notion of state aid²⁶. The Court of Justice takes a rather minimalist approach to the decisions of the Commission²⁷. This is not to minimize the role of the Court of Justice which, on the contrary, has contributed to define many of the constituent elements of State aids, as it is made clear by analysing the *Notice*. Every point of the *Communication* is enriched by the developments made by the Court of Justice with its creative approach to the decisions in this field of competition law.

The *Notice*, however, considers the notion of State aid as «an objective and legal concept defined directly by the Treaty» and clarifies the interpretations of Article 107 (1) TFEU by the Commission, as interpreted by the Court of justice and the General Court²⁸.

The *Notice* is a true *summa* of the variety of cases examined in an almost sixty years of practice by both the Commission and the Court of Justice. In other

Aid: every light has its shadow, King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper no. 2017.18, available online at: <http://ssrn.com/abstract=2924954>.

²² European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions UE State aid modernization (SAM)*, COM/2012/0209 final. See, on this regard, C. Schepisi (ed.), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; C. Quigley, *The European Commission's Programme for State Aid Modernization*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1, 2013, 35 ss.; H. Jennings, *State Aid Modernization – Trying to Do More with Less*, in *CPI Antitrust Chronicle*, n. 2, 2014, 2 ss., available online at: www.competitionpolicyinternational.com; V. Di Bucci, *The modernization of State aid control and its objectives: clarity, relevance, effectiveness*, in *Italian Antitrust Review*, n. 3, 2014, 7 ss., available on line at: www.iar.agcm.it; A. Gjevori, *Modernization of EU State Aid procedures: are the third parties more protected?*, in *Juridical Tribune*, vol. 5, Issue 2, 2015, 54 ss.

²³ C. Quigley, *The Notion of State Aid in the EEC*, in *European Law Review*, 1988, 242 ss.; K. Bacon, *State Aids and General Measures*, in *Yearbook of European Law*, vol. 17, 1997, 269 ss.; T. Ballarino, L. Bellodi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997, 24; J.L. Da Cruz Villaça, T. Aragao Morais, cit., 326; C.E. Baldi, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, 21 ss.

²⁴ E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, 143.

²⁵ Judgment of the Court of Justice of 17 September 1979, Philip Morris Holland BV v. Commission, C-730/79; Judgment of the Court of Justice of 14 January 1997, Spain v. Commission, C-169/95; Judgment of the Court of Justice of 12 December 2002, C-456/00.

²⁶ A. Antonucci, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2018, 3, 589.

²⁷ J.Y. Cherot, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, Paris, 1998, 64.

²⁸ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 3.

words, it is a sort of catalogue of all possible situations that may occur with reference to State aid. It is also worth mentioning that the *Communication* «is considered to be the definitive expression of the Commission's position on what constitutes State aid»²⁹. That's the reason why it must be “read” and applied, for example, in the light of the previously cited GBER.

It must also be pointed out that the *Notice* formally replaces former Communications³⁰ concerning aids to public undertakings in the manufacturing sector³¹, State aid elements in sales of land and buildings by public authorities³², the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation³³ and «any opposing statements relating to the notion of State aid included in any existing Commission Communications and Frameworks, save for statements pertaining to specific sectors and justified by their particular features»³⁴.

5. *Some considerations about the practical effects of soft law in the field of State aids*

Some considerations may be made concerning the soft law character of the *Notice*.

It must be pointed out that the EU Court of Justice has held that a Communication³⁵ cannot be regarded as devoid of legal effects, given that it expresses the way in which the Commission will exercise its discretionary power³⁶.

Moreover, the rules of soft law³⁷ are not assumed on the basis of a “normal” procedure established by the legal system and it is for this reason that one can doubt about its legal value. Soft law does not impose binding solutions, but

²⁹ P. Nicolaides, *State aid undercover. Critical analysis of developments in State aid 2016*, Berlin, 2017, 13.

³⁰ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 229.

³¹ European Commission, *Commission Communication to the Member States 93/C-307/03 on the application of Articles 92 and 93 of the EEC Treaty and of Article 5 of Commission Directive 80/723/EEC to public undertakings in the manufacturing sector*, OJ C 307, 13.11.1993.

³² European Commission, *Commission Communication on State aid elements in sales of land and buildings by public authorities*, OJ C 209, 10.7.1997.

³³ European Commission, *Commission Notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation*, OJ C 384, 10.12.1998.

³⁴ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid as*, cit., paragraph 230.

³⁵ F. Cherubini, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, Bari, 2018, 9 ss.

³⁶ Judgment of the Court of Justice of 17 September 1979, Philip Morris Holland BV v. Commission, C-730/79; Judgment of the Court of Justice of 21 November 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs due saumon v. France, C-354/90; Judgment of the Court of Justice of 15 May 1997, Siemens SA v. Commission, C-278/95.

³⁷ F. Snyder, *Soft law and Institutional Practise in The European Community*, in S. Martin, *The Construction of Europe: Essays in honour of Emil Noël*, Dordrecht, 1994, 198 ss.; B. Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, 32 ss.; A. Algostino, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *www.costituzionalismo.it*, 3, 2016.

draws on the background possible solutions for possible conflicts, relying on the voluntary adhesion of the subjects that could possibly benefit from them. The action of the legislator is broadly restricted, thus giving the judges a broad regulatory power. In many cases, in fact, certain state aid regulations derive from the case law of the EU Court of Justice.

Ultimately, in the area of state aid, this mode of production of law is used too unevenly. Of course, Communications can cope with unexpected and particularly serious economic and social conditions, given that they are taken up quickly. Soft law can be considered adequate to manage the contemporary reality and it represents one of the possible manifestations of *ius publicum* considering that, even if in atypical forms, it is “controlled” and made effective by the Public bodies.

These considerations have a particular significance in the case of European Union law. Many interventions were necessary, for example, during the economic crisis, especially as far as bank aids is concerned³⁸. The use of the Communications reflects a tendency that, in truth, has manifested itself for long years.

Indeed, the *Notice* was not approved in an emergency situation but as a stage of the process of “modernization” started a few years ago. The Communication assumes, therefore, a significant value for some potentially innovative content. There are, for example, parts of the *Notice* dealing with topics in which there is still no consolidated case law but an administrative practice in a sort of process of consolidation of the regarded discipline. It is as if there is a transitional regulation which States must comply with, pending further specifications coming from the Court of Justice.

We can say that soft law (and so the *Notice* itself) is not a (totally) non-law area and certainly it is rich of political and practical effects³⁹: in a certain sense soft law has integrated and went over hard law because, above all, the identity of the producer of soft law and hard law overlaps; that’s why they are perceived as binding⁴⁰.

In general, the Communications on State aids «tend to assume an authoritative interpretative function or even a regulatory role»⁴¹, especially for reasons of legal certainty and protection of legitimate expectations. For these reasons, even the *Notice* can be placed amongst those soft law regulations that respond to the

³⁸ G. Lo Schiavio, *State Aids and Credit Institutions in Europe: What Way Forward?*, in *European Business Law Review*, vol. 25, n. 3, 2014, 447 ss.; A. Canepa, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di Stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 15 July 2016.

³⁹ L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, 112.

⁴⁰ M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008, 278.

⁴¹ U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, 317. Since the *Grimaldi* ruling, the Court of Justice has held that national courts must take into account non-binding Community acts for the correct application of European Union law: see Judgment of the General Court of 13 December 1989, C-322/88, paragraph 18.

practical need to direct and constrain States and undertakings to a notion of aid defined as objective. Thus, over time, the Communication will increasingly be perceived as binding, in fact overlapping the hard law, and even surpassing it.

6. *The origin of the measure: a broad notion of State and the meaning of "State resource"*

Aid policies originating within the State have two separate and accumulative conditions, even if sometimes they are treated as a single whole.

First of all, the criterion of responsibility or subjectivity must be considered. «In cases where a public authority grants an advantage to a beneficiary, the measure is by definition imputable to the State, even if the authority in question enjoys legal autonomy from other public authorities. The same applies if a public authority designates a private or public body to administer a measure conferring an advantage»⁴².

Any aid whose nature appears to be originally as *public* (central, regional or local governments, public authorities or private bodies established by the State to administer the aid⁴³) determines its status as State aid. Part of the "public sector" will be any institution established by the law of a Member State falling under the supervision and guarantee of the legislative authority⁴⁴. For example, the presence of the State in the economy, in its capacity of owner or controller of enterprises operating in the market, is one of the most sensitive factors monitored by the Commission.

Many more difficulties may arise when «an advantage to a beneficiary is granted through public undertakings»⁴⁵. Since relations between the State and the undertakings are necessarily close, the risk of a non-transparent activity is quite real. Some indicators may help the Commission to check the imputability criterion: the body in question could not take the contested decision without taking into account the requirements of the public authority; there must be an organic link between the public undertaking and the State; the public undertaking follows the directives issued by the governmental bodies; the integration of the public undertaking into the structures of the public administration; the

⁴² European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 39. This statement is basically based on the Judgment of the General Court of 12 December 1996, *Air France v Commission*, T-358/94, paragraph 62.

⁴³ C. Blumann, *Régime des aides d'État: jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Revue du Marché Unique et de l'Union Européen*, 1992, 725; J.L. Da Cruz Villaça, T. Aragao Morais, cit., 329.

⁴⁴ A. Saggio, *L'attività del Tribunale di primo grado nel 1996*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1997, 302.

⁴⁵ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 40.

nature of the public undertaking's activities and their exercise on the market in normal conditions of competition with private operators; the legal status of the undertaking cannot be regarded as sufficient reason to exclude imputability; the degree of supervision exercised by the public authority; any other indicator that shows the involvement of the public administration in participation at the decision⁴⁶. Hence, the criterion of imputability to the State must be intended in a broader sense, being the legal nature of the body irrelevant⁴⁷.

The notion of "State resource"⁴⁸ refers to any resource deriving directly or indirectly from the public sector⁴⁹. «A government measure [always] represent[s] a charge on the public account»⁵⁰: this viewpoint enlarges the spectre of the "resource", thus «including resources of intra-State entities (decentralised, federated, regional or other) and, under certain circumstances, resources of private bodies, for example any voluntary private contribution because the relevant factor, in this case, «is not the origin of the resources but the degree of intervention of the public authority within the definition of the measure and its method of financing»⁵¹. This specifies that the Commission will most likely take into account the relevance/incidence of the effects of the measure as a potential distorting element of the market⁵².

A State resource may take on many forms: a direct grant, loans, guarantee, direct investments in the capital of companies and benefits in kind. «Waiving revenue which would otherwise have been paid to the State constitutes a transfer of State resources»⁵³. The notion, moreover, covers measures ordained by the State «because land is sold below its market value or a loan is given at a rate of interest that falls below the market rate»⁵⁴. A shortfall in tax and social security revenue due to the exemption or reduction in taxes and social security contributions granted by the State or exemption from the obligation to pay fines or other penalties is considered to be a State aid. See, for example, the *Ecotrade* and *Piaggio* cases, in which the Court of Justice points out that when there are derogations

⁴⁶ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 43.

⁴⁷ M. Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, 237 ss.

⁴⁸ G. Carullo, *State resources in the case law: imputability under an organizational perspective*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 3, 2013, 453 ss.; S. Klinkmüller, *Of Surcharges and Supervision: German Renewable Energy Act is State Aid*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, n. 3, 1055 ss.

⁴⁹ Judgment of the Court of Justice of 10 December 2013, *Commission v Ireland and Others*, C-272/12 P, paragraphs 45 to 53.

⁵⁰ M. Slotboom, *State Aid in Community Law: a Broad or Narrow Definition?*, in *European Law Review*, 1995, 291.

⁵¹ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 58. See Judgment of the Court of Justice of 17 July 2008, *Essent Netwerk Noord*, C-206/06, paragraphs 58 to 74.

⁵² M. Slotboom, cit., 296.

⁵³ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 51.

⁵⁴ P. Nicolaidis, cit., 15.

concerning the insolvency rules, there can be an additional burden for the State⁵⁵. The case of the derogation from employment law provisions can also be cited, as stated in some decisions made by the Court of Justice such as *Viscido* and *Kirshammer-Hack*: in both cases the derogation is not considered to be a transfer of state resources⁵⁶.

In short, the substantial aversion of the Commission towards any presence of the State in economic activities is highlighted. The broad notion of State indicates that any suspicion of public interference may result in a negative assessment. It is known that the principle of social market economy accepted in the European treaties presupposes the state neutrality in the economic field: the discipline of State aids is a faithful fulfilment of that. In this sense, the *Notice* seems not to add anything new to these issues, given that the position of the State is increasingly marginal.

The State, however, is invoked every time there are situations of crises. The aid measure is easily found and hopefully requested: in the case of aid to the banks, in fact, few doubts have been raised as to their necessity. The State that saves from market failures is still an auspice and sometimes the only life anchor of situations that can cause social crises⁵⁷.

7. *Taking advantage: the market economy investor principle*

An economic advantage granted to enterprises by any public authority is another element of the notion of State aid⁵⁸, considering that they have obtained support not under normal market conditions.

According to the objectives of the Treaty, neither the cause nor the objective of the State is relevant, but the effect provoked by the measure. It is also important to underline that «not only the granting of positive economic advantages is relevant for the notion of State aid, but relief from economic burdens can also constitute an advantage»: this «covers all situations in which economic operators are relieved of the inherent costs of their economic activities»⁵⁹. «The exist-

⁵⁵ Judgements of the Court of Justice of 17 June 1999, *Piaggio* C-295/97 and 1 December 1998, *Ecotrade*, C-200/97. See G. Luchena, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006, 52 ss.

⁵⁶ Judgment of the Court of Justice of 7 May 1998, *Viscido et al.*, Joined Cases C-52/97, C-53/97 and C-54/97; Judgment of the Court of Justice of 30 November 1993, *Kirshammer-Hack*, C-189/91.

⁵⁷ G.M. Polito, *Prove generali di bail-in: il caso delle banche italiane*, in www.eurojus.it, 13.2.2016.

⁵⁸ R. Plender, *Definition of Aid*, in A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn (ed.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, 5.

⁵⁹ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, paragraph 68.

tence of advantage is established by comparing the situation of an undertaking before and after state intervention in the context of a single Member State»⁶⁰.

It is worth mentioning that, in the light of the *market economy investor principle*⁶¹, it is assumed that there is a suspected State aid in the event that no rational justifications give good reason for the allocation of public funds, which implies, consequently, that the control must be conducted on the basis of the same parameters used, in fact, by a private investor or a market economy agent⁶².

To identify the State aid, the *market economy operation test* is employed, which includes both the private creditor and the vendor test.

These tests are basically based on the fact that the aim of a market operator is to obtain profits or to maximize returns from any investments or to reduce losses from a past investment⁶³. The role of the State is irrelevant when it acts as a public authority.

The *ex ante* examination is the first step to evaluate if the State intervention is in line with market conditions. «In fact, any prudent market economy operator would normally carry out its own *ex-ante* assessment of the strategy and financial prospects of a project», for example through a business plan⁶⁴.

The State will need to prove that the decision was taken on the basis of an economic evaluation comparable to that of a private actor, in determining the profitability or the economic advantage of the operation.

The evaluation of the operation is made through a series of indicators.

A) Market information directly concerning the operation itself, so that the market conditions may easily be determined.

1) The *pari passu* transactions aim at considering if a transaction is made under the same terms and conditions by public bodies and private stakeholders. To focus on this kind of transaction, it is necessary to assess four criteria: «whether the intervention of the public bodies and private actors is decided and carried out at the same time or whether there has been a time lapse and a change of economic circumstances between those interventions; whether the terms and conditions of the transaction are the same for the public bodies and all private players involved, also taking into account the possibility of increasing or decreasing the

⁶⁰ P. Nicolaidis, cit., 17.

⁶¹ H.J. Niemeyer, *State Aids and European Community Law*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 15, issue 1, 1993, 193 ss.

⁶² A. Sanchez Graells, *Bringing the "Market Economy Agent" Principle to Full Power*, in *European Competition Law Review*, 2012, 470 ss.

⁶³ P. Nicolaidis, cit., 17.

⁶⁴ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 78; Judgement of the Court of Justice of 5 June 2012, *Commission v EDF*, C-124/10 P, paragraphs 82, 105; P. De Luca, *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato. Il caso Commissione c. Eletricité de France (EDF)*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2012, 518 ss.

level of risk over time; whether the intervention of the private operators has real economic significance and is not merely symbolic or marginal; whether the starting position of the public bodies and the private operators involved is comparable with regard to the transaction, taking into account, for instance, their prior economic exposure *vis-à-vis* the enterprises, bearing in mind the possible synergies which can be achieved, the extent to which the different investors will bear similar transaction costs, or any other circumstance specific to the public body or private stakeholder which could distort the comparison»⁶⁵.

2) If the operation of sale and purchase of assets, goods and services is made through a transparent and non discriminatory procedure, it is considered to be in line with market conditions and above all in line with the principles of public procurement.

B) Another method of assessment is the benchmarking. It seldom gives accurate reference values, but it can establish a range of possible values by assessing a set of comparable transactions⁶⁶.

Finally, the notion of indirect advantage should be considered, when «present if the measure is designed in such a way as to channel its secondary effects towards identifiable undertakings or groups of undertakings»⁶⁷.

8. *Selectivity: reducing the policies of the States*

State aid intervention can be classified as irregular if it results from the application of derogation from a general provision. Here, a major element in recognizing a State aid takes on great significance, namely selectivity⁶⁸.

Partial exemption from the payment of certain social security contributions for undertakings in a given industrial sector is considered “aid” because this mea-

⁶⁵ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 87.

⁶⁶ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 100.

⁶⁷ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 116.

⁶⁸ J.L. Da Cruz Vilaça, T. Aragao Morais, cit., 331; C. Pinotti, cit., 43 ss.; W. Sauter, H. Vedder, *State Aid and Selectivity in the Context of Emissions Trading: Comment on the NOX Case*, in *European Law Review*, 2012, 327 ss.; M. Prek, S. Lefèvre, *The Requirement of Selectivity in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, 337 ss.; A. Biondi, *State Aid is Falling Down, Falling Down: an Analysis of the Case Law in the Notion of Aid*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1732 ss.; F.L. Pace, *Gli aiuti di Stato in materia fiscale e le conseguenze della violazione dell'art. 108, § 3 TFUE (Diritto UE)*, in F.L. Pace (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 616-619; A. Giraud, S. Petit, *Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter?*, in *European State Aid Quarterly*, vol. 16, Issue 2, 2017, 233 ss.; A. Biondi, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali*, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours del la justice européenne*, Torino, 2018, 126 ss.

sure allows beneficiaries to derogate from a general rule. The measure is aimed at favouring a given economic sector or an undertaking.

Ultimately, it is the derogation from a general rule that integrates the selectivity of the aid, which is precisely because it is abnormally granted by the public authority. The Commission has, moreover, mitigated the narrow scope of application of this rule by specifying how such a derogation could possibly be admitted, particularly in tax matters, if it is justified by “economic rationality” so as to make it necessary or functional with respect to the effectiveness of the system as a whole.

As already made clear by the Court of Justice⁶⁹, however, the aid must have a “horizontal” nature and be based on objective elements, such as, for example, the unlimited duration and the wide scope of implementation. This conclusion also appears to be consistent with the principle of equality, according to which measures derogating from the formal equality criterion may be admitted, proving that the derogation is justified by the general objectives of the legal system and does not conflict with the system where it is applied (for example, taxation).

A behaviour that can be considered incompatible with the Treaty is the one caused by the intervention actions of the State operating as a seller on the market. The criterion of the abnormality of the measure is verifiable when the granting party provides substantial assistance in the preparation of goods or services in favour of undertakings so that they can be considered outside the rules of the market.

An emblematic case is that concerning the sale of land at a price that can also be considered abnormally low. This practice has often been used to favour the localization of undertakings in certain areas for the implementation of economic development, especially in geographically marked out areas.

The *Notice* makes a clear distinction between material selectivity and regional selectivity.

The material selectivity can be established through the *de jure* or the *de facto* criterion. The former may result directly when certain legal criteria are formally reserved to certain undertakings: for instance, those having a certain size, active in certain sectors or having a certain legal form (companies incorporated or newly listed on a regulated market during a given period; companies belonging to a group having certain characteristics or entrusted with certain functions within a group; ailing companies; or export undertakings or undertakings performing export-related activities). The latter, instead, deals with the deduction of the effect determined by the structure of the measure, even if it is formally correct in terms of general and objective details⁷⁰ (a tax credit or a measure granting advantages even for a brief period of time).

⁶⁹ Judgements of the Court of Justice of 2 July 1974, *Italy v Commission*, C-173/73.

⁷⁰ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 121.

The various “forms” of selectivity have made this notion quite fluid and sometimes even variable to the point of becoming a true/autonomous element of control over state aids, especially tax aids⁷¹. For example, the option in favour of the criterion of the *ex post* identification of the beneficiary of the fiscal measure can be considered as a very broad one for the definition of selectivity.

In short, tax aid is particularly “observed” by the Commission because it can “hide” a selective measure behind the screen of a general one. It should be noted, however, that the extent of the definition of selectivity is likely to compromise more and more the fiscal autonomy of the member States. This trend is also confirmed in recent cases such as the *World Duty Free Group SA* judgement⁷² in which the further extension of the scope of the regulation on State aid in “fiscal matters” seems to be noticed, in particular by focusing attention on the discriminatory nature of the measure⁷³. The Commission and the Court of Justice agree on an idea of selectivity that seems to go beyond the borders of the notion of State aid: and, in fact, the fight against tax dumping and tax evasion transcends the discipline on State aid to the point of being able to foresee hypotheses of contrast with the legislation of the TFEU concerning the harmonization of national laws.

Privileging the *ex post* evaluation assigns an almost unlimited power to the UE authorities: although the member States tend to expand their sphere of intervention in the economy through the tax leverage, this should not extend the Control in such an invasive way as to avoid the adoption of promotional tax measures as a means of economic development⁷⁴. The *Notice*, then, seems to “certify” a tendency to the enlargement, not always acceptable or satisfactory, of the notion of State aid through the use of selectivity as criterion, if not exclusive at least prevailing, for the purpose of checking the incompatibility.

⁷¹ J.H.J. Bourgeois, *State Aids, Taxation measures and specificity*, in *Mélange en honneur à Michel Waelbroeck*, I, Bruxelles, 1999, 765 ss.; K. Bacon, *Differential taxes, State Aids and the Lunn Poly Case*, in *European Competition Law Review*, 1999, 348 ss.; W. Schön, *Taxation and State Aid in the European Law*, in *Common Market Law Review*, 1999, 911 ss.; P. Nicolaides, *Fiscal Aid in the EC. A Critical Review of Current Practise*, in *World Competition*, 2001, 319 ss.; L. Salvini (a cura di), *Gli aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007; R. Grappiolo, *La valutazione delle misure fiscali di vantaggio: il ruolo della Commissione e degli organi giurisdizionali nazionali*, in A. Di Pietro, A. Mondini (a cura di), *Aiuti di Stato fiscali e giurisdizioni nazionali: problemi attuali. Atti e documenti del progetto di formazione e ricerca National Tax Judges and Fiscal State Aids*, Bari, 2015, 21 ss.

⁷² Judgment of the Court of Justice of 21 december 2016, *European Commission v. World Duty Free Group*, formerly Autogrill Espana SA, Banco Santander SA, Santusa Holding SL, Joinde cases, C-20/15 P and C-21/15 P.

⁷³ G. Perotto, *La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale*, in *European Papers*, vol. 2, 2017, n. 3, 1017 ss.

⁷⁴ A. Uricchio, M. Aulenta, G. Selicato (eds.), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015.

9. *Effect on trade and competition or “the sensitive effect”*

An additional indicative criterion of the presence of public aid in contrast with the internal market rules is then identified in the impact of the measure on trade and competition.

In order to be able to ascertain the impact on trade it is necessary to verify whether the incentives have, first of all, national relevance (thus being able to exclude incompatibility) and, subsequently, if there are undertakings in the aided sector already operating under competition. Both the conditions mentioned above must be satisfied, that is the effects produced on a community basis and the existence of a competitive market in the sector in which the aided enterprise is located.

The Court of Justice, in fact, considers aid to be a financial intervention granted by the State to the undertaking, which strengthens its position in the market at the expense of other competitors of the latter in intra-Community trade. It is not, however, excluded that a measure to encourage exports to third countries can concretely threaten competition within the internal market⁷⁵.

If public aid were granted to support business ventures abroad, the assessment of the impact on trade should therefore be carried out by assessing the sustainability of the reference market, in particular taking into account the situation at the time the benefit is granted. This means that subsidized goods, which are not subject to import or export flows within the European Union, do not constitute aid.

The deduced criterion can therefore be defined as the *sensitive effect*. It is, indeed, to consider this rule as a reference point for all those situations, legally determined, which operate *ad excludendum* with respect to the prohibition of granting State aid. For example, the *de minimis non curat praetor* principle⁷⁶ (which allows for the granting of a small amount of financial benefit) is mainly aimed at supporting small and medium-sized enterprises: it allows both the exclusion from the quantitative compatibility check, as the effects of economic assistance do not threaten (at least *prima facie*) distorting competition, and the removal from the obligation of prior notification to the Commission, which admits, in this case, a presumption of compatibility with the internal market, although the Community case law has not totally ruled out that aid deemed to be of a negligible amount is capable of distorting, even potentially, intra-Community competition. This new approach follows the logic of a «more relaxed» control made by the Commission permitting the implementation of those measures

⁷⁵ Judgements of the Court of Justice of 21 March 1990, *Belgium v Commission*, C-142/87.

⁷⁶ E.G. Stuart, cit., 229.

at a national level because they «do not require any refined economic approach in its application»⁷⁷.

The minimum or quantitatively irrelevant amount would serve to return to the State certain forms of intervention, to be considered legitimate, in fact, connected to the exercise of economic policy. On the other hand, the equalizing function of the State with respect to serious situations of economic and social disadvantage remains an evaluation parameter left to the Community bodies, because it is better not to leave self-regulatory tasks to the States in a sector such as public aid “naturally” exposed to interference by political bodies. Consequently, even setting the minimum parameters for granting the aid, while appearing as a sort of political guarantee aimed at the individual States for the recovery of its reference values, should instead be regarded as a mere attribution of residual powers in favour of institutions providing public subsidies to businesses.

Hence, even a small amount of aid may affect trade between Member States. «A public subsidy granted to a firm which provides only local or regional services and does not provide any services outside its State of origin may nonetheless have an effect on trade between Member States where undertakings from other Member States could provide such services (also through the right of establishment) and that possibility is not merely hypothetical. For example, where a Member State grants a public subsidy to an undertaking for supplying transport services, the supply of those services may, by virtue of the subsidy, be maintained or increased with the result that undertakings established in other Member States have less of a chance of providing their transport services in the market in that Member State»⁷⁸.

The *Notice* also considers some of the cases in which the local impact has no effect on trade, in particular when the beneficiary supplies goods or services to a limited area and is unlikely to be a potential factor of attraction of other customers from the Member States⁷⁹.

The Commission has established that trade between Member States is not affected in the following cases: sports and leisure facilities serving predominantly a local audience; cultural events and entities performing economic activities; hospitals and other health care facilities providing the usual range of medical services aimed at a local population and unlikely to attract customers or investment from other Member States; news media and/or cultural products which, for linguistic and geographical reasons, have a locally restricted audience; a conference centre, where its location and the potential effect of the aid on prices is genuinely unlike-

⁷⁷ J.L. Buendia Sierra, “*Small on Small*”: *Towards a Two-Speed State Aid Control?*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 4, 2016, 501.

⁷⁸ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 192. Judgment of the Court of Justice of 24 July 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, paragraphs 77, 78

⁷⁹ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 196.

ly to divert users from other centres in other Member States; an information and networking platform to directly address problems of unemployment and social conflicts in a predefined and very small local area; small airports or ports that predominately serve local users, thereby limiting competition for the services offered to a local level, and for which the impact on cross-border investment is genuinely no more than marginal; the financing of certain cable ways (and in particular ski lifts) in areas with few facilities and limited tourism capability⁸⁰.

10. *Infrastructures: the promoter/owner, the operators and the end-users*

The *Notice* also addresses the issue of infrastructures financed by public authorities, which can have an economic use. This is a novelty in the Commission's State aid framework: it is the first time that specific account is taken of public financial infrastructure activities, given the relevance it is assuming, especially in relation to growth-oriented interventions.

Indeed, even in the infrastructure sector there have been, in the past, assessments by the Commission concerning the characteristics of the single infrastructure, especially considering its economic management⁸¹. Furthermore, it should be said that the first possible indications of the presence of State aids for infrastructures can be found in the context of projects financed by the Structural Funds⁸². And, in fact, after 2012, some regulations concerning some infrastructures were, for the first time, regulated by the GBER⁸³ or by specific Communications.

It should be added that, perhaps, even the economic crises has played a non-secondary role in pushing the Commission to monitor a sector sensitive to State interventions motivated by the necessary support of the economic. In any case, the risk of a possible widening of the Commission's control should also be pointed out in areas where the presence of the State can not be considered neutral but, on the contrary, fundamental for the maintenance of a non-marginal role in its traditional and indispensable tasks. The development of mobility, for example, cannot be separated from State policies aimed at this goal.

The issue of the possible involvement of numerous subjects and of different forms of aid, in the context of an infrastructure project that can bring benefits to the construction, management or use of the infrastructure, is appropriately

⁸⁰ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 197.

⁸¹ C.E. Baldi, cit., 475.

⁸² European Commission, Commission Staff Working Document, *Guidance on State Aid in European Structural and Investment (ESI) Funds – Financial instruments in the 2014-2020 programming period*, 2.5.2017, SWD(2017) 156 final.

⁸³ See article 55 and following of the GBER.

addressed. In this regard, a distinction is made between the promoter/owner of a facility, the players and the end-users (the last two cases may overlap).

Infrastructures have been subtracted from the State aid framework as they are considered measures of public policy and not an economic activity. Consider, for example, military infrastructures, air traffic control facilities, lighthouses, navigation facilities, police, customs and so on that, by their nature, are not economic. However, in recent times, infrastructures have been allowed for commercial exploitation in the light of the processes of privatization and liberalization and, above all, technological progress. The Court of Justice has recognized that an infrastructure can be a form of economic activity, especially in the *Leipzig/Halle* judgement⁸⁴, which shows that the construction of a runway at a commercial airport is an economic activity. The above-mentioned judgement is also applicable to other activities, thus widening its scope.

Some measures are considered to be compatible with the provisions set by the Treaty because they do not affect trade between Member States, particularly local and municipal infrastructures, even if they are commercially exploited. Some of those cases are connected with the local catchment areas or the fact that cross-border investment is unlikely to affect trade more than marginally. The case can be cited of construction of local leisure installations, health care facilities, small airports or ports serving local users. The evidence is made, for example, by data showing that there is only limited use of the infrastructure from outside the Member State⁸⁵.

Moreover, «the Commission considers that an effect on trade between Member States or a distortion of competition is normally excluded as regards the construction of the infrastructure in cases where at the same time (i) an infrastructure typically faces no direct competition, (ii) private financing is insignificant in the sector and Member State concerned and (iii) the infrastructure is not designed to selectively favour a specific undertaking or sector but provides benefits for society at large»⁸⁶.

With regard to aid to the promoter/owner (this notion includes any entity exercising the effective ownership rights over the infrastructure and enjoying the economic benefits thereof), a number of cases emerge in which infrastructure financing must be examined in the light of state aid legislation such as, for exam-

⁸⁴ Judgment of 24 March 2011, *Freistaat Sachsen and Land Sachsen-Anhalt and Others v Commission*, Joined Cases T-443/08 and T-455/08, paragraphs 93 and 94, upheld on appeal in Judgment of the Court of Justice of 19 December 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Commission*, C-288/11 paragraphs 40 to 43, 47; C.E. Baldi, cit., 332 ss.

⁸⁵ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 210.

⁸⁶ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 211.

ple, infrastructure for airport services⁸⁷ and port infrastructures (based on the decision-making practice from the Commission)⁸⁸.

Broadband infrastructures (with the exception of «closed networks» funding⁸⁹) and energy infrastructure⁹⁰ are often built by private stakeholders, which demonstrates the existence of funding by the market and it is therefore normal that they are to be subjected to the rules on State aid. Public funding of research infrastructures is not subjected to State aid if it is intended for the performance of economic activities, but independent research for increasing knowledge and better understanding⁹¹.

The stakeholders (undertakings who make direct use of the infrastructure to provide services to end-users, including undertakings which acquire the infrastructure from the developer/owner to exploit it economically or which obtain a concession or lease for its use and operation) «who make use of the aided infrastructure to provide services to end-users receive an advantage if the use of the infrastructure provides them with an economic benefit that they would not have obtained under normal market conditions. This normally applies if what they pay for the right to exploit the infrastructure is less than what they would pay for a comparable infrastructure under normal market conditions»⁹².

If the end-users are granting an advantage to the users of the infrastructures, they will not be subjected to State aid rules, unless the terms of use comply with the market economic operator test that is making the infrastructure available to the users on market terms.

11. Conclusions

The notion of State aid, therefore, finds a precise and complete definition – but perhaps not ultimate, considering the possible evolution of other situations that may occur because of the fantasy of the States inventing new “forms” of aids

⁸⁷ Activities that are part of the State’s tasks or activities such as air traffic control, rescue and fire services, customs services and activities necessary for the protection of civil aviation from illicit attacks are excluded (paragraph 214). See European Commission, *Communication from the Commission. Guidelines on State aid to airports and airlines*, OJ C 99, 4.4.2014.

⁸⁸ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 215.

⁸⁹ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 216.

⁹⁰ European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 217.

⁹¹ European Commission, *Communication from the Commission. Framework for State aid for research and development and innovation*, OJ C 198, 27.6.2014, recitals 17 et seq.; K. Rutkiewicz, *State aid for research, development and innovation in the European Union competition policy*, in *Economia i Prawo*, vol. 14 (1), 2015, 19 ss., available online at: <https://ideas.repec.org>; A.A. Ambroziak, *Recent Changes and Developments in State Aid for Research, Development and Innovation in the European Union*, in *The Central European Journal of Social Sciences and Humanities*, n. 4, 2016, 73 ss., available online at: <http://www.ce.uw.edu.pl/program-wydawniczy/kwartalnik/>.

⁹² European Commission, *Commission Notice on the Notion of State aid*, cit., paragraph 223.

– in the light of the Commission's practice and of the often creative case law or precedent of the Court of Justice.

The cases examined by the Community bodies during seventy years of control activities have made it possible to evaluate the various forms of aid prepared by the States for the most various reasons: rescue of companies in financial distress, environmental protection, employment policies, support for small and medium-sized enterprises, and other instances.

Ultimately, this is the never-ending contrast⁹³ between the preservation of State prerogatives and the enforcement of the European Union law. In some situations, especially those deriving from the test of selectivity in the field of tax aids, it seems that State sovereignty is being expropriated.

The framework outlined above contained in the Commission *Communication* offers a broad and detailed overview of the ways in which States may more easily find their way.

Sounding out of situations that may give rise to problems of compatibility with the EU legal framework may develop into a real code of conduct, in order to prevent situations that do not comply with the law of intra-Community competition.

The Notice is, therefore, a sort of a user manual on State aids that will enable States, or other stakeholders, and even UE candidate Countries⁹⁴ (negotiations will start in a short span of time⁹⁵) to prepare better (compatible) measures for economic interventions within a consolidated and predictable regulatory framework. The Notice, therefore, represents a snapshot of the legal support in terms of State aid, a sort of lighthouse for Member States to which they will have to look at in order not to dissolve further portions of power, as well as of public resources.

Examining the constituent elements of the notion of aid, the evaluation criteria used by the Commission will easily appear.

Hence, the possible strategies of State intervention in the economy, certainly circumscribed by the general principle of the open and competitive market, may be more expeditiously adopted. Obviously, the reference point is not only the cited *Notice* but also the whole legal framework regarding State aid.

For example, the recent proposal by the Commission regarding the amendment of Council Regulation 2015/1588 aims at expanding the categories of aids exempted from prior notification adding to the list previously published two important "categories" of aid: «financing channelled through or supported by the EU centrally-managed financial instruments or budgetary guarantees, where the aid

⁹³ D. Siclari, *La legge sotto condizione sospensiva di efficacia nel costituzionalismo europeo multilivello*, *www.forumcostituzionale.it*, 26 aprile 2013, 31.

⁹⁴ See, for example, the case of Albania pointed out by A. Gjevori, *State Aid Control in Albania*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 4, 2015, 1 ss.

⁹⁵ For Albania and Republic of North Macedonia, June 2019.

consists in the form of additional funding provided through state resources» and «projects supported by the EU European Territorial Cooperation programme»⁹⁶.

The mentioned proposal looks at the future of the political choices both of the European Union and of the member States. It has the fundamental purpose of improving the possible interactions between the funds directly provided by the European Union and the State aid rules. Following the presentation of the multiannual financial framework⁹⁷, the Commission considers that there are margins to give greater flexibility and fluidity in the use of these instruments. There are funds provided by the European Union not subject to State aid rules. Any additional resources provided by the member States must be granted in compliance with article 107 TFUE.

The same reasoning can take place with regard to the Structural Funds for the part financed by the States, which is also subject to State aid rules. This new proposal for exemption from prior notification will encourage the development of significant projects in fields that are very important for the whole Union. Just think of research and development (probably the most effective instrument form implementing a common European policy), territorial cooperation (one of the most important objectives for achieving social cohesion at European level) and the implementation of the InvestEU fund (the ambitious programme that will try to bring together European funding in terms of loans and guarantees in a single project, considered a flywheel for social innovation).

⁹⁶ European Commission, *Proposal for a Council Regulation amending Council Regulation (EU) 2015/1588 of 13 July 2015 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of horizontal State aids*, 6.6.2018, COM(2018) 398 final.

⁹⁷ European Commission, *Communication from the Commission. A Modern Budget for a Union that Protects, Empowers and Defends. The Multiannual Financial Framework for 2021-2027*, 2.5.2018, COM(2018), 321 final.

An overview of the main issues set forth in the Notice on the notion of State aid: a new “code of conduct” for the States

The essay reconstructs the main content of the Communication on State aid, analyzed in the light of the Commission’s experience and the case-law of the European Court of Justice. Both the continuity and the innovative profiles are highlighted, also considering the whole legal framework.

Uno sguardo sulle principali questioni trattate dalla Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato: un nuovo “codice di condotta” per gli Stati

L’articolo si propone di ricostruire gli aspetti più significativi della Comunicazione europea sugli aiuti di Stato, esaminata alla luce degli orientamenti della Commissione e della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Tenuto conto del complessivo quadro giuridico di riferimento, ne sono stati evidenziati i profili sia di continuità che di innovazione.

Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica

Giuseppe Andrea Primerano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'onere di motivazione analitica in ordine ai vincoli di scopo. – 3. Oneri di motivazione analitica e principi di buona amministrazione. – 4. L'obbligo di consultazione pubblica imposto agli enti locali. – 5. Il controllo della Corte dei conti e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il processo di riforma indotto dall'art. 18 della l. 7 agosto 2015, n. 124, rinviene nella disciplina recata dall'art. 5 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (d'ora in avanti anche t.u.), sugli oneri di motivazione analitica, indicazioni essenziali a proposito del "diritto di esistere" delle società pubbliche, nell'ottica di un intervento dichiaratamente volto all'efficiente gestione delle partecipazioni detenute dallo Stato azionista, alla tutela e alla promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e alla riduzione della spesa pubblica¹. Ciò anche attraverso una migliore regolazione dei confini tra pubblico e privato, in base al principio di proporzionalità delle deroghe al diritto comune², e mediante la diminuzione complessiva del numero delle società partecipate.

¹ Art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016.

² Sul punto cfr. M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 96, il quale sottolinea che le deroghe al diritto comune, per essere giustificate, devono apparire necessarie e adeguate, «il che potrebbe condurre ad una maggiore valorizzazione della disciplina privatistica». In tale apparato concettuale merita ricordare che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del t.u. «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». L'eterogeneità del panorama delle società a partecipazione pubblica attive al tempo dell'entrata in vigore della c.d. legge di riforma Madia costituisce un'evidenza che il testo unico sembra tenere in sufficiente considerazione. Come evidenziato da B.G. Mattarella, *Presentazione*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, XV, il d.lgs. n. 175/2016 è costruito intorno a una distinzione fondamentale, quella fra le società controllate dalle amministrazioni pubbliche e le società mera-

Con il potenziamento dell'*iter* argomentativo teso a illustrare la decisione delle amministrazioni di ricorrere al modello sociale si è voluto rimarcare il consolidamento della componente pubblicistica in relazione all'avvio (*rectius*: all'esistenza) della dinamica societaria, in conformità alle previsioni dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, sul divieto di costituzione o di permanenza dell'azionariato pubblico, riguardanti sia le società controllate da amministrazioni, sia le società meramente partecipate da esse.

Acquisito che l'opzione di un ente pubblico in ordine al modulo organizzativo da utilizzare rappresenta il risultato di una scelta³, il legislatore ha inteso scandire con maggiore dettaglio i momenti del procedimento indirizzato in tal senso. E lo ha fatto assegnando decisiva importanza al binomio diritto-economia, al precipuo scopo di stimolare un progressivo ridimensionamento dell'intervento pubblico diretto nel mercato⁴.

In tale prospettiva, il tema della razionalizzazione passa anche attraverso la valorizzazione delle disposizioni sugli oneri di motivazione analitica⁵, le quali

mente partecipate da esse: «da maggior parte delle disposizioni relative alle società si applicano solo alle prime, ma le disposizioni relative agli azionisti pubblici [ivi incluse quelle degli artt. 4 e 5] si applicano anche alle partecipazioni nelle seconde. Vi sono comunque, nella disciplina del Testo Unico, diverse gradazioni di pubblicità, come dimostrato dalle speciali disposizioni applicabili per un verso alle società *in house*, che sono soggette a una disciplina un po' più intensa e a maggiori deviazioni rispetto al diritto privato, e per un altro verso alle società miste, che sono soggette a una disciplina un po' meno intensa e a minori deviazioni». In relazione alla novella recata dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, per un inquadramento, cfr. H. Bonura, G. Fonderico, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 722 ss.; ivi G. Caia, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, 2017, 601 ss.; C. D'Aries, S. Gliniansky, T. Tessaro, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Rimini, 2016; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Assago, 2016; M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, 521 ss.; AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, voll. I-II, Giapeto, 2016; W. Giulietti, *Le partecipazioni pubbliche societarie tra razionale e reale alla luce del nuovo T.U. n. 175 del 2016 e del suo correttivo. Il caso delle partecipazioni universitarie*, in *www.giustamm.it*, 2017; A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di N. Longobardi, 2017, 189 ss.; B.G. Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.; AA.VV., *Il testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. Meo, A. Nuzzo, Bari, 2016; AA.VV., *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, a cura di M. Meschino, A. Lalli, Roma, 2016; A. Zito, *Il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica: per un primo inquadramento sistematico delle novità più rilevanti*, in *www.giustamm.it*, 2016.

³ In particolare, M. Nigro, *Lineamenti generali*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato - A. Barbera, vol. III, Bologna, 1994, 731 s., parla di privatizzazione «di secondo grado» per descrivere il fenomeno consistente nella creazione di soggetti privati quali possono, ad esempio, essere le società a partecipazione pubblica: circa la natura della scelta amministrativa indirizzata in tal senso – osserva l'Autore – «mi pare che non ci possa essere dubbio che si tratti di una scelta tipicamente "organizzativa": scegliere se usare il diritto privato o il diritto pubblico significa anzitutto stabilire "come organizzare" la propria azione. Da ciò consegue che la scelta appartiene al diritto pubblico ed è per ciò assoggettata alla disciplina dell'art. 97».

⁴ Cfr., in questo senso, M. Meschino, A. Lalli, *La nuova normativa sulle società partecipate e sui servizi pubblici locali di interesse economico generale: uno sguardo d'insieme*, in *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, cit., 15.

⁵ Come ricorda F.G. Scoca, *Il provvedimento*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 288 s., «l'esternazione dei motivi, consistente nella indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, viene denominato motivazione». Sulla motivazione, per tutti, G. Ber-

chiamano in causa il concetto di “stretta indispensabilità” dell’opera di produzione di beni o servizi da parte di società a partecipazione pubblica per il perseguimento degli scopi istituzionali dell’ente.

Nel ripercorrere le principali tappe che hanno condotto alla loro emanazione, il presente contributo si propone di verificare potenzialità e limiti dell’attuale assetto di regole, le quali cristallizzano notevoli appesantimenti procedurali dovuti anche all’intervento di autorità esterne quali la Corte dei conti e l’Autorità garante della concorrenza e del mercato. L’indagine, inoltre, favorirà alcune riflessioni di ordine più generale in merito alla dimensione assegnata dal nuovo testo unico alle società partecipate nel quadro della costante riforma dell’amministrazione pubblica italiana.

2. *L’onere di motivazione analitica in ordine ai vincoli di scopo*

La scelta di orientare la riforma verso l’obiettivo della razionalizzazione, anzitutto normativa, è sintomatica della centralità attribuita dalla legislazione al settore delle società a partecipazione pubblica.

È significativo che nel parere del 21 aprile 2016, n. 968, reso sullo schema di testo unico, il Consiglio di Stato – premesso che la delega di cui all’art. 18 della l. n. 124/2015 risulta inserita «in una legge di più ampio respiro, dedicata ad una profonda riforma della pubblica amministrazione, di cui la qualità della regolazione costituisce un aspetto fondamentale per la competitività del Paese, per l’effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, per l’efficienza delle pubbliche amministrazioni e per l’andamento dei conti pubblici» – abbia riconosciuto l’esigenza di ricondurre a sistema la legislazione vigente al fine di assicurare precisi punti di riferimento a tutela degli utenti, del mercato e degli operatori, sottolineando che l’efficacia e la certezza delle regole è strumentale a un miglior utilizzo delle risorse pubbliche, al punto tale da «costituire un’importante leva economica di sviluppo del Paese in un contesto di crisi finanziaria».

gonzini, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; G. Corso, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 774 ss.; M.S. Giannini, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 257 ss.; V. Mazzarelli, *Motivazione*, II) *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; Id., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 683 ss. Più di recente, cfr. gli approfondimenti svolti da F. Cardarelli, *Art. 3*, in AA.VV., *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 374 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, 2013, 43 ss. e 97 ss.; B. Marchetti, *Il principio di motivazione*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 521 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 202 ss.; S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, 177 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 269 ss.

In tale apparato concettuale, l'art. 5 del t.u. detta una specifica disciplina degli oneri motivazionali relativi alla delibera in cui si sostanzia la scelta di costituire società a partecipazione pubblica, ovvero di acquisire partecipazioni, anche indirette, in società esistenti, ad eccezione dei casi in cui la costituzione della società o l'acquisto della partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge.

La rubrica originaria dell'art. 5 recava la dizione «oneri di motivazione analitica e obblighi di dismissione», ma il riferimento a detti obblighi è stato espunto dal testo finale dell'articolo, poiché ritenuto incongruente col suo contenuto⁶.

La norma, che esplicitamente estende il proprio ambito di applicazione alle società a partecipazione mista, *ex art.* 17, ed è a sua volta richiamata dall'art. 18, comma 1, del t.u. relativo alla quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati, suddivide in vari momenti il procedimento finalizzato alla delibera di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni in società preesistenti.

Assume rilievo un provvedimento soggetto a precisi oneri di pubblicazione secondo quanto in generale disposto dall'art. 22, comma 1, lett. *d-bis*), del d.lgs. n. 33/2013⁷ e ulteriormente specificato dall'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016⁸ che, nella sostanza, dovrà sempre rispondere ai vincoli di scopo (e di attività) fissati dall'art. 4 del t.u.⁹, a mente del quale «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società» (comma 1).

Al fine di evidenziare l'autonomia del provvedimento in questione, nel richiamato parere sullo schema di testo unico, il Consiglio di Stato aveva segna-

⁶ Cfr., in particolare, le osservazioni della Commissione V Bilancio della Camera (condizione n. 11) e del Consiglio di Stato chiamato a esprimere parere sul testo unico, *sub art.* 5.

⁷ Introdotta dall'art. 21, comma 1, lett. a), n. 3, del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

⁸ V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 126, osserva che la previsione specifica di pubblicità di cui all'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016 è assorbita dal disposto generale dell'art. 22, comma 1, lett. *d-bis*), del d.lgs. n. 33/2013. La medesima previsione, peraltro, non è riprodotta dall'art. 8 del t.u. in riferimento all'acquisto di partecipazioni in società già costituite: tale lacuna – rileva, ancora, l'Autore – è «ampiamente colmata proprio grazie all'art. 22, comma 1, lett. *d-bis*), D.Lgs. n. 33/2013» (127).

⁹ Tale norma delinea un elenco «quasi chiuso» – data l'apertura di cui al comma 9 – di attività ammissibili. Nello specifico, le attività individuate dall'art. 4, comma 2, del t.u. sono le seguenti: a) produzione di servizi di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione di reti e impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici); c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica, ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 del predetto Codice; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

lato l'esigenza di chiarire «come la decisione dell'ente pubblico tesa a esternare le ragioni della costituzione di una società di capitali e la manifestazione di volontà diretta alla formale costituzione dell'ente siano contenuti in atti separati, essendone differente la natura e il conseguente regime di eventuale impugnabilità dinanzi a giurisdizioni diverse». Detta indicazione ha trovato successivo riscontro nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 175/2016, *sub* art. 5, dove viene precisato che l'atto deliberativo «ovviamente è diverso dall'atto costitutivo della società» e, analogamente, dal contratto di acquisto di partecipazioni in società già costituite.

La centralità del provvedimento oggetto di motivazione analitica, peraltro, trae significativa conferma nella circostanza per cui la relativa mancanza o invalidazione, riguardando una partecipazione essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale, può condurre all'applicazione dell'art. 2332 c.c.¹⁰.

Ciò posto, prima di esaminare i suddetti momenti disciplinati dall'art. 5 del t.u., è opportuno inquadrare la *ratio legis* per rendere maggiormente intelleggibili i successivi sviluppi.

È doveroso, allora, rimarcare che l'onere di motivazione analitica investe, in primo luogo, la necessità manifestata dalla p.a. di ricorrere alla forma societaria per il perseguimento di proprie finalità istituzionali. In tale prospettiva, l'art. 4 del t.u. si riferisce ad attività aventi tutte rilevanza pubblicistica: servizi pubblici, opere pubbliche, attività strumentali all'esercizio di funzioni amministrative, servizi di committenza, con esclusione, quindi, delle attività di impresa in quanto tali¹¹.

La logica normativa risiede nel presupposto divieto di istituire e/o conservare partecipazioni pubbliche in società di capitali, nella dichiarata visione di migliorare la tutela e la promozione della concorrenza. La società a partecipazione pubblica non va costituita o, se esiste, va restituita al mercato, ogniqualvolta la produzione di beni e servizi non si presenti strettamente necessaria per il perseguimento degli scopi istituzionali dell'ente¹².

Non serve ripercorrere tutte le tappe che hanno condotto all'emanazione del d.lgs. n. 175/2016 per comprendere quale fosse il clima di sfiducia in ordi-

¹⁰ Sul punto cfr. G. Piperata, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, cit., 26, il quale ricorda che l'atto deliberativo *de quo* è fondamentale «non solo nella fase di avvio della dinamica societaria, ma anche per effettuare scelte importanti durante la vita della società (come, ad esempio, le modifiche dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; la trasformazione della società o il suo trasferimento all'estero; la revoca dello stato di liquidazione: art. 7, c. 7)». È opportuno rammentare che, nel caso di quotazione di azioni o di altri strumenti finanziari in mercati regolamentati, tale atto deliberativo prevede, inoltre, uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata (art. 18, comma 1, del t.u.).

¹¹ Così B.G. Mattarella, *Presentazione*, cit., XIV.

¹² In questi termini si esprime A. Police, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa: quale dimensione finanziaria per le Società a partecipazione pubblica?*, Relazione tenuta nell'ambito del Corso Monografico SPISA 2017, 8.

ne all'impiego che le amministrazioni, soprattutto locali, hanno fatto del modello societario¹³, spesso utilizzato per eludere regole e controlli sull'uso di risorse pubbliche¹⁴. Per inquadrare il contesto nel quale si inserisce la legge delega n. 124/2015 e decifrare quale gravoso impatto sulla finanza pubblica ha determinato l'incremento esponenziale del numero di società partecipate, è sufficiente richiamare l'attenzione su alcuni passaggi del piano predisposto nell'agosto 2014 dall'allora commissario straordinario alla *spending review* che auspicava «una strategia di riordino con l'obiettivo di ridurre il numero delle partecipate [locali] “da 8.000 a 1.000” nel giro di un triennio, di favorirne l'aggregazione e lo sfruttamento di economie di scala e, anche per questa via, di migliorarne l'efficienza, con benefici per la finanza pubblica (i possibili risparmi a regime sono stimati in almeno 2-3 miliardi) e per la qualità dei servizi offerti».

Il principale scopo della legge di riforma Madia, dunque, è quello di razionalizzare un settore riguardato negli anni da molteplici, ma disordinati, interventi per lo più volti, senza un effettivo disegno di politica industriale, a perseguire obiettivi dettati da specifiche contingenze e, per tale via, favorire la progressiva riduzione delle società partecipate mediante il ridimensionamento dell'intervento pubblico nel mercato¹⁵.

¹³ L'idea alla base del processo di privatizzazione delle attività economiche della p.a. è quella secondo cui l'adozione di forme giuridiche privatistiche, e dunque il riconoscimento di una maggiore autonomia tecnico-operativa, è funzionale all'esigenza di implementare la gestione dei servizi pubblici in termini di economicità, efficacia ed efficienza. Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica, a seguito dei processi di privatizzazione, ha rappresentato oggetto di ampi studi, anche monografici: G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016; M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; C. Ibba, *Le società “legali”*, Torino, 1992; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; M.G. Roversi Monaco, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società: considerazioni critiche*, Torino, 2004; F. Santonastaso, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica: la governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012. Si segnalano, inoltre, i contributi raccolti in C. Brescia Morra, G. Meo, A. Nuzzo, *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, volume monografico della Rivista *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2/2015; M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; D. Di Russo, *Manuale delle Società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, 2015; M. Macchia, *Le società a partecipazione statale*, Rapporto Irpa n. 1/2015, Napoli, 2015; F. Guerrero, *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011.

¹⁴ Cfr. F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 62 ss.

¹⁵ Dagli anni novanta ad oggi l'unica costante sembra essere rappresentata dall'incremento del numero di società a partecipazione pubblica, attive soprattutto a livello locale: ciò è avvenuto anche mediante la trasformazione di aziende speciali, consorzi e istituzioni. Un notevole impulso alla trasformazione di aziende speciali e consorzi in s.p.a. si è avuto per effetto delle disposizioni dell'art. 17, commi da 51 a 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Bassanini *bis*). Sullo “stato di salute” delle partecipate locali, con argomentazioni che consentono,

È quanto emerge dall'art. 18, comma 1, lett. b), ed m), n. 3, della l. n. 124/2015 e, più in generale, alla luce dell'affollato panorama di norme stratificate¹⁶ prima dell'emanazione del testo unico¹⁷, fra le quali, ai nostri fini, è doveroso menzionare l'art. 3, comma 28, della l. n. 244/2007, a mente del quale l'assunzione da parte di amministrazioni di nuove partecipazioni, ovvero il mantenimento delle partecipazioni già possedute, avrebbe dovuto essere autorizzato dall'organo competente «con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27». Una norma, quest'ultima, improntata alla medesima logica utilitaristica che conforma l'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, benché subordinasse l'azionariato pubblico alla mera circostanza che si trattasse di società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi «strettamente necessarie» per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, salva la possibilità per l'ente di costituire o, comunque, partecipare in società produttive di servizi di interesse generale¹⁸, presumendosi in tal caso lo scopo pubblico della partecipazione e la compatibilità con i principi di tutela della concorrenza e del mercato.

altresì, di riflettere sulla capacità giuridica societaria della pubblica amministrazione, in un sistema multilivello, si veda F. Fracchia, voce *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009. In relazione all'esperienza delle società partecipate a livello locale, da ultimo, G. Astegiano, *Società pubbliche: insolvenza e responsabilità*, Assago, 2015; A. Vigneri, M. Sebastiani, *Società pubbliche e servizi locali*, Santarcangelo di Romagna, 2016; F. Verbaro, F. Massa Felsani, *Le società partecipate dagli enti locali tra tagli alle spese e processi di liberalizzazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016; A. Ziruolo, *Valore pubblico e società partecipate. Tendenze evolutive della performance*, Milano, 2016.

¹⁶ In particolare, a partire dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248). In relazione alla citata norma del c.d. decreto Bersani, cfr. D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008. Per una giurisprudenza utile a inquadrare la portata precettiva dell'art. 13 in questione, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, con nota di A. Di Leo, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 788 ss.

¹⁷ Per una ricognizione delle quali v. M. Bragaglia, *Art. 5*, in AA.VV., *Il testo unico sulle società pubbliche*, cit., 87 ss., che rileva come «l'azione del legislatore sia stata episodica, talvolta incoerente e spesso inefficace». Gli interventi legislativi hanno avuto ad oggetto, fra l'altro, la ridefinizione del numero dei membri degli organi sociali (in tale prospettiva è possibile ricordare l'art. 1, comma 729, della l. 27 dicembre 2006, n. 269, l'art. 6, comma 5, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, l'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) e dei relativi compensi (art. 1, commi 725 ss., della l. n. 269/2006, art. 3, comma 32-*bis*, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 6, comma 6, del d.l. n. 78/2010, art. 23-*bis*, comma 5-*bis*, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, art. 4, comma 4, del d.l. n. 95/2012), il riferimento a parametri di qualità e prezzo forniti dalla Consip s.p.a. per l'acquisto di beni e servizi (art. 1, commi 465 e 734, della l. n. 269/2006, art. 3, commi 15 e 32-*bis*, della l. n. 244/2007), ecc. Da ultimo, i commi 611 e 612 dell'art. 1 della l. 23 dicembre 2014, n. 190, «al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato», hanno previsto un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute dalle amministrazioni ivi individuate (anche) in considerazione dei criteri e delle condizioni fissate dalle medesime norme (si ritornerà sul punto *infra* § 5).

¹⁸ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 175/2016, tale espressione fa riferimento alle «attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da

L'evoluzione conseguita all'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, quindi, è percepibile sia sotto il profilo dell'estensione dell'ambito di applicazione del vincolo di scopo anche alle partecipazioni indirette, sia sotto il profilo dei vincoli di attività, delineando un approccio decisamente restrittivo in relazione alle partecipazioni pubbliche.

L'art. 3, comma 28, della l. n. 244/2007¹⁹ non individuava in termini generali quale fosse l'organo competente all'adozione della delibera di autorizzazione, né venivano contemplati specifici oneri motivazionali da rispettare, essendo le disposizioni plasmate sulla falsariga dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Le carenze rilevanti nel primo senso predetto sono state colmate per effetto dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016²⁰, ma ciò che qui importa maggiormente evidenziare sono le analogie fra il suddetto art. 3, comma 28, e l'art. 5 del t.u., le quali affiorano anche sotto un diverso, benché connesso, piano rispetto a quello poc'anzi considerato.

Infatti, la delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007 avrebbe dovuto essere «trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti». Come si vedrà, in senso analogo si è orientato il legislatore delegato al riordino della disciplina in materia di partecipazioni pubbliche, nonostante il grado di dettaglio delle nuove disposizioni superiori di gran lunga il contenuto di quelle previgenti.

Ciò trae puntuale conferma sotto l'aspetto degli oneri di motivazione analitica cui si riferisce l'art. 5 del t.u., proiettati, innanzitutto, a chiarire l'esigenza dell'amministrazione di servirsi di una società per il perseguimento dei propri scopi istituzionali. Il potenziamento degli oneri motivazionali attinenti all'opzione socie-

garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale», a loro volta definiti dalla successiva lett. i) come quei «servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato». All'infuori dei casi di «errore manifesto» (cfr. Trib. primo grado, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *British United Provident Association Ltd e altri c. Commissione*), il diritto europeo riserva agli Stati membri ampia discrezionalità in ordine all'individuazione della tipologia di prestazioni da inserire nell'ambito dei S.I.E.G., ma impone il rispetto di precisi requisiti, nella fase del finanziamento, per assicurare proporzionalità fra entità degli obblighi e misura della compensazione: cfr. Corte giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Almark*, e il c.d. pacchetto *Almunia* del 2011. In tema, fra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.; M.P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, Id. (a cura di), Milano, 2013, 189 ss.; F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. UE*, 2006, 453 ss.; R. Ferrara, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di Stato e principi dell'Unione europea in materia di concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2013, 321 ss.; G. Hermes, *La disciplina europea dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Battini, G. Vesperini, Milano, 2006, 113 ss.; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 211 ss. e 377 ss.; D. Sorace, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.

¹⁹ Abrogato dall'art. 28, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 175/2016.

²⁰ La medesima griglia di regole riguarda ai sensi dell'art. 8, comma 1, del t.u. le operazioni, anche mediante sottoscrizione di aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, che comportano l'acquisto di partecipazioni in società esistenti.

taria – salvi i casi in cui la costituzione della società o l'acquisto della partecipazione avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge, anche regionali – deve essere inquadrato in questa logica: affinché la partecipazione pubblica sia consentita, lo svolgimento di quella specifica attività, mediante quella determinata società, perché pure la scelta del modello societario è rilevante, deve apparire imprescindibile²¹; il che, come si capisce, non dovrebbe accadere troppo di frequente²².

A tale stregua, pare inevitabile che uno degli esiti del processo di riforma in atto sarà rappresentato dalla necessaria semplificazione dei modelli societari, giacché quanto si restituisce al mercato progressivamente esce dal novero delle società a partecipazione pubblica, quanto rimane nella sfera pubblica diviene sempre più riconducibile all'*in house* e, quindi, al modello dell'ente pubblico²³.

Solo in tale prospettiva, se si pone mente alla complessità manageriale che di regola governa le realtà societarie, possono comprendersi norme come l'art. 13, comma 1, secondo cui, nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dal diritto comune, ossia dall'art. 2409 c.c., ciascuna amministrazione socia, indipendentemente dall'entità della relativa partecipazione, è legittimata a denunciare gravi irregolarità al tribunale, ovvero l'art. 11, comma 2, sulla regola dell'amministratore unico nelle società a controllo pubblico.

Norme di questo tipo sono sintomatiche della prevalente vocazione "sociale" assegnata dal testo unico alle società pubbliche, a scapito della loro dimensione gestionale, finanziaria e di mercato. In tale prospettiva, le società a partecipazione pubblica divengono sempre più configurabili come società di scopo costituite o preservate al fine di ottenere un apporto privato per realizzare una certa operazione. Tutto ciò, in linea all'obiettivo di ridefinire la disciplina, le condizioni e i limiti per la costituzione di società, ovvero per l'assunzione e/o il mantenimento di partecipazioni in società esistenti entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, sembrerebbe a prima vista coerente allo scopo di razionalizzare e ridurre le partecipazioni pubbliche «secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità» ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. b), della l. n. 124/2015.

²¹ Sul punto cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, con commenti di G. Bottino, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1606 ss., L. Lombardi, *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, in *Urb. app.*, 2009, 942 ss., che ha riconosciuto la legittimità costituzionale, fra l'altro, dell'art. 3, comma 27, della l. n. 244/2007.

²² In questi termini si esprime C. Ibba, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Studi in onore di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 358.

²³ In tal senso, si veda A. Police, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa*, cit., 20.

3. *Oneri di motivazione analitica e principi di buona amministrazione*

L'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni in società esistenti, in secondo luogo, deve evidenziare le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, anche in riferimento alla possibilità di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. In ossequio al criterio di cui alla legge delega poco sopra richiamato, la motivazione deve riguardare la compatibilità di tale scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa²⁴, i quali rappresentano corollari ineludibili del principio di buon andamento – o buona amministrazione per riprendere la terminologia impiegata dall'art. 41 della Carta di Nizza – cristallizzato nell'art. 97, comma 2, Cost. e, in definitiva, di quanto costituisce l'ultima declinazione del principio di legalità: la c.d. legalità di risultato²⁵.

In passato, un certo indirizzo ha sostenuto l'applicabilità del principio di buon andamento con esclusivo riguardo all'organizzazione dei pubblici uffici²⁶. Che si tratti di un principio rilevante pure sul piano dell'azione²⁷ è ormai pacifico, giacché i summenzionati criteri di efficienza, efficacia ed economicità sono stati assunti dal legislatore alla stregua di canoni di condotta vincolanti l'amministrazione per il perseguimento di finalità determinate *ex lege*²⁸.

La versione originaria dell'art. 5, comma 1, prevedeva, altresì, oneri di motivazione analitica in ordine alla «possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate». Questo riferimento è stato espunto dall'art. 6, comma 1, lett. b), del d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, mentre, in fase di emanazione del testo

²⁴ Con specifico riguardo ai criteri di economicità, efficacia ed efficienza, da ultimo, v. A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 40 ss.

²⁵ Cfr., per tutti, M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, oltre alla raccolta di contributi in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti di convegno. Palermo, 27-28 febbraio 2003), a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004.

²⁶ Si veda, in particolare, M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 67 ss. Cfr., inoltre, G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 59 ss.

²⁷ In questo senso, si veda già E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 4 ss., cui *adde* P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, 157 ss.

²⁸ Cfr., in questo senso, A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, cit., 208. Sull'esigenza di rintracciare una specifica valenza funzionale del principio di buon andamento, in grado, per la sua portata, di coinvolgere sia i privati cittadini che le pubbliche amministrazioni, si veda R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31 ss., il quale si sofferma sulla perdurante contrapposizione tra "forma" e "sostanza", ossia tra legalità in senso formale e legalità c.d. sostanziale, al fine di analizzare i principali istituti di semplificazione amministrativa di cui alla l. n. 241/1990, s.m.i., in una prospettiva tesa a dare adeguato risalto al concetto di "amministrazione di risultato" e al principio del giusto procedimento, «nel quale si coniugano e si presuppongono reciprocamente i valori e le regole "istituzionali" della legalità/legittimità e del buon andamento, quasi componendosi, in questo modo, l'antitesi tra *Forma e Sostanza*» (72-73).

unico, il Governo non aveva accolto la proposta della Conferenza unificata indirizzata in tal senso, reputando siffatta previsione un'opportuna precisazione concernente la struttura della norma in esame.

Sebbene tale espunzione sembri attenuare l'analiticità della motivazione²⁹, è possibile osservare che se il correttivo apportato dal d.lgs. n. 100/2017 ha inciso sulla forma, la sostanza dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 rimane intatta.

L'impressione è quella di trovarsi al cospetto di una norma la cui rubrica mira semplicemente ad attenuare l'imposizione di un pesante disincentivo alla costituzione di nuove società o al mantenimento di partecipazioni in società esistenti. Se ne trae conferma sia nell'esplicito riferimento ai richiamati principi di buona amministrazione, sia nelle ulteriori prove di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, che giungono a ricomprendere aspetti relativi alla gestione diretta o esternalizzata del servizio, sia nella necessaria compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina in materia di aiuti di Stato alle imprese, sia, conseguentemente, nel previsto intervento della Corte dei conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Occorre, dunque, che l'ente pubblico svolga un'accurata analisi tecnica dell'operazione dalla quale emerga la compatibilità della scelta di costituire una società, o di acquisire una partecipazione, con le declinazioni del principio di buon andamento, oggi rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione dell'obbligo di equilibrio di bilancio per tutte le amministrazioni, ai sensi degli artt. 81, 97 e 119 Cost., come novellati dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1³⁰.

²⁹ E, secondo la Commissione speciale del Consiglio di Stato, 14 marzo 2017, n. 638, potenzialmente legittimare operazioni di acquisto presso terzi di partecipazioni che, pur essendo in astratto conformi a criteri economici, risultano discriminatorie nella misura in cui la p.a. potrebbe favorire un potenziale venditore al posto di un altro.

³⁰ Come è noto, la crisi dei debiti sovrani ha portato, nel marzo 2012, all'adozione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal compact*), entrato in vigore il 1° gennaio 2013, volto a rafforzare la disciplina di bilancio degli Stati firmatari. In tale contesto di crisi, è possibile inquadrare l'adozione da parte del Consiglio europeo, nel dicembre 2008, di un piano di rilancio economico, e la successiva istituzione di un meccanismo di stabilizzazione finanziaria che include due segmenti: il Meccanismo europeo di stabilità finanziaria, istituito con Reg. UE del Consiglio n. 407/2010, dell'11 maggio 2010, e il Fondo europeo di stabilità finanziaria, istituito in data 9 maggio 2010 (da quando è stato creato il Meccanismo europeo di stabilità, nell'ottobre 2012, il FESF non fornisce più assistenza finanziaria). A tali misure ha fatto seguito l'adozione di un pacchetto di cinque regolamenti (Reg. nn. 1173/2011, 1174/2014, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011) e una direttiva (Dir. 2011/85/UE), c.d. *Six Pack*, atti a incidere su regolamentazione e sorveglianza del bilancio dei singoli Stati, al fine di prevenire, ed eventualmente correggere, squilibri macroeconomici eccessivi. La direttiva del Consiglio 2011/85/UE, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri nazionali di bilancio degli Stati membri, fra l'altro, ha enucleato regole numeriche specifiche per Paese espresse sotto forma di indicatore sintetico dei risultati di bilancio (come il disavanzo pubblico, il fabbisogno, il debito o una delle relative componenti principali), dispositivi di monitoraggio e analisi deputati a rafforzare la trasparenza, meccanismi e regole di coordinamento delle relazioni fra amministrazioni pubbliche. L'Ita-

In tale prospettiva, la Corte dei conti ha chiarito che le delibere di assunzione o il mantenimento di partecipazioni, in ossequio al principio di legalità finanziaria che conforma l'azione amministrativa, devono tenere conto – e, conseguentemente, dare atto nelle motivazioni – della situazione economico-patrimoniale in cui versa la società³¹, anche per evitare l'accettazione di rischi concernenti attività meramente imprenditoriali e non rispondenti alle vocazioni istituzionali dell'ente³².

Sotto tale aspetto, si è già avuto modo di osservare che l'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016 ridefinisce in senso restrittivo l'approccio verso le partecipazioni pubbliche. Ed è altrettanto significativa l'evoluzione della giurisprudenza contabile concernente la contestazione agli amministratori locali del danno discendente dall'abuso del ricorso al modello societario³³ per l'assolvimento delle competenze proprie dell'ente di appartenenza³⁴.

La decisione di costituire una società, inevitabilmente, espone l'ente da un punto di vista economico-finanziario, potendo risultare notevoli i costi sul piano delle spese di costituzione, dei compensi degli organi e, più in generale, del funzionamento della società³⁵. Il discorso, ovviamente, non cambia con riferimento alla convenienza della scelta di continuare ad investire risorse in una compagine a mezzo di operazioni di capitalizzazione, spesso necessarie per fronteggiare continue perdite di esercizio.

Gli oneri di motivazione analitica relativi ai vincoli di scopo, quindi, si confondono con il percorso argomentativo rilevante sotto l'aspetto economico-finanziario, ma sono ad esso precedenti.

lia ha adempiuto agli obblighi imposti in sede europea con la l. cost. n. 1/2012 e con la successiva l. 24 dicembre 2012, n. 243. In relazione ai profili istituzionali del divieto di disavanzi eccessivi e del Patto di stabilità, v. G. della Cananea, *La disciplina giuridica delle finanze dell'Unione e delle finanze nazionali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 314 ss.; G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, 151 ss.; R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 469 ss.

³¹ Sul punto cfr. Corte conti, Lombardia 263/2011/PRSE, la quale ha precisato che l'andamento della società non deve essere strutturalmente in perdita, attesa l'incompatibilità fra ricorso allo strumento societario e risultati economici sistematicamente negativi. Secondo Corte conti, Campania 143/2015/PRSE, la scelta di assumere o mantenere partecipazioni presuppone una «prodromica valutazione di efficacia ed economicità, quali corollari del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.».

³² In tal senso v. Corte conti, Lombardia 79/2016/VSG.

³³ A titolo esemplificativo, v. Corte conti, sez. giurisd., Friuli Venezia Giulia, 18 marzo 2009, n. 98, che ha disposto la condanna di alcuni amministratori al risarcimento del danno derivante dalla perdita del capitale sociale in conseguenza del fallimento della società partecipata dall'ente comunale.

³⁴ Dal principio di insindacabilità nel merito (sul punto cfr. Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2006, n. 4582) delle scelte politiche, in sede legislativa, e di quelle discrezionali, in sede amministrativa, non può farsi discendere un esonero totale dalla responsabilità amministrativo-contabile a fronte di atti adottati in violazione o elusione del mandato ricevuto. Sono, quindi, censurabili dinanzi alla Corte dei conti quei comportamenti idonei a determinare una dilapidazione di risorse pubbliche suscettibili di cagionare danni patrimonialmente valutabili.

³⁵ Cfr. M. Minerva, *Danno derivante dalla cattiva gestione delle società a partecipazione pubblica (ovvero per una società pubblica "sincera")*, in *Riv. C. conti*, 2008, II, 390 ss.

Ha, parimenti, carattere “successivo” l’*iter* motivazionale deputato ad illustrare la compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e in particolare, come già accennato, con la disciplina sugli aiuti di Stato alle imprese a norma dell’art. 5, comma 2, del t.u.

A questo riguardo merita sottolineare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 106 e 345 TFUE, il diritto europeo non vieta la figura dell’impresa ad azionariato pubblico in quanto tale³⁶, bensì normative di privilegio idonee a impattare sui principi di concorrenza³⁷, che perseguono il fine di assicurare la «libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 26, par. 2, TFUE). A tale stregua è possibile intendere sia gli obblighi di trasparenza imposti nelle relazioni finanziarie fra Stati membri e proprie imprese³⁸, sia il divieto, salvo deroghe contemplate dai trattati, di aiuti di Stato *ex art.* 107, par. 1, TFUE, secondo cui «sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza»³⁹.

³⁶ Nel contesto giuridico europeo – dove è fatto divieto, non è superfluo rimarcarlo, agli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, con particolare riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogare aiuti di Stato – operano numerose imprese ad azionariato pubblico, anche prevalente, nel rispetto del principio di concorrenza. Tale circostanza è stata posta in adeguato risalto da Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, con nota di S. Spuntarelli, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle università*, in *Urb. app.*, 2011, 1461 ss., che ha sottolineato l’esigenza di non confondere la costituzione di una società *in house*, configurabile come modello organizzativo neutrale rientrante nell’autonomia dell’ente pubblico, funzionale al perseguimento dei fini istituzionali dell’ente medesimo, con la costituzione di una società attiva sul mercato in concorrenza con operatori privati.

³⁷ Sul punto cfr. M. D’Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 184. Come ricordato dal Consiglio di Stato nel parere n. 968 del 2016 reso sullo schema di t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, la c.d. normativa *antitrust* – il concetto di “*antitrust*” risale al XIX secolo e, precisamente, alla circostanza che lo statunitense John T. Rockefeller utilizzava lo strumento del *trust* per aggirare le disposizioni del diritto americano che precludevano alle società per azioni di essere azioniste in altre società – è finalizzata ad evitare distorsioni della concorrenza provocate direttamente dagli operatori economici, ovvero dagli Stati membri per effetto della concessione di aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, alterino la parità di trattamento nel mercato interno. Ad essa si affiancano le previsioni concernenti la c.d. concorrenza nel mercato, ossia quelle misure di liberalizzazione proiettate a eliminare o, quanto meno, ridurre le barriere di accesso al mercato per assicurare, in un’ottica pro-concorrenziale, l’esercizio delle libertà fondamentali; donde, per un verso l’imposto divieto di monopoli o oligopoli legali, per altro verso il diritto degli Stati membri di derogare all’applicazione dei principi di libera concorrenza ove ciò possa ostacolare l’adempimento della *mission* affidata alle imprese, pubbliche o private, incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Con l’espressione “concorrenza per il mercato” si suole, invece, fare riferimento al complesso di regole relative alla scelta del soggetto che può erogare quella determinata prestazione di servizi, oggi delineate dal codice dei contratti pubblici emanato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

³⁸ Cfr. Dir. 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006.

³⁹ Il tema degli aiuti di Stato ha progressivamente assunto una posizione centrale nel quadro della politica europea in materia di concorrenza. In particolare, gli artt. 107 ss. TFUE rappresentano il risultato di una raffinata opera di bilanciamento tra tutela e promozione della concorrenza, da un lato, e salvaguardia di interessi a carattere generale, dall’altro, in una prospettiva improntata alla valorizzazione della “dimensione socia-

Nello specifico, la dizione «sotto qualsiasi forma» consente di includere nella nozione di “aiuto” attribuzioni di vantaggi che non si risolvono in semplici sovvenzioni dirette, designando «interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un’impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti»⁴⁰. Il concetto di “impresa” tende a ricomprendere qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica consistente nell’offerta di beni e servizi su un mercato aperto alla concorrenza⁴¹, a prescindere dallo *status* giuridico del soggetto erogatore e dalle sue modalità di finanziamento⁴². Ciò in conformità all’art. 345

le” del mercato unico *ex art. 3, par. 3, TUE*. Su tale evoluzione, K. Bacon, *European Union Law of State Aid*, Oxford, 3rd ed., 2017; AA.VV., *European State Aid Law*, a cura di M. Heidenhain, München, 2010; L. Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid*, Oxford, 2009, là dove si rinvencono approfondimenti volti a evidenziare l’esigenza di armonizzare la politica degli aiuti di Stato con le decisioni dell’OMC, le quali hanno assunto una crescente importanza nei confronti dell’economia e del commercio mondiale; AA.VV., *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, a cura di C. Schepisi, Torino, 2011, in una prospettiva tesa a mettere in adeguato risalto il ruolo della Commissione europea e gli sviluppi in materia di *public e private enforcement* che non manca di evidenziare i profili di criticità legati all’insufficienza delle misure deterrenti per le ipotesi di infrazione degli Stati membri. Da ultimo v. lo studio, svolto su richiesta della Commissione sul Controllo dei bilanci del Parlamento europeo, di P. Nicolaides, *State Aid and EU funding: Are they compatible?*, in *www.astrid-online.it* (aprile 2018).

⁴⁰ Così già Corte giust., 23 febbraio 1961, causa C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. l’Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell’Acciaio*; più di recente v. Corte giust., 19 marzo 2013, cause riunite C-399/10 P e C-401/10 P, *Bouygues SA e Bouygues Télécom SA c. Commissione e altri*. In sostanza, la Corte di Giustizia, al fine di identificare erogazioni riconducibili alla nozione di “aiuto di Stato”, pone l’accento sull’effetto, anziché sulla forma, della misura attributiva di vantaggi economici: cfr. Corte giust., 29 aprile 1999, causa C-342/96, *Regno di Spagna c. Commissione*; Corte giust., 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione*; Corte giust., 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana s.r.l.*; Corte giust., 22 marzo 1977, causa C-78/76, *Steinike & Weinling c. Repubblica federale di Germania*. Anche in tempi recenti, la Corte di Giustizia ha avuto modo di sottolineare che possono essere considerati aiuti di Stato tutti gli interventi che, sotto qualsiasi forma, favoriscono direttamente o indirettamente determinate imprese, configurando un vantaggio economico che l’impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni di mercato normali (cfr. Corte giust., 9 ottobre 2014, causa C-522/13, *Ministerio de Defensa e Navantia SA c. Concello de Ferrol*). Così, il beneficio può consistere anche in una rinuncia di introiti pubblici (Trib. Primo grado, 17 dicembre 2008, causa T-196/04, *Ryanair*), ovvero essere direttamente conseguito non dall’impresa, ma dai suoi clienti (Corte giust., 28 luglio 2011, causa C-403/10, *Mediaset*).

⁴¹ L’aiuto di Stato, cioè, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza: cfr. Corte giust., 21 dicembre 2016, causa C-524/14, *Commissione c. Hansstadt Lübeck*; Corte giust., 21 dicembre 2016, cause riunite C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group SA e altri*. Nello specifico, è necessario verificare che l’aiuto sia idoneo a incidere sugli scambi e falsare la concorrenza. Quando uno Stato membro concede un aiuto, infatti, l’attività dell’impresa può risultarne mantenuta o incrementata, con conseguente diminuzione delle opportunità per le imprese stabilite in altri Stati di introdursi nel mercato di tale Stato membro (Corte giust., 21 dicembre 2016, causa C-76/15, *Vervloet e altri c. Ministerraad*). In tale apparato concettuale, è bene ricordare che rappresentano servizi suscettibili di essere qualificati come “attività economiche” le prestazioni fornite normalmente dietro remunerazione, da intendersi come il corrispettivo economico della prestazione in questione (sul punto cfr. Corte giust., 11 settembre 2007, causa C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach*).

⁴² Corte giust., 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell’Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze e altri*; Corte giust., 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, *AOK*

TFUE, in base al quale i Trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

La disciplina europea sugli aiuti di Stato⁴³, pertanto, è riferibile sia alle imprese private che pubbliche⁴⁴, e il primo periodo dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016 costituisce una declinazione del principio di separazione fra attività di impresa e attività amministrativa, risultando finalizzato ad evitare che la compagine societaria possa sfruttare a scapito di altri operatori economici vantaggi che le derivino dall'essere partecipata da enti pubblici o, comunque, beneficiare di particolari agevolazioni⁴⁵.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ricondotto le disposizioni sulle società partecipate da regioni ed enti locali alla materia «ordinamento civile» perché proiettate a definire il regime giuridico di soggetti formalmente privati, alla

Bundesverband e altri; Corte giust., 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Repubblica Italiana; Corte giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser.

⁴³ Sulla nozione di "Stato", che consente di fare riferimento ad ausili concessi sia dal governo centrale, sia dagli enti territoriali o, comunque, designati e/o istituiti dagli Stati membri, Corte giust., 19 dicembre 2013, causa C-262/12, Association Vent De Colère! e altri; Corte giust., 16 dicembre 2010, causa C-482/99, Seydaland; Corte giust., 13 marzo 2001, causa C-379/98, Preussen Elektra AG c. Schlesweg AG; Corte giust., 7 giugno 1988, causa C-57/86, Repubblica ellenica c. Commissione; Corte giust., 14 ottobre 1987, causa C-248/84, Repubblica federale di Germania c. Commissione. Con riferimento all'imputabilità allo Stato di un aiuto adottato da un'impresa pubblica v. Corte giust., 16 maggio 2002, causa C-482/99, Repubblica francese c. Commissione ("Stardust Marine"), in base alla quale, per giungere ad affermare tale imputazione, possono essere considerati anche indizi quali «l'integrazione di tale impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi [...] un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta».

⁴⁴ In altri termini, come di recente affermato da Corte giust., 27 giugno 2017, causa C-74/16, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe, il carattere pubblico o privato dell'entità che esercita l'attività di cui trattasi non può influire sulla questione volta a stabilire se detta entità rivesta, o meno, la qualità di "impresa".

⁴⁵ F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 8, pone in evidenza che «eventuali finalità "pubblicistiche" (sociali, occupazionali, ecc.) alla base della partecipazione pubblica non possono in alcun modo fondare la legittimità della partecipazione "antilucrative" al capitale sotto il profilo degli aiuti di stato». D'altro canto, la «regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato» rappresentava una delle direttrici di cui alla legge delega n. 124/2015 (art. 18, comma 1, lett. l). Invero, già la disciplina delineata dall'art. 3, commi 27 e 28, della l. n. 244/2007, corroborata da alcune affermazioni della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost. n. 148 del 2009), si proponeva di «rafforzare la distinzione tra l'esercizio della attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione con effettivo carattere di strumentalità, configurandosi nei fatti quali mere modalità organizzative per l'esercizio di compiti tipici dell'Ente pubblico di riferimento) e l'esercizio della attività di impresa da parte degli enti pubblici, mirando altresì ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (Cons. St., ad. plen., n. 10 del 2011).

materia «tutela della concorrenza» onde evitare che soggetti muniti di privilegi istituzionali operino in mercati concorrenziali⁴⁶.

D'altro canto, è pur vero che la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime disposizioni statali che, imponendo a tutte le amministrazioni, comprese quelle regionali, di sciogliere o privatizzare società pubbliche strumentali, sottraevano loro la scelta relativa alle modalità di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi funzionali alle proprie finalità istituzionali, ledendone l'autonomia organizzativa⁴⁷.

Tale dato è stato richiamato anche in occasione del giudizio reso con la sentenza n. 251 del 2016, che, in riferimento alla denunciata violazione del principio di leale collaborazione, ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 18 della l. n. 124/2015 nella parte in cui «prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata». Infatti, l'intervento organico in materia di partecipazioni delle amministrazioni riguarda sia profili pubblicistici concernenti parametri organizzativi di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi, riconducibili alla competenza regionale, sia profili privatistici inerenti alla forma societaria e ad aspetti connessi alla tutela del mercato, di competenza statale.

Da qui l'affermata concorrenza di competenze disciplinata mediante l'applicazione del principio di leale collaborazione. Si può solo osservare di sfuggita che tale *revirement* della Corte, la quale applica ad un provvedimento legislativo un principio tradizionalmente impiegato in sede amministrativa, è sdrammatizzato dal limitato impatto della pronuncia, che non incide direttamente sul d.lgs. n. 175/2016, bensì rimanda a un successivo correttivo, attuato, ai sensi dell'art. 16, comma 7, della l. n. 124/2015, per effetto dell'emanazione del d.lgs. n. 100/2017.

4. *L'obbligo di consultazione pubblica imposto agli enti locali*

Solo per gli enti locali, il secondo periodo dell'art. 5, comma 2, del t.u. (come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 100/2017) prescrive la sottoposizione dello schema dell'atto deliberativo di cui al primo comma «a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate». Si

⁴⁶ Così, fra le ultime, la nota sentenza della Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251. Ai fini di un inquadramento, cfr. G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981 ss.; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229.

tratta di un passaggio procedurale obbligatorio imposto agli enti locali⁴⁸, comunque titolari del potere di regolamentare lo svolgimento della consultazione.

Simili previsioni non sono nuove nel panorama legislativo.

Una consultazione popolare per valutare la costituzione di partecipate rinvia un precedente già nella l. 29 marzo 1903, n. 103, la quale, a proposito delle municipalizzate, stabiliva all'art. 12 che «la deliberazione del consiglio comunale è sottoposta anche al voto degli elettori del comune, convocati con manifesto della giunta municipale da pubblicarsi almeno 15 giorni prima della convocazione. L'elettore vota pel sì o pel no sulla questione della assunzione diretta del servizio. Nel caso di risultato contrario alla deliberazione del consiglio comunale, la proposta di assunzione diretta del servizio non può essere ripresentata se non dopo tre anni, salvo che un quarto almeno degli elettori iscritti ne faccia richiesta nelle forme prescritte dal regolamento; ma anche in questo caso non dovrà esser trascorso meno di un anno dall'avvenuta votazione».

Un riferimento alla consultazione pubblica come strumento partecipativo a scelte di organizzazione amministrativa veniva, altresì, effettuato nel piano di razionalizzazione delle società partecipate redatto dal commissario straordinario alla *spending review* nel 2014. Si prevedeva infatti che, una volta acclarata l'effettiva rispondenza di una certa attività ai compiti istituzionali della p.a., si sarebbe dovuta valutare l'esigenza di costituire, a tale scopo, un'entità separata dall'amministrazione controllante e, in particolare, una società di diritto privato⁴⁹: si sarebbe, quindi, potuto richiedere un parere in proposito al M.E.F. o ad altra entità centrale, ovvero «procedere con una consultazione diretta della cittadinanza *on line*».

Anche in occasione del recente disegno di riorganizzazione amministrativa indotto dalla l. n. 124/2015, nel (decaduto) testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale si faceva riferimento a forme di consultazione telematica aventi ad oggetto «l'interesse pubblico generale che si intende soddisfare attraverso l'assunzione del servizio, le condizioni qualitative ed economiche da garantire, le modalità con le quali si intende perseguire l'interesse pubblico»⁵⁰.

Orbene, come evidenziato sia dal Consiglio di Stato che dalla Conferenza unificata, nei casi di costituzione o assunzione di partecipazioni societarie da parte degli enti locali, la sottoposizione dello schema deliberativo a forme di consultazione pubblica, inevitabilmente, determina un aggravamento procedimenta-

⁴⁸ Anche se non è agevole intendere le conseguenze di un suo eventuale mancato espletamento, come rileva pure G. Piperata, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma*, cit., 28.

⁴⁹ Specialmente trattandosi di partecipate strumentali e/o servizi privi di rilevanza economica, per i quali è diffusa la gestione diretta da parte dell'ente partecipante.

⁵⁰ Così l'art. 5, comma 3, del decaduto testo unico sui servizi pubblici locali, in base al quale la consultazione si sarebbe dovuta concludere con un documento attestante i risultati, in termini di partecipazione e di contenuto, della consultazione e l'indicazione delle ragioni dell'accoglimento, o meno, delle proposte.

le e – aspetto di non secondaria importanza nella logica di un testo unico – non garantisce uniformità d'azione. Per queste ragioni era apparso preferibile il ricorso all'emanazione di un decreto del Presidente della Giunta Regionale sulla falsariga dell'art. 4, comma 9, o di un d.P.C.M. adottato previa intesa in Conferenza unificata, analogamente a quanto stabilisce l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016 per la definizione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli amministratori delle società in controllo pubblico.

In attesa di riscontri pratici in ordine alle iniziative che gli enti locali riteranno effettivamente di intraprendere, stante l'ampia gamma di opzioni percorribili, è possibile formulare le seguenti note.

In primo luogo, l'obbligo degli enti locali di sottoporre lo schema deliberativo in questione a forme di consultazione pubblica non potrà considerarsi adempiuto per effetto di una sua mera pubblicazione: il secondo periodo dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016, infatti, rimanda a una specifica attività non confondibile con gli obblighi delineati dall'art. 22, comma 1, lett. d-*bis*), del d.lgs. n. 33/2013. In secondo luogo, nonostante il legislatore abbia ommesso ogni riferimento al riguardo, occorre riconoscere che dall'atto deliberativo di cui all'art. 5, comma 1, del t.u. dovranno emergere estremi e risultati della consultazione svoltesi sul relativo schema ai sensi delle previsioni in analisi.

5. *Il controllo della Corte dei conti e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

Come già segnalato in premessa, le regole dettate dall'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016 cristallizzano un aggravio del procedimento volto all'adozione dell'atto deliberativo di costituzione societaria, ovvero di acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società preesistenti pure per l'intervento di autorità esterne quali la Corte dei conti e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Diversamente da quanto previsto nello schema iniziale del testo unico, l'art. 5, comma 3, accogliendo sul punto le indicazioni della Conferenza unificata e della V Commissione Bilancio della Camera, stabilisce che la trasmissione di tale atto alla Corte dei conti avviene «a fini conoscitivi»⁵¹.

⁵¹ L'art. 5, comma 4, del t.u. – risultante dalle modifiche recate dall'art. 6, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 100/2017 – detta le seguenti regole di competenza, ai fini di quanto previsto dal comma 3: A) per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; B) per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; C) per gli atti degli enti assoggettati al controllo della Corte dei conti ai sensi della l. 21 marzo 1958, n. 259 (in relazione alla quale, *in primis*, cfr. V. Bachelet, *Il controllo della Corte dei Conti sugli Enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*, in *Giur. cost.*, 1958, 781 ss., cui *adde* G. Guarino, *Partecipazione dello Stato al capitale di enti pubblici*

Nello specifico, l'originaria formulazione dell'art. 5 disponeva che, prima dell'adozione dell'atto, l'amministrazione inviava lo schema deliberativo alla Corte perché questa fosse nella condizione, entro il termine perentorio di trenta giorni, di formulare rilievi circa il rispetto dei parametri delineati dal primo comma e la coerenza dello schema con il piano di razionalizzazione delle partecipazioni eventualmente adottato. Nel medesimo termine sarebbe stato possibile richiedere, per una sola volta, chiarimenti all'amministrazione interessata, con conseguente interruzione dei trenta giorni. Veniva, infine, precisato che l'atto deliberativo avrebbe dovuto essere motivato in considerazione dei rilievi formulati dalla Corte dei conti.

Le criticità di simili previsioni affioravano almeno su un duplice piano.

Innanzitutto, creava problemi l'inquadramento del controllo svolto dalla Corte dei conti, chiamata a valutare uno «schema di atto deliberativo» prima della sua adozione⁵². Difficile, allora, parlare di controllo preventivo, il quale incide sull'esecuzione di un atto perfetto; problematico ascrivere l'intervento della Corte all'esercizio di funzioni consultive, giacché quest'ultima, in materia di contabilità pubblica, non rende pareri su casi concreti.

Inoltre, la valutazione richiesta sembrava idonea a superare le attribuzioni della Corte dei conti. Infatti, a dispetto della precisazione secondo cui l'atto deliberativo avrebbe dovuto essere motivato in ragione dei rilievi eventualmente formulati, era indubbio che tale attività divenisse parte integrante del procedimento finalizzato all'adozione dell'atto medesimo, con conseguente partecipazione della Corte al processo decisionale dell'ente fin dal momento di predisposizione dell'atto, assunzione di responsabilità amministrativa attiva e possibili conflitti interpretativi fra giudice amministrativo e contabile, in caso di impugnative degli atti dinanzi al primo giudice.

La Conferenza unificata, fra l'altro, reputava concreto il rischio che le Sezioni deputate al vaglio degli atti deliberativi potessero assumere «posizioni differenziate e tra loro discordanti, come peraltro già avvenuto sia rispetto alle deliberazioni ricognitive delle partecipazioni possedute, assunte dagli enti ai sensi dell'art. 1, c. 611 l. n. 190/2014, sia rispetto ai giudizi di parifica dei rendiconti regionali».

Alla luce di ciò, la versione definitiva dell'art. 5, comma 3, del t.u. stabilisce che il coinvolgimento della Corte dei conti avviene «a fini conoscitivi» sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 3, comma 28, della l. n. 244/2007 e

e controllo della Corte dei Conti, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 189 ss.), è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi.

⁵² Ad avviso di A. Di Nunzio, E. De Carlo, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, a cura di M. Meschino, A. Lalli, cit., 73, alla luce della riforma del Titolo V della Carta, che ha fatto venir meno i controlli preventivi di legittimità sugli atti delle Regioni e degli enti locali, si sarebbero potuti finanche profilare problemi di costituzionalità.

in linea all'art. 1, comma 612, della l. n. 190/2014. In tal modo, il suo ruolo è ricondotto nell'alveo di una funzione di controllo scevra dalle implicazioni politico-amministrative poc'anzi segnalate; tuttavia, non si prefigura un ridimensionamento dei compiti istituzionali che essa sarà chiamata a svolgere nel rinnovato impianto di regole.

La trasmissione «a fini conoscitivi» in argomento consente di superare le criticità sottese all'originaria formulazione dell'art. 5 del t.u. e, al contempo, è funzionale alla verifica di coerenza che la Corte dovrà compiere in ordine ai piani di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche, ai sensi degli artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 175/2016. Peraltro, ove le amministrazioni avessero già adottato, a norma dell'art. 1, commi 611 e 612, della l. n. 190/2014, i piani operativi di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni direttamente o indirettamente possedute, con relativo invio alla competente sezione regionale di controllo, le implicazioni connesse alla trasmissione dell'atto deliberativo di cui all'art. 5, comma 1, del t.u. sarebbero di immediata percezione.

L'Autorità, nel rispetto dell'autonomia dell'ente di adottare l'atto in questione, conosciuti i relativi contenuti in base alla previsione *de qua*, potrebbe estendere la propria indagine ad aspetti concernenti la necessità di ricorrere alla forma societaria per il perseguimento di scopi istituzionali, ovvero le ragioni, anche sotto il profilo della convenienza economica, che hanno indotto l'ente a propendere per tale scelta. Le valutazioni della Corte andrebbero, quindi, a riguardare proprio la compatibilità della decisione della p.a. di costituire una società, o di acquisire una partecipazione in una società costituita, alla luce delle declinazioni del principio di buona amministrazione, anche sotto il profilo della sana gestione finanziaria⁵³.

La versione finale dell'art. 5, comma 3, del t.u. assicura una “circolarità”⁵⁴ nei controlli successivi della Corte⁵⁵, senza sminuire i poteri alla stessa riservati dall'ordinamento. Il processo di ricognizione delle partecipazioni pubbliche societarie, dunque, diviene occasione per analizzare profili di legittimità relativi alle partecipazioni medesime.

⁵³ In relazione al principio della “sana gestione finanziaria” come declinazione della buona amministrazione, in prospettiva europea, cfr. G. della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011, 44; *amplius v. Id.*, *La disciplina giuridica delle finanze dell'Unione e delle finanze nazionali*, cit., 289 ss.; G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 151.

⁵⁴ Così C. D'Aries, *Art. 5*, in C. D'Aries, S. Gliniansky, T. Tessaro, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, cit., 49.

⁵⁵ Il d.lgs. n. 175/2016 individua misure di intervento della Corte dei conti che assumono sempre la forma del generico controllo successivo: in sede di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni, in presenza di crisi d'impresa e di “soccorso finanziario”, in fase di adozione dei piani di revisione, periodica e straordinaria, delle partecipazioni.

Non si sottace che potrebbe ritenersi eccessiva l'idea che per assumere una scelta di politica economica o industriale, da parte dello Stato o di altro ente pubblico, essa debba essere motivata e sottoposta ad un simile controllo esterno svolto alla stregua di parametri di legittimità⁵⁶. Ad ogni modo, in linea ai propositi riformistici, l'auspicio⁵⁷ è che i margini di intervento della Corte dei conti, così come dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, siano sempre più limitati, se non altro in considerazione dei criteri restrittivi posti a presidio del ricorso delle amministrazioni al modello societario.

Ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016, l'amministrazione è difatti tenuta, ulteriormente, ad inviare all'AGCM l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisto della partecipazione, diretta o indiretta, in società già costituite con conseguente possibile esercizio del potere di impugnazione riconosciuto all'Autorità dall'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287⁵⁸, come noto, collegato alla natura del vizio che infrange regole di concorrenza⁵⁹.

L'attribuzione di questo potere all'*Antitrust* si colloca in un quadro di rinnovata attenzione rispetto ai processi di liberalizzazione. L'idea che la concorrenza sia la regola di funzionamento dei mercati che meglio contribuisce alla ricchezza delle nazioni e al benessere dei cittadini, del resto, è un risultato condiviso e fondamentale del pensiero economico, sin dalla teoria settecentesca della "mano invisibile".

⁵⁶ È quanto viene osservato da A. Police, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa*, cit., 12, il quale rileva che in questi casi non si pone un tema di legittimità o, meglio, un tema di legittimità, o meno, può porsi soltanto in relazione al carattere deviato di una scelta politica rispetto alle situazioni di fatto.

⁵⁷ Manifestato anche nella relazione tecnica di accompagnamento al d.lgs. n. 175/2016.

⁵⁸ Introdotto dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011, c.d. decreto "Salva Italia", convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011. Le questioni sottese alle disposizioni dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, sotto certi aspetti, ripropongono temi già posti dall'art. 3 del d.l. 8 marzo 1993, n. 54, che attribuiva al Procuratore Regionale presso la Corte dei conti il potere di ricorrere in via autonoma dinanzi al T.A.R. avverso atti e provvedimenti della p.a. in vista del buon andamento e dell'imparzialità della stessa, a tutela della legittimità dell'azione amministrativa. In relazione alla suddetta norma della legge italiana *antitrust*, cfr. F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza e mercato*, diretta da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, Milano, 2013, 107 ss.; ivi M. Clarich, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, 865 ss.; F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss.; M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust* (art. 35, d.l. 201/2011), in www.federalismi.it (14 dicembre 2011); ivi M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990* (6 giugno 2012).

⁵⁹ Un'interpretazione funzionale allo spirito dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990 – secondo cui «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato...» – suggerisce di procedere ad un'interpretazione lata della disposizione, per cui dovrebbero essere impugnabili tutti gli atti che violano la disciplina *antitrust*, le normative di liberalizzazione, quelle sulle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, quelle attinenti alla competitività e allo sviluppo del mercato.

L'operato dell'Autorità, che fino a tempi recenti si è mossa prevalentemente in un'ottica di tutela *ex post* attraverso l'esercizio di poteri repressivi, è destinata così a incidere altrettanto efficacemente sui processi di promozione anticipata della concorrenza, che richiede di essere pienamente tutelata non soltanto sul piano delle relazioni tra soggetti imprenditori, ma anche dalle ingiustificate restrizioni dei mercati derivanti dall'esercizio del potere pubblico.

Anche questa volta, come nel caso di trasmissione della delibera a fini conoscitivi alla Corte dei conti, l'invio dovrebbe avvenire subito dopo l'adozione dell'atto.

Pur non potendosi escludere interventi dell'AGCM in relazione ai piani di revisione straordinaria e di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, si può affermare con ragionevole certezza che i principali poteri di azione dell'Autorità – in una visione di tutela e promozione della concorrenza, cui rimanda già l'art. 1, comma 2, del t.u., in armonia col principio di neutralità concorrenziale – verranno esercitati a norma dell'art. 5, comma 3: ad esempio, qualora le delibere di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni in società costituite *travalichino* i vincoli di scopo e di attività fissati dall'art. 4 del t.u., ovvero laddove l'istituzione di una società *in house* avvenga senza il rispetto dei requisiti prescritti dalla normativa europea e nazionale. Anche sotto tale profilo emerge l'intento del legislatore di porre in stretta correlazione la scelta dell'amministrazione di ricorrere al modello societario con vincoli di natura giuridica ed economica tali da non inficiare regole pro-concorrenziali.

L'AGCM, quindi, ricevuta la trasmissione dell'atto deliberativo di cui all'art. 5, comma 1, ravvisando una lesione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emetterà un parere motivato con l'indicazione dei profili specifici concernenti le violazioni riscontrate. Ove l'amministrazione interessata non dovesse conformarsi a tale parere entro sessanta giorni, l'Autorità, nei successivi trenta giorni, sarebbe legittimata a presentare ricorso tramite l'Avvocatura dello Stato dinanzi al giudice amministrativo⁶⁰.

Non è revocabile in dubbio che il rapido incedere del processo di integrazione europea, entrato in una nuova fase dopo Lisbona, dove il valore concorrenza ha sempre avuto rilevanza primaria, abbia influito in maniera determinante sull'attribuzione all'AGCM di poteri i cui effetti sono destinati a ripercuotersi anche sulle funzioni degli organi di governo locale, destinati, al pari del potere centrale, a cedere qualcosa in nome dell'unità economica e giuridica sovranazionale.

La strategia di fondo, almeno sulla carta, è chiara. Se alla debolezza del mercato si ricollega quella dello Stato è necessario individuare, con le debite propor-

⁶⁰ L'eventuale giudizio si svolgerebbe secondo le regole di cui al Libro IV, titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, sul rito abbreviato.

zioni collegate ai circuiti di legittimazione democratica, un “soggetto terzo” in grado di contribuire in maniera effettiva alla promozione della concorrenza, delle privatizzazioni, delle liberalizzazioni, ossia dei principali rimedi capaci di sostenere la crescita economica.

6. Conclusioni

L'analisi condotta consente alcune brevi riflessioni conclusive, le quali incrociano le sfide che vedranno protagoniste le amministrazioni in fase di attuazione del processo di riforma indotto dall'art. 18 della l. n. 124/2015.

Come rilevato sin dalle battute introduttive, la legge Madia, nel dettare la disciplina di principio relativa al settore delle società a partecipazione pubblica, ha dovuto fronteggiare una realtà dai contorni alquanto eterogenei, riguardata negli anni da molteplici, ma disordinati, interventi proiettati, in una prima fase, principalmente a scongiurare potenziali effetti distorsivi della concorrenza connessi a particolari situazioni di privilegio di tali società, in una seconda fase, estesi alla possibilità della loro stessa costituzione e sopravvivenza.

In tale ottica, il presente contributo ha dato adeguato risalto alle previsioni dell'art. 3, commi 27 e 28, della l. n. 244/2007, le quali rappresentano gli antecedenti degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 175/2016, giungendo a lambire il tema della revisione delle partecipazioni pubbliche. Anche le regole sanzionate dagli artt. 20 e 24 del t.u., infatti, dimostrano che il legislatore si prefigge un obiettivo che non si risolve nella mera riduzione del numero delle società partecipate, bensì intende ridisegnarne i confini di operatività, innanzitutto, attraverso una ridefinizione dei relativi vincoli di scopo e di attività strumentale a un progressivo arretramento dell'intervento pubblico nel mercato.

Tali vincoli, fra l'altro, abilitano disposizioni come quelle poste dall'art. 5, commi 1 e 2, del t.u., il mancato rispetto delle quali può condurre fino all'alienazione delle partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni alla data di entrata in vigore del t.u.⁶¹, e, più in generale, il coinvolgimento di autorità come la Corte dei conti, l'AGCM e la stessa ANAC, essendo le società a controllo pubblico tenute ad assicurare il massimo livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti, ai sensi del d.lgs. n. 33/2013. Sarà inoltre interessante valutare, in tale contesto, l'attività della struttura di indi-

⁶¹ Art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016.

rizzo, monitoraggio e controllo sull'attuazione del t.u. istituita presso il M.E.F.⁶² a norma dell'art. 15 del t.u.⁶³.

Lungi dall'esprimere un giudizio sulla logica di fondo cui risulta improntata la riforma sulle società a partecipazione pubblica, è innegabile che il testo normativo recentemente varato pone stringenti limiti alla capacità giuridica di diritto societario delle amministrazioni.

Le società a partecipazione pubblica si configurano quali società di scopo costituite o preservate al fine di ottenere un apporto privato per realizzare operazioni di produzione di beni e servizi legate a finalità istituzionali dell'ente e l'obiettivo di diminuirne complessivamente il numero si attiverà verosimilmente attraverso una progressiva semplificazione dei modelli. Infatti, come osservato, quanto si restituisce al mercato esce dal novero delle società pubbliche, quanto rimane nella sfera pubblica diviene sempre più riconducibile all'*in house* e, quindi, al modello dell'ente pubblico.

Le stesse previsioni sugli oneri di motivazione analitica, a ben vedere, riflettono un atteggiamento particolarmente cauto, se non proprio di sfavore nella prospettiva di contenere la spesa pubblica, dimostrato dal legislatore nei confronti della costituzione societaria e del mantenimento di azioni o quote da parte delle amministrazioni in società commerciali con scopo di lucro⁶⁴, almeno fintanto che la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, non avvenga in conformità a specifiche disposizioni di legge.

Si tratta, in buona sostanza, di previsioni che confermano la prospettiva di un testo unico in cui, nonostante talune enunciazioni di principio cristallizzate fin dall'art. 1, comma 2, prevale la vocazione "sociale" delle società a partecipazione pubblica. Eppure il rafforzamento dell'efficienza gestionale delle società pubbliche, nell'attuale congiuntura economica, rappresenta un'importante leva di sviluppo e di contrasto della crisi finanziaria.

A tale riguardo, è appena il caso di segnalare che sarebbe riduttivo credere che il tema della razionalizzazione del complesso fenomeno in analisi possa risolversi nell'esigenza di eliminare costi di sottogoverno. Se così fosse, infatti, si giungerebbe all'inevitabile conclusione per cui le società a partecipazione pubblica,

⁶² Sembra ragionevole affermare che la collocazione di tale struttura si spiega in considerazione del fatto che i soggetti da controllare sono destinati a concorrere alla finanza pubblica.

⁶³ Struttura individuata nella Direzione VIII del Dipartimento del Tesoro con d.m. del 16 maggio 2017.

⁶⁴ Sul punto cfr. di recente F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale*, cit., 1, il quale osserva che «la principale ragione per cui è stata assolutamente prevalente, nel tempo, l'idea della appartenenza al diritto privato delle società in mano pubblica, è ed è sempre stata la scelta del codice civile di non derogare, per esse, alla causa lucrativa, di cui all'art. 2247 c.c.». Si è visto che la giurisprudenza europea ha ben chiara la distinzione fra «i ruoli dello Stato azionista dell'impresa, da un lato, e dello Stato agente quale potere pubblico, dall'altro» (Corte giust., 5 giugno 2012, causa C-124/10, Commissione c. Électricité de France). Per una giurisprudenza rilevante in ordine alla riconduzione delle società a partecipazione pubblica al regime ordinario civilistico, *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196; Cass. civ., sez. un., ord. 1 dicembre 2016, n. 24591.

anziché disciplinate, andrebbero molto più semplicemente soppresse. Piuttosto, le amministrazioni dovrebbero essere stimolate a gestire le proprie partecipazioni secondo una logica d'impresa.

Solo fra qualche tempo sarà possibile svolgere una valutazione in merito agli esiti della riforma e, quindi, misurare in concreto il grado di attuazione e i vantaggi del processo di razionalizzazione in atto.

Vi sono alcune certezze, e non è poco, specie ove si abbia riguardo all'indeterminatezza evolutiva che ha preceduto l'emanazione del d.lgs. n. 175/2016. Tuttavia, proprio tale indeterminatezza, che ha senz'altro inciso negativamente sull'efficienza gestionale delle società a partecipazione pubblica, in particolare in termini di rendiconto dell'investimento e di rendiconto del capitale proprio, consente di concludere che l'esito positivo di attuazione della riforma sarà strettamente correlato all'efficacia degli strumenti di reazione individuati dall'ordinamento per l'ipotesi di inosservanza degli obblighi imposti alle amministrazioni destinatarie del precetto⁶⁵.

⁶⁵ In tale prospettiva, un ruolo chiave non potrà che essere svolto dalla Corte dei conti e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica

La tutela del mercato e il rafforzamento dell'efficienza gestionale delle società pubbliche, nell'attuale congiuntura economica, rappresentano importanti leve di sviluppo e di contrasto della crisi. Nell'ottica della razionalizzazione del ricorso delle amministrazioni al modello societario, l'art. 5 del decreto legislativo n. 175/2016 disciplina il procedimento di costituzione di società a partecipazione pubblica o di acquisto, anche indiretto, di partecipazioni in società già costituite, introducendo specifici oneri di motivazione analitica. Il presente contributo si propone di verificare potenzialità e limiti del nuovo assetto di regole, le quali cristallizzano significativi appesantimenti dovuti anche all'intervento di autorità esterne come la Corte dei conti e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

The analytical motivation burdens in the consolidated law on public companies

Market protection and reinforcement of the managerial efficiency of public companies, in the current economic conjuncture, represent important levers of development and contrast of the crisis. With the aim to rationalize the recourse of administrations to the corporate model, article 5 of legislative decree n. 175/2016 disciplines the procedure to found public companies or purchase, also indirectly, public shares in companies already founded, introducing analytical motivation burdens. This paper points to verify potentialities and limits of the new system of rules that crystalize significant overloads caused also by the intervention of external authorities as the Court of Auditors and the Antitrust.

State intervention, economic constitution, and the so-called “principle of subsidiarity”: the Brazilian debate

Luiz Augusto da Silva, Melina Girardi Fachin

SUMMARY: 1. Introduction – 2. What is subsidiarity? Some concepts and possible origin – 3. Interlude: a few remarks on principles and constitutional interpretation – 4. Subsidiarity as a “principle” of the constitutional economic order – 5. A counter-argument: constitutional commitments and the multiple economic possibilities for the State. Reasons to reject the constitutional status of subsidiarity – 6. Constitutional adjudication beyond subsidiarity: lessons from a Brazilian Supreme Court Ruling (ADI No 1.923/DF) – 7. Conclusion.

1. *Introduction*

«I put the Brazilian economy back on its feet. Now we may advance. I shall not let the Country move backwards» – said Brazil’s president Michel Temer on Twitter in early March, 2018. Undoubtedly powerful, the statement is a comment on the perceived government’s success in reigniting economic growth after a grave two-year period of recession, still echoing from the leadership of its predecessors. But there is no denying it is also symptomatic of a far more decisive political issue: once again in its recent history, Brazil seems to be facing a moment of reassessment of the functions of the State in promoting social and economic development.

Following a somewhat global trend, concepts such as privatization of state-owned companies, market liberalization, de-investment of state-controlled assets, reinforcement of public-private cooperation and so forth are on the spotlight of Brazilian public agenda. The movement is especially striking in some of the latest economic initiatives launched by the federal government. A new wave of privatization projects is announced, perhaps just as substantial as the one conducted during the 1990’s reforms, which covers at least fifty-seven of federal state-owned

companies including its electric sector juggernaut, Eletrobrás¹. In 2016, the government created the Partnership in Investments Program («Programa de Parcerias de Investimentos» – Law No. 13.334/2016) as an endeavor to heat up paralyzed large infrastructure projects delegated to the private initiative: Among the program’s basic ground rules there are «ensuring stability and legal security, with minimal intervention in business and investments» (article 2nd, IV).

Whether these strategies will be successful in reaching their announced endgame – mainly, the reduction of public deficit and the promotion of sustainable growth – is yet to be seen. It comes as no surprise, then, that economists most certainly have much material on which to work. With every new policy come new challenges: on the efficiency of its instruments, on its practical consequences to the overall economy and, ultimately, on its very effectiveness to the development aspirations of our society.

As constitutional lawyers, however, our concerns lie a few steps back. All the current agitation towards the private sector seems to give reason to a prominent line of Brazilian public law theorists in general, and of constitutionalists in particular: those who support a “constitutional principle of subsidiarity” to guide the State’s efforts in the economy. In a preliminary definition, as an economic – and constitutional – guideline, the “subsidiarity” ideal holds that individual freedom of initiative is to prevail over State intervention; the free market, over public action, planning and coordination. Only when individuals and the market mechanisms fail to achieve their purposes is the State authorized to legitimately interfere with the economy – preferably to correct market flaws and encourage the private sector; as an absolute exception, to engage directly in economic production. The State should be doing less, and the market, doing more: The State, thus, should remain “subsidiary” in relation to the private sector in a pursuit for development.

This article presents a counter-argument, from a strictly legal standpoint, on this perception. Make no mistake; this is an essay on constitutional law and interpretation, not on economics². Our objective is this: to construe a compe-

¹ Eletrobrás – Centrais Elétricas do Brasil S/A – is a Brazilian federal public-controlled mixed-capital company, currently the largest national operator in the electric sector. A Presidential act enacted on December 2017 sought to include the company in the National Privatization Program (Law No 8.031/90, followed by Law No 9.491/97) in order to begin the studies and the processes for the sale of many of its assets – including its corporate control – to the private sector. By the time this article was written (early 2018), the privatization initiative was being debated in Brazilian Parliament, which may or may not uphold it, and has been cause of great divide among representatives.

² Despite the great contemporary appraisal of theoretical approaches such as the “Law and Economics” and the “Economic Analysis of Law” (in many cases, well deserved), this article takes a different methodological path: it holds the premise that the Law is to some degree independent from the economy, and that it has (=should have) autonomy *vis-à-vis* economic considerations of efficiency, maximization of wealth and other similar criteria. On the autonomy of Law in relation to the economy: M. Barbosa, *A recusa de conformação do*

tent reading of the Brazilian constitutional economic system³ in order to test the claim for a “subsidiary State” entrenched in it. Being essentially legal-oriented, our arguments will be normative and conceptual, not empirical, descriptive ones: it isn’t to say whether the Brazilian State actually performs a subsidiary role in the economy – chances are that it still does not –, but rather if the State necessarily must, on constitutional grounds, aspire to restrain itself in all circumstances to some sort of subsidiary routine. And, if not, what ought to be the alternative, if read in its best light, our Constitution may offer.

2. *What is subsidiarity? Some concepts and possible origin*

When it comes to a discourse on a “principle of subsidiarity”, be that in any social science, nothing is quite evident – starting with its very origins and meanings. For the purposes of this article, our interest falls upon a “subsidiarity” as a social, political and economic – as well as, subsequently, constitutional – notion. Bearing the risk of some oversimplification, one might say that subsidiarity is a philosophical principle aimed at governing, in a normative and very comprehensive manner, the multiple interactions between the individual, civil society and the State.

According to this principle, in a fair, decent community the individual must be, at first, left to her own devices to achieve her personal goals and realization. This derives from the deeper conviction that every human being is entitled to a special dignity of her own – the idea of “human dignity”, an intrinsic, inalienable value in each and every human life – which can only be fully realized by the exercise of her autonomy, demanding respect from other individuals and institutions⁴. By guaranteeing individual freedom of self-determination the principle of

jurídico pelo económico, in *Boletim de Ciências Económicas: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, vol. LVII, t. I, Coimbra, 2014, 641 ss.

³ The Constitution is regarded here not only as the legal expression of the fundamental political order, but also as the legal expression of a *fundamental economic order*. On the concepts of an “economic constitution” and of “constitution as the fundamental economic order” – of which a subsidiarity principle of State intervention may or may not be an element: V. Moreira, *Economia e Constituição*, 2^a ed., Coimbra, 1979, 41 ss.; A.C. dos Santos; M.E. Gonçalves; M. Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 5^a ed., Coimbra, 2010, 30 ss.; M. E. Azevedo. *Temas de Direito da Economia*, 2^a ed., Coimbra, 2017, 53 ss.

⁴ Although referring to a discussion on subsidiarity and International Law, the following remarks are applicable to subsidiarity as a philosophical ideal in general: “Its [subsidiarity’s] basis is personalistic, rather than contractual or utilitarian. That is, its first foundation is a conviction that each human individual is endowed with an inherent and inalienable worth, or dignity, and thus that the value of the individual human person is ontologically and morally prior to the state and other social groupings. Because of this value, all other forms of society, from the family to the state and the international order, ought ultimately to be at the service of the human person. Their end must be the flourishing of the individual.” (P.G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship, access in 20/02/2018, 42).

subsidiarity, as its partisans present it, would also be reverential to the pluralism of word-views existent in modern, complex societies⁵.

From this baseline view on human dignity and pluralism comes a directive of coordination of action among the individual and the multiple social bodies. All social groupings, like the family, the city, the State, international organizations, etc. exist to provide the individual person the help and the support she may require in her quest for self-fulfillment – not to destroy neither to absorb her. Also, lesser associations should *ab initio* be able to freely govern the persons who belong to them, for this would ensure not only that decision centers be closer and more sensible to the interests of those affected (subsidiarity in its vertical sense), but also that the definition of the general interests pursued by institutions be devised with citizen participation (subsidiarity in its horizontal sense)⁶. In turn, larger collective aggregations, such as the State, ought to come into play exclusively to the extent that smaller ones become ineffective or in any way insufficient in achieving their goals – a perception that is in the basis of western federalist thought⁷. And even still, such intervention must be exercised in an enabling, supportive fashion, in order to provide smaller associations the resources they might need to realize their functions of promoting individual flourishing and freedom⁸.

In this sense, subsidiarity might be just as ancient and differentiated as western political philosophy itself⁹. Yet, interestingly enough, it was by the hands of the Catholic social theory of the nineteenth and twentieth centuries that the term “subsidiarity”, as it is nowadays used – in Brazil as well as in Europe –, would

⁵ Cf. J.A. de Oliveira Barraco, *O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 200, abr./jun. 1995, 24.

⁶ The distinction between the “horizontal” and “vertical” dimensions of subsidiarity is recurring in Italian legal thought, although still uncommon in Brazil. Most scholars, however, emphasize that both of these dimensions, vertical and horizontal, may only be adequately understood when approached as interconnected parts of a same concept: S. Mangiameli, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, available at: <http://www.issirfa.cnr.it/stelio-mangiameli-sussidiarieta-e-servizi-di-interesse-generale-le-aporie-della-privatizzazione-agosto-2007.html>, access in 05/05/2018.

⁷ Cf. M. Salema D’Oliveira Martins, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, 2003, 85.

⁸ Cf. P.G. Carozza, *op. cit.*, 43.

⁹ Legal and political historians trace the idea of subsidiarity all the way back to Aristotle in classical Greece (for some commentators, his political philosophy endorses the complementary roles of social groupings: family, village and the city) and, after him, to Thomas Aquinas in the Middle Ages (for whom political power exists to ensure the “common good”, so that each man may achieve his personal goals on his own). In the early seventeenth century, German lawyer Johannes Althusius conceived a model of secular federalist society which heavily, although not explicitly, depended on subsidiarity (an interconnected set of groups – families, corporations, cities, provinces and, at last, the State – conform what he called a “*consorciatio symbiotica*”). Repercussions of these insights would be felt through most of the eighteenth and nineteenth centuries political thought in the writings of authors as varied as Tocqueville, Hegel, Locke and his economic liberalism, Taine and Proudhon. For a detailed historical analysis on subsidiarity, ranging from classical Greece to Catholic Social thought: M.S. D’Oliveira Martins, *op. cit.*, 39 ss. See also, in Brazilian legal literature: S.F. Torres, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*, Rio de Janeiro, 2001, 23 ss.

appear with more defined contours in the political lexicon. Came the end of the Second Great War and the reestablishment of democracies, the Church chose the Welfare State as its main adversary, due to its excessively disruptive interventions in the economy and the risks of paternalism bore with them. In 1961, Pope John XXIII issued «Mater et Magistra» stating that the primary end of a just and prosperous economic order should lie in individual initiative, being the State limited to essentially facilitating, stimulating, freedom-promoting functions¹⁰ (followed by his «Pacem in Terris» in 1963¹¹ and the instruction «Libertatis Conscientia» in 1986¹²). At last, «Mater et Magistra» and its criticism on the economic aspects of the Welfare State were then furthered – and, to large extent, made harsher – by Pope John Paul II's 1991 encyclical «Centesimus Annus»¹³.

Brief as it may be, this reconstruction serves to display the main philosophical and theoretical cornerstones of the principle of subsidiarity as a sociopolitical ideal: human dignity, a pluralism of conceptions of what is a good life, a limitation of State interventions upon civil society. As an undeniably complex conception, subsidiarity may actually serve as the normative foundation for a plethora of institutional designs, ranging from federalism and the international order to intra-

¹⁰ In Pope John XXIII's own words: «But however extensive and far-reaching the influence of the State on the economy may be, it must never be exerted to the extent of depriving the individual citizen of his freedom of action. It must rather augment his freedom while effectively guaranteeing the protection of his essential personal rights. Among these is a man's right and duty to be primarily responsible for his own upkeep and that of his family. Hence every economic system must permit and facilitate the free development of productive activity. [...] Moreover, as history itself testifies with ever-increasing clarity, there can be no such thing as a well-ordered and prosperous society unless individual citizens and the State co-operate in the economy. Both sides must work together in harmony, and their respective efforts must be proportioned to the needs of the common good in the prevailing circumstances and conditions of human life.» Available at: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html, access in 04/03/2018.

¹¹ On subsidiarity and the organization of the international order. Available at: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html, access in 04/03/2018.

¹² On subsidiarity and the relationships between the State and lesser social bodies. Available at: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19860322_freedom-liberation_en.html, access in 04/03/2018.

¹³ «In recent years the range of such intervention has vastly expanded, to the point of creating a new type of State, the so-called 'Welfare State'. This has happened in some countries in order to respond better to many needs and demands, by remedying forms of poverty and deprivation unworthy of the human person. However, excesses and abuses, especially in recent years, have provoked very harsh criticisms of the Welfare State, dubbed the 'Social Assistance State'. Malfunctions and defects in the Social Assistance State are the result of an inadequate understanding of the tasks proper to the State. Here again the principle of subsidiarity must be respected: a community of a higher order should not interfere in the internal life of a community of a lower order, depriving the latter of its functions, but rather should support it in case of need and help to coordinate its activity with the activities of the rest of society, always with a view to the common good.» Available at: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html, access in 04/03/2018.

State administrative organization and, of course, – which shall be the focus of this article – entire economic systems and the role the State must play in them¹⁴.

3. *Interlude: a few remarks on principles and constitutional interpretation*

Hence, the idea of subsidiarity reaches the legal realm. Its general propositions have exerted deep influence in contemporary Brazilian constitutional-economic theory. By drawing inspiration on more-or-less updated versions of the Catholic social teachings – explicitly or implicitly –, a respectful line of legal scholars have identified in the Brazilian Constitution a general orientation of ever-reduced, subsidiary State economic intervention: a constitutional principle of State subsidiarity¹⁵. And, when such intervention does occur – since it is *prima facie* constitutionally authorized under some circumstances (as shall be discussed shortly) – it should be deemed as an exception to individual freedom of autonomy and to the free-market ideal model; thus, it should be interpreted restrictively.

But first, before dwelling into the argument, a succinct methodological de-tour is required. To discuss the idea of subsidiarity as a principle of the constitutional economic order poses a reflection on the concept itself of principles as legal norms. The acknowledgement of principles – and of the principle-oriented character of Constitutional Law – is a defining feature of post-War constitutionalism. Since the enactment of the 1988 Constitution, the debate surrounding principles has gained increasing significance in Brazilian constitutionalism. Brazilian legal literature often remarks that principles «are no longer a secondary source of Law but have risen to the center of the legal system [and] irradiate to the entire legal order, influencing the interpretation and application of legal norms in general and allowing for a moral reading of the Law»¹⁶.

The very notion of principles, however, has multiple meanings. Suffice it to say, there is more than one single theory on the nature of principles as legal norms, which make use of different sets of criteria – not always mutually compatible – in an attempt to identify and differentiate principles from other legal standards (mainly, the rules).

From a generic point of view, principles are norms prescriptive of ends to be achieved, serving as the foundation for the application of the constitutional sys-

¹⁴ Cf. F.C. Duarte, I.C. Nacle, *Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal*, in *Sequência*, Florianópolis, v. 68, 2014, 93 ss.

¹⁵ Cf. J.V. Santos de Mendonça, *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2018, 227.

¹⁶ Cf. L.R. Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, São Paulo, 2009, 203.

tem. As Dworkin states, «[principles] are the doorway through which values enter from the ethical field into the legal world»¹⁷. The theoretical development on the subject has been absolutely rich and vast: (i) some theories identify principles as legal standards of broader and more abstract language than rules, often close to values; (ii) some differentiate principles from rules based on a formal distinction of their logical structure (rules are, if valid, applicable in an “all-or-nothing” fashion, while principles require a case-by-case weighing of their reasons, and the prevalence of one principle does not make the others invalid); (iii) while other theories provide substantial elements to differ principles from rules (the distinction is a matter of the norms’ importance within the legal system)¹⁸. All of these approaches can be methodologically useful as long as a consistent theoretical and logical trail is observed¹⁹.

Given the abundance of norms enunciated as “principles” in the Brazilian Economic Constitution – and in the Constitution at large –, identifying them all under one general theory is certainly no easy task. Anyhow, a serviceable method of constitutional interpretation may be undertaken via the use of the substantial quality of principles, as stated above: principles are deemed as norms of higher importance than rules, in a similar concept to that provided, mainly, by the works of Karl Larenz²⁰ and Joseph Esser²¹.

Principles, in this sense, are the norms establishing the foundations of the legal system. They offer the legal basis for the enactment of rules or, to put it another way, they conform the ratio underlying legal rules. The difference between principles and rules, according to this approach, resides neither on their respective level of abstraction nor on their logical structure per se, but rather on their quality or importance: the function of normative foundation for legal decision-making. Principles operate as the normative starting point for the solution of a legal problem or case, by offering the guidelines for the interpretation and application of the Law.

Indeed, as shall be made clearer in the next topics, the Constitution provides a great set of norms of higher importance to conform the entire economic

¹⁷ Cf. R. Dworkin, *Uma questão de princípio*, 2ª ed., São Paulo, 2005. This conception was developed further in Dworkin’s later works, especially as a central part of his theory of “Law as integrity”: R. Dworkin, *O Império do Direito*, São Paulo, 2007, 271 ss.

¹⁸ For a review of the traditional methods of differentiating between principles and rules, in Brazilian literature: H. Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed, São Paulo, 2016, 60 ss.

¹⁹ Cf. V.A. da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, 2014, 44 ss.

²⁰ Cf. K. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed, Lisboa, 1997.

²¹ Cf. M.C. Galuppo. *A contribuição de Esser para a problemática dos princípios jurídicos*, in *Direito, discurso e democracia: o princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte, 1998.

system; and many of them also offer the legal basis for the multiplicity of State actions regarding the economy²². For the purposes of the argument presented in this article, then, constitutional principles – including the so-called principle of subsidiarity (for those who endorse it as a constitutional norm) – are identified in accordance to their substantial degree of importance or essentiality within the legal system.

4. *Subsidiarity as a “principle” of the constitutional economic order*

That being said, let us draw our attention back to the matter at hand. In Brazil, the legal controversy surrounding subsidiarity takes different paths when compared to some countries in Europe.

The Italian Constitution, for instance, unlike the Brazilian Constitution, contains a positive principle of subsidiarity in the intra-State, “organizational” sense of the idea (see section 2). After a relatively recent constitutional reform conducted in 2001, it is safe to say that subsidiarity has been heightened to the status of one of the most important principles of the Italian legal system: it expressly regulates the organization and the distribution of competences among the different Republican institutions (communities, provinces, metropolitan cities, regions and the State). Indeed, article 118 of Title V of Part II («Le Regioni, Le Province, I Comuni»), in its post-reform text, contains guidelines on vertical subsidiarity («Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza») as well as horizontal subsidiarity («Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»)²³.

Similarly, in European Union Law, a positive principle of subsidiarity regulates the distribution of competences among the Union and its member-States. As per article 5th, n. 3, of the EU Treaty (Maastricht Treaty of 1992), outside of its exclusive competences – that is, when the exercise of a shared competence is in

²² Cf. E.B. Moreira. *Os princípios constitucionais da atividade econômica*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 45, 2006, available at: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/623>, access in 05/05/2018.

²³ For a comprehensive analysis of the principle of subsidiarity in the Italian Constitution (after the reform of Title V), see: M Carrer, *Il Principio di Sussidiarietà: dalle Regole Costituzionali all’azione di Governo*, Bergamo, 2010.

question – the Union must only intervene when a specific course of action cannot be adequately conducted by member-States on the regional or local levels²⁴.

Still, it must be noted that the emphasis of the Italian and European debate on subsidiarity seem to lie on the “organizational aspect” of the principle – especially regarding the actions of Public Administration and the distribution of competences among political entities. This is a substantially distinct matter (although not disconnected by any stretch of the imagination) when compared to the Brazilian debate, focused mainly on the limits and constraints falling upon State interventions in the economy – as shall be made clear in this and the next sections.

The argument in support of the principle of subsidiarity as a constitutional element in Brazil, in an effort to synthesize it, can be best understood in a threefold sequence: (i) it first articulates moral ideas on the relationship between the State and the individual person; (ii) then, it proceeds to turn these broad moral propositions into legal determinations inscribed in the Constitutional text, while also being (iii) the result of institutional reforms conducted during the past decades, on both constitutional and infra-constitutional levels (legislative and administrative).

It goes as follows. State economic intervention is, as a rule, an exception to the freedom of initiative assisting private actors; in this condition, it must be operationalized and interpreted with both eyes on its restrictions. On moral terms, the argument holds that there is an axiological priority of the individual in relation to larger collective institutions, especially the State – a thesis, as we have seen, that was best elaborated by the Catholic Church’s social doctrine. This leads to the perception that, in a functioning economic system, private free action and investment are of greater intrinsic value in comparison to the State’s forceful, top-to-bottom lunges towards the economy. Hence, our constitutional normative choice would have been for «an order open to failure [of free individual action] rather than a supposedly certain and efficient ‘stability’ [provided by the State] [...]; the order is centered in the activity of persons and groups and not on the activities of the State.»²⁵

This way, the argument’s bottom line recommendation is sufficiently straightforward: State operation in the economy would only be justified, on exceptional situations, if it were to favor and complement individual freedom of initiative and, ultimately, to correct market failures²⁶. The primary end of State

²⁴ On the principle of subsidiarity in the EU, see: K. Van Kersbergen; B. Verbeek, *The Politics of Subsidiarity in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, v. 32, 1994, available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-5965.1994.tb00494.x>, access in 05/05/2018.

²⁵ Cf. T.S. Ferraz Junior, *Congelamento de preços – tabelamentos oficiais (parecer)*, available at: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/26>, access in 02/03/2018.

²⁶ Among the examples of typical market failures to be tackled by the subsidiary State model, as the economic literature evinces them, the most relevant are: (i) mobility flaws of productive factors; (ii) asymmetric information (between firms or between firms and consumers); (iii) structural flaws (such as unrestrained con-

economic intervention should be to mimic ideal market conditions under which private initiative and economic autonomy may flourish freely – not to disrupt the market dynamics²⁷.

So, if it is true that State intervention cannot be entirely proscribed in contemporary economies (a suggestion that would mean an unrealistic attempt at returning to an obsolete *laissez-faire* system), according to the subsidiarity doctrine the State must intervene, at best, as a last resort, an *ultima ratio*. The State should allow individuals, firms and other groups and associations to solve their problems autonomously and accomplish their economic goals on their own. Only if a specific economic objective could not be achieved satisfactorily by social actors should the force of the State come at hand – to encourage, support and all in all stimulate private initiative, never (or, as an absolute exception) to compete with it or to take its place²⁸. The principle of subsidiarity, as presented here, dictates that it would be a grave injustice for the State to substitute private free initiative in reaching economic purposes that private firms and groups may reach by their very own course of action. In other words, as one scholar argues, public intervention serves «only to stimulate private initiative or to fill in the gaps left by it»²⁹.

Furthermore, there is – so goes the moral aspect of the argument – a “spontaneous order” in society and in the economy to demand constitutional protection against a tendentially overwhelming power of the State³⁰. This is the main reason for the frequent understanding that the State would be authorized to intervene exclusively after the depletion of private potentials in a given economic sector – due to private actors’ lack of interest, inefficiency, inability, or any oth-

centration of economic power in one company or conglomerate, or even monopolies); (iv) signalization flaws (negative externalities not included in the final prices of products); (v) incentive flaws (due to the existence of “collective goods” and the consequent lack of incentives for their economic exploitation); (vi) excessive transaction costs (partially created by State institutional designs, legal norms, etc.), and so forth. Cf. F. Nusdeo, *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, 9ª ed., São Paulo, 2015, 115 ss.

²⁷ International literature on subsidiarity also commonly associates the market to a space of freedom realization *par excellence*, in a similar fashion as some lines of Brazilian constitutional theory. Commenting *Centesimus Annus*, one author argues that the market would be an expression of “human nature” and its constant pursuit of freedom: “*Centesimus Annus* is important because it provides a defense of the free-market economy based on the nature of the human person. Human beings are free and seek freedom. Wounded by Original Sin, we can both transcend our own self-interests and yet seek our own interests. One of the virtues of the market economy is that it provides room for individual freedom and initiative, making it possible to work for the common good in a manner that does not entail ignoring one’s self-interests.” (G.R. Beabout, *The Principle of Subsidiarity and Freedom in the Family, Church, Market and Government*, in *Journal of Markets & Morality*, v. 1, 1998, 136).

²⁸ Cf. F.A. Marques Neto, *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, v. 4, 2005, 09 ss.

²⁹ Cf. N. Eizirik, *Monopólio estatal da atividade econômica*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, 1993, 76. See also: G.J. Sampaio, *O princípio da subsidiariedade como critério delimitador de competências na regulação bancária*, São Paulo, 2011, 100 ss.

³⁰ Cf. D.F. Moreira Neto, *O novo papel do Estado na economia*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, 2005, 12.

er similar standard –, or when the market presents flaws it is unable to correct by the betterment of its own mechanisms. If this “spontaneously-developed order” resultant of social dynamics – an expression of individual freedom and autonomy – operates suitably, there should be no plausible justification for the State to imposingly disturb such balance. The State ought to maintain the spontaneous ordering untouched³¹.

On now properly constitutional and legal grounds, the argument suggests that subsidiarity is to be regarded as an “implicit constitutional principle”³². In order to prove the claim, scholars usually invoke the reading of a set of constitutional provisions which, when read in isolation, are somewhat reminiscent of many of the philosophical principles spelled out by Catholic Social theory on subsidiarity. Its formal constitutional sources would then lie in the ideal of «human dignity» as a basis of the Brazilian Republic (art. 1st, III, of the Brazilian Constitution); in the «social value of freedom of initiative» (art. 1st, IV), which is also a structural principle of the economic order (art. 170, caput); in the principle of «political pluralism» (art. 1st, V) and, finally, in the supposedly limitative language of the constitutional authorization for State «direct economic performance», to be legitimate strictly when reasons of «relevant collective interests» or «national security» so require it (art. 173, caput). Some commentators even speak of subsidiarity as an authentic «general principle of Law», applicable to all forms of coercive State interpositions – not only economic interventions – on the domains of civil society³³.

In addition to moral and legal arguments, some recent events in Brazilian economic history are perceived to offer even more thrust for a subsidiarity defense by its supporters. It was during the constitutional and State reforms

³¹ Acclaimed Brazilian publicist Diogo de Figueiredo Moreira Neto makes the point crystal clear: «[...] if, on the one hand, the principles of the spontaneous economic order of human societies do not even require elucidation, for they are naturally associated to the fundamental concept of human dignity, on the other, all of those [principles] artificially introduced by a construct of reason must be necessarily express in the Constitution. [...]» (D.F. Moreira Neto, *op. cit.*, 12 ss.). In a similar sense: «The needs for change are evident, and Society changes on its own, when it deems necessary. The State, in general, impedes transformation, and in many cases it seeks to take it to directions it does not intend to follow. It does not always fall to the State to transform Society, thus it is imperative do desacralize Politics.» (J.A. Barraco, *op. cit.*, 23.); «[The State], this way, intervenes every time private activity or economic power of certain groups jeopardize the common good and the spontaneous order. The function of the State, here, is to order and stimulate the correct exercise of economic rights, seeing that the market be loyal and ensuring greater equality of opportunities – and not of results – as much as possible.» (S.F. Torres, *op. cit.*, 154).

³² Cf. J.A. Barraco, *op. cit.*, 25.

³³ On the words of an Administrative Law scholar: «It is worth noting that subsidiarity has a character of *general principle of law*. Not only does it limit the action of the State’s authority (the use of competencies by public agents) e not only does it limit the application of public law norms imposing submissions, conditions, sacrifices and limitations to private rights. It serves indeed as a restraint on the extent of juridification of social life by the imposition of private law rules.» (F.A. Marques Neto, *op. cit.*, 10).

implemented in the 1990's – and the years that followed – that the idea of subsidiarity really gained traction in Brazilian public and constitutional law. In its original 1988 promulgated text the Constitution was, on the opinion of some of its critics, very much a result of “State-centered” ideological orientations in regards to the functions of the State in conducting economic activity and development³⁴. This is so because the 1988 Constitution contained dire restrictions on the participation of foreign capitals in Brazilian economy, while it also institutionalized a formidable series of State monopolies. Many of them took the form of public services – electricity, oil and gas, telecommunications, infrastructure, public transportation, to name a few – which were carried out, up until then, by state-owned companies alone.

In the 1990's, however, – as a part of a larger-scale “State and Administration Reform” project³⁵ – a sequence of constitutional amendments would allow for the conduction of a process of privatization and liberalization in the economy³⁶: amendments No. 6 and No. 7 put an end to some relevant restrictions to foreign capital participation (on the favorable legal treatment to smaller firms and the research and exploration of mineral resources, as well as waterway transports, respectively); amendments No. 5, No. 8 and No. 9, on their turn, softened many important State monopolies, opening up to private competition, via State concessions, public services of local gas distribution, telecommunications, radio transmission, and much of the oil industry.

Moreover, these constitutional reforms were then immediately furthered by a range of privatizing, market-oriented and State-reducing legislative efforts: the privatization of several state-owned companies (most notably in the telecommunications and mining sectors), the creation of a legislative landmark for concession contracts (government contracts which delegate the execution of public services to private actors) and the creation of the very first independent regulatory agencies in recently liberalized economic sectors (telecom, oil and gas, and electricity production). Given this context, if any doubt still remained as to a principle of subsidiarity being present in the original constitutional text, according to its supporters, after the 1990's reforms such doubt is no more: Constitutional amendments (and complementary legislation) would show a clear-cut movement towards the restriction of State economic roles and the increment of private pro-

³⁴ Cf. DF. Moreira Neto, *op. cit.*, 13.

³⁵ The movement was certainly not exclusive to Brazil. Different privatization processes were experienced in many countries of Europe and Latin America, most notably after the Washington Consensus of 1989. For a summary of the theoretical guidelines of the 1990's Brazilian “State and Administration” reform, written by one of the main economists responsible for its implementation, see: L.C. Bresser-Pereira, *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, São Paulo, 1998.

³⁶ Cf. L.R. Barroso, *Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, 2002, 289 ss.

tagonism³⁷. The “spirit of the Constitution”, on this account, would contain the idea of a subsidiary State. Institutional reforms would have done nothing more than bring this constitutional spirit to notice³⁸.

Having settled the general idea, finally, one should be careful to distinguish between two different technical usages of the principle of subsidiarity in Brazilian constitutional dogmatics. In a (i) broad sense, subsidiarity refers to all types of State coercive interventions in the civil society and, especially, in the economic realm, either normative (enactment of rules, public planning, etc.) or material (economic supervision, sanctioning, etc.). So, for instance, restrictive economic legislation in any given sector of commerce or industry, or administrative regulatory activity in general, are both constitutionally bound, in this line of argument, to pay reverence to the guidelines of subsidiarity as per stated above: the prevalence of private autonomy; encouragement of behaviors of private actors by the State; coordination and correction of malfunctions in the market³⁹.

In a (ii) stricter sense, the principle of subsidiarity refers only to what lawyers usually address as direct State interventions in the economy (non-normative interventions): mainly, the creation of state-owned companies – to either compete with private firms or to operate State legal monopolies – and public participation in privately-owned enterprises⁴⁰. By interpreting Article 173 of the Constitution⁴¹, subsidiarity proponents endorse a preoccupation that is liberal at heart. The restriction of State direct intervention to cases of «relevant collective interests» and/or «national security imperatives» is taken as a protection of

³⁷ Cf. D.F. Moreira Neto, *op. cit.*, 13; S.F. Torres, *op. cit.*, 157 ss.

³⁸ These are one scholar’s remarks on the subject: «Since the coming of the 1988 Carta Magna [Brazilian Constitution], this [subsidiarity principle] has been the spirit of the Higher Law after a series of reforms the document suffered during the years. These are constitutional modifications carried out by Derived Constituent Power which could not be considered punctual, sparse or disconnected from one another. On the contrary, these are systematic reforms inspired by a common constitutional spirit: precisely that of conferring greater emphasis to the constitutional political option for the primacy of freedom of initiative, as well as upholding the subsidiarity principle and public action of social and economic orders primarily via regulation.» (M.Z. Travassos, *O Estado subsidiário regulador e de fomento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, in *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 27, 2015, available at: <http://www.eumed.net/rev/ccss/2015/01/subsidiariedade.html>, access in 02/03/2018).

³⁹ In this sense: J.B.L. da Fonseca, *Direito Econômico*, 9^a ed., Rio de Janeiro, 2016, 167 ss; see also: F.A. Marques Neto, *op. cit.*, 13 ss.

⁴⁰ For an example of this use of the principle of subsidiarity in Brazilian public law, discussing the criteria for the creation of state-owned companies and State participation in private-owned enterprises: A. S. Aragão, *Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*, Rio de Janeiro, 2017, 96 ss.; F.M. Guedes, *A Atuação do Estado na Economia como Acionista Minoritário*, São Paulo, 2015, 23 ss.; R.W. Schwind, *O Estado Acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*, São Paulo, 2017, 208 ss.

⁴¹ As per Article 173 of Title VII (“On the Economic and Financial Order”) of the Brazilian Constitution: “With the exception of the cases expressly mentioned in this Constitution, *direct economic performance by the State* shall only be permitted when necessary to *national security imperatives* or to *relevant collective interests*, as per defined in legislation.”

the economic sphere – a private environment par excellence – against State intrusions. Competition among private and public-owned firms ought to be as restrictive as possible. No more than to supplement an eventual lack of private interest in a given area of concern⁴² should the State diverge from its “constitutionally-mandated” absent position in the economy and engage directly in production as an entrepreneur – never to exclude or absorb the private sector⁴³.

5. *A counter-argument: constitutional commitments and the multiple economic possibilities for the State. Reasons to reject the constitutional status of subsidiarity*

Does this all show our economic Constitution in its best possible light? Is a “principle of subsidiarity” in fact the best interpretation one may construe on the constitutional role of the Brazilian State towards social and economic development? There are good reasons to believe that it is not. Not for nothing, a critical line of lawyers has arisen some blunt counter-arguments against this purported “constitutionalization” of a subsidiary State. Now is the opportunity to take some of these objections further. In our opinion, the constitutional argument against subsidiarity (not philosophical, economic, etc.) involves tackling two basic issues: (i) the constitutional relationship between the economy and the State and (ii) the nature and the definition of the ends to be achieved by State economic action.

First, the point of agreement: there is no denying the Brazilian Constitution establishes a capitalist economic model. The constitutional text speaks largely on private property, on the prevalence of freedom of initiative in the conduction of economic dynamics and, all in all, on “negative” rights of State non-interference with private activities⁴⁴ – akin, to some extent, to what subsidiarity doctrine mostly dictates. No legislative or administrative effort intending to do away with the capitalist basic structures of the legal system could be regarded as constitutionally legitimate (e.g., the complete abolishment of private property; the

⁴² Cf. E. Britto, *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*, 2ª ed., São Paulo, 2016, 108 ss.

⁴³ A legal scholar summarizes the topic with the following observation: «Art. 173 of the Constitution [...] only enables the State to act directly in the economy in a supplementary fashion, which is, when the Constitution itself makes such exception, demanding the existence of national security imperatives or of relevant collective interests. From this assumption two principles emerge: that of *subsidiarity* under which the State only intervenes directly in the economy on express cases mentioned in the Constitution; and that of *abstention*, according to which the State must not engage in economic activities, excluding or competing with private initiative, except under the afore-mentioned circumstances.» (A. Saddy, *Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, 124).

⁴⁴ Cf. V. Moreira, *A ordem jurídica do capitalismo*, 4ª ed., Lisboa, 1987, *passim*.

nationalization of entire economic sectors paying no mind to private activity). But the Constitution also contains, all the same, a wide set of social, nationalist, interventionist and promotional norms which may require, to different degrees, the State socioeconomic intervention for their greater realization⁴⁵. These are “positive” rights, for they authorize or even demand, under many circumstances, that the State take positive actions towards social and economic processes, instead of mere State omissions (duties of “non-disturbance”).

In spite of the privatizing reforms that took place during the 1990’s (or “subsidiary reforms”, some would argue), the protection of a private sphere of operation in the economy against arbitrary State intrusions is still but one of our constitutional concerns – there are many others, of equal importance. For example: (i) Article 1st, IV states as a foundation of the Brazilian Republic, right next to freedom of initiative, the social value of labor; (ii) Article 3rd includes the fundamental objectives of the Brazilian Republic, such as «creating a free, just and solidary society» (I), «ensuring national development» (II), «ending poverty and reducing social and regional inequalities» (III) and «promoting the good for all, without prejudice of any kind» (IV); (iii) Article 6th sets forth a long list of fundamental “social rights”, such as education, health, nourishment included via Constitutional Amendment No 4/2010), housing (Constitutional Amendment No 26/2000), leisure, transportation (Constitutional Amendment No 90/2015), safety, social security, and others; (iv) Article 170, which structures the economic order, not only repeats the social value of labor, but also declares the order has by primary end «ensuring to all a dignified existence, in conformity with the principles of social justice», based on «national sovereignty» (I), on the «social function of property» (III), on «consumer defense» (V), on «environmental protection» (VI), on «the reduction of regional and social inequalities» (VII), on «the search for full employment» (VIII) and on the «favorable treatment for small firms created under Brazilian laws» (IX).

This vast array of principles – in the legal, normative sense (see section 3) – offers very important grounds for the denial of the constitutional status of subsidiarity. First and foremost, the thesis of a constitutionalized “spontaneous order” in society in contrast with State power must be quickly rejected. As we have seen, subsidiarity holds the elementary belief that the sole economic direction of a political community must be to preserve the “spontaneous social order” – a concept usually to be taken as being the market⁴⁶ –, with a limited State intervention to

⁴⁵ Cf. J.A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35^a ed., São Paulo, 2011, 790 ss.; A.R. Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, 3^a ed., São Paulo, 2011, 123 ss.

⁴⁶ Although, as it happens, some of its proponents will be the first to deny the automatic link between subsidiarity and the free market ideal model. Recently, legal scholars have offered a “softer” approach on the principle of subsidiarity by holding that it is not, in fact, entirely incompatible with some degree of State inter-

regulate, stimulate and complement it. The doctrine surrounding subsidiarity, at least in the way it has been often presented by a majority of Brazilian legal scholars, presupposes a rigid separation between the State and civil society, between public and private spheres⁴⁷, in a classical liberal style. Subsidiarity's logic is bottom line binary: on one side, there would be the State, a behemoth of authority and power; on the other, there would be the space of the economy and especially the market, an environment of freedom, autonomy, equality and self-realization for the individuals which inhabit it. Hence the appearance, in subsidiarity discourse, of a "spontaneous order" to demand defense over unmeasured intrusions by a potentially arbitrary and cumbersome State.

Such a natural order, of course, does not exist in contemporary times, and perhaps never has. For some time now, the belief in a "spontaneously occurring" economic system, derived from human nature itself in an abstract, metaphysical sense, has been abandoned. The "private sphere" of the economy simply cannot survive and develop without an intricate and complex range of interactions, conditionings and guarantees provided by the public sphere – in other words, by the State. Even the freer of markets (akin liberal theorization would have it) is, to quote constitutionalist Eros Grau, «an institution which is born due to a series of certain institutional reforms, and operates grounded on legal norms which regulate, limit and conform it»⁴⁸. The economy and the State are two interconnected and interdependent parts of a same reality: no economic system is able to operate properly without its normative institutionalization by the State, nor can a State survive without a well-ordered economy to provide it with a material basis of resources. Or, to call upon the words of an economist, «there can be no production, and even less so distribution, without power: private power and political power are constantly present in the market»⁴⁹.

And, if this context was true even in times of liberalism heyday, it is most certainly true in today's complex economic reality; and, particularly, when one considers the nature of the Brazilian Constitution. The State is no longer limited to a night watch, arbiter position in regards to economic dynamics (a mostly pas-

vention. Besides traditional "negative" subsidiarity – a limitation of State action upon society – there are authors who argue for a *positive dimension* of subsidiarity, according to which subsidiarity might actually *demand* State action under certain circumstances for its full realization. In this sense: F.A. Marques Neto, *op. cit.*, 13; M.S. D'Oliveira Martins, *op. cit.*, 82 ss.

⁴⁷ For instance: «Therefore, at first one should comprehend that the principle of subsidiarity holds the existence of the binomial private x public, in which on one side there are equal individuals seeking to ensure their rights and freedoms and on the other there is the power of the State, intervening when necessary – in a subsidiary manner – in social relations.» (F.C. Duarte, I.C. Nacle, *op. cit.*, 100 ss.).

⁴⁸ Cf. E.R. Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 15ª ed., São Paulo, 2012, 29 ss.

⁴⁹ Cf. L.C. Bresser-Pereira. *O caráter cíclico da intervenção estatal*, in *Revista de Economia Política*, São Paulo, 1989, 116.

sive form of interaction with the economy). In its current constitutional design, the State effectively takes up promotional duties to act in the economy with the scope of directing it towards normatively defined ends and objectives: ending poverty, reducing social inequalities, realizing social rights, protecting the environment, to name a few.

In other words, the Constitution's economic system does not suggest an ironclad separation between State and the economy. It expressly imposes that the State be present in the country's economic life. The State, therefore, is deemed as a central institution for the proper functioning of the economic organization, not as outsider which only exceptionally – nay, “subsidiarily” – invades the system to correct its flaws. In summary, «the State no longer intervenes in the economic system» – an «intervention», after all, presupposes the entry of a stranger in another's space – «[the State] integrates it. [The State] becomes an agent and a regular participant in its decisions.»⁵⁰⁻⁵¹

More still: subsidiarity's defense of the virtues of the market mechanisms, while constitutionally and economically relevant, does not have enough teeth to embed itself as the primary, or even less still, as the sole constitutional concern conferred to the State. The State ought to pursue a much greater variety of economic goals by promoting sectorial as well as global public policies. These policies may be of a more or less interventive character in accordance with democratic deliberation – but are not simply limited to complementing an occasional lack of private interest or to the strict correction of market failures. Thus, there is a powerful democratic counter-argument against subsidiarity.

As we have recently argued, there are actually multiple constitutional principles to offer legitimacy and direction to the State performance upon the economy. As a matter of fact, market mechanisms may be operating just fine – at least in accordance to theoretical standards of perfect competition and information –, and still the State may be required to act in order to pursue democratically-defined public policies, oriented to the promotion of different constitutional principles other than the ones more market-oriented (freedom of initiative, private competition, etc.).

Nothing immediately evident from the constitutional text suggests the State would need to await, in each and every occasion, for the total depletion of pri-

⁵⁰ Cf. F. Nusdeo, *op. cit.*, 153.

⁵¹ Portuguese scholar Vital Moreira very much summarizes the counter-argument presented here in a passage worthy of transcription in full: «[...] when one considers that nowadays State participation is not an exception, but rather a permanent condition of balance and economic development; that the role of the State is not passive, but rather that upon it fall tasks of economic and social transformation; when one recognizes that now corporations and social groups are also in position to invest against the freedom of the individual, who is before them much less protected than before the State – if this is so, than a *subsidiarity principle seems to have definitely lost its conditions of existence.*» (V. Moreira, *op. cit.*, 156).

vate potentials – as an absolute lack of interest or capability – and only then take action in the economy. In some cases, this sort of empirical evaluation may not be easily assessable; in many others, it may not even be desirable to delay State responses for this long. Which isn't to say, and this much is true, that stimulating and supporting private activities or addressing market failures shall never be legitimate economic objectives under the State's sight: they most definably might be; and if so, they must be tested in democratic debate. The State, nonetheless, is in no way constitutionally bound to implement these objectives exclusively.

This means that our Constitution, if interpreted in its best light, does not favor one single economic ideology⁵² – such as subsidiarity, liberalism, socialism, and the like. Rather, it affirms elements of multiple ideologies. It is filled to the brim with postponing commitments, especially in economic matters. Since the original drafters of the 1988 Constitution – and reformists alike – were unable to reach a solid consensus on what the economic role of the State should have been and to which extent it should be allowed to intervene – in other words, if a more liberal or a more State-oriented model was adequate –, the remaining option was this: to include in the constitutional text different provisions in the form of principles, and thus leave to later legislative efforts the special task of interpreting and implementing the abstract constitutional economic promises⁵³.

For this reason, a feature that many would argue to be our Constitution's greatest flaw might in fact turn out to be its greatest virtue. It is due to the analytical text of our Constitution, which has a lot to say on different economic subjects in languages of different ideological positions, that the Constitution itself may legitimately support a variety of economic State models. It falls to democratic debate, then, to define the exact extent, the nature and the scope of State intervention by adopting one of the many alternatives possible within the constitutional framework⁵⁴.

Such a proposition requires a great dose of modesty on the part of interpreters and, more specifically, on the part of Constitutional Courts in charge of evaluating the constitutionality of economic legislation and other official State acts. It favors democracy over preconceived transcendent propositions – such as subsidiarity or any other all-embracing philosophical doctrine. It aspires to constitutional stability, for it preserves the possibilities of constitutional commitments and leaves ideological argumentation where it belongs: to democratic public debate. Imperfect as it may be, democratic deliberation still remains the main

⁵² Cf. G. Bercovici. *O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo*, available at: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>, access in 01/03/208.

⁵³ Cf. J.V. Santos de Mendonça, *op. cit.*, 232.

⁵⁴ Cf. J.V. Santos de Mendonça, *op. cit.*, 246.

instrument through which a community might attempt to reconcile its multiple legitimate interests into a comprehensive, collective development path.

This same reasoning is applicable to counter-argue subsidiarity in both its broad sense – meaning all types of coercive State activity on society – and its strict sense. Regarding the latter, the “direct State intervention” in the economy is usually the greatest concern of subsidiarity in its economic sense. Article 173 of the Brazilian Constitution does indeed impose relevant restrictions on the creation of State-owned companies and other public enterprises⁵⁵. Such constraints, nevertheless, do not seem to be necessarily as dire and substantial as subsidiarity axioms intend them to be. A more constructive, non-biased interpretation identifies in Article 173 a typical postponing commitment: The Constitution dictates that the creation of State companies is justified whenever «national security imperatives» or «relevant collective interests» so require it – as per defined in legislation⁵⁶. No State-controlled company shall be constitutionally legitimate without democratic deliberation on the reasons for its existence (national security or collective interests). This normative command is not the same as evoking a “subsidiary”, supplementary, *ultima ratio*, last resort, exceptional State action⁵⁷. On the

⁵⁵ Other Constitutions, especially in Europe after the Second Great War, contain similar provisions on State direct economic intervention – the creation of State-owned companies or the nationalization of private firms. It is interesting to notice that many of them, unlike the “restrictive language” adopted by the Brazilian Constitution of 1988 (as read by many of its commentators), expressly refer to a “public economic sector” coexistent with private initiative. The Portuguese Constitution of 1976 mentions three autonomous spheres of property of production factors: the public sector, the private sector and the «cooperative sector» (Article 80th). Similarly, the Italian Constitution of 1947 refers to both public and private economic property (Article 42nd), all the while proclaiming private freedom of initiative (Article 41st). The most noteworthy example, however, seems to be that of the Spanish Constitution of 1974: the text explicitly and directly calls upon «the recognition of public initiative in economic activity» (Article 128th). Notwithstanding the difference in language, the debate on subsidiarity of State economic action more often than not takes similar paths, in Europe and in Brazil. For a defense of the subsidiarity principle (in its economic expression) in Portugal, see: P. Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, 1998, 35 ss.; for the Spanish debate state-of-the-art, see: G.F. Farreres, *Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español*, in D.F. Moreira Neto (org.), *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*, Rio de Janeiro, 2003.

⁵⁶ Let us read Article 173 again, but with a different emphasis: «With the exception of the cases expressly mentioned in this Constitution, direct economic performance by the State shall only be permitted when necessary to national security imperatives or to relevant collective interests, *as per defined in legislation.*»

⁵⁷ Perhaps part of the reason for this prevailing understanding – that direct State performance can only be constitutionally legitimate if its purposes are to *supplement the failures of private mechanisms* – lies on “interpretative echoes” still coming from the *prior constitutional text*. Indeed, the 1967 Brazilian Constitution, after the Constitutional Amendment No 01/1969 – in essence, an entirely new Constitution imposed by the governing Military Dictatorship – stated that «interventions on the economic domain and the monopolization of certain industry or activity are allowed, via federal law, when necessary under reasons of national security or for the organization of sectors which cannot be developed with efficacy under competition and freedom of initiative, with regard to individual rights and guarantees» (Article 163). In spite of the more restrictive language of the constitutional text of 1969 – definitely more restrictive than the current 1988 Constitution – it was during the Military regime that Brazil experienced its period of greatest expansion of the public industrial sector, with the creation of 302 (three-hundred and two) State-owned companies between 1964 and 1985. Most of these com-

contrary, multiple constitutional economic principles can be densified via legislation authorizing the State to perform as an entrepreneur. An exclusively supplementary course of action may, in fact, be considered appropriate after legislative debate; it would, however, be an extreme restriction on legislative efforts – incompatible with the nuances the constitutional language provides – to turn it into an obstinate legal determination. Once again, our Constitution seems to favor democracy over any specific general doctrine.

6. *Constitutional adjudication beyond subsidiarity: lessons from a Brazilian Supreme Court ruling (ADI No 1.923/DF)*

Still, a crucial question remains unanswered: how exactly can the approach suggested here be made to work in the practice of constitutional adjudication? If, on the one hand, the “principle” of subsidiarity (which is not a legal principle at all) is, by its very nature, too restrictive – for any non-subsidiary economic project would be unfairly disregarded as unconstitutional – on the other, the democratic argument, if taken to its extremes, could wind up being too permissive. In any democracy worthy of its name, a constitutional text exists not only to ensure a space of legitimate political pluralism and democratic debate, but also to provide a community with minimal political consensus, undefeatable by majority decision. It is of the essence of a Constitution to impose some restrictions and constraints even to democratically-enacted legislation – and the same applies to laws on the economic role of the State. This is indeed an expression of the most basic challenge posed by judicial review and constitutional adjudication⁵⁸.

It is beyond the purposes of this article to come to grips with such a broad theory. Our goal in this final section, much more modest, is to sketch some possible guidelines for constitutional decision-making which may prove deferent to the democratic nature of our constitutional commitments on economic matters, whilst all the same offering legitimate constitutional constraints on legislation and other State acts – but without the recourse to the ideological propositions of subsidiarity doctrine.

In this sense, some lessons can be taken from an important Brazilian Supreme Court ruling [Supremo Tribunal Federal, or simply STF]. In ADI

panies served governmental purposes of promoting industrialization (infrastructure, energy, telecom, oil, etc.), and a lack of stricter administrative controls offered the incentives for their unsustainable dissemination. (F.L. da Costa; V.Y Miano, *Estatização e Desestatização no Brasil: o papel das empresas estatais nos ciclos da intervenção governamental no domínio econômico*, in *Revista de Gestão Pública*, v. 2, 2013, 152 ss.).

⁵⁸ Cf. J.H. Ely. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, 2016, 08 ss.

No 1.923/DF [Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF]⁵⁹, the Court was faced with examining the constitutionality of the legislation which created, during the 1990's State and Administration reforms, the institution of "social organizations": private non-profit organizations providers of public services such as education, healthcare, scientific research, technological development, environmental protection and cultural activities (Law No. 9.637/1998). After the fulfillment of certain formal conditions, these organizations would be authorized to take part in public budget, along with other instruments of technical and logistical assistance such as the use of government property and personnel, as a means of financing and encouragement by the State⁶⁰.

For a better appreciation of the ruling, a few general words must be said about the Brazilian system of constitutional adjudication and the role STF plays in it⁶¹. By combining elements of both abstract and concrete forms of judicial review, the constitutional text enables STF with the functions of (i) ruling on «direct constitutional actions», akin a European "Constitutional Court" model, by analyzing the abstract compatibility of legislation and other normative acts vis-à-vis the Constitution (Article 102, I, "a"), and (ii) ruling on specific concrete cases as a last instance of judgment, similar to a North-American "Supreme Court" model, which incidentally involve the discussion of constitutional matters (Article 102, III, "a" and "b"). The «Direct Action of Unconstitutionality» [Ação Direta de Inconstitucionalidade] falls under the first model of constitutional adjudication (abstract review of legislation). There are many actors authorized by the Constitution to file this type of action before the STF: The President; the Federal Senate; the Chamber of Congressmen; state governors; The Federal General-Attorney; the Federal Counsel of the Brazilian Order of Attorneys [Ordem dos Advogados do Brasil]; any political party with representation in Congress; syndicate confederations and any nation-wide class association (Article 103).

The ADI No 1923/DF, examined here, was filed by the Workers Party [Partido dos Trabalhadores] and by the Democratic Working Party [Partido Democrático Trabalhista]. Its main point of questioning lied, precisely, on

⁵⁹ The written version of the STF ruling in ADI No 1.923/DF, including the individual votes discussed in this section, is available in full in the official STF website (in the original Portuguese): <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>, access in 05/05/2018.

⁶⁰ Cf. M.S. Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*. 11ª ed., Rio de Janeiro, 2017, 337 ss. After years of experience, however, many fundamental flaws have been pointed out in the model of social organizations, especially due to a lack of a more general public planning and coordination in regards to their creation. On the topic, see: E. B. Moreira, *Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação)*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 46, 2007, available at: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14130>, access in 05/05/2018.

⁶¹ Cf. D.W. Arguelhes; L.M. Ribeiro, *Criatura elou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*, in *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 12, 2016, 407 ss.; O.V. Vieira, *Supremocracia*, in *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 04, 2008, 445 ss.

the new State economic role instated by the legislation. As we have discussed, the 1990's reforms implement a series of constitutional, legislative and administrative measures aspiring to reduce the State to a position of, legal scholars argue, subsidiarity, rearranging on some of its most basic levels the division of tasks between the State and private institutions. And, admittedly, the then newly-founded "social organizations" are a prime illustration of a subsidiarity-guided strategy: Under this governance model, the State supports and encourages private non-profit associations with financial and technical aid in providing public utilities, instead of attempting to offer these services by its lonesome⁶². In the opinion of the ADI's authors, infra-constitutional legislation could not legitimately transfer public services to private actors while restraining State functions in their direct execution, since these services are constitutionally-mandated as a duty to be fulfilled by the State.

Complex as it was, the action gave rise to a rich debate among STF Justices. At the core of the discussion was the topic we just referred to as the basic problem of constitutional adjudication in general, and of constitutional adjudication in economic matters in particular: the never-ending tension between constitutionalism and democracy. Justice Carlos Aires Britto, the first one to vote, ruled in favor of the partial unconstitutionality of Law No 9.637/1998. For him, private participation in the provision of public services, by a constitutional imposition, should only be complementary to that of the State – not the other way around. The administrative model of "social organizations", with its limitation of the State to a strictly encourager and overseer role, would amount to the renouncement of the State constitutional duties on the provision of public services.

Justice Luiz Fux was quick to diverge from this line of thought. By drawing from an opposite argument, he asserted that the Constitution does not itself embed a specific, immutable State model. On the contrary – so the argument proceeded – it is the mission of democratically elected majorities, not of the Constitutional Court, to design in each historical and cultural moment their own projects of State socioeconomic operation. Furthermore, according to Justice Fux, in light of Law No 9.637/1998 the State was not, in fact, avoiding altogether its constitutional duties of providing certain public services to the population; it was framing a different form of service-providing. Instead of the traditional State-oriented direct provision, the legislation opted for a technique based

⁶² Brazilian economist Bresser-Pereira, the intellectual patron of most of the reforms, explains the intention behind the creation of "social organizations". According to him, social organizations are a part of a "public non-State" sector, for they are non-profit organizations which provide the population with basic public services (education, healthcare, culture, etc.). As such, they would allow for a more efficient provision of basic services as well as for greater social control by society: L.C. Bresser-Pereira, *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, São Paulo, 1998, 235 ss.

primarily on the encouragement and the regulation of private non-profit institutions by the State, qualified by law as “social organizations”.

As one may notice, Justice Fux’s opinion fundamentally appeals to democracy. His vote shows a clear concern with the fact that the Constitution, although it burdens the State with active duties of participating in social and economic dynamics, allows for an ample arena of democratic debate as to how, from an operational and administrative standpoint, the State shall comply with its obligations – either through direct provision or the encouragement of private actors, with a vast array of options in between⁶³.

Justice Marco Aurélio, on his turn, raised some interesting objections to the “democratic argument” put across by Fux. His remarks tilted the discussion to the other side of the scale: his concern was no longer with democracy per se, but with the actual constraints imposed by the Constitution on legislation; in other words, with constitutionalism. This is made visible in the following extract of the vote:

In a Rule of Law system, the democratic principle is not the only one worthy of deference. Were that the case, the Constitution would be unnecessary. The basic operational rules for the State, from which arise limits on legislative activity, are inserted precisely in the Higher Law. The majority principle may, sometimes, lead to the enactment of legislation contrary to the Law itself, and the number of rulings by this Supreme Court declaring unconstitutionality, since the promulgation of the 1988 Charter, proves this circumstance. Thus, the Court has the role – not at all simple, one might add – of harmonizing the majority decisions, embedded in legislation passed by the Federal Congress, with the principles and rules of the Federal Constitution.

With these normative considerations in mind, Marco Aurélio’s vote proceeded to rule for the unconstitutionality of Law No 9.637/1998. In his view, similar to that of Justice Aires Britto, the Constitution would dictate that public services necessarily must be provided, to some extent, directly by the State. No legislative or administrative project could be considered constitutional, he said, if it were to exclude direct State participation and limit its role to mere external encouragement. To put it bluntly, in the Justice’s own words: «The constitutional model for the provision of social public services [...] does not go without direct State action [...]», to which he continued, «[t]he State cannot simply exempt

⁶³ In Justice Fux’s words: «As a rule, it falls to the *elected representatives* to define which model of intervention, *direct or indirect*, shall be more effective to the fulfillment of the collective goals demanded by the Brazilian society, by establishing a form of action in accordance with the winning political project in the elections. It was based on this, especially during the last century, that direct State intervention prevailed in many social sectors, as a consequence of the ideals of a Social State.» Available at (in the original Portuguese): <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>, access in 05/05/2018.

itself of the direct execution of [public services] by means of ‘partnerships’ with the private sector».

After much debate, the law on social organizations was ultimately upheld by STF in 2015, by a majority vote. Justices Aires Britto and Marco Aurélio stood outvoted; Justice Fux’s opinion managed to convince the other Court members. Even though it never mentioned the term “subsidiarity”, a constructive interpretation of the ruling’s ratio decidendi may notice that the Court actually rejected the argument central to subsidiarity proponents: based on Fux’s prevailing vote, it ruled that the Constitution itself does not contain a specific State economic model – be that a “subsidiary model” or of any other kind or ideology. Far from it, the Court decided in favor of the Constitution being open the different democratic options in relation to the economic roles of the State:

The Constitutional Court must not plaster and crystalize a specific pre-conceived State model, and thus prevent that, within the constitutional limits, prevailing political majorities in a pluralist democracy may set in motion their governmental projects, shaping the character and the instruments available to public administration in accordance with the will of the community.⁶⁴

This may seem like a paradox, but a paradox it is not. In order to sustain a legislative-build subsidiary public administration model – in this case, the model of “social organizations” –, the Supreme Court had to accept that our Constitution must not impose any specific state model. As a logical consequence comes that if a State-centric model of direct provision of public services, like the one allegedly existent during the period pre-reforms, is not constitutionally-mandated, neither is a Subsidiary State-model intended exclusively with the preservation of individual freedom and of market mechanisms. Precisely because many of the State objectives towards the economy are expressed in the abstract language of constitutional principles, the definition of the State size, activities and specific instruments for their realization is, to large extent, susceptible to democratic definition and adaptation.

Why did this rationale emerge victorious? What was, after all, the constitutional constraint enforced by the Brazilian Court? It surely was respectful to democratic deliberation by upholding a reasonable legislative choice, as Justice Fux envisaged; but it also did pay reverence to constitutionalism – although in a different, more contained manner when compared to the suggestions made by Justices Aires Britto and Marco Aurélio.

⁶⁴ Available at (in the original Portuguese): <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>, access in 05/05/2018.

The decisive consideration in determining the constitutionality of the legislation on social organizations seems to be the following: Law No 9.637/1998, contrary to what the defeated votes argued, did not merely exempt the State from attaining its constitutional obligations towards the provision of public services. In reality, the enactment of the law demonstrated a *prima facie* objective of reinforcing the effectiveness of these services, by selecting an alternative means for their provision: the creation of private social organizations, to be supported and regulated by the State. The Constitutional Court, then, backed up the law not on the grounds that it expressed a supposedly “subsidiary” State model, but for the reason that the State showed a concern with its constitutional economic duties. The concrete advantages and disadvantages of the model were rightfully left to democratic testing and deliberation as a political issue – not as a constitutional determination.

At this final point, a relevant aspect of the argument presented here must be emphasized, as to avoid any misperception. To deny the constitutional status of subsidiarity by no means implies the existence of an opposite constitutional directive – that of a “maximalist State”, so to speak. This is not the guideline arising from the ruling commented here; neither is it the normative claim developed in the previous section. By doing so, one would risk to incur the exact same mistake the approach intends to avoid: to shoehorn a pre-determined State model of one’s political or philosophical preference – a highly interventive, do-all see-all State model – into the democratically open-ended language of our economic Constitution. Which is to say that one could in fact be a feverous supporter of subsidiarity as a good political ideal, on a variety of reasons (moral, economic, emotional) – or any other State economic project, for that matter – all the while being convinced the Constitution does not mandate, in and of itself, that this principle of limited State intervention be always adopted on the legislative level – and still be completely coherent in one’s assertions⁶⁵.

Take, for instance, the 1990’s State and Administration reform, largely discussed during this article, or even the recent “subsidiary measures” implemented by the Brazilian Federal Government, mentioned in the Introduction. These are all political decisions, expressed via democratic legislation, which to great extent rely on concepts derived from subsidiarity, as a means of implementing specific State economic responsibilities. Their undertaking and effectiveness are matters of ordinary politics, not of constitutional law. It would be utterly insensible to simply label them all “unconstitutional” due to their rearrangements of the role of the State. It would be just as insensible, however, to imagine them as constitutional “impositions”, as if no other sound courses of action – subsidiary or not

⁶⁵ For the best development, to our knowledge, of this line of argument in Brazilian legal literature, see: J.V. Santos de Mendonça, *op. cit.*, 230 ss.

– could have been legitimately adopted on the infra-constitutional level by political majorities.

At last, perhaps our economic Constitution's best light resides precisely here: in its radical, democratically-inclusive commitments on the relationship between the State and the economy.

7. *Conclusion*

This article presented a counter-argument against a “principle of subsidiarity” as a part of the Brazilian constitutional economic system. Constitutional commitments expressed on the abstract language of multiple principles – some market-oriented, others of social, interventive and nationalist character – provide the main reason to reject the constitutional status of subsidiarity. Being the State a central element of the constitutionally-defined economic order, its more or less interventive activity, especially in regards to its forms and instruments – ranging from the direct provision of public utilities to the many arrangements of interaction with private actors – ought to be defined over democratic deliberation. As such, a subsidiary course of action may or may not be implemented on the legislative and administrative levels – it is not to be taken, though, as an absolute imposition by the Brazilian Constitution.

In this context, constitutional adjudication, more specifically when conducted by the Constitutional Court, should be modest and self-restrained: It should refrain from striking down democratic legislation and other State acts based on particular pre-conceived State models, as if they were inscribed in the constitutional text itself – even a “subsidiary State” model. Its main function, rather, must be that of preserving the spaces of legitimate democratic debate provided by the Constitution. Still, this does not imply that there are no substantial standards to be enforced by courts. Although deferent to democracy, the Constitution imposes, by its multiple principles, a series of duties upon the State to act towards social development and transformation. When examining the constitutionality of laws and other State official acts, then, courts devoted to the effectiveness of the Constitution must analyze if the State is, noticeably, showing a reasonable degree of concern with the practical implementation of its positive responsibilities – be that via subsidiarity-guided strategies or via other economic programs supported by a variety of constitutional principles.

Intervento dello Stato, Costituzione economica e il c.d. “principio di sussidiarietà”: il dibattito brasiliano

L'articolo tratta dell'esistenza e dell'applicazione del “principio di sussidiarietà” nella Costituzione brasiliana del 1988, come criterio per il legittimo intervento dello Stato nell'economia. Innanzitutto, si analizzano gli argomenti a favore dell'applicazione di tale principio, che rinviene le sue fonti formali nella Costituzione brasiliana. In secondo luogo, il saggio nega alla sussidiarietà la dignità di principio costituzionale, poiché tende a incorporare uno specifico modello economico di Stato nella Costituzione. Una lettura democraticamente orientata sostiene, invece, che gli obblighi costituzionali possono supportare più modelli economici – che possono essere più o meno orientati allo Stato. Infine, l'articolo offre alcune linee guida di giustizia costituzionale su questioni economiche che vanno oltre la dottrina della sussidiarietà, traendo ispirazione da un'importante sentenza della Corte suprema brasiliana (“ADI n. 1.923/DF”).

State intervention, economic constitution, and the so-called “principle of subsidiarity”: the Brazilian debate

The article discusses the existence and the application thereof of a “principle of subsidiarity” in the Brazilian Constitution of 1988, as a criterium for the State legitimate intervention in the economy. First, it analyses the arguments in favor of such principle which indicate its formal sources in the Brazilian Constitution. Then, the paper rejects the status of subsidiarity as a constitutional principle, for it tends to embed a specific economic State model in the Constitution. A democratically open reading holds that constitutional commitments may support multiple economic roles for the State – which may be more or less State-oriented. Finally, the article offers some guidelines for constitutional adjudication on economic matters beyond the doctrine of subsidiarity, by drawing inspiration on an important Brazilian Supreme Court ruling (“ADI No 1.923/DF”).

La tutela giurisdizionale dei concorrenti a un procedimento ad evidenza pubblica: l'interesse all'aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali

Saul Monzani

SOMMARIO: 1. Premessa: l'onere di immediata impugnazione delle previsioni di gara. – 2. La regola relativa alle c.d. clausole “escludenti” ed il primo tentativo di superamento della stessa con riferimento al tratto procedimentale consistente nella presentazione e valutazione dell’offerta. – 3. La perdurante qualificazione dell’aggiudicazione quale unico “bene della vita” conseguibile con la tutela giurisdizionale e la sostanziale conferma dell’orientamento tradizionale. – 4. L’interesse a formulare un’offerta in un quadro di libera, leale ed effettiva concorrenza quale “bene della vita” ritenuto autonomo rispetto all’aggiudicazione. – 5. La conferma della tesi tradizionale anche nel rinnovato quadro ordinamentale dato dal Codice del processo amministrativo e dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. *Premessa: l'onere di immediata impugnazione delle previsioni di gara*

Di recente, nel panorama della giurisprudenza amministrativa si è affacciata a più riprese una teoria innovativa che ha cercato di introdurre nell’ordinamento un onere esteso e generalizzato di immediata impugnazione, a pena di decadenza, delle clausole dei bandi di gara ritenute illegittime.

In particolare, a fronte di una teoria “tradizionale” che ha sempre propugnato il predetto onere solo con riferimento alle previsioni della *lex specialis* c.d. “escludenti”, ovvero quelle che impediscano la partecipazione alla procedura selettiva, con estensione al limite, come si vedrà, a quelle che ostacolano di fatto, anche se non in assoluto, la partecipazione, è sorta una linea di tendenza secondo cui l’onere in questione dovrebbe in realtà riguardare anche ulteriori clausole.

In particolare, ci si è riferiti, da quest'ultimo punto di vista, alle previsioni di gara che impediscano di formulare un'offerta consapevole, completa e competitiva o, addirittura, a tutte le clausole del bando, ossia ad ogni regola formale e sostanziale che presieda lo svolgimento della competizione nonché a tutti gli atti relativi alla fase precedente l'aggiudicazione.

Sul tema, a testimonianza della vivacità del dibattito formatosi, è intervenuta in più occasioni l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale, a fronte di diverse sollecitazioni a rivedere l'impostazione tradizionale, ha finito sempre per confermare quest'ultima, non cedendo a suggestioni estensive formulate a più riprese, e ciò muovendo sostanzialmente dal presupposto per cui l'interesse ad agire del concorrente di una procedura ad evidenza pubblica sorge e diventa effettivo solo a seguito della mancata adozione a suo favore del provvedimento di aggiudicazione. In tal modo, si è giunti, tra le altre cose, a negare un'autonomia rilevanza ad interessi procedurali che sorgano precedentemente a tale momento, così da ribadire la limitazione dell'onere di immediata impugnazione alle sole clausole "escludenti".

Siffatto approdo cui è pervenuto il supremo consesso della magistratura amministrativa, peraltro, è stato di recente vagliato e confermato anche in relazione ai significativi mutamenti del contesto giuridico di riferimento intervenuti dopo la formulazione della teoria tradizionale, tra cui il Codice del processo amministrativo e, soprattutto, il nuovo Codice dei contratti pubblici, oggetto peraltro di un intervento correttivo da ultimo apportato tramite il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 96.

Ebbene, nonostante le citate novelle legislative abbiano "disegnato" uno schema di processo amministrativo che, in tema di contratti pubblici, ha introdotto, secondo la teoria innovativa, elementi in grado di giustificare un ripensamento della concezione tradizionale maturata in tema di impugnazione dei bandi di gara, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto, con la recente pronuncia del 26 aprile 2018, che tali elementi di novità, seppur di non poca rilevanza, non assumano comunque una portata generale tale da legittimare la proposta generalizzazione dell'onere di impugnazione, a pena di decadenza, di qualsiasi regola del bando, e ciò, come si vedrà, non solo per ragioni di natura giuridico-sistemica, ma anche per motivi pratici.

Così inquadrato il tema della presente trattazione, e al fine di illustrare i più recenti arresti giurisprudenziali intervenuti in merito, occorre preliminarmente effettuare una ricostruzione del relativo panorama giurisprudenziale, tra tentativi di innovazione e prese di posizione dell'Adunanza Plenaria che li hanno sostanzialmente neutralizzati, ribadendo l'impostazione tradizionale.

2. *La regola relativa alle c.d. clausole “escludenti” ed il primo tentativo di superamento della stessa con riferimento al tratto procedimentale consistente nella presentazione e valutazione dell’offerta*

Secondo l’impostazione definita in premessa come “tradizionale”, le clausole illegittime della *lex specialis* di gara, in quanto contenute in un atto amministrativo generale, sono impugnabili, non immediatamente con la pubblicazione degli atti di gara, ma solo unitamente ai provvedimenti applicativi che intervengono nel corso o al termine della procedura di selezione, con la sola eccezione delle previsioni che, prescrivendo il possesso di determinati requisiti soggettivi in capo all’aspirante concorrente, precludono fin dall’inizio la sua partecipazione alla gara, così provocando immediatamente una lesione concreta ed attuale della propria posizione di interesse¹.

Come già accennato, il presupposto fondamentale su cui si basa la prospettiva ora in esame è da individuarsi nel richiamo alle condizioni generali dell’azione giurisdizionale rispetto ad un atto amministrativo di carattere generale, con particolare riferimento all’interesse a ricorrere.

In tale ottica, è principio consolidato quello per cui «nel processo amministrativo l’interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza dei requisiti che qualificano l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall’effettiva utilità che potrebbe derivare a quest’ultimo dall’annullamento dell’atto impugnato»². In sostanza, l’esercizio dell’azione giurisdizionale presuppone una lesione della sfera giuridica del ricorrente connotata dai tratti della personalità, attualità e dell’utilità rispetto all’interesse fatto valere e protetto dall’ordinamento³.

Sul punto si è ulteriormente statuito, pervenendo alle medesime conclusioni ma con altri termini, che nel giudizio amministrativo «sussiste interesse al ricorso se la posizione azionata dal ricorrente lo colloca in una situazione differente dall’aspirazione alla mera ed astratta legittimità dell’azione amministrativa genericamente riferibile a tutti i consociati, se sussiste una lesione della sua posizione

¹ In tal senso rileva, *in primis*, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 1, in *Foro amm.*, 1998, 327, nonché, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5602, in *Foro amm.*, 2001, 2821; Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2001, n. 4529, *ivi*, 2043; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2001, n. 3264, *ivi*, 6; Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2001, n. 149, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 766; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2000, n. 707, in *Foro amm.*, 2000, 512; Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 1999, n. 90, *ivi*, 1999, 97; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 1998, n. 591, *ivi*, 1998, 2350.

² Tra le tante, in tal senso, si v. Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2011, n. 4507, in *Foro amm. CdS*, 2011, 2403. In senso conforme, più recentemente, Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2017, n. 934, *ivi*.

³ Sul punto cfr. R. Villata, *Intesse ad agire – Diritto processuale amministrativo (ad vocem)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 1 ss., *ivi* ulteriori riferimenti. In tema si v. anche R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo) – (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 468 ss.

giuridica, se è individuabile un' utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento e se non sussistono elementi tali per affermare che l'azione si traduce in un abuso della tutela giurisdizionale»⁴.

Ancora, si è precisato come non si possa individuare un effettivo interesse ad agire a prescindere da una utilità concreta che deriverebbe alla parte dall'eventuale accoglimento dell'impugnazione, con la ulteriore conseguenza che non risulta meritevole di tutela un interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica, in assenza di riflessi pratici sulla decisione adottata⁵.

Così, sulla scorta di tali premesse, si è ritenuto costantemente che siano idonee a ledere immediatamente l'interesse protetto solamente le previsioni che precludono la partecipazione alla procedura selettiva da parte dei soggetti privi dei requisiti soggettivi richiesti⁶, e ciò proprio in considerazione del fatto che i requisiti dell'attualità e concretezza della lesione risulterebbero soddisfatti solo nel momento in cui l'effetto pregiudizievole scaturisca direttamente dal provvedimento in virtù di un rapporto di causalità tra atto e lesione dell'interesse, e non dipenda da eventi futuri o incerti.

Le clausole in questione, da tale punto di vista, si riferiscono a situazioni preesistenti al bando e del tutto indipendenti dal successivo svolgimento della procedura, le quali attengono alla sfera giuridica personale dell'aspirante aggiudicatario e ricollegano a tale situazione un effetto giuridico diretto ed immediatamente lesivo consistente, in caso di carenza dei requisiti soggettivi richiesti, nell'impossibilità di partecipazione alla procedura di selezione o nella esclusione dalla stessa.

Un'ulteriore condizione ai fini della sussistenza di un onere di immediata impugnazione è stata individuata nella percepibilità della valenza lesiva della prescrizione, ossia nella possibilità da parte dell'interessato di effettuare una autovalutazione, senza che si rendano necessari giudizi di tipo tecnico o discrezionale da parte della stazione appaltante. In tale ottica, l'onere in parola deve considerarsi differito all'assunzione del provvedimento applicativo nei casi in cui la clausola in questione risulti ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni da parte della stazione appaltante in sede di ammissione dei concorrenti oppure quando

⁴ Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 389, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sempre nel senso che «Nel processo amministrativo, l'interesse a ricorrere, pur in presenza di atti in ipotesi illegittimi, può dirsi sussistente solo qualora essi siano in grado di arrecare un "vulnus" al ricorrente non essendo, viceversa, consentito ricorrere in giudizio per il mero ripristino della legalità», si v. Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 2017, n. 1192, *ivi*.

⁵ Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2017, n. 70, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶ Sul punto cfr. G. Mari, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza plenaria e della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. edilizia.*, 2003, 1046 ss.

l'accertamento del possesso del requisito di partecipazione comporti una valutazione caratterizzata da una certa complessità tecnica⁷.

In tale scenario, si è innestato un primo tentativo di superamento ed evoluzione della teoria tradizionale con riferimento ad autonomi interessi che emergerebbero già in concomitanza con la fase di presentazione dell'offerta e della sua conseguente valutazione, quindi prima ed a prescindere dal provvedimento finale consistente nell'aggiudicazione.

Così, un onere di immediata impugnazione è stato affermato, ad esempio, nel caso in cui le prescrizioni di gara rendano effettivamente impossibile, per la formulazione di criteri di aggiudicazione imprevedibili ed arbitrari, il calcolo di convenienza tecnica ed economica che deve essere necessariamente effettuato da qualsiasi soggetto che intenda partecipare ad una gara pubblica⁸.

Proprio partendo da quest'ultimo presupposto, si è anche individuato un onere di immediata impugnazione con riferimento alla clausola del bando di gara che prescriva una modalità di determinazione della soglia di anomalia delle offerte difforme dalla disciplina di legge e ciò in quanto l'inosservanza della disciplina in materia di offerte anomale sarebbe suscettibile di produrre effetti distorsivi della concorrenza, incidendo, così, sulla sfera giuridica dei soggetti economici che partecipano alla gara in un momento precedente a quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa⁹.

Ancora in tema di anomalia dell'offerta, è stata considerata immediatamente lesiva, dunque immediatamente impugnabile a prescindere dall'esito della selezione, la previsione della esclusione automatica delle offerte anomale. Ciò considerato che l'automatismo dell'esclusione sarebbe suscettibile di ledere gli interessi di ciascun concorrente il quale, al momento della presentazione delle offerte, non

⁷ Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683, in *Foro amm. CdS*, 2002, 698; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2002, n. 1342, *ivi*, 666; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2002, n. 904, *ivi*, 411; Cons. St., 24 ottobre 2001, n. 5602, in *Foro amm.*, 2001, 2821; Cons. St., 18 dicembre 2000, n. 6770, *ivi*, 2000, 12; Cons. St., sez. VI, 10 agosto 1999, n. 90, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1216. Più di recente si v., in tal senso, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 5 aprile 2012, n. 3166, in *Foro amm-Tar*, 2012, 1219; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 27 febbraio 2009, n. 420, *ivi*, 2009, 579.

⁸ Cons. St., sez. V, 11 gennaio 1999, n. 1757, in *Foro amm.*, 1999, 76, secondo cui «È di per sè lesiva e, come tale, è immediatamente impugnabile la clausola di un bando per un concorso di idee relative alla progettazione di un'opera pubblica che attribuisce il maggior punteggio al progetto il cui costo più s'avvicini alla media aritmetica dell'insieme dei costi di tutti i progetti presentati, in quanto siffatto criterio s'appalesa "ex se" manifestamente irrazionale, nella misura in cui, in un concorso di progettazione preliminare di opere, ciascun progetto prefigura un'opera diversa, con caratteristiche sue proprie anche per ciò che attiene al costo di costruzione, che non è mediabile con gli altri progetti, di talché l'aggiudicazione finisce con il dipendere da elementi assolutamente imprevedibili ed arbitrari, la cui applicazione dipende non da scelte interpretative della p.a., bensì direttamente dalla volizione del bando». In senso analogo cfr. anche Cons. St., sez. V, 14 maggio 2001, n. 2645, in *Foro amm.*, 2001, 1198.

⁹ Cons. St., sez. V, 23 maggio 2000, n. 2990, in *Foro amm.*, 2000, 1757. In tema si v. F. Martinelli, M. Santini, *La lesività immediata delle clausole contenute nei bandi di gara: nuove ipotesi al vaglio del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2000, 1225 ss.

è in grado di conoscere la percentuale in cui venga a collocarsi la soglia dell'anomalia, in quanto, evidentemente, non a conoscenza delle offerte degli altri concorrenti, cosicché l'automatismo in parola determinerebbe l'aumento del rischio di inaccettabilità di ciascuna offerta¹⁰.

Inoltre, si è statuito che è immediatamente lesiva la clausola inerente al difetto di pubblicità della gara, con particolare riferimento alla fase di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte economiche, posto che la violazione del principio di pubblicità è neutro e non discende o non s'attualizza con l'aggiudicazione, con conseguente onere di immediata impugnazione¹¹.

Un ulteriore ambito assunto ad eccezione rispetto al principio generale di non immediata impugnabilità delle previsioni generali di una procedura selettiva è quello relativo alle clausole che impongano determinati oneri formali ai soggetti partecipanti, riguardando, perciò, non requisiti di ammissione, bensì le modalità di presentazione delle offerte. In tale ottica sono state ritenute immediatamente impugnabili le clausole che prescrivano, a pena di esclusione, la presentazione, entro un termine di decadenza, di un certificato o di un attestato acquisibile d'ufficio dalla stazione appaltante¹², oppure che impongano, sempre a pena di esclusione, particolari adempimenti di carattere formale o procedimentale per la presentazione delle offerte, nel qual caso, parimenti, «l'interesse all'impugnazione si manifesta immediatamente poiché il ricorso mira a denunciare vizi estrinseci del procedimento»¹³.

Sempre nel medesimo ordine di idee, si colloca la statuizione per cui «l'impresa partecipante ad una gara pubblica è tenuta ad impugnare immediatamente, senza attendere l'atto applicativo, le clausole del bando (o della lettera di invito) relative ai criteri per la scelta del contraente ed al *modus procedendi* fissato per il funzionamento della commissione giudicatrice, in tutti i casi in cui ne faccia discendere in via immediata e diretta sia l'illegittimità dell'aggiudicazione ad altra impresa, sia il pregiudizio sofferto»; ciò sul presupposto, secondo tale impostazione, che «l'asserita lesività di tali clausole non si manifesta per la prima volta con l'aggiudicazione», ma nel momento anteriore in cui sono state introdotte regole «con le quali l'amministrazione autolimita la propria libertà di apprezzamento»¹⁴.

¹⁰ Cons. St., sez. IV, 5 luglio 1999, n. 1158, in *Foro amm.*, 1999, 1430.

¹¹ Cons. St., sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884, in *Foro amm.*, 2000, 1747.

¹² Cons. St., sez. V, 11 maggio 1998, n. 225, in *Foro amm.*, 1998, 1409.

¹³ Cons. St., sez. V, 4 aprile 2002, n. 1857, in *Foro amm. CdS*, 2002, 915.

¹⁴ Cons. St., sez. V, 11 luglio 2001, n. 3852, in *Foro amm.*, 2001, 1985; Cons. St., sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884, cit.; Cons. St., sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, in *Foro amm.*, 1999, 703. Diversamente, nel senso che l'impugnazione delle clausole del bando di gara prescrive della possibilità di valutazione congiunta del prezzo e degli elementi tecnici è tempestivamente proposta unitamente a quella dell'aggiudicazione, cfr. Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, in *Foro amm.*, 2001, 1. In tema si v. F. Martinelli, M. Santini, *Il Consiglio di Stato si divide sull'impugnazione dei bandi di gara*, in *Urb. e app.*, 2002, 313 ss.

In altri termini, ad avviso dell'orientamento ora in considerazione, «l'effetto lesivo direttamente emergente dai criteri di valutazione delle offerte come stabiliti nel bando di gara ha caratteri di immediatezza e deve essere fatto valere in termini di decadenza con la impugnativa diretta del bando stesso»¹⁵.

3. *La perdurante qualificazione dell'aggiudicazione quale unico "bene della vita" conseguibile con la tutela giurisdizionale e la sostanziale conferma dell'orientamento tradizionale*

Nello scenario dinamico appena succintamente ricostruito, è intervenuta in una prima occasione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁶, la quale ha provveduto sostanzialmente a porre al riparo la posizione tradizionale dalle descritte "tentazioni" evolutive, e ciò ribadendo i principi consolidati in tema di interesse a ricorrere i quali, secondo tale autorevole presa di posizione, inducono a ritenere che l'impugnazione degli atti di gara possa e debba avvenire solo unitamente al relativo provvedimento applicativo, con l'eccezione delle clausole riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva che, come tali, siano in grado di estromettere l'interessato dalla stessa¹⁷.

Aderendo a tale prospettiva, il supremo consesso della magistratura amministrativa ha ritenuto di continuare ad individuare l'aggiudicazione come unico "bene della vita" cui il concorrente di una procedura ad evidenza pubblica può legittimamente aspirare, rifiutando, al contempo, di riconoscere autonoma rilevanza ad interessi diversi, quale quello alla astratta legittimità della procedura di

¹⁵ Cons. St., sez. V, 24 dicembre 2001, 6386, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro amm. CdS*, 2003, 66, con nota di P. Pizza, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*. In tema cfr. anche D. Vaiano, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 693 ss.; P. Chirulli, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Giust. civ.*, 2004, 547 ss.; R. Montanaro, *Impugnazione immediata dei bandi di gara: spunti dall'Adunanza plenaria*, in *Foro it.*, 2004, 347 ss.; L.R. Perfetti, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.; G. Caruso, *La Plenaria abbandona una tendenza pericolosa che impediva il sindacato sulle altre postille*, in *Guida al dir.*, 2003, 6, 81 ss.

¹⁷ Sul punto cfr. C.E. Gallo, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara: una pronuncia di assestamento*, in *Urb. e app.*, 2003, 430, il quale rileva che l'onere di immediata impugnazione deve essere riferito alle utilità che il provvedimento può arrecare o al danno che può immediatamente provocare; ciò posto, secondo l'A., nei procedimenti di gara, l'utilità del bando consiste nella partecipazione e l'effetto sfavorevole nell'esclusione. Ne deriva, in tale impostazione, che l'interesse all'impugnazione da parte del ricorrente è certamente condizionato rispetto all'esito della procedura e che, pertanto, la previsione di un onere di immediata impugnazione si giustifica solo quando l'applicazione della clausola di per sé comporti l'esclusione senza nessun'altra valutazione e allorché l'esclusione debba avvenire *in limine*: in tal caso il partecipante che non possieda i requisiti richiesti per l'ammissione non detiene alcun interesse alla gara che vada oltre la contestazione del bando, mentre in tutti gli altri casi l'impugnazione non può che essere posticipata.

gara, cui, viceversa, è stato riconosciuto un rilievo meramente procedimentale e strumentale, non essendo altro che un aspetto ed un riflesso dell'interesse primario all'aggiudicazione. In tale ottica, si è confermato che l'eventuale illegittimità della procedura acquisterebbe significato e rilievo soltanto nel momento in cui comporti il diniego dell'aggiudicazione, venendo così a ledere effettivamente l'interesse protetto di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara. In altre parole, l'interesse legittimo tutelabile, secondo la prospettazione ora in esame, coincide solo con l'interesse all'aggiudicazione della gara.

Coerentemente, è stato affermato, sul piano della tecnica della tutela giurisdizionale, che l'onere di immediata impugnazione deve essere collegato ad una previsione che, come quelle in tema di requisiti soggettivi di partecipazione, risulti esattamente e storicamente identificata, preesistente alla gara e non condizionata dal suo svolgimento e, di conseguenza, in grado di provocare una lesione immediata e diretta della sfera giuridica del concorrente o aspirante tale¹⁸.

Viceversa, le teorie volte ad ampliare l'onere di immediata impugnazione a fattispecie diverse ed ulteriori rispetto alle clausole "escludenti", sono state considerate non coerenti con il principio generale che riconnette siffatto onere alla sussistenza di una lesione non potenziale, ma concreta ed attuale, così da risultare inammissibile «una impropria e non condivisibile frammentazione dell'unico interesse protetto in un fascio diverso di interessi, ai quali si vorrebbe fornire, attraverso l'immediata impugnazione del bando, tutela autonoma ed anticipata» relativamente a fattispecie in cui l'elemento lesivo è solo potenziale.

Per tale via, peraltro, sempre secondo la autorevole posizione in considerazione, si perverrebbe ad attribuire impropriamente alla giurisdizione amministrativa la finalità e i connotati di una giurisdizione di tipo obiettivo incompatibile con l'attuale configurazione del processo amministrativo come processo di parti, espressione di una giurisdizione di tipo subiettivo.

Analogamente, si è ritenuto in dottrina¹⁹ che conferire autonoma dignità e rilievo all'interesse che la procedura di scelta del contraente sia effettuata nel rispetto delle norme che vincolano la pubblica amministrazione significherebbe attribuire la dignità di situazioni giuridiche protette a meri interessi procedimentali, cioè a situazioni non aventi ad oggetto diretto l'ambizione a conseguire determinati "beni della vita", riferendosi, invece, a fatti procedimentali che solo indirettamente o mediamente afferiscono a tale ambizione "sostanziale", così da frammentare l'unitario interesse protetto del partecipante ad una procedura selet-

¹⁸ Nel medesimo senso si v. anche Cons. St., sez. III, 24 maggio 2013, n. 2841, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1205; T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 2 ottobre 2013, n. 467, in *Foro amm.-TAR*, 3119.

¹⁹ S. Baccarini, *Clausole "non escludenti" dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 2002, 400 ss.; R. Villata, "Novità" in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 912 ss.

tiva pubblica in un fascio di situazioni a protezione anticipata. In tale prospettiva, la legittimità del comportamento della pubblica amministrazione è visto solo come uno strumento della tutela giurisdizionale offerta e non come il fine verso cui la tutela stessa tende, il quale consiste nel rendere possibile il pieno conseguimento del bene della vita ricercato. Ne deriva, sempre secondo tale opinione critica, che l'interesse sostanziale protetto non dovrebbe considerarsi leso dall'astratto contenuto precettivo del bando, al quale sarebbe normalmente ricollegabile un *vulnus* solo potenziale, bensì dal concreto regolamento di interessi dettato dal provvedimento finale, ossia dall'aggiudicazione²⁰.

Così, sulla base delle argomentazioni appena ricostruite, l'Adunanza Plenaria ha proceduto a chiarire la non immediata impugnabilità delle clausole riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara, nonché di quelle che condizionano, anche indirettamente, la predisposizione dell'offerta economica o tecnica, in quanto riguardanti i criteri di aggiudicazione o di formulazione dell'offerta oppure i criteri di valutazione nelle prove concorsuali, ed, infine, delle previsioni di gara riguardanti i criteri di determinazione della soglia di anomalia²¹. Ancora, alla stessa conclusione si è pervenuti con riferimento alle clausole che prevedano l'esclusione automatica dell'offerta anomala ed, infine, relativamente alle previsioni che definiscano particolari oneri formali di partecipazione²².

Ad onor del vero, una "concessione" in senso evolutivo, sia pure limitata, è stata effettuata dai magistrati amministrativi in occasione della pronuncia ora in commento, nel momento in cui si è ritenuto di non escludere un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera d'invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano ai fini della partecipazione oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della procedura e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla selezione²³. Ciò avverrebbe, ad esempio, ove la *lex specialis* di

²⁰ Sul punto P. Pizza, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 743 ss.

²¹ In tema, si v. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 4 novembre 2013, n. 9373, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 settembre 2013, n. 1036, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2679, secondo tali sentenze, in particolare, non sono suscettibili di impugnazione immediata le clausole relative alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della Commissione giudicatrice.

²² In senso conforme cfr. Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7893, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3565.

²³ Negli stessi termini si v. Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3261, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1604; Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135, *ivi*, 2011, 3439; Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 5434, *ivi*, 2011, 3153. Su quest'ultima pronuncia si v., per un commento, D. Ponte, *Gare: con la lex specialis senza effetti escludenti non scatta l'impugnazione immediata del bando. Consolidato l'orientamento che vieta la commistione fra i titoli di partecipazione e quelli della valutazione*, in *Guida al dir.*, 2011, 43, 96 ss. Sempre nel senso indicato si v. anche T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 1° luglio 2013, n. 6488, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2363; T.A.R. Umbria, sez. I, 1° luglio 2013, n. 350, *ivi*, 2287. In tema si v. anche Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245, in *Giur. Cost.*, 2016, 2187, la quale ha dato conto del fatto che è acquisizione consolidata che i bandi di gara e di concorso e le

gara, discostandosi macroscopicamente dall'obbligo del *clare loqui*, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare e in modo da risultargli direttamente e immediatamente preclusa la partecipazione. In tal senso, tali clausole sono apparse assimilabili, ai fini in esame, a quelle riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, con conseguente sottoposizione alla medesima regola in tema di onere di immediata impugnazione.

Successivamente, sempre l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è tornata sull'argomento, anche se considerato dalla diversa prospettiva, su cui ci si soffermerà ancora in seguito, della legittimazione a ricorrere del soggetto non partecipante alla gara, la quale è stata considerata sussistente, oltre che nei casi di impugnazione di una clausola del bando "escludente", anche con riferimento alla posizione di chi intenda contestare, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura o dell'operatore economico "di settore" che censuri un affidamento diretto disposto senza gara²⁴.

4. *L'interesse a formulare un'offerta in un quadro di libera, leale ed effettiva concorrenza quale "bene della vita" ritenuto autonomo rispetto all'aggiudicazione*

La descritta presa di posizione dell'Adunanza Plenaria non ha comunque sopito il dibattito in tema, essendo viceversa emersa una concezione per cui il "bene della vita" cui legittimamente può aspirare il concorrente ad una procedura ad evidenza pubblica può essere individuato anche nell'interesse ad essere posto nella condizione di formulare un'offerta consapevole, completa e competitiva.

In tale ottica, si è considerato il caso del concorrente che nel predisporre la propria offerta sia stato influenzato e condizionato dalla formulazione delle regole di gara, in ipotesi illegittime, con particolare riferimento alla individuazione dei criteri di valutazione²⁵. In tale fattispecie, si è riconosciuta la possibilità che

lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato, con l'eccezione delle ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta.

²⁴ Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1132. Nel senso che sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando o della lettera di invito laddove si intenda contestare in radice la decisione dell'Amministrazione di avviare la procedura concorsuale, si v. anche, tra le altre, T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 10 aprile 2013, n. 1902, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 1268.

²⁵ Sul punto cfr. M. Berra, *Impugnazione del bando di gara tra immediata lesività ed acquiescenza*, in *Urb. e app.*, 2004, 381.

il concorrente, o aspirante tale, abbia finito per avanzare una proposta diversa da quella cui sarebbe naturalmente pervenuto, e ciò, ad esempio, per aderire a criteri di valutazione formulati in maniera illegittima nel momento in cui essi non consentano di apprezzare adeguatamente le offerte, e le loro specificità, in relazione alle necessità esposte dalla stazione appaltante.

Da tale angolo visuale, pertanto, si è sostenuto che l'interesse a poter svolgere la propria migliore offerta, e di dispiegare appieno la propria forza competitiva, possa costituire un "bene della vita" autonomo e distinto rispetto all'aggiudicazione, che matura in una fase antecedente a quella finale, così da meritare una tutela giurisdizionale indipendente ed autonoma. In altri termini, secondo l'impostazione in commento il valore tutelato dall'ordinamento potrebbe essere individuato non solo nell'aggiudicazione, ma anche nella possibilità di effettuare un corretto calcolo di convenienza economica in ordine ad una valida formulazione dell'offerta²⁶, quale interesse strumentale all'aggiudicazione e tuttavia autonomo e distinto da quest'ultima, così da dover essere fatto valere prima ed indipendentemente dalla medesima²⁷.

Nelle fattispecie come quelle fin qui evocate, infatti, verrebbero ad essere violati i «cardini procedurali della concorrenza e della *par condicio* tra tutti i partecipanti alla gara», così da pregiudicare, non solo il soggetto maggiormente efficiente che, in una cornice di regole corrette, sarebbe posto in grado di pervenire all'offerta migliore, ma anche la stazione appaltante che, appunto, potrebbe finire per privarsi delle condizioni più competitive ottenibili per effetto di una libera, leale ed effettiva concorrenza²⁸. Sulla scia di tale impostazione,

²⁶ Sul concetto di "valida" o "corretta" formulazione dell'offerta, cfr. Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1463, in *Foro amm. Cds*, 2011, 911; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 18 gennaio 2012, n. 95, in *Foro amm.-Tar*, 2012, 306; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 14 gennaio 2011, n. 59, *ivi*, 2011, 273; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 24 luglio 2006, n. 6295, *ivi*, 2006, 2511, nonché T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 10 agosto 2009, n. 4572, *ivi*, 2009, 1972, che fa riferimento all'interesse alla formulazione di una offerta «attendibile sotto il profilo tecnico o economico». Da ultimo, nel senso che «sussiste l'onere di immediata impugnazione di clausole della *lex specialis* di gara quando sia evidente che le clausole gravate sono assolutamente irragionevoli, tali da non consentire una valida formulazione dell'offerta da parte dei potenziali partecipanti e da rendere impossibile quel calcolo di convenienza economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter effettuare, all'atto di valutare se partecipare o meno a una procedura competitiva», cfr. T.A.R. Molise, sez. I, 16 luglio 2013, n. 490, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2435.

²⁷ In tema si v., di recente, T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 23 ottobre 2012, n. 1702, in *Foro amm.-Tar*, 2012, 3339, ove una clausola che recava il divieto di presentare offerte in aumento è stata considerata, ancorché non annoverabile fra quelle che impediscono *ex ante* la partecipazione alla gara, come incidente in modo obiettivo e assolutamente prevedibile sulla formulazione dell'offerta, così da determinare *ex se* una lesione attuale ed effettiva dell'interesse alla partecipazione.

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671, in *Foro amm. Cds*, 2013, 3533, su cui sia consentito il rimando a S. Monzani, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza*, *ivi*. In senso analogo si v., tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343, in *Guida al diritto*, 2016, 47, 88, la quale ammette la immediata impugnazione del bando qualora la *lex specialis* di gara non consenta un'adeguata ponderazione dell'offerta; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2016, n. 510, *ivi*, 11, 102; Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2015, n. 3104, in *www.giusti-*

si è propugnato l'onere di immediata impugnazione quando ricorrano: a) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; b) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; c) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; d) imposizione di obblighi *contra ius* (per esempio, l'imposizione di una cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto); e) gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come, ad esempio, quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario), ovvero quando siano presenti formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di zero punti); f) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando dei costi della sicurezza «non soggetti a ribasso»²⁹.

Alla stessa conclusione si è giunti con riferimento alla decisione di adottare quale criterio di valutazione quello del massimo ribasso, in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel qual caso il concorrente che si ritenga danneggiato dalla scelta di siffatto criterio è stato ritenuto soggetto all'onere di impugnare immediatamente la documentazione di gara nella parte in cui lo prevede, senza attenderne l'esito³⁰.

zia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2009, n. 7441, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2539; Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2007, n. 1441, *ivi*, 2007, 922. Per un commento cfr. L. Lombardi, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, in *Urb. e app.*, 2007, 997 ss.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671, cit., *ivi* ulteriori riferimenti.

³⁰ Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 2, I, 424, secondo cui, in tale fattispecie, sussistono tutte le condizioni per l'impugnazione immediata, ovvero: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale. Nel medesimo senso anche T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 18 dicembre 2017, n. 1449, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ancora più recentemente nel medesimo senso, cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 1 febbraio 2018, n. 264, *ivi*, secondo cui «Circa l'onere di immediata impugnazione del bando di gara, per ciò riguarda il criterio di aggiudicazione (vale a dire la regola fondamentale della gara) ogni contestazione concernente la presunta illegittimità dei criteri fissati... deve costituire oggetto di immediata impugnazione poiché incidente sulle regole della competizione concorrenziale. Tale profilo è, peraltro, strettamente connesso a quello della legittimazione a ricorrere poiché la società ricorrente (che solo all'esito della procedura di gara contesta la presunta erroneità del criterio di aggiudicazione), ha comunque accettato "le regole della competizione", presentando la propria offerta. Una tale condotta assume di conseguenza valore di atto dispositivo dell'interesse a che lo scrutinio dei concorrenti si svolga secondo un differente criterio di selezione, rendendo non meritevole di tutela il soggetto che sia stato danneggiato da una scelta – quella di non contestare le regole ritenute erroneamente poste dalla *lex specialis* – che egli deve necessariamente imputare a sé medesimo».

In definitiva, dalla prospettiva ora assunta, le clausole che impediscano ai concorrenti una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta economica acquisirebbero una valenza lesiva nel momento in cui viene formulata l'offerta, e quindi in una fase che precede ed è autonoma rispetto a quella dell'aggiudicazione, pur essendo, al tempo stesso, strumentale a quest'ultima³¹.

Ne deriva, pertanto, che, così ragionando, la lesione concreta ed attuale dell'interesse all'aggiudicazione si verificherebbe non solo con riferimento alle clausole che impediscano, illegittimamente, la partecipazione alla selezione, ma anche relativamente a quelle previsioni che, altrettanto illegittimamente, alterino il corretto processo di formulazione dell'offerta dato che, pure in quest'ultimo caso, il concorrente si troverebbe impossibilitato a partecipare alla gara o comunque, pur potendo prendervi parte, vedrebbe minata la propria aspirazione a conseguire l'aggiudicazione a seguito della presentazione della migliore proposta possibile.

In definitiva sul punto, le argomentazioni fin qui illustrate hanno spinto un filone della giurisprudenza nazionale a riconoscere l'onere di immediata impugnazione degli atti di gara con riferimento, non solo alle clausole che impediscano l'ammissione in sé alla procedura selettiva, ma anche a quelle ipotesi in cui le previsioni della *lex specialis* incidano direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendo ai partecipanti di formularla correttamente e compiutamente³², nel libero dispiegarsi delle loro possibilità concorrenziali³³.

In tali ipotesi, si è ritenuto che il pregiudizio lamentato attenga alla libertà di autodeterminazione negoziale e che, pertanto, esso si palesi fin dal momento della formulazione dell'offerta economica, mentre la mancata aggiudicazione del contratto, da questo punto di vista, determinerebbe solo l'aggravamento e la definitiva cristallizzazione della suddetta lesione, non comportando un'autonoma insorgenza dell'interesse al gravame³⁴.

Lo stesso destino di sottoposizione all'onere di immediata impugnazione, poi, è stato riservato alle clausole impossibili, ossia irrealizzabili, sia per cause naturali che per impedimenti giuridici, le quali sono state assimilate a quelle che

³¹ Sul punto si v. G. Crepaldi, *L'impugnazione delle clausole del bando che impediscono la partecipazione alla gara: i soggetti e l'oggetto*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2883 ss., la quale rileva come l'onere di immediata impugnazione del bando sia stato riferito anche alle prescrizioni che, producendo effetti distortivi della concorrenza, incidono sulla sfera giuridica del soggetto che partecipa alla gara in un momento precedente a quello della mancata aggiudicazione ed indipendentemente da questa.

³² Cons. St., sez. V, 26 novembre 2009, n. 7441, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2539, in cui si è affermato che «le clausole del bando che incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, che si assume non si sia potuta fare in modo corretto a motivo dell'omissione dei costi della sicurezza e della duplicazione di alcune voci di costo, si palesano lesive e avrebbero dovuto quindi essere immediatamente contestate senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da queste previsioni è derivato».

³³ In tema cfr. Cons. St., sez. V, 28 marzo 2007, n. 1441, in *Foro amm. CdS*, 2007, 922. Per un commento cfr. L. Lombardi, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, in *Urb. e app.*, 2007, 997 ss.

³⁴ T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 5 luglio 2007, n. 1754, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 2622.

impediscono un'utile presentazione dell'offerta³⁵. Alla medesima conclusione, poi, si è pervenuti con riferimento alle previsioni che non consentono la formulazione di una proposta ammissibile, ad esempio, perché i prezzi unitari non risultano congrui in quanto non rispecchiano i reali costi di produzione³⁶ o in conseguenza della fissazione di una base d'asta incongrua e che non permette il rispetto dei canoni della legislazione vigente in tema di tariffe minime inderogabili³⁷.

5. *La conferma della tesi tradizionale anche nel rinnovato quadro ordinamentale dato dal Codice del processo amministrativo e dal nuovo Codice dei contratti pubblici*

Nello scenario giurisprudenziale appena descritto, si sono inseriti diversi tentativi di scardinare la posizione "tradizionale" propugnata con la sentenza n. 1 del 2003 dell'Adunanza Plenaria, invocandone la rivisitazione da parte del medesimo supremo consesso della magistratura amministrativa nel senso di una estensione dell'onere di immediata impugnazione degli atti di gara.

In particolare, attraverso diverse iniziative di rinvio all'Adunanza Plenaria, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha proposto, dapprima, di fondare l'estensione dell'onere di immediata impugnazione in questione sull'applicazione al procedimento ad evidenza pubblica del principio di buona fede nelle trattative precontrattuali, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. Per tale via, si è proposto di ritenere doveroso da parte del concorrente, o aspirante tale, che conosca una causa di invalidità del contratto di comunicarlo alla stazione appaltante, tramite relativa impugnativa, laddove l'amministrazione non ponga rimedio in via di autotutela³⁸.

In una successiva occasione, si è giunti ancora più esplicitamente ad invocare il riconoscimento della regola per cui le imprese partecipanti a procedure contrattuali ad evidenza pubblica siano tenute, a pena di decadenza, ad impugnare tempestivamente «qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima», e ciò sul fondamentale presupposto di riconoscere quale interesse giuridicamente qualificato, e perciò autonomamente protetto, quello al corretto svolgimento della procedura,

³⁵ T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 31 luglio 2006, n. 1895, in *Urb. e app.*, 2007, 375, con commento di A. Cancrini, *Impugnazione diretta delle clausole impossibili*.

³⁶ T.A.R. Umbria, sez. I, 7 giugno 2008, n. 247, in *Urb. e app.*, 2008, 1176 ss. con commento di D. Gentile, *Impugnazione diretta del bando per incongruità dei prezzi unitari*.

³⁷ Sul punto, sia pure in tempi non particolarmente recenti, cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 15 aprile 2004, n. 967, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 1201. In tema si v. N. Pecchioli, *Lesione dell'interesse sostanziale alla partecipazione alla gara e impugnazione del bando da parte del non concorrente*, in *Giust. amm.*, 2004, 537 ss.

³⁸ In tal senso, Cons. St., sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 1921; Cons. St., sez. VI, ord. 8 maggio 2012, n. 2633, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Conforme anche T.A.R. Lazio, sez. II, 5 marzo 2018, n. 2471, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

il quale sorgerebbe già con la pubblicazione del bando³⁹. In tale ottica, si è argomentato che la disciplina sul giusto procedimento amministrativo, ispirato a principi di economicità e speditezza, impongono una scrupolosa disamina del bando da parte dei soggetti partecipanti, i quali sono tenuti ad attenersi alle relative prescrizioni, dovendo procedere, di conseguenza, ad immediata contestazione di ogni vizio ivi rilevato, e ciò sul presupposto che «la complessa ed onerosa partecipazione ad una gara, indetta dall'Amministrazione per l'affidamento di lavori, servizi o forniture – benché conclusivamente finalizzata all'aggiudicazione – implichi per le imprese concorrenti anche un immediato interesse al corretto espletamento della procedura, sulla base di regole certe e non ulteriormente contestabili».

A seguito di tali rinvii, tuttavia, l'Adunanza Plenaria non ebbe mai a pronunciarsi, non ritenendo la risoluzione delle predette questioni rilevante ai fini del decidere sui casi concreti sottoposti alla sua attenzione.

Da ultimo è intervenuta un'ulteriore istanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, la quale, reiterando la richiesta di aggiornamento della posizione “tradizionale” espressa sul tema qui in esame, ha fornito un arricchito apparato motivazionale a sostegno della propria tesi⁴⁰.

In sostanza, la Sezione remittente, riprendendo le argomentazioni già illustrate in una pronuncia di poco precedente⁴¹, ha ribadito la necessità, a proprio avviso, di prestare attenzione all'evoluzione del quadro ordinamentale, così da ritenere che i principi affermati nel 2003 necessitassero di un'interpretazione innovativa, idonea a conservarne la coerenza rispetto alle profonde trasformazioni che hanno investito il diritto degli appalti, mutandone impostazione e prospettive.

Da questo punto di vista, ed in estrema sintesi, le principali novità normative che hanno mutato il contesto di riferimento, sono state individuate, in primo luogo, nella comminatoria di nullità, e non di annullabilità, ora contenuta nell'art. 83, comma 8, del nuovo Codice, delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante. Una siffatta previsione costituirebbe «un indizio della vocazione generale ed autonoma dell'interesse participationis», e ciò in quanto il regime della nullità, a differenza di quello dell'annullabilità, trascende la dimensione meramente individuale sino a giustificare il rilievo d'ufficio da parte del giudice e l'opposizione senza limiti di tempo.

In secondo luogo, sempre secondo l'argomentazione in commento, un ulteriore elemento che milita nel senso indicato, ovvero quello dell'esistenza di un interesse giuridicamente qualificato alla legittimità della gara a prescindere dal momento dell'aggiudicazione, sarebbe desumibile dal disposto di cui all'art. 211

³⁹ Cons. St., sez. VI, ord. 1° febbraio 2013, n. 634, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Cons. St., sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, in *Foro amm.*, 2017, 1024.

del Codice dei contratti pubblici vigente, il quale prevede la legittimazione di ANAC ad emettere nei confronti delle stazioni appaltanti un parere motivato che indichi specificamente i vizi di legittimità riscontrati con riferimento a provvedimenti inerenti contratti pubblici, nonché ad impugnare i relativi bandi, altri atti generali o provvedimenti ritenuti illegittimi, in quanto contrastanti con il disposto del Codice stesso. Traendo spunto dalla predetta norma, si è espresso il ragionamento per cui se l'ordinamento introduce nuovi strumenti processuali volti a garantire la corretta competizione ai fini dell'aggiudicazione dei contratti pubblici, diventa ragionevole ritenere che il rispetto delle regole procedurali dirette a fissare il nucleo essenziale della selezione comparativa delle offerte costituisca oggetto di un autonomo interesse meritevole di immediata e tempestiva protezione dall'ordinamento, essendo ormai emancipato dalla condizione di mero interesse di fatto.

Ancora, la previsione dell'onere di impugnazione dell'altrui ammissione alla procedura di gara ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, del Codice del processo amministrativo, mostrerebbe, secondo l'impostazione in esame, che il legislatore ha inteso dare «sostanza e tutela ad un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione». In sostanza, la considerazione di tale norma indurrebbe a ritenere che il provvedimento, necessariamente esplicito, recante le ammissioni e le esclusioni, corredato dalle pertinenti motivazioni e soggetto a precisi obblighi di pubblicità, rappresenti lo scopo pratico di chiudere, con certezza, un autonomo segmento dell'*iter* procedimentale, semplificando la successiva fase propriamente selettiva, non più soggetta all'alea di contestazioni idonee a vanificare, *ex post*, l'intero svolgimento della complessa sequenza, con evidenti costi per la stazione appaltante e per i concorrenti. Così, l'espressa previsione dell'onere di impugnazione di tale provvedimento rafforzerebbe l'opinione secondo cui possono emergere autonomi interessi sostanziali giuridicamente rilevanti già nella serie procedimentale che precede il provvedimento conclusivo di aggiudicazione⁴².

Infine, nell'ordinanza di rimessione è stato considerato come, sul piano sostanziale, l'art. 95 del vigente Codice dei contratti pubblici abbia proceduto alla creazione di una vera e propria gerarchia fra i due tipici metodi di aggiudicazio-

⁴² Più in generale, sul tema, si v. M. Renna, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'Amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 557, il quale ritiene che nel procedimento amministrativo vengono in rilievo diverse situazioni nelle quali si può correttamente parlare di obblighi procedimentali della pubblica amministrazione e alle quali deve corrispondere il riconoscimento della titolarità, in capo alle parti del procedimento, di diritti soggettivi allo stesso modo definibili "procedimentali", il cui substrato materiale è rappresentato, non solo dal bene della vita che il soggetto privato confida di mantenere od ottenere in seguito alla decisione finale dell'amministrazione, ma prima ancora da un'utilità autonoma che è svincolata dalla c.d. spettanza della pretesa sostanziale avanzata dal privato in ordine del contenuto del provvedimento amministrativo. In tema si v. anche M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. Pubusa, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996.

ne di un appalto, ovvero l'offerta economicamente più vantaggiosa e il massimo ribasso, ritenendo generalmente preferibile il primo, così da fondare nei concorrenti l'interesse (autonomo) a competere con il criterio di aggiudicazione che il legislatore ha prescelto a miglior garanzia della qualità, oltre che dell'economicità.

In tale contesto, la Sezione ritiene che non sia revocabile in dubbio che l'interesse legittimo continui, anche nella ricostruzione sostanzialistica che ormai lo caratterizza, ad essere portatore di una funzione avente una duplice natura: protezione del bene della vita ed al contempo verifica del corretto inveroimento dell'interesse pubblico.

In sostanza, secondo l'ulteriore tentativo ora in esame di superamento della visione "tradizionale", l'approdo più coerente con l'evoluzione della posizione giuridica di interesse legittimo tracciata, potrebbe essere quello di affermare che tutte le clausole attinenti le regole "formali" e "sostanziali" della gara debbano essere immediatamente impugnate, con eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con il provvedimento finale⁴³.

Vi è un ulteriore aspetto che merita di essere considerato: si allude al fatto che nell'ordinanza di rimessione in questione, rispetto alla segnalata occasione di poco precedente in cui la medesima Sezione aveva invece ritenuto di decidere in concreto la vertenza portata alla sua attenzione, i giudici amministrativi, pur dichiarandosi convinti che il "blocco normativo" che si è rapidamente passato in rassegna deponga per l'esistenza di interessi giuridicamente rilevanti diversi dall'aggiudicazione che toccano immediatamente "beni della vita" protetti dall'ordinamento, hanno posto, tuttavia, alcuni dubbi all'Adunanza Plenaria (di qui il vero senso dell'iniziativa di rimessione della questione alla medesima).

Ebbene, tali dubbi espressi dalla Terza Sezione fanno riferimento alla necessaria "differenziazione" dell'interesse, attraverso la partecipazione alla gara, quale requisito indefettibile per il sorgere di un interesse legittimo azionabile in giudizio dal singolo operatore economico. In particolare, si è chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire se l'eccezione al principio di necessaria partecipazione alla procedura, possa ammettersi, oltre che nei casi in cui si impugnano clausole del bando immediatamente escludenti, anche nelle fattispecie in cui la partecipazione, pur possibile, sarebbe inutile o comunque frustrante, ad esempio a causa dell'adozione del criterio del prezzo più basso. Ciò nell'ottica, innovativa, di riconoscere

⁴³ In tema, di recente, si v. T.A.R. Toscana, sez. III, 1° febbraio 2018, n. 177, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la quale ha evidenziato che «la gara deve svolgersi già al netto di possibili contestazioni che attengono al metodo di aggiudicazione, alla "cornice" organizzativa del procedimento o al possesso di requisiti di qualificazione in capo agli altri concorrenti, così che l'eventuale giudizio instaurato dopo l'aggiudicazione si incentri sull'effettivo concorso competitivo delle offerte».

come giuridicamente rilevante, e quindi tutelabile, non solo l'aspirazione all'aggiudicazione, ma anche quella alla competizione secondo qualità.

Sul tema della (necessaria) partecipazione alla gara quale strumento di differenziazione dell'interesse fatto valere, e dunque quale presupposto indispensabile dell'azione giurisdizionale, la stessa Adunanza Plenaria, oltre che la Corte costituzionale, si sono costantemente espresse, come si è in precedenza accennato, nel senso che la legittimazione al ricorso è correlata ad una situazione differenziata conseguente alla partecipazione alla gara stessa, e che tale regola subisce deroghe solo nei casi in cui si contrasti "in radice" la scelta della stazione appaltante di indire una procedura comparativa oppure nell'ipotesi di un operatore economico che contesti un affidamento diretto oppure ancora ove si impugni una clausola "escludente" del bando, correlata alla illegittima richiesta del possesso di determinati requisiti di qualificazione⁴⁴.

Nonostante le autorevoli prese di posizione appena succintamente ricordate, il dibattito sul punto ora in considerazione non si è sopito, essendo ancora presenti tentativi di estendere i casi in cui la partecipazione alla gara non costituisce un presupposto necessario ai fini dell'azione giurisdizionale, come dimostrano i dubbi espressi dall'ordinanza di rimessione ora in commento nonché il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tuttora pendente, attraverso il quale si è chiesto di chiarire se il diritto comunitario osti «ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione»⁴⁵.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, proprio a seguito dell'ultimo rinvio della Terza Sezione, i cui contenuti si sono appena illustrati, è finalmente tornata ad esprimersi sull'argomento, giungendo, come già anticipato in premessa, ad una nuova conferma dell'orientamento tradizionale, alla quale è pervenuta replicando ad uno ad uno agli argomenti evolutivi proposti⁴⁶.

Preliminarmente, nella cruciale decisione che ci si appresta a commentare, si è rilevato come, a proposito del quadro ordinamentale rinnovato, non debba trascurarsi quanto disposto dall'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo, il quale è stato considerato attribuire un rango legislativo all'imposta-

⁴⁴ Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, cit.; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro amm.*, 2014, 387; Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245, in *Giur. Cost.*, 2016, n. 2187.

⁴⁵ T.A.R. Liguria, sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263, in *Foro amm.*, 2017, 714.

⁴⁶ Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Foro amm.*, 2018, 586. Nello stesso senso "tradizionale" si era espresso, poco prima, anche Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2018, n. 1469, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

zione della sentenza n. 1 del 2003, e ciò nel momento in cui si specifica che l'onere di impugnazione immediata dei bandi ed avvisi di gara sussiste solo se essi risultino «autonomamente lesivi», il che avverrebbe, sempre secondo la pronuncia in esame, soltanto nell'ipotesi in cui essi presentino clausole "escludenti", nei termini espressi dalla precedente decisione dell'Adunanza Plenaria (ovvero nel senso di ricomprendere nell'onere in parola anche previsioni che impongano ai fini della partecipazione oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della procedura e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla selezione).

Invero, secondo la pronuncia ora in commento, tale argomento di base non appare particolarmente convincente in quanto non confuta nel merito la teoria dell'interesse "procedimentale" alla correttezza della procedura, quale "bene della vita" autonomamente meritevole di tutela, ma si limita ad una affermazione in un certo senso tautologica, tale per cui l'onere di immediata impugnazione sussiste solo in riferimento a provvedimenti autonomamente lesivi, e tali sarebbero solo quelli che recano clausole "escludenti". A tal proposito, bisogna, in realtà, ammettere che qualora si riconoscesse, come avvenuto nella giurisprudenza illustrata, dignità giuridica indipendente ad interessi diversi, quale appunto quello alla correttezza della procedura, anche in tal caso il bando che rechi clausole lesive di tali interessi sarebbe comunque «autonomamente lesivo», e ciò non solo nelle ipotesi di effetto "escludente" in assoluto. Dunque, in tale prospettiva, è parso che il disposto di cui all'art. 120, comma 5, Codice del processo amministrativo non apporti, in realtà, un argomento così decisivo a favore della teoria tradizionale.

Ciò posto, occorre rilevare che l'Adunanza Plenaria, nel confutare la tesi evolutiva, è giunta, in primo luogo, ad eccepire che il principio di tassatività della cause di esclusione, ora contenuto nell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, è mirato ad evitare esclusioni dalla procedura ad evidenza pubblica per violazioni puramente formali e che il regime di nullità introdotto consente semmai che l'iniziativa giurisdizionale avverso clausole di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge possa avvenire in qualsiasi tempo, e non entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione degli atti di gara, come vorrebbero le teorie innovative.

Secondariamente, il *favor* mostrato dal legislatore per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non implicherebbe, secondo la decisione ora in considerazione, il dovere dell'offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che individua il criterio di aggiudicazione, e ciò in quanto, in tal caso, si imporrebbe allo stesso di prefigurarsi una futura ed ipotetica lesione al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della procedura) certa-

mente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a divenire aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità.

Per quanto riguarda, poi, la legittimazione di ANAC alla impugnazione di bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, essa è stata giudicata nell'ultima pronuncia dell'Adunanza Plenaria, come "straordinaria", essendo attribuita dalla legge a presidio dell'interesse pubblico, complessivamente considerato, alla concorrenza, in vista dell'eliminazione del provvedimento illegittimo, e per questo anticoncorrenziale, e della conseguente riedizione della procedura. Si tratterebbe, pertanto, di un valore del tutto diverso da quello cui tipicamente mira il partecipante alla gara, il quale è orientato prioritariamente all'aggiudicazione nei propri confronti e solo subordinatamente alla riedizione della gara.

Interessante, poi, appare la presa di posizione del supremo consesso della magistratura amministrativa in merito al rito c.d. super-accelerato previsto dai commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo, il quale, secondo le teorie innovative illustrate, deporrebbe nel senso dell'emersione di un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria, a tal proposito, ha premesso che la disposizione in questione è volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Ciò al fine di evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara.

Ciò posto, nella pronuncia in commento si è evidenziato come detto rito speciale in materia di impugnazione contro esclusioni ed ammissioni costituisca eccezione al regime "ordinario" del processo appalti (a sua volta derogatorio rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato *ex art.* 119 Codice del processo amministrativo) e, perciò, debba essere oggetto di stretta interpretazione⁴⁷, ovvero debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di

⁴⁷ Nello stesso senso, ovvero sulla specialità del rito in questione si v., di recente, Cons. St., sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 27 febbraio 2018, n. 551, *ivi*; T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, *ivi*.

affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione presentata dai concorrenti.

Invero, nel prendere posizione su tale tema, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto come con la citata prescrizione normativa «il legislatore abbia inteso riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale», e ciò è avvenuto, sempre secondo la posizione in questione, «attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale».

Parrebbe aprirsi, così, uno spiraglio a favore della teoria degli interessi procedimentali autonomamente rilevanti, e quindi tutelabili, indipendentemente dalla aggiudicazione. Sennonché, nella sentenza in commento, il riconoscimento appena segnalato è stato effettuato in ragione dell'esistenza di una precisa disposizione di legge, la quale, data la sua natura eccezionale e di stretta interpretazione, non sarebbe in grado di fondare, secondo l'impostazione in parola, un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati.

Infine, i giudici amministrativi riuniti nel supremo consesso hanno opposto all'accettazione delle teorie innovative un argomento pratico legato ad un possibile aumento, invece che diminuzione, del contenzioso: in tale ottica, si è ritenuto che prevedere un onere di immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima, significherebbe consentire una situazione in cui tutti i concorrenti sarebbero incentivati a proporre ricorso avverso gli atti di gara per qualsiasi motivo. In tal modo si verrebbe a radicare un giudizio rispetto al quale, però, essi, mirando in primo luogo all'aggiudicazione, nutrirebbero un interesse alla dilatazione dei tempi, *in primis* omettendo di formulare un'istanza cautelare, e ciò in attesa di conoscere l'esito della procedura, così da poter rinunciare all'iniziativa giurisdizionale in caso di aggiudicazione, ovvero in caso di conseguimento del bene della vita cui aspirano, e mirando, in caso contrario, alla riedizione della gara, facendo valere le domande formulate nel ricorso originario.

Pertanto, sulla base della complessa ricostruzione del quadro delineato nell'ordinanza di remissione, nonché in quelle precedenti, l'Adunanza Plenaria, a confutazione delle istanze ivi rappresentate, ha concluso nel senso che, pure con riferimento al vigente quadro legislativo, debba trovare persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugunate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (ovvero l'aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo.

A tal proposito, si era già rilevato, in dottrina, che a ben vedere nemmeno di postergazione (o anticipazione) della tutela sarebbe corretto parlare, quanto piuttosto della tendenziale non impugnabilità della *lex specialis*, in considerazione della sua natura non provvedimentale e inidonea, come tale, ad arrecare lesioni concrete ed attuali all'unico interesse sostanziale protetto di cui sono titolari i concorrenti, ovvero quello all'aggiudicazione, a parte i casi in cui si contesti in radice la scelta di indire una gara ovvero quando si lamenti che essa non vi sia stata⁴⁸.

Per quanto riguarda, poi, il tema, evocato dalla Sezione remittente in termini dubitativi, circa la necessaria differenziazione dell'interesse attraverso la partecipazione alla gara ai fini della tutela giurisdizionale, l'Adunanza Plenaria, pur dando conto del pendente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ha ritenuto di ribadire il consolidato orientamento secondo il quale l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione: e ciò, sia con riferimento alla previgente legislazione nazionale in materia di contratti pubblici, che nell'attuale quadro normativo. Così, si è giunti a confermare che la situazione differenziata, e dunque meritevole di tutela, in modo certo, è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; viceversa, la procedura cui non si sia partecipato è da considerarsi *res inter alios acta e*, come tale, non legittima l'operatore economico ad insorgere avverso la medesima.

In conclusione, si può osservare che il mancato riconoscimento del richiesto *revirement* sul tema in esame poggia fondamentalmente sulla configurazione del processo amministrativo come processo di parti, espressione di una giurisdizione di tipo subiettivo, entro la quale appare chiaro come l'interesse del concorrente sia rivolto verso l'aggiudicazione della gara.

In tale scenario, l'interesse alla "correttezza" della procedura, da intendersi quale legittimità degli atti gara dallo specifico punto di vista di consentire il libero e pieno dispiegarsi del confronto concorrenziale e dei principi di imparzialità e non discriminazione, ovvero l'interesse alla formulazione della migliore offerta possibile, si collocano, pur sempre, per il concorrente, in una posizione strumentale rispetto all'aspirazione all'aggiudicazione. In altri termini, quest'ultimo potrebbe sì nutrire un interesse a che la propria offerta sia valutata in tutta la sua competitività, e non sia viceversa "appiattita" sulle altre, ma sempre al fine di assicurarsi maggiori probabilità di aggiudicazione.

⁴⁸ Sul punto L. Bertozzi, *Note sull'impugnabilità dei bandi, aspettando l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, 2018.

Muovendo da tale presupposto, non si può non riconoscere, poi, come la mancata partecipazione alla gara elimini in radice il predetto interesse che muove naturalmente un operatore economico, così da trasformare un'eventuale iniziativa giurisdizionale in un mero controllo di legalità o legittimità destinato a sfociare nell'inammissibilità della stessa.

Del resto, è vero, da un lato, che, allargando lo sguardo al quadro ordinamentale generale, si scorge una tendenza evolutiva, sviluppatasi nel campo della trasparenza amministrativa (in particolare nel disposto di cui al d.lgs. n. 33/2013 s.m.i. introdotto sulla scia del c.d. *Freedom of information Act* di origine anglosassone), che è giunta a riconoscere, in modo per certi versi "rivoluzionario", diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento a forme diffuse (dunque attivabili da chiunque) di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché ha introdotto il "diritto ad una buona amministrazione". Dall'altro lato, però, occorre anche riconoscere che tali posizioni giuridiche "diffuse" sono tutelate attraverso istituti e tecniche diverse dall'azione giurisdizionale di annullamento, la quale rimane inevitabilmente ancorata allo specifico interesse del ricorrente in quanto direttamente e concretamente incidente sulla sua sfera giuridica.

In effetti, il conseguimento della migliore offerta possibile rientra più nell'interesse della stazione appaltante che in quello dei concorrenti, così che un'eventuale lesione dei principi di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa, denunciabile da chiunque, potrà, di per sé, rilevare in altre sedi, ad esempio sotto il profilo della responsabilità contabile o di quella disciplinare in funzione dell'inosservanza delle prescrizioni dettate in tema di prevenzione della corruzione, o, ancora, relativamente all'attivazione dei poteri riconosciuti ad ANAC, ma non ai fini di un ricorso giurisdizionale.

Anche da un punto di vista più squisitamente pratico l'ultima presa di posizione dell'Adunanza plenaria sembra condivisibile.

Infatti, pare che onerare fin da subito i concorrenti della proposizione di un ricorso giurisdizionale amministrativo indipendentemente dalla mancata aggiudicazione, come avverrebbe dando credito alle teorie innovative, significherebbe imporre loro un adempimento di non poco conto, foriero anche di costi non trascurabili, legati non solo all'introduzione e svolgimento dell'iniziativa giurisdizionale, ma anche alla necessità di attuare fin da subito un'analisi "tecnica" ed approfondita degli atti di gara, alla ricerca di possibili vizi, non sempre così evidenti, suscettibili di trasformarsi in una mancata aggiudicazione o comunque in una penalizzazione della propria offerta. In tale ordine di idee, il fatto di precludere possibili impugnative nei confronti di elementi che possono anche non essere di immediata percepibilità fin da subito non sembra funzionale a garantire l'ef-

fettività della tutela giurisdizionale nonché il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche. Inoltre, la consapevolezza di non poter più far valere i vizi degli atti di gara unitamente alla impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, potrebbe, come sottolineato dall'Adunanza Plenaria, indurre i concorrenti ad un atteggiamento per cui, nel dubbio, occorra presentare un ricorso deducendo tali vizi, senza magari coltivarlo con tempestività in attesa dell'esito della gara e della eventuale aggiudicazione, la quale, ancora una volta, rappresenta indubbiamente il "bene della vita" cui in definitiva si aspira.

La tutela giurisdizionale dei concorrenti ad un procedimento ad evidenza pubblica: l'interesse all'aggiudicazione e quello ad un corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali

L'approfondimento che si è svolto riguarda un tema molto dibattuto in giurisprudenza come quello relativo all'onere di immediata impugnazione degli atti di gara.

A tal proposito, si è dato conto della impostazione "tradizionale" per cui la regola in questione debba valere solo per le clausole c.d. "escludenti", ovvero quelle che precludano in assoluto la partecipazione alla selezione o, al massimo, che prevedano, a tale fine, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati.

A fronte di tale teoria, si sono affacciate con insistenza altre visioni sul tema, le quali hanno proposto una estensione dell'onere di immediata impugnazione alle previsioni degli atti di gara che pregiudichino, in vario modo, la possibilità di presentare la propria offerta in un quadro di libera, leale ed effettiva concorrenza, indipendentemente dall'aggiudicazione.

Di recente è intervenuta nuovamente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha sostanzialmente confermato l'orientamento "tradizionale".

In tale scenario, si deve continuare a ritenere che l'unico interesse del concorrente tutelabile dal punto di vista giurisdizionale sia quello all'aggiudicazione, essendo l'interesse al corretto svolgimento della procedura secondo canoni pienamente concorrenziali puramente strumentale al primo, almeno dal punto di vista del concorrente stesso.

The jurisdictional protection of competitors in a public procedure: the interest in awarding and that in the correct management of the procedure according to entirely competitive rules

The in-depth analysis made concerns a subject much debated in jurisprudence: that relating to the burden of immediate appeal of tender documents.

In this regard, we take into account the 'traditional' approach according to which the rule in question should apply only in so-called 'excluding' terms, i.e. those that absolutely preclude participation in the selection process, or that foresee absolutely incomprehensible or manifestly disproportionate charges.

Faced with this theory, other views on the subject insistently propose an extension of the burden of immediate appeal to the provisions of the tender documents which, in various ways, could jeopardise the possibility of presenting one's own offer in a framework of free, fair and effective competition, regardless of who is awarded the tender. Recently, the Plenary Assembly of the Council of State intervened again and substantially confirmed the 'traditional' orientation.

In this scenario, we must continue to believe that the sole interest of the competitor that can be protected from a jurisdictional point of view is that of the awarding process, since the interest in the correct performance of the procedure according to entirely competitive rules is purely functional to the first, at least from the point of view of the competitor himself.

La compensazione e i rimborsi nella mobilità sanitaria interregionale e transfrontaliera¹

Nicola Posteraro

SOMMARIO: 1. Premessa: la mobilità sanitaria interregionale quale indicatore indiretto di qualità. – 2. I risvolti sul piano economico-finanziario: le compensazioni. – 3. Le conseguenze della mobilità sanitaria interregionale: i costi tangibili e quelli intangibili. – 4. Spostarsi conviene davvero? Le analisi del PNE. – 5. Come arginare il problema? Riflessioni sulle possibili soluzioni. – 6. Uno sguardo alla mobilità internazionale: motivi e pericoli di uno spostamento in costante aumento. – 7. La risposta dell'Unione Europea al fenomeno del turismo sanitario transfrontaliero: il regolamento CE n. 883/2004. – 7.1. Segue. La direttiva pazienti del 2011: le differenze con il regolamento. – 7.2. Il decreto legislativo italiano di attuazione: problemi pratici. – 7.3. Segue. La necessaria previa autorizzazione: dubbi sulla sua legittimità. – 7.4. Sulla possibile necessità di adire il giudice. Cenni. – 8. Osservazioni conclusive in tema di mobilità transfrontaliera in Italia (anche attiva).

1. *Premessa: la mobilità sanitaria interregionale quale indicatore indiretto di qualità*

Gli artt. 32, comma 2, e 13, comma 1, Cost., oltre a sancire, in combinato disposto, la libertà di cura di ogni individuo, sono il fondamento della cd. mobilità sanitaria, intesa quale processo di migrazione delle persone che scelgono di avvalersi di determinate prestazioni sanitarie presso strutture site al di fuori dell'area territoriale di competenza della propria ASL²: da essi, infat-

¹ Il presente scritto costituisce una rielaborazione dell'intervento proposto in occasione del seminario *I costi della sanità pubblica tra ticket e mobilità sanitaria*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Sassari il 5 aprile 2018. Desidero ringraziare i Proff. M. Occhiena e D. D'Orsogna per l'invito a relazionare.

² Il diritto alla salute è ormai riconosciuto come diritto soggettivo pieno, fondamentale, bene della persona (a volte) non limitabile (*ex pluribus*, C. Bottari, *Il diritto alla tutela della salute*, in P. Ridola, R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001); il diritto alla scelta del luogo presso cui voler guarire è un suo prolungamento, è una sua piena diramazione. Ammetterlo come tutelabile, quindi, è conseguenza diretta della importanza che viene riconosciuta al primo, cui il secondo si ricollega e di cui eredita i caratteri. Sul tema della mobilità sanitaria, *ex pluribus*, A. Pitino, *La mobilità sanitaria*, in R. Balduzzi, G. Carpani, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 363 e ss.; F. Moirano, *La mobilità sanitaria nel quadro della riorganizzazione della rete ospedaliera*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di monitor*, 9° supplemento al numero 29/2012 di *Monitor*, Trimestrale dell'A-

ti, discende la «libertà del singolo di scegliere il luogo in cui sottoporsi alle cure mediche³».

Com'è noto, il nostro Servizio Sanitario Nazionale (SSN) garantisce l'assistenza sanitaria ai cittadini iscritti presso le Aziende Sanitarie Locali (ASL) del proprio luogo di residenza a prescindere dal fatto che la prestazione richiesta (e di cui il cittadino fruisca) sia concretamente eseguita nella Regione in cui questi risiede; e ciò in quanto l'ordinamento riconosce, con legge primaria, in attuazione del principio costituzionale suddetto, un diritto del singolo (interpretato chiaramente non in senso assoluto, ma in relazione ad altre esigenze anch'esse rilevanti per il mantenimento del SSN⁴) di ottenere cure, comunque a carico del proprio sistema sanitario, anche in un luogo diverso da quello di residenza⁵.

genzia nazionale per i servizi sanitari regionali, Roma, 2012, 7 e ss.; C. Zocchetti, *Definizione della mobilità sanitaria*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 1 e ss.; G. Costa, C. Cislighi, *viaggiare per la salute: un fenomeno poco studiato*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 9 e ss. Sul diritto alla salute, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015; R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010; N. Aicardi, *La Sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2003, 625 e ss.; M. Luciani, *Salute, I, Diritto alla salute (dir. Cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e soc.*, 1984, 21 e ss.; F. Benvenuti, *Presentazione*, in *Archivio giuridico*, 1982, 257 e ss., il quale lo definisce come «elemento immateriale privo di diretto titolare»; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 e ss.; C. Mortati, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1973, 433 e ss.; M. S. Giannini, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *Inadel*, 1960, 816 e ss.

³ C. Tubertini, *La mobilità sanitaria: potenzialità e limiti nella prospettiva della piena tutela del diritto alla salute*, in L.P. Tronconi (a cura di), *Unione europea e diritti alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate*, Rimini 2016, 118. Non condivide l'indicazione dell'art. 13, comma 1, Cost. come ulteriore fondamento costituzionale della mobilità sanitaria, M. Mengozzi, *Tutela dei livelli essenziali di assistenza e mobilità sanitaria nell'esperienza italiana ed europea: gli slanci e i limiti dell'azione dell'Unione nella tutela del diritto alle cure*, in *dirittosalute.org*, 11, nota 49 (e in D. Morana, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018. L'a. ritiene di dovere sposare la tesi di C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, 1958 -oggi in Id., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992 172, nota 109-, P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, 200 e ss., A. Pace, *Problematica della libertà costituzionale*, Padova 1992, 175 e ss., secondo cui la libertà personale va ricostruita come diritto che si colloca nella tradizione dell'*habeas corpus*, attinente alla sfera fisica del soggetto, a tutela del medesimo dai provvedimenti di natura coercitiva; una sfera di garanzia che resta del tutto estranea, cioè, al tema della libertà di scelta del luogo di cura.

⁴ Il principio di libera scelta, infatti, deve essere contemperato con altri interessi, costituzionalmente tutelati, puntualmente indicati da norme di principio della legislazione statale, come può essere il principio di programmazione allo scopo di realizzare il contenimento della spesa pubblica e la razionalizzazione sanitaria (Corte cost., 23 maggio 2055, n. 200). Si tratta di un principio generale che, secondo giurisprudenza costituzionale costante, interessa pure, più in generale, il diritto alla salute, il quale (diritto finanziariamente condizionato) «non ha carattere assoluto, in quanto deve essere contemperato con altri interessi costituzionalmente protetti, anche in considerazione dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili» (cfr. sentenze n. 236 del 2012, n. 248 del 2011, n. 94 del 2009, n. 200 del 2005). Si staglia, qui il problema del cd. nocciolo duro e dei rapporti sussistenti tra discrezionalità legislativa e intangibilità del(l'essenza del) diritto fondamentale. Sul punto, cfr. P. Masala, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti*, in *federalismi.it*, 2014.

⁵ La libertà di cura collegata alla mobilità sanitaria riguarda soltanto le prestazioni finanziate pubblicamente dal SSN o, in via aggiuntiva, dalle regioni; restano escluse, quindi, le prestazioni erogate in forma cd. indiretta, cioè pagate direttamente dall'assistito e la cui spesa correlata viene rimborsata successivamente dal sistema pubblico.

I dati sull'argomento dimostrano che il numero dei pazienti che si spostano per essere curati è in crescita costante: dai 502 mila del 2015 si è passati ai 507 mila nel 2016⁶. I maggiori spostamenti, è *risaputo*, avvengono dal Sud verso il Nord: la percentuale più alta di "migranti" è quella della Calabria, dove nel 2016 il 21,3% dei cittadini bisognosi di ricovero ha deciso di partire⁷; la Regione che esercita la maggiore attrattiva, invece, è tradizionalmente la Lombardia⁸.

Evidentemente, questo tipo di mobilità sanitaria (detta interregionale, perché correlata alla migrazione di una paziente da una Regione – quella di residenza – a un'altra – quella in cui la prestazione verrà eseguita) è quella più conosciuta e di cui più si parla, senza dubbio in virtù delle conseguenze finanziarie cui dà luogo.

Dalle indagini che sono state condotte sul tema⁹, risulta prevalente, nella grande maggioranza dei casi, la mobilità elettiva (anche detta evitabile): il 91,2% degli spostamenti è correlato a ricoveri effettuati fuori Regione al fine di ottenere prestazioni con esiti che si attendono migliori di quelli che si raggiungerebbero se le stesse prestazioni fossero eseguite nel territorio di residenza, dove pure queste sono disponibili, ma sono considerate non sufficientemente affidabili. Scarseggiano, invece, la cd. mobilità fisiologica (che è legata alle ferie e alle vacanze – si tratta dei casi in cui la necessità di salute è occasionale o determinata dalla propria condizione di cronicità e non costituisce essa stessa il motivo dello spostamento)

⁶ I dati sono forniti da M. Bocci, in Repubblica (cronaca), 9 novembre 2017.

⁷ Si tratta di 39.200 cittadini (ma se si considerano i tumori, il dato sale addirittura al 40%). Stanno anche più in alto altre due Regioni, il Molise (26,6%, 9.400 persone) e la Basilicata (23,6%, 13.800 persone), dove però a giocare a favore degli spostamenti è la dimensione. Se si guarda il dato assoluto, però, in testa c'è la Campania. A rendere un po' meno drastica la situazione della sanità meridionale ci sono la Sicilia e la Puglia, che hanno invece registrato una diminuzione delle uscite tra il 2015 e il 2016. I dati sono forniti da M. Bocci, in Repubblica (cronaca), 9 novembre 2017. La regione Sardegna risulta essere meno interessata dal fenomeno delle migrazioni sanitarie per prestazioni di ricovero (sia in entrata sia in uscita): gli indici di attrazione e di fuga sono tra i più bassi in Italia. Essa è tuttavia, attrattiva per specifiche casistiche trattate in particolari centri di eccellenza tra cui l'Ospedale Microcitemico (riconosciuto dall'Oms come centro specializzato nella prevenzione e cura delle malattie del sangue e del sistema linfo-ematopoietico, in particolare della talassemia, malattia genetica a forte incidenza nell'isola, la più alta a livello nazionale nonché centro di riferimento regionale per le malattie rare) e l'Azienda ospedaliera Brotzu, ospedale di alta specialità a rilevanza nazionale e all'avanguardia nella cardiocirurgia e nei trapianti d'organo. Le motivazioni dello scarso coinvolgimento dell'Isola nelle migrazioni extraregionali, sia in entrata sia in uscita, sono da ricercarsi prevalentemente nell'insularità della Regione, nella posizione geografica e nella distanza dal resto d'Italia. Lo spostamento dall'/nell'isola comporta costi molto elevati che gravano sul paziente e sulla sua famiglia. Cfr. R. Porcu, A. Antonelli, *Il fenomeno della mobilità ospedaliera extraregionale in Sardegna*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 96 e ss.

⁸ In tutto sono state 115 mila, 10,6% del totale, cioè 6 mila in più dell'anno prima. Segue l'Emilia Romagna con 76 mila persone (il 14,3% dei ricoveri), la Toscana con 47 mila (il 12%) e il Veneto con 38 mila (il 6,1%, 29 mila persone). I dati sono forniti da M. Bocci, in Repubblica (cronaca), 9 novembre 2017.

⁹ Si tratta di una ricerca condotta dal Censis nel 2005 su un campione di 2.524 utenti ospedalieri cd. migrati da sette Regioni italiane (Umbria, Calabria, Molise, Veneto, Marche, Piemonte e Toscana).

e la cd. mobilità stagionale (che si ha nei casi in cui il paziente deve necessariamente usufruire di centri ad alta specialità siti in Regioni diverse dalla propria¹⁰).

Tutto ciò è chiaramente il sintomo di una inadeguatezza, reale o percepita, dell'offerta sanitaria. I pazienti reputano, cioè, che vi siano Regioni dove le cure siano migliori rispetto a quelle erogate da altre, dove la competenza dei sanitari sia maggiormente sviluppata e dove, quindi, la possibilità di guarire (*recte*, in certi casi, la possibilità di scongiurare il pericolo di morte) sia più alto(a). La mobilità interregionale diventa, così, un indicatore indiretto di qualità.

Un fattore che incide sulla mobilità interregionale, invero, e di cui pure occorre tener conto nell'analisi dei dati, è la mancanza di uniformità nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA); essi, in teoria, dovrebbero essere garantiti in modo uguale su tutto il territorio nazionale. Di fatto, si osservano, invece, delle differenze notevoli tra le Regioni italiane: al di là della qualità delle cure, sono proprio differenti le tipologie di prestazioni che vengono erogate in termini di medicina territoriale¹¹. Dunque, lo spostamento, in certi casi, mira non a ottenere cure (ritenute) migliori, ma a far sì che si possa usufruire di prestazioni che la propria Regione non assicura.

In questo senso, allora, la possibilità di "uscire" dalla propria Regione per farsi assistere da una Regione con offerta diversa e/o di migliore qualità è sicuramente un dispositivo che migliora la cd. equità orizzontale: senza di essa, una parte dei pazienti delle Regioni deboli non avrebbe accesso alle strutture di miglio-

¹⁰ Esiste, infatti, anche la mobilità sanitaria intraregionale, la quale si sostanzia nel caso in cui la migrazione del paziente da un luogo all'altro avvenga entro le dimensioni della sua (del paziente) Regione di residenza. Sul piano delle distanze, la mobilità interregionale si può distinguere in mobilità interregionale di lunga distanza e mobilità interregionale di prossimità: quest'ultima è una mobilità anche detta di confine, che si sostanzia tra le regioni italiane confinanti. Questa mobilità di confine interessa pure attività sanitarie minori e diventa spesso oggetto di accordi bilaterali tra le regioni per un uso efficiente (e possibilmente appropriato) delle risorse (gli esempi in merito sono molti: si considerino, tra i tanti, gli accordi tra Lombardia e Liguria per la gestione delle prestazioni dialitiche dei pensionati lombardi che trascorrono lunghi periodi in Liguria).

¹¹ Come noto, sul versante dei diritti vige il principio dei Livelli essenziali di assistenza (LEA), principio integrato poi localmente dal concetto di Livelli aggiuntivi di assistenza. In teoria, proprio per loro natura definitiva, i LEA, in quanto livelli considerati essenziali, dovrebbero essere garantiti in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale; di fatto, però, si osservano delle differenze regionali piuttosto rilevanti. E non si vuole qui fare riferimento alla qualità delle cure o agli esiti, bensì ci si riferisce alla erogazione stessa dei servizi, erogazione che (come noto) è materia che ricade sotto la responsabilità delle regioni. Il problema non riguarda (o riguarda di meno) in genere le prestazioni di tipo ospedaliero, ma si concentra soprattutto sulle altre prestazioni erogate. Sembra che la mancanza di una regia nazionale abbia determinato l'instaurarsi di una cultura di regionalizzazione del Servizio Sanitario accentuando il divario strutturale tra Nord e Sud della penisola. Sul tema ei LEA, cfr. E. Frontoni, *Determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, in R. Bifulco, A. Celotto (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015, 149 e ss.; M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino 2011, 11 s.; C. Tubertini, *Pubblica Amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008, *passim*; R. Balduzzi, *Esiste ancora un Servizio sanitario nazionale?*, in M. Ricca, L. Chieffi (a cura di), *Il governo della salute. Regionalismi e diritti di cittadinanza*, Roma 2005, 24; E. Balboni, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Ist. Federalismo*, 2001, 1103 ss.

re qualità e, in alcuni casi, ad interventi innovativi. La facoltà di potersi spostare da un luogo all'altro per ottenere le prestazioni sanitarie di cui si ha bisogno risulta così strettamente correlata al principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, in base al quale la titolarità di un diritto costituzionale e il suo godimento non possono subire limitazioni in ragione del luogo in cui una persona si trova o risiede.

La mobilità si pone come fattore perequativo che produce un effetto compensativo delle diseguaglianze e accresce, in siffatto modo, la tutela complessiva del diritto alla salute, soprattutto nei casi in cui la presenza di ostacoli di tipo geografico o economico rischierebbe di comprometterne l'effettività.

2. *I risvolti sul piano economico-finanziario: la compensazione*

La mobilità sanitaria¹² mette in gioco, complessivamente, oltre 4 miliardi di Euro¹³.

Essa, si dice, "costa caro alle regioni del Mezzogiorno".

L'affermazione risulta confermata dai dati che sono stati di recente raccolti sull'argomento, posto che i saldi negativi di Campania (-281 milioni), Calabria (-296,5 milioni) e Lazio (-198,2 milioni) comprovano il sostanzarsi di un vero e proprio indebitamento del Sistema Sanitario Regionale del Sud¹⁴.

Sul piano finanziario, questa situazione si verifica perché, com'è noto, le Regioni devono far fronte con risorse proprie ai saldi negativi derivanti dalla mobilità sanitaria: il paziente che si sposta fa sì che la sua Regione di residenza debba pagare la prestazione a quella che lo prende in cura; posto che il finanziamento dei Servizi Sanitari Regionali è basato su un modello di allocazione territoriale delle risorse con l'attribuzione di quote pro-capite per ciascun cittadino residente e il finanziamento delle strutture erogatrici è attuato con corrispettivi unitari per ciascuna prestazione, si pone così la necessità di compensare i costi sostenuti per prestazioni rese a cittadini in ambiti regionali diversi da quelli che hanno ottenuto il suddetto finanziamento pro-capite¹⁵. Per tali motivi, alla fine dell'an-

¹² La legge n. 833 del 1978 si è occupata per la prima volta della libertà di scelta del luogo di cura da parte degli assistiti. Essa ha disposto che «ai cittadini è assicurato il diritto alla libera scelta del medico. Del luogo di cura nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitaria» (art. 19, comma 2). Tuttavia, solo con la riforma degli anni 1992, 1993 (d.lgs. n. 502 del 1992 e n. 517 del 1993) il tema dello spostamento dei pazienti dai bacini naturali delle aziende di riferimento ha assunto dimensioni rilevanti divenendo un tema critico di politica sanitaria. Sul punto, P. Masala, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti*, cit., 2014.

¹³ I dati sono estrapolati da *quotidianosanita.it*, novembre 2017.

¹⁴ Di contro, spiccano Lombardia (con un saldo positivo di circa 657 milioni), Emilia Romagna (con oltre 333 milioni) e la Toscana (con oltre 135 milioni). I dati sono estrapolati da *quotidianosanita.it*, novembre 2017.

¹⁵ L'art. 12, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 502/1992 stabilisce che la compensazione della mobilità sanitaria interregionale deve avvenire in sede di riparto del Fsn, sulla base delle contabilità analitiche relative a singoli casi fornite dalle Usl e dalle Ao tramite le regioni e le province autonome. La compensazione interregionale della

no, quando si ripartisce il fondo sanitario nazionale, si tiene conto del saldo tra mobilità attiva e passiva dei pazienti¹⁶ e si aumenta o si diminuisce, in base ad esso, la quota di accesso delle singole Regioni al fondo: quelle in cui prevale la prima ricevono più denaro; quelle in cui prevale la seconda (le realtà del Sud) finanziano i centri di eccellenza delle loro “antagoniste” (quelle del Centro-Nord).

Il fatto che la compensazione economica delle prestazioni tra le Regioni avvenga sulla base della Regione di residenza condiziona fortemente i dati che si raccolgono e che valgono a rappresentare, in termini quantitativi, il fenomeno della mobilità sanitaria: essi, infatti, finiscono per considerare anche la mobilità interregionale *cd. fittizia*; quella mobilità, cioè, che si sostanzia senza che vi sia alcuno spostamento reale di paziente da una regione all'altra e che quindi è correlata all'erogazione di prestazioni a cittadini che, pur risultando residenti altrove, dimorano concretamente (per motivi di studio o lavoro) nel territorio in cui poi ricevono il servizio¹⁷.

Negli ultimi anni, al fine di governare e contenere il fenomeno della mobilità sanitaria, alcune Regioni – confinanti tra loro – hanno collaborativamente individuato meccanismi di controllo per l'insorgenza di eventuali comportamenti distorsivi della mobilità e hanno così sottoscritto accordi interregionali che prevedono la fissazione di tetti di spesa per determinate prestazioni sanitarie erogate in regime di mobilità (e quindi regolano i flussi dei pazienti).

3. *Le conseguenze della mobilità sanitaria interregionale: i costi tangibili e quelli intangibili*

Quello della mobilità è un fenomeno patologico che impatta negativamente sotto una molteplicità di profili: i costi e i disagi per i pazienti non sono indifferenti, così come non lo sono i conseguenti problemi di gestione e di *governance* della sanità.

mobilità sanitaria è stata inizialmente regolata dalle note del Ministero della Salute 100/scps/4.4583 del 23 marzo 1994, 100/scps/4.6593 del 9 maggio 1996 e 100/scps/4.344spec. del 28 gennaio 1997. La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Commissione Salute hanno approvato in tempi successivi documenti che hanno integrato e modificato le citate note ministeriali. Le Regioni e Province Autonome hanno assunto di recente un nuovo documento come Accordo per la disciplina della compensazione interregionale della mobilità sanitaria. Questo documento, al fine di porre in essere una procedura uniforme, definisce in maniera univoca le prestazioni da porre in compensazione e che dovranno essere documentate tramite modelli riassuntivi e i dati analitici in formato elettronico delle prestazioni erogate.

¹⁶ Dal punto di vista finanziario, la mobilità attiva, che esprime l'indice di attrazione di una Regione, identificando le prestazioni sanitarie offerte da una Regione ad assistiti non residenti, rappresenta una voce di credito; quella passiva, che esprime l'indice di fuga di una Regione, identificando le prestazioni sanitarie dei residenti di una Regione effettuate fuori da questa, rappresenta, invece, una voce di debito.

¹⁷ C. Cisaghi, C. Zocchetti, E. Di Virgilio, *Per valutare l'intensità della mobilità ospedaliera non basta contare quanti escono da una regione per farsi ricoverare*, in *Epid. Prev.*, 2010, 97 e ss.

Di sicuro, essa comporta dei costi, pubblici e privati, che sono tangibili: sul piano pubblico, oltre a quello di cui s'è detto, i costi attengono, ad esempio, alle pratiche amministrative necessarie per i trasferimenti di risorse finanziarie¹⁸; sul piano privato, essi sono per lo più legati alle spese per il viaggio e per l'alloggio sopportate dal paziente e da chi lo accompagna¹⁹. In questo senso, la mobilità pone un problema di cd. equità verticale, posto che le persone in condizioni socio-economiche più basse difficilmente riescono ad accedere a strutture sanitarie lontane. A tali costi tangibili, si aggiungono, poi, quelli intangibili, connessi all'inevitabile disagio sociale che viene vissuto dal paziente (costretto a spostarsi in un luogo ad esso poco familiare) e dalle persone che ad esso siano eventualmente vicine²⁰.

Tutto questo spostamento, inoltre, sul piano organizzativo, determina evidentemente un aumento delle liste d'attesa²¹, oltre che un pericolo di riduzione dell'offerta per i residenti, a fronte di una maggiore offerta verso i pazienti «migranti». Si consideri, infine, che gli immobili, le grandi attrezzature e il personale, essendo fattori fissi di produzione, non variano significativamente al variare dei volumi di attività; e, quindi, le strutture che accolgono pazienti da altre Regioni riducono generalmente i costi per unità prodotta, mentre quelle che perdono pazienti hanno costi unitari maggiori perché hanno minori volumi per assorbire i costi fissi²². Nelle strutture site in Regioni che registrano mobilità passiva, allora, si presenta il rischio di un aumento della inappropriata clinica, posto che la necessità di coprire la capacità produttiva può portare ad effettuare interventi non necessari e comunque in contesti organizzativi non adeguati (ad esempio, utilizzando ricoveri ordinari in luogo di *day-hospital*).

¹⁸ E. Anessi Pessina, F. Ferrè, M. Sicilia, *La mobilità dei pazienti nei conti economici delle aziende sanitarie pubbliche*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 45 e ss.

¹⁹ Solo in casi particolari, infatti, la Regione autorizza il rimborso delle spese previa verifica da parte della ASL di residenza dell'impossibilità di garantire la prestazione nel territorio regionale.

²⁰ C. Collicelli, *La mobilità sanitaria come problema sociale*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 19 e ss.

²¹ Occorre precisare che al nord, nonostante i problemi creati dalla mobilità attiva, i tempi medi di attesa sono comunque inferiori a quelli che caratterizzano il centro-sud. Il VII Rapporto Rbm-Censis sulla sanità pubblica, privata e intermediata, presentato in occasione del Welfare Day 2017 con il patrocinio del Ministero della Salute, ha rilevato che se per una mammografia si attendono in media 122 giorni (60 in più rispetto al 2014), nel Mezzogiorno l'attesa arriva in media a 142 giorni; se per una colonscopia l'attesa media è di 93 giorni (6 giorni in più rispetto al 2014), al Centro di giorni ce ne vogliono mediamente 109. Ancora, se per una risonanza magnetica si attendono in media 80 giorni (6 giorni in più rispetto al 2014), al Sud sono necessari 111 giorni. Per una visita cardiologica l'attesa media è di 67 giorni (8 giorni in più rispetto al 2014), ma l'attesa sale a 79 giorni al Centro. Per una visita ginecologica si attendono in media 47 giorni (8 giorni in più rispetto al 2014), ma ne servono 72 al Centro. Per una visita ortopedica 66 giorni (18 giorni in più rispetto al 2014), con un picco di 77 giorni al Sud.

²² Cfr. G. Fattore, *La mobilità sanitaria nel breve e nel lungo periodo*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 24 e ss.

4. *Spostarsi per farsi curare: conviene davvero? Le analisi del PNE*

A questo punto, occorre chiedersi quali siano gli esiti effettivamente associati ai «viaggi per la salute».

Il Programma Nazionale Esiti (PNE)²³, in questo senso, può aiutare a fornire una valutazione di tal fatta.

In particolare, con una recente analisi²⁴, il suddetto programma ha evidenziato come i pazienti che si muovono alla ricerca di assistenza sanitaria lontano dalla propria area di residenza riescano a trarre un concreto beneficio dallo spostamento solo per quei problemi di salute che è possibile trattare in modo efficace con le cure disponibili: per alcuni trattamenti cardiocirurgici di provata efficacia, per esempio, i malati che si spostano su lunghi percorsi, soprattutto dalle Regioni del Mezzogiorno, hanno risultati di sopravvivenza marcatamente migliori rispetto ai pazienti che rimangono a farsi curare nelle strutture vicine alla propria residenza.

In altri casi, invece (ad. esempio, a fronte d'un tumore al polmone – e, più in generale, nel caso di malattie per le quali il trattamento non riesce ad apportare un rilevante beneficio in termini di sopravvivenza) non emerge alcuna differenza tra i pazienti che migrano e quelli che rimangono vicini al proprio domicilio. In quest'ultimo caso, lo spostamento è evidentemente inutile e davvero evitabile.

Occorrerebbe far circolare queste informazioni tra gli utenti, dunque, al fine di renderli edotti circa le effettive possibilità di guarigione che si sostanziano con lo spostamento, onde evitare che, sull'onda della sola speranza, questi si accollino le spese e lo *stress* di un viaggio che potrebbe essere evitato.

5. *Come arginare il problema? Riflessioni sulle possibili soluzioni*

Evidentemente, la mobilità sanitaria crea dei problemi che sussistono e vanno arginati.

In altre parole, occorre evitare di trasformare il diritto alla scelta del luogo di cura (pur sempre e comunque da tutelare, non potendo essere affatto negato) in una «dovuta» migrazione a causa della inadeguatezza del sistema.

Quanta scelta c'è davvero nella decisione assunta da chi viaggia per farsi curare lontano da casa?

²³ Il Programma Nazionale Esiti sviluppa nel Servizio Sanitario Nazionale la valutazione degli esiti degli interventi sanitari, che può essere definita come: stima, con disegni di studio osservazionali (non sperimentali), dell'occorrenza degli esiti di interventi/trattamenti sanitari. Le misure di PNE sono strumenti di valutazione a supporto di programmi di auditing clinico ed organizzativo finalizzati al miglioramento dell'efficacia e dell'equità nel SSN. PNE non produce classifiche, graduatorie, giudizi (così dal sito del PNE).

²⁴ I dati sono estrapolati da D. Fusco, M. Di Martino, M. D'Ovidio, C. Sorge, M. Davoli, C.A. Perucci, *Mobilità ospedaliera ed esiti dei ricoveri*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 61 e ss.

L'unico freno allo spostamento, oggi, pare derivi dai costi privati tangibili che l'individuo deve sostenere qualora decida di curarsi altrove. Se però il problema economico per assurdo non esistesse, perché ad esempio fossero sempre assicurati anche i rimborsi per i costi di viaggio e alloggio, credo che i numeri dei viaggiatori dal sud sarebbero ancora più elevati di quelli che attualmente si registrano; e più che di Regioni meridionali in mobilità passiva, si dovrebbe poi allora parlare di Regioni dalla sanità assente ovvero residuale perché obbligata: intendo dire che si eseguirebbero solo prestazioni di scarsa importanza, ovvero a favore di persone impossibilitate a partire per impedimenti di tipo fisico.

In primo luogo, a parere di chi scrive, sarebbe opportuno e necessario che le Regioni con saldi di mobilità negativi investissero in progetti capaci di potenziare la qualità assistenziale; così, mirerebbero a una riduzione dei costi (sociali e finanziari) della mobilità. Malgrado gli incentivi, in questi ultimi anni le Regioni sovra-indebitate non sembra siano riuscite a superare il *deficit* qualitativo che le contraddistingue. L'unica risposta positiva, in questo senso, pare essere arrivata dal settore privato, il quale è evidentemente attento a difendere il proprio *business*²⁵.

Occorre inoltre incidere, riducendole, sulle remunerazioni eccessivamente premianti le strutture che attirano i pazienti: il livello nazionale non dovrebbe assecondare/favorire la mobilità e dovrebbe in ogni caso considerarla come un costo per la persona e la società. Si dovrebbe anzi concretamente agire per costruire le condizioni strutturali, professionali e di fiducia necessarie a sviluppare livelli assistenziali adeguati in tutte le Regioni²⁶.

Infine, sembra che l'accessibilità alle cure debba essere garantita in maniera uniforme sull'intero territorio nazionale: poiché non tutti i cittadini dispongono delle stesse risorse nell'affrontare le cure, lo Stato dovrebbe tener conto di queste differenze e farsi carico delle spese di coloro che hanno bisogno di spostarsi dalla propria Regione (a maggior ragione, qualora questi abbiano un reddito basso).

6. *Uno sguardo alla mobilità internazionale: motivi e pericoli di uno spostamento in costante aumento*

Accanto alla mobilità interregionale, si pone, oltre a quella intraregionale, quella internazionale. Anche in questo caso, lo spostamento – che avviene al di fuori del Paese, quindi nel mondo- è sicuramente possibile e plausibile. Occor-

²⁵ Dal VII Rapporto Rbm-Censis sulla sanità pubblica, privata e intermediata, cit., emerge che la spesa sanitaria privata degli italiani nel 2016 è arrivata a 37,3 miliardi di euro.

²⁶ G. Zuccatelli, *La mobilità sanitaria: un fenomeno da governare*, in *La mobilità sanitaria. I quaderni di Monitor*, cit., 4 e ss.

re però verificare se il nostro SSN debba farsi carico pure di questa migrazione, oppure no²⁷.

Il fenomeno, che è anche noto come *turismo sanitario* (*medical tourism*)²⁸, è in costante crescita²⁹ e si sostanzia per varie ragioni; molte persone si spostano dall'Italia per motivi prettamente economici: soprattutto per certi tipi di prestazioni (che sarebbero comunque a loro carico, se anche fossero eseguite nel nostro Paese – ad es. chirurgia estetica) esse viaggiano verso i paesi del terzo mondo, dove, a prescindere dalla qualità dell'intervento, i costi sono sicuramente più bassi. È chiara quindi in questo caso la tendenza opposta a quella che interessa la mobilità nazionale, dove la ricerca è diretta alla struttura che assicuri la migliore prestazione possibile. Il motivo è evidente: nel secondo caso, la prestazione, a prescindere dai costi privati tangibili di cui s'è detto, è comunque a carico del SSN; nel primo, invece, il paziente deve accollarsi pure la prestazione, visto che questa non è inclusa in quelle garantite sul piano nazionale; e tende, quindi, a "risparmiare" sul piano economico, anche a discapito del risultato finale. Dai dati, si evince che coloro i quali partono dall'Italia per ottenere cure sono proprio alla ricerca del risparmio per cure dentarie, chirurgia estetica e ricostruttiva, trapianto dei capelli, terme.

²⁷ Sul tema, di recente, D. Morana, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, cit.; A. Pioggia, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, treccani.it; cfr. pure, se si vuole, la bibliografia citata in N. Posteraro, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2016, 489 e ss.; Id., *Cure oltre lo Stato: l'effettività del diritto alla salute alla luce del d.lgs. n. 38 del 2014*, in *federalism.it*, 2016.

²⁸ Con riferimento agli spostamenti nell'Unione Europea, è preferibile parlare di «libera circolazione dei pazienti nell'Unione Europea». In questi termini, J. Heulin Martínez De Velasco, *La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos*, in *Derecho y Salud*, 2011, 85. Non è chiaro, in realtà, quali tipologie di trattamento debbano essere incluse in tale definizione: ad esempio, si può parlare di turismo sanitario sia per interventi urgenti e dovuti, sia per interventi scelti e autonomamente voluti dal soggetto (molte persone, infatti, viaggiano per ottenere trattamenti chirurgici anche solo prettamente estetici). Henderson, nel 2004, ha tentato di sistematizzare l'argomento, proponendo diverse categorie di analisi (J. C. Henderson, *Healthcare Tourism in Southeast Asia*, in *Tourism Review International*, 2004, 111-122). L'autore ha parlato di turismo sanitario come di un fenomeno che include diverse sottocategorie: quella dell'*illness* (check-up; screening; chirurgia per interventi urgenti; trapianti, servizi di odontoiatria); quella del *wellness* (agopuntura, massaggi, bagni termali); quella dell'*enhancement* (chirurgia plastica estetica); quella della *reproduction* (trattamenti per la fertilità, procreazione assistita). Tale classificazione è quella che oggi, ancora, si è soliti considerare come valida.

²⁹ Uno studio della Deloitte ha calcolato che ogni anno nel mondo sette milioni di persone si mettono in viaggio per motivi di salute, generando un volume d'affari di 100 miliardi di dollari (che dovrebbero diventare 150 nel corso di questo 2018). La graduale intensificazione degli scambi internazionali (e la perdita di potere politico da parte delle istituzioni proprie degli stati nazionali, unita e dovuta a fenomeni come l'aggregazione sopranazionale, la deregolamentazione, la sussidiarietà e l'autonomia delle istituzioni locali) ha avuto un impatto molteplice e complesso sul sistema salute: si è sviluppata, così, un'idea di salute come bene pubblico globale, tant'è che si è parlato, giustamente, di «mercato emergente transnazionale di servizi per la salute». Tale fenomeno, invero, esiste fin dall'antichità e si registra, per la prima volta, in Grecia, dove molte persone viaggiavano verso Epidauro, luogo in cui sorgeva il santuario del Dio della salute, Asclepio. Ad ogni modo, si deve dare atto che soltanto dall'inizio del XIX secolo, con l'avvento di sempre maggiori possibilità di trasporto e alla crescita della classe borghese, il fenomeno ha acquisito una dimensione rilevante.

Alcuni individui, invece, si spostano per ottenere prestazioni che da noi sarebbero vietate (fino a qualche anno fa, ciò avveniva, ad esempio, prima che intervenisse la Corte Costituzionale, per le procedure di fecondazione eterologa). Altri ancora si spostano perché sono alla ricerca di una qualità superiore, ovvero perché ravvisano la possibilità di usufruire di un servizio in modo più veloce e/o perché hanno un interesse naturalistico o culturale per i luoghi in cui sono site le strutture presso cui si cureranno³⁰.

Non pochi sono i pericoli che si sostanziano, a causa di questi spostamenti oltre confine: in alcuni paesi, come l'India e il Sud Africa o la Thailandia, si possono contrarre delle infezioni che sono molto diverse da quelle si possono contrarre da noi e che quindi risultano essere poi difficilmente gestibili una volta che il paziente sia tornato in patria. Anche la qualità dei trattamenti post-operatori può essere scarsa, visto che essa dipende strettamente dall'efficienza dell'ospedale del paese di riferimento, il quale è possibile operi con degli *standards* molto diversi da quelli tipici italiani.

Ancora, viaggiare per lunghe distanze subito dopo aver subito un intervento chirurgico può far aumentare il rischio di gravi complicazioni. Lunghi voli, per esempio, indispensabili per il ritorno a casa, possono predisporre il soggetto a trombosi e a embolie polmonari. Inoltre, ricevere cure in un paese di cui non si parla la lingua può diventare causa di pericolosi *misundertanding*.

In ultimo, bisogna rilevare che la degenza post-operatoria è a carico del paziente e dei familiari; e che, perciò, può avere delle ricadute negative sulla collettività, laddove, per esempio, il paziente torni con una procurata invalidità che dovrà essere sopportata dalla nazione cui esso appartiene e non da quella che, eseguendo la prestazione, l'ha provocata. A ciò, si aggiunga che, spesso, i paesi coinvolti offrono scarsa protezione da un punto di vista legale contro i rischi di *malpractice*.

³⁰ Destinazioni maggiormente ambite sono: Costa Rica, India, Israele, Malesia, Messico, Singapore, Korea del Sud, Taiwan, Thailandia, Turchia e Stati Uniti. Per la chirurgia estetica, particolarmente ambiti sono Argentina, Bolivia, Brasile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Messico, Turchia, Thailandia e Ucraina. Cfr. *Patient Beyond Borders, Medical Tourism Facts&Statistics*. Retrieved July 14, 2014; *Medical tourism: Need surgery, will travel, CBC News Online*, June 18, 2004. Retrieved September 5, 2006.

7. *La risposta dell'Unione Europea al fenomeno del turismo sanitario transfrontaliero: il regolamento CE n. 883/2004*

L'Unione Europea, preso atto di questo fenomeno di cd. «scelta del diritto»³¹, ha deciso di intervenire al fine di governarlo all'interno del proprio territorio, tutelando e garantendo, al contempo, i suoi cittadini³².

³¹ M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004; S. Cassese, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, 2010, 510, sottolinea che, in tale contesto, «se il comportamento dei privati consente ad essi di massimizzare il proprio interesse tramite la scelta del diritto, l'ordinamento giuridico non può essere più considerato come un dato, va relativizzato. Si produce una situazione simile a quella del mercato, nella quale il diritto non è imposto al privato, ma questo sceglie il diritto».

³² Cfr. M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, 10; «[...] La vocazione extraterritoriale del diritto alla salute ha suggerito un rafforzamento del livello comunitario di intervento che si affiancasse, accrescendone l'efficacia, agli strumenti nazionali incapaci da soli di fronteggiare le esigenze della sicurezza sanitaria legate a fenomeni epidemici o alla circolazione delle merci nello spazio globale [...]». Così, G. Fares, M. Campagna, *La tutela della salute nell'ordinamento comunitario*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e Diritti sociali nell'Unione Europea*, Napoli, 2011, 325-326. Il diritto alla salute ha assunto un ruolo sempre più importante, nel tempo, a livello sovranazionale e internazionale (J.K. Mason, G.T. Laurie, *Law and Medical Ethics*, Oxford, 2011, 48 e ss.). È per questo che la dottrina ha parlato del diritto alla salute come di un diritto della «bio-cittadinanza europea» (M.L. Flear, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 239). Sul punto, B. Duncan, *Health policy in the European Union: how it's made and how to influence it*, in *British Medical Journal*, 2002, 1027 ss. I Trattati dell'Unione Europea hanno subito una notevole evoluzione, per quanto riguarda la tutela della salute e le politiche sanitarie: molti degli aspetti che essi oggi regolano, infatti, non erano originariamente contemplati fra le competenze dell'Unione; e, solo col tempo, sono stati gradualmente inseriti tra le sue sfere d'intervento. Il riconoscimento di un certo livello di tutela della salute in Europa si è avviato con un'interpretazione estensiva dell'articolo 2 del Trattato di Roma, il quale, ponendo tra gli obiettivi della Comunità un «miglioramento sempre più rapido del tenore di vita», ha offerto la possibilità, alle Istituzioni europee, di adottare le prime politiche comuni nel campo della salute. Ad ogni modo, anche se con l'adozione del Trattato di Maastricht del 1991 era stato meglio definito il ruolo europeo nel campo della salute (attraverso l'introduzione di una disposizione riguardante la competenza comunitaria nel coordinamento delle politiche nazionali sull'accesso alle prestazioni sanitarie), solo con il successivo Trattato di Amsterdam del 1997 (e, più specificamente, con il suo art. 152) si è avuto un intervento volto a rendere tale disposizione suscettibile di concreta applicazione. Ai sensi dell'art. 152 del Trattato, la tutela della salute assurge a «politica formalmente autonoma della (allora) comunità europea» (Cfr. A. Oddenino, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in *Salute e sanità*, R. Ferrara (a cura di), Milano, 2010, 133. Cfr., anche, F. Maino, *La politica sanitaria nell'Unione Europea: verso un ordinamento "leggero"?*, in N. Falcitelli, M. Trabucchi, F. Vanara (a cura di), *Rapporto sanità*, Bologna, 2003, 33). Il diritto alla tutela della salute, da ultimo, ha trovato recente riconoscimento esplicito all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (e a cui, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, l'art. 6, par. 1 del TUE conferisce la stessa efficacia giuridica dei trattati): l'art. 35, infatti, rubricato *Protezione della salute*, stabilisce che «ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana». Esso non rientra, invece, tra i diritti espressamente sanciti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, posto che, in questo caso, la protezione della salute coincide piuttosto con gli scopi di interesse generale idonei a giustificare l'adozione di misure statali limitative degli altri diritti codificati dalla Convenzione (Cfr. Corte Europea dei diritti umani, 9 ottobre 1979, ric. n. 6289/73, *Airey c. Irlanda*, punto 29; Corte Europea dei diritti umani, 6 luglio 2005, ric. n. 65731/01 e 65900/01, *Stec. e altri c. Regno Unito*, punto 52). Eppure, si può affermare che, nel sistema CEDU, la prospettiva individuale del diritto alla salute è comunque riuscita a conquistarsi uno spazio autonomo, consentendo al singolo di rivendicarne la tutela direttamente davanti alla Corte di Strasburgo (principalmente, attraverso il ricorso alla categoria degli obblighi positivi di protezione, posto che la protezio-

Un primo intervento di livello comunitario, sul punto, è stato attuato mediante l'approvazione del Regolamento CEE del Consiglio, n. 1408 del 14 luglio 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. Tale regolamento è stato sostituito, di recente, dal Regolamento CE n. 883/2004, in vigore dal 1 maggio 2010 (il quale ha apportato delle variazioni che appaiono di scarso rilievo, in verità, posto che ha mantenuto fermo il contenuto sostanziale dei principi sanciti dal regolamento 1408/71).

Il Regolamento CE n. 883 del 29 aprile 2004 garantisce che gli assicurati – principalmente i lavoratori – non perdano la loro protezione sociale quando si spostano in un altro Stato membro dell'UE, dello SEE o della Svizzera. Esso garantisce anche le prestazioni sanitarie legate al soggiorno temporaneo fuori dello Stato competente ritenute necessarie dal punto di vista medico (cure urgenti), nonché, per quanto qui interessa, la possibilità di viaggiare verso un altro Stato membro – diverso da quello di competenza – esclusivamente per beneficiare dell'assistenza sanitaria (cd. cure programmate).

Da questo punto di vista, il Regolamento 883/2004 sancisce il diritto, quindi, per l'assicurato presso il regime previdenziale di uno Stato dell'Unione, di recarsi in un altro Stato membro allo scopo di ricevere cure tempestive ed adeguate al proprio stato di salute, previa autorizzazione da parte dell'istituzione competen-

ne della salute costituisce un elemento indispensabile per garantire altri valori sanciti dalla stessa Convenzione). Cfr. Corte Europea dei diritti umani, 4 maggio 2000, ric. n. 45305/99, *Powell* c. Regno Unito; 21 marzo 2002, ric. n. 65653/01, *Nitecki* c. Polonia; 16 dicembre 2010, ric. n. 25579/05, A. B. e C. c. Irlanda. In dottrina, G. Fares, M. Campagna, cit., 329; A. Saccucci, *Responsabilità medica e tutela della salute nella convenzione europea dei diritti umani: quando lo Stato risponde per le carenze dei servizi medico-sanitari*, in G. Corso, E. Balboni (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Torino, 2011, *passim*. Per quanto attiene la sfera delle competenze, l'ordinamento dell'UE non ne contempla di primarie, in materia di tutela della salute: le questioni relative alla organizzazione e alla prestazione dei servizi sanitari rappresentano, infatti, tradizionalmente, oggetto di riserva esclusiva statale (e ciò, in una logica di impermeabilità che è espressione del principio di sovranità territoriale). Le istituzioni sovranazionali possono solo procedere a completare ed integrare le politiche nazionali, (art. 168 TFUE). Ad ogni modo, nonostante le competenze comunitarie siano molto limitate, la Commissione, ricorrendo soprattutto a meccanismi di *soft law*, nel tempo, ha coordinato varie e molte iniziative in tema di sanità pubblica. E anzi, il ruolo dell'Unione Europea, in tale ambito, si è notevolmente ampliato rispetto a quanto inizialmente previsto, tant'è che sono sorti dei dubbi rispetto all'opportunità di tale sempre più rilevante suo intervento: esso viene considerato una rischiosa interferenza nell'equilibrio interno degli Stati membri e si teme che possa addirittura condurre alla corrosione dei sistemi di solidarietà sociale, oltre che ad una erosione dell'autonomia statale relativa alla gestione dei singoli sistemi sanitari e ad uno sconvolgimento negativo dell'impianto costituzionale di garanzia dei diritti di ciascuno degli Stati membri. Tuttavia, anche a fronte di tali preoccupazioni, non si può non riconoscere come simili interventi siano motivati dalla volontà di garantire un certo livello di eguaglianza nella garanzia di effettività dei diritti all'interno dell'Unione; e come, ad ogni modo, riescano bene a creare una sinergia tra Stati a fronte del loro necessario coordinamento (la dottrina è divisa sull'importanza da attribuire al ruolo giocato dalla Commissione nei processi di governance: D. Wiscott, *Looking Forward or Harking Back? The Commission and the Reform of Governance in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2001, 897 e ss., ne sottostima la rilevanza; *contra*, E.M. Szyzak, *Patients' Rights: A lost cause or Missed Opportunity*, in *The Hague*, 2010, 113).

te. In tal modo, le prestazioni previamente autorizzate vengono erogate per conto dell'istituzione competente da parte delle istituzioni dello Stato prescelto secondo la normativa del sistema di sicurezza sociale di quest'ultimo, come se il beneficiario fosse ad esso iscritto. L'ente competente che ha rilasciato l'autorizzazione è invece tenuto all'integrale rimborso delle spese sostenute dall'istituzione straniera che ha fornito materialmente le prestazioni e la misura del rimborso viene calcolata sulla base della normativa e delle tariffe vigenti presso lo Stato di cura. L'eventuale partecipazione alla spesa sanitaria non è di norma oggetto di rimborso.

Il Regolamento riconosce alle istituzioni competenti un'ampia discrezionalità nell'autorizzare il trasferimento per cure in un altro Stato membro; perciò, tale sistema porta a registrare prassi alquanto diversificate tra i diversi Stati membri. Esso si limita semplicemente a stabilire le condizioni in presenza delle quali l'autorizzazione non può essere rifiutata, precisando che, ai sensi dell'art. 20 par. 2 (articolo che ha riformulato, mantenendone sostanzialmente invariato il contenuto, l'art. 22 par. 2 del Regolamento 1408/71), «*l'autorizzazione è (rectius: deve essere) concessa qualora le cure di cui trattasi figurino fra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato e se le cure in questione non possono essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della malattia*»³³.

Occorre rilevare che il Regolamento CE n. 883 del 29 aprile 2004 prevede che si possano ottenere le cure adeguate al proprio stato di salute, purché le stesse figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si risiede e siano fornite da strutture sanitarie o professionisti, pubblici o privati convenzionati con il Sistema sanitario del Paese di cura.

Ai sensi del Regolamento, viene quindi a sostanzinarsi, con lo spostamento, un unico rapporto, tra paziente e Stati coinvolti, di tipo triangolare: il singolo chiede un'autorizzazione allo Stato di affiliazione e, se ottenuta, si reca nello Stato membro di cura facendo sorgere, in capo a quello di appartenenza, l'obbligo contestuale di pagare il costo della prestazione che verrà effettuata direttamente allo Stato che lo curerà.

Nonostante la presenza di tale espressa definizione normativa, il tema delle cure transfrontaliere è stato oggetto di numerosissime pronunce della Corte di Giustizia Europea: essa si è spesso preoccupata di offrire interpretazioni varie sulle norme del Regolamento, verificando la compatibilità, col Trattato, di quelle interne introdotte dagli Stati membri³⁴.

³³ Di recente, la Corte di Giustizia è intervenuta sull'interpretazione di tale disposizione: cfr. CGE, sez. III, 9 ottobre 2014, causa C-268/13.

³⁴ Lo scopo di riconoscere tale libertà è quello di far sì che ogni singolo cittadino dell'Unione Europea possa circolare nel territorio degli altri Stati membri, non solo per finalità economiche, di mercato, ma anche (e soprattutto) come persona (Cfr. R.G. Rodio, *La libertà di circolazione e le garanzie di giustizia*, in *La libera cir-*

7.1. *Segue. La direttiva pazienti del 2011: le differenze con il regolamento*

A fronte dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte e della sempre più forte incidenza della circolazione dei pazienti anche oltre il confine degli Stati membri, le Istituzioni dell'Unione Europea hanno spinto per la creazione di un quadro giuridico volto all'armonizzazione dei diritti nazionali circa l'accesso alle prestazioni transfrontaliere³⁵.

A tal fine, l'Unione ha approvato, nel 2011, una Direttiva³⁶ volta ad agevolare l'accesso a un'assistenza sanitaria transfrontaliera sicura e di qualità e a promuovere la cooperazione tra gli Stati membri in materia di assistenza sanitaria, nel pieno rispetto delle competenze nazionali relative all'organizzazione e alla prestazione dell'assistenza sanitaria (così, articolo 1, rubricato *Oggetto e ambito di applicazione*, paragrafo 1, Capo I, rubricato *Disposizioni generali*)³⁷.

colazione delle persone nella prospettiva del processo europeo di integrazione, atti della IV Conferenza Internazionale dei Diritti dell'Uomo, Bari-Olsztyn, 2006, 41 e ss.). I trattamenti sanitari sono stati considerati "servizi" secondo l'accezione dei Trattati; e, per tal ragione, ad essi sono stati applicati i principi che, per definizione, disciplinano, in genere, le libertà fondamentali di circolazione nel diritto dell'Unione Europea.

³⁵ Tutto ciò, con la finalità perseguita di giungere alla creazione di un contesto comune di garanzie per i cittadini e di rimuovere gli ostacoli interposti alla libera circolazione da parte delle normative nazionali. Si osservava che, per Paesi più piccoli o con minori possibilità e risorse, sia umane sia economiche, risultava difficile offrire trattamenti medici specialistici di elevata qualità, a diretto discapito dei pazienti e di un livello sostenibile di uguaglianza intersoggettiva all'interno del territorio dell'Unione. Il risultato del procedimento di consultazione ha condotto, così, a rilevare la necessità di un quadro giuridico certo e ben definito circa i diritti dei pazienti a farsi curare oltre lo Stato. Per una completa disamina delle principali sentenze pronunciate dalla Corte sulla libertà di circolazione e sul rimborso delle spese sanitarie, cfr. A. Santuari, *Profili giuridici di tutela del paziente e diritto alla mobilità sanitaria. Opportunità e vincoli finanziari*, in *giustamm.it*, gennaio 2015, 26 e ss.

³⁶ Direttiva 2011/24/UE concernente la applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Parlamento europeo, Marzo 2011.

³⁷ Nel settembre del 2006, la Commissione europea ha iniziato un procedimento di consultazione sulla compatibilità tra le scelte individuali e la sostenibilità economica e organizzativa della libera circolazione dei pazienti in Europa da parte dei sistemi sanitari dei singoli Stati membri. Le finalità da perseguire sono state principalmente ravvisate nella necessità di un chiarimento delle procedure e delle condizioni per ottenere cure transfrontaliere, nell'individuazione delle autorità nazionali ed europee competenti, nella predisposizione di un sistema finalizzato anche ad accertare eventuali responsabilità in caso di errori od omissioni e, infine, nella assicurazione – dal punto di vista nazionale – di un sistema equilibrato ed accessibile. Si è cercato di giungere alla realizzazione piena di alcuni precisi obiettivi (il raggiungimento di un buon livello di certezza del diritto, lo sviluppo di criteri comuni, al fine di garantire un accesso a prestazioni di elevata qualità, nel rispetto dei principi di eguaglianza, solidarietà e riservatezza) e si è riconosciuto che, a particolari gruppi di pazienti (quali le donne, le minoranze, gli anziani e coloro che sono affetti da malattie rare), fosse opportuno prestare un particolare livello di attenzione. La Commissione ha proposto di prediligere, come strumenti per l'azione comunitaria, gli atti giuridici vincolanti, come ad esempio una direttiva basata sull'articolo 95 del Trattato (l'attuale art. 114 TFUE): a tal fine, ha aperto una procedura di consultazione che si è conclusa nel gennaio 2007 e che è stata seguita dalla *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, del luglio 2008 (in realtà, una versione non ufficiale della proposta circolava già a Bruxelles nel 2007; essa, però, non era mai stata formalizzata).

Il quadro giuridico abbozzato dalla Direttiva pazienti non ha sostituito le norme contenute nel Regolamento 883/2004: si sono creati, infatti, due distinti binari per la garanzia delle cure all'estero³⁸.

La Direttiva appresta un sistema che è evidentemente differente da quello apprestato dal Regolamento; anzitutto, essa stabilisce che la mobilità transfrontaliera, tranne i casi in cui ciò sia opportuno, non è soggetta ad autorizzazione previa; così, riconosce il pieno diritto del cittadino di spostarsi e di ottenere la copertura delle spese che siffatto spostamento comporta.

La differenza più rilevante riguarda la misura del rimborso e/o della presa a carico, che, nel sistema del Regolamento, viene calcolata sulla base della normativa e delle tariffe vigenti presso lo Stato di cura, mentre nel sistema della Direttiva coincide con i costi che lo Stato di affiliazione avrebbe dovuto sopportare se la medesima assistenza sanitaria fosse stata erogata sul proprio territorio³⁹.

La Direttiva UE n. 24 del 9 marzo 2011, inoltre, prevede che le prestazioni rimborsabili possano essere fornite da prestatori di assistenza sanitaria pubblici e privati, anche al di fuori delle convenzioni con il sistema sanitario del paese di cura.

Infine, occorre rilevare che, in varie occasioni, le norme precisano che l'assistenza sanitaria oltre lo Stato può essere rimborsata solo laddove le prestazioni di cui trattasi siano incluse tra quelle prestate sul territorio nazionale (e, in particolare, solo laddove esse siano comprese nei LEA: restano sicuramente escluse

³⁸ Dopotutto, sono le stesse norme a precisare ciò: si vedano gli artt. 1, comma 1, e 2, lett. m) della Direttiva. Cfr., inoltre, il considerando n. 28. Ciononostante, particolarmente problematico è il rapporto esistente tra il sistema normativo riconducibile al più recente atto dell'Unione e quello fondato invece sul Regolamento 883/2004 (vd. *infra*, le conclusioni).

³⁹ La Direttiva, all'articolo 7, enuncia i *Principi generali per il rimborso dei costi*, stabilendo che lo Stato membro di affiliazione assicura che i costi sostenuti da una persona assicurata che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera siano rimborsati (paragrafo 1) e che lo Stato membro di affiliazione non subordina il rimborso dei costi dell'assistenza transfrontaliera ad autorizzazione preventiva (paragrafo 8). Al paragrafo 3, la Direttiva sottolinea che spetta comunque allo Stato membro di affiliazione determinare, a livello locale, regionale o nazionale, l'assistenza sanitaria per cui una persona assicurata ha diritto alla copertura dei costi, nonché, il livello di copertura di tali costi, i quali sono rimborsati (o direttamente pagati) dallo Stato membro di affiliazione in misura corrispondente ai costi che il sistema avrebbe coperto se tale assistenza fosse stata prestata nello Stato membro di affiliazione, senza che tale copertura superi il costo effettivo dell'assistenza sanitaria ricevuta; lo Stato membro può comunque decidere di rimborsare l'intero costo della prestazione (anche laddove esso superi il livello dei costi che sarebbero stati sostenuti) e/o altri costi ad esso afferenti, come le spese di alloggio o di viaggio, o i costi supplementari eventualmente sostenuti a causa di una o più disabilità da una persona disabile (paragrafo 4).

da questo sistema del rimborso, quindi, ad esempio, le prestazioni afferenti alla chirurgia estetica⁴⁰⁾⁴¹.

7.2 Il decreto legislativo italiano di attuazione: problemi pratici

In Italia, nel 2014, è stato approvato il decreto legislativo di recepimento della direttiva (D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 38), il quale ultimo segue quanto da essa disposto; per questo, esso non prevede che l'interessato debba procurarsi una

⁴⁰ Invero, qui si apre un discorso più ampio, che riguarda proprio l'opportunità di incidere sui processi di legittimazione della chirurgia estetica: essa viene ritenuta plausibile sulla base della sua capacità di incidere positivamente sulla psiche del soggetto richiedente, posto che, se non fosse direttamente terapeutica, sarebbe eticamente e giuridicamente inaccettabile. Allora, il diritto la legittima tenuto conto di tali precisazioni, facendo intendere che, negli altri casi, essa rimane illegittima. Eppure, non fa nulla in concreto, per porre una differenza tra atti terapeutici necessitati ed atti di mera vacuità. Se il diritto intervenisse per restituire quella giusta terapeuticità che ad essa spetta, le prestazioni di questo tipo potrebbero anch'esse rientrare nel novero di quelle economicamente sostenibili, laddove miranti alla guarigione di un disagio psicologico del soggetto paziente. Sui rapporti tra chirurgia estetica, diritto ed etica, sia consentito rimandare a N. Posteraro, *Vanità, moda e diritto alla salute: legittimazione giuridica della chirurgia estetica*, in *Med.e Mor.*, 2014, 275 e ss.; Id., *Atto medico, spersonalizzazione e chirurgia estetica: la nascita del nuovo diritto alla bellezza*, in *Med. eMor.*, 2014, 847 e ss.

⁴¹ Nell'intervento normativo dell'Unione, si può leggere, da un lato, l'intenzionalità di rafforzare la solidarietà fra gli Stati membri, al fine di incentivare il sostegno, da parte di quelli in cui si sia raggiunto un livello qualitativamente e quantitativamente più elevato di prestazioni, nei confronti di quegli altri che, per una ragione o per l'altra, non dispongono ancora delle sufficienti competenze o risorse; dall'altro, quello di tutelare più attentamente i diritti fondamentali dei cittadini, posto che la sua azione propone (in astratto) soluzioni concrete per la realizzazione delle obbligazioni autonomamente assunte dagli Stati membri quanto alla tutela della salute (Per una disamina completa, si vedano: L. Prudil, *Implementation of the Directive 2011/24/EU in the Czech Republic*, in *European Journal of Health Law*, 2014, 15 e ss.; M. Kattelus, *Implementation of the Directive on the Application on Patient's Rights in Cross-border Healthcare (2011/24/EU) in Finland*, *ivi*, 23 e ss.; L.M.H. Bongers - oD.M.R. Townend, *The Implementation of the Directive on the Application of Patients' Rights in Cross-border Healthcare in the Netherlands*, *ivi*, 65 e ss.; M.A. Requejo, *Cross-border Healthcare in Spain and the Implementation of the Directive 2011/24/EU on the Application of Patient's Rights in Cross-border Healthcare*, *ivi*, 79 e ss.; M. Schwebag, *Implementation of the Cross - border Care Directive in EU Member States: Luxembourg*, *ivi*, 56 e ss.; S. Olsena, *Implementation of the Patients' Rights in Cross-border Healthcare Directive in Latvia*, *ivi*, 46 e ss.; T. Vidalis, I. Kyriakaki, *Cross-border Healthcare: Directive 2011/24 and the Greek Law*, *ivi*, 33 e ss.). Essa non si applica ai servizi nel settore dell'assistenza di lunga durata (il cui scopo è sostenere le persone che necessitano di assistenza nello svolgimento di compiti quotidiani e di routine), né all'assegnazione e all'accesso agli organi ai fini dei trapianti d'organo, né ai programmi pubblici di vaccinazione contro le malattie contagiose, volti esclusivamente a proteggere la salute della popolazione nel territorio di uno Stato membro (articolo 1, paragrafo 3). Il testo originario della proposta avanzata dalla Commissione, in realtà, conteneva una definizione molto più ampia di prestazione di assistenza sanitaria: secondo tale formulazione, la Direttiva avrebbe dovuto applicarsi a tutti i servizi sanitari prestati da un professionista della sanità o sotto la supervisione del medesimo nell'esercizio della professione, a prescindere della modalità di organizzazione, di prestazione e di finanziamento o dalla loro natura pubblica o privata (artt. 2 e 4, lett. a), *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, del 2 luglio 2008). Invero, le attuali esclusioni relative al trapianto di organi e ai programmi di vaccinazione possono in qualche modo ricondursi alle (definite come tali, dalla Corte) legittime eccezioni alla libera circolazione dei servizi correlate all'ordine pubblico e alla tutela della salute pubblica; alcuni dubbi può suscitare, invece, la definizione restrittiva che include anche le cure di lunga durata.

previa autorizzazione da parte dell'ente di riferimento, prima di partire alla volta delle cure⁴².

In altre parole, in questo senso, l'amministrato non solo vanta un diritto soggettivo alla scelta del luogo di cura, ma vanta, contestualmente, anche un diritto soggettivo al rimborso delle spese sostenute.

L'esercizio del diritto alla scelta del luogo di cura, cioè, fa sorgere da un lato, un contestuale altro diritto al rimborso delle cure, in capo al paziente migrante; dall'altro, uno speculare – automatico – obbligo di spesa, in capo allo Stato di affiliazione, che si riconnette a un vero e proprio *entitlement* dell'individuo a godere di certi beni e servizi⁴³.

Il decreto, nonostante la direttiva lasciasse libertà di scelta a questo proposito, introduce il sistema di assistenza indiretta, in tal modo facendo sì che il privato possa ottenere il rimborso delle spese sostenute solo *ex post* (quando, cioè, ha ormai usufruito della prestazione e l'abbia quindi, previamente pagata). I costi dell'assistenza, cioè, devono essere anticipati dal paziente malato, il quale, in tale prospettiva, si trova a poter esercitare il diritto di cui è titolare (quello al rimborso), solo successivamente (quando, tornato dal paese prescelto, si rivolgerà all'ASL di riferimento).

Vengono così a sostanzarsi, a fronte di questa normativa, due rapporti bilaterali differenti, non connessi tra loro, sebbene coinvolgenti entrambi lo stesso soggetto privato paziente. Il primo rapporto si instaura tra curato e Stato membro di cura: esso inizia a sostanzarsi quando il soggetto giunge nello Stato prescelto e termina quando, portata a compimento la prestazione, il paziente torna nel suo paese di origine. Il secondo si instaura tra soggetto operato e Stato membro di appartenenza (*rectius*, di affiliazione) in capo al quale sorge l'obbligo di rimborsare le spese affrontate: tale obbligo si configura solo successivamente all'esecuzione della prestazione e sorge nei riguardi (*rectius*, a favore) del paziente, il quale dialoga direttamente con lo Stato di affiliazione, senza dover/poter più coinvolgere quello (di cura) che ha eseguito la prestazione ed è stato direttamente pagato dall'amministrato in occasione del primo dialogo (quindi, nell'ambito del primo dei due rapporti bilaterali)⁴⁴.

⁴² Il decreto legislativo segue quanto disposto dalla Direttiva; per questo, espressamente stabilisce che «*i costi sostenuti da una persona assicurata in Italia che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera [...] sono rimborsati*» (articolo 8, comma 1), specificando che «*il rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera è sottoposto ad autorizzazione preventiva esclusivamente per i casi previsti [...]*» (articolo 9, comma 1).

⁴³ Cfr. R. Perez, *La finanza*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 214. Il diritto alla salute, di per sé, non assicura solo libertà (*freedoms*), ma anche diritti (*entitlements*). Le libertà includono il diritto di controllare la propria salute e il proprio corpo e il diritto ad essere liberi da interferenze (come il diritto ad essere liberi da trattamenti sanitari extra-consensuali e da sperimentazioni); gli *entitlements* includono il diritto a un sistema di protezione della salute che fornisca alle persone pari opportunità di godere delle «*migliori condizioni di salute raggiungibili*».

⁴⁴ Sulla base dell'art. 10, comma 10, al fine di ottenere il rimborso dei costi sostenuti per l'assistenza transfrontaliera, la persona assicurata, entro 60 giorni dall'erogazione della prestazione, salvo comprovati casi

È per questo che, a parere di chi scrive, pare si possa affermare che il singolo, nel caso del Regolamento, non vanta un eguale diritto al rimborso nel senso appena spiegato; esso, infatti, vanta, semmai, un diritto ad essere coperto, *ex ante*, dalle spese che altrimenti dovrebbe sostenere; inoltre, in questo caso, l'obbligo di spesa, per lo Stato di appartenenza, sorge in automatico, sì, ma solo dopo che la pubblica amministrazione abbia autorizzato. Prima, infatti, non c'è un obbligo di rimborso (*rectius*, di copertura delle spese) e manca, quindi, un vero e proprio *entitlement* (il quale viene a sostanzarsi solo a seguito del rilascio dell'autorizzazione richiesta).

Ad ogni modo, il sistema del rimborso crea non pochi problemi a livello pratico, posto che, per come strutturato, limita, pur se indirettamente, l'effettivo esercizio del diritto soggettivo pieno (della persona) alla scelta del luogo di cura (diritto che funge da presupposto, questo, quando esercitato, per la nascita del consequenziale diritto al rimborso).

Anzitutto, una prima distorsione del sistema si rileva analizzando il comma 3, il quale precisa che il rimborso «*non può comunque superare il costo effettivo dell'assistenza sanitaria ricevuta*». Ciò vuol dire non solo che il paziente potrà ottenere la somma dovuta esclusivamente al suo ritorno, ma anche che, quando verrà rimborsato, non riceverà copertura totale delle spese sostenute, bensì, solo di una parte di esse (e, più esattamente, di quella parte che corrisponde al costo che la prestazione assume nel paese di appartenenza). Il diritto *de quo* risulta essere limitato, quindi, se si tiene conto del fatto che, pur vantando un diritto soggettivo al rimborso, i pazienti sanno che le spese non saranno comunque rimborsate *in toto*, ma solo nei limiti dei costi che la stessa prestazione avrebbe avuto se fosse stata effettuata in Italia.

Il problema si acuisce se si considera che difficilmente il paziente italiano potrà conoscere, *ex ante*, quale sia il prezzo della prestazione scelta, in un paese membro differente da quello di appartenenza: non è scontato, infatti, che il Punto di contatto Nazionale (cui è deputato, in primo luogo, l'obbligo di fornire informazioni al riguardo) sappia rilasciare adeguate indicazioni al cittadino, rispetto a tali aspetti: gli uffici del Ministero, contattati a tale proposito, han-

eccezionali, presenta apposita domanda di rimborso alla ASL di appartenenza, allegando originale della certificazione medica e la fattura in originale emessa dal prestatore di assistenza sanitaria; l'ASL «*dovrà corrispondere il rimborso al richiedente nel termine di 60 gg dal ricevimento della richiesta*». Anche quest'ultima dizione della norma conferma la presenza di un vero e proprio diritto soggettivo al rimborso, in capo al soggetto paziente, visto che, stando alla disposizione in commento, l'amministrazione, espressamente, «dovrà» corrispondere il rimborso dovuto: la legge non specifica nulla, infatti, rispetto alle modalità di un eventuale esercizio del potere che l'amministrazione dovrà/potrà seguire, nella valutazione della domanda di rimborso presentata dal privato. E ciò in quanto essa non dovrà esercitare alcun tipo di potere amministrativo; semplicemente, dovrà adempiere il proprio obbligo di rimborso soddisfacendo l'interesse vantato dal singolo (nei limiti di quello che si configura quale tetto massimo dalla legge stabilito come rimborsabile) esclusivamente verificandone la compatibilità con l'assetto finanziario.

no mostrato qualche perplessità, denunciando difficoltà applicative non indifferenti, in tale fase del procedimento amministrativo⁴⁵. Dunque, il singolo, non conoscendo esattamente la natura dell'esborso (quindi, la natura dell'anticipo cui dovrà andare incontro e la differenza esistente tra quanto spenderà e quanto potrà ambire a ricevere come rimborso), potrà previamente rinunciare a usufruire di questa possibilità.

Inoltre, si consideri che non tutti gli individui, di base, possono essere nelle condizioni effettive di anticipare i costi della prestazione da effettuare. Perciò, alcuni pazienti potrebbero previamente rinunciare alla possibilità di esercitare tale proprio personale diritto, posti nella condizione di non poter fronteggiare, da soli, le spese necessarie.

Si noti, poi, che vengono escluse dal rimborso le spese relative al viaggio e all'alloggio. Invero, anche tali spese costituiscono effettiva espressione del diritto *de quo*, come la Corte di Giustizia ha più volte avuto modo di precisare sul punto, con i dovuti limiti, in costanza delle norme del regolamento⁴⁶. È opportuno, quindi, tenerle fuori dal rimborso di cui si discute? Ovvero, sarebbe giusto includerle, magari tentando di specificare i casi in cui potranno non essere rimborsa-

⁴⁵ Con l'art. 7 (*Punto di contatto nazionale per l'assistenza sanitaria transfrontaliera*) il decreto, secondo quanto stabilito dall'art. 6 della Direttiva, ha infatti istituito, presso il Ministero della salute, il punto di contatto nazionale per l'assistenza sanitaria transfrontaliera (comma 1). Cfr. A. Pioggia, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, treccani.it.

⁴⁶ A. Di Rienzo, *L'esclusione assoluta del rimborso delle spese di ricovero è contraria al diritto comunitario*, in *Dir. pubbl. comp.*, 2007, 1275 e ss.; nel caso *Leichtle* la Corte di giustizia non ha esitato ad affermare che le spese relative all'alloggio e al vitto possono considerarsi parte integrante della cura, laddove questa venga effettuata sotto controllo medico e sulla base di un programma terapeutico e l'alloggio si trovi all'interno della struttura erogatrice o sia ad essa collegata; quanto alle spese di viaggio e all'eventuale tassa di soggiorno, ha sottolineato come «queste, pur non rivestendo carattere medico, né essendo in linea di principio pagate a favore di chi presta le cure, appaiono ciò nondimeno indissociabilmente connesse con la cura stessa in quanto quest'ultima implica necessariamente, come sopra rilevato, lo spostamento e il soggiorno in loco del paziente» (Cfr. CGUE. 18 marzo 2004, in causa n. C-8/02, *Leichtle*). Con la sentenza pronunciata nel caso *Watts* i giudici hanno riconosciuto che la legislazione di uno Stato membro non può, senza violare i principi comunitari sulla libera circolazione, escludere l'assunzione delle spese accessorie affrontate da un paziente autorizzato a recarsi in un altro Stato membro per ricevervi un trattamento ospedaliero, a condizione tuttavia che la stessa legislazione preveda altresì l'assunzione di tali spese qualora il trattamento venga erogato in un istituto dello stesso sistema nazionale di appartenenza. Viceversa «uno Stato membro non è tenuto, ai sensi dell'art. 49 CE ad assumersi l'obbligo di rimborsare anche le spese accessorie relative ad un trasferimento transfrontaliero autorizzato a fini medici, quando un tale obbligo non esisterebbe per tali spese se queste fossero collegate ad un trasferimento all'interno del territorio nazionale» (Cfr. CGUE. 16 maggio 2006, in causa n. C-372/04, *Watts*). In sostanza, solo laddove la legislazione nazionale preveda il rimborso degli oneri supplementari in relazione allo spostamento del paziente nell'ambito del proprio territorio, essa dovrà riconoscere un analogo rimborso al soggetto che si avvalga per le medesime prestazioni dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, e ciò a pena della violazione dell'art. 56 del Trattato sul funzionamento; se ne evince ancora una volta il riconoscimento in capo agli Stati membri di una competenza esclusiva in merito alla selezione delle prestazioni coperte nell'ambito del sistema previdenziale nazionale, ivi compresi gli oneri di viaggio, vitto e alloggio, con il limite del rispetto del diritto comunitario: laddove quindi il singolo Stato, nell'ambito della propria discrezionalità normativa, si orienti verso la copertura di tali costi, ne consegue l'insorgere di un corrispondente diritto a favore del paziente che intenda usufruire delle prestazioni mediche in un altro Stato membro.

te, o rimborsate solo in parte? Altrimenti, il diritto *de quo* diventa un diritto “per soli ricchi” e lo Stato sociale, che dovrebbe assicurare maggiore giustizia e uguaglianza in senso sostanziale, va nella direzione opposta, perché, invece di assicurare giustizia, produce ingiustizie⁴⁷.

Invero, più precisamente, *ex* comma 4, è fatta salva la facoltà per le Regioni e le Province autonome di rimborsare eventuali altri costi afferenti all’assistenza sanitaria transfrontaliera usufruita da una persona assicurata in Italia, quali le spese di viaggio, alloggio e i costi supplementari eventualmente sostenuti da una persona disabile. Questo, però, potrebbe creare delle disparità di trattamento, sul piano pratico. E potrebbe portare a delle discrepanze rispetto alla titolarità di uno stesso (almeno in astratto) diritto alla cura transfrontaliera.

Ancora, lo stesso comma 3, stabilisce che «*i costi relativi all’assistenza sanitaria transfrontaliera sono rimborsati in misura corrispondente alle tariffe regionali vigenti, al netto della compartecipazione della spesa, secondo la normativa (...)*». Tale assetto comporta delle disparità di trattamento, posto che una prestazione potrebbe essere rimborsata in modo differente a seconda che trattasi di paziente residente nella Regione X, ovvero, nella Regione Y. Torna in auge, in altre parole, il problema del federalismo sanitario, *supra* sommariamente considerato.

7.3 *Segue. La necessaria previa autorizzazione: dubbi sulla sua legittimità*

Secondo quanto espressamente previsto dalla Direttiva, lo Stato membro di affiliazione può limitare l’applicazione delle norme sul rimborso dell’assistenza sanitaria transfrontaliera per motivi imperativi di interesse generali: può stabilire, quindi, la necessità di una previa autorizzazione⁴⁸.

Il decreto legislativo, seguendo quanto stabilito dalla Direttiva, ha precisato espressamente che, per alcuni casi eccezionali⁴⁹, il rimborso dei costi dell’assi-

⁴⁷ S. Cassese, *L’incompletezza del “Welfare State” in Italia*, in *Politica del diritto*, 1986.

⁴⁸ Secondo quanto espressamente previsto dalla direttiva, lo Stato membro di affiliazione può limitare l’applicazione delle norme sul rimborso dell’assistenza sanitaria transfrontaliera per motivi imperativi di interesse generale, quali quelli riguardanti l’obiettivo di assicurare la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o la volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane (articolo 7, paragrafo 9). Ovviamente, tale decisione deve esser limitata a quanto necessario e proporzionato e non può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione di merci, persone o servizi (paragrafo 11, confermato dal paragrafo 1 dell’art. 8, rubricato *Assistenza sanitaria che può essere assoggettata ad autorizzazione preventiva*).

⁴⁹ Anche nell’ottica del diritto interno, possono essere adottate misure volte a limitare l’applicazione delle norme sul rimborso per motivi di interesse generale, quali quelli riguardanti l’obiettivo di assicurare, nel proprio territorio, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o la volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane, con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell’economia

stenza sanitaria transfrontaliera è sottoposto ad autorizzazione preventiva (art. 9, rubricato *Assistenza sanitaria transfrontaliera soggetta ad autorizzazione preventiva*).

Nel corso degli anni, la Corte di Giustizia dell'UE si è espressa stabilendo quali fossero i presupposti per far sì che si potesse ritenere legittima una previa autorizzazione a espatriare; alla luce di ciò, sussistono però dei dubbi circa la legittimità dell'autorizzazione così per come il decreto la disciplina⁵⁰.

e delle finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano (ex articolo 7, comma 8).

⁵⁰ Cfr. CGUE, 28 aprile 1998, in causa n. C-158/96, *Kohll*; CGUE, 28 aprile 1998, in causa n. C-120/95, *Decker*. La Corte, investita della questione, si è trovata a dover stabilire se una normativa nazionale che subordini ad autorizzazione preventiva il rimborso di spese mediche effettuate in uno Stato diverso da quello di residenza sia tale da scoraggiare ed ostacolare gli scambi intracomunitari o la libera prestazione di servizi nel settore sanitario. Secondo la CGUE, una siffatta normativa rappresenta un «ostacolo alla libera circolazione delle merci in quanto incoraggia gli assicurati ad acquistare i prodotti di cui trattasi nel Granducato piuttosto che in altri Stati membri e, pertanto, è atta a frenare l'importazione di occhiali montati in questi Stati». Essa è tale da restringere la libera circolazione dei servizi (Cfr. CGUE, 29 novembre 2001, in causa n. C-17/00, *De Coster*; CGUE, 8 settembre 2005, in cause riunite n. C-544/03 e C-545/03, *Mobistar SA e Belgacom Mobile SA*; CGUE, 5 dicembre 2006, in cause riunite n. C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*; CGUE, 5 ottobre 1994, in causa n. C-381/93, *Commissione c. Francia*). Assoggettare alla previa autorizzazione il rimborso delle spese mediche sostenute all'estero, e non invece quelle effettuate nel Paese di iscrizione, comporta inevitabilmente che i pazienti siano meno inclini ad uscire dai confini nazionali per sottoporsi a cure, consapevoli che, in mancanza di autorizzazione, dovranno sopportare per intero i relativi costi. La disciplina, ponendo in essere, sia pure indirettamente, una diversità di trattamento dei destinatari del servizio fondata sull'origine della prestazione, tende dunque a scoraggiare gli assicurati dal rivolgersi a prestatori stabiliti in un altro Stato membro e determina di conseguenza un ostacolo alla libertà di circolazione dei servizi. Nell'affermare l'incompatibilità comunitaria del regime autorizzatorio preventivo, però, la Corte ha valorizzato due ordini di interessi dinanzi ai quali il principio della libera circolazione può recedere e che, pertanto, costituiscono legittima eccezione alla sua applicazione: da un lato, l'obiettivo di conservare un sistema medico-ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti, in quanto motivo suscettibile di essere ricompreso tra le ragioni di sanità pubblica finalizzate alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute (esiste, infatti, un rischio concreto che, a fronte di costi di gestione sostanzialmente svincolati dal numero dei ricoverati, alcuni ospedali risultino sottodimensionati, in relazione alle richieste indotte dalla circolazione incondizionata dei pazienti ed altri, invece, siano costretti a chiudere per carenza di pazienti e la riduzione di affluenza comporterebbe una contestuale riduzione nella qualità dell'offerta); dall'altro, il rischio di grave alterazione all'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, che costituirebbe motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare la misura restrittiva. Sotto il profilo procedurale, sono state chiarite le caratteristiche che il sistema autorizzatorio deve possedere per poter essere considerato legittimo (e quindi non discriminatorio): deve rispondere ai principi di adeguatezza e proporzionalità; deve necessariamente essere costruito su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo; deve garantire il facile accesso alle procedure previste per il rilascio dell'autorizzazione, nonché, una valutazione oggettiva, imparziale e rapida della domanda, oltre a consentire all'istante di ricorrere all'autorità giurisdizionale in caso di diniego. In dottrina cfr. A. Bonomo, *Nota a Corte Giust. UE – 28 aprile 1998 (causa C-120/95)*, in *Giustizia civile*, 1998, 1753 e ss.; L. Biglia, *La libera circolazione dei servizi sanitari nella Comunità europea*, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, 230 e ss.; A. Baeyens, *Free Movement of Good and Services in Health Care: A Comment on the Court Cases Decker and Kohll from a Belgian Point of View*, in *European Journal of Health Law*, 1999, 373 e ss.; K. Sievenking, *The Significance of the Transborder Utilisation of Health Care Benefits for Migrants*, in *European Journal of Migration and Law*, 2000, 143 e ss.; A. Bonomo, *La libera circolazione dei malati*, in *Giustizia civile*, 1998, 2391 e ss.; N. Coggiola, *La Corte di Giustizia Ce si pronuncia in materia di rimborso di spese mediche sostenute in un altro Paese membro*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1999, 956 e ss.; G. Cardoni, *Prestazioni sanitarie e libera circolazione di merci e servizi: un caso di "strabismo" della Corte di Giustizia*, in *Dir. Lav.*, 1999, 193 e ss.; A.P. Vander Mei, *Cross-border Access to Medical Care within the European Union: Some Reflections on the Judgments in Decker and Kohll*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 1998, 277 e ss.

Il decreto non predetermina i casi in cui sia necessaria l'autorizzazione: stabilisce infatti che siano le singole Regioni a individuare le prestazioni da autorizzare. Per guidarle in questa scelta, esso si limita a indicare condizioni generali al ricorrere delle quali è dunque plausibile che l'ente decida di assoggettare il turismo sanitario ad autorizzazione preventiva.

Tuttavia, queste condizioni generali da esso indicate sono abbastanza (troppo) vaghe e poco coerenti sul piano sistematico (senza considerare che, lasciando alle singole Regioni la libertà di scelta circa le prestazioni da assoggettare al meccanismo autorizzatorio, il decreto riconosce alle stesse un'ampia discrezionalità a fronte della quale si potranno senza dubbio accentuare le già ingiuste differenze territoriali esistenti)⁵¹.

Ad esempio, il decreto precisa che è assoggettabile ad autorizzazione preventiva l'assistenza sanitaria che richieda cure che comportino un rischio particolare per il paziente o la popolazione.

In verità, potrebbe essere plausibile assoggettare ad una previa autorizzazione quegli espatri che comportino un rischio per la popolazione, nell'ottica della tutela della salute collettiva (costituendo, questo, motivo di interesse generale che può legittimamente comportare una limitazione alla libertà di circolazione e al diritto alla salute del singolo, *ex art. 32 Cost.*); tuttavia, non si comprende perché non si specifichi allora che, nel caso di diniego, il privato non possa concretamente espatriare per farsi curare: in altre parole, se l'ASL rileva un pericolo e nega l'autorizzazione, il paziente può comunque decidere di recarsi nel paese prescelto, così mettendo a repentaglio la sicurezza della salute pubblica. E ciò in quanto, chiaramente, il potere attribuito dalla norma di azione all'amministrazione di riferimento non incide sull'esercizio del diritto alle cure transfrontaliere, quando esercitato, bensì, solo sull'interesse, distinto, all'ottenimento del rimborso monetario.

Allo stesso modo, poco plausibile risulta la limitazione che tiene conto del particolare rischio per il paziente e la sua salute: al pari della precedente, essa vale a ben poco, sul piano pratico, visto che il paziente può comunque mettere a repentaglio la propria condizione, decidendo di farsi curare all'estero e sostenendo le spese in autonomia, quand'anche la pubblica amministrazione non lo autorizzi perché rilevi un pericolo da scongiurare. Tuttavia, anche ammesso si intervenga per strutturare il potere in modo tale che esso dialoghi direttamente con l'interesse all'espatrio, credo che la norma sarebbe facilmente tacciabile di incostituzionalità, visto che andrebbe a intaccare un diritto soggettivo all'autodeter-

⁵¹ Cfr., se si vuole, N. Posteraro, *Cure oltre lo Stato*, cit.

minazione dell'individuo – che, come le Corti ci insegnano, non è affatto “aggredibile” dall'esterno⁵².

Occorre precisare che nel caso di previa autorizzazione il singolo soggetto instaura due tipi di rapporti: prima, un rapporto bilaterale con la pubblica amministrazione, che sorge quando l'interessato presenta l'istanza e si esaurisce quando, al suo ritorno in patria, l'amministrazione lo rimborsi delle spese sostenute. Poi, un altro rapporto bilaterale con lo Stato membro di cura, presso cui il singolo si reca per ottenere la prestazione (dopo aver ottenuto il provvedimento di autorizzazione, ovvero di diniego, oppure prima di avere ottenuto provvedimento espresso da parte dell'amministrazione).

Come si vede, nonostante l'autorizzazione sia necessaria in entrambi i casi, il risultato finale, in termini di rapporti tra parti, è diverso da quello che si sostanzia nel caso del Regolamento, in cui il rapporto è unico ed è di tipo trilaterale. Ciò è la naturale conseguenza del differente sistema di assistenza sanitaria prescelto dalle due fonti (l'uno, quello del decreto, indiretto; l'altro, quello del Regolamento, diretto).

7.4 *Sulla eventuale necessità di adire il giudice. Cenni.*

Nell'ambito di questi rapporti che l'amministrato intrattiene con la pubblica amministrazione, può esservi la necessità, per il primo, di rivolgersi al giudice per contestare la legittimità di una scelta assunta dalla seconda; volendo provare a rappresentare esemplificativamente i casi in cui sia verosimile si sostanzii la suddetta necessità, si possono immaginare queste situazioni:

- a) il privato ha dovuto chiedere una previa autorizzazione alla pubblica amministrazione e la pubblica amministrazione non gliel'ha accordata;
- b) il privato ha dovuto richiedere una previa autorizzazione alla pubblica amministrazione e l'ha ottenuta; si è recato presso il paese prescelto, si è fatto curare, ha anticipato le spese e, al suo ritorno in Italia, forte della autorizzazione precedentemente ottenuta, si è rivolto all'ASL per ottenere il rimborso effettivo che, però, gli è stato negato;
- c) il paziente non ha dovuto richiedere alcun tipo di previa autorizzazione allo Stato di appartenenza; perciò, si è recato nel paese di cura, ha sostenuto le

⁵² Altro dubbio circa la legittimità dell'autorizzazione permane sul piano procedurale. Ad esempio, non è ben chiaro se l'interessato, una volta che abbia ottenuto l'autorizzazione e si sia fatto curare all'estero, al ritorno debba nuovamente rivolgersi alla pubblica amministrazione per chiedere il rimborso. Si v., se si vuole, N. Posteraro, *Cure oltre lo Stato*, cit.

- spese, si è fatto curare, è poi tornato in Italia e ha chiesto all'ASL il rimborso delle spese sostenute che, però, gli è stato negato;
- d) il singolo, sia che si sia trovato a vivere la situazione *sub a)* che quella *sub b)*, è tornato in Italia, ha chiesto il rimborso e la pubblica amministrazione glielo ha accordato in parte, non rimborsando l'intera somma che, nei limiti del tetto massimo rimborsabile, aveva richiesto.

Non è questa la sede per indugiare circa questi aspetti; tuttavia, sia consentito sottolineare che, a questo proposito, occorre tenere debitamente conto dei problemi di giurisdizione che potrebbero venire a crearsi.

Spesso, nei casi di diniego dell'autorizzazione (*sub a)*), ad esempio, si radica la giurisdizione del g.o., affermando che la controversia abbia ad oggetto il diritto alla salute del singolo amministrato, il quale ultimo, fondamentale, secondo la nota teoria degli anni settanta, si configura quale situazione giuridico-soggettiva indegradabile, inaffievolibile e perciò non correlabile al potere della pubblica amministrazione, anche quando esso sia da questa legalmente e legittimamente esercitato⁵³.

In disparte il discorso circa la validità della teoria dei diritti indegradabili, in verità, ciò che dialoga col potere autorizzatorio della pubblica amministrazione non mi pare sia il diritto alla salute del singolo interessato, bensì il suo interesse a ottenere il rimborso delle spese sostenute. Quindi, è a questa situazione giuridico-soggettiva che occorre guardare, credo, per verificare quale sia la giurisdizione da riconoscere come sussistente nei casi di cui alla lettera a)⁵⁴.

⁵³ Ho dato conto delle pronunce che hanno deciso in questo senso in N. Posteraro, *Cure oltre lo Stato*, cit.

⁵⁴ Il fatto che il potere dialoghi con l'interesse al rimborso si rileva anche dalla lettura dell'art. 9 del decreto (rubricato *Assistenza sanitaria transfrontaliera soggetta ad autorizzazione preventiva*) e dell'articolo 8 della Direttiva (rubricato *Assistenza sanitaria che può essere soggetta ad autorizzazione preventiva*), in base ai quali, rispettivamente, «Il rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera è sottoposto ad autorizzazione preventiva» e «Lo Stato membro di affiliazione può prevedere un sistema di autorizzazione preventiva per il rimborso dei costi dell'assistenza transfrontaliera». Dopotutto, è la stessa collocazione della materia all'interno del Capo III di entrambi gli atti ad avallare la prospettazione in commento, i quali, infatti, recano la eguale rubrica *Rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera*, così lasciando intendere che l'attribuzione del potere e la regolazione del procedimento amministrativo sono afferenti a quell'interesse al rimborso, e non anche al diritto alla scelta del posto presso cui guarire. Per un approfondimento sulla questione, relativamente anche alle lettere b), c) e d), cfr., se si vuole, N. Posteraro, *Cure oltre lo Stato*, cit. Quanto al caso *sub a)*, si deve precisare che il comma 9 dell'articolo 10 del decreto introduce un rimedio giustiziale, specificando che «avverso il provvedimento di diniego è sempre possibile proporre istanza al direttore generale della ASL entro 15 giorni dal ricevimento dello stesso»: in questo caso, «il direttore generale della ASL si esprime nel termine di 15 giorni dalla ricezione dell'istanza».

8. *Osservazioni conclusive in tema di mobilità transfrontaliera in Italia (anche attiva)*

Nel corso di una ricerca condotta qualche anno fa, su questi stessi temi, ho avuto modo di verificare, come ho già denunciato in altre occasioni, che su un campione di 100 persone intervistate, solo il 12% sapeva qualcosa a proposito dei diritti connessi al tema dell'assistenza sanitaria transfrontaliera. E di questo 12%, il 10% era composto da persone che operavano nel mondo del diritto e/o in quello sanitario (e, che, quindi, era forse normale e giusto sapessero qualcosa a tal proposito). Mi pare che sia un segno, questo, del fatto che le informazioni tardano ad arrivare: così, un diritto che dovrebbe essere accordato alla persona resta, in concreto, sconosciuto ai più⁵⁵.

Occorrere, poi, meglio chiarire quali siano i rapporti tra il regolamento del 2004, ancora in vigore e dunque applicabile, la direttiva del 2011 e il suo decreto interno di recepimento.

Con l'approvazione della Direttiva e del conseguente decreto legislativo italiano si è senza dubbio instaurato un sistema duale che non ha contribuito a semplificare il panorama giuridico. Ci si trova, anzi, addirittura, dinanzi ad una sistema tripartito, fondato in alternativa sulla direttiva, sul regolamento di coordinamento e sulla stessa giurisprudenza della Corte, nei limiti in cui direttiva e decreto se ne discostino.

Alla luce di quanto s'è detto, appare chiaro che la soluzione offerta dal Regolamento risulta essere sicuramente più favorevole per il paziente, dal punto di vista economico, posto che esso verrà trattato al pari degli assicurati presso lo Stato di erogazione del trattamento. Invero, la proposta della Commissione prevedeva che gli Stati membri fossero tenuti sempre ad applicare la norma più favorevole al paziente. Si affermava, infatti, all'art. 3 par. 2, che, qualora si fossero configurate le fattispecie per il rilascio dell'autorizzazione a recarsi in un altro Stato membro per ricevere cure adeguate secondo quanto disposto dal Regolamento di coordinamento, avrebbe dovuto trovare applicazione quest'ultimo sistema normativo a discapito di quello fondato sulla Direttiva; e che, in ogni caso, in presenza tali condizioni previste dal medesimo regolamento, il rilascio dell'autorizzazione e l'erogazione delle prestazioni sarebbero dovute avvenire ai sensi del regolamento e non della direttiva.

Attualmente, la differenza rispetto alla precedente formulazione è sostanziale: anzitutto il *favor* verso la misura del rimborso offerta dal Regolamento è subordinata all'effettiva presentazione di una richiesta di autorizzazione preventiva, ove

⁵⁵ Sia consentito rimandare a N. Posteraro, *Assistenza*, cit.; Id., *Cure oltre lo Stato*, cit.

prevista. Infatti, la Direttiva espressamente subordina l'applicabilità del Regolamento CE n. 884/2004 alla presentazione di un'istanza da parte del paziente; come specifica l'articolo 8, lo Stato membro di affiliazione accerta se sono state soddisfatte le condizioni di cui al Regolamento (CE) n. 883/2004 nel caso in cui l'istante abbia chiesto l'autorizzazione: ove tali condizioni siano soddisfatte, l'autorizzazione preventiva è concessa conformemente al regolamento, a meno che il paziente non chieda diversamente.

Lo stesso fa il decreto, il quale sottolinea che nei casi in cui la richiesta di autorizzazione preventiva presentata da una persona assicurata in Italia al fine di ricevere assistenza sanitaria transfrontaliera soddisfi le condizioni di cui al Regolamento (CE) n. 883 del 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, l'autorizzazione preventiva è concessa conformemente al medesimo regolamento, a meno che la persona assicurata non chieda diversamente (art. 9, comma 3).

A tale riguardo, la Direttiva assegna peraltro giusto rilievo alla circostanza che la scelta tra l'uno o l'altro sistema avvenga, da parte del paziente, in maniera consapevole ed informata, considerate le differenze di disciplina esistenti tra i due regimi e le ripercussioni sul piano economico connesse al ricorso all'uno oppure all'altro: il considerando n. 31 afferma dunque che *«nel caso in cui il paziente abbia diritto all'assistenza sanitaria transfrontaliera prevista sia dalla presente direttiva sia dal regolamento (CE) n. 883/2004 e l'applicazione di tale regolamento sia più vantaggiosa per il paziente, è opportuno che lo Stato membro di affiliazione richiami l'attenzione del paziente su questo fatto»*. Il decreto, recependo tale statuizione, afferma che *«il Punto di Contatto fornisce, altresì, informazioni sulla distinzione tra i diritti che i pazienti hanno in virtù del presente decreto legislativo e i diritti risultanti dal regolamento CE n. 883/2004 [...]»*, ciò al fine, appunto, di renderlo previamente edotto.

Laddove, invece, l'interessato non attivi la procedura perché non era tenuto a presentare alcuna richiesta di autorizzazione al trasferimento, oppure perché, pur potendo/dovendo attivare preventivamente la procedura avanti alle autorità amministrative del proprio ordinamento di affiliazione, in realtà, non l'abbia fatto (per inconsapevolezza circa i propri diritti, o perché non gli sarebbe stato possibile attendere), non potrà avvantaggiarsi della copertura nella misura offerta dal sistema del Regolamento 883/2004.

Le norme, dunque, pur garantendo la sopravvivenza ed il primato del Regolamento 883/2004 in presenza di una formale richiesta di autorizzazione da parte dell'assicurato, finiscono, tuttavia, per impedirne l'applicazione in tutti i casi in cui lo stesso non sia tenuto a (oppure, non abbia potuto) presentare l'istanza: se l'assicurato non chiede alcuna autorizzazione e si reca direttamente all'estero per

sottoporsi alle prestazioni mediche, non è più previsto che egli possa beneficiare dell'eventuale trattamento più favorevole previsto dalla normativa regolamentare.

Tale impostazione dovrà tuttavia in ogni caso confrontarsi e conformarsi alle attestazioni della giurisprudenza, secondo cui possono ben sussistere situazioni contingenti in cui, per ragioni connesse al suo stato di salute o alla necessità di ricevere cure urgentemente presso una struttura ospedaliera, l'assicurato, pur essendovi astrattamente tenuto, non ha il tempo di presentare l'istanza, o di attenderne l'esito, ovvero, ancora, di ottenere in sede di autotutela o di appello la correzione di una attestazione di diniego formulata da un organismo di prima istanza; in quest'ultima ipotesi, per esempio, la Corte ha infatti previsto il diritto dell'assicurato, il quale abbia ricevuto un diniego da parte dell'istituzione competente in seguito rivelatosi infondato, di ottenere direttamente a carico dell'istituzione competente il rimborso di un importo pari a quello che sarebbe stato normalmente preso a carico se l'autorizzazione fosse stata debitamente concessa fin dall'inizio. E peraltro, in linea con tale giurisprudenza da ultimo citata, la stessa direttiva afferma, all'interno del considerando n. 46, che la disciplina del regolamento si dovrebbe comunque applicare ai casi in cui l'autorizzazione sia rilasciata al termine di un riesame della domanda in sede amministrativa o giurisdizionale e l'interessato abbia fruito delle cure in un altro Stato membro: senza dubbio, a fronte di regole incerte, il quadro si complica⁵⁶.

Infine, il tema dell'assistenza sanitaria transfrontaliera è stato ivi osservato dal lato passivo, posto che si è guardato all'Italia come al paese da cui le persone partono per ottenere assistenza sanitaria in altri Stati. Tuttavia, in conclusione, non si può non fare un accenno al tema della mobilità transfrontaliera attiva.

Attualmente, il saldo tra chi viene e chi va a farsi curare all'estero è ancora negativo per il nostro Paese. A fronte di circa 5 mila stranieri che scelgono di farsi curare in Italia (da noi si viene per prestazioni a più alto tasso di specializzazione: neurologia, cardiocirurgia, oncologia, chirurgia bariatrica e ortopedia in particolare), sono ancora 200 mila gli italiani che partono diretti verso studi medici, ospedali e cliniche oltre confine⁵⁷.

⁵⁶ Sull'incertezza del diritto e sui pericoli che questa provoca, cfr. M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 2017; Id., *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *federalismi.it*, 2017; Id., *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, II ed., 3 e ss.

⁵⁷ Ciò secondo le stime dell'Osservatorio sui consumi privati in sanità (Ocps)-Sda Bocconi presentate nel 2016 a Roma in occasione del lancio di Hospitaly, network di strutture sanitarie pubbliche e private promosso dal Campus Bio-Medico di Roma. Al momento, le eccellenze sanitarie italiane attraggono soprattutto pazienti che provengono dai Paesi arabi (Arabia Saudita, Kuwait, Emirati arabi e Oman), Svizzera, Russia e Albania e che spendono per cure ed interventi cifre variabili tra i 20 e i 70 mila euro.

Sarebbe opportuno, quindi, che l'Italia si attivasse per assicurare un'offerta più ampia e strutturata di servizi sanitari e turistici per gli stranieri e per rendersi altresì "appetibile" agli occhi del mondo. Credo, ad esempio, che il nostro Paese possa e debba valorizzare le bellezze di cui si pregia, visto che, come suddetto, alla base del fenomeno del turismo sanitario vi è, molto spesso, l'interesse del paziente a visitare i luoghi anche per motivi culturali e/o di svago.

Tenuto conto delle potenzialità che possiede, essa dovrebbe in questo senso iniziare a dedicare una particolare attenzione alla politica dei trasporti, ad esempio, i quali, così per come organizzati, non godono di buona fama e scoraggiano lo spostamento.

In tal modo, riuscirebbe ad assicurare un miglioramento dell'aspetto qualitativo dei servizi, visto che i finanziatori stranieri sarebbero stimolati a investire nella costruzione di infrastrutture sanitarie; ancora, godrebbe sicuramente di un miglioramento della propria immagine e riuscirebbe ad assicurare posti di lavoro qualificati.

Certamente, occorre altrettanto rilevare che una mobilità attiva elevata potrebbe comportare un aumento vertiginoso del contenzioso in tema di responsabilità medica (e irrigidire, così, il sistema giurisdizionale italiano, già di per sé poco celere), posto che, ai sensi del comma 3 dell'art. 5 del decreto, il paziente che subisca un danno a causa dell'assistenza sanitaria ricevuta in Italia presso prestatori di assistenza sanitaria operanti nel territorio italiano ha diritto ad esperire gli ordinari rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento nazionale.

La compensazione e i rimborsi nella mobilità sanitaria interregionale e transfrontaliera

Il fenomeno della mobilità sanitaria, in Italia, è in costante aumento. Esso, in particolare quando «interregionale», si pone quale indicatore indiretto di qualità e comporta delle importanti conseguenze, sia sul piano economico-finanziario, sia sul piano sociale. Nello scritto si dà conto del fenomeno e si prova a riflettere su come sia possibile scongiurare i problemi che siffatto spostamento, a volte necessitato, comporta. Si considera, poi, il fenomeno della cd. mobilità transfrontaliera; in particolare, si riflette sul tema del rimborso delle spese sostenute da chi decida di espatriare per farsi curare, alla luce delle disposizioni (interne ed europee) che lo disciplinano. Anche in questo caso, tenuto conto dei dati sull'argomento, si evidenziano i problemi sul piano pratico e si riflette sui possibili rimedi da adottare.

Compensation and reimbursements in interregional and cross-border healthcare mobility

In Italy, the health mobility phenomenon is constantly increasing. In particular, if «inter-regional», it is an indirect indicator of the quality of the Italian health system and it entails important consequences (economically, financially, socially). The first part of this article deals with the analysis of this phenomenon: we try to understand what are the problems created by this kind of mobility and how these can be solved. Then, we also consider the phenomenon of the so-called cross-border mobility; in particular, we reflect on the difficulties created by the reimbursement system, considering the internal and European provisions that regulate it. Again, taking into account the data about the matter, it will be highlighted operational issues and the relevant remedies to be implemented.

Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)

Andrea Venanzoni

SOMMARIO: 1. La regolazione del mercato dei rifiuti, dalla (tentata) riforma Madia dei servizi pubblici locali alla Legge di Bilancio 2018; una forzata scelta europeista. – 2. Struttura compiti e funzioni della Autorità di regolazione energia reti e ambiente (ARERA). – 3. La regolazione dei rifiuti come nuova funzione regolatoria: i perché di una scelta. – 4. I primi non semplici passi della nuova Autorità tra necessità di riorganizzazione interna e forzata stasi operativa. – 5. Alcune (problematiche) conclusioni.

In memoria di Paolo De Ioanna

1. *La regolazione del mercato dei rifiuti, dalla (tentata) riforma Madia dei servizi pubblici locali alla Legge di Bilancio 2018; una forzata scelta europeista*

Nel torrenziale magma normativo della legge di Bilancio 2018, legge 27 Dicembre 2017, n. 205, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 29 Dicembre 2017, è riapparso, questa volta andando in porto, il progetto di istituzione di una autorità indipendente di regolazione per il mercato e la gestione delle reti in materia di rifiuti, un progetto originariamente previsto dagli articoli 16 e 19 della legge 7 Agosto 2015, n. 124, c.d. Legge Madia¹, e poi rimasto travolto, per moti-

¹ Sui caratteri della delega e sulle caratteristiche sottese in tema di riorganizzazione dei servizi pubblici di interesse generale, si vedano estensivamente, G. Fonderico, *I servizi pubblici locali*, in B.G. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La Riforma Madia della Pubblica Amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017, 365 ss., R. Cavallo Perin, *La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti strumentali, società ed altri enti strumentali nella prospettiva della riforma della P.A.*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016, 115 ss., F. Penza, *La disciplina dei servizi pubblici locali di interesse generale*, in S. Neri,

vi estrinseci e procedurali, dalla sentenza 25 Novembre 2016, n. 251 con cui la Corte Costituzionale² ha riconosciuto la violazione del principio di leale collaborazione Stato-Regioni.

Può naturalmente discutersi, e lo si farà subito *infra*, se il *medium* normativo scelto sia confacente e opportuno rispetto ad una scelta di sistema così rilevante, per altro originariamente innervata in un disegno complessivo decisamente più organico e articolato.

Quel che però appariva senza ombra di dubbio irrinunciabile³ era proprio la istituzione di un regolatore per un settore delicatissimo, più volte salito agli onori della cronaca e più volte oggetto di procedure comunitarie di infrazione⁴, con tutte le sequenziali gravi conseguenze di ordine finanziario e politico-reputazionale.

La scelta dell'emendamento⁵, il n. 49.0.5 presentato in Commissione Bilancio a prima firma dell'On. Giorgio Santini e soggetto a riscrittura e alla sequenziale presentazione di un testo 2 rispetto alla originaria formulazione, per altro *in limine* rispetto allo scioglimento delle Camere, oltre ad aver scatenato le forti proteste dell'opposizione, suscita più di una perplessità in ordine alla rispondenza della materia de *qua* al dato normativo su cui è innervata, ovvero la legge di bilancio 2018; non si deve dimenticare infatti che oltre duemila emendamenti sono stati dichiarati inammissibili dal Presidente della V Commissione Bilancio, proprio per la mancanza di coerenza tra l'oggetto emendante e l'oggetto della legge di bilancio, con un ricorso piuttosto rigoroso al canone della necessitata corrispondenza di oggetto tra disegno di legge e emendamento.

A. Venanzoni (a cura di), *La riforma Madia alla prova dei decreti attuativi. Commentario ai decreti legislativi della legge 124 del 2015*, Roma, 2017, 191 ss. In tutti i commenti emerge la strettissima sinergia funzionale tra ambito operativo territoriale, «veicolo» societario e servizi di interesse economico generale.

² R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 3, 2017, J. Marshall (pseudonimo), *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016, 705 ss. La sentenza ha suscitato una vasta eco e un ampio dibattito, spesso dai toni accesi, in quanto alcuni Autori hanno ritenuto che la pronuncia esorbitasse dagli strumenti concettuali elaborati in tema di leale collaborazione da parte della stessa Corte, in quanto la Corte per lunghissimo tempo ha adottato un cogente *self-restraint* in tema di applicazione del canone della leale collaborazione al processo legislativo (escludendone quindi l'ambito di applicabilità). In realtà, consapevole della forte innovazione proposta con le motivazioni sottese alla sentenza, la stessa Corte evoca un precedente dagli effetti analoghi, quello della chiamata in sussidiarietà di cui alla sentenza 25 Settembre 2001, n.303.

³ D. Berardi, S. Traini, *Rifiuti: a quando un'Autorità di regolazione indipendente?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 1, 2016, 44 ss.

⁴ Puntualmente riportate, cronologicamente e tipologicamente, nel documento *Rifiuti: a quando un'Autorità indipendente?*, a cura del Laboratorio REF. Ricerche, n. 35, Milano, 2015, 4.

⁵ La forte distinzione operativa intercorrente tra atto di iniziativa legislativa e emendamento è espressa autorevolmente da E. Spagna Musso, *Scritti di diritto costituzionale*, Milano, I, 2008, 324 ss. In termini, R. Dickmann, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2015, 131 ss., A. Pisaneschi, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento, limiti di coerenza e questione di fiducia*, in *Diritto e società*, 1988, 203 ss. Contro questa impostazione e per la sostanziale congiunzione dei due poteri, di iniziativa legislativa e di emendamento, L. Paladin, *Emendamento*, in *Novissimo Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 510 ss.

Che naturalmente la legge di bilancio sia ormai, da prassi, un insieme multicolore di materie e elementi disparati non è certo un buon motivo, soprattutto in ambiti tanto delicati e tecnici, per cedere alla tentazione di bypassare il confronto assembleare che lungi dal rappresentare una formalistica lungaggine dovrebbe costituire un momento di alto dibattito e di confronto finalizzato al miglioramento dell'*output* legislativo⁶, soprattutto in anni di patente crisi della rappresentanza politica.

Inoltre, una materia tanto delicata e soprattutto connessa a istituzioni peculiari come le autorità indipendenti che nelle leggi istitutive e nella nomina a partecipazione parlamentare⁷ dei propri membri conoscono l'unico cordone ombelicale reale con il circuito della rappresentanza parlamentare medesima, avrebbe di certo meritato maggior approfondimento assembleare, e non l'essere relegato in una fase crepuscolare della legislatura.

Non si dimentichi poi a detto proposito che, come si dirà, la nuova autorità vede tornare a cinque i propri membri, rispetto ai tre previsti dal modello ridotto nel 2011 dal decreto-legge 6 Dicembre 2011, n. 201, Salva Italia, la qual cosa ha fatto parlare le opposizioni di *blitz* finalizzato alla occupazione dei nuovi posti venutisi a creare.

⁶ Sulle disfunzioni ingenerate dalla tendenziale auto-esautorazione del Parlamento, anche in termini di materiale *drafting* normativo, ampiamente B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011, specialmente 31 ss.

⁷ Per altro va sottolineato con forza come la nomina dei membri dei Collegi delle Autorità indipendenti abbia ormai superato l'impostazione ontologica di atto di pertinenza esclusiva parlamentare, o meglio dei Presidenti delle due Camere, per addivenire ad una natura complessa, embricata, tra dimensione governativa e parlamentare. Dalla originaria impostazione prevista dall'articolo 10 comma 2 della legge 10 Ottobre 1990, n. 287, istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a mente del quale Presidente e quattro membri che nel loro insieme compongono il Collegio vengono nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti di Camera e Senato, si è arrivati ad una fattispecie pluristrutturata e complessa, come quella disciplinata dall'articolo 1 comma 3 della legge 31 Luglio 1997, n. 249, legge istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, senza ovviamente dimenticare poi la fattispecie in cui diventa molto più marcato il ruolo del Governo, a norma dell'articolo 2 comma 7 della legge 14 Novembre 1995, n. 481, con la quale è stata istituita l'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Il collegio dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità viene nominato con decreto del Presidente della Repubblica, , previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente. Il passaggio parlamentare in questo caso si consuma nelle Commissioni competenti per materia, cui devono essere sottoposti i nominativi dei nominandi; la Commissione deve formulare il proprio parere entro trenta giorni, a maggioranza dei due terzi dei componenti, oppure a maggioranza assoluta se oltre questo termine, godendo del potere di convocare in audizione i nominandi stessi. Ampiamente sulle modalità di regolazione e sulla separazione tra potere politico e attività regolatoria, F. Longo, *Ragioni e modalità della istituzione delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I Garanti delle regole*, Bologna, 1996, 13 ss. il quale rileva come l'istituzione di organismi tipologicamente ascrivibili al *genus* delle autorità indipendenti risponda ad esigenze di governo dell'economia e di mercati sempre più complessi, con logiche tecniche necessariamente svincolate rispetto all'andamento gerarchizzato dello Stato-potere, andando ad innovare in maniera significativa rispetto al principio costituzionale della responsabilità politico-ministeriale. Sui rischi di politicizzazione e di cattura, si vedano le illuminanti considerazioni di M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, specie pagine 21 ss.

O al limite, alla luce dei costi determinati dalle procedure di infrazione, e dalla non più rinviabile urgenza di procedere in tal senso stanti anche preoccupazioni di tenuta ambientale e igienico-sanitaria, si sarebbe potuto pensare ad un decreto-legge che almeno avrebbe ottemperato ai requisiti di necessità (la necessità di interrompere il circuito vizioso delle ripetute procedure d'infrazione, con i connessi costi economici) e l'urgenza (l'urgenza scaturente dalle procedure attualmente in corso e dalla caducazione dell'assetto normativo ad opera della Corte Costituzionale, oltre che da storture ambientali e sanitarie registratesi in alcune aree del Paese), determinando poi nella sua fase di conversione il necessitato confronto parlamentare.

Abbandonando l'originaria idea di una istituzione *ex novo* di un soggetto istituzionale regolatorio, abbandonata per vero già dal 2011 quando all'allora Autorità energia elettrica e gas (AAEG) vennero destinate anche le funzioni di regolazione dei servizi di rete idrici trasformandola in AEEGSI, e in ossequio alle coordinate di concentrazione amministrativa delle funzioni e di alta specializzazione tecnica che permeano in generale tutta la riforma Madia e più nello specifico, e già da prima, il peculiare settore delle autorità indipendenti, il legislatore ha preferito, condivisibilmente, aggregare le nuove funzioni di regolazione del mercato dei rifiuti e di coordinamento dei livelli gestionali tra Stato, Regioni e autonomie territoriali, non dimenticando poi la connessione biunivoca tra soggetto regolatore e Unione Europea, in capo all'Autorità di regolazione dei servizi pubblici.

I commi da 527 a 530 dell'articolo 1 della legge di Bilancio 2018 istituiscono quindi la nuova Autorità, nominalisticamente ribattezzata Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA), facendo pertanto scomparire dall'orizzonte del nostro ordinamento la vecchia Autorità per l'energia elettrica gas servizi idrici (AEEGSI), le cui funzioni per altro erano andate via via col passare del tempo conoscendo una tendenza incrementale.

L'originaria Autorità per l'energia elettrica fece la sua comparsa nel cuore dei percorsi di liberalizzazione⁸ e di privatizzazione dei settori energetici, apparendo sulla scena due anni dopo la privatizzazione dell'ENEL e dell'ENI⁹; tipi-

⁸ Per una ricostruzione in chiave economica e giuridica, nel cuore del diritto comunitario, del fattore «liberalizzazione», C. Iannone, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009 110 ss.; l'Autrice mette in luce come lo strumento privilegiato per procedere alla armonizzazione degli ordinamenti e per la creazione di un mercato unico sia la direttiva, adottata nel caso di specie ai sensi dell'articolo 95 del Trattato CE che consente al Consiglio di deliberare, a maggioranza qualificata, misure di armonizzazione aventi ad oggetto instaurazione e armonizzazione del mercato unico e ai sensi dell'articolo 86, par. 3, Trattato CE che consente alla Commissione di vigilare sulla piena applicazione dei due paragrafi precedenti formulando laddove necessario opportune direttive e decisione rivolte ai singoli Stati. Mette in luce la fondamentale importanza in questo quadro rivestita dall'articolo 10 del Trattato, che come noto obbliga gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato stesso, G. Corso, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2, 2007, 286.

⁹ Per una ampia ricostruzione del percorso di privatizzazione delle società in partecipazione pubblica, e per le connesse conseguenze di ordine giuridico e costituzionale, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*,

co fenomeno di emersione di quello Stato Regolatore¹⁰ che soprattutto per effetto della globalizzazione dei mercati e della normazione europea¹¹ iniziò a scrollarsi di dosso l'interventismo in economia, conoscendo un sostanziale arretramento in punta di privatizzazioni, liberalizzazioni¹², semplificazioni amministrative¹³ e *deregulation*¹⁴.

Roma-Bari, 2004, 130 ss.

¹⁰ A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss.

¹¹ «Privatizzazioni e liberalizzazioni che hanno investito gran parte della nostra amministrazione pubblica (segnatamente nel settore dei grandi servizi) sicuramente hanno una matrice europea», V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 5. Nell'individuare il fattore genetico di questo trascolorare del dualismo in forme di compenetrazione, compartecipazione e sinergia, si rileva «la prima prospettiva muove dalla globalizzazione dei mercati e dalla crisi politica e fiscale degli Stati. Essa si rivolge, in particolare alle esperienze degli Stati Uniti e del Regno Unito, prima, e della Comunità europea poi. Per impulso di quest'ultima, la riduzione della sfera pubblica si impone all'interno degli Stati membri», G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 16. «La spinta alle liberalizzazioni viene soprattutto dall'Europa», G. Corso, *Liberalizzazioni: le premesse di diritto europeo*, op. cit., 279.

¹² G. Gruner, *Liberalizzazioni ed autonomie locali*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare; il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, 27 n. 2, laddove si sottolinea che per liberalizzazione in senso amministrativo si deve intendere la liberazione da un regime lato sensu autorizzatorio e la sua riconduzione in capo all'attività privata. Per liberalizzazione in senso economico, come per altro già segnalato, si intende l'abbattimento di una attività condotta in regime monopolistico.

¹³ Il nesso di dipendenza deontica tra liberalizzazioni e semplificazioni trova un conforto difficilmente confutabile nella stessa legge sul procedimento amministrativo; la legge nel suo complesso costituisce una *mise en scene* di semplificazione, laddove nel suo alveo si situano norme, come quella di cui all'art. 19 comunemente liberalizzanti. «È diffuso ormai il convincimento secondo il quale prima di semplificare, sia opportuno alleggerire gli apparati pubblici di quelle funzioni divenute inutili o che più efficacemente possono essere espletate dai privati», così G. Vesperini, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 673. Sulla correlazione strettissima tra semplificazione e liberalizzazione A. Natalini, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002, 37. Invita molto opportunamente a non confondere complessità e complicazione Id., *Le semplificazioni amministrative*, op. cit., 14; appare palese come la complicazione si atteggi a fattore degenerativo e patologico, spesso determinato, nei suoi esiti più disfunzionali, da una sovrabbondanza irrazionale di fonti normative oppure da atteggiamenti culturali dei funzionari amministrativi; l'Autore ripercorrendo l'esperienza di semplificazione adottata dal legislatore italiano chiarifica come spesso fenomeni di ottimizzazione dei percorsi procedurali, di razionalizzazione delle procedure, di miglioramento della normazione, di liberalizzazione dell'attività di impresa, si siano tra loro mescolati, determinando un surplus di caos; nei fatti inoltre la semplificazione oltre ad essere concettualmente termine poliseno, implica un aggravio procedurale per l'*intraneus*, «spesso le procedure sono come i programmi informatici che per essere più amichevoli rispetto a chi li usa devono essere più complicati e pesanti per il computer che li attua». Secondo l'autorevole opinione di E. Casetta «costituisce del resto opinione diffusa che l'esigenza di semplificazione investa sia il settore normativo, caratterizzato spesso da una congerie di disposizioni differenti tra loro per origine storica e ispirazione politica, sia l'ambito di attività prevista a carico del cittadino che si rapporta ad una amministrazione, sia, infine, l'azione amministrativa stessa», E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. Amm.*, 1998, 336.

¹⁴ G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 630; l'Autore chiarifica come i processi di delegificazione, comportando una evidente fuoriuscita della competenza normativa dalle assemblee legislative e una traslazione in seno alle Agenzie, con tutte le peculiari caratteristiche di queste (anche in termini di analisi economica, come ad esempio, riprendendo il pensiero di R. Posner, un assai minor numero di costi di transazione, non essendovi una opposizione ed essendo assai minore il numero degli attori coinvolti), attuino delegazioni spesso orientate alla massimizzazione della produzione normativa, non incontrando esse le resistenze e le lungaggini procedurali in cui incorrono le aule parlamentari. L'Autore in realtà sottolinea anche una meno nobile propensione degli organi burocratici a produrre normazione regolamentare per fini di mantenimento del potere, in quanto saranno essi stessi ad utilizzare quelle norme. Sulla propensione,

Prendendo poi atto della evidente e innegabile concatenazione, in termini di riferimenti di mercato e di dinamiche sottese, tra energia elettrica gas e gestione liberalizzata dei servizi idrici, l'Autorità si vide assegnare anche la gestione regolatoria e tariffaria delle acque.

Non casualmente, facendo leva su alcune considerazioni di ordine generale, come l'alta specializzazione acquisita nel corso degli anni, la tendenziale omogeneità strutturale e gestionale dei servizi di rete, la loro integrazione in un quadro ascendente verso l'Europa e discendente verso le autonomie territoriali, la necessità presenza di una membrana meta-autorizzatoria¹⁵, gli operatori del settore da tempo chiedevano la devoluzione delle funzioni regolatorie in tema di rifiuti proprio all'AEEGSI.

La Riforma Madia¹⁶, con una precisa scelta di politica legislativa, aveva destinato a due precise distinte deleghe il riordino normativo, e il riparto di competenze e funzioni tra vari livelli, dei servizi di interesse economico generale (SIEG) e le società a partecipazione pubblica le quali, come noto, negli enti locali, sono veicoli privilegiati per la gestione dei SIEG stessi.

I criteri di delega formulati erano estremamente articolati, minuti e precisi, proprio perché la materia è la risultante composita, frammentaria e complessa di un percorso storico-normativo che ha avuto avvio sin dal 1903 con la legge Giolitti¹⁷, e che nel corso degli ultimi anni è stato profondamente inciso da interventi della Corte Costituzionale, referendari e di normazione euro-unitaria.

quasi antropologica, alla autoalimentazione alla complicazione da parte degli apparati burocratici, G. Vesperini, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, op. cit., 657; l'Autore individua tra le principali cause di questo fenomeno la dispersione in mille uffici delle funzioni amministrative, la separazione tra finanza ed amministrazione, la pervasività del sistema dei controlli, la frammentazione organizzativa, la confusione di ruoli tra personale politico e quello più squisitamente amministrativo, certe forme di desueto protezionismo liberale.

¹⁵ «La liberalizzazione, se totale, produrrebbe quale esito estremo il rafforzamento sul mercato delle imprese di maggiori dimensioni a discapito proprio di un mercato concorrenziale, mentre è interesse giuridicamente rilevante anche la tutela del pluralismo», così M. Ramajoli, *Liberalizzazioni; una lettura giuridica*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, 16. «Le liberalizzazioni introducono meccanismi concorrenziali che spingono fuori dal mercato le imprese meno efficienti, favorendo la riallocazione dei fattori della produzione verso le imprese a più alta produttività. Non solo, le liberalizzazioni inducono un aumento della produttività delle imprese esistenti, in quanto introducono incentivi all'impiego efficiente dei fattori», F. Pammolli, C. Cambini, A. Giannaccari in F. Pammolli, C. Cambini, A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 9.

¹⁶ Come non ha mancato di rilevare B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017, 134, l'impianto complessivo della Riforma tendeva ad operare una considerazione unitaria delle autorità indipendenti, nonostante sia questione notoria l'ampio dibattito che partendo dal dato ontologico della eterogeneità di modelli, funzioni, attribuzioni, poteri, inferiva l'impossibilità di una piena *reductio ad unum*. Ciò nonostante, e anche sulla scia dei pareri resi in sede consultiva dal Consiglio di Stato, e di una precedente giurisprudenza amministrativa che aveva respinto i ricorsi di alcune AI avverso l'inserimento nell'elenco statistico ISTAT, da sempre uno dei parametri privilegiati per la perimetrazione della pubblica amministrazione, il legislatore della riforma aveva inteso da un lato non scendere nelle ipotesi definitorie e dall'altro non derogare alla applicazione della normativa al modello generale delle AI.

¹⁷ Legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici, l. 29 Marzo 1903, n. 103. Ampiamente sulle riforme legislative di devoluzione delle funzioni in ambito di servizi pubblici in epoca giolittiana, G. Melis, *Storia*

Per questo lo schema di decreto attuativo si presentava come decisamente pluri-strutturato.

Un primo punto apprezzabile del decreto delegato, come è stato sottolineato, era la differenza netta e marcata tra profili organizzativi dei servizi e i profili funzionali dell'attività; si assisteva cioè ad una scansione precisa dei vari momenti, dall'alfa della individuazione/perimetrazione del singolo servizio di interesse economico generale, del quale per altro veniva fornita una definizione in linea con la concettualità europea, arrivando all'omega dei profili organizzativi, i regimi di riserva e di diritto speciale, gestionali, per la regolazione e per la necessitata tutela degli utenti.

Il decreto delegato presentava inoltre dei peculiari profili in ordine alle dinamiche organizzative e gestionali dei SIEG, profili questi da cui emergeva un tendenziale andamento endiadico con la normazione di riordino delle partecipate pubbliche; in realtà, la veste di società pubblica per la gestione dei servizi di interesse pubblico non era considerata necessaria, prevedendo il decreto attuativo una lunga serie di soluzioni alternative, quali ad esempio l'imposizione di obblighi di servizio pubblico sugli operatori di un certo settore oppure l'erogazione di *voucher* alla cittadinanza o, come terzo strumento, l'affidamento degli obblighi di servizio pubblico ad un dato operatore, da individuarsi e selezionarsi con contratto di servizio pubblico o con lo strumento della concessione.

Dette concessioni, per le quali il grado di coinvolgimento delle amministrazioni locali poteva quasi definirsi a geometria variabile, non dovevano necessariamente inerire una singola, sola società erogatrice di determinati servizi; era possibile realizzare pertanto una segmentazione in lotti, in sotto-settori, del mercato di riferimento, determinando una sorta di concorrenza¹⁸ su base comparativa.

Proprio in ambito gestionale più forte e intensa si palesa la connessione con il testo unico sulle società partecipate¹⁹, per la necessità di una scansione procedurale²⁰ della messa a gara del servizio, laddove l'ente locale, una volta individuato il

dell'amministrazione italiana, Bologna, 1996, 186 ss.

¹⁸ Sulle modulazioni della concorrenza e sulla rilevanza costituzionale del principio di concorrenza, F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza; proprietà e fondamento*, in *Dir Amm.*, 1-2, 2013, 15 ss.

¹⁹ Sul sistema delle partecipazioni pubbliche come delineato dalla Riforma Madia, H. Bonura, *Le partecipazioni pubbliche*, in B.G. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La Riforma Madia della Pubblica Amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017, 345 ss., G. Gruner, *Le così dette "società pubbliche" tra esercizio dell'impresa pubblica ed elusione dei principi costituzionali*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016, 125 ss., A. Canitano, M. Nuzzo, *Le società a partecipazione pubblica nella recente normativa*, in S. Neri, A. Venanzoni (a cura di), *La riforma Madia alla prova dei decreti attuativi. Commentario ai decreti legislativi della legge 124 del 2015*, Roma, 2017, 181 ss.

²⁰ Una valutazione, sia pur sommaria, del costo economico delle scelte e dei moduli procedurali in cui si frammenta e fraziona l'agire amministrativo, porta a constatare come una semplificazione in combinato con momenti pianificatori determini o possa, in potenza, determinare effetti distorsivi, così M. De Benedetto, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, 149. Non a caso, «Le semplificazioni amministrati-

servizio di interesse economico generale, opti per la gestione *in house* o con società mista, dovendo in questo caso individuarsi il socio privato.

Messa a gara necessitata per i servizi a rete, ma non obbligatoria per gli altri servizi per i quali si rendeva possibile anche la gestione in economia, ovvero affidata a strutture dell'amministrazione stessa.

La caducazione del decreto attuativo, per opera della giurisprudenza costituzionale, se da un lato suona come un ironico paradosso, avendo il Giudice delle leggi eccepito sotto altro profilo²¹ la violazione del principio di leale collaborazione di una delega che nel suo complesso mirava proprio a rinvigorire la chiarezza collaborativa amministrativa tra distinti livelli di governo, ha importato la scissione tra il testo unico sulle società a partecipazione pubblica, approvato, e la normazione sui servizi locali, al contrario caduta e non ripresentata dal Governo.

Perché quindi il legislatore è sembrato voler correre ai ripari mediante un ripescaggio almeno parziale di quella normativa, nonostante analogo interesse non sia stato dimostrato per altri frammenti della Riforma Madia rimasti mutili e inattuati dopo la sentenza della Corte Costituzionale?

Si è già avuto modo di rilevare, in apertura, come molti servizi di interesse economico generale gestiti anche a livello locale abbiano dato pessima prova²², risolvendosi nell'apertura di procedure di infrazione, culminate anche in sostanziose multe²³.

Il settore della gestione dei rifiuti è senza dubbio uno dei più delicati e complessi; un *framework* che tende alla pluri-composizione ordinamentale in chiave normativa, e di soggetti istituzionali chiamati a vigilare, regolare, dirigere e gestire.

Tanto pessima è stata la prova offerta che l'Italia, tra il 2009 e oggi, è stata sottoposta a ben sedici procedure di infrazione, in un *range* di violazioni oscillanti da casi molto specifici, come quello della discarica romana di Malagrotta, della situazione napoletana o del drammatico caso dell' ILVA di Taranto, ad altri di

ve non sono volte solo ad aumentare l'efficienza dei processi di lavoro ma anche a diminuire i costi per l'utenza», A. Natalini, Le semplificazioni amministrative, op. cit., 29.

²¹ Che è naturalmente quello nell'ambito delle competenze nel procedimento legislativo delegato e del sistema delle Conferenze per la acquisizione di pareri o per il raggiungimento di intese. Ampiamente sul tema, E. Frontoni, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2012. Specificamente con riguardo al sistema delineato dalla sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale e dai mancati percorsi di riforma costituzionale, E. Frontoni, *Leale collaborazione, delegazione legislativa e modulazione degli effetti delle decisioni di illegittimità costituzionale: la Corte di fronte alla perdurante assenza di una Camera delle Regioni*, in *Nomos*, 2, 2017.

²² «L'identificazione tra cittadino e utente, con il conseguente primato dell'elettore sul consumatore tuttavia crea non pochi guasti; i servizi organizzati ed erogati con criteri politico-amministrativi, invece che economico aziendali, determinano conseguenze negative sugli equilibri della finanza pubblica e sulla qualità delle prestazioni rese», G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 145. Ciò non è seriamente controvertibile. Ma lo stesso Autore d'altronde avverte la necessità di precisare «ciò non vuol dire certo teorizzare un ideologico dissolvimento del rapporto di cittadinanza nel rapporto di utenza». Vero è che si vanno stagliando all'orizzonte, sempre più nitidi, i contorni di una autentica «utenza procedimentale».

²³ L'Italia ha ad oggi versato a titolo meramente forfettario 40 milioni di euro, ma l'incidenza potenziale futura delle procedure di infrazione tra loro connesse raggiunge cifre superiori almeno ai 150 milioni di euro (le stime più pessimistiche parlano di circa 300).

ordine generale, come quello sulla commercializzazione dei sacchetti di plastica o ai rifiuti degli imballaggi o al sistema, nel suo complesso, delle discariche.

Come hanno avuto modo di rimarcare tanto la Commissione UE quanto la Corte di Giustizia, nell'esercizio dei loro poteri *ex* articolo 258 TFUE, ci si è trovati davanti ad un caleidoscopico, pluri-sfaccettato assetto disfunzionale, con il mancato recepimento o la sostanziale inattuazione di precisi obblighi comunitari in tema di smaltimento e di gestione razionale della filiera dei rifiuti.

Ed è proprio in questa tendenziale irrazionalità, sanzionata dall'Unione Europea, che si situa la necessità, sollecitata da molto tempo da esperti, studiosi e operatori del settore, della istituzione di una specifica funzione regolatoria in capo all'autorità indipendente che ad oggi maggiormente si è occupata dei servizi sviluppati in rete, ovvero la AEEGSI.

Una funzione che possa svolgere non solo un ruolo positivamente sanante del caos²⁴ frammentario che governa in genere i servizi pubblici locali²⁵ e il settore dei rifiuti in particolare, ma possa portare, mediante logiche sanamente pro-concorrenziali, ad integrare nel dispositivo meta-regolatorio le eccellenze, che pure già vi sono, del settore, le quali operano con logiche industriali e nel rispetto dei canoni euro-unitari.

La frammentarietà dei livelli di governo e di intervento, unitamente ad un quadro normativo estremamente complesso²⁶, pongono senza dubbio una grande sfida empirica, il cui primo tassello dovrà essere senza dubbio una autentica *actio finium regundorum* delle funzioni e delle competenze onde evitare sin dal principio sconfinamenti, sovrapposizioni e duplicazioni, in poche parole conflitti verticali e orizzontali.

2. *Struttura, compiti e funzioni della Autorità regolazione energia reti ambiente (ARERA)*

Il comma 527 dell'articolo 1 della Legge di Bilancio 2018 enuncia, nel delineare la motivazione della istituzione della nuova funzione regolatoria, proprio la necessità di una gestione pienamente razionale²⁷ ed omogenea sul territorio nazio-

²⁴ M. Passalacqua (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2016.

²⁵ G. Napolitano, *Le regole per liberalizzare i servizi pubblici*, in A.F. Pammolli, C. Cambini, A. Gianaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 38, il quale sottolinea come la politica di liberalizzazione non sempre sia in grado di soddisfare immediatamente e automaticamente tutti gli interessi collettivi connessi al funzionamento di mercati complessi in cui le dinamiche competitive rimangono comunque spesso limitate.

²⁶ *Rifiuti: a quando un'Autorità indipendente?*, a cura del Laboratorio REF. Ricerche, *op. cit.* 6.

²⁷ «Tale finalità impegna altresì le istituzioni ad uno strutturale raccordo con il sistema delle formazioni sociali intermedie. Sta all'azione politica, anzi tutto mediante la legge riconoscere, valorizzare ed integrare la capacità solidaristica, che il tessuto delle relazioni riesce ad esprimere, e correggerne le espressioni egoistiche o corporative che tenderebbero a trasformare la libertà in privilegio», F. Pizzolato, *Il governo politico del potere economico nella dimen-*

nale, per evitare le nefaste conseguenze di ordine finanziario importate dalle molteplici procedure d'infrazione aperte, per la modulazione di un mercato di riferimento e per superare l'andamento diseconomico delle transazioni²⁸; i risparmi così realizzati potranno andare a beneficio degli enti locali stessi, determinando una connessione reticolare²⁹ e unitaria per il potenziamento, o la realizzazione *ex novo*, dei sistemi infrastrutturali in coerenza con le previsioni normative europee.

La nuova funzione, che trae scaturigine dal tessuto della legge istitutiva delle autorità indipendenti, e che rappresenta la necessitata convergenza in regime di regolazione dei fattori impattanti sull'ambiente³⁰, prevede lo strumentario applicativo e operativo tipologicamente ascrivibile alle autorità indipendenti stesse, ovvero poteri di regolazione, di controllo, sanzionatori³¹, quasi-giurisdizionali³² e meta-normativi³³.

sione costituzionale, in F. Pizzolato (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici – profili giuspubblicistici*, Milano, 2010, 55. In altre parole, si rende fisiologica propedeusi di orientamento comportamentale responsabilizzato, una «educazione» all'agire nella libertà economica senza perseguire solo il fine egotico.

²⁸ I fattori di inquinamento e di mala gestione dei rifiuti rappresentano a tutti gli effetti esternalità negative, in questo senso E. Morlino, L. Carbonara, *Amministrazione e tutela dell'ambiente*, in L. Torchia (a cura di), *Le dinamiche del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 156.

²⁹ Ampiamente, sulla morfologia pluristrutturata e reticolare della gestione e della regolazione dei servizi pubblici, C. Feliziani, *Tutela ambientale e servizio pubblico. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, Roma, 2014. Anche E. Morlino, L. Carbonara, *Amministrazione e tutela dell'ambiente*, op. cit., 161.

³⁰ Nella memoria presentata nel Luglio 2016, in audizione presso la I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, l'AAEGSI accolse positivamente il decreto di iniziativa governativa di attuazione della Riforma Madia, ritenendolo l'approdo inevitabile e fisiologico di un percorso di regolazione e controllo sui servizi pubblici nel loro insieme.

³¹ Sugli strumenti sanzionatori dell'AAEGSI, E. Peroni, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico*, in M. Allena, S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Approfondimenti di *Il Diritto dell'Economia*, 2013, 306 ss. come noto la legge istitutiva si limita a prevedere in capo all'Autorità il potere di irrogare sanzioni pecuniarie, senza dettarne compiutamente la disciplina, disciplina poi intervenuta per via regolamentare con il d.P.R. 9 Maggio 2001, n. 244, e poi novelata significativamente prima con il d.lgs. 1 Giugno 2011, n. 93, recepito dall'AAEGSI con delibera 243/2012/com. Nel 2011, tra le novità di maggior rilievo e fonti di grande dibattito in dottrina si è assistito alla introduzione anche nella materia della regolazione dei servizi pubblici degli impegni, ovvero quelle forme di soluzione alternativa rispetto alla irrogazione finale di una sanzione rese possibili da comportamenti dei sanzionandi positivamente valutati dalla Autorità all'esito di una minuziosa istruttoria.

³² E. Leonardi Camilli, M. Clarich, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in M. D'Alberici, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 107 ss., rilevano come nel tessuto ordinamentale delle Autorità indipendenti, contraddistinto da una scarsa connotazione di poteri amministrativi classici e da un bassissimo livello di discrezionalità (al massimo del *genus* discrezionalità tecnica), finiscono per innervarsi elementi quasi-giudiziali di composizione di disarmonie tra attori del mercato da loro regolato o tra attori e utenti. Lo stesso apparato sanzionatorio in capo alle autorità indipendenti finisce con l'instaurare dei procedimenti paraprocedurali. Si veda anche A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I Garantisti delle regole*, Bologna, 1996, 107 ss.

³³ N. Marziona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I Garantisti delle regole*, Bologna, 1996, 87 ss., la quale sottolinea, dal punto di vista semantico, come l'utilizzo dell'aggettivo «normativo» sottenda una valutazione più ampia e organica rispetto al concetto di potestà regolamentare, lasciando intendere una forza creativa sottesa a questi poteri. Vero è infatti che le autorità indipendenti si trovano spesso a operare in contesti connotati da altissima qualificazione tecnica e professionale, su cui scarse sono incidenza e presa del dato legislativo, spesso lacunoso proprio per la citata elevatissima connotazione

Da un lato si prevede il potere di emanazione di direttive, per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni erogate al fine di correttamente diversificare i servizi, e i connessi costi, per area geografica, incidenza demografica, complessità infrastrutturali, ovvero in altri termini per parametrare, ricorrendo ad indici razionali, il costo e il beneficio connesso ad una data modalità di gestione, avendo come stella polare efficienza e economicità³⁴.

Dall'altro lato, la predisposizione di *standard* quali-quantitativi, omogenei sul territorio nazionale ma al contempo, sentite le Regioni, che tengano conto delle naturali specificità delle varie aree³⁵. Nello stesso ambito, viene prevista la vigilanza sulle concrete modalità di erogazione dei servizi.

La norma in parola incentiva forme di trasparenza e di comunicazione, al fine di attenuare e lenire le inevitabili asimmetrie che spesso governano il mercato, asimmetrie che incidono non solo tra diretto erogatore del servizio e utente finale ma anche, a catena, tra i vari soggetti che nel loro insieme compongono la filiera.

In questo senso, il comma 527 prevede forme di tutela dei consumatori e degli utenti, mediante la possibilità che gli stessi formulino e inoltrino segnalazioni e motivate istanze alla nuova autorità. Previsione opportuna ma che porrà una necessità di stringente coordinamento tra ARERA e Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), e di informazione degli utenti, i quali non essendo pienamente avvertiti della differenza intercorrente tra le competenze delle due autorità potrebbero trovarsi a duplicare le loro istanze o a non ben percepire il significato di una determinata consultazione.

Sempre nel nome della omogeneità e degli *standard* tipologici, alla nuova autorità viene altresì demandato un compito essenziale nella regolazione dei servizi pubblici, ovvero la predisposizione di *standard* contrattuali di servizio che gli operatori devono utilizzare *ex* articolo 203 d.lgs. 3 Aprile 2006, n. 152.

Altra funzione attribuita è quella della redazione di *standard* tariffari, per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei servizi che nel loro complesso vanno sotto la qualificazione di attività gestionale, il tutto sulla base dei costi efficienti e del principio «chi inquina paga»³⁶.

tecnica; ne risulta, in piena evidenza, che sono proprio le autorità indipendenti a risultare creatrici di norme, riempiendo significativi e potenzialmente esiziali vuoti.

³⁴ La finitezza territoriale e la limitazione spaziale incidono profondamente come noto sulle caratteristiche economiche di indivisibilità e non escludibilità del *genus* dei beni pubblici locali, ne consegue che la diversificazione di approccio regolatorio e gestorio deve tenere conto di queste connotazioni, in questo senso G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 307.

³⁵ G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, *op. cit.*, 308.

³⁶ Il principio prevede il pagamento di tributi proporzionale alla effettiva produzione di rifiuti, al fine di responsabilizzare i produttori, ampiamente F. De Leonardis, *I rifiuti; dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2015, specie 318 ss.

Sempre in ambito tariffario, all'ARERA compete in forza della nuova previsione legislativa la fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento e l'approvazione delle tariffe definite dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale (ATO) per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento.

Particolarmente importanti saranno i compiti di verifica sulla corretta redazione dei piani di ambito, sui quali l'autorità potrà esprimersi mediante la formulazione di osservazioni, pareri, rilievi, e quelli, parimenti delicati, di proposta per mantenere ferme dinamiche pro-concorrenziali nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione.

Sempre nell'ambito propositivo, l'ARERA esplicherà attribuzioni da organo di consulenza, in forza della *expertise* altamente qualificata maturata sul campo, potendo richiedere revisioni della normativa vigente e segnalando altresì gravi casi di inadempienza della stessa.

Annualmente, e in conformità alle previsioni normative generali sulle autorità indipendenti, anche per i rifiuti, verrà predisposta una relazione annuale³⁷ da inoltrarsi alle Camere, rendicontando l'effettiva attività svolta.

Il comma 528 procede alla modifica nominalistica, espungendo dal nostro ordinamento la vecchia AEEGSI e sostituendola appunto con l'ARERA. Viene anche modificata, in ossequio alla estensione funzionale, e al sequenziale aggravio di lavoro e competenze, la composizione dell'organismo, che passa ad avere un Presidente e quattro componenti, per un totale quindi di cinque, nominati *ex* articolo 2 commi 7 e 8 legge 481/95 su proposta del Ministro dello sviluppo economico d'intesa con il Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare.

Il comma 529 prevede in termini di finanziamento, per le attività di regolazione e controllo, che la nuova autorità si finanzia ricorrendo al segmento di mercato su cui è chiamata a operare, nella misura di un contributo di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio dei soggetti esercenti il servizio di gestione stesso, ai sensi dell'articolo 2, comma 38, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, e dell'articolo 1, comma 68-bis, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

Considerando l'ampliamento significativo del carico di lavoro che attende la nuova autorità, viene predisposto un aumento del suo organico, con un incremento di venticinque unità, la metà delle quali almeno da reperirsi facendo ricorso alle vigenti graduatorie concorsuali precedentemente indette dall'AEEGSI.

³⁷ Sulla funzione ausiliaria rispetto alla elaborazione cognitiva dei lavori parlamentari esplicitata dalle autorità indipendenti, D. Crocco, *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati. Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 2012, 51, il quale sottolinea come l'elevatissima *expertise* tecnica, la presenza in un segmento di mercato, la conoscenza diretta, la raccolta e la analisi dei flussi di dati, rendono fisiologicamente dette Autorità degli strumenti preziosi di consulenza per il legislatore.

3. *La regolazione dei rifiuti come nuova funzione regolatoria: i perché di una scelta*

Accedendo ad una definizione di «ambiente» polisenso e pluristrutturata³⁸, ovvero come sommatoria di funzioni amministrative devolute alla preservazione, alla valorizzazione e alla gestione, in poche parole ad un concetto squisitamente dinamico e puntuale di amministrazione, come suggerito autorevolmente da Feliciano Benvenuti³⁹, ci si rende conto che la morfologia a rete dei servizi è irrinunciabile, ontologicamente poggiante su una minuziosa serie di osservazioni concernenti la frantumazione dell'equilibrio tra evoluzione tecnologica, e relativo impatto sull'ambiente, e preservazione dell'ambiente stesso.

Per lungo tempo, come un funambolo intento a guardare il baratro su una sottile corda, il legislatore ha potuto assistere senza dover intervenire alla tendenziale equivalenza del fatto creativo e del fatto distruttivo; successivamente però, venuto meno questo equilibrio a causa della forte accelerazione industriale, tecnica, inventiva della società, e in considerazione della pervasività dei dispositivi di produzione, il legislatore, e per tale intendendo tanto quello nazionale quanto quello sovranazionale dei Protocolli internazionali⁴⁰ e della normazione dell'Unione Europea, si è posta, delicata e non rimandabile, una grande questione normativa di matrice ambientale⁴¹.

I rifiuti pertanto, come le acque e l'energia, rappresentano un sotto-insieme della macro-area giuridica dell'ambiente, la propaggine terminale che, a differenza però in questo caso di acque ed energia, emerge solo durante o più spesso alla fine del ciclo produttivo.

³⁸ Sulla difficoltà di pervenire ad una nozione unitaria di «ambiente» in chiave giuridica, ampiamente, E. Capaccioli, F. Dal Piaz, *Ambiente (tutela dell'). Parte generale e diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig.*, Appendice, I, Torino, 1980, 257 ss. Per molto tempo si è ritenuto che l'ambiente fosse una sotto-funzione del macro-aggregato «governo del territorio», ovvero esplicasse un atteggiamento tendente alla razionalizzazione gestionale e alla ottimizzazione dello sviluppo in un dato contesto fisico. Autorevolmente a sottolineare questa enorme difficoltà classificatoria, M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 8, passando in rassegna i momenti definitori della nozione, colta nella sua materialità naturalistica o nella sua attitudine di protezione rispetto a fenomeni turbativi come l'inquinamento o come sotto-insieme dell'urbanistica, nella sua declinazione di assetto del territorio.

³⁹ F. Benvenuti, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, in *Archivio giuridico*, 3-6, 1982, 255.

⁴⁰ F.M. di Majo, *La gestione dei rifiuti*, in R. Giuffrida (a cura di), *Diritto europeo dell'ambiente*, Torino, 2012, 249 ss.

⁴¹ Sulla formulazione organica del principio di sviluppo sostenibile, fortemente interrelato alla tutela dell'ambiente, pensato come bene comune da preservare e da lasciare alle future generazioni, e sulla sua rilevanza sistematica, oltre che sulla sua discendenza dal diritto sovra-nazionale, F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2015, 175 ss.

La complessità della filiera della gestione dei rifiuti⁴² è in poche parole la complessità di una società⁴³ che deve contemperare progresso tecnologico e tradizioni produttive spesso non al passo coi tempi, onde evitare che l'accelerazione del ciclo⁴⁴ scavalchi la sostenibilità gestionale, producendo gravi disfunzioni e distorsioni.

Questa connessione simbiotica tra produzione, consumo e generazione dei rifiuti è per altro testimoniata dalla biforcazione dei rifiuti in due distinte categorie, quelli urbani⁴⁵, discendenti dal consumo delle famiglie, e quelli speciali, che rappresentano al contrario la risultante della produzione industriale.

Anche questo contribuisce a spiegare la ragione per cui la materia della gestione, dello smaltimento, del trattamento dei rifiuti sia una funzione complessa, composta nel suo insieme da sotto-funzioni, devolute, col passare del tempo e in accordo alla normazione euro-unitaria e al bilanciamento tra sussidiarietà e canoni di efficacia e efficienza amministrativa, a livelli di governo differenziati

Proprio nei livelli di governo differenziati, con il lato puramente operativo-gestionale rimesso agli enti locali si è incistata e sedimentata, con il passare del tempo, una situazione tendenzialmente monopolistica degli enti pubblici locali e di patente distorsione delle logiche di mercato, con la involuzione verso un capitalismo pubblico, con percentuali ridotte di gestione rimesse alla evidenza pubblica, rimanendo al contrario la vasta maggioranza del settore della gestione e dello smaltimento incardinata in dinamiche *in house* o ad affidamento diretto.

A ciò si deve aggiungere un quadro normativo spesso estemporaneo, frastagliato, ombroso, interventi non di sistema ma dettati da consuete emergenzialità, privo di *standard* chiari ed efficienti; un quadro che ingenera incertezza, scarso affidamento e soprattutto ampio contenzioso, i cui costi molto spesso oltre che dalle imprese operanti devono essere pagati dai cittadini.

Come in molti altri settori, l'Unione Europea⁴⁶ ha svolto un ruolo essenziale per lo sviluppo di una autentica coscienza normativo-ambientale, interve-

⁴² Sulle difficoltà di riduzione ad armonia di mercato e tutela ambientale, e sugli strumenti normativi emersi nel corso del tempo, ampiamente M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2015, 187 ss.

⁴³ In ambito di situazioni giuridiche soggettive emergenti dalla analisi delle dinamiche ambientali, soprattutto in una prospettiva costituzionalmente orientata, quella che più spicca è senza dubbio la doverosità da parte dei singoli di non danneggiare l'ambiente, una doverosità connessa agli obblighi di solidarietà sociale scaturenti ex articolo 2 Cost., in questo senso F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215 ss.

⁴⁴ Come è stato rilevato, agli usuali strumenti amministrativi rubricabili sotto lo schema del *command and control*, attuati mediante moduli autorizzatori, norme tecniche, si sono col tempo affiancati strumenti economici e giuridici più duttili, per contemperare esigenze di tutela ambientale nel mercato e attraverso il mercato, in questo senso M. Clarich, *Environmental protection through the market*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2007, 219.

⁴⁵ Sulle implicazioni economiche dei rifiuti urbani e per varie soluzioni offerte sia in chiave operativa sia in termini di valutazioni di impatto economico, A. Quadrio Curzio, L. Prosperetti, R. Zoboli, *I rifiuti solidi urbani: prospettive economiche, tecnologiche e ambientali*, Bologna, 1994.

⁴⁶ C. Feliziani, *La gestione dei rifiuti in Europa: una analisi comparata*, in *Federalismi.it*, 15, 2017, 5 ss.

nendo non solo con elementi prescrittivi miranti al raggiungimento di logiche concorrenziali e di efficienza economica ma anche con caratterizzazioni definitorie, come nel caso di rifiuto stesso⁴⁷, di sotto-prodotto⁴⁸ e del concetto di *end of waste*⁴⁹, proprio per superare ambiguità semantiche e giuridiche in prospettiva ermeneutica.

A livello di normazione interna i riferimenti principali sono stati ovviamente prima il d.lgs. 5 Febbraio 1997, n. 22 e successivamente la parte IV del d.lgs. 152/06, codice ambientale, come risultante per altro novellato dal d.lgs. 3 Dicembre 2010, n. 205; gli articoli del codice ambientale possono tendenzialmente essere accomunati, come noto, in due grandi insiemi, un primo connesso ai principi, alle definizioni, alla responsabilità del produttore, ai sotto-prodotti, all'*end of waste*, mentre la seconda parte riguarda specifici e speciali tipi di rifiuti (imballaggi, veicoli fuori uso, macchinari elettrici, e così via).

L'articolo 177 del codice ambientale rende bene l'idea della complessità gestionale della materia; al comma 6 parla di un sistema compiuto e sinergico, partecipante di molteplici livelli di governo, chiamati organicamente, e armonicamente, a collaborare ciascuno per quanto di sua competenza.

⁴⁷ L'entrata in vigore della nuova direttiva UE quadro sui rifiuti, 2008/98/CE, ha imposto al legislatore nazionale l'adeguamento concettuale e semantico, intervenuto questo con la novellazione del testo unico ambientale a mezzo del d.lgs. 2010, n. 205. Il nuovo articolo 183 del codice ambientale, alla lettera a) definisce rifiuto qualunque sostanza o oggetto di cui il cui detentore decida di disfarsi o abbia l'obbligo di disfarsi. In questo senso, il legislatore europeo ha opportunamente eliminato le elencazioni annesse alla previgente disciplina, le quali avevano dimostrato più ambiguità e problemi di quanti non avessero avuto modo di risolvere.

⁴⁸ Il sottoprodotto è oggi disciplinato dall'articolo 184-*bis* del codice ambientale; la norma in parola indica gli elementi costitutivi della categoria, i quali devono essere presenti in via concorrente (la mancanza anche solo una di queste comporta la traslazione dell'oggetto nella disciplina normativa dei rifiuti. Detti elementi sono l'origine da un processo di produzione di cui finisce per integrare una parte essenziale e il cui scopo primario non è la produzione primaria di tale sostanza o oggetto. Deve risultare certo che sostanza o oggetto saranno utilizzati dal produttore nel corso del processo di produzione. Inoltre la sostanza o l'oggetto devono poter essere usati direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale. Ultimo elemento è rappresentato dal fatto che oggetto o sostanza siano legali, ovvero rispondenti pienamente alla normazione di tutela ambientale e sanitaria non impattando negativamente sulle condizioni ambientali. Sui sottoprodotti è di recente intervenuto il DM Ambiente 13 Ottobre 2016, n. 264, recante il "Regolamento recante criteri indicativi per agevolare la dimostrazione della sussistenza dei requisiti per la qualifica dei residui di produzione come sottoprodotto e non come rifiuti; piuttosto significativamente, mentre per la nozione di sottoprodotto il decreto ministeriale si limita a rinviare alla nozione contenuta nel codice dell'ambiente, esso introduce le nozioni di prodotto e di residuo di produzione. Il prodotto è ogni materiale o sostanza ottenuti deliberatamente in un processo di produzione o risultato di una precisa scelta tecnica, mentre per residuo di produzione si intende ogni materiale o sostanza non deliberatamente prodotti in un processo di produzione e che possono o non possono essere rifiuti. Sulla fenomenologia del concetto stesso di sottoprodotto, con ampia ricostruzione della giurisprudenza comunitaria, V. Paone, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, Milano, 2008, 191 ss., D. Russo, *La disciplina dell'Unione Europea sui rifiuti: profili critici e prospettive di sviluppo dell'attuale quadro normativo*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania, tra diritto, tecnologia, politica*, Torino, 2014, 13 ss.

⁴⁹ Ovvero la cessazione della qualifica di rifiuto a seguito di specifici trattamenti e di operazioni di recupero, ex articolo 184-*ter* del codice ambientale.

In questo articolato dispositivo, troviamo così il Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare, le Regioni, le Province, i Comuni, e enti e istituzioni «artificiali» create proprio con lo scopo della razionalizzazione del ciclo dei rifiuti, come gli ambiti territoriali ottimali (ATO) e le società, assai spesso miste, che dal punto di vista operativo procedono alla raccolta e allo smistamento dei rifiuti, l'Albo nazionale dei gestori, il Catasto dei rifiuti, l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), i consorzi.

Le funzioni, che potremmo definire discendenti, prevedono che al livello centrale ministeriale competa il coordinamento e l'elaborazione delle linee di indirizzo al fine di standardizzare il più possibile il concreto operato di tutti gli enti coinvolti nel laborioso e lungo processo di gestione, raccolta e smaltimento.

Sempre a livello centrale sono incardinati il Catasto dei rifiuti e l'Albo nazionale dei gestori, per garantire da un lato la trasparenza del flusso informativo quali-quantitativo di produzione dei rifiuti, la loro incidenza geografica, le tipologie di smaltimento, mediante lo studio e l'analisi dei dati statistici, raccolti grazie alla sinergia con l'ISPRA e le agenzie regionali.

Alle Regioni sono attribuite funzioni di definizione del piano di gestione dei rifiuti, quindi funzioni squisitamente devolute alla programmazione e pianificazione, e di autorizzazione alla realizzazione di impianti di raccolta e smaltimento.

Alle Province⁵⁰ spettano le potestà sanzionatorie, mentre ai Comuni le potestà gestorie, esercitate nel concreto dalle società. Non vi è dubbio alcuno che l'ambito delle autonomie territoriali rappresenti l'anello debole della catena, per una serie di motivazioni tra loro cospiranti; innanzitutto, alla luce delle riforme istituzionali e dei progetti di riforma costituzionale, la Provincia dovrebbe essere considerato un ente in via di estinzione, con le funzioni metabolizzate e ripartite tra le città metropolitane⁵¹ e gli enti di area vasta⁵².

In realtà, ed è cosa ben nota, la riforma Del Rio, l. 7 Aprile 2014, n. 56, chiamata a riportare ordine nella delicata materia delle autonomie territoriali, presentava una spiccata connessione con il disegno di legge di riforma costituzionale poi rigettato dal popolo sovrano con il Referendum del Dicembre 2016. La mancata attuazione del dato riformistico-costituzionale, a prescindere dalle considerazioni di ordine generale sulla riforma, ha ingenerato un tendenziale squili-

⁵⁰ AA.VV., *La regolazione e il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani. Buone pratiche di regolazione locale*, Milano, 2010.

⁵¹ La disciplina normativa della Riforma Del Rio sulle città metropolitane è palesemente bilanciata sugli esiti della riforma costituzionale e del riassetto organico delle autonomie territoriali, cosa questa notoriamente non perfezionatasi a seguito della reiezione con referendum popolare della recente ampia riforma costituzionale. Sulle città metropolitane per come modulate dalla legge Del Rio, G. Mobilio, *Le città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Torino, 2017, 115.

⁵² Sul livello di governo dell'area vasta e sulle difficoltà concettuali e di identificazione, B. Di Giacomo Russo, C. Peretti, A. Tarzia, *La riforma "Del Rio": analisi e prospettive*, Tricase, 2015, 125 ss.

brio nel sistema previsto dalla legge Del Rio, rimasta mutila della sponda di ordine costituzionale.

Proprio questa complessità, e questo disordine, con funzioni che sembrano doversi traslare tra enti indefiniti, non ancora pienamente sviluppati, in alcuni casi persino dalla definizione ambigua come nel caso degli enti di area vasta, rende bene l'idea della necessità di un regolatore che sappia governare le dinamiche economiche sottese ai rifiuti.

Esempio paradigmatico della sovrapposizione e delle invasioni di campo, o se non altro di scarso coordinamento, è lo sconfinamento che sovente si registra tra Comuni e ATO⁵³, frutto di una interpretazione estensiva del disposto del comma 2 dell'articolo 198 del testo unico ambientale, norma che contiene l'elencazione delle competenze regolamentari comunali.

Ma le autonomie territoriali non hanno dimostrato grande efficienza nella gestione dei rifiuti anche per motivazioni squisitamente connesse alla scarsa razionalizzazione delle società coinvolte, alla non perspicua formulazione delle dinamiche di controllo, al non perfetto raccordo con gli altri enti coinvolti nella filiera della produzione normativa sulla gestione dei rifiuti, alla scarsa conoscenza delle regole economiche di gestione e di ancor più scarsa accettazione, spesso per motivi politici, di logiche pro-concorrenziali mercatorie.

La cronaca che ci è puntualmente rimandata dalle cronache cittadine conosce molto spesso di queste inefficienze, per tacere poi di scandali o fenomeni patologici penalmente rilevanti.

Ma anche volendo prescindere dal dato penale, da corrottele o similari, molto spesso gli enti locali dimostrano una attitudine gestionale totalizzante, che finisce per determinare la emersione prepotente di quel monopolio pubblico spesso in elusione delle logiche di evidenza pubblica, presentando per altro spesso personale non adeguatamente formato (nonostante il ciclo di gestione dei rifiuti presenti profili di altissima *expertise*).

In questo senso, la previsione di una autorità chiamata in maniera aggregata e integrata a regolare le reti di servizi, tutti quei fattori, come energia, acqua e rifiuti, che incidono direttamente sull'ambiente, è senza dubbio alcuno un fattore propulsivo per una gestione più razionale ed efficiente, oltre che un incentivo ad una azione oculata e rispettosa dei canoni economici, e per salvaguardare l'ambiente.

⁵³ Il caso più paradossale e drammatico è stato senza dubbio quello registrato in Sicilia. Sul caos gestionale e finanziario ingenerato, ampiamente, A. Sciortino, *Funzione impositiva e liberi consorzi di Comuni*, in R. D'Amico, A. Piraino (a cura di), *Il governo locale in Sicilia. Materiali per la riforma*, Milano, 2010, 271 ss.

4. *I primi non semplici passi della nuova Autorità tra necessità di riorganizzazione interna e forzata stasi operativa*

La germinazione inarrestabile di funzioni regolatorie e di sempre più evoluti ambiti del mercato e di sue specializzazioni⁵⁴ ha importato nel nostro ordinamento il modello anglo-americano delle autorità amministrative indipendenti, la cui fisionomia, e la cui tassonomia, da tempo impegnano studiosi, operatori, giudici e legislatori.

La aggregazione pluristrutturata di elementi, temi, problemi, cardini operativi, saperi, conoscenze, nel nome di accentramento, concentrazione, razionalità procedurale, in capo a questi soggetti istituzionali formalmente scissi dal potere politico-esecutivo, dotati di autonomia gestionale e finanziaria, ci porta in primo luogo a chiederci se l'ARERA possa essere definita quale una nuova autorità indipendente o se al contrario essa non rappresenti altro che una mutazione genetica dell'AEEGSI.

In linea di massima, e prescindendo dal dato meramente nominalistico⁵⁵, devesi rilevare come la nuova Autorità, oltre alle nuove funzioni, venga implementata sia nell'organico sia nel numero complessivo dei membri; il ritorno allo schema compositivo di cinque membri compreso il Presidente, con un distaccarsi dalla precedente scelta di *policy* che all'epoca della confluenza delle funzioni regolatorie sui servizi idrici aveva visto scendere i membri da cinque a tre, è un chiaro segnale qualificatorio mirante a sottolineare come il soggetto istituzionale ARERA non si atteggi a mera evoluzione di un soggetto precedente ma tenda a inglobarne, metabolizzarne e ricontestualizzarne l'esperienza storico-funzionale.

A rafforzare l'idea di una tendenziale novazione dell'autorità sta anche l'espansione, in sede di parere espresso per la nomina dei membri componenti il Collegio, di detta competenza al Ministero dell'Ambiente⁵⁶, che dovrà a tal fine raccordarsi con il Ministero dello Sviluppo Economico.

⁵⁴ Sulla incidenza della tecnica nelle dinamiche fondanti delle Autorità indipendenti, e di come la tecnica stessa non possa essere considerata fattore neutro, F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, specialmente 40 ss.

⁵⁵ Nonostante appaia evidente che, proprio come sosteneva L. Wittgenstein, *Pensieri diversi*, Milano, 2004, 93, riprendendo uno spunto di Goethe, «*le parole sono azioni*». Infatti quando nel 2011, nel generale quadro di concentrazione delle funzioni regolatorie dei servizi a Rete, si trattò di riversare sulla AEEG anche il servizio idrico il nome non venne mutato ma solo ampliato ad abbracciare, nominalisticamente, le nuove attribuzioni. La nuova denominazione sembra invece sottendere una diversa concezione, integrata, organica, del sistema delle Reti, nella sua connessione, razionalizzante e tendente alla efficacia e alla efficienza, con l'Ambiente nel suo complesso.

⁵⁶ Ad avviso di chi scrive, il nuovo processo di nomina dei membri oltre alla Commissione parlamentare di sviluppo economico oggi deve prevedere l'espressione anche della corrispondente Commissione Ambiente.

Da questo per altro discende la non secondaria considerazione secondo cui il *framework* operativo-regolatorio, al vertice della piramide⁵⁷, vede proprio i due Dicasteri, e non più solo uno, e a scendere, sullo scalino immediatamente successivo, l'ARERA, la quale quindi si troverà ad avere, in alto, due interlocutori.

Un intreccio di saperi, conoscenze, sensibilità, piattaforme operative, che imporranno una generale riorganizzazione dei processi decisionali e dei procedimenti interni ed esterni dell'Autorità, al fine da un lato di renderla pienamente funzionale e operativa e dall'altro lato per continuare a garantire quella legalità procedurale coesistente all'agire concreto delle AI.

Per vero, l'Autorità aveva avviato sin dal 2016 un percorso di riorganizzazione e di rimodulazione della propria macrostruttura, in previsione del necessario adeguamento a seguito del conferimento delle funzioni di vigilanza, controllo e regolazione del ciclo produttivo dei rifiuti, in ossequio al dato normativo della Riforma Madia e della revisione di disciplina sulle società a partecipazione pubblica e dei servizi pubblici locali.

Il 14 Novembre 2016, con la delibera 657/2016/A, l'Autorità si era già dotata di un Regolamento di organizzazione e funzionamento adeguato alla normativa sui servizi pubblici locali, Regolamento in cui appariva già l'acronimo ARERA e da cui traspariva la strutturazione delle funzioni di regolazione dei servizi di rete. Di pochi giorni successiva, del 29 Novembre 2016, la delibera 695/2016/A, con cui veniva ridisegnata la fisionomia dell'organigramma.

Nel Gennaio 2017, con la deliberazione 21/2017/A venivano quindi approvate esecutivamente le precedenti modifiche organizzative e macrostrutturali e con la deliberazione 36/2017/A venivano conferiti nuovi incarichi.

In questo quadro appare del tutto evidente come l'ARERA fosse già pronta alla adozione di atti riorganizzativi, pur ad invarianza di pianta organica e fondi disponibili: la caducazione da parte della Corte Costituzionale dell'impianto legislativo che avrebbe importato il conferimento sin dal 2017 delle nuove funzioni ha quindi solo rallentato un percorso già ben avviato.

Ed è così che il 4 Gennaio 2018, l'Autorità ha adottato la deliberazione 1/2018/A con la quale ha dato avvio alle necessarie attività per garantire la prima operatività dei compiti di regolazione e controllo del ciclo dei rifiuti urbani ed assimilati.

⁵⁷ Potrebbe apparire quantomeno improprio, parlandosi di una autorità indipendente, indulgere in figure geometricamente e simbolicamente sottintendenti una gerarchia: si dovrebbe trattare di soggetti equiordinati, posti in posizione di formale parità e distinti per competenze e materie. In realtà scandagliando già la legge istitutiva dell'AEEG(SI) ci si rende conto di come sia esistito sin da subito uno scoperto collegamento tra Autorità e Governo, dei cui indirizzi generali la prima si rende, sia pure in un quadro di libertà, artefice e organo di vigilanza. Come si vedrà più oltre non a caso in dottrina si parla a proposito della AEEGSI di semi-indipendenza.

Con la citata deliberazione l'ARERA ha iniziato uno *screening* interno per rimodulare le aree direttamente interessate al conferimento delle nuove funzioni; in primo luogo operando una ridefinizione dell'Area Ambiente e degli ambiti direzionali Servizi Ambientali e Tutela Utenti dei servizi ambientali, e secondariamente prevedendo un nuovo inquadramento e nuove qualifiche funzionali del personale direttamente coinvolto nelle competenze sul ciclo dei rifiuti.

Inevitabili, come d'altronde previsto espressamente dalla Legge finanziaria 2018 che ha istituito l'Autorità, da un lato la individuazione del portato esperienziale e professionale dei dipendenti già in ruolo maggiormente qualificati per adempiere i nuovi compiti, dall'altro unitamente alla rimodulazione del fabbisogno di personale la possibilità di indizione di concorsi dedicati e di scorrimento di graduatorie già in essere presso altre amministrazioni.

A riguardo dei nuovi concorsi, l'ARERA dovrà delineare le caratteristiche di *expertise* richiesta per la ricerca mirata di specifici profili, tenendo conto della elevata qualificazione imposta dalle funzioni regolatorie.

Di particolare interesse l'interfaccia conoscitiva tra ARERA, *antitrust* e *stakeholders* gettata con il richiamo espresso al rapporto conclusivo della indagine dell'AGCM, IC49⁵⁸ e la definizione della necessità di apertura di un dialogo collaborativo e di consultazione dei destinatari per una ricognizione fattuale del settore.

Nonostante però un intenso lavoro di riorganizzazione dell'assetto interno, al fine di affrontare al meglio le sfide imposte da un settore in cui le effettive emergenze sono più di una, la operatività del nuovo regolatore è stata minata dalla coincidenza della scadenza di mandato del vecchio collegio e la fine della legislatura parlamentare, con la tornata elettorale del Marzo 2018 e le seguenti, convulse consultazioni che hanno portato alla formazione del nuovo Governo, il quale come noto ha poi prestato giuramento solo il 1 Giugno 2018.

Al fine di non cristallizzare l'almeno embrionale processo di riorganizzazione, il collegio ARERA in scadenza di mandato ha continuato ad operare in regime di *prorogatio*⁵⁹, presentando come termine ultimo di scadenza della *prorogatio* stessa la data del 12 Aprile.

⁵⁸ Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani del 21 Gennaio 2016.

⁵⁹ La *prorogatio* degli organi di vertice delle Autorità indipendenti è stata riconosciuta nel 2010, dalla III Sez. consultiva del Consiglio di Stato, n. 5388 del 7 Dicembre 2010. Il caso di specie, riguardante proprio l'allora AEEGSI, ha portato i giudici di Palazzo Spada ad inferire che in forza del requisito della indipendenza, ovvero come sottrazione dell'autorità al crisma dei poteri sostitutivi governativi e quindi della tendenziale estraneità al circuito delle amministrazioni esecutivo-serventi, e della natura peculiare, della rilevanza e della insostituibilità delle funzioni affidate al Collegio dell'Autorità, il Collegio stesso potesse continuare ad agire in regime di *prorogatio*. Non per i quarantacinque giorni previsti dal d. l. 16 Maggio 1994, n. 293 convertito in legge 15 Luglio 1994, n. 444, bensì in analogia con quanto previsto dall'articolo 1 comma 15 della legge 23 Agosto 2004, n. 239 per sessanta giorni e rigorosamente solo per il disbrigo degli affari correnti e per gli atti indifferibili ed urgenti.

A questo punto, quale scelta obbligata alla luce dello stallo nella formazione del nuovo Governo, è stato adottato un decreto legge, 10 Aprile 2018, n. 30, esaminato dalla neo-istituita Commissione parlamentare speciale per l'esame del documento di economia e finanza e di altri atti urgenti del Governo.

Il decreto legge in parola consta di due soli articoli, il primo dei quali stabilisce un ulteriore termine di scadenza della carica del Collegio, fissato in novanta giorni computando come *dies a quo* quello del giuramento del nuovo Governo, mentre il secondo si limita a disporre in merito alla entrata in vigore del decreto.

La presentazione in Parlamento per la conversione, A.S. 349, ha fatto registrare l'apporto di sostanziali modifiche al testo originario del decreto, una delle quali merita particolare menzione: all'originario articolo 1 è stato aggiunto un comma 1-*bis* a mente del quale si prevede che l'ARERA durante tutto il periodo di vigenza della *prorogatio* relazioni, ogni quarantacinque giorni, le Camere sugli atti di ordinaria amministrazione e su quelli indifferibili e urgenti adottati, illustrandone compiutamente motivazioni e presupposti.

Tra gli atti adottati in regime di *prorogatio* si registra proprio in tema di ciclo dei rifiuti, la deliberazione 5 aprile 2018 225/2018/R/RIF, recante disposizioni per l'avvio di un procedimento per l'adozione di provvedimenti di regolazione tariffaria in materia di ciclo di rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati.

5. *Alcune (problematiche) conclusioni*

La frammentazione del quadro regolatorio e l'insieme a rete della gestione del ciclo dei rifiuti disperso in maniera quasi pulviscolare tra enti territoriali, Governo e regolatore indipendente, con la presenza a monte dell'Unione Europea, unitamente ad una estrema complessità tecnica della materia, rimandano un quadro in cui la potenzialità del conflitto tra istituzioni è di indice elevato.

Conflittualità verticale, ovvero tra istituzioni situate topograficamente lungo la linea ascendente o discendente del ciclo regolatorio, oppure orizzontale, ovvero intercorrente tra autorità pari-ordinate ma competenti su materie distinte.

In chiave verticale, pur senza dover giungere all'estremo patologico della impugnativa giudiziale di atti di regolazione tra Autorità e Ministero, eventuale comunque empiricamente verificatasi⁶⁰, o tra enti locali e ambito territoriale in cui gli stessi enti locali sono incardinati⁶¹, il conflitto si situa in tutte quelle

⁶⁰ Tar Lazio, sez. III-ter, 2 maggio 2006, n. 3017, riformata da Cons. Stato., sez.VI, 28 marzo 2008, n. 1274. O più di recente Tar Lazio, sez. I, 27 Marzo 2014, n. 3398. In dottrina sulle sovrapposizioni e sui non sempre intelligibili confini tra Autorità, E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 148 ss.

⁶¹ Cons. Stato, Sez. V, 26 Giugno 2015, n. 3236, che ha rilevato il difetto di legittimazione passiva di un Comune per un ricorso promosso dallo stesso avverso l'ambito territoriale di cui risultava facente parte.

occasioni di potenziali sconfinamenti, resi plausibili a monte da un rapporto tra Governo e Autorità che in dottrina è stato definito di semi-indipendenza⁶² e che il cd. terzo Pacchetto energia euro-unitario⁶³ ha solo parzialmente rimodulato nel senso dell'accrescimento della indipendenza⁶⁴.

Quello della indipendenza è un canone particolarmente discusso in dottrina, con riguardo alle autorità indipendenti, in assenza della loro espressa previsione costituzionale e in considerazione della loro indubitabile estraneità al circuito della responsabilità politica: in termini costituzionali, la spinta al riconoscimento di poteri neutrali, estranei quindi alla logica del principio di maggioranza, devoluti alla risoluzione di collisioni tra interessi connessi a materie altamente tecniche⁶⁵ avrebbe trovato come modalità di risoluzione la creazione di corpi tecnici qualificati⁶⁶ e appunto indipendenti rispetto agli indirizzi politici maggioritari.

Come noto, la Costituzione repubblicana qualifica la pubblica amministrazione, *ex* articolo 97 Cost., come imparziale: essa non viene definita né come indipendente, né tantomeno come neutrale.

L'indipendenza come requisito e come elemento garantistico viene al contrario rinvenuto nel tessuto costituzionale tra le previsioni afferenti la magistratura⁶⁷. Questo senza dubbio è un tratto rilevante nella configurazione tassonomica delle AI, nonostante delle stesse sia difficile potersi dare un modello unico, ed ha portato non casualmente una parte della dottrina ad inferire una natura quasi giurisdizionale delle AI stesse⁶⁸.

⁶² E. Picozza, A. Colavecchio, *Energie*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, II, Milano, 2006, 137.

⁶³ Direttive 2009/72/UE e 2009/73/UE hanno previsto in capo agli Stati membri l'obbligo di affidare la funzione regolatoria ad un organismo che rechi ontologicamente la caratterizzazione della indipendenza, come forma perfezionata di garanzia. L'articolo 35 della direttiva 2009/72/UE testualmente prevede che detto organismo regolatore sia funzionalmente indipendente da qualunque altro soggetto pubblico e privato.

⁶⁴

⁶⁵ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 1.

⁶⁶ Come non ha mancato di rilevare il Consiglio di Stato, VI, 2016, n. 162, le scelte regolatorie in materie tecnicamente complesse possono risultare incomprensibili agli occhi del profano, ma questo non basta per desumere il difetto di motivazione, avendo il giudice l'onere di esaminarle riutilizzando gli stessi criteri tecnici utilizzati dall'Autorità.

⁶⁷ Si pensi al primo comma dell'articolo 104 Cost. a mente del quale la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

⁶⁸ E.L. Camilli, M. Clarich, *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, *op. cit.*, 108, sottolineano la tendenziale ambiguità del termine; perché se da un lato è certamente vero che le autorità indipendenti partecipano di una dimensione di indipendenza e i procedimenti da loro esperiti vedono una netta prevalenza del modello in contraddittorio, è pur vero che la giurisprudenza, tanto civile quanto amministrativa, ha ricondotto senza dubbio il provvedimento delle autorità non certo nell'alveo dei provvedimenti giudiziari ma in quello dei provvedimenti amministrativi, per quanto peculiari essi possano essere. Va anche detto che assai di recente, si è tornati a dibattere della possibilità di configurare le AI quali giudici *a quo* nel giudizio di legittimità costituzionale posto che l'AGCM con propria ordinanza del 3 Maggio 2018 ha sollevato dinanzi la Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 93-ter comma 1-bis della Legge notarile come introdotto

Tuttavia appare arduo, pur prendendo atto delle peculiarità molto marcate che le caratterizzano, ricostruire le AI come istituzioni estranee del tutto alla pubblica amministrazione, cercando di modularle sul portato di organi che rilevano sotto l'aspetto degli interessi costituzionalmente protetti che curano.

In questo senso le peculiarità, tra cui appunto l'indipendenza, sono da ritenersi fattori discendenti direttamente dagli obblighi euro-unitari⁶⁹, previsti e disciplinati per accrescere le potenzialità del mercato nelle fasi di liberalizzazione di sempre più vasti settori economici.

Indipendenza, in questo caso, deve essere declinata come indipendenza di funzione: queste autorità, in poche parole, a differenza ad esempio delle Agenzie, che pure presentano spiccate connotazioni di autonomia e di *expertise* tecnica, sono sottratte nell'espletamento della loro attività ai poteri di vigilanza e controllo da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei poteri di indirizzo governativi.

Indipendenza garantita dall'elevata qualificazione professionale dei componenti, dalle loro caratteristiche soggettive, dai percorsi procedurali di nomina degli stessi, dal finanziamento sottratto al Bilancio dello Stato, dal disciplinare fenomeni di *revolving door*, e dai cicli informativi tenuti dalle AI con il Parlamento.

In realtà, come abbiamo visto a proposito della ARERA, ed il discorso era valevole già per l'AEEGSI, la nomina dei componenti è un atto principalmente governativo, in cui il momento parlamentare, pur involgente in maniera significativa anche le minoranze, è connesso alla partecipazione dei pareri, per quanto vincolanti, espressi dalle competenti Commissioni: la sovrapposizione tra scadenza del collegio ARERA e scioglimento delle Camere e insediamento del nuovo Governo, con un notevole iato temporale nel cui cuore si è sedimentata una tendenziale cristallizzazione delle attività operative in attesa che il Governo individuasse i nuovi componenti⁷⁰, fa capire piuttosto agevolmente come la nomina stessa sia percepita e vissuta dal Governo come una precisa scelta di campo⁷¹.

dalla legge 27 Dicembre, n. 205, sul punto analiticamente L. Casseti, *L'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato e le vie di accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, 14, 2018.

⁶⁹ In questo senso mi sembra possa dirsi che la loro scaturigine costituzionale alberghi maggiormente e prioritariamente nell'articolo 11 Cost., più che nell'articolo 41 Cost.

⁷⁰ La procedura per il rinnovo del Collegio ARERA è stata aperta dal Consiglio dei Ministri il 27 Luglio 2018.

⁷¹ V. Visco Comandini, *L'analisi economica delle autorità indipendenti* in M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 47, sottolinea come un elemento di pregio delle AI in chiave gius-economica sia quello di tenuta e di prosecuzione delle proprie attività anche in fase di crisi politica e di rinnovo del Governo, mentre lo stesso non può dirsi delle strutture ministeriali che al contrario conoscono dei significativi rallentamenti. In questo caso però l'ARERA è rimasta bloccata nelle sue attività, potendo procedere al minimale disbrigo degli affari correnti, più similmente ad una struttura burocratica amministrativa che non ad una AI; potrebbe certo dirsi che si tratta di un caso eccezionale, dettato dalla coincidenza delle scadenze. Tuttavia, sembra significativo che nonostante il settore sia altamente delicato, e la delicatezza sia stata riconosciuta dalla istituzione stessa della nuova Autorità, con il nuovo Governo insediato e ormai pienamente operativo, il collegio non sia stato rinnovato e l'ARERA continui ad operare a scartamento ridotto.

Parimenti critico, nonostante attenuato dal già citato terzo pacchetto Energia dell'Unione Europea, in termini di qualificazione di pura indipendenza è il permanere di indirizzi di politica generale formulati in sede di DEF dal Governo e rivolti al soggetto regolatore⁷² e che erano ben noti sin dalla legge istitutiva.

È plausibile quindi prevedere che l'apertura anche al Ministero dell'Ambiente, in assenza di una perimetrazione capillare e organica dei rispettivi ruoli, determinerà una espansione almeno potenziale dei conflitti verticali⁷³, involgendo in questo caso tre soggetti, ovvero l'ARERA e i due Ministeri.

Diventerà assolutamente essenziale valorizzare nei massimi termini il principio di leale collaborazione tra amministrazioni, principio da intendersi come sfumatura dinamico-relazionale del principio del buon andamento⁷⁴.

to. Sul diffuso problema, non solo italiano, del condizionamento politico delle nomine, M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, op. cit., 21 ss.

⁷² Nel corpo della *Relazione sulla Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti* del 26 Maggio 2010 promossa dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati e specificamente concernente l'allora AEEG, il Presidente, a pagina 9, lamentava parlando dei rapporti con il Governo alcuni interventi non di indirizzo generale ma puntuali e prescrittivi, altamente tecnici, da parte del Governo stesso, facendo insorgere degli sconfinamenti nel campo del regolatore. Parimenti critiche sono le potenziali conseguenze, in termini di invasione di campo, degli obblighi previsti dall'articolo 1 d.l. 23 Dicembre 2013, n. 145, convertito in legge 21 Febbraio 2014, n. 9 che al fine di ridurre il costo energetico ha imposto all'Autorità di aggiornare i criteri per la determinazione dei prezzi di riferimento per le forniture destinate ai clienti finali non riforniti sul mercato libero. Queste disposizioni sono state stigmatizzate dalla stessa Autorità, con memoria 1/2014/II/com del 9 Gennaio 2014, depositata dalla stessa in occasione delle audizioni tenute presso le Commissioni VI e X della Camera dei Deputati in merito alla conversione del citato decreto legge, come avventi schietto ed espresso valore regolatorio, e qualificandosi pertanto come una interferenza da parte del Governo. Va anche rilevato come, in vigenza della Commissione speciale istituita nelle more della formazione del nuovo Governo, sia stato presentato nel Maggio 2018 dalla Lega l'ordine del giorno n. G1.100 al ddl 349; questo ordine del giorno, poi approvato anche se travolto dalla caducazione della Commissione per l'intervenuto giuramento del Governo ma comunque indicativo essendo riferibile a uno dei due partiti di maggioranza, rilevando come l'affidamento di competenze di regolazione e vigilanza in tema di rifiuti all'ARERA vada ad intersecarsi con l'operato delle Regioni e prendendo atto degli ottimi risultati raggiunti nel corso del tempo da alcune Regioni dell'Italia settentrionale, chiedeva di rivedere soprattutto le competenze in tema di *standard* tariffari al fine di non creare confusione normativa, disorientamento degli utenti e gestori del servizio.

⁷³ In questo senso, S. Lucattini, *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in F. Merusi, S. Antoniazzi (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017, 71.

⁷⁴ Principio di leale collaborazione nella dimensione amministrativistica, quindi come principio di raccordo tra amministrazioni al fine di una ottimizzazione dell'efficienza, secondo una risalente ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, Corte Cost. 26 Marzo 1990, n. 139. In dottrina ampiamente P. Marzaro, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle riforme Madia*, in *Federalismi.it*, 23, 2017, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, specialmente 50 ss. La Corte per altro, proprio in tema di AI, di recente e a proposito della istituzione dell'ART con una interessante ma concettualmente discutibile sentenza ha opinato per la non operatività del canone di leale collaborazione, questa volta in senso costituzionalistico, come raccordo tra distinti livelli di Governo tra AI e Regioni, ritenendo che esso sia sostituito pienamente dalle garanzie procedurali, Corte Cost. 11 Marzo 2013, n. 41. In realtà anche in questa particolare declinazione costituzionalistica del principio, le stesse AI potrebbero godere di loro ramificazioni regionali chiamate a collaborare lealmente con le Regioni, sia perché il disegno emerso a seguito della novellazione del Titolo V andava chiaramente verso una valorizzazione delle autonomie territoriali e del decentramento, essendo a tutti gli effetti le AI poteri centrali di livello equi-ordinato rispetto ai Ministeri, sia perché stante la rilevanza di Regioni, ATO

Non diverso è il discorso concernente le ipotesi di conflitti orizzontali, ovvero tra autorità di regolazione; il caso più eclatante, come dimostrato da vicende giudiziarie⁷⁵ e dalle pronunce della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato intervenute tra il 2012 e il 2016⁷⁶, è quello intercorrente tra autorità di regolazione delle reti energetiche e dei servizi idrici e l'*antitrust*.

L'attitudine pro-concorrenziale e pro-consumeristica di entrambe le autorità importa una enorme difficoltà nel delimitare precisamente i confini dell'una e dell'altra, questione complessa riconosciuta per tale anche dallo stesso Consiglio di Stato.

Non diversamente i problemi di armonizzazione e di equilibrio in seno al riparto di competenze tra Regioni e Stato in tema di intervento legislativo sul ciclo dei rifiuti rimandano plasticamente l'idea della frammentazione del quadro normativo di riferimento: di recente, non a caso, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, il 19 Aprile 2018, ha adottato un documento a mezzo del quale si chiede un intervento legislativo al fine di disporre una integrazione dell'articolo 184-ter del codice dell'ambiente⁷⁷, per fare chiarezza sulla cessazione della qualifica di rifiuto (c.d. *end of waste*) dopo che il Consiglio di Stato, con la sentenza Sez. IV, 28 Febbraio 2018, n. 1229 ha dichiarato la tendenziale illegittimità della adozione da parte delle Regioni del principio «caso per caso», richiamando espressamente la competenza legislativa esclusiva statale in materia⁷⁸.

ed enti locali nel processo di gestione del ciclo un livello regionalizzato dell'Autorità importerebbe una maggiore aderenza alla realtà territoriale, spesso, come abbiamo visto, la più problematica.

⁷⁵ Tar Lazio-Roma, sez. I, 10 maggio 2016, n. 5450.

⁷⁶ Il riferimento è alle pronunce 11 Maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 14, 15 e 16, tutte pubblicate su *Foro It.*, 2012, 1094 ss., concernenti il riparto di competenze tra AGCM e le altre autorità settoriali. Per un esteso commento, atto a mettere in luce come se da un lato la Plenaria abbia tentato di rimettere ordine e ridare senso alla certezza del diritto in un contesto ormai frammentario e colmo di intersezioni e ibridazioni non facilmente governabili, le soluzioni adottate non siano state del tutto coerenti, S. Lucattini, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. Amm.* 3, 2013, 525 ss. Nel 2016, la Plenaria è tornata sul punto con le pronunce 9 Febbraio 2016, nn. 3 e 4. Nel 2016, rispetto ai criteri stabiliti ed enunciati nel 2012, la Plenaria ha tendenzialmente operato un *revirement* funzionale, statuendo una attrazione per consunzione, mutuando la concettualità dal diritto penale, nella sfera di competenza dell'AGCM di quelle condotte che pur ripartite tra varie autorità ingenerino fenomeni gravemente distorsivi delle logiche concorrenziali; queste condotte devono produrre un indebito condizionamento tale da limitare considerevolmente e in alcuni casi addirittura escludere la libertà di scelta degli utenti, sul punto diffusamente B. Rabai, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2016, specialmente 106 ss.

⁷⁷ L'integrazione proposta prevede che per ciascuna tipologia di rifiuto fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2, i criteri specifici di cui al comma 1 possano essere stabiliti dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano per il singolo caso, nel rispetto delle condizioni ivi indicate, tramite autorizzazioni rilasciate ai sensi degli articoli 208, 209 e 2011, nonché ai sensi del titolo I/Ibis della parte seconda del d.lgs. N. 152 del 2006.

⁷⁸ Come non manca di rilevare il supremo organo della giustizia amministrativa, la normativa quadro in tema di cessazione della qualifica di rifiuto è di matrice schiettamente euro-unitaria, contenuta nella Direttiva 2008 n. 2008/98/CE: a mente dell'articolo 6 della citata Direttiva, laddove si dovessero palesare casi di cessazione non disciplinati in sede europea, saranno i singoli Stati a decidere caso per caso se un rifiuto abbia ces-

In questo senso, a normazione vigente, lo Stato vanta la possibilità non solo di disciplinare la materia della cessazione della qualifica di rifiuto, ma anche di interlocuzione con la Commissione europea: ne consegue che il *medium* normativo da adottarsi per procedere alla individuazione dell'*end of waste* è quello del provvedimento legislativo statale, in ossequio anche all'articolo 117 c. 2 lett. s) Cost. che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Quello del criterio di riparto di competenze legislative basato sulla lettera s) del secondo comma dell'articolo 117 Cost. è oggetto di una lunga serie di pronunce della Corte Costituzionale, la quale se da un lato, con orientamento consolidato, riconosce che le politiche da adottare in tema di ciclo dei rifiuti attengono alla materia tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e come tali rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato⁷⁹, dall'altro inferisce la assoluta impossibilità di definizione empirica di tutela dell'ambiente come competenza circoscritta, univoca, ben delimitata, finendo quindi la stessa inevitabilmente per intrecciarsi con interessi e competenze di altri livelli di governo⁸⁰.

Il discrimine pertanto consiste nella unitaria determinazione di disciplina uniforme su suolo nazionale, per rispondere cioè ad esigenze meritevoli di tutela omogenea⁸¹: è il caso ad esempio della enucleazione delle regole tecniche fondamentali stabilite dallo Stato per la strutturazione degli impianti di smaltimento, mentre la localizzazione compete alle Regioni, in quanto configurabile come rientrante nella materia governo del territorio⁸².

Non sembrano esserci dubbi sul fatto che la localizzazione di un impianto di smaltimento, unitamente a dinamiche culturali di riutilizzo dei beni da parte dei cittadini, risponda aldilà di elementi di accettazione della popolazione locale anche ad una intrinseca razionalità amministrativa: è infatti evidente come una allocazione efficiente delle risorse ricavate dalle tariffe, unitamente ad una altrettanto efficiente determinazione degli *standard* quali-quantitativi, possa portare enti territoriali e Regioni a criteri ancora più razionali nella individuazione dei siti e nella gestione sempre più autosufficiente del ciclo.

sato o meno di essere qualificabile come rifiuto. In questo senso pertanto deve stabilirsi l'esistenza di un insieme normativo a regime, per cui la valutazione caso per caso è attratta nella sfera statale e disciplinata con decreti del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio, numeri 12 Giugno 2002, n. 161 e 17 Novembre 2005, n. 269, nonché dall'articolo 9-bis lett. a) e b) del decreto legge 6 Novembre 2008, n. 172 convertito con modificazioni dalla legge 30 Dicembre 2008, n. 210. È di recente intervenuto in tema un nuovo DM Ambiente, 28 Marzo 2018, n. 69, entrato in vigore il 3 Luglio, costituito da sei articoli e due allegati e indica i criteri specifici secondo cui il conglomerato bituminoso cessa di essere considerabile quale rifiuto.

⁷⁹ Corte Cost. 11 Marzo 2015, n. 58, 19 Aprile 2016, n. 101, 31 Maggio 2016, n. 154 e 22 Maggio 2018, n. 151.

⁸⁰ Corte Cost. 10 Luglio 2002, n. 407.

⁸¹ Corte Cost. 21 Febbraio 2017, n. 77.

⁸² Corte Cost. 30 Novembre 2009, n. 314.

In questo senso, l'intervento dell'ARERA svolgerà una funzione essenziale, come dimostrato dal fatto che uno dei suoi primi atti è stato l'avvio della istruttoria procedimentale sulla determinazione delle tariffe.

L'Autorità potrà, sia pure parzialmente, operare come cerniera di collegamento in un sistema integrato e altamente frammentario, contribuendo a riposizionare lo squilibrio ingenerato dalla riforma costituzionale del titolo V; il disegno costituzionale emergente dalla novellazione del Titolo V ha infatti portato per lungo tempo a guardare con sfavore l'idea di una unica Autorità di regolazione e vigilanza in tema di rifiuti, proprio perché detto settore era considerato come embricato tra dimensione statale della tutela ambientale e quella concorrente regionale del governo del territorio.

Un disegno in realtà, in termini gius-economici, scarsamente perspicuo che ha finito da un lato per aumentare la mancanza di intelligibilità del quadro regolatorio, e contestualmente dall'altro per acuire i costi di transazione tipici della regolazione amministrativa non indipendente dagli apparati amministrativi classici, ministeriali o degli enti territoriali.

Per fare questo, servirà la definizione di un chiaro assetto della *governance*⁸³ del ciclo dei rifiuti, con la elaborazione di un piano nazionale sui rifiuti, e la redazione accurata di *standard* tecnici, tariffari, di *performance*.

Una sfida particolarmente delicata e che involgerà fisiologicamente anche l'operato della Autorità è data dalla implementazione e dalla messa a pieno regime del pacchetto normativo euro-unitario in tema di economia circolare.

Un percorso avviato nel 2015 dalla Commissione, con la comunicazione *L'anello mancante – Piano di azione dell'Unione Europea per l'economia circolare*⁸⁴, includente anche un dettagliato cronoprogramma e una serie di proposte legislative per la revisione delle principali direttive europee in tema di conferimento dei rifiuti, smaltimento e discariche.

Alla luce della estrema rilevanza della applicazione anche in Italia di un sistema di economia circolare⁸⁵, e della oggettiva complessità tecnica del tema, il Mini-

⁸³ *Rifiuti: a quando un'Autorità indipendente?*, a cura del Laboratorio REF. Ricerche, *op. cit.*, 7, laddove si sottolinea come spesso alla stratificazione di norme si sia affiancata una arretratezza culturale dell'intero settore.

⁸⁴ COM(2015Q) 614 fin.

⁸⁵ Per economia circolare si intende comunemente una economia capace di rigenerarsi da sola, seguendo le linee tendenziali dei flussi dei materiali; biologici e quindi reintegrabili nella biosfera, oppure tecnici, da valorizzarsi senza immissione nella biosfera. In termini di servizi a rete, il classico modello economico lineare basato sulla determinazione della sequenza *take-make-dispose* si basa sul presupposto, ormai sempre meno applicabile, della massiccia presenza di risorse: in questo senso l'economia circolare è attenta in ogni singola fase del ciclo produttivo, di quello dei consumi e al termine degli stessi, di incentivare e determinare modalità di riuso, riciclaggio, limitando in maniera significativa le esternalità ambientali negative. Si veda in tema, V. Cavanna, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto Signals 2014 dell'Agenzia europea dell'Ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 821 ss., P. Lacy, J. Rutqvist, B. Lamonica, *Circular economy – dallo spreco al valore*, Milano, 2016, R.C. Brears, *Natural resource management and the circular economy*, Basilea, 2018.

stero dell'Ambiente ha avviato una consultazione pubblica, *Verso un modello di economia circolare per l'Italia*, al fine di determinare una piena conoscenza tra *stakeholder* e cittadinanza dei meccanismi nodali della economia circolare, dei suoi presupposti, dalle possibilità operative di intervento, accogliendo suggerimenti.

Il definitivo pacchetto europeo sulla economia circolare è stato adottato il 22 Maggio 2018: esso interviene a modificare sei direttive sui rifiuti speciali, in materia di imballaggio, discariche, rifiuti elettronici (i RAEE), veicoli fuori uso e rifiuti di pile ed accumulatori, cui l'Italia dovrà dare attuazione entro il 2020.

Gli obiettivi stabiliti mirano a determinare il riciclo entro il 2025 nella misura di almeno il 55% dei rifiuti urbani, salendo al 60% nel 2030 e al 65% nel 2035, la significativa riduzione dei conferimenti in discarica che dovrà scendere al 10% entro il 2035, un aumento del riciclaggio degli imballaggi e la raccolta separata dei rifiuti domestici e di quelli tessili entro, rispettivamente, il 2023 e il 2025.

Questi elementi lasciano intendere come da un lato il legislatore avrebbe forse fatto meglio ad affrontare prima e meglio, ovvero con più sistematicità, la delimitazione dei compiti della nuova Autorità, perché se è vero che una delle caratteristiche salienti delle AI è la loro tendenziale indipendenza rispetto al circuito del potere politico, è anche vero che in capo al potere esecutivo permangono, come abbiamo visto, poteri di indirizzo.

Un altro problema sarà quello della effettiva tenuta procedimentale, in tempi oltremodo celeri, per adeguare le garanzie procedurali già adottate in tema di energia e servizi idrici al ciclo della gestione dei rifiuti, in chiave di irrogazione di sanzioni, di impegni⁸⁶, e più in generale nel quadro di una regolazione asimmetrica⁸⁷.

Vi sarà poi esigenza di un *framework* plurispecialistico per avviare consultazioni organiche degli *stakeholders*, tendenti dette consultazioni alla affermazione

⁸⁶ La problematicità degli impegni in ambiti solo artificialmente concorrenziali, quindi puramente regolatori e non afferenti immediatamente la disciplina *antitrust*, è segnalata con forza da F Merusi, *Un'autorità di regolazione tra un glorioso passato ed un incerto futuro*, in F. Merusi, S. Antonazzi (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017, 296, il quale sottolinea come la funzione propedeutica allo sviluppo pro-concorrenziale e simbolico-pedagogica sia piuttosto difficile da immaginare in mercati artificiali in cui non esistono ancora comportamenti simulativi e in cui pertanto diventa ardua la posa in essere di comportamenti effettivamente ravveduti e alternativi al momento sanzionatorio. Molto perplesso anche G. Barozzi Reggiani, *Lo strano caso degli impegni AEEGSI. Un paradosso normativo?*, in *Dir. econ.*, 1, 2016, 169 ss.

⁸⁷ Essa consiste nella imposizione di obblighi diversi ai vari soggetti operatori e si sostanzia in differenziazioni tariffarie o in limitazioni più o meno stringenti alla libertà imprenditoriale dei soggetti dominanti. Ciò per accrescere la competitività dei soggetti *newcomer* e al tempo stesso limitare il potere degli *incumbent* e riequilibrare almeno parzialmente squilibri troppo marcati che avrebbero in caso contrario rischiato di minare sin dall'origine qualunque ipotesi pro-concorrenziale. Appare evidente come la regolazione asimmetrica presenti una marcata caratterizzazione di temporaneità; essa cioè deve essere utilizzata solo in alcune fasi strategiche, come ad esempio l'ingresso sul mercato di un nuovo *competitor* creando le condizioni artificiali per stimolare una competizione sana. Diventerà poi essenziale, una volta equilibrata la competizione, rimuovere le misure di regolazione asimmetrica. Nel settore dei rifiuti si tratterà di una opera estremamente delicata, poiché la pressione concorrenziale è molto bassa. A. Atzori, P. Baroni, A. Lavorato, A. Moretto, *La regolazione e il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, Milano, 2010, 54.

di linee guida di conduzione, regolazione e gestione del mercato dei rifiuti nella maniera più efficiente possibile.

Appare infatti del tutto evidente come il mercato della gestione e dello smaltimento dei rifiuti assuma caratteristiche sempre più transnazionali, innervato spesso nella normazione di tutela ambientale: la movimentazione dei rifiuti, anche quelli solidi urbani, costituisce un mercato del tutto peculiare ormai ampiamente globalizzato in cui si assiste ad asimmetrie tecnologiche, economiche, sociali tra Paesi movimentanti e Paesi che ricevono i rifiuti⁸⁸.

C'è, in altre parole, un elevato tasso di dialettica istituzionale che presuppone una rete transnazionale di regolatori, al fine di monitorare, in chiave gius-economica, la tenuta dell'intero ciclo⁸⁹: la sfida sarà in primo luogo integrare la nuova funzione di regolazione in ambito europeo, al fine di parlare una sola voce in chiave regolatoria verso l'esterno.

In questo senso, va detto, si registra un ritardo nella integrazione dei sistemi di regolazione in dimensione euro-unitaria: mentre il settore energetico con l'ACER (*Agency for the cooperation of Energy regulators*) ha un suo organo di coordinamento che costituisce una autorità indipendente integrata europea a tutti gli effetti, capace quindi anche di adottare autonomi provvedimenti, e il settore idrico si è dotato almeno di un organo di coordinamento, il WAREG (*European Water Regulators, Knowledge and Regulation for quality services*) anche se privo dei poteri dell'ACER, il mercato dei rifiuti è carente di un autentico organo di coordinamento e la materia della regolazione dei rifiuti continua a competere alla Commissione.

Cosa questa che si spiega con il generale ritardo con cui gli stessi Paesi membri si stanno andando a dotare di una autorità di regolazione per il ciclo dei rifiuti, adombrando una sensibilità non del tutto sviluppata: in questo senso, anzi, va dato atto al legislatore italiano di aver precorso i tempi, visto che l'Italia è stato il secondo Paese in ordine di tempo a dotarsi di una autorità specializzata.

È evidente però che la sfida, sempre più globale, necessita di una piena, organica integrazione regolatoria euro-unitaria, non potendo essere rimessa ai singoli Paesi.

⁸⁸ K. O'Neill, *Changing nature of hazardous waste management*, in D. Vogel, R. Kagan (a cura di), *Dynamics of regulatory change – how globalization affects national regulatory policies*, Berkeley, 2004, 165 ss.

⁸⁹ Ad esempio sui limiti della tenuta della regolazione euro-unitaria in prospettiva transnazionale, T. Baycan Levent, *Urban planning*, Cheltenham, 2008, 344 ss.

La nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)

Il saggio analizza l'istituzione della nuova Autorità indipendente devoluta a funzioni di regolazione del mercato dei rifiuti, passando in rassegna i principali problemi normativi, di settore e di impatto ambientale, con una disamina sul sistema delle autorità indipendenti e dei conflitti spesso registrati tra le stesse e tra enti diversi. In un quadro normativo complesso e con un sistema di governo a più livelli, una regolazione che imponga standard ed efficienza era esigenza non più rinviabile.

The new Authority of Regulation of Energy Networks and Environment (ARERA)

The essay focuses on the establishment of the new independent authority whose main administrative functions will be about the waste market, browsing the greatest juridical problems, regarding the whole sector and the global impact on the environment, with a long examination about the independent authorities system and about the juridical and judicial conflicts between them and between them and other public powers. In a highly complex regulatory and legal framework and with a multilevel governance, it was clear the absolute need to gain a regulation framework, expected to fix standard and parameters to achieve efficiency.

La logica dei provvedimenti ripristinatori

Cosimo Gabbani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le fattispecie presupposto dei provvedimenti ripristinatori: fra regolazione delle attività e tutela pubblica dei beni. – 3. Le diverse anime delle fattispecie ripristinatorie: i criteri d'imputazione della responsabilità. – 4. L'omogeneità funzionale dei provvedimenti ripristinatori. – 5. Il provvedimento ripristinatorio come «provvedimento costitutivo di obblighi» ex art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990. – 6. Spazi di scelta nel procedimento ripristinatorio. – 7. La partecipazione nel procedimento ripristinatorio. – 8. La possibilità di procedere ad accordi integrativi del provvedimento ripristinatorio. – 9. Conclusioni: il provvedimento ripristinatorio come strumento di gestione partecipata dell'abuso.

1. *Introduzione*

I provvedimenti ripristinatori¹ rappresentano un episodio della dialettica fra autorità e libertà² tipico del diritto amministrativo perché, senza il previo controllo di un giudice³, essi incidono imperativamente⁴ sulla posizione giuridica della persona e sono eseguiti, ove la legge lo preveda, direttamente dalla pubblica amministrazione⁵. Muovendo da questa premessa, è sembrato interessante cerca-

¹ I provvedimenti ripristinatori vengono di norma studiati o per distinguerli dalle sanzioni amministrative o in tema di esecuzione amministrativa, come si chiarirà meglio *infra*. Ad oggi, l'unico lavoro monografico sul tema è: A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, Torino, 2018.

² M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967, vol. III, 94-97.

³ È il tema classico dell'autotutela amministrativa: G. Corso, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in a cura di S. Cassese, *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, vol. I, 609 e ss.

⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 279. Sugli sviluppi in chiave problematica del tema v. B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 e ss.

⁵ S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 2, 173 e ss.

re di ricostruire la logica del provvedimento ripristinatorio attraverso un bilanciamento fra le esigenze di risultato⁶ e le garanzie procedimentali della persona.

La questione che si vuole analizzare non è del tutto nuova e in dottrina sono già state segnalate alcune criticità in merito ai procedimenti e ai provvedimenti ripristinatori: v'è chi ha posto l'attenzione sul rispetto del principio di legalità⁷, altri hanno denunciato l'inadeguatezza del procedimento ripristinatorio, per come interpretato dalla giurisprudenza, a garantire una partecipazione difensiva dell'interessato⁸; infine, vi sono coloro che hanno visto nel provvedimento ripristinatorio uno strumento troppo rigido per assicurare l'adattamento del provvedimento al caso concreto e, quindi, l'effettivo raggiungimento del risultato utile⁹.

Queste riflessioni si inseriscono in un contesto legislativo che, tuttavia, non accenna a togliere fiducia alle misure ripristinatorie nonostante gli evidenti problemi di effettività¹⁰ riconducibili non solo agli ingenti costi che il ripristino comporta¹¹, ma anche a problemi sistemici¹² riconducibili al tema dell'allocazione dei poteri di controllo e di decisione sull'adozione delle misure di ripristino, alla questione della cattura del regolatore¹³ e al problema dell'accettabilità sociale¹⁴ della soluzione ripristinatoria laddove siano in gioco interessi sensibili come il diritto

⁶ M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 825 e ss.

⁷ A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 638 e 644, in particolare nota 37 e G. Grüner, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. amm.*, 2011, 2, 273 e ss.

⁸ M. Allena, *Art. 6, procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 196.

⁹ G.D. Comporti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, 1, 464 e ss. e Id., *Il danno ambientale e l'operazione rimediabile*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 124-129.

¹⁰ O.M. Calzolaro, *La competenza in materia edilizia*, in a cura di F.F. Tuccari, S. Toschei e A. Cagnazzo, *Sanzioni amministrative in materia edilizia*, Torino, 2014, 62-64; R. Lombardi, *Effettività delle sanzioni edilizie, riparto di competenze ed esercizio dei poteri sostitutivi: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 3, 147 e ss.; P. Stella Richter, *Sulla (in)effettività delle sanzioni edilizie e urbanistiche*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2010, 2, 353 e ss.; L. Cuocolo, *L'apparato sanzionatorio nel Testo Unico d.lg. 490/1999: profili di "drafting" formale e sostanziale*, in *Aedon*, 2001, 2, consultabile presso: <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2001/2/cuocolo.htm#5> e D.M. Traina, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 353 e ss. In generale sul tema dell'effettività del diritto cioè della sua capacità di tradursi in fatto (questione centrale con riferimento alle misure ripristinatorie) v. G. Gavazzi, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, 1989, XIII, 1 e ss. e, con riferimento al diritto punitivo, v. C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, *passim*. Si rammenta che la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19 dicembre 1983 recante «Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative» considera ai paragrafi 3.1.2., 3.1.3 e 3.1.4. l'effettività della sanzione amministrativa rispetto a quella penale.

¹¹ Tali costi gravano in prima battuta in capo alle stesse pubbliche amministrazioni qualora esse procedano direttamente ad eseguire le opere di ripristino.

¹² A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, cit., 2014, 4, 635.

¹³ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 43-44. È opinione diffusa, ad esempio, che i comuni siano troppo "vicini" agli interessi dei cittadini amministrati per effettuare un controllo effettivo ed imparziale sul rispetto della disciplina urbanistico-edilizia v. R. Lombardi, *Effettività delle sanzioni edilizie, riparto di competenze ed esercizio dei poteri sostitutivi: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 147 e ss.

¹⁴ Parla di accettabilità della norma giuridica: E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità orizzontale*, Pisa, 2010, 290.

all'abitazione¹⁵ cui si ricollega anche il tema del c.d. abuso di necessità¹⁶. Si assiste, anzi, a tentativi legislativi di miglioramento dell'effettività del rimedio ripristinatorio che vanno da una valorizzazione della doverosità dell'attivazione dei poteri di ripristino, come avvenuto nei settori dell'edilizia e del paesaggio, ove si è precisato che può farsi luogo alla misura alternativa del pagamento di una somma di denaro solo quando il ripristino sia tecnicamente impossibile¹⁷, sino ad una complessa ristrutturazione dell'intero procedimento ripristinatorio, integrato, in alcuni casi, da moduli consensuali tesi a facilitare l'esecuzione spontanea del provvedimento, come avvenuto nel settore del diritto amministrativo dell'ambiente¹⁸.

Alla luce di questi indirizzi di politica del diritto si è cercato di proporre una lettura innovativa del provvedimento ripristinatorio, ritenendo che le sue funzioni non si limitino ad accertare uno stato di fatto contrario a diritto, comandando di riportare la realtà al rispetto del modello normativo. Il provvedimento ripristinatorio, infatti, deve anche programmare l'esecuzione del ripristino prendendo in considerazione sia l'interesse dell'obbligato ad adempiere in maniera per lui sostenibile sia le circostanze peculiari del caso concreto, in modo tale da rendere più agevole il raggiungimento del risultato di pubblico interesse attraverso l'adempimento spontaneo¹⁹.

Per determinare l'ambito d'indagine, si è rivelato necessario cercare di definire una categoria sufficientemente unitaria di procedimenti e provvedimenti ripristinatori. Questo tentativo definitorio è apparso giustificato perché gli interventi dottrinali in tema di provvedimenti ripristinatori sono difficilmente riconducibili a sistema²⁰, occupandosi, alcuni, della distinzione fra questi ultimi e le sanzioni amministrative²¹, altri del ruolo che il provvedimento ripristinatorio assume all'interno dell'esecuzione amministrativa²².

¹⁵ G. Scotti, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, 18 settembre 2015, in www.forumcostituzionale.it, consultabile presso: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/10/scotti.pdf>.

¹⁶ Respinge la configurabilità di un abuso di necessità rilevante per il diritto amministrativo T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 8 gennaio 2016, n. 17 in www.giustizia-amministrativa.it. La Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dà tutela, invece, all'abuso di necessità per mezzo dell'art. 8 della Convenzione EDU cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, *Ivanova and Cherkov v. Bulgaria*, n. 46577/15, consultabile presso: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{"itemid":\["001-162117"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{)

¹⁷ Innovazione introdotta già con la l. 47/1985 cfr., ad esempio, l'art. 9.

¹⁸ G.D. Compoti, *Il danno ambientale e l'operazione rimediabile*, cit., 117 e ss.

¹⁹ J.T. Scholz, *Voluntary compliance and Regulatory enforcement*, in *Law and Policy*, 1984, 10, 385.

²⁰ B. Cavallo Perin, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in, a c. di G. Santaniello, *Trattato dir. amm.*, Padova, 1993, vol. III, 105.

²¹ C.E. Paliero e A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, 1989, vol. XLI, 355-357.; M.A. Sandulli, voce *Sanzione IV, sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, 1992, vol. XXVIII, 2.; E. Casetta, voce *Sanzioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, vol. XII, 599; S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, in (a cura di) A. Cagnazzo e S. Toschei, *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 333 e ss.

²² F. Benvenuti, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, 1959, vol. V, 553 e ss.; C. Carbone, voce *Esecuzione (atto amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, 412 e ss.; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 433 e ss.; G. Sacchi Morsiani, *L'esecuzione delle pretese amministrative (parte generale)*, Padova, 1977, pas-

Da questo problema ricostruttivo²³ deve prendere avvio l'indagine sulla logica dei provvedimenti ripristinatori.

2. *Le fattispecie presupposto dei provvedimenti ripristinatori: fra regolazione delle attività e tutela pubblica dei beni*

In apertura al paragrafo dedicato alla ricostruzione di un modello teorico cui ricondurre i provvedimenti ripristinatori è necessario dar conto della *vexata quaestio* sulla distinzione fra provvedimenti ripristinatori e sanzioni amministrative.

Il dibattito sulla riconducibilità dei provvedimenti ripristinatori al *genus* delle sanzioni amministrative rappresenta un tema classico del diritto amministrativo²⁴. L'opinione largamente prevalente²⁵ e del tutto condivisibile – sebbene il *nomen iuris* di sanzioni ripristinatorie sia entrato nell'uso comune²⁶ e utilizza-

sim; G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, 1989, XIV, 1 e ss.; G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1991, VI, 141 e ss.; F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, *passim*; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in a cura di S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, vol. I, 854-856; M. D'Angelosante, *L'Azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 723 e ss. e G. Grüner, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*.

²³ Si segnala che le soluzioni raggiunte in questo scritto sono sostanzialmente concordi con la ricostruzione dell'istituto proposta da A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 9 e ss.

²⁴ Oltre alle voci enciclopediche o di trattato segnalate alla nota 21 e 22 danno conto di questo dibattito: A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative*, in Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1980, Milano, 1982, 125-128. L'A. sostiene la natura sanzionatoria dei provvedimenti di ripristino così anche sembra S. Licciardello, *Le sanzioni ripristinatorie*, cit., 333-335. Parla di procedimenti sanzionatorio-esecutivi M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 823-827. Sostengono l'idea della natura esecutiva di questi provvedimenti: A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 12 e 208-210 e C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989, 43-46; in questo senso, più di recente, cfr. anche P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 4; molto lucida la disamina di R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013, consultabile presso: <http://www.jusforyou.it/media/obj/vmpcfywjqqmug4budd2.pdf>; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, 72-73 e, infine, A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 19-28.

²⁵ Autorevolmente sostenuta da: C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 43-46.

²⁶ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 174 e in giurisprudenza v. T.a.r., Toscana, Firenze, sez. II, 11 novembre 2015, n. 1546, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 318 in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 2, 282.

to dallo stesso legislatore²⁷ – è che i provvedimenti ripristinatori non abbiano la stessa funzione²⁸ delle sanzioni amministrative.

Mentre la funzione delle sanzioni amministrative, anche non pecuniarie²⁹, sarebbe quella di punire uno specifico soggetto per il compimento di un illecito amministrativo³⁰, la funzione del provvedimento ripristinatorio sarebbe solamente quella di riparare in forma specifica la materiale lesione dell'interesse pubblico compromesso³¹ prolungando, per così dire, i poteri di cura diretta dell'interesse pubblico. Da questa differenza funzionale, secondo la giurisprudenza, consegue che mentre il soggetto colpito da una sanzione amministrativa è titolare di una situazione di diritto soggettivo, il soggetto destinatario del provvedimento di ripristino, invece, si trova in una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo³².

Questa distinzione consolidata fra misure ripristinatorie e sanzioni amministrative potrebbe essere messa in crisi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha considerato "sanzione penale", a fini convenzionali, un ordine di demolizione in ragione dell'affittività concreta della misura³³, anche se, sul punto, non sembra essersi formata una giurisprudenza convenzionale uniforme³⁴. Si registra, infatti, in certi casi, una qualificazione delle misure ripristinato-

²⁷ Il legislatore tratta delle misure ripristinatorie al capo II, intitolato: "Sanzioni" del titolo IV dedicato alla "vigilanza" del t.u. edilizia.

²⁸ Per uno studio generale sulla distinzione fra sanzioni in termini di funzione v. T. Padovani, *Lectio brevis sulla sanzione*, in, a c. di F.D. Busnelli e G. Scalfi, *Le pene private*, Milano, 1985, 56-57.

²⁹ M.A. Sandulli e A. Leoni, *Sanzioni non pecuniarie della pa*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, consultabile presso: [http://www.treccani.it/enciclopedia/sanzioni-non-pecuniarie-della-p-a_\(Il-Libro-del-l'anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/sanzioni-non-pecuniarie-della-p-a_(Il-Libro-del-l'anno-del-Diritto)/).

³⁰ C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 133 e ss. e E. Casetta, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, VIII, 89 e ss.

³¹ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-210.

³² Cass. civ., sez. un., 26 aprile 1977, n. 1557, in *Giust. civ.*, 2, I, 344 e ss. e Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 1978, n. 926, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, 4-5, I, 690 e ss. V. anche nota di C.M. Barone a Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1978, n. 926, in *Foro it.*, 1978, I, 1174 e ss. V. anche Trib. Firenze, 20 giugno 1978, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, 724 e ss. con nota di M.A. Sandulli, *In tema di diritti e interessi di fronte al potere di sanzione amministrativa*. Critica le motivazioni addotte dalla giurisprudenza per giustificare questa distinzione fra le situazioni giuridiche soggettive in gioco E. Cannada Bartoli, nota a Cass. sez. un., 14 febbraio 1964, n. 340, in *Foro amm.*, 1964, I, 465 e *amplius* Id., *Sanzioni amministrative e tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 1980, cit., 159 e ss. Da ultimo, sempre in senso critico rispetto a questa giurisprudenza, si rinvia alle lucidissime osservazioni di G. Severini, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizione (sugli eccessi di velocità dei taxi acquei nella laguna di Venezia)*, in *Foro amm.* TAR, 2007, 436 e ss. e Id., voce *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, Agg. 2000, V, 1005 e ss.

³³ La Corte EDU ha espressamente qualificato come sanzione penale un ordine di demolizione del manufatto abusivo. Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer v. Belgium*, par. 59-60. Sul punto v. F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, 13

³⁴ Un ordine di demolizione di un manufatto abusivo è, infatti, considerato misura limitativa di un diritto civile v. Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1994, caso n. 19178/91, *Bryan v. The United Kingdom*, par. 38, consultabile presso: <http://hudoc.echr.coe.int>. Sul punto v. M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu, per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 614-615.

rie quali sanzioni penali in ragione del rilevante grado di afflittività da accertarsi nel caso concreto; in altri casi, invece la giurisprudenza convenzionale propone una qualificazione di tali misure come provvedimenti determinativi di diritti civili ai sensi dell'art. 6, co. 1 della Convenzione³⁵. A commento di questa giurisprudenza convenzionale possono proporsi tre riflessioni.

In primo luogo, secondo la prospettazione della Corte costituzionale italiana³⁶, il giudice domestico non può dirsi obbligato dalle non consolidate interpretazioni del diritto convenzionale fornite dalla Corte di Strasburgo nella *subjecta materia*.

In secondo luogo, sul piano della politica del diritto, va preso atto del fatto che una qualificazione in termini di sanzione penale della misura ripristinatoria condurrebbe a risultati contrastanti con la funzione essenzialmente esecutiva di tale misura: si avrebbe, ad esempio, in forza dell'art. 7 della Convenzione, l'irretroattività della legge che introduce la misura ripristinatoria.

Infine preme segnalare che entrambi gli orientamenti giurisprudenziali convenzionali presuppongono una qualificazione delle misure ripristinatorie ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, elemento che induce a valorizzare³⁷, in ogni caso, il regime di contraddittorio fra l'autorità che applica la misura negativa e il cittadino che la subisce³⁸ e un controllo giurisdizionale pieno sulla posizione giuridica incisa dalla misura ripristinatoria³⁹.

Accedendo all'indirizzo maggioritario che mantiene la distinzione sanzioni amministrative e misure ripristinatorie, è necessario, a questo punto, analizzare le fattispecie presupposto dei due differenti effetti pregiudizievoli.

La sanzione amministrativa configura la risposta punitiva ad un illecito amministrativo; la misura ripristinatoria, invece, è la conseguenza di un diverso presupposto i cui elementi costitutivi appaiono vari e difficilmente riconducibili a sistema, dal momento che i procedimenti ripristinatori sono regolati in una miriade di leggi speciali senza che vi sia una disciplina generale della fattispecie ripristinatoria né un modello teorico condiviso di riferimento.

Per individuare gli elementi ricorrenti nel diritto amministrativo speciale che delineano i contenuti della fattispecie ripristinatoria, bisognerebbe che fosse noto⁴⁰ l'*ubi consistam* della conseguenza ripristinatoria. La dottrina giuspubblici-

³⁵ Per una più estesa disamina della materia v. A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 43 e ss.

³⁶ Cort. Cost. 49/2015 consultabile presso: www.cortecostituzionale.it.

³⁷ Ma viene da chiedersi con che grado di vincolatività per l'interprete domestico.

³⁸ A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 45.

³⁹ A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 55 e 63 e ss.

⁴⁰ Almeno seguendo il metodo formale classico di individuazione della disciplina della fattispecie attraverso la qualificazione formale della sua sanzione come accade nel diritto penale ove è il catalogo formale del-

stica⁴¹ ha avuto modo di riflettere in termini di teoria generale sull'effetto ripristinatorio: si è detto, in particolare, che esso implichi la cancellazione delle modificazioni della realtà (giuridica e di fatto) intervenute per effetto di un atto ritenuto non conforme rispetto ad un certo paradigma giuridico. Mentre l'effetto ripristinatorio che cade sulla realtà giuridica è auto-esecutivo, l'effetto ripristinatorio che cade sulla realtà fattuale ha un intrinseco portato esecutivo perché richiede il compimento di un'attività materiale idonea a ricostituire lo stato di fatto esistente prima dell'atto censurato dal diritto.

Un pur incompleto esame del diritto positivo induce a ritenere che l'effetto ripristinatorio, proprio delle misure ripristinatorie, sia quello che cade sulla realtà fattuale e che comporta, quindi, sempre una vicenda esecutiva. Alla luce di questo criterio, sono tutti esempi di prestazioni ripristinatorie: la demolizione⁴², la distruzione⁴³, la rimozione degli effetti materiali di una condotta antiggiuridica⁴⁴, la reintegrazione del danno⁴⁵, la rimozione degli effetti dannosi⁴⁶, la messa in sicurezza⁴⁷, la bonifica del sito inquinato⁴⁸ ed il ripristino naturale⁴⁹. È stato anche osservato che queste finalità provvedimentali vengono tradizionalmente chiamate "ripristinatorie" per la forza d'attrazione culturale che ha esercitato l'art. 378 dell'Allegato F alla l. 2248/1865⁵⁰ che appunto fa riferimento all'ordine di «riduzione al primitivo stato».

Così sommariamente descritto il provvedimento ripristinatorio come selettore, è necessario concentrare l'analisi sulla fattispecie ripristinatoria, operazione che permetterà successivamente di illuminare meglio la stessa funzione del provvedimento ripristinatorio. *In limine*, la fattispecie ripristinatoria è stata definita come «pura infrazione fisica»⁵¹, perifrasi immaginifica che compendia le difficoltà concettuali di individuare i caratteri propri di tale fattispecie. L'apparente

le sanzioni che individua la fattispecie dell'illecito penale. Tale metodo formale è oggi messo in crisi dalla giurisprudenza della Corte EDU.

⁴¹ Per una riflessione molto chiara sull'effetto ripristinatorio in termini di teoria generale v. R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 1227.

⁴² V.R. Speciale, voce *Demolizione*, in *Dig. disc. priv.*, 2011, Agg. 6, 322 e ss. e v. anche S. Bellomia, voce *Urbanistica (sanzioni in materia di)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 883 e ss.

⁴³ A. Brancasi, voce *Distruzione dei beni nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 300 e ss.

⁴⁴ L. Tavormina, *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1, 201 e ss. Sul piano positivo si pensi al provvedimento dell'AGCM che elimina gli effetti della pratica commerciale scorretta, ingannevole o aggressiva di cui all'art. 27 co. 2 del d.lgs. 206/2005.

⁴⁵ Art. 160, d.lgs. 42/2004.

⁴⁶ Art. 19, co. 3, l. 241/1990.

⁴⁷ Art. 240, lett. m, n, o, d.lgs. 152/2006.

⁴⁸ Art. 240, lett. p, d.lgs. 152/2006.

⁴⁹ Art. 302, co. 9, d.lgs. 152/2006

⁵⁰ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 359.

⁵¹ G.D. Comperti, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, cit., 139.

reificazione dell'infrazione destava interesse anche presso altri studiosi⁵², i quali osservavano che la misura ripristinatoria «ha per oggetto la *res* allo scopo di ripristinare l'equilibrio materiale o, in altre parole, la legalità materiale (di carattere urbanistico, dei beni culturali e paesaggistici, dell'ambiente ecc.), alterato dalla violazione»⁵³ e presuppone non solo la violazione di un precetto ma anche la lesione materiale dell'ordine e degli interessi – il c.d. «danno materiale»⁵⁴ – che l'amministrazione è chiamata a tutelare in un certo settore.

Autorevole dottrina⁵⁵ ha cercato di fornire alcune chiavi interpretative per comprendere la funzione di questa complessa fattispecie denominata, nella prassi, abuso⁵⁶. Il concetto di abuso⁵⁷, secondo questa ricostruzione, descrive una fattispecie intrinsecamente diversa da quella dell'illecito amministrativo⁵⁸ in cui l'elemento dell'infrazione, intesa come violazione formale di un obbligo, e l'elemento sostanziale della turbativa d'interessi sono presenti entrambi e nessuno prevale.

L'infrazione, più nel dettaglio, consiste in un atto oggettivamente lesivo (anche solo potenzialmente) di un interesse pubblico, protetto da una norma, e il provvedimento ablatorio consiste, specularmente, nell'imposizione di rimuovere le cause o gli effetti della turbativa a carico di colui cui essa è giuridicamente imputata⁵⁹. Secondo questa impostazione, devono distinguersi le fattispecie ripristinatorie a seconda che esse contemplino un previo rapporto amministrativo e, allora, l'ordine di ripristino sarà espressione di quella stessa potestà di cui l'amministrazione è già titolare nel rapporto oppure che non contemplino alcun previo rapporto amministrativo. In quest'ultimo caso la potestà di ordinare il ripristino sarà espressione di una potestà diversa, spesso definita dal legislatore come vigi-

⁵² P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, in a cura di S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Le funzioni di ordine e di benessere*, Milano, 2003, vol. I, 580-583.

⁵³ P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, cit., 580-582.

⁵⁴ P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, cit., 580 e 582. Il termine «danno materiale» è usato per distinguere il concetto in esame dal concetto di danno in senso tecnico. Conforme: L. Tavormina, *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, cit., 201 e ss.

⁵⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 814-819 e 823-827.

⁵⁶ Non sembra pertinente alcun riferimento alla figura dogmatica dell'abuso di diritto, del resto mai richiamata nemmeno da Giannini. Il termine abuso è essenzialmente ripreso dal settore urbanistico-edilizio che rappresenta senz'altro il settore in cui è più diffusa l'applicazione dei provvedimenti ripristinatori.

⁵⁷ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 818. Così anche B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in a cura di G. Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, Torino, 1993, 111-112. Il termine nasce nel settore del diritto urbanistico-edilizio.

⁵⁸ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 816. Più nello specifico, v. E. Casetta, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, VIII, 89 e ss. Si noti però che il legislatore segue talvolta un linguaggio impreciso e parla, ad esempio, di «illecito» al co. 2 dell'art. 27 del t.u. edilizia laddove avrebbe dovuto utilizzare la parola «abuso» o altra perifrasi equivalente.

⁵⁹ Giannini con questa precisazione mette in chiaro che l'ordine di ripristino può non essere indirizzato all'autore dell'infrazione.

lanza⁶⁰, ma in realtà meglio qualificabile come potestà di controllo. In quest'ottica, la sanzione dell'abuso pur rimanendo affittiva, come ogni sanzione, è funzionale anche a porre rimedio alla turbativa di interessi⁶¹. Per questa ragione, i provvedimenti di reazione all'abuso possono definirsi "sanzionatorio-esecutivi" e si distinguono dai provvedimenti solo esecutivi perché questi ultimi hanno unicamente la funzione di porre rimedio alla turbativa d'interessi⁶² indipendentemente dall'accertamento di un'infrazione. Nel *genus* dei provvedimenti sanzionatorio-esecutivi, secondo questa dottrina, rientrano gli ordini repressivi⁶³, esemplificati dall'ordine di demolizione, che ricorrono ogniqualvolta la norma attribuisca all'autorità un potere ablatorio personale al fine di eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione.

Un altro orientamento privilegia nettamente la funzione preparatoria dell'esecuzione dei provvedimenti ripristinatori e quindi ritiene che la funzione dei provvedimenti ripristinatori sia essenzialmente esecutiva. La fattispecie ripristinatoria consiste: «[nel]l'accertamento di una situazione attuale di fatto contrastante con la situazione di diritto, e non [nel]l'accertamento di responsabilità storiche, [rispetto alla] commissione di un'infrazione, come è invece essenziale per l'applicazione di una sanzione amministrativa»⁶⁴.

Secondo questa tesi, si possono dare, su un piano di teoria generale, due modelli di fattispecie ripristinatorie⁶⁵. Il primo modello è costruito sulla figura della reintegrazione in forma specifica del danno e discende dall'art. 2058 c.c. Tale modello presuppone il verificarsi di un atto illecito, «l'accertamento di responsabilità in una logica storica, l'identità fra soggetto obbligato e responsabile dell'illecito, il carattere colposo o doloso della condotta del responsabile»⁶⁶.

Il secondo modello contempla il semplice verificarsi di situazioni pregiudizievoli non legali rispetto ad una situazione giuridica protetta (ad esempio un diritto reale) ed è espressione di un principio generale di tutela delle posizioni giuridiche soggettive che discende dall'art. 872, co. 2, c.c. con l'opportuna precisazione che il diritto pubblico guarda alla protezione di interessi pubblici invece che alla protezione di posizioni giuridiche soggettive. Tale modello «non richiede l'accertamento di particolari responsabilità in capo al soggetto obbligato e non

⁶⁰ Si pensi all'art. 27 del d.p.r. 380/2001.

⁶¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 818. L'A. cita, per esemplificare: la revoca della concessione, il ritiro dell'autorizzazione e lo scioglimento del consiglio d'amministrazione.

⁶² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 818.

⁶³ Giannini sembra distinguere fra una funzione repressiva ed una affittiva: v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 825.

⁶⁴ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208.

⁶⁵ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-209, n. 7.

⁶⁶ La maggior parte delle fattispecie di questo genere in realtà attribuiscono la responsabilità secondo un criterio oggettivo. Si pensi alla figura dell'operatore professionista che ha causato un danno ambientale la cui responsabilità è attribuita sulla base di un nesso oggettivo ex art. 298 bis, co. 1, lett. a, d.lgs. 152/2006.

richiede neppure l'identificazione del soggetto obbligato alla remissione in pristino con il soggetto che ha realizzato l'edificio in violazione delle prescrizioni sulle distanze ma presuppone semplicemente una certa situazione lesiva di un diritto».

Secondo questa dottrina il diritto pubblico avrebbe operato una commistione fra i due modelli teorici, come dimostra l'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 378 dell'Allegato F della l. 2248/1865. Tale norma, infatti, prevede una misura ripristinatoria legata ad una contravvenzione. La responsabilità in ordine al ripristino dovrebbe, pertanto, imputarsi sulla base di una responsabilità storica e personale. La norma, tuttavia, è stata utilizzata dalla giurisprudenza in presenza di qualsiasi situazione lesiva di un bene pubblico o di una funzione pubblica.

La dottrina in esame rivela una preferenza del diritto pubblico⁶⁷ per imputare la responsabilità in ordine al ripristino secondo logiche di responsabilità da posizione piuttosto che secondo logiche di responsabilità storica. Questa politica del diritto è spiegabile in quanto amplia l'ambito d'applicazione della misura ripristinatoria anche ai casi in cui non sia individuabile l'autore storico dell'infrangimento con ciò tutelando, in ogni caso, l'interesse pubblico leso. Attraverso la responsabilità da posizione, infatti, la pubblica amministrazione non è gravata dal rischio da mancata individuazione del responsabile del danno⁶⁸ ma solo dal rischio da inadempimento.

Bisogna chiedersi, tuttavia, se le scelte del legislatore siano dettate solo da criteri di effettività per la tutela dell'interesse pubblico o siano, viceversa, obbligate quando le misure ripristinatorie sono utilizzate come strumento di tutela di beni⁶⁹. Inducono ad approfondire questa linea di ricerca almeno tre suggestioni: a) oggetto della prestazione ripristinatoria in quanto essa intende incidere sulla realtà materiale è tendenzialmente una cosa⁷⁰; b) spesse volte è tenuto responsabile del ripristino il proprietario di un bene; c) la maggior parte dei procedimenti ripristinatori sono disciplinati proprio nei settori di regolazione pubblicistica dei beni⁷¹.

Nella direzione da ultimo tracciata, un notevole contributo teorico allo studio delle fattispecie ripristinatorie giunge da coloro che hanno operato una distinzione fra l'attività antigiuridica e la *res illicita*⁷².

⁶⁷ Bisogna parlare di preferenza perché il diritto pubblico conosce provvedimenti ripristinatori che seguono in maniera aderente il modello dell'art. 2058 c.c. come, ad esempio, l'ordinanza di ripristino del danno ambientale ex art. 313, d.lgs. 152/2006.

⁶⁸ Si pensi all'importanza dell'esclusione di questo rischio nel settore della bonifica del sito inquinato.

⁶⁹ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 303-304.

⁷⁰ S. Pugliatti, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1959, IV, 186. L'A. osserva: «l'esecuzione forzata tendenzialmente si rivolge alle cose, o direttamente o mediatamente.» Però bisogna avvertire che il ripristino potrebbe anche riguardare, e in certi settori riguarda, un comportamento umano, una pratica commerciale, etc.

⁷¹ Uno dei migliori studi sui procedimenti ripristinatori si deve ad un'opera in tema di beni pubblici. V. S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 320 e ss.

⁷² V. P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 152 ss. e D. Corletto, voce *Opere abusive (edilizia e urbanistica)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, 325.

Si osserva che la situazione di fatto non conforme a diritto che, in ogni caso, rappresenta il nucleo duro della fattispecie ripristinatoria, può discendere sia dalla violazione di norme che disciplinano attività riguardanti l'uso o la trasformazione di cose, sia da norme che intendono conformare i connotati fisici delle cose⁷³ affinché esse possano essere considerate beni in senso giuridico.

Secondo un'accurata analisi possono darsi due casi⁷⁴: a) la situazione anti-giuridica deriva dalla violazione di disposizioni che subordinano al consenso dell'amministrazione la trasformazione di una cosa, qualunque siano i risultati materiali. Quello che rileva è l'infrazione di una norma che regola il modo di essere di un'attività indipendentemente dai risultati materiali sulla cosa. L'ordine di ripristino, in questi casi, è un atto d'esercizio di autotutela decisoria rivolto alla rimozione degli effetti, qualunque essi siano, dell'attività di trasformazione illecita. Le fattispecie presupposto degli ordini di ripristino in materia urbanistico-edilizia, laddove si censura l'assenza di una previa autorizzazione, appartengono a questa prima categoria⁷⁵. b) Il secondo caso contempla una norma che predetermina un modello legale delle caratteristiche che una cosa, per essere considerata bene, deve possedere. Se nella realtà essa ha caratteristiche diverse da quelle previste dall'ordinamento, la cosa stessa diviene anti-giuridica e deve essere trasformata per mezzo del provvedimento ripristinatorio.

Questo secondo modello di fattispecie può essere distinto in due sotto-categorie: b 1) da una parte, si dà il caso in cui la fattispecie, per così dire, fotografa la realtà esistente e consideri come anti-giuridica ogni modificazione delle caratteristiche della cosa che la allontanino dallo stato in cui si trovava e che è stato riconosciuto dalla legge (è il caso delle fattispecie che tutelano il paesaggio e i beni culturali); b 2) dall'altra, si dà il caso in cui la fattispecie non si riferisca ad uno stato di fatto preesistente assunto nella fattispecie, ma crei un modello legale in

⁷³ V. A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305-306. Conforme: V. Caputi Jamberghi, voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1987, vol. II, 315-316. L'A. scrive: «la polizia amministrativa dell'uso dei beni pubblici è da distinguere concettualmente rispetto all'attività mirante alla tutela del bene e alla sua conservazione (autotutela demaniale: cfr. art. 823, comma 2, c.c.). Non sempre, però, nel concreto esercizio dei rispettivi poteri la distinzione è agevolmente individuabile» e prosegue osservando che «la polizia degli usi (non meno che l'autotutela del bene quanto alla sua consistenza) è disciplinata talvolta da norme che prevedono infrazioni a condotta libera ovvero (soltanto) causalmente orientata, come nel caso del vigente art. 1 del precedente c. str. t.u. 8 dicembre 1933, n. 1740, che vieta l'invasione (oltre che il danneggiamento e l'alterazione della forma) delle strade pubbliche». Ancora, pone la questione di distinguere il piano della regolazione dell'attività da quello della disciplina del bene S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 286-291.

⁷⁴ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305-306. L'ipotesi però non abbraccia tutti i casi possibili di misura ripristinatoria in quanto non si attaglia alle fattispecie pubblicistiche costruite sul modello del risarcimento in forma specifica del danno ma presuppone sempre che oggetto dell'attenzione del legislatore sia un bene materiale.

⁷⁵ Si pensi all'intervento edilizio realizzato in assenza di titolo abilitativo ex art. 31, co. 2, d.p.r. n. 380/2001.

tutto o in parte alternativo allo stato di fatto esistente, indicando le qualità che la cosa deve avere.

Per disciplinare i due casi *sub b)*, l'ordinamento conosce due tecniche di costruzione della fattispecie: in primo luogo, la fattispecie può regolare le trasformazioni apportabili al bene in funzione dei risultati che l'attività di trasformazione deve raggiungere indicando, quindi, le caratteristiche finali che il bene deve possedere: è il caso della disciplina antisismica⁷⁶.

In secondo luogo, la fattispecie può prefigurare determinate caratteristiche fisiche che la cosa deve avere e considerare come anti-giuridica la cosa in sé, a prescindere da qualsiasi attività ad essa attinente, che non presenti tali caratteristiche. In questo modo non si vuole regolare l'attività di uso o trasformazione della cosa ma conformare il diritto reale sul bene indicando sulle norme che qualificano la cosa come bene.

Da ciò discende che l'ordine di ripristino, nel primo caso, è espressione di un potere d'autotutela decisoria funzionale a ripristinare lo stato di fatto conforme a diritto precedente alla realizzazione dell'attività illecita. In quest'ipotesi, il provvedimento ripristinatorio si limita a riproporre l'effetto già previsto a monte dalla legge o da altro provvedimento amministrativo.

Nel secondo caso, invece, non v'è alcun obbligo violato, ma la situazione anti-giuridica starebbe soltanto nel modo di essere della cosa: l'ordine di ripristino costituisce il vero e proprio obbligo primario attraverso il quale vengono prescritte le caratteristiche che la cosa dovrebbe avere. Sono esempi di questa seconda ipotesi: l'ordine di distruzione di un alimento nocivo per la salute⁷⁷ oppure l'ordine di tinteggiare le facciate di beni culturali immobili in maniera tale da assicurare l'armonia delle facciate⁷⁸.

La conclusione cui giunge la dottrina in esame è che i provvedimenti conformativi, da ultimo descritti, non siano provvedimenti ripristinatori. Sarebbero provvedimenti ripristinatori solamente quelli espressione di un potere d'autotutela decisoria che reagiscono alla violazione di un obbligo primario; non lo sarebbero, invece, i provvedimenti conformativi di beni. Inoltre si sottolinea che i due casi hanno referenti costituzionali diversi. Mentre per il provvedimento ripristinatorio in senso proprio il parametro generale di legittimità costituzionale

⁷⁶ La dottrina in commento sostiene che tale tecnica normativa non sia in grado di assicurare effettività né al modello legale vigente al momento della trasformazione né a quello vigente al momento dell'adozione della misura ripristinatoria perché il bene poteva essere difforme dal modello legale già prima della sua trasformazione; mentre, per altro verso, lo stesso modello legale può avere subito modificazioni nel periodo intercorrente fra la trasformazione e il ripristino.

⁷⁷ Art. 16, l. 283/1962.

⁷⁸ Art. 154, co. 1, d.lgs. 42/2004.

dovrebbe essere l'art. 23 Cost.; per i provvedimenti conformativi, invece, i referenti costituzionali dovrebbero essere le norme di cui all'art. 42, co. 2 e 3 Cost.

In sostanza, la dottrina in commento finisce col sostenere che i provvedimenti conformativi possano avere un contenuto sostanzialmente espropriativo. La conclusione, tuttavia, non convince. Se è corretto sostenere che debbano essere rispettate le guarentigie di cui all'art. 42, co. 2, Cost., non si vede, tuttavia, come possa parlarsi di provvedimenti sostanzialmente espropriativi. Il provvedimento conformativo, infatti, non colpisce direttamente il singolo diritto reale sul bene ma opera in base alla predeterminazione di una categoria (generale ed astratta) di beni viziati che debbono essere modificati/distrutti, senza pertanto integrare l'ipotesi del provvedimento sostanzialmente espropriativo.

Inoltre, l'orientamento appena riportato, pur molto raffinato, non sembra prendere in considerazione due fattori che invece pare opportuno valutare attentamente per studiare la fattispecie ripristinatoria nel suo complesso.

In primo luogo, non si è tenuto conto dei meccanismi di imputazione della responsabilità in ordine al ripristino che invece costituiscono un elemento imprescindibile della fattispecie.

In secondo luogo, non si è tenuto conto del fatto che il provvedimento ripristinatorio ha sempre efficacia obbligatoria⁷⁹ e mai ablativa di un diritto reale.

Questi aspetti verranno partitamente trattati nei successivi due paragrafi.

3. *Le diverse anime delle fattispecie ripristinatorie: i criteri d'imputazione della responsabilità*

Due sembrano essere le tipologie di fattispecie ripristinatoria: quelle che si occupano delle conseguenze materiali di un'attività illecita e quelle che si occupano di tutelare la consistenza materiale di beni, pubblici o privati, sottoposti a regolazione pubblicistica.

L'ordinamento conosce fattispecie ripristinatorie in cui la situazione di fatto antiggiuridica è il risultato materiale, causalmente riconducibile ad un atto illecito pericoloso⁸⁰ o dannoso⁸¹ –, imputato secondo una regola di responsabilità stori-

⁷⁹ L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli e U. Natoli, *Diritto civile. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1987, vol. 1, 895.

⁸⁰ Art. 304, co. 3, d.lgs. 152/2006.

⁸¹ Si pensi ai provvedimenti ripristinatori in materia ambientale ispirati al principio «chi inquina paga»: art. 192; art. 305, co. 2, lett. b e 313, d.lgs. 152/2006.

ca, più spesso secondo un criterio di responsabilità oggettiva⁸² e, meno frequentemente, secondo forme di responsabilità da dolo o colpa⁸³.

In queste ipotesi, il provvedimento ripristinatorio trova le proprie radici nell'art. 2058 c.c.⁸⁴ ma già si distanzia notevolmente da tale modello per la valorizzazione della componente esecutiva. L'imputazione delle conseguenze obbligatorie in base alla ricostruzione del nesso causale consente al provvedimento di assolvere anche ad una funzione deterrente⁸⁵ ma il prevalere della funzione esecutiva si riconosce laddove si prescinde dall'accertamento del requisito soggettivo ed ancora laddove l'ordinamento non consente il mutamento dell'obbligo del risarcimento in forma specifica in risarcimento per equivalente, qualora il primo risulti eccessivamente oneroso per il debitore come, invece, prevede l'art. 2058 c.c.

Si è opportunamente osservato⁸⁶ come la *ratio* che qualifica questa prima logica dei provvedimenti ripristinatori sia quella di affidare alla pubblica amministrazione un compito di polizia amministrativa⁸⁷ che consiste nella tutela (preventiva e successiva) della sicurezza pubblica rispetto ai pericoli e ai danni che certe attività rischiose possono arrecare alla società indirizzando, al contempo, grazie alla funzione anche deterrente, tali attività verso forme meno rischiose d'esercizio.

Esiste, tuttavia, un'altra logica dei provvedimenti ripristinatori in cui la situazione anti-giuridica che origina l'obbligo di ripristino nasce dalla contrarietà di una cosa, nella sua consistenza attuale, al parametro normativo che determina le caratteristiche che quella cosa deve presentare per essere considerata dall'ordinamento come bene⁸⁸. Queste fattispecie possono ignorare completamente il compimento di un'infrazione e prescrivere, dato un certo stato di fatto della cosa, che il provvedimento costituisca un obbligo ripristinatorio. In questo caso i provvedimenti ripristinatori tendono a conformare la consistenza materiale del bene⁸⁹

⁸² È il caso del danno ambientale cagionato da colui che esercita un'attività professionale ex art. 298 bis, co. 1, lett. a, d.lgs. 152/2006.

⁸³ È il caso del danno ambientale cagionato da colui che svolge un'attività non professionale ex art. 298 bis, co. 1, lett. b, d.lgs. 152/2006.

⁸⁴ A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-210, in particolare nota 7. Travi riteneva che l'art. 2058 c.c. fosse solo un modello teorico, ma che i provvedimenti ripristinatori positivi fossero essenzialmente costruiti sul modello dell'art. 872 c.c. Si rammenti però che Travi scriveva prima dell'introduzione legislativa della disciplina sul danno ambientale.

⁸⁵ M. Franzoni, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Res civ.*, 2008, 4, 294 e ss. e F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 4, 909 e ss.

⁸⁶ E. Ferrari, *Amministrative di ripristino*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 5, 218-220.

⁸⁷ G. Manfredi, *La nozione di polizia amministrativa nell'ordinamento italiano*, in *JUS-publicum*, Giugno 2011, consultabile presso: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_07_2011_15_27_Manfredi_IT.pdf.

⁸⁸ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305.

⁸⁹ Si pensi all'art. 154, co. 1, del d.lgs. 42/2004 che prevede un potere d'ordine per armonizzare il colore delle facciate di immobili dichiarati bene culturale.

perché prescrivono essi stessi le caratteristiche che la cosa deve avere per essere considerata come bene in senso giuridico.

Infine vi sono (e sono le più comuni) anche fattispecie che prendono in considerazione un'attività di uso e trasformazione della cosa. Tuttavia, vengono qualificati come antiggiuridici non i comportamenti in sé quanto, piuttosto, i risultati delle attività di uso e trasformazione che attribuiscono alla cosa qualità incompatibili con quelle che dovrebbe possedere secondo la disciplina sostanziale del bene⁹⁰.

In relazione ad entrambe queste tipologie di fattispecie, obbligato al ripristino, secondo il modello dell'art. 872 c.c., è (almeno) il titolare di un diritto reale sulla cosa e non il soggetto che ha posto in essere l'attività di uso o trasformazione.

Sembra che questi due elementi – la contrarietà della cosa rispetto alla disciplina giuridica sostanziale del bene e la responsabilizzazione del proprietario del bene indipendentemente da un suo atto illecito – conducano a prendere in considerazione l'ipotesi che la fonte dell'obbligo ripristinatorio debba essere ricercata nella disciplina giuridica della cosa in quanto bene⁹¹: il provvedimento ripristinatorio diviene, così, mezzo d'attuazione della disciplina sostanziale della cosa per essere studiato come strumento di tutela del bene sottoposto a disciplina pubblicistica⁹².

Queste tecniche “reali” di costruzione della fattispecie alleggeriscono la pubblica amministrazione dal rischio di mancata individuazione dell'autore dell'infrazione in modo tale che la pubblica amministrazione possa procedere, in ogni caso, ad esecuzione, anche in forma diretta, garantendo sempre la legalità materiale.

Le fattispecie di questo tipo però non sono in grado di imprimere al provvedimento un'efficacia deterrente perché esso non è indirizzato contro l'autore dell'infrazione.

La soluzione che il legislatore ha tendenzialmente fornito per risolvere questo *trade off* è stata quella di moltiplicare le forme di imputazione della responsabilità in ordine al ripristino. Opzione che se da un punto di vista astratto sembra raggiungere la massima effettività del provvedimento ripristinatorio (che

⁹⁰ Si può pensare all'intervento realizzato in difformità totale o parziale dal permesso di costruire ex art. 31 e 34 t.u. edilizia.

⁹¹ A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 303-304. Se la conformazione del diritto reale sul bene è veicolata attraverso la disciplina sostanziale del bene stesso, si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 42, co. 2, Cost.: F. Macario, *Comm. art. 42 Cost.*, in *Comm. Bifulco-Celotto-Olivetti*, Torino, Utet giuridica, 2006, 870-872. In termini generali sul rapporto fra disciplina del bene e conformazione dei poteri del diritto reale v. S. Rodotà, *La proprietà e le proprietà*, in a cura di S. Rodotà, *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977, 287-291.

⁹² Prospettiva fatta propria da S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 320 e ss.

trova sempre e comunque un responsabile), genera tuttavia notevoli incertezze teoriche⁹³ e applicative⁹⁴.

L'ordinamento conosce, quindi, fattispecie che presentano plurimi meccanismi d'imputazione della responsabilità: nel settore urbanistico-edilizio, viene responsabilizzato in ordine alla demolizione sia il proprietario della *res* che il responsabile dell'abuso. Ancora, nel settore dei beni culturali, si ritiene che possano essere tenuti responsabili sia il trasgressore degli obblighi (primari) di protezione e conservazione del bene, sia il proprietario, possessore o detentore della *res*⁹⁵.

Non sembra che queste scelte legislative "acchiappa tutto", sperimentate per massimizzare la tutela esecutiva dell'interesse pubblico leso, possano essere censurate sotto il profilo della legittimità costituzionale sebbene occorra ricordare che il provvedimento ripristinatorio autonomamente conformativo di un bene debba trovare il proprio fondamento costituzionale nella soddisfazione dei requisiti richiesti dalla Carta Costituzionale per la conformazione della proprietà ex art. 42, co. 2, Cost., mentre per il provvedimento ripristinatorio d'autotutela decisoria è sufficiente il rispetto della riserva di legge relativa in base all'art. 23 Cost.

4. *L'omogeneità funzionale dei provvedimenti ripristinatori*

Le fattispecie ripristinatorie, al di là delle differenze riscontrate, prendono sempre in considerazione una situazione di fatto antigiuridica che deve essere modificata⁹⁶. In ogni caso l'*utilitas* cui tende il provvedimento ripristinatorio

⁹³ Deve individuarsi in questa "schizofrenia" dei criteri d'imputazione l'idea, qui non condivisa, che le misure ripristinatorie possano aver funzione punitiva.

⁹⁴ Si veda il contrasto giurisprudenziale sorto in tema di responsabilità del proprietario estraneo all'abuso per la demolizione del manufatto abusivo. V. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 15 giugno 2016, n. 389; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 12 aprile 2012, n. 369, entrambe consultabili presso: www.giustizia-amministrativa.it; v. F. Vetrò, *Comm. art. 31*, in a cura di M.A. Sandulli, *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 758; T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 5 luglio 2011, n. 1051 con nota di S. Bini, *Abusi edilizi realizzati da terzi: il proprietario può rimanere totalmente estraneo?*, in *Urb. e appalti*, 2011, 12, 1480 e ss.; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 26 settembre 2007, n. 2205; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 9 settembre 2003, n. 5081, *Foro amm. TAR*, 2003, 2588. *Contra*: T.A.R. Veneto (Venezia), sez. II, 24 luglio 2017, n. 733, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 4, I, 947; T.A.R. Trentino-Alto Adige (Trento), sez. I, 3 aprile 2017, n. 117 consultabile presso: www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia (Trieste), sez. I, 1 marzo 2017, n. 83, consultabile presso: www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania (Napoli), sez. III, 7 ottobre 2016, n. 4624 in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 5, I, 836; T.A.R. Abruzzo (L'Aquila), sez. I, 3 maggio 2016, n. 273, consultabile presso: www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2015 n. 1927 in *Foro amm.*, 2015, 4, 1113; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 708 e Cons. Stato, sez. VI, 7 aprile 2014, n. 3392 entrambe consultabili presso: www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁵ Per una panoramica sulle forme d'imputazione della responsabilità dell'obbligazione ripristinatoria v. T. Alibrandi e Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 750-751.

⁹⁶ L'opinione è condivisa da: A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 208-210 e A. Brancasi, voce *Distruzione di beni nel diritto amministrativo*, cit., 305-306.

consiste nella trasformazione di una situazione di fatto anti-giuridica e comporta la modificazione di una o più cose⁹⁷.

Questo tendere dei provvedimenti ripristinatori alla modificazione del fatto perché sia conforme a diritto non può che chiamare in causa il problema dell'esecuzione del provvedimento amministrativo⁹⁸. Occorre chiedersi, dunque, se le tecniche apprestate dall'ordinamento per raggiungere il risultato di pubblico interesse⁹⁹ mutino a seconda che il provvedimento sia espressione di autotutela decisoria o abbia natura autonomamente conformativa di un bene (e quindi, indirettamente, del diritto reale gravante sullo stesso).

La risposta a questo quesito sembra essere negativa perché i procedimenti ripristinatori hanno tutti la medesima struttura procedimentale¹⁰⁰ e il provvedimento ripristinatorio presenta in ogni caso un effetto solamente obbligatorio. Ne consegue che sul piano dinamico, una distinzione fra i provvedimenti ripristinatori non ha ragion d'essere tanto che, per l'appunto, i provvedimenti conformativi o d'autotutela decisoria si servono sostanzialmente dello stesso modello di procedimento amministrativo d'esecuzione.

Per raggiungere il risultato materiale¹⁰¹, il diritto amministrativo contempla, infatti, due procedimenti collegati¹⁰².

Con il primo procedimento si richiede alla pubblica amministrazione di verificare una situazione di fatto non conforme a diritto e di determinare la prestazione necessaria per riportare la realtà al rispetto del parametro normativo. Il provvedimento ripristinatorio comanda sempre un obbligo di fare che determina la prestazione necessaria per il raggiungimento del risultato di pubblico interesse.

A questo punto, il destinatario del provvedimento può ottemperare al provvedimento oppure può lasciar spirare il termine che il provvedimento stabilisce.

In caso di inottemperanza, a seconda delle scelte operate dall'ordinamento, la pubblica amministrazione deve rivolgersi al giudice dell'esecuzione oppure, qualora la legge preveda un potere esecutivo, può portare essa stessa ad esecuzione il provvedimento sostituendosi all'obbligato che poi sarà tenuto a rimborsare le spese sostenute dalla pubblica amministrazione per la c.d. esecuzione in danno.

⁹⁷ S. Pugliatti, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1959, IV, 174 ss. L'A. osserva: «l'esecuzione forzata tendenzialmente si rivolge alle cose, o direttamente o mediatamente.»

⁹⁸ G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, cit., 1-3 e G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss. Sul punto in termini di teoria generale dell'effetto ripristinatorio v. R. Chiappa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1227.

⁹⁹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹⁰⁰ Non vi sono differenze strutturali fra il procedimento ripristinatorio in materia edilizia e quello predisposto all'art. 27 del Codice del consumo per la rimozione degli effetti della pratica commerciale scorretta.

¹⁰¹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹⁰² V. i procedimenti ripristinatori previsti agli artt. 27-36 e 41 del d.p.r. 380/2001; gli artt. 160 e 167 del d.lgs. 42/2004; gli artt. 192, 244, 312-314, d.lgs. 152/2006; art. 24, r.d.l. 3267/1923; art. 23, d.lgs. 285/1992.

I provvedimenti ripristinatori servono, dunque, ad individuare quell'obbligo di fare¹⁰³ che, se eseguito, conduce al raggiungimento dell'*utilitas*. Tali provvedimenti sono qualificabili come ordini personali¹⁰⁴ – in quanto comandano l'esecuzione di un obbligo – ed hanno effetto obbligatorio¹⁰⁵ cioè limitativo¹⁰⁶ della posizione giuridica del destinatario dell'ordine. In alcuni casi, quando tenuto al ripristino è il proprietario, il possessore o il detentore della cosa, la dottrina parla di ordine reale privativo¹⁰⁷ in quanto il soggetto obbligato viene individuato in funzione di un rapporto qualificato con la cosa.

Sia nel caso dell'ordine personale privativo sia nel caso dell'ordine reale privativo, il provvedimento costituisce solamente obblighi di fare. Non cambia, dunque, la tecnica di produzione degli effetti giuridici limitativi. L'identità della tecnica di produzione dell'effetto giuridico rende irrilevanti, a fini esecutivi¹⁰⁸, le differenze di fattispecie censite nel paragrafo precedente.

Evidentemente il prodursi dell'effetto giuridico limitativo della posizione giuridica del privato non è di per sé idoneo a raggiungere il risultato materiale prefigurato dalla norma¹⁰⁹ perché il provvedimento ripristinatorio non è auto-esecutivo¹¹⁰ ma, prefigurando un risultato materiale, necessita sempre di essere portato ad esecuzione¹¹¹. In questo senso si può dire che il provvedimenti ripristinatori, come aveva già inteso la dottrina più attenta, trovano un minimo comun denominatore nell'essere misure strumentali all'esecuzione¹¹².

¹⁰³ F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 998.

¹⁰⁴ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, vol. II, 628-629; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 703 e E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 372. V. F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 995 e ss.; F. Satta, voce *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, 1991, XXV, I e ss.; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in, a c. di G. Santaniello, *Trattato dir. amm.*, Padova, 1993, vol. III, 105; B. Cavallo, voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, 434 e ss., R. Cavallo Perin, voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, I agg., 336 e ss. e S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 337.

¹⁰⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 696.

¹⁰⁶ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 703.

¹⁰⁷ F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 1005 e M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 703-704.

¹⁰⁸ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 147.

¹⁰⁹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss. L'A. porta come esempio di esecutorietà la disciplina applicabile proprio all'ordine di demolizione.

¹¹⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 598. Per un'elencazione ragionata dei provvedimenti che non necessitano di esecuzione v. G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹¹¹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 143.

¹¹² È l'impostazione di dottrina minoritaria ma molto attenta allo studio di questi provvedimenti: F. Cammeo, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, 1929, III, 1 e ss.; C.E. Paliero e A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 355-356 e Id., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 43-44. Su un piano di teoria generale: M.A. Sandulli, *Potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (studi preliminari)*, Napoli, 1981, 25.

Se questa ricostruzione è corretta, sembra prospettabile la riconduzione del provvedimento ripristinatorio entro la vicenda giuridica dell'esecuzione amministrativa¹¹³ che trova una disciplina generale, ancorché incompleta, negli artt. 21 ter e 21 quater della l. 241/1990. L'art. 21 ter cit., nonostante sia rubricato: «esecutorietà»¹¹⁴, traccia, infatti, anche una disciplina della fase anteriore al procedimento propriamente esecutivo¹¹⁵ ove, secondo l'impostazione prevalente deve collocarsi il provvedimento ripristinatorio¹¹⁶.

Lo studio dei provvedimenti ripristinatori proseguirà, pertanto, in dialogo con la disciplina dell'art. 21 ter della l. 241/1990.

5. *Il provvedimento ripristinatorio come provvedimento costitutivo di obblighi ex art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990*

Per prima cosa, occorre interrogarsi sul ruolo svolto dall'art. 21 ter della l. 241/1990 nel sistema del diritto amministrativo¹¹⁷. Come molti osservatori hanno avuto modo di rilevare, l'art. 21 ter, pur nella sua incompletezza e frammentarietà¹¹⁸, aspira a svolgere un ruolo sistematico¹¹⁹ ponendo le garanzie fondamentali per il soggetto interessato dal procedimento d'esecuzione amministrativa¹²⁰. In quest'ottica si prevede una sintetica ma frastagliata disciplina generale dell'esecuzione amministrativa: il potere esecutivo può essere esercitato solo «nei casi e

¹¹³ Faceva opportunamente riferimento alla categoria dogmatica ampia dell'esecuzione amministrativa G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, cit., 3 e 15. L'A. ritiene che i provvedimenti ripristinatori pongano un problema di esecuzione amministrativa. Conforme anche l'impostazione di G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss.

¹¹⁴ G. Fonderico, *Esecutorietà*, in a cura di M. Clarich e G. Fonderico, *Procedimento amministrativo*, Milano, Wolter Kluwer, 2014, 555 e ss.; C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 844 e ss.; G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1, 322 e ss. e F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 437 e ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 598-597 e M. Clarich, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in a cura di V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 328-329 e V. Cerulli Irelli, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 3, 415.

¹¹⁵ C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 847.

¹¹⁶ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 330 e ss.

¹¹⁷ Per alcuni spunti sulla funzione della l. 241/1990 v. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 109 e ss.

¹¹⁸ M. Clarich, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in a cura di V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, cit., 328.

¹¹⁹ Si parla di codificazione della disciplina del provvedimento v. B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 5, 470.

¹²⁰ V. V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. 241/1990, IV parte*, in *giustamm.it*, 2005.

con le modalità stabiliti dalla legge»; il provvedimento costitutivo dell'obbligo da eseguire deve contenere l'indicazione del termine per l'adempimento e le modalità d'esecuzione; in caso, d'inottemperanza, infine, l'obbligato deve ricevere una previa diffida, dopodiché la pubblica amministrazione potrà procedere ad eseguire l'obbligo rimasto inadempito nei casi e con le modalità previste dalla legge. Nel porre queste norme di garanzia, la legge lumeggia alcuni tratti del procedimento d'esecuzione amministrativa tal che si può ritenere che la funzione del co. 1 dell'art. 21 ter sia quella di fornire un modello "a maglie larghe", improntato ad una finalità di garanzia, per l'esecuzione amministrativa.

I singoli procedimenti d'esecuzione disciplinati dal diritto amministrativo speciale debbono, pertanto, essere interpretati garantendone la coerenza con tale modello garantista attraverso gli strumenti dell'interpretazione sistematica e della successione delle leggi nel tempo.

La prima difficoltà che l'interprete incontra è nel ricondurre i provvedimenti ripristinatori – si pensi all'ordinanza ex art. 313, d.lgs. 152/2006, all'ordine di ripristino ambientale ex art. 305 co. 2, lett. c, d.lgs. 152/2006, all'ordine di reintegrazione ex art. 160, d.lgs. 42/2004, all'ordine di remissione in pristino ex art. 167, d.lgs. 42/2004, all'ingiunzione di rimuovere o demolire l'intervento edilizio realizzato in assenza di permesso di costruire ex art. 31, co. 2, t.u. edilizia – entro le maglie dell'art. 21 ter, l. cit.

Più nel dettaglio, si pone il problema di stabilire se il provvedimento ripristinatorio che ricorre nelle norme citate debba essere qualificato come «provvedimento costitutivo di obblighi» ex co. 1, 2 cpv., oppure come «previa diffida»¹²¹ ex co. 1, 3 cpv. Il dubbio interpretativo deriva dal fatto che la legislazione amministrativa speciale nomina confusamente i provvedimenti ripristinatori a volte come ordinari, a volte come diffide¹²². Questo impreciso assetto legislativo ha dato vita ad un risalente dibattito dottrinale che ricerca una distinzione sostanziale fra l'ordine e la diffida¹²³ che la lettera dell'art. 21 ter della l. 241/1990 ripropone, poiché prevede una distinzione formale fra i due atti amministrativi¹²⁴.

Il legislatore infatti ha disciplinato al secondo capoverso del primo comma della citata disposizione il provvedimento costitutivo di obblighi; al terzo capoverso, invece, ha stabilito che in caso di inottemperanza al provvedimento costitutivo di obblighi, previa diffida, la pubblica amministrazione possa procedere

¹²¹ G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 336-337.

¹²² Compare il *nomen* di diffida per indicare il provvedimento ripristinatorio, ad esempio, all'art. 32 della l. 1150/1942, e all'art. 54 della l. 865/1971.

¹²³ Il dibattito è ampiamente ricostruito da A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 78 e ss.

¹²⁴ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 451.

re all'esecuzione coattiva. Esclusa, per motivi letterali e per evitare interpretazioni abrogative di parte della norma, la possibilità di ritenere che il provvedimento costitutivo di obblighi e la previa diffida siano lo stesso atto amministrativo o possano essere riuniti in un unico atto¹²⁵, occorre cercare di capire quale sia la differenza sostanziale fra i due atti guardando ai contenuti e alla collocazione procedimentale degli stessi.

Il provvedimento costitutivo di obblighi, secondo la lettera della legge, costituisce l'obbligo, da eseguire cioè determina la pretesa che se eseguita spontaneamente dall'obbligato non dà neppure luogo al procedimento esecutivo. Tale provvedimento deve indicare anche il termine per adempiere e le modalità d'esecuzione di tali obblighi.

La diffida, invece, interviene successivamente: quando l'obbligato non ha adempiuto spontaneamente la pretesa.

La legge non dice quale sia il contenuto della diffida ma il fatto che sia collocata dopo il verificarsi dell'inottemperanza al provvedimento costitutivo di obblighi, induce a ritenere che essa debba necessariamente contenere l'accertamento dell'avvenuta inottemperanza.

A ciò si aggiunga che l'atto di diffida è atto recettizio e ciò impone che sia comunicata all'interessato. Ma che cosa viene comunicato all'interessato? Solamente l'avvenuto accertamento dell'inottemperanza?

L'ulteriore contenuto dell'atto di diffida può essere ricostruito a partire da ciò che, per legge, segue la diffida e cioè l'esecuzione coattiva della pretesa rimasta insoddisfatta. La diffida sembra svolgere una funzione garantista di avvertimento circa l'avvio dell'esecuzione coattiva¹²⁶ o, in altre parole, di «comunicazione di avvio del secondo procedimento»¹²⁷, cioè del procedimento esecutivo. In questo senso sembra corretta l'idea secondo cui i contenuti della diffida debbono essere determinati alla luce dell'art. 8 della l. 241/1990 che disciplina la modalità e i contenuti della comunicazione di avvio del procedimento.

Le cose, per vero, sono un poco complicate dal fatto che la pretesa da eseguire può anche essere costituita direttamente dalla legge¹²⁸ o, ad esempio, da un

¹²⁵ Giustamente si è osservato che non sarebbe rispettoso della funzione garantista della «previa diffida» ritenere che possa essere emanata insieme col provvedimento costitutivo di obblighi cfr. F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 734; G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 336 e F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 460.

¹²⁶ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 459-461.

¹²⁷ F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 732.

¹²⁸ F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 728 e E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 541.

contratto o da un accordo amministrativo¹²⁹ sicché vi sono casi in cui il provvedimento costitutivo di obblighi manca e si ha comunque un procedimento esecutorio che trova nella «previa diffida» l'atto d'impulso.

In conclusione sembra che la diffida, per come disciplinata nell'art. 21 ter, abbia la funzione di accertare, con effetto meramente ricognitivo¹³⁰, che l'obbligo costituito dall'ordine (o equivalente) non sia stato ottemperato entro il termine previsto¹³¹, avvertendo contemporaneamente l'obligato dell'avvio del procedimento di esecuzione forzata amministrativa¹³². Quest'ultimo potrà, così, interloquire con l'amministrazione¹³³ facendo eventualmente presente l'avvenuta ottemperanza *in extremis*, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione ovvero agire giudizialmente potendo chiedere, ad esempio, la sospensione cautelare dell'efficacia del provvedimento impugnato¹³⁴.

Questa prospettazione pare essere confermata sia sul piano storico che su quello sistematico.

Il disegno di legge S4860¹³⁵, testo base della l. 15/2005, prevedeva, infatti, che fosse data comunicazione al privato anche dell'inizio dell'esecuzione distinguendo quest'avvertimento dalla diffida. Per la redazione del testo definitivo, si decise di sopprimere questa ulteriore comunicazione perché fu ritenuto che già la diffida potesse svolgere questo ruolo¹³⁶.

Dal punto di vista sistematico, invece, si può notare che nell'art. 35 del t.u. edilizia compare il sintagma «diffida non rinnovabile» che, interpretato *a contrario*, tenendo, quindi, conto della normale rinnovabilità della diffida, sembra deporre a favore di una ricostruzione della diffida non come atto costitutivo di obblighi ma come mero atto d'avvertimento.

A questo punto, chiarita la natura della «previa diffida», bisogna chiedersi che effetto giuridico hanno i provvedimenti ripristinatori disciplinati nelle nor-

¹²⁹ C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 849-850 e F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 727-729.

¹³⁰ G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 341.

¹³¹ M. D'Angelosante, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, cit., 787.

¹³² In questo senso, la previa diffida sarebbe il contenuto esternato, per così dire, dell'ordine di esecuzione ad efficacia interna con cui la pubblica amministrazione ordina ad un proprio organo di procedere all'esecuzione forzata. S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 338-340.

¹³³ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 460.

¹³⁴ Questa funzione di garanzia viene riconosciuta in G. Sacchi Morsiani, voce *Esecuzione amministrativa*, cit., 5.

¹³⁵ Consultabile presso: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00006650.pdf>.

¹³⁶ F. Costantino, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di A. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., 731.

me speciali come l'ingiunzione di rimozione o demolizione del manufatto abusivo o l'ordinanza di ripristino ambientale. Costituiscono la pretesa che l'obbligato deve eseguire oppure danno avvio al procedimento esecutivo? Sono cioè "provvedimenti costitutivi di obblighi" o "previe diffide"?

Sembra che la risposta da preferire sia la prima¹³⁷: i provvedimenti ripristinatori reagiscono ad una situazione di fatto antiggiuridica censurata dalla legge e determinano l'obbligo da eseguire. Si collocano, dunque, in una fase anteriore a quella della previa diffida, che presuppone una pretesa inadempita "di secondo grado", e possono essere qualificati come "provvedimenti costitutivi di obblighi" ai sensi dell'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990¹³⁸. In altre parole, mentre il provvedimento ripristinatorio dichiara, come una sentenza di condanna, la pretesa da eseguire ed è pertanto sempre necessario per giungere al soddisfacimento dell'interesse pubblico, la diffida si rende necessaria invece solo nell'eventualità dell'inottemperanza al provvedimento ripristinatorio.

Per essere classificato come «provvedimento costitutivo di obblighi», il provvedimento ripristinatorio deve appunto costituire la pretesa da eseguire. Tuttavia prima vista sembrerebbe che l'obbligo ripristinatorio, al pari di quello risarcitorio nel diritto civile, nasca direttamente dalla fattispecie legale e che quindi il provvedimento ripristinatorio abbia efficacia solamente dichiarativa e non anche costitutiva¹³⁹, al pari di una sentenza di condanna. La questione è riconducibile a quel dibattito, ormai risalente, fra coloro¹⁴⁰ che ritengono che l'atto d'ordine o di diffida (a seconda della tesi seguita) abbia natura solo dichiarativa di un obbligo già perfezionatosi *ex lege*¹⁴¹ ovvero abbia natura costitutiva di un effetto giuridico nuovo, comportando la spendita di un potere discrezionale¹⁴². Tuttavia in entrambi i casi la giurisprudenza riconosce l'autonoma impugnabilità della diffida in quanto atto immediatamente lesivo della sfera giuridica del privato¹⁴³.

La soluzione più piana all'interrogativo, sarebbe quella di dare all'aggettivo "costitutivo", presente nell'art. 21 ter della l. 241/1990, un'interpretazione riduttiva. Se la fattispecie complessa costitutiva dell'obbligo di ripristino per perfezionarsi ha effettivamente bisogno dell'adozione del provvedimento ripristinatorio, ciò significa che il provvedimento concorre a costituire l'obbligo ripristinato-

¹³⁷ Conforme: A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 36-39.

¹³⁸ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 101-102.

¹³⁹ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 345 nota 32. Sull'efficacia dichiarativa della sentenza di condanna v. F. Luiso, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, Milano, 2013, vol. II, 210.

¹⁴⁰ Gasparri, *Sugli atti amministrativi di diffida*, in *Foro amm.*, 1955, IV, 5; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. I, 642.

¹⁴¹ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 79-80.

¹⁴² A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., vol. I, 628-629.

¹⁴³ T.A.R. Campania (Napoli), sez. VII, 10 ottobre 2014, n. 5261, in *Foro Amm.*, 2014, 10, 2661.

rio. Quest'interpretazione è del tutto coerente con l'orientamento prevalente che afferma la compatibilità dell'effetto costitutivo del provvedimento anche in presenza di un potere vincolato¹⁴⁴.

A maggior ragione, il provvedimento ripristinatorio rappresenta un provvedimento costitutivo di obblighi perché esso introduce un *aliquid novi* rispetto agli elementi già presenti nella fattispecie ripristinatoria legale ed in questo senso può essere qualificato come provvedimento costitutivo di obblighi ai sensi dell'art. 21 ter, l. 241/1990.

La fattispecie ripristinatoria legale indica, in maniera generale e astratta, la situazione fattuale antiggiuridica oggetto della prestazione ripristinatoria, la regola in base alla quale individuare il responsabile dell'obbligo ripristinatorio e l'oggetto della pretesa (la demolizione, la distruzione, il ripristino ambientale etc.).

Innanzitutto gli elementi determinabili in base alla fattispecie, la pubblica amministrazione ha soltanto un compito di mera attualizzazione cioè di susunzione del caso concreto entro il referente normativo secondo il metodo della "verificazione necessaria"¹⁴⁵. Il potere di verifica è essenzialmente vincolato anche se non mancano le fattispecie ripristinatorie che richiedono, per la valutazione dei presupposti di fatto, l'esercizio di una discrezionalità di tipo tecnico¹⁴⁶.

In ogni caso la determinazione "dinamica" della prestazione che in concreto deve essere eseguita dall'obbligato, comporta l'esercizio di un potere d'autonomia perché tale potere non trova un'integrale predeterminazione nella fattispecie legale¹⁴⁷. La legge, infatti, determina il risultato ripristinatorio della prestazione (la demolizione, la rimozione, la distruzione, il ripristino etc.). Alla pubblica amministrazione si chiede, invece, di determinare la prestazione da eseguire tenendo conto delle circostanze oggettive e soggettive che rilevano per l'esecuzione spontanea da parte dell'obbligato¹⁴⁸. L'*aliquid novi* consiste, dunque, nell'esercizio di un potere propriamente discrezionale per la determinazione di quella prestazione ripristinatoria che può essere ragionevolmente¹⁴⁹ eseguita dall'obbligato. L'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., della l. 241/1990, infatti, non a caso richiede che il provvedimento indichi il termine e le modalità d'esecuzione «da parte dell'obbligato»¹⁵⁰. Il

¹⁴⁴ R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 140.

¹⁴⁵ E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 349.

¹⁴⁶ Si pensi alla determinazione dell'obbligo necessario a reintegrare il bene culturale danneggiato o all'obbligo di ripristino necessario per riparare il danno ambientale.

¹⁴⁷ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, cit., 79-80.

¹⁴⁸ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, cit., 80. L'A. scrive: «la diffida presenta in realtà una propria autonomia funzionale in quanto è direttamente produttiva di effetti sulla sfera giuridica del destinatario ed è rivolta alla spontanea rimozione della situazione di antiggiuridicità, più che a produrre le conseguenze sfavorevoli connesse a tale situazione: tanto che la posizione del diffidato sembra spiegabile più agevolmente conpendo gli effetti sfavorevoli come reazione dell'ordinamento alla – o anche – alla inottemperanza della diffida».

¹⁴⁹ C. Mignone, *L'esecutorietà delle pretese amministrative*, *Comm. art. 21 ter*, cit., 848.

¹⁵⁰ V. *infra* par. 6.

richiamo espresso alla figura dell'obbligo impone alla pubblica amministrazione di determinare il *quomodo* della prestazione in maniera tale che essa possa essere adempiuta dal soggetto tenuto responsabile e ciò comporta necessariamente un momento istruttorio in cui viene acquisito e valutato l'interesse dell'obbligato ad adempiere con modalità per lui sostenibili.

Per altro, anche guardando al processo civile d'esecuzione¹⁵¹, si ritiene che «l'individuazione del "fare"» comporti un *aliquid novi* attraverso la precisazione della prestazione dovuta nel titolo esecutivo¹⁵² perché al «titolo esecutivo spetta stabilire il risultato necessario per soddisfare il diritto del creditore; alla seconda [all'ordinanza sulle modalità d'esecuzione, significativamente adottata in regime di contraddittorio] spetta stabilire come raggiungere quel risultato»¹⁵³. A maggior ragione, laddove non v'è un titolo esecutivo che cristallizzi la pretesa da eseguire, come nel caso di specie, bisogna riconoscere all'amministrazione un ampio potere d'integrazione *in executivis* della fattispecie legale¹⁵⁴.

La necessità che il provvedimento prescriva il termine entro cui adempiere e le «modalità d'esecuzione da parte dell'obbligato», mette in risalto la vocazione del provvedimento ripristinatorio a programmare (e, in questo senso, a facilitare) l'esecuzione spontanea¹⁵⁵.

Questa caratteristica rende contenutisticamente diverso il provvedimento costitutivo di obblighi dalla sentenza di condanna cui pure, non senza motivo, è stato avvicinato¹⁵⁶ perché il provvedimento ripristinatorio oltre a dichiarare l'obbligo da adempiere deve regolarne l'esecuzione da parte dell'obbligato indicando le prescrizioni più idonee a consentire ed agevolare tale adempimento¹⁵⁷.

Volendo costruire un parallelo col diritto processuale civile, il provvedimento costitutivo di obblighi somma in sé i contenuti dichiarativi del provvedimento

¹⁵¹ R. Leonardi, *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 296.

¹⁵² F. Luiso, voce *Esecuzione forzata II. Esecuzione forzata in forma specifica.*, in *Enc. giur.*, 1989, XIV, 9.

¹⁵³ F. Luiso, voce *Esecuzione forzata II. Esecuzione forzata in forma specifica.*, cit., 9.

¹⁵⁴ A titolo d'esempio si potrebbe richiamare la riflessione sulla natura "mista" del giudizio d'ottemperanza dove pure manca un previo titolo esecutivo. C.E. Gallo, voce *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, 2008, pp. 818-819.

¹⁵⁵ A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1990, vol. V, 80.

¹⁵⁶ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 334 e 341-342. L'A. avverte che il parallelismo con la sentenza di condanna non è perfetto e cfr. anche A. Brancasi, voce *Diffida nel diritto amministrativo*, cit., 82. Più in generale, sui rapporti fra esecuzione amministrativa e processo civile d'esecuzione v. N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/1990*, consultabile presso: http://redazione.regione.campania.it/farecampania/scaffale_formativo/ARCHIVIO/2003%20Redazione%20atti%20amministrativi/Paolantonio_esecutivita_esecutorieta.pdf L'A. suggerisce, come indirizzo di ricerca, di ricostruire l'esecuzione amministrativa a partire dal corrispondente processuale.

¹⁵⁷ La lettura è confermata da F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 444.

di condanna¹⁵⁸, l'energia iussiva del precetto¹⁵⁹ e la determinazione, in contraddittorio, delle modalità d'esecuzione con l'importante precisazione che, in sede amministrativa, le modalità d'esecuzione sono dirette allo stesso obbligato e non all'ufficiale giudiziario come accade nell'art. 612 co. 1 e 2, c.c.

Per altro, secondo un autorevole orientamento¹⁶⁰, anche nel processo esecutivo vi sarebbe un momento in cui allo stesso obbligato sono comunicate delle precisazioni su come adempiere all'obbligo. Secondo questa opinione, il precetto per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare dovrebbe contenere già l'indicazione di tutti gli aspetti e di tutti i modi dell'esecuzione che non sono individuabili e specificabili in sede di cognizione, affinché il debitore – la cui spontanea soddisfazione è pur sempre lo scopo primo del precetto – possa apprendere da questo atto «quale sia il risultato che il precedente persegue e che esso debitore possa spontaneamente fornire per non sottoporsi o per sottrarsi all'aggressione esecutiva»¹⁶¹.

In conclusione l'ordine di ripristino è atto dell'esecuzione amministrativa¹⁶² che assomma in sé le funzioni della sentenza di condanna, dell'atto di precetto e, con le precisazioni fatte, dell'ordinanza di determinazione delle modalità d'esecuzione. In questo modo il provvedimento mira a raggiungere, con economia dei mezzi giuridici, non solo l'utilità conseguibile attraverso la sentenza di condanna¹⁶³ ma anche un'utilità ulteriore e strumentale che consiste nell'evitare l'esecuzione forzata, raggiungendo il risultato di pubblico interesse nella maniera più efficiente e, verosimilmente, effettiva¹⁶⁴.

Questa peculiarità del provvedimento costitutivo di obblighi è apprezzabile almeno sotto due punti di vista: da una parte, può essere letta come norma di garanzia alla luce del principio di *extrema ratio* dell'esecuzione coattiva¹⁶⁵. Dall'altra, tale peculiarità è anche apprezzabile secondo una logica di risultato¹⁶⁶ perché

¹⁵⁸ F. Luiso, *Diritto processuale civile. Principi generali*, Milano, 2013, vol. I, 11-14.

¹⁵⁹ F. Luiso, *Diritto processuale civile. Il processo esecutivo*, Milano, 2013, vol. III, 50.

¹⁶⁰ L'opinione è proposta da L. Montesano, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, 1966, XV, 547 e ss. e criticata da C. Mandrioli, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Dig. disc. priv.*, 1991, VI, 549 e ss. L'opinione del Montesano sembra più adatta a qualificare un procedimento d'autotutela amministrativa.

¹⁶¹ L. Montesano, voce *Esecuzione specifica*, cit., 547 e ss. par. 14.

¹⁶² M. D'Angelosante, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, cit., 764, nota 10.

¹⁶³ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 345.

¹⁶⁴ Sul problema dell'effettività anche con cenni agli ordini di demolizione cfr. N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, paper AIPDA 2017, consultabile presso: <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=38>.

¹⁶⁵ A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 2, 342 ss. e G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 342.

¹⁶⁶ M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, cit., 825 e ss. e ancora F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 444; N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento*

l'adempimento spontaneo rappresenta l'ottimo fra la necessità di porre rimedio alla situazione di fatto anti-giuridica e la necessità che a rimettere in pristino sia il soggetto tenuto responsabile dalla legge senza ulteriori costi a carico della collettività.

Se la finalità del provvedimento costitutivo di obblighi è quella di realizzare forme efficaci ed efficienti di esecuzione amministrativa, appare necessaria la presenza di un momento collaborativo fra pubblica amministrazione e obbligato, situato a monte dello stesso procedimento esecutivo¹⁶⁷. Tale collaborazione può essere garantita solo attraverso la partecipazione dell'interessato al procedimento ripristinatorio¹⁶⁸.

6. Spazi di scelta nel procedimento ripristinatorio

Seguendo un'autorevole ricostruzione del procedimento ripristinatorio¹⁶⁹, è possibile osservare come tale procedimento contenga tre momenti in cui la pubblica amministrazione è chiamata a manifestare la propria volontà¹⁷⁰ a fini di impulso procedimentale compiendo, cioè, delle scelte¹⁷¹: il momento dell'iniziativa, il momento dell'accertamento della situazione di fatto anti-giuridica e, infine, il momento della determinazione del contenuto dell'ordine ripristinatorio.

Qualora la pubblica amministrazione, durante l'attività di controllo¹⁷², eventualmente anche su segnalazione di un soggetto denunciante¹⁷³, riscontri indizi circa la sussistenza della fattispecie presupposta dell'ordine di ripristino, ha il dovere di procedere all'accertamento del fatto¹⁷⁴. La pubblica amministrazione, infatti, ha un obbligo di procedere in ordine alla verifica dei presupposti per l'esercizio del potere ricavabile dall'art. 6, co. 1, lett. e, l. 241/1990¹⁷⁵.

to amministrativo nella riforma della l. 241/1990, cit., 3 e 5 pdf, consultabile presso: http://redazione.regione.campania.it/farecampania/scaffale_formativo/ARCHIVIO/2003%20Redazione%20atti%20amministrativi/Paolantonio_esecutivita_esecutorieta.pdf e G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 142.

¹⁶⁷ F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 460-461.

¹⁶⁸ E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 1018 e ss.

¹⁶⁹ Questa partizione segue il modello di procedimento d'accertamento condanna proposto da Cassese: S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 330 e ss.

¹⁷⁰ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 164.

¹⁷¹ Sul concetto di margine di scelta v. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 162.

¹⁷² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 811-814.

¹⁷³ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 245.

¹⁷⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 439.

¹⁷⁵ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 246.

La fase in cui la pubblica amministrazione compie una deliberazione sulla sussistenza dei *preambula potestatis* è qualificabile come preistruttoria¹⁷⁶: tale deliberazione è, appunto, obbligatoria¹⁷⁷ e ha efficacia meramente interna¹⁷⁸.

Conclusa la preistruttoria, la fase d'iniziativa si colloca, in assenza di un atto di segnalazione di un terzo, esattamente al momento in cui l'autorità, nell'ambito della preistruttoria, ritiene sufficienti certi indizi per procedere all'accertamento propriamente istruttorio del fatto. L'iniziativa non assume normalmente, salvo ipotesi di segnalazioni o di rapporti fra diversi soggetti, consistenza formale ma rimane assorbita nell'attività interna posta in essere sulla base di un principio inquisitorio¹⁷⁹.

In relazione a quest'iniziativa, per così dire, silenziosa, si pone il problema della comunicazione dell'avvio del procedimento, proprio perché il procedimento ripristinatorio inizia in quel momento e la partecipazione dell'interessato si rivela utile, quindi, a partire da quel momento.

Per vero, sarebbe prospettabile anche un'altra regolazione delle modalità con cui l'interessato può aver notizia del procedimento: si tratta dell'istituto della contestazione. L'art. 14 della l. 689/1981, recante «modifiche al sistema penale», disciplina l'istituto procedimentale della contestazione che serve a rendere nota al soggetto interessato dal procedimento sanzionatorio "l'accusa". La contestazione ha la funzione di attivare il contraddittorio fra le parti e, quindi, non ha un effetto autonomamente lesivo della posizione giuridica del privato¹⁸⁰.

Tuttavia non sembra possibile applicare il modello della contestazione al provvedimento ripristinatorio.

Equiparare l'ordine ripristinatorio, ad esempio un ordine di demolizione, ad una contestazione presuppone, a ben vedere, che tale ordine non sia un provvedimento immediatamente lesivo della sfera giuridica del privato. Parte della giurisprudenza, non a caso, ritiene che la diffida a demolire sia atto di contestazione e sia, pertanto, idonea soltanto ad attivare il contraddittorio¹⁸¹ non avendo efficacia immediatamente lesiva.

A parere di chi scrive, la riconduzione del provvedimento ripristinatorio all'art. 21 ter, co. 1, 2 e 3 cpv., cioè alla categoria dei provvedimenti costitutivi di obblighi, rende del tutto inapplicabile la tesi del provvedimento ripristinatorio

¹⁷⁶ L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 717 e ss.

¹⁷⁷ S. Cassese, *Beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 333. Si tratta dunque di un'iniziativa vincolata, v. F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 1000.

¹⁷⁸ L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 717 e ss.

¹⁷⁹ Sul punto la dottrina è concorde A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 101 e 103. Sul principio inquisitorio nel procedimento amministrativo v. R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 204 e ss.

¹⁸⁰ C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 246-247.

¹⁸¹ T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 20 aprile 2005, n. 1097, in Banca dati *Leggi d'Italia* e T.A.R. Trentino-Alto Adige (Bolzano), 8 febbraio 2007, n. 52, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2, 426.

come atto di contestazione e induce a riportare l'attenzione sulla comunicazione di avvio del procedimento come unico atto idoneo, nel contesto del procedimento ripristinatorio, a consentire la partecipazione procedimentale.

L'accertamento della fattispecie presupposto dell'ordine di ripristino implica la verifica di fatti¹⁸².

Un tempo, per vero, si riteneva che la pubblica amministrazione avesse il potere di accertare se in concreto, data una certa fattispecie prevista *ex lege*, vi fosse o meno una lesione dell'interesse pubblico¹⁸³; attualmente, l'opinione prevalente è che l'interesse pubblico da perseguire sia tipizzato dalla fattispecie ripristinatoria attributiva del potere di ripristino¹⁸⁴ nella quale entrano, ma solo come elemento normativo, cristallizzato una volta per tutte, anche le valutazioni discrezionali precedentemente compiute dalla pubblica amministrazione attraverso, ad esempio, atti amministrativi generali, regolamenti, piani¹⁸⁵ o altri provvedimenti.

In realtà, due possono essere le forme di attività conoscitiva implicate nell'accertamento delle fattispecie ripristinatorie: da un lato, vi sono i meri accertamenti che richiedono un'operazione cognitiva semplice basata sulla verifica della sussistenza/insussistenza di un fatto. Tutt'al più se tale fatto debba essere quantificato e misurato, vi sarà un accertamento tecnico¹⁸⁶. Dall'altro, vi sono quelle fattispecie che richiedono operazioni cognitive più complesse¹⁸⁷, cioè delle valutazioni tecniche, che implicano l'esercizio di una discrezionalità tecnica. Il fatto, in questi casi, deve essere qualificato e interpretato secondo i canoni di un sapere tecnico¹⁸⁸ che fornisce risultati opinabili. Si possono rammentare come esempi: la fattispecie del danno ambientale, quella del danno al bene culturale, quella di alimento nocivo per la salute.

¹⁸² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 459.

¹⁸³ G. Virga, È sindacabile il mancato esercizio del potere in materia di vigilanza edilizia, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 2, 443 e ss. e F. Bassi, *Sanzioni amministrative edilizie e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 2, 493. In giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 1977, n. 174; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1972 n. 209 in Banca dati *Italgioire*.

¹⁸⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 474 in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 4, I, 752 e ss. T.A.R. Napoli (Campania) sez. IV 29 agosto 2017 n. 4186 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁵ G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 757.

¹⁸⁶ T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, 12 gennaio 2015, n. 347 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁷ Su un piano di politica del diritto, il fatto di dover prendere decisioni che implicano accertamenti tecnici o una discrezionalità tecnica sembra costituire una delle possibili giustificazioni – si potrebbero rammentare anche: la *vicinitas* rispetto al settore vigilato, la speditezza del procedimento amministrativo e la possibilità di procedere ad esecuzione forzata amministrativa – della scelta legislativa di affidare alla pubblica amministrazione piuttosto che ad un giudice il potere di ordinare il ripristino. La pubblica amministrazione è, infatti, dotata di competenze tecniche idonee a compiere accertamenti e valutazioni cui un giudice non potrebbe giungere se non, in maniera molto più dispendiosa, attraverso l'ausilio di consulenti tecnici.

¹⁸⁸ Si pensi alle complesse valutazioni tecniche che comportano i provvedimenti di ripristino in materia ambientale.

Il terzo momento di scelta attiene alla determinazione del contenuto dell'obbligo ripristinatorio. Secondo la tesi che si è proposta in questo scritto, il provvedimento ripristinatorio deve essere qualificato ai sensi dell'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990 come «provvedimento costitutivo di obblighi». Ne consegue che il provvedimento deve determinare uno o più obblighi nei loro elementi essenziali e cioè deve individuare una prestazione possibile e determinata, il soggetto o i soggetti obbligati, il termine entro cui adempiere e le modalità di esecuzione da parte dell'obbligato.

Il diritto positivo determina direttamente l'oggetto dell'obbligo, a volte il termine temporale entro cui adempiere e fornisce la regola di imputabilità secondo la quale individuare il soggetto tenuto al ripristino. Per questi elementi, come già osservato, si pone solo un problema di concretizzazione della norma.

Non si conoscono, invece, casi in cui la legge determini le modalità d'esecuzione della prestazione. In effetti la prescrizione delle «modalità d'esecuzione da parte dell'obbligato» sembra prevista dal legislatore proprio allo scopo di permettere l'adattamento della prestazione alle circostanze concrete non solo oggettive, quindi relative al concreto stato di fatto, ma anche soggettive.

Il sintagma «modalità di esecuzione da parte dell'obbligato» prende, infatti, in considerazione la figura dell'obbligato come esecutore della prestazione e sembra autorizzare la pubblica amministrazione a conoscere le esigenze – gli interessi – di tale soggetto in ordine all'esecuzione spontanea.

In quest'ottica, attraverso gli istituti di partecipazione, l'obbligato può far presenti alla pubblica amministrazione oltre a circostanze oggettive (sopravvenienze di fatto) anche circostanze soggettive, rilevanti ai fini dell'adempimento. La pubblica amministrazione, con riguardo ad ipotesi non urgenti¹⁸⁹, si troverebbe, dunque, ad operare un bilanciamento fra l'interesse pubblico, a raggiungere l'esecuzione spontanea, e l'interesse del privato, ad adempiere in maniera economicamente sostenibile. Con riguardo a questo peculiare contenuto dell'ordine di ripristino appare verosimile sostenere che la pubblica amministrazione compia una scelta caratterizzata da discrezionalità amministrativa che esita nella determinazione delle «modalità di esecuzione da parte dell'obbligato».

In questo modo viene recuperata, in prospettiva esecutiva, quell'esigenza di imprescindibile ragionevolezza, che prescrive l'adattamento della pretesa ripristinatoria alle possibilità economiche del debitore. Com'è noto l'art. 2058 c.c. rimette alla discrezionalità del giudice civile la possibilità di sacrificare l'interesse del debitore ad un risarcimento in forma specifica per il caso in cui tale forma di risarcimento sia eccessivamente onerosa per il debitore. Il diritto amministrativo,

¹⁸⁹ Come ha osservato Cassese non ogni procedimento ripristinatorio deve essere considerato urgente. Devono essere considerati urgenti solo i procedimenti così qualificati dal legislatore.

che invece non intende sacrificare l'integrale soddisfazione dell'interesse pubblico, rimette alla discrezionalità della pubblica amministrazione l'adattamento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo ripristinatorio alle esigenze debitorie.

Nella prospettiva di privilegiare l'esecuzione da parte dell'obbligato, apprezzabile anche alla luce del principio di *extrema ratio* dell'esecuzione forzata¹⁹⁰ e di proporzionalità dell'azione amministrativa¹⁹¹, la preventiva definizione delle modalità d'adempimento non sembra che serva solo a «far conoscere preventivamente al privato, le regole specifiche dell'esatto adempimento dell'obbligo, in modo che la configurabilità dell'inadempimento dipenda da elementi certi e noti»¹⁹². Sembra, invece, che serva essenzialmente a rendere possibile l'adempimento da parte dell'obbligato in quell'ottica collaborativa, già più volte segnalata in dottrina¹⁹³, che dovrebbe governare tutta la fase dell'esecuzione spontanea, al fine di evitare il momento dell'intrusione forzosa nella sfera giuridica dell'interessato.

Un discorso analogo potrebbe farsi anche per il termine entro cui adempiere laddove questo non sia espressamente individuato dal legislatore come accade, ad esempio, nell'ipotesi dell'art. 167, co. 2, del d.lgs. 42/2004. Anche in questo caso, infatti, si pone la questione se nel corso dell'istruttoria la pubblica amministrazione possa prendere in considerazione, ai fini della fissazione del termine, le circostanze soggettive che l'interessato renda note nell'ottica di un adempimento spontaneo sostenibile.

Merita rilevare, infine, che l'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990 prevede che il provvedimento possa determinare una pluralità di obblighi. La sola indicazione dell'art. 21 ter cit. è del tutto insufficiente da sola a fondare un'attribuzione di potere diretta a costituire uno specifico obbligo ulteriore rispetto a quello eventualmente previsto dalla norma attributiva del potere ripristinatorio. Si tratta, infatti, di una norma in bianco che, non specificando il fine per cui è attribuito un certo potere, certo non soddisfa la riserva di legge, seppur relativa, dell'art. 23 Cost.¹⁹⁴

Vi sono dei casi, tuttavia, in cui il sintagma «provvedimento costitutivo di obblighi» può essere utilizzato per dare copertura legale formale ad un obbligo accessorio che la norma speciale attributiva dello specifico ordine di ripristino non prevede espressamente. È il caso dell'obbligo inibitorio di cessare il compor-

¹⁹⁰ A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 342 ss. e G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 342.

¹⁹¹ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 112.

¹⁹² G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990, n. 41 e s.m.i.*, cit., 335.

¹⁹³ Il problema è più volte messo in luce da F. Saitta, *Comm. art. 21 ter, Esecutorietà*, in a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 456-457.

¹⁹⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 771-774. Sul punto v. anche la recente lettura di G. Grüner, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, cit., 336.

tamento a carattere continuato produttivo dello stato di fatto contrario a diritto che ragionevolmente dovrebbe considerarsi accessorio rispetto all'ordine di ripristino. Diversamente opinando, infatti, il provvedimento di ripristino correrebbe il rischio di essere *inutiliter datum*¹⁹⁵.

7. *La partecipazione nel procedimento ripristinatorio*

La disamina delle scelte che la pubblica amministrazione deve compiere nel procedimento ripristinatorio rende evidente come l'interessato possa attivamente ed utilmente partecipare¹⁹⁶ al procedimento per l'adozione del provvedimento di ripristino permettendo all'amministrazione di acquisire conoscenze rilevanti ai fini della decisione¹⁹⁷.

Alla luce di queste considerazioni deve ritenersi obbligatoria la comunicazione di avvio del procedimento ripristinatorio: l'obbligo sorge al momento in cui l'attività preistruttoria si trasforma in istruttoria¹⁹⁸, cioè una volta conclusa in senso positivo la delibazione sulla sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio del potere. È evidente che l'interessato avrà modo di interloquire sui risultati della preistruttoria al momento della partecipazione istruttoria.

Con riguardo all'atto d'accertamento della fattispecie ripristinatoria, la partecipazione dell'interessato pare connotarsi in senso spiccatamente difensivo¹⁹⁹, giacché l'eventuale recepimento delle osservazioni del privato sull'insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto dovrebbe verosimilmente condurre alla decisione di non adottare il provvedimento ablatorio.

Nel caso in cui la fattispecie richieda un accertamento semplice o tecnico²⁰⁰, la partecipazione è comunque idonea a portare dei contributi rilevanti ai fini della decisione²⁰¹ in quanto l'interessato, proponendo la propria ricostruzione dei pre-

¹⁹⁵ Conferma puntualmente questa ricostruzione: A. Proto Pisani, voce *Sentenza di condanna*, in *Dig. disc. priv.*, 1998, vol. XVIII, 299.

¹⁹⁶ R. Proietti, *Comm. artt. 7-8, La partecipazione al procedimento amministrativo*, in a. c. di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 567-570.

¹⁹⁷ Occorre precisare questo aspetto giacché l'art. 21 octies, co. 2, l. 241/1990 e le deroghe tacite all'art. 7 (su cui cfr. Proietti, *Comm. artt. 7-8, La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 584-591) impongono di valutare la partecipazione anche sul piano della sua utilità ai fini della determinazione del contenuto del provvedimento.

¹⁹⁸ L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 717 e ss.

¹⁹⁹ Sulla partecipazione in senso difensivo v. E. Frediani, *L'applicazione "attenuata" del diritto di difesa nel quadro della tutela procedimentale*, nota a Cort. Cost., 30 maggio 2008, n. 182, in *Giur. it.*, 2009, 4, 854-855 e M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 59 e ss.

²⁰⁰ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 484-485.

²⁰¹ Così anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 470 e T.A.R. Calabria, sez. II, 9 ottobre 2015, n. 1546, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

supposti di fatto o di diritto²⁰², potrebbe segnalare, ad esempio, un errore nell'individuazione²⁰³ o nell'interpretazione del diritto applicabile o un errore di fatto, desumibili dai documenti accessibili dell'istruttoria.

Peraltro, se la partecipazione non avvenisse – come invece avviene – “al buio”²⁰⁴, cioè conoscendo uno schema di provvedimento del decisore pubblico, la partecipazione potrebbe consentire un ancor più pregnante rilievo di eventuali errori di fatto o di diritto.

Gli spazi di partecipazione dell'interessato aumentano quando la fattispecie da accertare si fa più complessa implicando valutazioni tecnico-discrezionali²⁰⁵: in questi casi l'interessato può fornire valutazioni tecniche alternative²⁰⁶. Tale partecipazione appare particolarmente rilevante alla luce dei principi del giusto procedimento²⁰⁷ e dell'effettività delle tutele²⁰⁸ se si pensa che le valutazioni tecnico-discrezionali non sono sindacabili nel merito innanzi al giudice amministrativo.

Con uno sguardo attento alla pratica si osserva²⁰⁹, più in generale, che la possibilità di partecipare dovrebbe essere assicurata all'interessato per dimostrare il carattere non antigiusdittico della *res*, per contestare la scelta di applicare una certa sanzione, per dimostrare la propria estraneità all'abuso o per consentire la presentazione della domanda di accertamento di conformità.

Passando poi ad analizzare la rilevanza della partecipazione per la definizione del contenuto dell'ordine di ripristino, sembra che la pubblica amministrazione goda di spazi di discrezionalità amministrativa al fine di determinare i tempi e le modalità più adeguati per raggiungere il risultato dell'esecuzione spontanea da parte dell'obbligato. A questo fine, è evidente la necessità della partecipazione²¹⁰ dell'interessato affinché questi possa manifestare i propri interessi indicando i tempi e le modalità d'adempimento per lui maggiormente sostenibili dal punto di vista tecnico-economico.

²⁰² E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 467.

²⁰³ T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 10/05/2017, n. 5662, *Riv. giur. edilizia* 2017, 3, I, 710. La pubblica amministrazione non aveva individuato correttamente la normativa applicabile *ratione temporis*.

²⁰⁴ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 249.

²⁰⁵ La connotazione tecnica dell'accertamento che la pubblica amministrazione deve svolgere, trova autorevole conferma nella disposizione madre dei procedimenti ripristinatori: l'art. 378, co. 1, della legge sulle opere pubbliche – allegato F alla l. 20 marzo 1865, n. 2248 – prevede che il prefetto debba sentire l'ufficio del Genio civile.

²⁰⁶ Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 1998, n. 818, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, 1190.

²⁰⁷ Secondo l'opinione maggioritaria ricavabile dall'art. 97 Cost. V. R. Proietti, *Comm. artt. 7-8, La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 567-568; M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, cit., 614-615 e M.A. Sandulli, *Sanzioni amministrative pecuniarie principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 193-194. L'A. in maniera lungimirante ritiene applicabile a tutti i procedimenti ablatori il principio del giusto procedimento.

²⁰⁸ M. D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011, 12 e ss.

²⁰⁹ G. Virga, *La partecipazione ai procedimenti sanzionatori in materia edilizia*, cit.

²¹⁰ In questo senso anche M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, cit., 843.

Se con riferimento all'accertamento della fattispecie ripristinatoria la partecipazione dell'interessato si connota in senso difensivo posto che si dibatte sull'accertamento dell'obbligo ripristinatorio in relazione alla determinazione dei contenuti dell'ordine, destinati a regolare l'esecuzione spontanea di un obbligo ormai accertato, sembra che la partecipazione assuma un significato squisitamente collaborativo volto, essenzialmente, alla più adeguata programmazione dell'esecuzione spontanea nell'interesse di entrambi i soggetti del rapporto amministrativo.

La ricostruzione qui proposta sulla rilevanza e l'utilità della partecipazione nel procedimento ripristinatorio trova conferma positiva in tutte quelle previsioni speciali che ammettono espressamente la partecipazione dell'interessato al procedimento ripristinatorio.

Si pensi all'art. 30, co. 2, del codice della strada ove si precisa che il prefetto deve sentire l'ente proprietario o concessionario prima di ordinare la demolizione del manufatto. L'art. 160, co. 2, del d.lgs. 42/2004 prevede che «qualora le opere da disporre ai sensi del comma 1 abbiano rilievo urbanistico-edilizio l'avvio del procedimento e il provvedimento finale sono comunicati anche alla città metropolitana o al comune interessati». L'utilizzo della parola «anche» sembra potersi interpretare nel senso che la comunicazione di avvio del procedimento sia fatta, secondo la disciplina generale, in primo luogo all'interessato.

L'art. 192, co. 3, del codice dell'ambiente prevede che gli accertamenti in merito all'abbandono di rifiuti debbano essere compiuti nel contraddittorio con i soggetti interessati.

L'art. 312 del codice dell'ambiente si apre con un richiamo espresso alla disciplina della partecipazione di cui all'art. 7 della l. 241/1990 e, ancora, richiede, al co. 3, che la consulenza tecnica sulle cause del danno ambientale sia posta in essere nel rispetto del principio del contraddittorio.

L'art. 27, co. 3, del codice del consumo prevede che al professionista sia comunicata l'apertura dell'istruttoria.

L'art. 14 della l. 287/1990 recante «norme per la tutela della concorrenza e del mercato» disciplina un'istruttoria incentrata sul contraddittorio orale.

Una forma di contraddittorio tecnico, prodromico all'adozione del provvedimento di distruzione della sostanza alimentare o della bevanda nociva, è previsto in merito all'analisi di campioni di bevande o sostanze alimentari ai sensi dell'art. 1, co. 3, della l. 283/1962 recante «disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande».

Se, dunque, il legislatore prevede espressamente per casi diversi, accomunati dall'essere procedimenti per l'adozione di provvedimenti ripristinatori, il riconoscimento di una partecipazione dell'interessato addirittura in senso propriamente difensivo, laddove si parla espressamente di contraddittorio, non si vedono le ragio-

ni per escludere, sul piano logico dell'*eadem ratio*, gli altri procedimenti ripristinatori, simili per tipologia di accertamenti e contenuti del provvedimento, dall'applicazione delle regole sulla partecipazione tanto più che l'art. 7 della l. 241/1990 ha ambito d'applicazione generale. Infine, occorre rammentare che una valorizzazione della partecipazione, soprattutto in forma di contraddittorio, si rende necessaria per garantire il rispetto dell'art. 6 Cedu, applicabile ai provvedimenti ripristinatori in quanto qualificabili come controversie sui diritti e doveri di carattere civile.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, l'idea, sostenuta pressoché uniformemente dalla giurisprudenza²¹¹, secondo cui il procedimento ripristinatorio – specie in ambito edilizio – avrebbe natura rigidamente vincolata, non risulta condivisibile²¹².

Sicuramente non v'è attività vincolata laddove l'accertamento del fatto implichi l'esercizio di una discrezionalità tecnica²¹³ e dove la pubblica amministrazione debba determinare, con apprezzamenti espressivi di una discrezionalità amministrativa, un congruo termine per l'adempimento dell'obbligo e le modalità d'esecuzione dell'obbligo²¹⁴. Ancora, se in alcuni casi la legge determina rigidamente il termine per l'adempimento (si pensi al termine di novanta giorni predeterminato dall'art. 31, co. 2, t.u. edilizia), non si è riscontrata in nessuna legge, oggetto d'analisi per questo studio, una predeterminazione delle modalità d'esecuzione.

In sostanza è oltremodo discutibile affermare, sulla base di un giudizio tipologico, senza procedere ad un'attenta disamina del carattere delle operazioni cognitive previste dal procedimento ripristinatorio, che i procedimenti per l'adozione di un ordine di demolizione siano interamente vincolati. Anche il procedimento per la demolizione di un manufatto costruito in assenza di un titolo abilitativo ex art. 31 t.u. edilizia – l'ipotesi con un più ampio coefficiente di vincolatezza – presenta spazi di esercizio di discrezionalità tecnica perché la pubblica amministrazione apprezzando le caratteristiche costruttive del manufatto, tenendo conto della sua

²¹¹ *Ex multis*: T.A.R. Campania (Napoli), sez. VIII, 8 ottobre 2015, n. 4717, in *Il Foro amm.*, 2015, 10, 2657 e Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13, in *Riv. giur. edilizia* 2015, 2, I, 283. *Contra*: T.A.R. Lazio, (Roma), sez. I, 27 settembre 2006, n. 9494 in *Comuni Italia* 2006, 12, 86 ove si sostiene che: «è illegittimo il provvedimento di demolizione di opere edilizie e di ripristino dello stato dei luoghi che non sia stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, qualora, in ragione di circostanze documentalmente comprovate, non risulti palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Critica quest'orientamento giurisprudenziale G. Virga, *La partecipazione ai procedimenti sanzionatori in materia edilizia*, in *Giustamm.it*, 2002, 11.

²¹² Conforta in questo senso la recente opinione di A. Porporato, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, ambiente, beni culturali e paesaggio*, cit., 107 e ss.

²¹³ Sul punto chiarissima la distinzione di F. Cintioli, voce *Discrezionalità tecnica* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, 2009, Ann. II, 473-474. L'A. precisa che dove c'è discrezionalità tecnica non v'è attività vincolata.

²¹⁴ Si ricordi che l'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv. integra, nelle forme del combinato disposto, l'ordine di ripristino previsto dalla legislazione speciale.

removibilità, secondo le regole proprie della tecnologia delle costruzioni²¹⁵, può disporre la rimozione anziché la demolizione dell'opera. Ancora, pur nel rispetto del termine perentorio di novanta giorni, la pubblica amministrazione deve, in virtù dell'art. 21 ter, co. 1, 2 cpv., l. 241/1990, che integra l'ordine di demolizione, indicare peculiari modalità d'esecuzione della prestazione demolitoria potendo determinare, ad esempio, una scansione temporale di adempimenti parziali oppure standard tecnici cui attenersi per la demolizione.

In conclusione, da un'analisi, pur incompleta, dei procedimenti ripristinatori previsti dall'ordinamento italiano²¹⁶ si evince che la supposta vincolatezza del procedimento ripristinatorio non sia affatto una caratteristica ricorrente di tale procedimento, in particolare tenendo conto del fatto che ogni provvedimento ripristinatorio deve, ai sensi dell'art. 21 ter l. 241/1990, regolare la fase di esecuzione spontanea del provvedimento indicando termini e modalità d'adempimento.

Da ciò consegue che qualora la pubblica amministrazione non abbia comunicato all'interessato l'avvio del procedimento, debba applicarsi l'art. 21 octies, co. 2, secondo capoverso l. 241/1990²¹⁷ e non l'art. 21 octies, co. 2, primo capoverso, l. cit., perché il procedimento ripristinatorio, almeno nei casi studiati, non appare vincolato²¹⁸.

Alla pubblica amministrazione deve, pertanto, richiedersi di provare in giudizio che, anche senza la comunicazione di avvio del procedimento, il contenuto dispositivo del provvedimento «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», dimostrando, dunque, che il privato non avrebbe potuto apportare nessun utile contributo partecipativo sulla base degli elementi che il privato stesso lamenta non essere stati presi in considerazione²¹⁹.

Ai fini dell'accertamento richiesto dall'art. 21 octies, co. 2, secondo capoverso, l. 241/1990, va presa, comunque, in considerazione l'eventualità che l'interessato abbia partecipato al procedimento, anche in assenza di comunicazione d'avvio, in

²¹⁵ Disciplina, afferente all'ingegneria civile e all'architettura, che studia i materiali e le tecniche necessarie per realizzare un manufatto edilizio. Differisce dalla scienza delle costruzioni che studia le condizioni necessarie per la staticità dell'edificio. G. Zanetti, voce *Edilizia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani online, 1993, consultabile presso: http://www.treccani.it/enciclopedia/edilizia_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

²¹⁶ V. i procedimenti ripristinatori previsti agli artt. 27-36 e 41 del d.p.r. 380/2001; gli artt. 160 e 167 del d.lgs. 42/2004; gli artt. 192, 244, 312-314, d.lgs. 152/2006; art. 24, r.d.l. 3267/1923; art. 23, d.lgs. 285/1992.

²¹⁷ F. Fracchia e M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, 2005, 4, 41-43 del documento pdf e T.A.R. Campania (Napoli), sez. III, 14 marzo 2007, n. 2075 con nota di F. Cardarelli e A. Leoni, *L'art. 21 octies, co. 2, e l'omessa comunicazione di avvio del procedimento*, in *Corr. merito*, 2007, 2, 957 e ss.

²¹⁸ Sulla nozione di attività vincolata nell'economia di questa norma v. R. Giovagnoli, *Comm. art. 21 octies, Vizi formali e procedurali*, in M.A. Sandulli (a c. di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1154-1155.

²¹⁹ Sull'onere probatorio dell'amministrazione v. R. Giovagnoli, *Comm. art. 21 ter, Vizi formali e procedurali*, cit., 1166-1169.

ragione del compimento di atti istruttori o cautelari²²⁰ che hanno richiesto la partecipazione dell'interessato, come un'ispezione presso una privata dimora, un prelievo di campioni o un ordine di sospensione. A questo proposito, un'interessante giurisprudenza riconosce la necessità di un contraddittorio con l'interessato e ritiene essenziale che «al privato sia data la possibilità di partecipare a quelle attività di rilevamento fattuale che preludono alla valutazione circa l'adozione dell'ordine di demolizione.»²²¹ Viene precisato, tuttavia, che «il contraddittorio sulle attività di rilevamento fattuale [comunque integrato] esclude che l'attività istruttoria dell'amministrazione si sottragga al contraddittorio con l'amministrato, potendo quest'ultimo, avvisato di fatto dell'avvio dell'iter procedimentale, utilizzare tutte le altre facoltà di accesso infraprocedimentale, di impulso istruttorio, di dialettica per iscritto, che gli consentono di tutelare la propria posizione di interesse legittimo.»²²²

8. *Possibilità di procedere ad accordi integrativi del provvedimento ripristinatorio*

Se il procedimento ripristinatorio programma l'esecuzione spontanea verso la quale si possono apprezzare situazioni d'interesse strumentali sia della pubblica amministrazione che dell'obbligato, una valutazione in termini d'efficienza e d'efficacia, spinge a esplorare la possibilità di impiegare moduli consensuali²²³, ai sensi dell'art. 11 della l. 241/1990, per il raggiungimento del risultato finale²²⁴.

In questa luce, la comunicazione di avvio del procedimento dovrebbe essere ulteriormente apprezzata ai fini di consentire al privato la presentazione di osservazioni e proposte, a norma dell'art. 10, l. 241/1990, in vista della conclusione di un accordo integrativo dell'ordine di ripristino *ex art.* 11, l. 241/1990²²⁵.

²²⁰ G. Virga, *La partecipazione ai procedimenti sanzionatori in materia edilizia*, cit. v. anche Tar Abruzzo (Pescara), 25 ottobre 2002, n. 1016., in *Giustamm.it*, 2002, 11.

²²¹ T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 13/01/2016, n. 88 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria), sez. I, 13/01/2016, n. 6 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 09/10/2015, n. 1546 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 23/02/2015, n. 316 in *Riv. giur. edilizia* 2015, 3, I, 453 secondo cui non è doverosa la comunicazione di avvio del procedimento, ma qualora il privato abbia partecipato all'istruttoria, le sue produzioni debbono essere prese in considerazione dall'autorità procedente.

²²² T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 13/01/2016, n. 88 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria), sez. I, 13/01/2016, n. 6 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 09/10/2015, n. 1546 consultabile su www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 23/02/2015, n. 316 in *Riv. giur. edilizia* 2015, 3, I, 453 secondo cui non è doverosa la comunicazione di avvio del procedimento, ma qualora il privato abbia partecipato all'istruttoria, le sue produzioni debbono essere prese in considerazione dall'autorità procedente.

²²³ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 188-189.

²²⁴ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141 e ss.

²²⁵ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 251.

L'ordinamento italiano presenta ipotesi in cui, all'interno di un procedimento ripristinatorio, viene prevista la possibilità di procedere ad accordi integrativi del provvedimento.

Il settore della riparazione del danno ambientale conosce l'opzione di giungere al ripristino del danno ambientale attraverso moduli consensuali riconducibili all'istituto dell'accordo fra pubblica amministrazione e soggetti privati²²⁶.

L'art. 314, co. 2, d.lgs. 152/2006, rubricato «contenuto dell'ordinanza», prevede che l'ordinanza ministeriale per il ripristino del danno ambientale possa fissare «un termine, anche concordato con il trasgressore in applicazione dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, per il ripristino dello stato dei luoghi a sue spese, comunque non inferiore a due mesi e non superiore a due anni, salvo ulteriore proroga da definire in considerazione dell'entità dei lavori necessari.»

Una previsione funzionalmente e formalmente analoga alla precedente è prevista in tema di «determinazione delle misure per il ripristino ambientale», ex art. 306, co. 2, d.lgs. 152/2006 secondo cui: «il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare decide quali misure di ripristino attuare, in modo da garantire, ove possibile, il conseguimento del completo ripristino ambientale, e valuta l'opportunità di addivenire ad un accordo con l'operatore interessato nel rispetto della procedura di cui all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Gli istituti consensuali previsti dagli artt. 314, co. 2 e 306, co. 2, d.lgs. 152/2006 mostrano come in un settore altamente problematico dal punto di vista tecnico²²⁷ e caratterizzato da costi di ripristino molto elevati, la scelta di concordare gli adempimenti – o alcuni aspetti degli adempimenti – col soggetto obbligato appaia una soluzione efficace ed efficiente perché consente il governo della fase di esecuzione secondo un programma di sostenibilità tecnica ed economica per il soggetto obbligato. Onde evitare conseguenze maggiormente pregiudizievoli come un'esecuzione in danno²²⁸, l'operatore mosso dall'indefettibilità del ripristino, ha interesse ad adempiere in maniera economicamente sostenibile²²⁹, diluendo nel tempo i costi di ripristino attraverso, appunto, una programmazione dell'esecuzione. Per la pubblica amministrazione, invece, il vantaggio è rappresentato essenzialmente da una riduzione del rischio da inadempimento e, quindi, da una riduzione del rischio di dover sostenere le spese per eseguire direttamente le opere di ripristino.

²²⁶ M. Antonioli, *Consensualità e tutela ambientale fra transazioni «globali» e accordi di programma*, in *Dir. amm.*, 2012, 4, 749 e ss.

²²⁷ Sulla possibilità di accordo in merito ad un potere tecnico-discrezionale, v. G. Sciuolo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 821-822 e R. Garofoli e F. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel Diritto, 2015, 1165.

²²⁸ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 837.

²²⁹ In termini di riduzione del danno che viene dal provvedimento v. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 178.

Lo strumento dell'accordo, più in generale, dovrebbe produrre gli effetti positivi che sono ad esso riconosciuti come una disciplina maggiormente stabile e precisa dei comportamenti dei soggetti coinvolti e un effetto deflattivo del contenzioso amministrativo²³⁰.

Concentrando maggiormente l'attenzione sulle ipotesi d'accordo, previste dall'art. 306, co. 2 e dall'art. 314, co. 2, d.l.gs. 152/2006, si osserva che il legislatore ha costruito queste due ipotesi come accordi integrativi del provvedimento che trovano la propria condizione d'esistenza in uno spazio di scelta riservato alla pubblica amministrazione dalla norma attributiva del potere.

Nel caso dell'art. 306, co. 2, d.l.gs. cit. il Ministro ha il potere di valutare l'opportunità di addivenire ad un accordo con l'operatore interessato sulle misure di ripristino da attuare, in modo da garantire, ove possibile, il conseguimento del completo ripristino ambientale. Si tratta, dunque, di una scelta discrezionale («valuta l'opportunità») in ordine ad una scelta tecnico-discrezionale riguardante le misure da intraprendere per raggiungere, ove possibile, il completo ripristino. L'espresso richiamo della procedura prevista dall'art. 11 della l. 241/1990 qualifica questa norma come ricognitiva – e non derogatoria – rispetto al procedimento di cui all'art. 11 l. cit. e consente di attribuire a tale previsione speciale una funzione squisitamente promozionale.

Quanto al contenuto dell'accordo, esso verte sull'individuazione delle misure di ripristino concretamente possibili per assicurare l'integrale ripristino, dunque, sul *quid* del ripristino.

L'art. 314, co. 2, d.l.gs. 152/2006, invece, si occupa espressamente dei termini per l'adempimento degli obblighi imposti con l'ordinanza.

Per restringere lo spazio di discrezionalità della pubblica amministrazione ed assicurare la controllabilità dell'adempimento dell'ordinanza a scadenze prefissate, la legge precisa che il termine non può essere inferiore a due mesi ma non deve nemmeno superare i due anni, salvo, e qui si riapre uno spazio di valutazione tecnico-discrezionale a favore della pubblica amministrazione, che, in considerazione dell'entità dei lavori necessari, non si reputi opportuno concedere una proroga.

L'accordo trova origine nella discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel fissare i tempi necessari all'adempimento dell'ordinanza: nel rispetto dei limiti di legge, la determinazione delle scadenze può essere concordata, dunque, fra pubblica amministrazione e soggetto interessato in funzione dell'entità dei lavori.

Il parametro «dell'entità dei lavori» non sembra esaurirsi in una valutazione meramente tecnica riguardante i tempi materialmente necessari per compiere certe opere, ma pare dover tener conto della gravosità dei lavori per il patrimonio

²³⁰ G. De Maio, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto virtuale dagli accenti virtuosi*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 4, 753.

del soggetto obbligato. Anche in questo caso, la norma appare ricognitiva dell'art. 11 l. 241/1990 e si limita a tipizzare, in funzione promozionale, una fattispecie in cui la possibilità di addivenire ad accordo è espressamente prevista *ex lege*.

L'art. 314, tuttavia, non specifica i comportamenti necessari per adempiere, all'ordine di ripristino, di modo che si pone la questione se l'accordo possa verte- re anche sulle modalità d'esecuzione dell'ordinanza oppure solo sul termine tem- porale. La risposta pare dover essere positiva. Come si è già osservato, nel silenzio della legge, le modalità d'adempimento dell'obbligo, devono essere determinate dalla pubblica amministrazione in virtù del potere discrezionale riconosciute dall'art. 21 *ter*, co. 1, 2 cpv, l. 241/1990. Inoltre mette conto osservare che la fis- sazione del termine ha comunque ad oggetto il periodo d'adempimento dei lavo- ri di ripristino. Pare, dunque, coerente con questi due rilievi la conclusione che l'accordo ex art. 314, co. 2, d.lgs. 152/2006 possa avere ad oggetto un program- ma temporale di adempimenti del più generale obbligo di ripristino.

Entrambe le norme in esame, come osservato, non derogano all'art. 11 della l. 241/1990 ma si limitano ad individuare *ex lege*, con funzione promozionale²³¹, le fattispecie, caratterizzate da discrezionalità amministrativa, che espressamen- te possono dare vita ad un esercizio concordato del potere, al fine di integrare la componente precettiva dell'ordine di ripristino. Visto che tali norme non deroga- no all'art. 11 della l. 241/1990 ma ne sono, piuttosto, la ricognizione calata in uno specifico settore, sembra possibile ritenere che, qualora si presentino le stesse cir- costanze poste a fondamento delle fattispecie previste dagli artt. 306, co. 2 e 314, co. 2, d.lgs. 152/2006 e cioè vi sia l'esercizio almeno di un potere discrezionale per la determinazione dell'obbligo, del termine o delle modalità d'adempimento dell'obbligo, ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 11, l. 241/1990²³².

In conclusione, la vicenda degli accordi nei provvedimenti di ripristino ambientale²³³ induce a ritenere che l'accordo fra pubblica amministrazione e pri- vato si ponga come strumento giuridico generale per l'integrazione del provve- dimento ripristinatorio laddove residuino in capo all'amministrazione spazi di discrezionalità, anche tecnica²³⁴, per la definizione dei contenuti dell'ordine pre- paratorio dell'esecuzione.

Fino a questo punto, si è trattato dell'accordo relativo alla determinazione dei contenuti precettivi dell'ordine di ripristino che guardano all'esecuzione spon- tanea. Si pone, però, la questione, se possano aversi accordi integrativi del provve-

²³¹ G. Sciullo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, cit., 810. Nota è la scarsa pro- pensione delle pubbliche amministrazioni italiane ad amministrare per accordi.

²³² N. Bassi, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, *Comm. art. 11*, in a cura di M.A. San- dulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 563.

²³³ Sul carattere di "diritto-sonda" del diritto ambientale v. R. Ferrara, *Introduzione al diritto ammi- nistrativo*, Roma-Bari, 2014, 262 e ss.

²³⁴ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, 332.

dimento anche con riguardo all'accertamento dello stato di fatto non conforme a diritto cioè della fattispecie attributiva del potere di ripristino almeno laddove per l'accertamento della fattispecie si faccia esercizio di una discrezionalità tecnica. La risposta al problema pare dover essere negativa se, come osserva attenta dottrina, «la discrezionalità che può essere oggetto degli accordi è quella mediante la quale si determina il contenuto del “provvedimento finale”, non invece, quando ve ne sia, quella collegata alla valutazione dei presupposti del potere di decisione»²³⁵.

9. *Conclusioni: il provvedimento ripristinatorio come strumento di gestione partecipata dell'abuso*

In un recente saggio²³⁶ veniva criticata l'idoneità dei procedimenti ripristinatori a soddisfare direttamente l'interesse pubblico leso in quanto si tratterebbe di strumenti eccessivamente rigidi perché troppo vicini al modello sanzionatorio. Si proponeva, dunque, di utilizzare tecniche diverse meno «radicali e rozze» di «gestione dell'abuso»²³⁷.

L'abbandono dello strumento ripristinatorio, tuttavia, non è una politica del diritto perseguita né dal legislatore italiano né da quello europeo²³⁸. Anzi proprio la produzione legislativa degli ultimi anni in materia ambientale sembra proporre gli strumenti ripristinatori più raffinati.

I procedimenti di ripristino ambientale confermano l'esigenza della vincolatezza nell'*an* del ripristino (cfr. considerando 16 della direttiva 2004/35/CE) ma il legislatore europeo apre significativamente sul fronte della discrezionalità (cfr. considerando 24 della direttiva 2004/35/CE) nel *quid* e nel *quomodo* del provvedimento. Sul piano del diritto interno, in maniera lungimirante, il legislatore italiano ha previsto la possibilità di utilizzare moduli consensuali per l'esecuzione del provvedimento di ripristino.

Nel complesso, il legislatore europeo e quello italiano sembrano riporre fiducia in uno strumento ripristinatorio inteso quale misura esecutiva di chiusura di più complesse operazioni rimediali²³⁹.

Sicuramente, in certi settori, v'è stato un irrigidimento dei procedimenti ripristinatori ed un'assimilazione culturale degli stessi al modello sanzionato-

²³⁵ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014, 446.

²³⁶ G.D. Comporti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, cit., 464 e ss.

²³⁷ G.D. Comporti, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, cit., 473-474.

²³⁸ Direttiva 2004/35/ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

²³⁹ G.D. Comporti, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, cit., 117 e ss.

rio²⁴⁰. Sul piano della politica del diritto, appare infatti controproducente privare la pubblica amministrazione degli spazi di discrezionalità necessari per garantire un efficace raggiungimento del risultato materiale adeguato alle circostanze concrete se, appunto, l'obiettivo del provvedimento ripristinatorio è proprio quello di raggiungere il risultato materiale prefigurato dalla legge²⁴¹. Una predeterminazione troppo specifica del contenuto prescrittivo del provvedimento di ripristino corre, in questo senso, il rischio di non consentire l'adeguamento dell'ordine alle particolarità del caso concreto²⁴². A ciò fa da contraltare, tuttavia, l'osservazione secondo cui quando la legge effettivamente fornisce interessanti spazi di discrezionalità, come accade con riguardo alla fissazione dei termini e delle modalità d'adempimento ex art. 21 ter, l. 241/1990, la prassi amministrativa tende a ritrarsi, non facendo efficace uso di tali margini di discrezionalità.

Con questo scritto, si è cercato di comprendere se e come fosse possibile correggere, a diritto invariato, le "rigidità" del procedimento ripristinatorio per renderlo idoneo all'effettivo perseguimento del risultato materiale di pubblico interesse.

La risposta che si è cercato di dare a questo problema propone una netta separazione concettuale dell'ordine di ripristino dal modello sanzionatorio, la valorizzazione degli spazi di discrezionalità dell'amministrazione, la valorizzazione dell'apporto partecipativo del soggetto interessato in vista dell'esecuzione spontanea e l'apertura verso moduli consensuali d'esecuzione dell'obbligo ripristinatorio. In questo contesto, si può scorgere una linea evolutiva di arricchimento delle funzioni dell'istituto della partecipazione all'interno del procedimento ripristinatorio. Oltre al ruolo difensivo svolto, soprattutto, con riguardo all'accertamento dei presupposti dell'ordine, la partecipazione è chiamata a coinvolgere e responsabilizzare l'interessato in vista dell'esecuzione spontanea, con un probabile miglioramento dell'effettività del provvedimento ripristinatorio²⁴³.

²⁴⁰ Si pensi all'evoluzione delle misure ripristinatorie in materia urbanistico-edilizia: dall'art. 32, l. 1150/1942 sino al sistema tipizzato degli artt. 27-36 del d.p.r. 380/2001. Sul piano dogmatico e giurisprudenziale si pensi, invece, all'elaborazione della categoria delle "sanzioni ripristinatorie".

²⁴¹ G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 141.

²⁴² Il caso classico è rappresentato dall'ordine di demolizione di un edificio costruito in aderenza ad altro edificio legittimo.

²⁴³ Sul ruolo della partecipazione ai fini della garanzia dell'effettività della decisione amministrativa v. N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, cit.

La logica dei provvedimenti ripristinatori

Il saggio si interroga sulla qualificazione giuridica dei provvedimenti ripristinatori. La conclusione è che i provvedimenti ripristinatori, nonostante le differenti anime sostanziali, siano accomunati sul piano procedimentale e funzionale. Il provvedimento ripristinatorio, infatti, si qualifica come strumento giuridico per raggiungere il risultato dell'esecuzione spontanea dell'obbligo ripristinatorio. Nell'ottica di rendere possibile tale adempimento spontaneo, assume sicuro interesse la cooperazione fra pubblica amministrazione ed obbligato: si rende, pertanto, necessaria la partecipazione dell'interessato all'interno del procedimento ripristinatorio e si apre la possibilità di accedere a moduli consensuali per il governo della fase esecutiva.

The logic behind restorative measures

The essay questions the legal classification of the restorative measures. The conclusion is that restorative measures, despite the substantially different schools of thought, are united on a procedural and functional level. The restorative measure, in fact, qualifies as a legal instrument to achieve the spontaneous execution of the restorative obligation. In order to make such a spontaneous fulfilment possible, cooperation between the public administration and the obliged party is of great interest: it is therefore necessary to involve the interested party in the restorative procedure, opening up the possibility of accessing consensus modules for the governance of the executive phase.

Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale

Vinicio Brigante

SOMMARIO: 1. Teorie sulla genesi dei fenomeni corruttivi e delimitazione del tema. – 2. Norme anticorruzione e codificazione a diritto costante: alla ricerca di un difficile equilibrio. – 2.1. Un nemico fin troppo noto: la discrezionalità nell'impianto della legge Merloni e del Codice del 2006. – 2.2. Il Codice del 2016 e le misure di contrasto "fuori dalle gare". – 3. Discrezionalità multilivello: una soluzione di matrice procedimentale. – 3.1. La discrezionalità strumentale come potere a geometria variabile. – 3.2. Equità ed etica amministrativa: la necessità di pervenire a una discrezionalità responsabile. – 4. Sintesi dei risultati raggiunti e conclusioni.

1. *Teorie sulla genesi dei fenomeni corruttivi e delimitazione del tema*

Il presente lavoro si propone l'obiettivo di analizzare il tema della corruzione in relazione ai contratti pubblici, attraverso una ricognizione, in chiave storica e sistematica, delle soluzioni predisposte per tale disfunzione dal legislatore.

L'intero impianto argomentativo convoglia sulla necessità di valorizzare lo spazio discrezionale delle amministrazioni – e delle stazioni appaltanti nello specifico – a fronte di un continuo ostracismo nei confronti di una componente che deve essere elevata a valore dell'agire pubblico e che, al contrario, le riforme hanno indicato quale principale concausa della corruzione¹.

Per tali ragioni, l'analisi non verte sulle c.d. misure di contrasto eteroimposte, che non incidono direttamente sul processo di scelta amministrativa – quali

¹ Si v. le considerazioni di A. Barone, *La prevenzione della corruzione nella "governance" del territorio*, in questa *Rivista*, 2018, 571, «una lettura storica della corruzione nell'amministrazione italiana induce a rifiutare quelle tesi che esauriscono la lotta al fenomeno corruttivo esclusivamente sul fronte della repressione criminale e del correlato fondamentale intervento del potere giurisdizionale».

trasparenza o moduli organizzativi anticorruzione – ma intende individuare i correttivi per un miglioramento generale del processo di manifestazione di volontà pubblica e delle relative scelte ad essa sottese.

Ipotizzare di illustrare la storia della corruzione amministrativa è compito arduo, proprio perché la stessa si nasconde, si cela, ma è alquanto ciclica e ripetitiva, in Italia come in altri Paesi².

La frammentarietà del concetto di corruzione costituisce notazione comune nella letteratura giuridica, poiché rappresenta una nozione multilivello che «oscilla tra dimensione legale, etica ed economica»³.

I tentativi di ricostruire i percorsi dei fenomeni corruttivi incontrano ostacoli insormontabili, che rendono, se non impossibile, quantomeno problematica la maturazione di un'approfondita conoscenza della corruzione e delle relative cause. Gli sforzi diretti a cercare di tracciare le tappe fondamentali di quello che è stato definito un «tessuto articolato di degenerazione morale»⁴, condividono la stessa frustrazione saggiata dal viaggiatore costretto a orientarsi senza punti cardinali.

Per tali ragioni, è stato sostenuto che «potrebbe risultare ozioso avventurarsi sul rischioso terreno dei paralleli e delle divergenze storiche, per valutare come e quanto la corruzione si sia aggravata negli ultimi tempi»⁵.

Sul tema in argomento si registrano studi e analisi accurate, ma sono pressoché assenti indagini di lungo periodo⁶, proprio perché gli storici lavorano con «qualcosa di imprevedibile»⁷.

Nella cospicua produzione letteraria sul tema, soprattutto in chiave storica, sono stati anche analizzati gli aspetti positivi della corruzione, definiti le funzioni latenti del fenomeno, consistenti nella compensazione dell'insufficienza dei salari e, più in generale, da rintracciare nel riequilibrio dei poteri dello Stato⁸. Tuttavia sono

² S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. Melis (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999, 183; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, 16.

³ G. Fidone, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 753.

⁴ La definizione è di G. Melis, pronunciata durante la lezione tenuta presso l'Università di Roma 'La Sapienza', il 25 febbraio 2017 e in seguito riprodotta in G. Melis, *La lunga storia della corruzione italiana*, in *Nuova Etica Pubblica*, 2017.

⁵ E. Narducci, *Processi politici nella Roma antica*, Bari, 1988, 88; D. Della Porta, A. Vannucci, *Mani impuniti. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007, «le difficoltà metodologiche derivanti dalla natura delle relazioni e dei processi di influenza ostacolano gli studi empirici e indirizzano gli analisti verso aspetti più evidenti, e ipotesi meglio controllabili».

⁶ Per una ricostruzione storica del fenomeno, cfr. J.T. Noonan, *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Milano, 1987; J. Tulard, G. Thullier, *Administration et corruption*, in *Revue Administrative*, 1993; C.A. Brioschi, *Breve storia della corruzione*, Milano, 2010.

⁷ S. Cassese, *Ipotesi sulla storia*, cit., 185, «in sede di predisposizione di misure correttive per i fenomeni corruttivi, nei *Principi di diritto amministrativo* di V.E. Orlando, è a lungo discussa come un'alternativa reale la soluzione inglese del personale pubblico volontario e gratuito».

⁸ Sul tema, in senso ampio, cfr. J.C. Waquet, *La corruzione. Morale e potere a Firenze nel XVII e XVIII secolo*, Milano, 1986.

– pressoché unanimemente – abbandonate le teorie che rintracciano nella corruzione un possibile elemento di efficienza, capace di migliorare il funzionamento dei meccanismi burocratici⁹.

Come rilevato, riguardo al primo caso manifesto di corruzione che abbia interessato l'Italia liberale¹⁰, la conseguenza più dannosa si registra quando l'accertata esistenza dei fenomeni corruttivi è fatalisticamente accettata quale ineliminabile elemento del complesso istituzionale, invece di indurre le stesse istituzioni a predisporre i rimedi necessari.

Le difficoltà riscontrate nel tracciare in maniera organica la storia dei fenomeni corruttivi in Italia sono dovute a diversi fattori.

In primo luogo, si registra una sistematica penuria di fonti articolate e affidabili, che si rivelano del tutto mancanti o solo frammentariamente disponibili. Sono presenti pregevoli studi di sintesi¹¹, ma sono limitati agli episodi sottoposti a inchieste giudiziarie e parlamentari e non svelano l'essenza strutturale del fenomeno. La ricerca è ostacolata dal reperimento delle fonti, poiché «la corruzione è un mercato occulto, un fiume carsico che appare e scompare, del quale è difficile seguire il corso»¹².

In secondo luogo, la mutevolezza di vesti con le quali la corruzione si manifesta rende complicata la delimitazione del tema e favorisce il «relativismo delle valutazioni»¹³.

Le singole teorie sulla natura della corruzione sono sintetizzate in tre modelli autonomi, che rinvergono i rispettivi centri gravitazionali nella legalità, negli interessi collettivi e nell'opinione pubblica. Tra le tre prospettive, quella basata

⁹ Cfr. R. Williams, *Explaining corruption*, Cheltenham, 2000; M. Arnone, L. Borlini, *Corruption. Economic analysis and international Law*, Cheltenham, 2014. Sui presunti aspetti positivi legati al fenomeno della corruzione, cfr. G. Koenig, *Les discretès de la corruption*, Parigi, 2009. Tuttavia, è opportuno richiamare la teoria di R. Klitgaard, *Controlling corruption*, Boston, 1988, che pone in relazione i costi della corruzione e i costi della lotta alla corruzione, individuando il livello ottimale di corruzione (*optimal amount of corruption*) da conservare, per un beneficio nella spesa complessiva.

¹⁰ Si fa riferimento allo scandalo che coinvolse la Banca Romana nel 1893. Sul tema si rinvia a B. Croce, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari, 1959.

¹¹ Per tutti, cfr. F. Cazzola, *Della corruzione: fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988.

¹² E. Guastapane, *Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, in G. Melis (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999, 20.

¹³ E.E. Cociolo, *Corruzione, etica amministrativa e "autoregolazione regolata" dei pubblici poteri*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 174, «le diverse prospettive di analisi e l'utilizzo del vocabolo corruzione in contesti differenti hanno spinto a mettere in dubbio la stessa possibilità di una definizione universale di corruzione. Il dibattito vede contrapporsi i relativisti che pongono l'enfasi sugli aspetti micro-culturali e quanti, invece, propugnano per un modello etico ancorato ai diritti fondamentali». In una prospettiva economica, A.O. Hirschman, *Felicità pubblica e felicità privata*, Bologna, 1983, rileva che «l'incidenza effettiva delle condotte di corruzione dipende da quanti tra gli individui aventi accesso alle opportunità di corruzione, risultano inclini o avversi ad essa. La quota di questi individui tende a fluttuare in relazione a ciò che si definisce moralità pubblica».

sulla violazione della legalità – intesa quale tradimento¹⁴ della funzione pubblica, non necessariamente con rilevanza penale – appare preferibile¹⁵.

La trasmigrazione del tema su un piano etico, e non puramente giuridico, consente di apprezzare il valore collettivo del fenomeno¹⁶ e di trascurare i comportamenti contrari alla sola etica personale. In tal senso, la corruzione pubblica è il prodotto di una «antietica» o «etica inversa»¹⁷, è la «morte della moralità pubblica»¹⁸.

In via preliminare, appare opportuno operare alcune premesse metodologiche e delimitare il campo d'indagine rispetto a un tema sul quale si registra una letteratura ampia ed accreditata¹⁹.

Il carattere polisemico del fenomeno corruttivo non ha ostacolato i tentativi di definizione o classificazione; l'analisi svolta non si focalizza solo sulla corruzione penale, definita anche «nera», ma indaga quella che autorevole dottrina qualifica come corruzione «grigia»²⁰, declinata «nell'indifferenza all'efficienza, nella

¹⁴ La nozione di tradimento risale a una sentenza emessa dalla *Segunda Sala del Tribunal Supremo* spagnolo, il 20 settembre 1990, secondo cui «la corruzione costituisce un tradimento dei doveri di lealtà, probità e fedeltà inerenti alla funzione pubblica».

¹⁵ Cfr. M. Johnston, *Political corruption in America*, Belmont, 1982.

¹⁶ Sul tema, in senso ampio, cfr. H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Torino, 1998.

¹⁷ M. Borgi, *Droits de l'homme: fondement universel pour une loi anticorruption; le case de la Suisse*, in B.M. Borgi, P. Meyer-Bisch (a cura di), *La corruption. L'envers de droits de l'homme*, Friburgo, 1995, 4, l'etica inversa consiste nella violazione di norme etiche protette giuridicamente.

¹⁸ S. Rodotà, *Elogio del moralismo*, Roma-Bari, 2011, 32, citato da P. Piras, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb app.*, 2015, 130.

¹⁹ Senza alcuna pretesa di esaustività, in tema di corruzione e contratti pubblici, cfr. N. Fiorino, E. Galli, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013; A. Police, *New instruments of control over public corruption: the italian reform to restore transparency and accountability*, in questa *Rivista*, 2015, 189 ss.; B.G. Mattarella, *The Italian efforts on anti-corruption*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: balancing corruption concerns in public procurement internationally*, Bruxelles, 2014; A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; A. Barone, *Territorio e politiche anticorruzione*, in F.G. Scoca, A. Di Sciascio (a cura di), *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, Napoli, 2016, 113 ss.; G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi.it*, 2015; F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione. Una sfida impossibile?*, in *Federalismi.it*, 2015; F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2014; G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325 ss.; G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. app.*, 2015, 749 ss.; A.M. Nico, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *www.costituzionalismo.it*, 2016. Per un approccio economico al tema, cfr. R. Coppier, *Corruzione e crescita economica. Teorie ed evidenze di una relazione complessa*, Roma, 2005. Per un approccio sistematico, cfr. F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2013. Sulla «privatizzazione» della funzione preventiva, si v. G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *www.rivistaaic.it*, 2015. Sul versante penalistico, ci si limita a rinviare ai saggi di M.C. Ubiali, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018 e G. Pignatone, *Le nuove fattispecie corruttive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018.

²⁰ B.G. Mattarella, *Le regole*, cit., 17, «la lotta contro la corruzione non può essere condotta con misure di breve periodo e limitate nel tempo, ma deve essere durevole: è una guerra contro un nemico che non si può eliminare definitivamente, ma si può contenere».

resistenza al cambiamento»²¹, nel tradimento dell'etica pubblica e della funzione amministrativa²².

Accanto al concetto penalistico di corruzione, legato indissolubilmente al reato in senso stretto, il linguaggio giuridico ha forgiato una nozione più ampia, che fa riferimento a varie forme di malcostume e di distrazione della funzione pubblica per fini privati, da ricondurre – anche in tema di predisposizione di misure correttive – all'ambito del diritto amministrativo²³. Tuttavia, anche tale distinzione risulta insufficiente per descrivere dettagliatamente la multiformità del fenomeno nel suo complesso.

La corruzione nell'ordinamento italiano assume i caratteri di un «fenomeno politico-amministrativo sistemico»²⁴, che si sostanzia nel condizionamento improprio delle decisioni pubbliche²⁵. L'espressione «improprio»²⁶ rende chiara l'anticipazione di tutela connaturata alla nozione di corruzione amministrativa, che non solo non richiede la commissione di fattispecie penalmente rilevanti, ma non richiede nemmeno l'illegittimità della condotta in senso ampio.

A tal proposito, è stata prospettata una distinzione tra corruzione complessa e semplice, che compongono idealmente una piramide²⁷. La prima coincide con la componente politica del fenomeno, mentre la seconda involge il tema delle decisioni amministrative²⁸.

²¹ Cfr. S. Cassese, «*Maladministration*» e rimedi, in *Foro it.*, V, 1992, 243, un dato, divenuto ormai una presenza costante negli ordinamenti maggiormente corrotti, è la «sovraabbondanza delle norme, che non limita le pubbliche amministrazioni, ma, al contrario, amplia la loro discrezionalità».

²² M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 384, «Esiste un altro tipo di corruzione che riguarda profili oggettivi: è la degenerazione del sistema istituzionale e amministrativo in sé; in altri termini la corruzione intesa come disfacimento delle regole».

²³ Cfr. AA.VV., *La corruzione amministrativa*, a cura di F. Merloni, L. Vandelli, Firenze, 2010; l'importanza dell'approccio non puramente repressivo, tipico del sistema penale, è stato sottolineato dalla Commissione presieduta da S. Cassese nel 1996, il cui rapporto è pubblicato in *Lotta alla corruzione*, Bari, 1998.

²⁴ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 346.

²⁵ A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 291, «le regole della corruzione si adattano plasticamente al cambiamento delle regole formali, che così incidono solo superficialmente sulla realtà del fenomeno. Se c'è l'aspettativa diffusa, la convinzione radicata che nel sistema degli appalti il ricorso alla corruzione sia modello di condotta generalizzato e vincente, allora queste regole – e non le norme di diritto amministrativo e penale – diventano la reale bussola cognitiva che indirizza inesorabilmente le scelte di tutti i soggetti coinvolti verso l'esito atteso e desiderato: la spartizione della rendita attraverso lo scambio corrotto».

²⁶ Cfr. ANAC, Determinazione 28 ottobre 2015, n. 12, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, la corruzione amministrativa consiste nella distrazione degli interessi generali a causa del condizionamento improprio da parte di soggetti titolari di interessi privati. È necessario che vi sia un pregiudizio nell'affidamento dei cittadini nell'imparzialità dell'amministrazione.

²⁷ Cfr. E.U. Savona, L. Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, Roma, 1998, 28, accanto a queste declinazioni del concetto di corruzione, è opportuno rilevare l'esistenza della corruzione rovesciata che riguarda il settore del voto di scambio.

²⁸ La tematica intercetta quella della distinzione tra grande e piccola corruzione, per la cui analisi si rinvia a L. Scomparin, *Corruzione e infiltrazione criminale negli appalti pubblici*, Torino, 2017.

Nel settore degli appalti pubblici, nel quale la corruzione si è ramificata e si sono consolidati meccanismi corruttivi efficaci e sofisticati, i due piani tendono a sovrapporsi, poiché si verifica una saldatura tra gli interessi del polo politico e di quello economico.

La polisemia si sostanzia in una variabilità sostanziale e formale, e il concetto stesso di corruzione tende a frazionarsi. In questa sede l'indagine si sofferma su quella che è definita, nell'ambito di una tripartizione²⁹, «la cattiva pratica relativa alla domanda e all'offerta dello scambio corrotto».

La corruzione che si annida nelle varie fasi delle procedure di appalto cessa di riferirsi alla sfera individuale del reo, a quella che è definita l'autonomia morale del soggetto e transita in una declinazione diversa, ossia in un fenomeno di natura collettiva con una proiezione parimenti collettiva.

Le distorsioni corruttive possono svilupparsi nei due rapporti di agenzia che caratterizzano i contratti pubblici, e non necessariamente in maniera alternativa. Il riferimento è al rapporto tra l'amministrazione e il fornitore e alla relazione interna, tra la stazione appaltante e il dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara³⁰.

La stazione appaltante, secondo tale impostazione, risulta essere il contraente debole del rapporto, qualora sia vittima di «interferenze indebite di interessi individuali».

In questa sede, è opportuno richiamare la prospettiva elaborata dalle scienze sociali, che identifica la corruzione in «*the abuse of entrusted power for private gain*» («l'abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale»)³¹.

²⁹ Cfr. J.F. Malem Seña, *El fenómeno de la corrupción*, in F. Laporta, S. Alvarez (a cura di), *La corrupción política*, Madrid, 1997, l'Autore, sulle orme di A. Heidenheimer, *Perspectives on the perception of corruption*, in R. Eisenstadt (a cura di), *Before Watergate: problems of corruption in American society*, New York, 1978, riunisce le definizioni di corruzione in tre grandi gruppi. Il primo gruppo opera un rinvio ai doveri del funzionario e alla peculiarità della funzione pubblica, il secondo all'attività contrattuale e il terzo ha come collante l'interesse pubblico. Per altra ricostruzione, la triplice prospettiva si riferisce ai contenuti della modernità, del sistema normativo vigente e della moralità. In tal senso, cfr. E. Garzón Valdés, *Acerca de la tesis de la separación entre Moral y Política*, in *Derecho, ética y política*, 1993, 26 ss.

³⁰ Cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 83 ss., «i contratti pubblici presentano almeno due problemi di agenzia. Il primo si riferisce ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara». In quest'ultimo rapporto, gli interessi del funzionario preposto al servizio acquisti o alla singola procedura di gara possono divergere da quelli dell'amministrazione di appartenenza. Nello specifico, per ciò che riguarda i profili corruttivi indagati in tale sede, «il pubblico agente può avere un interesse a mantenere buoni rapporti con alcune imprese partecipanti, può essere sensibile a pressioni dei vertici politici dai quali dipende la sua progressione di carriera, può essere tentato a estorcere o accettare compensi o altri vantaggi impropri»; sul tema, da ultimo, appaiono particolarmente interessanti le considerazioni svolte da A. Barone, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018, 3 ss., sul rischio di corruzione che si annida nei moduli di sussidiarietà orizzontale in relazione alla sproporzione esistente tra l'apporto del cd. privato forte e del cd. privato debole nella fase della programmazione e della progettazione.

³¹ La definizione di J. Pope, *Confronting corruption: The elements of a national Integrity System*, s.l., 2000 è richiamata da G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 326. Per altro verso, Y. Mény, *La corruption*

Per altro verso, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, stipulata a Merida nel 2003, ha adottato il concetto di *trading in influence*, che racchiude diversi reati, al fine di coniugare le diverse sensibilità degli Stati rispetto a un tema così rilevante.

Tuttavia, con riferimento al tema dei contratti pubblici, la declinazione del fenomeno patologico-corruttivo da impiegare è «*payments to exercise discretionary powers in favor of bribers*»³², che involge, in senso ampio, la tematica della discrezionalità, nella doppia – e contrapposta – accezione di possibile strumento di distorsione e di eventuale soluzione procedimentale alle derive corruttive del mercato³³.

La corruzione è «pulviscolare e come tale imponderabile e impercettibile»³⁴, e ciò è valido in misura maggiore in tema di commesse pubbliche, perché non esiste un indice affidabile e sufficientemente oggettivo, tale da poter fornire un quadro chiaro; «è un fenomeno duttile e polimorfico, che mostra una sorprendente capacità di adattamento a contesti regolativi differenti»³⁵. In altri termini, non esistono flussi di dati talmente indicativi da poter fornire un quadro oggettivo del livello di corruzione³⁶.

I dati sulla corruzione vivono di un'approssimazione genetica dalla quale non possono essere affrancati, e con la quale si deve convivere, anche in sede di predisposizione delle misure correttive al fenomeno³⁷. Tuttavia, se non si conosce l'entità della malattia, non si può prescrivere una cura adeguata.

Inoltre, è da rilevare che neanche i dati relativi alla c.d. corruzione percepita, forniti annualmente da *Transparency International*, risultano affidabili per tracciare un quadro chiaro, poiché sono ontologicamente soggetti a rapidi cam-

de la République, Parigi, 1992, nella sua analisi fenomenologica della corruzione, prospetta quattro modelli. Tra questi, quello che viene in rilievo è la corruzione diretta all'ottenimento di una concessione o all'aggiudicazione di un appalto pubblico; questa specifica declinazione del fenomeno è uno degli indicatori più affidabili per cercare di determinare – quantomeno in via approssimativa – il livello di corruzione di un ordinamento.

³² La definizione di S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, 1999, richiamata da F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 178.

³³ I tratti essenziali e minimi che integrano la sfumatura di corruzione investigata in questa sede sono il potere affidato, il soggetto titolare del potere, un esercizio improprio e deviato del potere e un vantaggio privato conseguito. Sul tema, cfr. G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 326; G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 28 ss.

³⁴ Le definizioni sono di F. Pinto e R. Cantone, pronunciate durante il corso di aggiornamento 'Rifondare la cronaca nera, in particolare quella giudiziaria, distinguendo tra deontologia, interesse pubblico e gossip', svoltosi presso l'Auditorium RAI di Napoli, il 16 dicembre 2016. Cfr. F. Pinto, *I ladri amano il buio*, in *www.lexitalia.it*, 2016.

³⁵ A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit., 271, la corruzione riconfigura «i propri reticoli di scambi e connivenze in relazione alle diverse strutture di incentivi istituzionali che si manifestano».

³⁶ Sul tema, cfr. R. Cifarelli, *Corruzione "amministrativa" e controlli: spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 2013.

³⁷ Cfr. Alto Commissario Anticorruzione, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, in *www.irpa.eu*, 3: «il livello della corruzione denunciata e giudizialmente accertata è un indicatore molto parziale, e per certi versi fuorviante, rispetto all'effettiva situazione di un ordinamento».

biamenti, non supportati da ragioni di carattere oggettivo, o comunque oggettivamente apprezzabili, e sono destinati a subire il condizionamento di fattori esogeni, quale il condizionamento legato a determinati eventi di cronaca. I dati sulla corruzione percepita hanno una limitata rilevanza con riguardo all'effettività delle misure di contrasto, anche se «siamo su un terreno in cui la percezione conta, perché ispira i comportamenti e diventa realtà futura»³⁸.

Come rilevato, sarebbe opportuno disporre di «dati meno impressionistici sugli snodi e sui luoghi in cui si sviluppa la corruzione»³⁹.

A tale indeterminatezza congenita del fenomeno, si aggiunga il dato della scarsa propensione a denunciare, e di conseguenza a far emergere, le condotte che integrano eventi corruttivi da parte degli agenti pubblici⁴⁰.

Gli interventi di tipo correttivo possono essere predisposti solo attraverso una capillare analisi delle aree maggiormente esposte, da operare attraverso una mappatura dei possibili rischi che mettono in pericolo il regolare svolgimento di gare pubbliche. La conoscenza approfondita del fenomeno nel suo dispiegarsi risulta essenziale per poter adeguare gli strumenti dell'ordinamento, preventivi e repressivi, alle emergenti – e non sempre individuabili – nuove forme di corruzione.

«I valori del barometro della corruzione»⁴¹ in materia di affidamento di contratti pubblici sono caratterizzati da un ampio margine d'imprecisione, dovuto anche al condivisibile apprezzamento in base al quale nessuna fase della contrattazione pubblica è estranea al verificarsi di eventi corruttivi⁴² e risulta pressoché impossibile monitorare ogni momento procedimentale.

La tematica della distorsione del mercato dovuta alla corruzione coinvolge direttamente gli influssi del fenomeno in esame sul valore della concorrenza⁴³.

³⁸ F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione*, cit., 2, «la percezione diffusa e l'assuefazione all'illegalità possono condurre a vanificare le politiche pubbliche di settore. I costi sociali e sistemici sono di due tipi e, proprio per il loro carattere strutturale, sono anche più gravi di quelli meramente economici». Anche le conclusioni del richiamato Consiglio Giustizia e Affari interni dell'Unione Europea ammoniscono sul «*detrimental impact of corruption on values of democracy and rule of law principles*».

³⁹ Intervista a S. Cassese, su *Il Foglio*, pubblicata il 24 gennaio 2017.

⁴⁰ Cfr. G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in G. Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano 2003, 85 ss.

⁴¹ P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in questa *Rivista*, 2015, 36.

⁴² Le pratiche corruttive più diffuse nelle gare d'appalto si sostanziano in capitoli su misura per favorire determinate imprese, in abuso delle procedure negoziate in conflitti di interesse nella valutazione delle offerte, in abusi di modifiche dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto. Cfr. G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 327. Sul tema si rinvia anche a Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012.

⁴³ Per altro verso, F. Di Cristina, *La corruzione*, cit., 225, «lo sviluppo di forme di concorrenza per il mercato degli appalti, utili a ridurre il grado di concentrazione e la possibile collusione tra imprese, è uno dei cardini degli interventi sistemici che le istituzioni e gli organismi internazionali considerano basilari per preveni-

Tuttavia, è opportuno premettere che le esigenze sottese all'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», richiamata dall'articolo 3.3 del TUE, da un lato, e quelle legate a un'ottimale assegnazione delle commesse pubbliche, dall'altro, non possono che essere composte e sintetizzate dalla legislazione in materia di contratti pubblici, cui spetta un compito indubbiamente arduo.

Il principio di concorrenza tende a scomporsi, come le norme che incidono su di esso, che alternativamente, possono riguardare la conformazione dei mercati o i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, ossia il tema approfondito in quest'analisi⁴⁴.

Sul punto, si ritiene di condividere la tesi di chi autorevolmente sostiene di rintracciare il rilievo costituzionale della concorrenza nel diritto europeo⁴⁵, e nello specifico nelle norme di principio⁴⁶. Secondo tale lettura, la pedissequa ricerca di un fondamento costituzionale della concorrenza appartiene a un dibattito arretrato e, per certi versi, stantio. Deve essere spostato il fuoco della ricerca e trasposto verso le norme di principio sovranazionali, le quali, al pari delle corrispondenti norme costituzionali di principio, assolvono la tradizionale funzione di orientare legislatore e interpreti.

Accogliendo questa impostazione, è possibile estendere anche la nozione di violazione del principio di concorrenza e anticipare la soglia di tutela rispetto

re e combattere la corruzione. La necessità di un ruolo rafforzato dei regolatori nazionali appare, in tale contesto, necessario». Per altro verso, sul ruolo delle linee guida ANAC in relazione agli illeciti anticoncorrenziali perpetrati nel ciclo dei contratti pubblici, cfr. R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi.it*, 2017. Sul profilo della gestione d'impresa, cfr. F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in questa *Rivista*, 2017, 137 ss.

⁴⁴ Tale distinzione è operata da F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 26.

⁴⁵ F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 176 ss., «l'idea che il diritto europeo sia portatore di un principio di concorrenza e che da questo principio derivino conseguenze che investono l'intero sistema economico degli Stati membri è diffusa e data quasi per scontata».

⁴⁶ Cfr. B. Caravita di Toritto, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2017, le norme di principio hanno la stessa struttura, tanto nella Costituzionale quanto nei Trattati. L'articolo 3.3 TUE ha lo stesso valore e significato dell'articolo 2 della Costituzione. Il fondamento costituzionale – in senso sostanziale e ampio – deve essere rintracciato pertanto nella ricerca di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva. Considerata l'impossibilità oggettiva di richiamare tutte le fonti sul tema, ci si limiterà a quelle che hanno influenzato maggiormente la trattazione. A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti LXI Convegno Varenna*, Milano, 2016, 297 ss.; S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1132 ss.; G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1138 ss.; M. D'Alberty, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 71 ss.; M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 737 ss.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008.

a comportamenti connotati da corruzione e come tali lesivi delle dinamiche del libero mercato.

In altri termini, la distorsione corruttiva nell'affidamento degli appalti pubblici non può mai essere sussunta nel novero delle «imperfezioni del mercato non dannose», che conducono alla teoria economica della concorrenza efficace, o *workable competition*⁴⁷. La corruzione altera il funzionamento del libero mercato che deve essere affrancato «dalle degenerazioni clientelari della politica e dai possibili abusi di una burocrazia infedele»⁴⁸.

La corruzione che si annida nella filiera degli atti per l'affidamento dei contratti pubblici mina l'eguaglianza tra i portatori dell'offerta, tradisce il mercato, inteso quale fitta rete di rapporti tra diversi soggetti e non nell'accezione di singole «relazioni faccia a faccia, l'io-tu di Martin Buber»⁴⁹. È un fattore di limitazione e alterazione patologica del principio di concorrenza e della «capacità competitiva del sistema economico»⁵⁰.

Un'ultima considerazione di carattere generale è da operare al fine di limitare il campo dei possibili rimedi ai fenomeni corruttivi. L'indagine svolta in questa sede è orientata alla valorizzazione delle soluzioni di matrice dinamica e procedurale, che ineriscono al c.d. incedere amministrativo in senso stretto, ma è opportuno segnalare che autorevole dottrina ha chiarito che la prevenzione della corruzione deve essere perseguita attraverso l'adozione di misure di contrasto di matrice organizzativa, da predisporre attraverso determinate scelte nell'assetto delle amministrazioni aggiudicatrici, la c.d. fase statica della procedura di gara⁵¹.

La generale permeabilità e la capacità attrattiva che esercita il settore dei contratti pubblici rispetto alle pratiche corruttive sono legate a diversi fattori immediatamente percepibili, che talvolta si sovrappongono alle cause stesse della corruzione, motivo per il quale si opta per una trattazione congiunta⁵².

⁴⁷ Secondo tale teoria economica, elaborata da J.M. Clark, *Toward a Concept of Workable competition*, in *The American economic review*, 1940, 241 ss., l'eventuale presenza di imperfezioni del mercato non sempre è dannosa, e il verificarsi di una perdita di indipendenza di un operatore non necessariamente influisce negativamente sul funzionamento del mercato. Tale posizione è richiamata da A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 2 ss.

⁴⁸ F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza*, cit., 25.

⁴⁹ G. Corso, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, che richiama M. Buber, *L'io e il tu* (trad. it.), Pavia, 1991.

⁵⁰ M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 77 ss., «se la disciplina degli appalti pubblici e le prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico distorsioni, il risultato finale è quello di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico».

⁵¹ Sul punto, tuttavia, M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 669, «organizzazione amministrativa e procedimento amministrativo, sebbene siano concetti distinti e vivano di regole e principi apparentemente autonomi, sono tuttavia realtà giuridiche intimamente collegate, così che le norme sul procedimento e sull'azione amministrativa hanno valore organizzativo e quelle sull'organizzazione incidono sullo svolgimento del procedimento».

⁵² Sul tema della vulnerabilità degli appalti, V. Ferraris, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2017, 65 ss.

2. Norme anticorruzione e codificazione a diritto costante: alla ricerca di un difficile equilibrio

Le ragioni dell'affluenza delle pratiche corruttive nella filiera delle aggiudicazioni degli appalti risiedono, in primo luogo, nelle ingenti somme di denaro implicate, a vario titolo, nello svolgimento delle gare pubbliche⁵³, che esercitano una *vis* attrattiva notevole sui fenomeni di malcostume, che finiscono così con il drenare dal sistema economico risorse di rilevante entità.

Per altro verso, la frammentazione della domanda in capo a una platea sproorzionata di soggetti ha reso lo strumento dei controlli talvolta inutilizzabile. A tale disfunzione si è posto – almeno in parte – rimedio, con il codice del 2016, con norme in materia di aggregazione della domanda e di centralizzazione delle committenze⁵⁴, in un'ottica complessiva tesa alla razionalizzazione della spesa pubblica, su cui si tornerà in seguito.

Un posto di rilievo in questa rassegna spetta senza dubbio a quella che è stata definita «elefantiasi normativa»⁵⁵ – definita anche «ipertrofia regolamentare»⁵⁶ – per descrivere il disordine normativo legato all'iperproduzione di norme in tema di commesse pubbliche, con regimi transitori spesso diventati definitivi, e le conseguenti difficoltà riscontrate dagli operatori e dagli interpreti nell'orientarsi in questo labirinto di disposizioni⁵⁷. È accertato che i regimi legislativi eccessivi nel

⁵³ Nel 2013, ad esempio, il valore totale degli appalti pubblici assegnati è corrisposto al 6,7% del PIL nazionale, per un ammontare complessivo di € 105,70 miliardi. Cfr. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, *Relazione al Parlamento per l'anno 2013*, 51. Nel 2016, tale valore ha raggiunto l'8,1% del PIL. Cfr. Ministero di economia e delle finanze, *Documento di Economia e Finanza*, 10 aprile 2016, 20.

⁵⁴ Sul tema, si v. L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 443 ss.

⁵⁵ Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 399 ss. Anche in base alla teoria economica elaborata da G. Becker, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political economy*, 1968, 169 ss., la corruzione è un prodotto dell'intervento del governo in economia, poiché «più regolazione si ha, più si vedrà corruzione».

⁵⁶ A. Di Mucci, D. Provvidenza Petralia, *Il principio di trasparenza tra ipertrofia regolamentare e debolezze del controllo sociale: il caso degli obblighi pubblicitari nel settore dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, 2.

⁵⁷ R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb app.*, 2016, 504, «la stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di un congruo periodo di riflessione e decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese. L'incertezza delle regole ha causato un'elevata mole di contenzioso, diviso tra giudice amministrativo per la fase di gara, giudice ordinario per la fase dell'esecuzione, giudice contabile per controlli e responsabilità dei soggetti intervenuti e giudice penale per l'eventuale repressione di reati commessi nelle more della procedura». Cfr. R. De Nicolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *Federalismi.it*, 2016. Per un primo commento al correttivo, M.A. Sandulli, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primitissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in *Federalismi.it*, 2017.

numero di norme, o incoerenti nella sistematica delle disposizioni, favoriscano lo sviamento dell'interesse generale, alimentando la «corruzione delle regole»⁵⁸.

L'alternarsi, talvolta schizofrenico, dei regimi normativi ha condotto «alla convinzione che, fatta una legge che disponeva in un modo, bisognava aspettarsi a brevissima scadenza la legge che la revocava»⁵⁹.

Il disordine normativo irrigidisce il sistema, inducendo i cittadini a violare le regole; l'inflazione e la cattiva fattura delle leggi possono essere contrastate con alleggerimento e razionalizzazione della normativa⁶⁰.

A tal proposito, da più di un ventennio il diritto amministrativo ha sperimentato, quale reazione alla frammentazione normativa, la tecnica della codificazione a diritto costante⁶¹. Tale tecnica di normazione, di cui è partecipe anche il codice dei contratti pubblici adottato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, produce equilibri provvisori, realizzando micro-sistemi legislativi autonomi e indipendenti, ma si tratta di un'autonomia e un'indipendenza debole, non di sistema.

L'indagine delle cause congenite della debolezza della tecnica legislativa sono da rintracciare nel mancato sviluppo di una scienza della legislazione, e, in riferimento alla tematica degli appalti pubblici, «nella sistematica soccombenza delle preoccupazioni di ordine tecnico rispetto a quelle ordine politico»⁶³.

Le prospettive di riforma nel settore degli appalti pubblici sono sempre state permeate da un soggettivismo nelle scelte ordinanti che ha portato a testi intrisi di «una razionalità più debole, incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica»⁶⁴.

La suggestiva, ancorché utopica, idea secondo cui il diritto dei contratti pubblici formasse «un tutto sapientemente disciplinato e svolgentesi secondo un

⁵⁸ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 347. Sul tema, cfr. G. D'Auria, *La corruzione e le leggi*, in M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, 23 ss.

⁵⁹ Il virgolettato di P. Calamandrei, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, 2013, 53, è ripreso da G. Manfredi, *Brevi note su contratti*, cit., 752.

⁶⁰ B.G. Mattarella, *Le regole*, cit., 41 ss.

⁶¹ Cfr. M. Ramajoli, *A proposito della codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 362 ss., «in un contesto generale di abbandono della forma idealtipica codificatoria, la legislazione amministrativa sta sperimentando la tecnica della codificazione a diritto costante. Tale tecnica partecipa alla stessa logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno ed è contestuale al tramonto dell'ordine codicistico classico, laddove sperimentato. Gli attuali codici settoriali, al pari delle consolidazioni rispondono essenzialmente a esigenze pratiche di semplificazione, conoscenza, riordino. Si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione».

⁶² Questa modalità di codificazione, definita anche codificazione parziale o dinamica, è mutuata dal diritto francese nel quale è identificata come *codification à droit constant*. L'aggettivo costante è sintomatico di una disciplina che è caratterizzata dall'intrinseca esigenza di essere sottoposta frequentemente ad aggiornamenti. Sul tema, cfr. G. Napolitano, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5 ss.

⁶³ B.G. Mattarella, *La debolezza della tecnica legislativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 927 ss.

⁶⁴ Cons. St., Ad. gen., parere 25 ottobre 2004, n. 10548, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 73 ss.

concetto unico informatore all'insegna della chiarezza e della brevità»⁶⁵ è stata puntualmente disattesa.

Tuttavia, se per un verso si registra ormai da anni nel diritto amministrativo l'esigenza di abbandonare la sistematica tradizionale⁶⁶, di decostruire un ordine consolidato che appare non più adeguato alle esigenze da perseguire, risulta difficile individuare la tecnica legislativa adoperata per regolamentare il settore dei contratti pubblici, fortemente condizionata dall'onda emotiva generata dalle vicende di cronaca e dai condizionamenti del diritto sovranazionale.

Queste considerazioni sulla mancanza di una visione sistematica nella tecnica legislativa adottata per redigere i testi di legge in materia di contratti pubblici si ripercuotono sulle norme in essi contenute, e sulle misure anticorruzione nello specifico. La perenne – e per certi versi, mai risolta – ricerca di equilibrio tra prevenzione e repressione della corruzione⁶⁷, la collocazione delle misure anticorruptive all'interno dei diversi codici in materia di appalti pubblici e l'assenza di una prospettiva di lungo periodo nelle politiche di contrasto al fenomeno impongono una trattazione cronologica di tale aspetto del tema.

⁶⁵ In tal senso, G.L. Broccoli, *La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delimitazione concreta*, Napoli, 1933, 5 ss, secondo tale ricostruzione era necessaria la redazione, per la parte generale, di un vero e proprio codice, e, per la parte speciale del diritto amministrativo, che includeva i contratti pubblici, di testi organici e interdipendenti. Tuttavia si tendeva a considerare il diritto amministrativo insuscettibile di codificazione, poiché «il diritto pubblico non si presta, non che a una codificazione, spesso nemmeno a una dichiarazione legislativa». In tal senso, V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940. In senso difforme, G. Palma, *I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dalla tradizionale cultura contabilistica (-finanziaria) all'attuale disciplina del Codice sugli appalti alla luce della normazione costituzionale sull'attività economica (art. 41 Cost.) e la corrispondente competenza funzionale della Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 2017, il codice del 2016, come quello del 2006, non ha il carattere di un classico codice, «così come è stato inteso nella lunga storia della scienza giuridica, poiché è difficile riscontrare in esso un insieme di norme tra loro coerenti e sistematizzate che realizzino una disciplina di per sé esauriente».

⁶⁶ Sul tema, in senso ampio, cfr. M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss., «nella seconda metà del 1900 si sono persi di vista l'insieme e l'architettura del diritto amministrativo. La reazione agli eccessi provocati dal formalismo, dall'astrazione e dalla pretesa di fissità è stata la fuga dalla tensione sistematica. La scienza attuale mostra una propensione per il pensiero problematico, che promuove nell'interprete la coscienza della storicità della propria situazione e un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali utilizzate. Il sapere problematico fa apparire anacronistico il tradizionale sapere sistematico e la necessità che esso si porta dietro di elaborazione di una parte generale. Il pensiero-sistema, orientato a ragionare sulla base o all'interno del sistema di forma deduttiva, appare superato, mentre domina il pensiero-problema, che si mantiene in un'indagine aperta». Per altro verso, L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 315, «la garanzia del formalismo e l'efficienza del sostanzialismo hanno ambedue, sia costi, sia vantaggi, ma soccorre scegliere l'opzione migliore, sapendo che non sarà ottima».

⁶⁷ Per una ricognizione storica del tema, si consenta di rinviare a A. Algostino, *Prevenire o reprimere? Un dibattito parlamentare di fine Ottocento*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 509 ss.

2.1 *Un nemico fin troppo noto: la discrezionalità nell'impianto della legge Merloni e del Codice del 2006*

Il tentativo di ricostruire l'evoluzione delle misure correttive alla corruzione negli appalti deve necessariamente partire dagli eventi storici, passati agli onori delle cronache giudiziarie con il nome di Tangentopoli, che hanno influenzato in maniera decisiva la disciplina successiva.

È necessario premettere che gli sforzi compiuti dal legislatore nel predisporre sistemi finanche accurati di contrasto non hanno, non solo risolto i nodi critici legati al rapporto tra configurazione delle regole e rischi di corruzione⁶⁸, ma nemmeno individuato i criteri minimi che devono orientare tale normativa. In tal senso, è impossibile rintracciare un indirizzo unitario nei principi ispiratori delle riforme, che hanno oscillato incessantemente, senza alcuna logica fondata su equilibri di lungo periodo, tra la prevenzione e la repressione, tra il considerare la discrezionalità quale primo fattore di corruzione, per poi riabilitarla nel ruolo di baluardo della legalità.

L'unico tratto caratterizzante che ha accompagnato i diversi impianti normativi è la mancata individuazione di un capo o di un titolo interamente dedicato alle norme anticorruzione, che sono disseminate nelle singole disposizioni. Appare arduo stabilire se tale circostanza sia frutto di una precisa scelta normativa o sia legata a fattori di convenienza posti a presidio di ben altri valori rispetto a quelli che si vogliono tutelare con le norme indagate in questa sede.

Lo strutturato impianto di corruzione svelato dalle indagini giudiziarie aveva condotto alla promulgazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. legge Merloni, ispirata dal clima di sfiducia generalizzato nei confronti delle stazioni appaltanti, delle imprese e, più in generale, nei confronti del sistema di affidamento delle commesse pubbliche.

Tale testo di legge, ispirato ai principi di trasparenza e tempestività dell'azione amministrativa, era contraddistinto da due convinzioni, rivelatesi errate nel tempo, che ne caratterizzavano la struttura.

In primo luogo, era radicata l'idea che i fenomeni corruttivi si annidassero maggiormente nella fase dell'aggiudicazione. Come dimostrato anche dai rilievi operati dalla soppressa Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici⁶⁹, ogni singola tappa della procedura ad evidenza pubblica è permeabile a pressioni di

⁶⁸ In senso conforme, cfr. F. Di Cristina, *La corruzione*, cit., 181.

⁶⁹ Sul ruolo dell'AVCP, si veda L. Giampaolino, L. Ponzone, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 706 ss.

tipo corruttivo, a partire dalla fase dell'individuazione dei fabbisogni e della programmazione dell'intervento⁷⁰.

La fase più critica, poiché meno soggetta ai paradigmi della trasparenza e dei controlli, risulta essere quella dell'esecuzione, estremamente vulnerabile a influenze esterne di matrice corruttiva, che si concretizzano attraverso l'utilizzo improprio delle proroghe o dei rinnovi, o mediante l'istituto delle c.d. varianti in corso d'opera⁷¹, che possono modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del contratto, vanificando talvolta l'intera fase ad evidenza pubblica⁷².

⁷⁰ G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 327 ss., nella fase della programmazione dell'intervento la corruzione può manifestarsi attraverso la redazione di bandi su misura, predisposti appositamente per le caratteristiche di una determinata impresa; G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2007, 112, «la corruzione è risultata particolarmente diffusa nel settore dei contratti pubblici per l'inefficienza che ha caratterizzato ogni fase del *public procurement cycle*, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione». Per altro verso, per un'analisi economica dei costi legati alla corruzione negli appalti, cfr. O. Bandiera, A. Prat, T. Valletti, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009, 1278 ss. Sul tema, cfr. N. Stansbury, *Exposing the foundations of corruption in construction*, in *Transparency International. Global corruption report*, 2015, 36 ss., «durante la fase di pianificazione e di progettazione la corruzione può risultare nell'avvio di progetti che sono sovradimensionati, sopravvalutati, o nell'approvazione di progetti che sono inutili. In certi casi, i progetti sono concepiti soltanto come uno strumento per la corruzione e non avrebbero superato la fase di pianificazione senza tale motivazione».

⁷¹ La manipolazione di tipo corruttivo della fase dell'esecuzione dei contratti pubblici può rivelarsi attraverso negoziazioni di contratti aggiudicati o nell'ampia categoria dei contratti di subappalto, legato alla discrezionalità, che spesso sfocia in arbitrio, nella scelta dei subcontraenti. Il tema involge in senso ampio quello della tutela della concorrenza nella fase dell'esecuzione, sul quale cfr. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione*, cit., 325 ss., «empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente ed inadeguata redazione dei capitolati». Sul tema, si v. G.M. Racca, R. Cavallo Perin, G.L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public contract law journal*, 2011, 89 ss., «*a losing bidder's right to fair competition during the selection phase could be violated in the case of any unforeseeable change in the contract conditions during the execution phase. This theory is supported by the Court of Justice, which maintained that material amendments are modifications outside of the scope of the awarded contract that bidders could not have reasonably anticipated at the time of the original award and might have led to participation by a different set of bidders and, possibly, to a different winning bidder. Losing bidders have a right to fairness and competition under mandatory European and national rules. More egregious and fairness violations can render a contract ineffective. Material amendments, outside the scope of the contract, preclude other bidders from taking part in competitions for the award of a new, different contract. In accordance with the recent directive, this is one of the scenarios that can lead to the ineffectiveness of a contract*». G.M. Racca, R. Cavallo Perin, *Material amendments of public contracts during their terms: from violations of competitions to symptoms of corruption*, in *European Procurement & Public Private Law Review*, 2013, 286 ss. Come sinteticamente rilevato da V. Ferraris, *La vulnerabilità*, cit., 79, «le autorità aggiudicatrici sembrano dimenticarsi del contratto dopo averlo firmato e raramente controllano le prestazioni di un appaltatore». Sul punto, G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 137, «le nuove direttive europee sui contratti pubblici, innovando il previgente sistema, introducono talune disposizioni anche sulla fase di esecuzione del contratto per assicurare la tutela della concorrenza, che risulterebbe vanificata ove le condizioni dell'offerta aggiudicataria non venissero rispettate durante l'esecuzione contrattuale. Le modificazioni sostanziali in sede di esecuzione, non solo risultano illegittime, ma sono oggi sanzionate dalla previsione europea della nullità in quanto equivalgono alla stipulazione di un nuovo contratto senza l'espletamento di una gara pubblica dunque senza la necessaria pubblicità e trasparenza».

⁷² Cfr. F.J. Vazquez Matilla, *The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts: Balancing Cor-*

A tal proposito, è condivisibile il rilievo secondo il quale i fenomeni collusivi e corruttivi sono stati favoriti dalla separazione dell'operazione economico-contrattuale in due parti, che si riflette nelle differenti giurisdizioni poste a presidio delle distinte fasi⁷³, separazione che non ha assicurato legalità all'intero sistema.

La iper-regolamentazione della fase dell'aggiudicazione, assoggettata a obblighi stringenti di trasparenza e pubblicità, non ha limitato il proliferare dei fenomeni corruttivi ma ha provocato una migrazione degli stessi verso altre fasi – soggette a controlli più deboli, poiché informate da un paradigma della concorrenza meno intenso – del rapporto tra l'amministrazione e le imprese.

In secondo luogo, la legge del 1994 – e per certi versi l'assunto vale anche per il Codice del 2006 – era legata all'idea che la discrezionalità fosse di per sé fonte di corruzione, ragion per cui era necessario intervenire con norme volte a irrigidire le procedure di selezione del contraente⁷⁴. Tali normative riflettevano la preoccupazione predominante di vincolare la procedura di scelta del contraente a una preventiva programmazione delle opere e, più in generale, di eliminare formalmente qualsiasi margine di discrezionalità dell'agente pubblico⁷⁵.

Sotto tale aspetto, è stato dimostrato che privare la pubblica amministrazione del potere discrezionale, che ad essa è connaturato, determina perdita di efficienza dell'intera filiera della decisione pubblica e non elimina le distorsioni corruttive del mercato⁷⁶. Secondo tale teoria, predeterminare in maniera rigida la scelta della pubblica amministrazione, riguardo a contratti sulle cui qualità e caratteristiche la stazione appaltante patisce uno svantaggio informativo⁷⁷, si

ruption Concerns in Public Procurement Internationally, Bruxelles, 2014, 275 ss.

⁷³ Sul tema, in senso ampio, si v. A. Police, *La tutela giurisdizionale*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 749 ss.; F. Satta, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, 1643 ss.

⁷⁴ Da un punto di vista economico, la necessità di limitare la discrezionalità e il potere dell'amministrazione è sostenuta da R. Klitgaard, *Controlling corruption*, Boston, 1991.

⁷⁵ Si v. C. Pasut, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del giudice amministrativo e della Corte di Giustizia)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005.

⁷⁶ G. Fidone, *Lotta alla corruzione*, cit., 760, «l'esperienza dimostra che la rigidità della regolazione dei contratti pubblici non ha contrastato in alcun modo il dilagare della corruzione, che costituisce ancora una grave patologia nella contrattualistica pubblica italiana. Negli ultimi anni, in Italia, sono emersi importanti fatti di corruzione legati alla realizzazione di opere pubbliche. Il riferimento è alle opere di Expo Milano 2015 e a quelle volte alla realizzazione del Mose di Venezia, ai fatti di 'Mafia Capitale' a Roma. Tali fenomeni inducono a riflettere sul generale problema della corruzione negli appalti pubblici e sulle azioni del Legislatore, volte a contrastare tale fenomeno». G.D. Comporti, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in questa *Rivista*, 2007, 231 ss., c'è una costante nell'approccio che in Italia ha caratterizzato la regolazione delle attività contrattuali: la diffidenza nei confronti della discrezionalità. Sul tema, cfr. Sul tema, M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni*, cit., 676, «l'aver fatto leva sulla rigidità e sull'oggettività del procedimento ha finito per costruire un filtro insuperabile ad ogni indagine, così che ogni patto scellerato con cui si concordasse in anticipo l'illegittimo transito di informazioni creava, grazie allo schermo formale del rispetto del rigore procedimentale, un ostacolo alla verifica sostanziale di ciò che in concreto era accaduto».

⁷⁷ Sul tema delle asimmetrie informative tra amministrazione e fornitore, cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 83 ss.; F. Saitta, *Appalti e contratti pubblici: commentario sistematico*,

rivela una scelta legislativa che conduce a fenomeni che in economia sono definiti di “selezione avversa”⁷⁸. Secondo tale teoria, calata nel contesto dell’aggiudicazione delle commesse pubbliche, surrogare la discrezionalità amministrativa con modelli standardizzati genera effetti negativi sull’intera fase di scelta⁷⁹.

Per l’aggiudicazione di appalti complessi è opportuno ricorrere a procedure flessibili, affinché le stesse si rivelino strumento utile per colmare le lacune cognitive della stazione appaltante e far giungere la stessa a una decisione informata. La flessibilità deve essere intesa quale possibilità per l’amministrazione di avvalersi di procedure di selezione del contraente che prevedano un confronto negoziale costante con il mercato, per colmare il divario cognitivo esistente, garantire l’utente finale (*rectius* cittadino comune) dai rischi di cattiva selezione e orientare l’amministrazione verso una valutazione consapevole e ragionevolmente ponderata⁸⁰.

La necessità di vincolare – e per certi versi comprimere – l’azione amministrativa nella scelta del contraente privato avrebbe dovuto preservare l’affidamento di lavori pubblici da qualsiasi rischio di alterazione corruttiva e agevolare il ruolo svolto dall’istituto dei controlli.

Nella prospettiva del legislatore dell’epoca si poneva la necessità di operare un equilibrio tra «due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti:

Padova, 2016.

⁷⁸ Sul tema, cfr. G. Fidone, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

⁷⁹ C. Colosimo, *L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. Compoti (a cura di) *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 65 ss., «la disciplina previgente era pervasa dal timore che la stazione appaltante potesse esercitare la sua discrezionalità per colludere con la controparte contrattuale in danno della concorrenza e del mercato. Per prevenire decisioni discriminatorie e abusi delle stazioni appaltanti, si era quindi giunti ad adottare un modello regolatorio di tipo *command and control*, caratterizzato dall’imposizione di norme minuziose, utili a descrivere dettagliatamente le procedure di aggiudicazione e a lasciare all’amministrazione un margine di scelta irrisorio».

⁸⁰ G. Fidone, *L’integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, 136 ss., «nell’aggiudicazione degli appalti esistono per la pubblica amministrazione rischi ulteriori rispetto a quelli di scegliere un cattivo contraente o una cattiva offerta (che potrebbero definirsi rischi di cattiva selezione). Il riferimento è, in particolare, al rischio di collusione tra amministratori e imprese e ad eventuali pratiche di aggiustamento pilotato delle gare. Tali distorsioni, peraltro, possono trovare origine in un rapporto asimmetrico (oltre a quello esistente tra committente e appaltatore), quello tra amministratori e collettività amministrata. Nell’ambito di esso, un vantaggio informativo dei primi può causare fenomeni di azzardo morale a scapito della seconda: in buona sostanza, in assenza di adeguati controlli e approfittando dei margini di discrezionalità loro concessi, gli amministratori potrebbero perseguire il proprio interesse e favorire un concorrente. Ebbene certamente una procedura più flessibile e con un ampio margine di discrezionalità per l’amministrazione può presentare un aumento di tale ultima categoria di rischio. Quando vi sia un forte asimmetria informativa a svantaggio dell’amministrazione, ricorrere a una procedura rigida può presentare svantaggi. Così facendo, infatti, la pubblica amministrazione si obbligherebbe a chiamare le offerte sulla base delle conoscenze che già possiede e si priverebbe della possibilità di aumentare le sue informazioni sul bene offerto dai concorrenti in corso di procedura. Evidentemente, se tali informazioni sono carenti è alto il rischio che la gara possa condurre a fenomeni di selezione avversa»; D. Della Porta, *Lo scambio occulto*, Bologna, 1992, la selezione avversa determina un sistema ad alta densità di corruzione o di corruzione ambientale.

rigore, trasparenza, imparzialità da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro»⁸¹. Si riteneva di dover garantire la massima trasparenza⁸² attraverso regole rigide e automatismi valutativi, invece di cercare di sintetizzare tutti i principi in gioco attraverso norme di raccordo e strumenti flessibili.

La legge del 1994 ha inoltre previsto un sistema articolato di accertamenti e monitoraggio, di cui era titolare l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, istituita proprio con la legge in questione.

Tale normativa ha determinato una chiusura protezionistica del mercato delle commesse pubbliche, tradendo le spinte pro-concorrenziali di matrice europea, senza peraltro far registrare risultati significativi sul versante dell'impatto della corruzione.

Successivamente, la promulgazione delle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004 si poneva l'ambizioso obiettivo di comporre in un unico testo di legge i principi di flessibilità, concorrenza, trasparenza e relativi corollari. Inoltre, la direttiva 2004/18/CE conteneva uno specifico richiamo alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblica, connessa al pericolo di infiltrazioni criminali e di corruzione.

Tuttavia, il testo di legge di recepimento, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non ha recepito gli strumenti di regolamentazione flessibile previsti in via programmatica dalle direttive, «congelati ad opera di un decreto legge e, in seguito, disattesi dal primo e dal secondo correttivo decreto correttivo al codice»⁸³.

Il codice dei contratti pubblici, emanato nel 2006, «ha deluso le notevoli aspettative che si sono erano accompagnate alla sua promulgazione: non è riuscito, infatti, per una serie di ragioni anche indipendenti dal dato testuale, né ad apportare miglioramenti alle procedure di affidamento in termini di efficienza, né tantomeno ad impedire fatti di corruzione, anche eclatanti, che hanno interessato alcune grandi opere»⁸⁴.

La prima ragione di tale affermazione è da rinvenire nel disordine normativo dovuto al sovrapporsi disordinato, e talvolta non controllabile, di regimi normativi e disposizioni settoriali, che come visto, si rivela essere terreno fertile per eventi

⁸¹ M. Clarich, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corriere giuridico*, 2002, 1400 ss., la *par condicio* tra le imprese che aspirano a stipulare contratti con l'amministrazione appaltante deve essere perseguita attraverso procedure che non devono attribuire all'amministrazione alcun margine di discrezionalità.

⁸² M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni*, cit., 668, «la trasparenza non costituisce un valore in sé».

⁸³ R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb app.*, 2016, 504.

⁸⁴ R. Cantone, *Audizione nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti e concessioni)*, in *www.anticorruzione.it*, 2015.

di corruzione⁸⁵. I numerosi interventi di normazione integrativa hanno condotto la dottrina a definire il codice «una disciplina costantemente *in progress*»⁸⁶.

A ciò si aggiunge una notevole produzione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia UE e del Consiglio di Stato che talvolta, invece di rendere il contesto normativo chiaro, ha contribuito a complicarlo.

Tale confusione legislativa ha giustificato il ricorso frequente a normative speciali e a regimi derogatori, al di fuori di quelli previsti per legge, soprattutto riguardo alla realizzazione di grandi opere⁸⁷.

Per altro verso, il diffondersi della «cultura dell'emergenza»⁸⁸ per l'affidamento di lavori pubblici connotati da particolari urgenze, in quanto tali impermeabili ai controlli ordinari, ha reso i processi decisionali particolarmente esposti a eventi di corruzione.

In un quadro normativo così frastagliato, l'opinione pubblica ha espresso pieno apprezzamento per l'opzione del d.d.l. 1678/2014 che, nel recepire le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ha deciso di riscrivere integralmente il codice dei contratti pubblici, invece di procedere all'ennesima interpolazione e revisione di un testo ritenuto, dagli operatori del settore, non più adeguato⁸⁹.

⁸⁵ M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 436 ss.

⁸⁶ G. Palma, Conclusioni al convegno *'Anticorruzione e trasparenza negli enti locali'*, svoltosi a Torre del Greco il 19 aprile 2016.

⁸⁷ Emblematico è il caso delle opere appaltate per l'evento Expo Milano 2015, per la realizzazione delle quali le ordinanze del Presidente del Consiglio e successivamente una legge *ad hoc* hanno introdotto la possibilità di derogare a circa 85 articoli del codice del 2006. Sul tema, Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, con nota di F. Peirone, *L'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2015, 1940 ss. Sul tema, cfr. B. Barmann, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 78 ss.; M. Fiocca, G. Montedoro, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb app.*, 2004, 1132 ss.

⁸⁸ D. Della Porta, A. Vannucci, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, 1994, 66 ss., la nozione di emergenza ha subito, nel corso del tempo, un significativo «stiramento del concetto»; per altro verso sul tema delle connessioni tra emergenza e corruzione si v. T. Søreide, *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, in *Report Development Studies and Human Rights*, 2002. Sullo sviamento dalle regole generali previste per i contratti pubblici nell'ipotesi di emergenza, si v. L. Giani, *La presunta configurazione privatistica degli interventi di ricostruzione in caso di calamità naturali e la deroga alla disciplina del codice dei contratti. Alcuni spunti di riflessione tratti dall'esperienza aquilana*, in *Riv. amm. App.*, 2012, 283.

⁸⁹ M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 438, «la legge 11/2016 ha offerto al Governo l'alternativa tra un modello semplificato di recepimento delle direttive seguito dal riordino complessivo della disciplina vigente per i contratti pubblici ed il modello di intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino. Opportunamente il legislatore delegato ha utilizzato il secondo modello, adottando un unico decreto e così evitando il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali».

2.2 *Il Codice del 2016 e le misure di contrasto “fuori dalle gare”*

La lunga e complessa attuazione delle tre direttive UE del 2014, avvenuta con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha innovato il quadro delle fonti normative in tema di contratti pubblici, collocando il nuovo codice in un contesto normativo profondamente mutato e caratterizzato da un rinnovato senso comune di contrasto alla corruzione.

Dapprima, la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»⁹⁰, ha previsto, tra gli altri, un regime di pubblicità su determinati dati inerenti aggiudicazione ed esecuzione dei contratti, ha ampliato il novero dei reati che conducono alla risoluzione unilaterale del contratto e ha disposto l'obbligatorietà delle *white list*⁹¹.

In seguito, il decreto legge 4 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, ha previsto una serie di disposizioni relative alla lotta alla corruzione, che hanno inciso sull'organizzazione amministrativa, attraverso la soppressione della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁹² e l'attribuzione delle relative funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione⁹³, «dando evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno»⁹⁴. La legge del 2014 ha riconosciuto per la prima volta l'importanza nodale rivestita dalla fase dell'esecuzione dei contratti, attraverso la previsione della trasmissione all'Autorità anticorruzione delle c.d. varianti in corso d'opera.

Lo stesso d.lgs. 50 del 2016 prescrive la necessità che la qualificazione delle stazioni appaltanti sia subordinata al controllo di determinati requisiti premianti,

⁹⁰ Cfr. S. Foà, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb app.*, 2013, 293 ss. Sul tema della prevenzione, cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss., «la trasparenza, nel senso di pubblicità delle informazioni, è indubbiamente un ottimo strumento per prevenire il malcostume, soprattutto per quanto riguarda l'uso di risorse pubbliche»; si v. A. Barone, *Sulla differenziazione delle politiche di prevenzione della corruzione: il caso dell'uso del territorio 'bene-comune'*, in AA.VV. (a cura di), *Atti del convegno annuale di Copanello*, 2016, in cui si sottolinea la necessità di graduare le decisioni che intervengono sul tema della prevenzione della corruzione; C. Mazza, *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2017, 83 ss.

⁹¹ Cfr. J. Buggea, *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove auton.*, 2014, 675 ss.

⁹² L'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si è rivelata inadeguata a causa di diversi fattori: limitata legittimazione, contrapposizione con altri poteri, ridotta collaborazione con altre autorità. Sul punto, cfr. D. De Grazia, *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 155 ss.

⁹³ Cfr. F. Di Cristina, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1023 ss. Sul ruolo istituzionale in senso ampio, cfr. F. Garri, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; F. Di Lascio, B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.

⁹⁴ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 349.

tra i quali la valutazione positiva dell'ANAC in ordine ad attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità.

L'articolo 42 obbliga le stazioni appaltanti a prevedere misure per contrastare le frodi, i potenziali conflitti di interesse e i rischi di corruzione nell'aggiudicazione degli appalti per prevenire qualsiasi distorsione della concorrenza.

Inoltre, sono previste misure di contrasto alla corruzione legate alla soglia di anomalia delle offerte e alla commissione di specifici reati.

In un'analisi operata ad ampio raggio, è possibile individuare un impianto normativo corposo, che appare ampiamente adeguato alle esigenze da perseguire, composto dalle misure generali anticorruzione, definita la disciplina «fuori dalle gare»⁹⁵, ma ad esse applicabile, a cui si aggiunge una normativa specifica per la contrattualistica pubblica.

Tuttavia, sull'eccessivo interesse dedicato al tema della corruzione nel corpo del codice del 2016, si ritiene di condividere l'opinione di chi, autorevolmente, ha sostenuto che «la disciplina dei contratti pubblici è scritta dall'angolo visuale della corruzione, ciò che fa perdere di vista gli altri obiettivi, la legislazione degli ultimi anni è sostanzialmente ispirata al principio del sospetto generalizzato, che è l'anticamera dell'autoritarismo»⁹⁶.

La limitazione (*rectius* privazione) della discrezionalità, la coercizione dell'azione amministrativa nella fase di selezione del contraente non solo non si è rivelata una strategia efficace di contrasto alla corruzione, ma ha generato inefficienza e rallentamenti dell'intera operazione per l'affidamento di commesse pubbliche.

Lo sforzo, che talvolta si è trasformato in ossessione normativa, di individuare gli strumenti di contrasto al fenomeno corruttivo in precetti normativi, e quindi di cercare una soluzione esterna all'incedere dell'azione amministrativa, ha allontanato e dissuaso la riflessione legislativa dalla ricerca di una soluzione interna, di tipo procedimentale.

Un impianto normativo, per quanto particolareggiato possa essere, non può definire ogni aspetto dei rapporti giuridici, il che implica il riconoscimento dell'autonomia dell'amministrazione e la necessità di preservare l'elasticità della «zona grigia del potere amministrativo»⁹⁷.

Inoltre, nell'ordinamento italiano, gli strumenti di contrasto alla corruzione si presentano come «un *patch-work* confuso, una rete piena di rattoppi e smaglia-

⁹⁵ G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 337 ss., «inefficienza e corruzione sono due mali diversi che vanno combattuti con gli opportuni diversi rimedi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure che non limitino la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara». Sul tema, cfr. A. Vannucci, *Inefficienza amministrativa e corruzione. Elementi per un'analisi del caso italiano*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1997, 29 ss.

⁹⁶ Intervista a S. Cassese, su *Il Foglio*, pubblicata il 24 gennaio 2017.

⁹⁷ M. Ramajoli, *A proposito della codificazione*, cit., 353.

ture, comunque incapace di corrispondere alla variabilità degli eventi, a necessità e situazioni che cambiano nel corso del tempo»⁹⁸.

La soluzione di tipo procedimentale consiste in una declinazione ottimale della discrezionalità⁹⁹, «autentico assillo per la cultura giuridica»¹⁰⁰, che deve essere orientata al raggiungimento della scelta ottimale per l'amministrazione e il cittadino, e deve essere posta al riparo da eventuali derive corruttive.

3. *Discrezionalità multilivello: una soluzione di matrice procedimentale*

La necessità di declinare la nozione polisemica di discrezionalità¹⁰¹ è un corollario diretto della naturale «multipolarità del potere amministrativo»¹⁰² e la diversa sfumatura assunta dal potere amministrativo dipende dal ruolo ricoperto dai diritti da bilanciare nel caso concreto. Il diritto amministrativo si dirige sempre più verso un ruolo di garante della concorrenza e, in questa rinnovata concezione del potere pubblico, la discrezionalità deve necessariamente essere «scrutinata secondo gli elastici parametri della ragionevolezza e della proporzionalità»¹⁰³.

«L'intensità della discrezionalità amministrativa, polarizzata attorno ai due estremi *auction* o *negotiation*, varia rispettivamente dal minimo al massimo con limitate estensioni intermedie, senza la previsione di una terza via»¹⁰⁴. La declina-

⁹⁸ G. Sirianni, *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 934.

⁹⁹ Sul tema, F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

¹⁰⁰ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 444.

¹⁰¹ Già E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 449 ss., individuava cinque significati diversi di discrezionalità: discrezionalità sovrana, discrezionalità amministrativa pura, tecnica, di carattere suppletivo e discrezionalità come apprezzamento condotto alla stregua di criteri desumibili dalla coscienza sociale e quindi extragiuridici; F. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *D. disc. Pubbl.*, IX, 1994, 409; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 11; L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; F. Merusi, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 973 ss.

¹⁰² S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 769, «i tre fattori chiave del concetto di discrezionalità risiedono nelle nozioni, tra loro variamente collegate, di libertà, vaghezza del diritto e conferimento di un potere». La vaghezza del diritto, in relazione al tema indagato in questa sede, corrisponde all'idea degli «elementi imprecisi» che devono essere riempiti di significato dalla stazione appaltante, evocata da V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.

¹⁰³ G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 131 ss. Per altro verso, cfr. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., secondo cui la fattispecie legale che fonda l'esercizio del potere lecito da parte dell'autorità è sempre integrata da clausole generali estremamente elastiche, quali ragionevolezza e non discriminazione.

¹⁰⁴ M. Ricchi, *Negoaution, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, in G.D. Componti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 145 ss., «la domanda è se l'alternativa tra *auction* o *negotiation*, con la possibilità in entrambi i casi, comunque, di inserire meccanismi operativi di discre-

zione ottimale del potere discrezionale, per un contrasto di matrice procedimentale alla corruzione, deve essere ricercato proprio in quelle sfumature mediane, che oscillano tra i due poli menzionati.

Tuttavia, è stata evidenziata la differenza tra le discipline amministrative di settore volte a regolare l'attività di impresa, rispetto alle quali, in genere, concorrenza e discrezionalità sono concetti antitetici (si pensi al *favor* generalizzato del diritto europeo per le autorizzazioni vincolate), e il caso dei contratti pubblici, rispetto ai quali la buona discrezionalità non è nemica della concorrenza, anzi ne costituisce un incentivo¹⁰⁵.

La discrezionalità non rappresenta un concetto tecnicamente neutrale, ma è un concetto «spesso»¹⁰⁶, nel quale non si può separare l'aspetto fattuale da quello valutativo.

La tendenza del legislatore a limitare la discrezionalità amministrativa nei confronti delle attività economiche¹⁰⁷ – e, di converso, a implementare e rafforzare il processo di semplificazione¹⁰⁸, privilegiando moduli di autoamministrazione¹⁰⁹ – è pienamente in linea con l'evoluzione del ruolo delle norme che regolano i contratti pubblici, transitate dall'essere previste in funzione dell'interesse pubblico, al divenire regole in materia di tutela della concorrenza¹¹⁰.

Per altro verso, la tensione verso una piena applicazione del principio di legalità – e la predisposizione di misure di contrasto alla corruzione si colloca pienamente in tale scia – rende la presenza del potere discrezionale potenzialmente eversiva¹¹¹.

zionalità, possa esaurire le soluzioni percorribili o se, invece, in ragione delle caratteristiche del contratto da affidare non si debba guardare ad un terzo possibile percorso».

¹⁰⁵ Si v. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in www.astrid-online.it, 2015.

¹⁰⁶ B. Williams, *L'etica e i limiti della filosofia*, Roma-Bari, 1987, 157 ss., rievocato da S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 739 ss., i concetti spessi rappresentano quei termini morali, che per essere compresi, presuppongono l'immedesimazione da parte dell'interprete in un ruolo di tipo valutativo.

¹⁰⁷ G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, 231 ss.

¹⁰⁸ Sul tema, cfr. P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2012; M. Calabrò, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte*, in questa *Rivista*, 2017, 224, «la semplificazione non rappresenta un bene in sé, bensì acquisisce valore nella misura in cui da strumento per conseguire risultati ulteriori in termini di miglior perseguimento di uno o più interessi pubblici», tale considerazione assume valore nodale per il tema indagato in questa sede. In ordine al legame tra semplificazione e competitività del paese, si v. T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 179 ss.

¹⁰⁹ In senso ampio sul tema, si v. P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.

¹¹⁰ F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza*, cit., 17 ss., «la legislazione amministrativa recente viene presentata come guidata dal principio di concorrenza, cui l'opinione dominante riconosce l'attitudine a promuovere il benessere collettivo. La parola concorrenza evoca scenari di razionalità nel metodo e di progresso economico nel risultato». In senso conforme, cfr. L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 341 ss.

¹¹¹ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 311 ss.

È opportuno operare una distinzione tra discrezionalità intesa quale potere astratto, diretto a eterointegrare il precetto normativo, di cui è titolare la pubblica amministrazione in senso ampio, e la discrezionalità esecutiva¹¹², di cui è titolare il singolo responsabile della procedura, che è fisiologicamente soggetta a pericoli di abuso di potere e collusione. Tra l'altro, quest'ultimo concetto sembra rievocare la «discrezionalità nei mezzi»¹¹³ delle scelte amministrative, qualora vi sia un ampio margine di valutazione tra l'interesse predeterminato e altri interessi esterni.

Per eliminare dall'area delle soluzioni possibili quelle connotate da fattori corruttivi, o che in essi trovano giustificazione, è opportuno che l'attività amministrativa si ponga all'esito di una ponderazione ragionevole, equilibrata e lecita. Per assicurare ciò, è opportuno che la scelta amministrativa sia consapevolmente orientata, per evitare che la discrezionalità si riveli una delega in bianco per le stazioni appaltanti.

Come autorevolmente sostenuto, si tratta di «rendere trasparente il ragionamento giuridico, e ciò al fine di raggiungere una tendenziale consensualizzazione da parte della comunità alla fase di formazione delle scelte discrezionali, per giungere a una desogettivizzazione del potere e a un suo radicamento nei valori di solidarietà»¹¹⁴.

Tuttavia, anche la trasparenza delle decisioni della stazione appaltante, che pur si colloca tra gli strumenti più efficaci di contrasto alla corruzione, si pone tra le misure eteroimposte, anche alla luce della tendenza legislativa, interna e europea, degli ultimi trenta anni¹¹⁵. La visibilità delle singole fasi della gara pubblica

¹¹² La definizione è di G.D. Comperti, pronunciata durante la tavola rotonda, F. Liguori, M. Ramajoli, G.D. Comperti, P. Chirulli, *I contratti pubblici nel nuovo codice. La flessibilità e l'eccesso di regolazione*, svoltosi all'Università degli Studi di Napoli Federico II, l'1 febbraio 2017.

¹¹³ L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 284 ss., «al centro delle discussioni soprattutto amministrativistiche intorno alla discrezionalità, si è affermato che la differenza consisterebbe nel fatto che nel caso di un'unica alternativa tra due possibilità esisterebbe solo una ricerca da parte dell'interprete dei fini incorporati nella norma attributiva, mentre nel caso di esistenza di una possibilità di scelta tra più mezzi alternativi vi sarebbe un più ampio margine di valutazione tra l'interesse predeterminato dalla norma imprecisa e altri interessi ad essa esterni. Ciò è stato talora giustificato come una conseguenza del fatto che, consistendo le operazioni valutative in una complessa opera di ponderazione tra le varie soluzioni che soddisferebbero i singoli interessi e le conseguenze, volute o no, che le diverse soluzioni potrebbero produrre sul piano della realtà storica, solo in presenza di un margine libero di scelta tra più mezzi o tra più modalità dell'azione per il caso concreto si verificherebbe l'incidenza di interessi non direttamente previsti dalla norma nella fase dinamica della decisione».

¹¹⁴ L. Benvenuti, *La discrezionalità*, cit., 295.

¹¹⁵ Sul tema, per tutti, cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 35 ss., la rinnovata cultura di visibilità ha squarciato il velo di mistero che ha sempre circondato l'esercizio del potere autoritativo. Inoltre come rilevato da A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ.*, 2015, 228 ss., «Per quanto paradossale possa sembrare, occorre riconoscere che un discorso sulla trasparenza incontra oggi una serie di significative difficoltà. La prima – e più generale – riguarda lo stato dell'amministrazione pubblica, almeno per il modo in cui esso viene percepito non dagli addetti ai lavori, ma dai cittadini e dagli *opinion makers*: mentre i giuristi si affannano a spiegare l'importanza delle nuove disposizioni introdotte con la legge n. 190 del 2012 e con

è un obbligo che deve essere ottemperato, ma non incide in alcun modo sul “farsi” della decisione amministrativa, sull’incedere critico che orienta le scelte della stazione appaltante.

Le soluzioni alle deviazioni corruttive dell’azione amministrativa prospettate in questa sede presuppongono l’adesione alla tesi della mutua esclusione tra consenso e potere, secondo la quale, in qualunque potere, si rinviene un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi sostanzialmente libero¹¹⁶.

La discrezionalità conserva un’area sottratta a qualunque condizionamento giuridico, in cui le norme, e più in generale l’ordinamento, assumono portata recessiva, e nella quale intervengono altri fattori ad orientare l’agire pubblico, per evitare lo stesso che degeneri in corruzione o sviamento patologico di altro tipo.

3.1 *La discrezionalità strumentale come potere a geometria variabile*

Tra «il lato buono»¹¹⁷ e «il lato oscuro»¹¹⁸ della discrezionalità si collocano una serie di condotte che non integrano la fattispecie penale di corruzione, ma che sono suscettibili di alimentare le c.d. reti di scambio occulto.

il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 con riferimento alla trasparenza, l’opinione pubblica continua a ritenere il mondo della burocrazia, anche nel suo rapporto con la politica, come il luogo in cui regnano la confusione e le inefficienze e la macchina amministrativa come la responsabile principale, se non l’unica, di una vera e propria ragnatela del non fare che sembra rendere inarrestabile il processo di affondamento dell’economia italiana. In questa prospettiva l’amministrazione in tutte le sue manifestazioni è descritta come un “ragno velenoso”, che, mentre impone le sue regole asfissianti al corpo sociale, blocca, coadiuvata dalle magistrature amministrative, ogni possibilità di rovesciare il *trend* di espansione della spesa pubblica e delle tasse. In una situazione così descritta, in cui prevale una “ragnatela normativa”, che soffoca la società e serve alla autoriproduzione degli apparati burocratici, parlare di trasparenza come strumento di lotta alla corruzione può sembrare, nella migliore delle ipotesi, un *wishful thinking*, e nel concreto, un modo di non dire come stanno realmente le cose. Non a caso, sulla stampa vengono ricordati, come tragico esempio di “proliferazione di norme ingarbugliate che appaiono prive di scopo”, gli interventi amministrativi in quel ramo che potremmo chiamare industria della lotta agli abusi. La seconda, non meno rilevante, difficoltà riguarda lo stesso moltiplicarsi dei discorsi sulla trasparenza. Questi hanno l’indubbio pregio di mettere in luce gli aspetti nuovi della complessa disciplina che la riguarda: tuttavia la stessa copiosità (e talvolta, occasionalità) degli interventi rischia di compromettere un approccio sistemico e, con esso, una più meditata comprensione del fenomeno, con il paradosso che l’eccesso incontrollato di informazioni sulla trasparenza può provocare, quella “opacità per confusione” che della trasparenza costituisce l’esatto contrario. La terza difficoltà ha un carattere più strutturale, e riguarda quella che può essere definita una certa indeterminatezza dell’oggetto e, comunque, il continuo e progressivo mutamento di esso, con la conseguente difficoltà di stabilirne il contenuto specifico». Sul tema della trasparenza, in relazione al FOIA, cfr. G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in www.federalismi.it, 2017; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016.

¹¹⁶ La teoria è elaborata da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 124 ss., «la discrezionalità, sospesa tra legittimità e merito, è individuata come la nozione che segna il limite oltre il quale, le pur ampie recenti revisioni della specialità del diritto amministrativo non riescono a spingersi».

¹¹⁷ C. Cudia, *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 494.

¹¹⁸ A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit., 265 ss.

L'ampiezza del potere discrezionale della pubblica amministrazione, nelle singole fasi dell'evidenza pubblica, gode della massima estensione nella fase della selezione del contraente e tende a dissolversi, ma mai a scomparire del tutto, nella fase dell'esecuzione del contratto.

Una lettura particolarmente interessante, legata all'impostazione del bando di gara, è quella che valorizza il dato della discrezionalità «strumentale»¹¹⁹, in ordine alla previsione di poter «inasprire» i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri di valutazione delle offerte in una fase successiva. La discrezionalità strumentale definisce un *set* di regole autovincolanti ma allo stesso tempo costituisce una strategia di negoziazione dell'amministrazione; si rivela un potere «regolatorio e decrescente»¹²⁰.

Questa declinazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti si sostanzia nella possibilità di prevedere requisiti e parametri aggiuntivi rispetto a quelli minimi previsti per legge e risponde alla duplice esigenza di individuare il miglior *partner* contrattuale e rendere più trasparente l'operato della stazione appaltante.

Proprio in quest'ultima accezione, la flessibilità di cui gode la stazione appaltante nel predisporre il bando di gara può essere indirizzata all'individuazione di misure di contrasto alla corruzione, ulteriori rispetto a quelle imposte dal dato normativo. Peraltro, la previsione di cautele contro i fenomeni corruttivi sarebbe pienamente compatibile con i limiti che la discrezionalità strumentale non deve violare, ossia la lesione ingiustificata della concorrenza, la quale, al contrario, sarebbe maggiormente tutelata.

Un'interessante soluzione, applicabile tuttavia solo alle forme di PPP contrattualizzato, che con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 hanno trovato consacrazione legislativa, è da rintracciare nella c.d. discrezionalità strategica¹²¹.

¹¹⁹ Sul tema, cfr. P. Portaluri, *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex d.lgs. 231/01*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 91 ss., «la discrezionalità rappresenta un potere di scelta che attiene al merito dell'azione amministrativa, giustificato dall'esigenza di garantire all'amministrazione l'affidabilità tecnica, morale e finanziaria dei partecipanti. Dalla necessità di ancorare la valutazione della serietà di un'impresa non solo a elementi definiti dalla normazione generale, ma anche a criteri più aderenti alle esigenze specifiche e concrete sottese alla singola procedura, così da precisare i contorni e quindi tutelare meglio l'interesse pubblico alla selezione del miglior contraente possibile. La stazione appaltante è tuttavia tenuta a indicare nel bando in modo chiaro i requisiti di partecipazione richiesti e le modalità di redazione delle offerte, al fine di evitare che sia compromesso il principio di libera concorrenza. Questo potere incontra un limite sensibile: la fissazione di requisiti e parametri di valutazione aggiuntivi rispetto a quelli minimi di legge deve essere esercitato in modo non discriminatorio, logico, ragionevole e proporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto». La finalità è quella di garantire un «buon controllo sui processi reali dell'economia».

¹²⁰ S. Vinti, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: la diversificazione delle regole e la tutela dei principi*, Padova, 2002, 1195 ss. Sul tema, per le implicazioni giuridiche, cfr. F. Fracchia, *Finanza di progetto: profili di diritto amministrativo*, in F. Fracchia, G.F. Ferrari (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 64 ss. Infine, si v. M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità*, cit., 159 ss., per un'analisi della strategia di contrasto ai rischi derivanti dalle scelte dell'amministrazione e il ruolo svolto dalla discrezionalità strumentale.

¹²¹ Cfr. M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità*, cit., 154 ss.

Tale declinazione della natura delle scelte amministrative, che nasce per consentire all'amministrazione di adattare le proprie richieste a ciò che il mercato offre attraverso un flusso di informazioni continuo e ininterrotto tra settore pubblico e privato, e consentire all'amministrazione di rideterminare continuamente lo stesso interesse pubblico¹²², può essere utilizzata per individuare eventuali rischi di fonte corruttiva.

In questo modello, la valorizzazione del paradigma collaborativo durante l'intera fase della negoziazione può consentire all'amministrazione di assorbire nel proprio bagaglio cognitivo gli strumenti per individuare in anticipo fattori o rischi di corruzione.

In sintesi, la discrezionalità strategica – definita «un potere crescente, il carattere irriflesso dell'amministrazione»¹²³ – consente alla stazione appaltante di rideterminare continuamente le proprie esigenze in relazione alle informazioni acquisite, e non pare illogico poter usufruire di tali dati anche per affrontare le patologie corruttive.

3.2 *Equità ed etica amministrativa: la necessità di pervenire a una discrezionalità responsabile*

L'esigenza di rinvenire una soluzione al fenomeno corruttivo al di fuori del dato normativo, legata anche all'insuccesso dei tentativi effettuati dal legislatore nel corso degli ultimi venticinque anni, impone di trasporre il piano della ricerca su un piano extragiuridico, che involge temi quali l'etica amministrativa e la morale, intesi anche quali corollari, o semplici sfumature, del concetto di equità, «tema oggetto di un consistente ostracismo»¹²⁴ nel diritto amministrativo.

La discrezionalità può rivelarsi, alternativamente, una possibile risorsa per eventi corruttivi o uno strumento virtuoso di cui sono titolari amministrazioni oneste¹²⁵, da dirigere attraverso la promozione di valori etici e morali, incorporabili attraverso il prisma dell'equità.

¹²² G.D. Comporti, *Lo stato in gara*, cit., 279, l'amministrazione deve essere «diffidente verso atteggiamenti mentali inflessibili e regole valide in ogni caso».

¹²³ P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005, 377 ss.

¹²⁴ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 374 ss.

¹²⁵ S. Belligni, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici*, Torino, 1999, 20 ss.; la discrezionalità, se non intesa quale mera tecnicità basata su principi scientifici e politicamente neutrale, si può rivelare lo strumento più adeguato di contrasto al malcostume diffuso. «Il crescente impegno gestionale e decisionale delle burocrazie statali richiede una maggiore facoltà di assumere decisioni autonome da parte dell'agente pubblico: in questa contraddizione tra dovere di dar conto e crescita di discrezionalità è riassunto un dilemma fondamentale dei sistemi amministrativi contemporanei. Incompletezza dei contratti e asimmetrie informative costituiscono i fattori strutturali, solo in parte controllabili, che spiegano la possibilità di deviazioni

Il dibattito sul tema dell'equità nel diritto amministrativo¹²⁶ – che non può essere indagato in questa sede in maniera analitica – non ha avuto, almeno originariamente, sviluppi significativi ed è stata condizionata da una iniziale presa di posizione di Cammeo¹²⁷, secondo cui l'equità era «ammissibile per regolare le facoltà discrezionali dell'amministrazione»¹²⁸.

L'equità consente di trasporre la ricerca delle soluzioni, anche in tema di corruzione, da un piano giuridico a uno extragiuridico, attraverso principi che integrano la disciplina legislativa di matrice positiva, ma che sono esterni ad essa. Si riconduce l'equità «all'eterointegrazione del sistema quale attività discrezionale, nella quale emerge l'interesse del soggetto ad ottenere un giudizio che vada oltre i precetti della legge formale»¹²⁹.

L'equità, che ha strutturalmente carattere polisemico¹³⁰, specie se calata nel diritto amministrativo, in questa analisi è concepita quale strumento di rinvio a concezioni etiche o morali¹³¹. L'equità è la forza etica che realizza il diritto e lo accompagna in ogni sua manifestazione¹³²; inoltre, «quando si dice equità si vogliono significare le esigenze della moralità»¹³³.

e di transazioni improprie. Questi fattori sono alla radice della discrezionalità dell'agente pubblico e della possibilità che questi ha di usare opportunisticamente e occultamente tale discrezionalità per obiettivi privati contro l'interesse dell'amministrazione stessa. E in virtù di questa ineliminabile, seppur variabile, discrezionalità che l'agente può abusare della sua autorità».

¹²⁶ Senza pretesa di esaustività, cfr. F. Cammeo, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss.; U. Forti, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, 85 ss.; F. Merusi, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.: «l'equità è la causa *efficiens* per giungere all'identificazione di principi generali non scritti, integrativi della disciplina legislativa»; G. Bottino, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; L.R. Perfetti, *Diritto a una buona amministrazione ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 789 ss. secondo cui l'equità è stata combattuta aspramente per oltre due secoli proprio per la sua capacità strutturale di rinviare a regole esterne alla legge, con la pretesa di integrare o modificare il dato normativo. Per l'analisi delle ragioni della diffidenza del diritto amministrativo nei confronti del tema, cfr. S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993, 286 ss. Inoltre, è opportuno rilevare la posizione di G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 303, per il quale l'equità impone alla pubblica amministrazione l'osservanza di norme non giuridiche e tuttavia obbligatorie.

¹²⁷ Sul tema, in senso ampio, cfr. F. Merusi, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, 413 ss.

¹²⁸ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, l'interesse per l'equità nasce dall'intento di commisurare istituti e principi di teoria generale elaborati dalla dottrina civilistica con la nuova materia amministrativa, per saggiarne l'estensibilità al diritto amministrativo e metterne in rilievo gli eventuali tratti differenziali.

¹²⁹ F. Petrillo, *L'equità nell'ermeneutica giuridica di E. Betti*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1991, 349.

¹³⁰ Cfr. M.S. Giannini, *L'equità*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1941, 39 ss., l'equità può essere interpretata come bonomia, clemenza, temperamento degli effetti della norma, semplice esigenza logica o rinvio a convinzioni morali, etiche, filosofiche o religiose.

¹³¹ Per un approccio al tema, cfr. A. Casu, *Etica e diritto*, in *Rass. Parl.*, 2016.

¹³² P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 140 ss.

¹³³ M. Marinoni, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, in *Filangieri*, Milano, 1914, 481 ss.

L'obiettivo perseguito è quello di avvalorare l'idea secondo cui l'equità richiami un ideale di giustizia che la legge non è in grado di assolvere¹³⁴, ponendosi quale strumento di risoluzione del fenomeno corruttivo, superando anche il dualismo tra prevenzione e repressione, che risulterebbero sintetizzate in un valore superiore.

D'altronde, come autorevolmente rilevato quasi un secolo fa, l'equità consente di introdurre nell'ordinamento «norme che originano in parte dai principi generali della legislazione, ma in parte anche dal complesso delle idee morali, sociali ed economiche che in un dato popolo e in un'epoca determinata si considerino le migliori per regolare i rapporti umani e costituisce alcunché di comunemente accettato»¹³⁵.

In questa trattazione, l'etica è concepita nella sua dimensione sociale, una sorta di etica collettiva, che però può essere declinata in termini di etica pubblica o amministrativa (*ethics in government*¹³⁶ o *administrative ethics*). Tale prospettiva è legata all'idea secondo cui «risiede nella perversione morale l'origine di ciò che, con una sineddoche che confonde causa ed effetto, è conosciuto nel linguaggio comune come corruzione»¹³⁷.

¹³⁴ In senso conforme M. Golden, L. Picci, *Corruption and the management of public works in Italy*, in S. Rose-Ackerman (a cura di), *International Handbook of economic corruption*, 2006, il caso italiano mostra come le giuste leggi siano di per sé insufficienti a impedire che la corruzione diffusa prenda piede. In senso contrario, si pone l'idea secondo cui occorrerebbe limitare al massimo ogni richiamo all'equità, perché essa sarebbe nemica della giustizia; sul tema, si consenta di rinviare a A. Schopenhauer, *Sul fondamento della morale*, Torino, 1961, 353. In senso critico, L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 387 ss., «il contrasto tra equità e legalità appare più presunto che reale e dipende in modo decisivo dalla nozione di equità in senso giuridico che si assume. Poiché possa condursi un discorso giuridico sull'equità, essa dovrà essere intesa come clausola generale, attraverso la quale l'ordinamento legale si estroflette e si riferisce ad una regola giuridica non legale. Non sembra inopportuno vedere nell'equità una di quelle clausole generali che operano in modo estroflesso, richiedendo l'integrazione del comando legale attraverso il rinvio a regole dell'ordine giuridico della società».

¹³⁵ G. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933, 95. In senso contrario, G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 255 ss., «il diritto in genere e quello amministrativo in specie devono essere considerati come un complesso di comandi emanati dallo Stato. L'equità non è fonte del diritto più che non lo siano l'interesse pubblico, l'opportunità, la natura delle cose, la necessità, l'urgenza poiché né da per sé esprime una norma giuridica (fatto di produzione giuridica), né, tantomeno, costituisce un atto di produzione giuridica poiché altrimenti occorrerebbe dimostrare che esiste nel nostro ordinamento in principio espresso o sottinteso, per il quale un organo o un ente pubblico è legittimato a porre in essere norme aventi il loro esclusivo fondamento nell'equità nel senso che, ove ricorrano ragioni di equità, quell'organo o soggetto venga automaticamente investito del potere di formulare norme giuridiche».

¹³⁶ J.S. Bowman, *Ethics in Government: A National Survey of Public Administrators*, in *Public administration review*, 1990, 345 ss.; P.A. French, *Ethics in Government*, Canada, 1983.

¹³⁷ J. González, *Corrupción y justicia democrática*, Madrid, 2000, 97 ss., «la depravazione morale è la causa di ogni condotta illecita, in quanto essa precede la materializzazione delle distinte fattispecie giuridiche, politiche o economiche».

I primi studi sull'etica pubblica risalgono al volume pubblicato nel 1880 sul servizio civile britannico, incentrato sulla tesi secondo cui fosse moralmente raccomandabile la difesa della professionalità¹³⁸.

Il dibattito sull'etica pubblica e sulla "moralità amministrativa" in Italia ha radici antiche e nel corso degli anni ha mutuato in parte le suggestioni sul dibattito maturate dalla dottrina francese¹³⁹.

L'etica pubblica¹⁴⁰, nella ricostruzione autorevole della dottrina italiana, consiste nell'«agire di ogni pubblico agente nell'esercizio delle funzioni che gli sono affidate, con disciplina e onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione che nel suo complesso si pone al servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima»¹⁴¹.

«L'etica rende la democrazia compiuta e offre i prerequisiti per l'elaborazione della buona politica»¹⁴² e richiama quella che, nella letteratura internazionale e in senso ampio, è definita *integrity*¹⁴³.

La questione dell'etica pubblica è legata indissolubilmente alla nozione, elaborata dalla dottrina pubblica tedesca, della *regulierte Selbstregulierung*¹⁴⁴ (letteralmente, autoregolazione regolata) che involge la tematica dei codici di condotta¹⁴⁵,

¹³⁸ Si v. D.B. Eaton, *Civil service in Great Britain: a history of abuses and reforms and their bearing upon American politics*, New York, 1880. Per una rassegna storica degli studi in tema di etica amministrativa, T.L. Cooper, *The emergence of administrative ethics as a field of study in the United States*, in T.L. Cooper (a cura di), *Handbook of administrative ethics*, New York, 2000; E. Etzioni-Halevy, *Exchanging material benefits for political support: a comparative analysis*, in J. Heidenheimer (a cura di), *Political corruption*, New Brunswick, 1997, sostiene che il livello di corruzione è una variabile dipendente dal basso livello di professionalità del servizio civile.

¹³⁹ Cfr. L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Parigi, 1962, 44 ss.

¹⁴⁰ Cfr. P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica*, cit., 35 ss.

¹⁴¹ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, 2010, 90 ss., «apparati anche non corrotti possono nel loro concreto funzionamento, e anche nel comportamento dei singoli agenti, non rispondere nella loro azione ai principi dell'etica pubblica». Per una lettura pretoria, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2001, n. 2959, in *Foro amm.*, 2001, 1155.

¹⁴² D.F. Thompson, *The possibility of administrative ethics*, in *Public administration review*, 1985, 555 ss.

¹⁴³ F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione*, cit., 4, «la centralità dell'etica pubblica ci riporta al concetto, che ritroviamo nella letteratura internazionale e nelle politiche nazionali e OCSE, di *integrity*: le politiche sull'integrità ricomprendono trasparenza, etica pubblica e prevenzione dei fenomeni di corruzione. In modo da indurre un intervento di tipo sistemico sul versante della prevenzione della corruzione». Sul tema della *public integrity*, cfr. J.S. Bowman, *Ethical frontiers in public management*, New York, 1991.

¹⁴⁴ H. Stockaus, *Regulierte Selbstregulierung im europäischen*, Heidelberg, 2015.

¹⁴⁵ Sul tema, cfr. G. Sirianni, *Etica pubblica e prevenzione*, cit., 927 ss., «una spirale virtuosa deve contrapporsi alla spirale corruttiva. Ai disposti legislativi si aggiungono le regolamentazioni interne, le consuetudini, le convenzioni, le prassi. Tutti questi strumenti, quali risultanti da una stratificazione storica spesso incoerente, in una prospettiva di promozione dell'etica pubblica del personale politico, dovrebbero essere oggetto di una manutenzione assidua e di un aggiornamento costante, nel quadro di una azione coerente unitaria, ispirata a valori e principi costituzionali adeguatamente bilanciati, perseguita col concorso delle molteplici forme in cui la rappresentanza politica si esplica, generando *status* differenziati»; E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 319 ss.; S. Belligni, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici*, Torino, 1999.

dei protocolli e delle *best practices*, che possono essere adottate con profitto come misure anticorruzione, intese quali precauzioni ausiliarie rispetto alla degenerazione delle condotte degli incaricati di funzioni pubbliche e quali espedienti di moralizzazione dell'*agere* pubblico, anche in relazione ai contratti pubblici.

Per non tradire il richiamo operato in precedenza alla nozione di equità, l'analisi verte sulle modalità attraverso le quali l'etica pubblica può orientare la discrezionalità delle stazioni appaltanti e non si sofferma sui codici di condotta, i quali, qualora siano approvati con legge, presuppongono il rispetto di un dato normativo¹⁴⁶.

La distinzione tra regole morali positivizzate in una disposizione e etica amministrativa, intesa quale criterio guida per le amministrazioni, è sintetizzata magistralmente da un filosofo tedesco: «la coscienza morale comanda obbedienza senza avere la prova che il comando sarà eseguito, la coscienza non può convince-

¹⁴⁶ P. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, I, Milano, 1970, 445 ss., accogliendo un approccio di segno giuspositivista, «non si tratterebbe di doveri propriamente detti, o per meglio dire di principi provvisti di una reale consistenza normativa, ma di valori metagiuridici, ideali o addirittura di proclamazioni retoriche». Si deve anche osservare che il livello di precisione delle norme tecniche o dei codici etici è superiore alle normali fattispecie legali; Comité de Gestión Pública, *La ética en el servicio público*, Madrid, 1997, «la crescente complessità e individualizzazione delle società hanno generato strutture sociali più difficili da comprendere insieme a norme e valori ampiamente divergenti. L'indeterminazione delle norme non si arresta alle porte del servizio pubblico»; E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici"*, cit., 321 ss., «si è assistito, a partire dalla prima parte degli anni Novanta, alla proliferazione di strumenti normativi volti a indicare agli appartenenti ad un'organizzazione o agli esponenti di una categoria, i *boni mores*. Le possibili chiavi di lettura del fenomeno sono molteplici: ai codici di condotta si ricorre tanto per codificare l'esistente, quanto per stabilire norme nuove. Vi si ricorre, ancora, quando cresce il divario tra norme e comportamenti reali, o per agevolare il rispetto delle leggi, o per integrare norme consuetudinarie insufficienti. I codici etici sono ascrivibili a un modello regolativo di carattere generale, di codificazione etica in senso ampio, entro il quale rientrano anche fenomeni quale quello della codificazione deontologica. Il permanere di un malcostume diffuso entro la dimensione amministrativa e burocratica, ma anche la crescente necessità, in un contesto politico sociale in cui vanno perdendosi sempre di più le regole condivise, quali regole esse si di 'buona condotta', impone la necessità di nuovi interventi rivolti alla (ri)costruzione dell'*ethos* del funzionario, come anche spinge alla riscoperta degli strumenti di cui il nostro ordinamento già si era dotato. Si tratta di raccolte di disposizioni, rivolte in particolare a regolare l'area grigia della condotta amministrativa, nella quale la dimensione etica delle scelte e dei comportamenti individuali è molto forte, ed in cui il raccordo tra funzione pubblica da perseguire e interessi privati del funzionario è particolarmente delicato. I codici etici sono formulati come supporto alla decisione, ed alla valutazione interna esterna alla condotta, vale a dire in termini positivi, che non quali divieti e obblighi»; D. Della Porta, A. Vannucci, *Corruzione*, cit., 481 ss., le norme contenute nei codici etici mirano a innescare l'interiorizzazione di valori e la creazione di meccanismi virtuosi nella condotta dei funzionari pubblici. Sul tema, cfr. S. Cassese, *I codici di condotta*, in *Documenti giustizia*, 1994, 1371 ss.; Dipartimento della funzione pubblica, *I codici di condotta. Proposta e materiali di studio*, Roma, 1993. Per un'analisi su scala transnazionale del tema, cfr. A. Stark, *Public sector conflict of interest at the federal level in Canada and the U.S.: differences in understanding and approach*, in *Public administration review*, 1992, 427 ss.; C.W. Lewis, *Ethics codes and ethics agencies: current practises and emerging trends*, in H.G. Frederickson (a cura di), *Ethics and public administration*, New York, 1993, 136 ss. In una prospettiva ampia, sul rapporto tra etica e codificazione delle regole di condotta, cfr. S. Stacca, *La giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali. Riflessioni sulla cd. autodisciplina: in particolare il momento normativo e il momento sanzionatorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 507 ss., «attraverso la codificazione delle regole di condotta riconducibili a gruppi organizzati si assiste al passaggio dell'etica nella dimensione giuridica. Con la codificazione si assiste alla progressiva attribuzione della rilevanza giuridica a precetti prima affidati alla coscienza individuale del singolo». K. Kernaghan, *La promozione dell'etica del servizio del servizio pubblico. La via dei codici*, in *Il nuovo governo locale*, 1955, 29 ss., «un codice etico è una dichiarazione di principi e *standard* comportamentali relativi alla corretta condotta dei funzionari pubblici».

re né costringere. La responsabilità penale è la più personale e la più inalienabile delle proprietà umane, è incondizionata e illimitata»¹⁴⁷.

Le disposizioni che costituiscono la c.d. costituzione morale, tra le quali integrità personale, etica e lealtà organizzativa, possono risultare elementi ininfluenti o fattori rilevanti – variabilità legata alla carenza di *vis* precettiva di tali principi – la cui incidenza è legata alla presenza di determinate condizioni ambientali. Il contrasto alla corruzione deve essere condotto attraverso la declinazione di tali valori in «obbligazioni dell'onestà»¹⁴⁸ o «incentivi etici»¹⁴⁹.

L'obiettivo sistemico che si intende raggiungere attraverso l'istituzionalizzazione dell'etica amministrativa è il miglioramento del clima morale di una determinata istituzione, al fine di implementare e recuperare la fiducia dei cittadini.

L'etica amministrativa può svolgere una duplice funzione: indirizzare il comportamento dei pubblici agenti e tipizzare una serie di impegni e responsabilità, integrando i precetti previsti dalla legge o dai contratti, che sono, per natura, incompleti, a presidio di quella zona grigia tra la corruzione e legalità¹⁵⁰.

Con un ossimoro, queste regole dell'agire, che possono essere definite precetti etici, o *moral suasion*, come li definisce la dottrina statunitense¹⁵¹, devono porsi l'obiettivo di orientare le scelte dell'amministrazione – e della stazione appaltante per l'analisi svolta in questa sede – verso la discrezionalità responsabile o informata.

Tale declinazione specifica della discrezionalità amministrativa presuppone una duplice funzione svolta, a monte, dai principi etici. In primo luogo, una funzione pedagogica, di interiorizzazione dell'integrità amministrativa da parte dei

¹⁴⁷ Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, Milano, 2010, 254 ss.

¹⁴⁸ A. Sen, *Resources, values and development*, Oxford, 1984.

¹⁴⁹ J.A. Rohr, *Questioni etiche nella pubblica amministrazione francese: uno studio comparato (trad. it.)*, s.l., 1996, esistono due modelli di etica per la pubblica amministrazione, tra i quali esiste una tensione irrisolta e un equilibrio difficile. Un primo modello, definito *ethos* burocratico, comprende i principi di lealtà, imparzialità, competenza e neutralità politica. Un secondo modello, l'*ethos* democratico, è improntato ai principi di equità sociale e fa riferimento ai valori della cittadinanza repubblicana. Sul tema, si v. G. Pellegrino, *Etica pubblica*, Roma, 2015, 52, «le qualità morali richieste ai politici, e ai pubblici funzionari in genere, sono quelle necessarie a svolgere le funzioni essenziali all'integrità e la coesione dello Stato (*l'ethos repubblicano*). L'idea implicita in questa tesi è che ci siano le basi morali – sentimenti di lealtà reciproca, interesse per i benefici derivanti da un'equa cooperazione – i quali consentono alle comunità politiche di rimanere unite e di garantire certi fondamentali diritti di libertà ed eguaglianza».

¹⁵⁰ N. Pasini, *Etica e pubblica amministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere*, Roma, 1996, 31 ss., l'etica pubblica tende a minimizzare i rischi di malcostume amministrativo che le prescrizioni di legge e i contratti non sono in grado di eliminare o elidere, tanto più che la complessità e la varietà dei compiti amministrativi e gestionali di cui sono titolari le amministrazioni impone una crescente attribuzione di autonomia operativa e di discrezionalità dei pubblici agenti. Sulla necessità di supplire o integrare una disciplina legislativa lacunosa attraverso codici di condotta, cfr. F. Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia contrattuale e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 125 ss.

¹⁵¹ R.W. Cox, S. Buck, B. Morgan, *Public Administration in Theory and Practice*, Londra-New York, 2015, 23.

funzionari e, in secondo luogo, una funzione dissuasiva verso le derive corruttive dei relativi comportamenti.

Questa strategia di contrasto, diretta a porre al centro del sistema l'etica amministrativa, in relazione alla contrattualistica pubblica svela il limite strutturale di poter essere impegnata solo nella fase di scelta del contraente. Nella fase dell'esecuzione del contratto, la corruzione è perpetrata attraverso modifiche occulte dell'oggetto degli accordi o attraverso l'utilizzo distorto dei subcontratti, e non attraverso un condizionamento illecito della discrezionalità, nel suo senso dinamico, di scelta del contraente.

L'etica amministrativa deve essere pertanto garantita attraverso i modelli dei *compliance and ethics programs*¹⁵², diretti a garantire un'effettiva implementazione dell'integrità morale dei funzionari, e non deve essere interpretata quale mero *slogan* propagandistico o essere intesa quale inutile appesantimento burocratico.

In questa prospettiva, l'indagine compiuta sposta il baricentro delle soluzioni su un terreno extragiuridico, che richiede, e per certi versi impone, una generale moralizzazione dell'agire amministrativo; questa considerazione appare del tutto coerente con la posizione di chi ha sostenuto che «la ricerca delle strette maglie a garanzia della legalità non può e non deve pregiudicare la velocità delle procedure di aggiudicazione e la certezza delle prestazioni oggetto di appalti».

In conclusione, per predisporre un apparato normativo adeguato al nemico da combattere – che, ad opinione di chi scrive, deve necessariamente essere integrato nella legislazione per l'affidamento delle commesse pubbliche – è necessario scalfire l'incrollabile e diffusa convinzione dell'incertezza dei dati che connotano un male così decisivo per lo sviluppo di una nazione; non si può ragionare sul sempre scivoloso terreno delle ipotesi e dei sospetti.

Appare decisivo – se non per il risanamento definitivo, quantomeno per la prescrizione di una cura adatta – abbandonare il suggestivo ma irrealistico campo della percezione, delle supposizioni e delle congetture, perché gli effetti collaterali potrebbero rivelarsi più dannosi del male stesso.

I dati giudiziari, fondati sulle condanne o ancor più sui processi penali in corso, e le analisi condotte sulla mera percezione rivelano una situazione difforme da quella reale, e, in maniera provocatoria, si può affermare che il «sentimento più presente nell'agire odierno delle pubbliche amministrazioni non sia la disonestà, ma la paura»¹⁵³.

¹⁵² G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 140, «un ruolo significativo nel controllo della qualità delle prestazioni può essere esercitato anche dalla società civile, dai cittadini, consumatori e utenti anche associati, soprattutto ove si estendano anche alla fase di esecuzione i principi di trasparenza e pubblicità mediante strumenti IT (*open data*)».

¹⁵³ F. Pinto, *La corruzione, Caporetto e "la sindrome del generale Cadorna"*, in www.lexitalia.it, 2017, «la lettura della cattiva gestione delle risorse finanziarie pubbliche come se fosse solo, o almeno prevalentemente,

4. *Sintesi dei risultati raggiunti e conclusioni*

Appare opportuno fissare i punti cardinali minimi della trattazione, attraverso una ricognizione e una sintesi dei risultati e delle consapevolezze – seppur soggette a costanti variazioni – raggiunte nel corso dell'indagine.

La difficoltà stessa di tratteggiare i contorni – da una prospettiva dogmatica – del sostantivo oggetto dell'indagine, palesa le incertezze che caratterizzano l'intero plesso di soluzioni che l'ordinamento, nel suo agire complessivo, è tenuto a predisporre.

Il dato oggettivo di partenza deve necessariamente essere l'eterogeneità della natura e relativa della manifestazione del fenomeno, che eccede i confini entro i quali il diritto penale rappresenta un reato con la stessa nomenclatura; la corruzione configura la distrazione non di un potere, ma di una funzione amministrativa, per fini privati¹⁵⁴.

Un ulteriore – se non il principale – elemento di difficoltà è rappresentato dalla carenza di dati attendibili, o dalla fuorviante e approssimativa stima fornita da indagini che si basano unicamente sulla percezione, in relazione a un problema che invece ha bisogno di essere analizzato in modo dettagliato. La conseguente, e talvolta errata, predisposizione delle misure di contrasto deriva proprio da questa iniziale inconsapevolezza, che favorisce il relativismo delle valutazioni, e quindi delle scelte politiche e amministrative.

Affrancare i discorsi dalla corruzione dall'imponderabilità dei dati ha un rilievo nodale, altrimenti si corre il rischio di imbattersi in soluzioni temporanee

una storia di corruzione – intendendo per tale il complesso dei reati contro la pubblica amministrazione – corre, peraltro, il rischio proprio di delegittimare chi è chiamato a combatterla. Il punto centrale è infatti, e resta, il controllo non dell'amministrazione, ma sull'amministrazione»; in senso conforme, cfr. M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. Fed.*, 2013, 658 ss., «l'amministrazione viene guardata con sospetto e l'accessibilità delle informazioni viene proposta come argine ai suddetti fenomeni, in virtù della sua idoneità a favorire forme diffuse di controllo. Per quanto riguarda invece le finalità della trasparenza, è importante evitare il rischio che, in base alla formulazione del primo comma dell'art. 1 del d.lgs. 33/2013, l'attenzione degli interpreti si focalizzi esclusivamente sull'accezione della trasparenza come preliminare a forme diffuse di controllo sull'operato dell'amministrazione e sull'uso delle risorse pubbliche, nonché sulla valutazione dell'operato dei dipendenti. Ora non c'è dubbio che tale finalità sia molto importante, ma è importante che la trasparenza non venga letta unicamente quale strumento anticorruzione o comunque come strumento di controllo sull'amministrazione, cristallizzandosi nella rigida separazione che caratterizza la dinamica controllore/controlato».

¹⁵⁴ L'affermazione deve essere letta partendo dai presupposti posti in essere da S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 445 ss., che opera una distinzione tra funzionalità e funzionalizzazione; la nozione di funzionalità è collegata alla concezione di funzione in senso oggettivo. La funzionalizzazione implica l'intervento di un fattore esterno su una certa entità dotata di capacità dinamica per piegare questa a un determinato fine; la funzionalità implica una qualità di quella entità che di per sé tende a un fine. Da qui è possibile ricavare che la funzione è una struttura, il potere giuridico è un'energia sociale e autonoma. Sul tema, cfr. D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2004, 243, il quale sintetizza potere e funzione in una singola fattispecie, l'operazione amministrativa.

o palesemente errate nel metodo, e quindi, di conseguenza, nell'approdo finale. L'impressione è che la dottrina e la giurisprudenza si siano adagate su tale circostanza, tanto da assumerla quale dogma insuperabile da cui partire per sviluppare qualsiasi tipo di analisi.

I costi generati dalla corruzione possono essere suddivisi in due categorie, non necessariamente alternative tra loro¹⁵⁵: i costi sociali, effettivamente imponderabili, le cui conseguenze sono percepibili solo nel lungo periodo, e quelli sistemici, oggetto delle approssimative stime di cui si è ampiamente detto.

Un elemento incontestabile è quello riguardante l'avvenuta transizione da una corruzione definita di sistema a una corruzione di matrice individuale; in altri termini, non ci si confronta più un problema di tipo sociale. Questa considerazione è decisiva per apprezzare l'attuale configurazione del fenomeno, specie se calato in tema di affidamento di commesse pubbliche.

Inoltre, la discussa necessità di operare su un piano preventivo, e non solo repressivo, non può che essere condivisa, anche se è opportuno chiarire che cosa s'intenda con prevenzione e sottolineare la necessità di operare con strumenti anche non giuridici in senso stretto. Il rischio risiede nell'operare solo con uno slogan propagandistico, svuotato di sostanza.

Un ulteriore approdo della ricerca condotta, in ordine alla specifica declinazione delle commesse pubbliche, svela che la sottoposizione a stringenti obblighi di trasparenza e pubblicità della fase di scelta del contraente in senso stretto non elimina di per sé la corruzione, ma induce la stessa a migrare verso fasi assoggettate a forme più blande di controllo, quali, ad esempio, la fase esecutiva del contratto.

L'alternarsi dei rimedi adottati, che hanno esplorato ogni singolo sentiero e palesato l'esecuzione concreta delle più disparate volontà politiche, soprattutto nella fase di affidamento del contratto, non hanno condotto a risultati soddisfacenti, anche se la situazione complessiva non è così critica come svelato dagli svianti indici della corruzione percepita.

La soluzione prospettata in questa sede, prescinde dalle misure eteroimposte (*id est* la trasparenza) – che possono risultare una componente statica importante, ma non dirimente per la risoluzione della questione *de qua* – ma indaga la tenuta della corretta declinazione dell'esercizio del potere discrezionale da parte della stazione appaltante. La trasparenza corre il rischio di essere un termine abusato e quindi di perdere significato.

¹⁵⁵ In tal senso, si v. F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in *Federalismi.it*, 2014, «Ogni diseguaglianza è un attentato alla coesione sociale e ha una forza disaggregante, e in ultima analisi disgregante, di una comunità. Non esiste una politica del settore pubblico, ma una serie di azioni convergenti verso l'efficienza del sistema amministrativo e la sua sottrazione a fenomeni di *maladministration* e di corruzione».

La necessità di recuperare la centralità dell'etica quale valore primario dell'intera azione amministrativa è presupposto indefettibile per limitare la componente corruttiva nell'esecuzione di opere pubbliche; «l'etica rende la democrazia compiuta e offre i prerequisiti per l'elaborazione della buona politica»¹⁵⁶.

L'intero plesso di rimedi indicati in questa prima parte d'indagine può essere sintetizzato con la nozione omnicomprensiva di *integrity*.

Sul piano metodologico, è opportuno che la discrezionalità responsabile non si converta nella standardizzazione dell'attività o delle procedure, ma al contrario, l'intera filiera di queste deve essere informata ad un paradigma etico.

È opportuno, con una chiosa finale, rinviare a un istituto, fin troppo vilipeso dalle ultime tendenze legislative, che tuttavia richiede un autonomo approfondimento, quale quello dei controlli amministrativi.

Come rilevato, in maniera interamente condivisibile, in tema di controlli «vien fuori la schizofrenia tutta italiana: dopo averli aboliti quasi del tutto, tutti a rimpiangere i controlli del passato; la tematica dei controlli va ripensata *funditus*, perché servono controlli moderni ed efficaci, controlli capaci di penetrare la gestione senza paralizzare l'azione»¹⁵⁷.

¹⁵⁶ D.F. Thompson, *Paradoxes of government ethics*, in *Public administration review*, 1992, 254 ss.

¹⁵⁷ F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione*, cit., 9.

Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale

Il tema della corruzione nei contratti pubblici rappresenta il punto di emersione di numerose tematiche classiche del diritto amministrativo e i rimedi prospettati dal legislatore e dalla dottrina per contrastare tale fenomeno patologico oscillano tra misure eteroimposte, quali, ad esempio, trasparenza e ruolo delle autorità indipendenti, e soluzioni di matrice procedimentale – prospettiva prescelta in questo saggio – in un'ottica diretta a recuperare e valorizzare la discrezionalità, nella sua veste di farsi della decisione amministrativa.

Corruptive phenomena in the awarding of public tenders: multilevel discretion as a procedural matrix solution

The issue of corruption for the awarding of public contracts represents the conceptual intersection of several classic issues of administrative law and the remedies adopted to address this problem, as set out by the legislator and scholars, fluctuate between the so-called hetero-imposed measures, including transparency and the role of independent authorities, and procedural solutions – i.e. the perspective chosen in this paper – with a view to recovering a key role for administrative discretion.

Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici

Chiara Guardamagna

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il quadro normativo delle procedure aggregate. – 3. La disciplina dell'*e-procurement*. – 4. Gli istituti di riferimento: centrali di committenza e soggetti aggregatori. – 5. La digitalizzazione intesa come processo. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'aggregazione delle procedure di acquisto è senz'altro una delle cifre dell'attuale Codice dei contratti pubblici¹. Non si tratta di una vera e propria novità, considerato che anche prima della riforma, soprattutto attraverso il filone degli interventi legislativi di razionalizzazione della spesa pubblica (cd. *spending review*), si è progressivamente affermata la tendenza a favorire e talvolta ad imporre la centralizzazione degli acquisti². Nondimeno è proprio il nuovo assetto

¹ Il vigente Codice dei contratti pubblici è stato adottato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 come risulta espressamente dalla stessa intitolazione dell'articolo dopo le modifiche apportate dall'art. 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (il cd. Correttivo). L'originaria rubrica del d.lgs. 50/2016 era «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». La preferibilità dell'intitolazione «Codice dei contratti pubblici» era già stata rilevata dal Consiglio di Stato in sede consultiva, in quanto ritenuta meglio rispondente all'aspirazione di organicità manifestata dal legislatore interno che aveva inteso unire al recepimento delle direttive europee un riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici. V. Cons. Stato, Commissione Speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855 (sullo schema di d.lgs. che diventerà n. 50/2016) e parere 30 marzo 2017, n. 782 (sullo schema di correttivo al d.lgs. 50/2016 che diventerà il d.lgs. 56/2017). V. altresì l. 28 gennaio 2016, n. 11 con cui è stata conferita la delega funzionale al recepimento delle direttive ed al riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

² Tra le disposizioni più significative al riguardo si segnala l'art. 9 d.l. 24 aprile 2014 n. 66 convertito con modific. in l. 23 giugno 2014 n. 89 che ha istituito presso ANAC l'elenco dei soggetti aggregatori fissandone il numero massimo in 35. Ancora più stringente l'intervento della l. 28 dicembre 2015 n. 208 (Legge di stabilità 2016) che ha dedicato diverse previsioni al rafforzamento della centralizzazione degli acquisti quale misura di razionalizzazione e di contenimento della spesa pubblica. Per una ricostruzione del quadro normativo sugli

di disciplina a riconoscere all'istituto, come mai prima, un ruolo di fondamentale rilievo nell'organizzazione degli affidamenti pubblici. A regime, infatti, saranno le centrali di committenza e i soggetti aggregatori a governare pressoché interamente le gare ad evidenza pubblica insieme alle regole di qualificazione³ delle stazioni appaltanti.

È una scelta di sistema che, unitamente ai processi di digitalizzazione a cui si accompagna, risulta preordinata a soddisfare esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica e di implementazione del grado di efficienza della pubblica amministrazione nelle procedure di acquisto. In modo da perseguire obiettivi di risparmio, di miglior utilizzo delle risorse pubbliche e di ammodernamento del sistema Paese anche attraverso l'innovazione tecnologica⁴.

La letteratura economica descrive le interazioni tra domanda aggregata ed *e-procurement* nei termini di «nuove modalità di funzionamento della burocrazia» nelle quali convergono logiche contrastanti che portano a perseguire contemporaneamente economie di scala, da un lato, realizzabili attraverso la centralizzazione della domanda ed economie di scopo, dall'altro lato, a cui tende l'avanzamento tecnologico⁵.

La scienza giuridica, per parte sua, analizza le stesse interazioni applicandovi però filtri diversi, sì che ciò che agli aziendalisti appare «burocrazia» per i giuristi diventa «amministrazione», e quello che gli uni calano nelle dinamiche dei fenomeni produttivi tipici delle economie di mercato, per gli altri si configura come questione ontologica e sistematica di grandissimo rilievo. A cominciare dal-

obblighi di centralizzazione si rinvia alle Schede di Lettura predisposte dal Servizio Studi del Senato, Dossier n. 240/10 vol. 1. Si veda altresì la Relazione Tecnica alla l. 28 dicembre 2015, n. 208 elaborata a cura della Ragioneria generale dello Stato. Entrambi i testi sono reperibili sul sito istituzionale del Senato.

³ V. artt. 37 e 38, d.lgs. 50/2016. La qualificazione è conseguita in rapporto a: ambiti di attività, bacini territoriali, tipologia e complessità del contratto, fasce d'importo. Sul tema, in dottrina, si veda *ex multis* R. De Niccolis, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1107 ss., in particolare a pagina 1122 ove si rileva che «Le stazioni appaltanti per “sopravvivere come tali” dovranno qualificarsi, secondo parametri che dimostrino la capacità di gestione della procedura in tutte le sue fasi»; C. Lamberti, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2016, 1293 ss.

⁴ Si segnalano le osservazioni contenute nella Relazione annuale presentata da ANAC il 14 giugno 2018 ove viene analizzato il fenomeno della professionalizzazione dei *buyer* pubblici sottolineandone l'utilità per incrementare i livelli di efficienza del settore dei contratti pubblici con conseguenti «risvolti molto positivi sul PIL». In un passaggio, poi, si evidenzia che «A livello di Unione europea, gli obiettivi prefissati riguardano proprio l'incremento della professionalità dei funzionari pubblici, il maggior ricorso all'aggregazione della domanda, la riduzione della corruzione e la promozione del ricorso all'*e-procurement*». V. ANAC – Relazione annuale 2017, presentata al Senato della Repubblica il 14 giugno 2018, 236. La relazione è consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità.

⁵ V. M. Marra, *Centralizzazione e innovazione tecnologica nella riforma degli acquisti della p.a.*, in www.siepubweb.it. V. altresì A.F. Di Sciascio, *La centralizzazione degli acquisti, la dimensione dei lotti ed il principio di concorrenza*, Commento a Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2017, n. 1038, in *Urb. e app.*, 2017, 375 ss.

la natura giuridica delle centrali di committenza e dalla fonte di legittimazione che consente loro di agire validamente per altri⁶.

Sta di fatto che pur procedendo da prospettive differenti, i risultati finali delle analisi sono a tratti assai simili. Non a caso, le ricerche economiche che mirano ad emanciparsi da un'impostazione di indagine riduttiva tendono a riconoscere nei nuovi schemi di approvvigionamento pubblico anche nuovi modi «di decidere e di gestire», nonché – ad un tempo – mezzi di «coordinamento» tra pluralità di organizzazioni e relazioni «partenariali»⁷. Per le categorie del diritto le stesse riflessioni vanno trasposte sul terreno di ben precisi istituti giuridici quali sono, per fare qualche esempio, quelli che presiedono i processi di formazione della volontà della pubblica amministrazione, l'esercizio del potere, i moduli del partenariato pubblico-privato e pubblico-pubblico.

Il carattere multidisciplinare del tema è diretta conseguenza dell'impatto che gli acquisti pubblici hanno sull'economia e sul diritto (ma probabilmente l'elenco potrebbe ben essere esteso anche ad altri campi di osservazione applicabili alla realtà di un ordinamento moderno). Sembra naturale occuparsi delle modalità di acquisto seguite dalle pubbliche amministrazioni se si considera che la spesa per gli approvvigionamenti copre circa il 20% della spesa pubblica e circa il 10% del PIL per un valore complessivo quantificabile in diversi miliardi di euro⁸, ladove, poi, all'interno di queste grandezze la domanda imputabile alle procedure in forma aggregata è stimata in circa il 23% di quella complessiva⁹. Un fenomeno di tali dimensioni, innegabilmente, necessita di una strumentazione giuridica adeguata ed è questo, in fondo, uno degli obiettivi che si è cercato di perseguire

⁶ Su tali questioni v. ad esempio M.E. Comba, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, f. 10, 1053 ss.; B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, f. 5, 613 ss.; L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, f. 4, 443 e ss. In giurisprudenza si segnala Cons. Stato, Ad. Pl., 18 maggio 2018, n. 8 che ha risolto la questione relativa alla legittimazione processuale passiva in caso di procedura di affidamento in forma aggregata riconoscendo la necessità di notificare il ricorso al solo ente capofila che ha gestito la procedura e assunto il provvedimento finale. Questo il principio di diritto enunciato: «ai sensi dell'art. 41 comma 2, c.p.a., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente «... alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato...». La sentenza è reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁷ V. ancora M. Marra, *op. cit.*, soprattutto alle pagine 16-17.

⁸ V. L. Castellani, F. Decarolis, G. Rovigatti, *Il Processo di Centralizzazione degli Acquisti Pubblici: tra Evoluzione Normativa e Evidenza Empirica*, 14 ottobre 2017, in www.open.luiss.it. Per i dati riportati nel testo v. in particolare a pagina 1.

⁹ V. ANAC – Relazione annuale 2017, cit. Per il dato riportato nel testo v. a pagina 138 della Relazione da cui si desume che il valore della domanda è associato per il 14,8% alle centrali di committenza al quale va sommato un ulteriore 7,9% per gli acquisti effettuati da centrali di committenza nel settore sanitario. Si veda anche ANAC – Relazione annuale 2016, presentata alla Camera dei Deputati il 7 luglio 2017 (anch'essa consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità) in particolare a pagina 164. I valori erano molto simili: sul totale delle gare espletate nell'anno il 13,6% ha riguardato le procedure delle centrali di committenza a cui si è aggiunto un ulteriore 9,6% rappresentativo degli acquisti da parte di centrali di committenza nel settore sanitario.

anche attraverso la riforma complessiva della pubblica amministrazione avviata con la l. 7 agosto 2015, n. 124 ed attuata con appositi decreti legislativi¹⁰.

2. *Il quadro normativo delle procedure aggregate*

La disciplina di riferimento è stabilita, oltre che nel Codice, in varie fonti normative, la maggior parte delle quali di rango primario (leggi e decreti legge convertiti) a cui si associano fonti secondarie di attuazione (soprattutto decreti ministeriali). A completare, quindi, il sistema di regolazione codicistico concorre un insieme di disposizioni complesso e frammentato, e come tale poco organico, dislocato in leggi finanziarie e di bilancio, nonché nella decretazione d'urgenza intervenuta per esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica (cd. *pending review*)¹¹.

In tale «intreccio di normative»¹², che sembrerebbe destinato a non trovare composizione, è possibile delineare un discrimine tutto sommato netto. Mentre il Codice disciplina il «come» dell'approvvigionamento in forma aggregata, vale a dire gli istituti e le procedure da seguire nella centralizzazione degli acquisti, le altre fonti, quelle esterne ad esso, stabiliscono il «quando» ovvero sia gli obblighi e le facoltà di centralizzazione.

Nel merito, la normativa interna recepisce, attua e sviluppa il disegno tracciato nelle direttive del 2014¹³ che «offrono un ampio ventaglio di modelli di centralizzazione»¹⁴. Sul solco della legislazione precedente, già intervenuta a – cercare di – ridurre il numero delle stazioni appaltanti, il Codice circoscrive la possibilità di gare autonome facendo trasparire un accentuato *favor* verso modalità di affidamento tendenzialmente innovative (per fare qualche esempio: l'applicazione generalizzata del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il ricorso al dialogo competitivo, i diversi moduli di partenariato...) la cui gestione richiede uffici competenti in una prospettiva di efficienza, semplificazione ed efficacia dei controlli¹⁵. Qui sta l'utilità della centralizzazione e del ricorso a proce-

¹⁰ Si segnala che nel *Country Report* 2018 della Commissione Europea relativo all'Italia gli interventi normativi del 2016 di attuazione della riforma della pubblica amministrazione sono indicati come «*molto efficaci*». V. *Country Report* 2018 Italia della Commissione Europea, 7 marzo 2018, 56 nella traduzione italiana.

¹¹ Per avere un quadro completo è possibile consultare l'apposita tabella messa a disposizione da Consip s.p.a. e pubblicata il 14 maggio 2018 sul sito istituzionale della stessa.

¹² V. T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II Quater, 24 maggio 2018, n. 5781 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹³ V. art. 37 dir. 2014/24/UE, art. 55 dir. 2014/25/UE.

¹⁴ V. Cons. di Stato, Commissione speciale, parere n. 855/2016 sullo schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, 44.

¹⁵ V. Cons. di Stato, parere n. 855/2016, cit., 45.

ture aggregate, unitamente al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, che presuppongono un'organizzazione dotata delle risorse professionali e strutturali adeguate a svolgere le «nuove» gare. Sullo sfondo i principi ed i criteri direttivi formulati nella legge delega 28 gennaio 2016, n. 11¹⁶:

- qualificazione delle stazioni appaltanti¹⁷;
- miglioramento dell'efficienza di Consip¹⁸;
- centralizzazione delle committenze e riduzione delle stazioni appaltanti¹⁹.

A completamento del regime codicistico valgono le numerose disposizioni esterne e speciali a cui lo stesso Codice rinvia.

In una panoramica semplificata tra le previsioni rilevanti entrano senz'altro²⁰:

- la l. 23 dicembre 1999, n. 488 (Legge finanziaria 2000);
- la l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007);
- la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008);
- il d.l. 6 luglio 2012, n. 95 conv. con modific. in l. 7 agosto 2012, n. 135 (*Spending review*);

¹⁶ V. art. 1 lett. bb), cc), dd), l. 11/2016. V. anche il *Dossier* del Servizio Studi del Senato n. 251 del novembre 2015 sul relativo disegno di legge A.S. 1678-B reperibile sul sito istituzionale del Senato.

¹⁷ V. art. 1 lett. bb), l. 11/2016: «razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi».

¹⁸ V. art. 1 lett. cc), l. 11/2016: «revisione ed efficientamento delle procedure di appalto degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili dalla società CONSIP Spa, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzati a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e a ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico, al fine di garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese».

¹⁹ V. art. 1 lett. dd), l. 11/2016: «contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera bb), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea, e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti».

²⁰ All'elenco andrebbero aggiunte le normative regionali tra cui si segnala la l.r. Lombardia 28 dicembre 2007, n. 33 che disciplina la Centrale Acquisti ARCA s.p.a. (per esteso: Azienda regionale centrale acquisti s.p.a.). Sarebbero da includere, inoltre, anche le regole che operano relativamente agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale ed al settore specifico della spesa sanitaria. Per tale ambito, infatti, vengono in rilievo disposizioni speciali, alcune contenute nelle leggi e nei decreti-legge sopra indicati ed altre delineate in ulteriori testi di disciplina, tra i quali, ad esempio, il d.l. 19 giugno 2015 n. 78 conv. con modific. in l. 6 agosto 2015 n. 125 e, in ambito regionale, tra le altre, la l.r. Lombardia 30 dicembre 2009, n. 33 (Testo Unico delle leggi regionali in materia di sanità).

- il d.l. 24 aprile 2014, n. 66 conv. con modific. in l. 23 giugno 2014, n. 89;
- la l. 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità 2016).

Senza passare in rassegna tutte le norme, vale almeno sottolineare alcune regole cardine che governano la materia dell'acquisizione centralizzata²¹. Qui di seguito se ne ricordano almeno quattro che certamente non esauriscono il quadro delle previsioni rilevanti ma che, comunque, appaiono tra le più significative.

- 1) Le Amministrazioni statali sono obbligate ad approvvigionarsi facendo ricorso alle convenzioni Consip, per qualunque categoria merceologica, ove tali convenzioni siano disponibili²².
- 2) Tale obbligo è esteso a tutte le Amministrazioni pubbliche ed alle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione in relazione agli acquisti che riguardano determinate categorie merceologiche (energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile)²³. La possibilità di derogare a questa regola è condizionata alla sussistenza di particolari presupposti quali: il ricorso ad altre centrali di committenza (diverse da Consip e dalle centrali di committenza regionali) o a procedure ad evidenza pubblica, l'applicazione di corrispettivi inferiori rispetto ai migliori corrispettivi indicati negli strumenti del sistema Consip, la trasmissione dei contratti di approvvigionamento ad ANAC, l'apposizione di apposita condizione risolutiva che consente con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico in percentuale superiore al 10 per cento rispetto ai contratti già stipulati²⁴.
- 3) Per acquisti di qualunque categoria merceologica e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, le Amministrazioni statali sono tenute ad approvvigionarsi facendo ricorso al Mercato elettronico della pubblica amministrazione²⁵.

²¹ Ci si riporta in gran parte all'analisi delineata nelle Schede di Lettura predisposte dal Servizio Studi del Senato, *Dossier* n. 240/10 vol. 1, cit.

²² V. art. 1 c. 449, l. 296/2006 (legge finanziaria 2007).

²³ V. art. 1 c. 7, d.l. 95/2012 conv. con modific. in l. 135/2012. Le società (e gli altri soggetti) inseriti nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione sono individuate dall'Istituto nazionale di Statistica (ISTAT) secondo quanto previsto nell'art. 1, l. 196/2009. A tal fine l'ISTAT provvede con un elenco annuale. Il più recente è quello contenuto nel comunicato 29 settembre 2017.

²⁴ V. art. 1 c. 7, d.l. 95/2012 conv. con modific. in l. 135/2012 come modificato dall'art. 1 c. 494, l. 208/2015. La deroga non si applica nel periodo 1 gennaio 2017-31 dicembre 2019.

²⁵ V. art. 1 c. 450, l. 296/2006 (legge finanziaria 2007). L'obbligo non si applica agli istituti ed alle scuole di ogni ordine e grado, alle istituzioni educative ed alle istituzioni universitarie.

- 4) Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip²⁶.
- 5) La legge di stabilità 2016 ha rafforzato il sistema di centralizzazione in una costruzione generale di razionalizzazione della spesa pubblica. L'obiettivo sotteso a questa scelta era di «conseguire una maggiore economicità ed efficienza negli approvvigionamenti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, garantendo risparmi di spesa tramite la riduzione dei prezzi unitari di acquisto»²⁷.

Ad assumere rilevanza sono, in particolare, un insieme di disposizioni complessivamente finalizzate a consolidare il ricorso agli acquisti centralizzati attraverso varie modalità che vanno dalla limitazione della possibilità di derogare all'obbligo di approvvigionarsi mediante le convenzioni Consip (ed affini)²⁸ all'estensione della platea di soggetti obbligati agli acquisti centralizzati²⁹ a forme di semplificazione tendenti a favorire celerità e tempestività per i piccoli acquisti³⁰. Va evidenziato che con una previsione apposita si è voluto disincentivare il mancato ricorso agli strumenti Consip (ed in generale al sistema di acquisti centralizzati) introducendo l'obbligo di motivazione per giustificare la scelta di procedere ad acquisti autonomi³¹. Si è così stabilito che le pubbliche amministrazioni tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni stipulate da Consip o da centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi quando il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per difetto di caratteristiche essenziali. Per procedere in questo modo, però, è necessario assolvere ad un adempimento piuttosto impegnativo. Infatti, la deroga all'utilizzo del sistema centralizzato presuppone l'autorizzazione specificamente motivata dell'organo di vertice amministrativo da trasmettere alla Corte dei conti.

Merita inoltre di essere sottolineato che l'obiettivo di rafforzamento della centralizzazione degli acquisti viene perseguito dalla legge di stabilità 2016 anche tramite previsioni specificamente dedicate agli acquisti nel settore sanita-

²⁶ V. art. 1 c. 449, l. 196/2006 (legge finanziaria 2007).

²⁷ V. Relazione Tecnica alla l. 208/2015 – Ragioneria generale dello Stato, cit.

²⁸ V. art. 1 c. 494, l. 208/2015.

²⁹ V. art. 1 c. 496-499, l. 208/2015.

³⁰ V. art. 1 c. 501-503, l. 208/2015.

³¹ V. art. 1 c. 510, l. 208/2015.

rio (art. 1 c. 448-452) ed alla razionalizzazione della spesa per gli acquisti informatici (art. 1 c. 512-520)³².

Ne deriva che l'organizzazione complessiva del sistema aggregato delle procedure coinvolge vari ambiti di intervento in una visione fondamentalmente trasversale ed omnicomprensiva e, soprattutto, orientata anche verso fabbisogni strategici per la realizzazione dei processi di ammodernamento della pubblica amministrazione. Da qui l'associazione con l'*e-procurement* ed in generale con la diffusione degli strumenti telematici sia nelle procedure di acquisto sia più in generale nell'attività amministrativa. Il fenomeno va di pari passo con l'accentuata tendenza ad incrementare i livelli di digitalizzazione della pubblica amministrazione – cd. *e-government*³³ – e si inquadra nel programma dell'Agenda Digitale che rappresenta una delle principali articolazioni della Strategia «Europa 2020» sugli obiettivi di crescita dell'Unione fino al 2020³⁴. Tanto che l'implementazione dei servizi informatici, dell'innovazione tecnologica e della digitalizzazione delle procedure è stata ampiamente considerata anche nel disegno generale della riforma della pubblica amministrazione. È in questo contesto che si iscrive la disciplina del nuovo Codice il quale, recependo le direttive europee, promuove l'applicazione degli strumenti elettronici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e coniuga anche sul piano sistematico l'aggregazione e la digitalizzazione delle gare.

3. *La disciplina dell'e-procurement*

Il connubio sistematico cui si è appena fatto cenno è ben visibile nel gruppo di norme che tanto le direttive quanto il Codice dedicano a «tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati»³⁵. A dimostrazione della rilevanza dell'utilizzo di sistemi elettronici e telematici nell'impianto dell'attuale disciplina eurou-

³² Cd. *ICT – Information and Communication Technology* da intendere come «*Insieme dei metodi e tecnologie legate alla trasmissione, ricezione ed elaborazione di informazioni. In generale, è anche utilizzata per descrivere l'area di attività tecnologiche e industriali relative alla comunicazione e elaborazione di informazioni*». V. Il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019, Glossario, a cura dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) – Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il Piano è reperibile sul sito istituzionale dell'Agenzia.

³³ Con il termine *e-government* si intende il «Sistema di gestione digitalizzata della Pubblica amministrazione, con lo scopo di ottimizzare e migliorare i processi interni degli enti, e di offrire servizi più rapidi e innovativi agli utenti». V. Piano triennale per l'informatica, AGID, cit., Glossario.

³⁴ In particolare, a livello europeo è stata elaborata l'Agenda Digitale Europea il cui scopo «è fare leva sul potenziale delle tecnologie ICT per favorire innovazione, progresso e crescita economica, avendo come obiettivo principale lo sviluppo del mercato unico digitale». A livello statale è stata elaborata l'Agenda Digitale Italiana che individua «priorità e modalità di intervento, nonché le azioni da compiere e da misurare sulla base di specifici indicatori, in linea con gli *scoreboard* dell'Agenda Digitale Europea», v. sito istituzionale Dipartimento della Funzione Pubblica ed in particolare il Glossario del Dipartimento ivi consultabile.

³⁵ V. direttiva 2014/24/UE artt. 33-39 inseriti nel Capo II del Titolo I. Analogamente direttiva 2014/25/UE artt. 51-57 (nel Capo II del Titolo I). V. altresì artt. 54-58, d.lgs. 50/2016 ove sono disciplinati

nitaria (ormai trasposta in quella interna), nonché della correlazione che la stessa disciplina pone tra digitalizzazione ed aggregazione delle procedure, entrambe ritenute funzionali ad accrescere i livelli di semplificazione ed efficienza nel settore dei contratti pubblici.

In quest'ottica, le direttive, sia nei considerando sia nel testo normativo, sagomano le modalità di comunicazione e di pubblicazione di avvisi, bandi e documentazione di gara proprio sul crescente utilizzo dei mezzi elettronici³⁶. Ai quali viene attribuito l'indiscusso pregio di favorire «enormemente» l'accesso degli operatori economici alle procedure di appalto nel mercato interno³⁷. Il risvolto operativo che ne consegue è rappresentato dalle previsioni che impongono alle stazioni appaltanti la trasmissione elettronica di bandi ed avvisi alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea – G.U.U.E. (e più precisamente all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea) per la pubblicazione, come pure dalle previsioni sulla disponibilità elettronica dei documenti di gara dei quali deve essere assicurato accesso gratuito, illimitato e diretto «per via elettronica»³⁸. Nell'allinearsi alle regole maestre delle direttive, la delega esprime principi e criteri direttivi che hanno immediata attinenza con il tema:

- semplificazione e digitalizzazione delle procedure di affidamento³⁹;
- trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara⁴⁰;

accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione.

³⁶ Per le considerazioni sviluppate nel testo v. anche il *Dossier* del Servizio Studi del Senato n. 251 del novembre 2015 sul disegno di legge delega A.S. 1678-B, in particolare 41-43.

³⁷ V. direttiva 2014/24/UE *sub* considerando 52. Analogamente direttiva 2014/23/UE *sub* considerando 74 e direttiva 2014/25/UE *sub* considerando 62.

³⁸ V. direttiva 2014/24/UE artt. 51 e 53. Analogamente direttiva 2014/23/UE artt. 33 e 34, nonché direttiva 2014/25/UE artt. 71 e 73.

³⁹ V. art. 1 lett. i), l. 11/2016: «semplificazione, armonizzazione e progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, attraverso la promozione di reti e sistemi informatici, anche al fine di facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate, con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione».

⁴⁰ V. art. 1 lett. q), l. 11/2016: «armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: ... 2) disciplinando le suddette procedure di gara e le relative fasi e durata, sia mediante l'unificazione delle banche dati esistenti nel settore presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), con esclusione della banca dati centralizzata di cui alla lettera z), sia con la definizione di idonee misure quali la previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione, con particolare riguardo alla fase di esecuzione della prestazione, finalizzati ad evitare la corruzione e i conflitti d'interesse ed a favorire la trasparenza, e la promozione della digitalizzazione delle procedure stesse, in funzione della loro tracciabilità».

- revisione delle norme in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara⁴¹.

La digitalizzazione delle procedure, quindi, non è associata soltanto ad un processo di semplificazione dell'azione amministrativa e di accesso alle gare ed alle relative informazioni, ma viene intesa anche in funzione dei controlli da effettuare sulle commesse pubbliche sicché, calata su questo terreno, si configura quale strumento di tracciabilità⁴².

Il Codice, dal canto suo, fa proprie le indicazioni delle direttive ed attua la delega con una serie di previsioni che tendono a valorizzare il ruolo dell'*e-procurement* negli acquisti pubblici. Di queste si segnala l'art. 44 sulla digitalizzazione delle procedure che, assai significativamente, è posto in apertura al capo relativo alle «modalità comuni alle procedure di affidamento» come a volerne sottolineare la portata generale. Parimenti rilevanti le disposizioni sui bandi, avvisi e comunicazioni⁴³, nonché quelle relative al documento di gara unico europeo (DGUE) che serve ad attestare il possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure selettive e che, ormai, è fornito «esclusivamente in forma elettronica»⁴⁴. Tra l'altro il DGUE appare, innegabilmente, uno strumento attraverso il quale si realizza il legame tra digitalizzazione e tracciabilità nel senso indicato dalla legge delega⁴⁵. Infine, tra le previsioni da considerare, entra il gruppo di norme nelle quali, in modo del tutto analogo alle direttive, il Codice concentra le regole su «Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati»⁴⁶. Qui più che altrove nell'articolato codicistico si evidenzia l'interazione tra aggregazione e digitalizzazione delle procedure funzionale alla costruzione di un «sistema di reti di committenza» in grado di garantire l'accesso alle gare da parte degli operatori medi e

⁴¹ V. art. 1 lett. s), l. 11/2016: «revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, in modo da fare ricorso a strumenti di pubblicità di tipo informatico; definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara».

⁴² Sulla digitalizzazione a fini di tracciabilità V. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss., soprattutto alle pagine 324 e 332 ove si legge «La sovrapposizione fra la finalità di lotta alla corruzione e la finalità di efficienza del mercato dei contratti pubblici, che pur nella complementarità richiedono almeno in parte regole distinte, emerge con chiarezza anche dalla reiterazione di misure di digitalizzazione, informatizzazione, pubblicità e trasparenza, che sono più frequentemente, almeno sul piano dell'enfasi, finalizzate al controllo e alla individuazione di comportamenti scorretti che non alla semplificazione e alla costruzione di strumenti che rendano più efficiente la gestione delle gare, a differenza di quanto avviene nella direttiva».

⁴³ V. artt. 52, 70-76, d.lgs. 50/2016.

⁴⁴ V. art. 85, d.lgs. 50/2016.

⁴⁵ Sulla funzione del Documento di Gara Unico Europeo nel processo di informatizzazione del settore degli appalti pubblici v. N. Parisi, M.L. Chimenti, *Il ruolo dell'A.N.A.C. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Diritto comm. intern.*, 2015, 419 ss., soprattutto alle pagine 436-437.

⁴⁶ V. artt. 54-58, d.lgs. 50/2016, citati anche *retro* nel testo ed in nota.

piccoli⁴⁷. L'analisi sistematica del Codice impone di menzionare che, conclusa la fase di aggiudicazione, l'utilizzo degli strumenti telematici investe anche la stipula del contratto – tra l'altro – a pena di espressa sanzione di nullità⁴⁸. A riprova che l'informatizzazione investe la macchina degli affidamenti pubblici nella sua totalità, almeno tendenzialmente.

Va da sé, poi, se l'*e-procurement* è articolazione specifica del più ampio processo di *e-government* che promuove lo sviluppo delle tecnologie per migliorare l'attività amministrativa⁴⁹ e che da tempo, ormai, è presenza fissa nei principali progetti di sviluppo della pubblica amministrazione un po' «a tutti i livelli, internazionale, nazionale, locale»⁵⁰, la disciplina rilevante non può esaurirsi nel perimetro del Codice dei contratti pubblici e va ricercata necessariamente anche fuori da tale ambito. Anzitutto, in un altro Codice, quello dell'Amministrazione digitale (cd. CAD) di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e s.m.i., definito come «corpo organico di disposizioni che presiede all'uso dell'informatica da parte della Pubblica amministrazione»⁵¹. Come pure nelle ulteriori e molteplici disposizioni che – sebbene in modo meno organico e sistematico – si occupano dei sistemi informatici applicabili al settore pubblico. Si comprende bene che il novero delle disposizioni che regolano la materia è amplissimo e non può essere ricostruito qui per intero. Si deve però sottolineare almeno che l'efficace utilizzo delle tecnologie reca un'eliminabile esigenza di interoperabilità anche normativa, sicché per far funzionare al meglio l'insieme delle ICT – ossia dei servizi informatici e di connettività – nella pubblica amministrazione, vuoi sottoforma di *e-procurement* vuoi sottoforma di servizi resi ai cittadini o di qualsiasi altra applicazione che se ne possa fare, è necessario che ogni segmento di disciplina comunichi con l'altro⁵².

⁴⁷ V. art. 1 lett. cc), l. 11/2016. V. altresì il *Dossier* del Servizio Studi della Camera dei Deputati sullo schema di decreto legislativo recante Nuovo codice dei contratti pubblici, Schede di lettura n. 282/1, 2016, 64, reperibile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati.

⁴⁸ V. art. 32 c. 14, d.lgs. 50/2016: «Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri». Su questo argomento v. G. Sorrentino, *La stipula del contratto in modalità elettronica nel nuovo decreto correttivo: l'utilizzo della PEC e i servizi RED* (Registered Electronic Delivery) del Regolamento comunitario e-IDAS, in *Appalti e Contratti*, 2017, 44 ss.

⁴⁹ Sul ruolo della digitalizzazione nel processo di ammodernamento della pubblica amministrazione si veda M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Il Foro amm.*, 2016, 2535 ss.

⁵⁰ V. P. Ferro, C.M. Arpaia, R. Doronzo, *Innovazione e pagamenti pubblici nell'agenda digitale italiana*, in *Quaderni di Economia e Finanza* (Occasional Papers), Banca d'Italia, n. 169, 2013, 6, reperibile sul sito istituzionale di Banca d'Italia.

⁵¹ V. Piano triennale per l'informatica, AGID, cit., 3.

⁵² È stato notato che «il complesso quadro normativo di riferimento ... incide negativamente sull'utilizzo effettivo degli strumenti telematici da parte di un'Amministrazione che, in generale, fatica a tenere il passo

4. *Gli istituti di riferimento: centrali di committenza e soggetti aggregatori*

Le forme di aggregazione nei processi di approvvigionamento della pubblica amministrazione sono diverse. Comunque sia, al di là delle possibili innumerevoli combinazioni, a venire in rilievo sono, fondamentalmente, quattro ordini di ipotesi vale a dire:

- l'adesione alle convenzioni messe a disposizione dalle centrali di committenza tra cui, in particolare, Consip⁵³;
- l'utilizzo del mercato elettronico della pubblica amministrazione;
- il ricorso ai sistemi telematici di acquisto delle Regioni;
- nonché l'affidamento della procedura ad una centrale unica di committenza o a soggetti aggregatori.

Tutto ruota attorno ai concetti chiave di «centrale di committenza» e di «soggetti aggregatori» che – emblematicamente – nell'ordine delle definizioni enunciate dal Codice precedono quello, pur relevantissimo, di «stazione appaltante»⁵⁴.

Nella tipizzazione codicistica, centrale di committenza è «un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizza-

con mutamenti radicali del proprio concreto *modus operandi*», v. S. Cresta, *Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 981 ss.

⁵³ Si veda la scheda descrittiva pubblicata sul sito www.acquistiinretepa.it nella pagina dedicata ai soggetti aggregatori. In relazione alla natura giuridica di Consip s.p.a. viene indicato che: «è una società per azioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), che ne è l'azionista unico, ed opera secondo i suoi indirizzi strategici, lavorando al servizio esclusivo della Pubblica Amministrazione. La Società svolge attività di consulenza, assistenza e supporto nell'ambito degli acquisti di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche». Nella stessa scheda in relazione alla funzione si precisa che: in «qualità di centrale di committenza nazionale, realizza il Programma di razionalizzazione degli acquisti nella PA. Sulla base di specifiche convenzioni, supporta singole amministrazioni su tutti gli aspetti del processo di approvvigionamento. Attraverso provvedimenti di legge o atti amministrativi, sviluppa iniziative che coinvolgono sia le proprie competenze nel *procurement*, sia la propria capacità di gestire progetti complessi e innovativi nell'ambito della Pubblica Amministrazione».

⁵⁴ Nell'art. 3, d.lgs. 50/2016 la definizione di centrale di committenza è delineata nella lett. i), la definizione di soggetto aggregatore è delineata nella lett. n), la definizione di stazione appaltante è delineata nella lett. o). Per completezza si fa, inoltre, rilevare che nel sistema di disciplina è contemplata anche la possibilità di ricorrere a centrali di committenza transfrontaliere (art. 39 dir. 2014/24/UE, art. 57 dir. 2014/25/UE, art. 43, d.lgs. 50/2016). In proposito si veda G.M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 101 ss. e soprattutto la riflessione alle pagine 119-120 «Le forme di cooperazione anche non istituzionalizzata tra amministrazioni di differenti Stati membri aprono alla possibilità di aderire alle attività svolte da centrali di committenza anche ubicate in altri Stati Membri e ai relativi accordi quadro, che gli Stati Membri non possono vietare alle amministrazioni aggiudicatrici. Tale previsione evidenzia il favore dell'ordinamento europeo per simili forme di cooperazione che possono sviluppare l'integrazione e la concorrenza nel mercato interno». Si vedano anche gli Atti del Convegno - *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, 14 maggio 2014, Roma-Palazzo Spada. Gli atti sono reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

zione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie»⁵⁵. Quali siano i contenuti concreti di tali attività è specificato sempre dal Codice.

Per l'esattezza⁵⁶, a termini di legge, le attività di committenza sono svolte «su base permanente» e riguardano:

- 1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;
- 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti.

Mentre, le attività di committenza ausiliarie⁵⁷ consistono nella «prestazione di supporto alle attività di committenza», in particolare nelle forme seguenti:

- 3) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;
- 4) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;
- 5) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;
- 6) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata.

Cosa questo significhi, pur in via di estrema semplificazione, è intuitivo. Una centrale di committenza è, essenzialmente, una stazione appaltante in senso stretto – se così si possono definire le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, essendo le une e gli altri i soggetti maggiormente vincolati all'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica – che o gestisce le gare per altre stazioni appaltanti (intese in senso ampio⁵⁸) o eroga prestazioni di supporto alle gare altrui.

Non può sfuggire che tra l'uno e l'altro ordine di competenze corra una distinzione più sottile, rispetto a quella oggettiva concernente il contenuto immediato delle attività. Le attività si differenziano, in altri termini, non solo – come è evidente – per la sostanza delle prestazioni, di approvvigionamento in un caso e di assistenza nello svolgimento delle procedure di approvvigionamento nell'altro caso, ma anche per la stabilità con cui tali prestazioni vengono erogate. Non avrebbe altra spiegazione, infatti, l'inciso che vuole le attività di committenza svolte permanentemente e che non viene riprodotto per le attività ausiliarie⁵⁹. Come a dire che le prime esigono un'organizzazione stabilmente dedicata ad effettuarle,

⁵⁵ V. art. 3 lett. i), d.lgs. 50/2016.

⁵⁶ V. art. 3 lett. l), d.lgs. 50/2016.

⁵⁷ V. art. 3 lett. m), d.lgs. 50/2016.

⁵⁸ Ossia nella definizione piena data dall'art. 3 lett. o), d.lgs. 50/2016 secondo cui nella nozione di stazione appaltante rientrano le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori, i soggetti aggiudicatori e gli altri soggetti aggiudicatori, tutti per come individuati nello stesso art. 3, d.lgs. 50/2016 rispettivamente alle lettere a), e), f), g).

⁵⁹ Per il Codice, infatti, le attività di centralizzazione delle committenze sono «svolte su base permanente». V. art. 3 lett. l), d.lgs. 50/2016 e v. altresì *retro* nel testo.

invece le seconde non hanno questi stessi vincoli. Vero è, si potrebbe obiettare, che le seconde in fondo appaiono configurate quali attribuzioni accessorie delle altre essendo assegnate in aggiunta ed in via eventuale (nella definizione letterale: «e, se del caso») a soggetti che operano svolgendo le attività di committenza per così dire principali. Posta così la questione, sarebbe superfluo tentare di individuare un discrimine nel *facere* delle centrali di committenza ponendolo sulla linea del carattere permanente delle prestazioni. Se supportare altri nello svolgimento delle gare è attività demandata a stazioni appaltanti aventi titolo per gestire direttamente le procedure di approvvigionamento altrui e per fare questo con continuità («su base permanente»), per logica conseguenza anche le prestazioni di supporto potranno essere svolte contando sulla stessa stabile organizzazione.

Più interessante, sul piano definitorio, è un altro aspetto che si coglie esaminando la normativa con uno sguardo d'insieme e volgendo l'attenzione alla disciplina esterna al Codice e ad esso complementare. Il riferimento è al Testo Unico sulle società pubbliche (d.lgs. 175/2016) che nel tracciare il profilo teleologico delle partecipate prevede che esse possano svolgere servizi di committenza⁶⁰. Se è così, le prestazioni di approvvigionamento in favore delle stazioni appaltanti sono erogabili non solo da altre stazioni appaltanti, secondo quanto stabilisce il Codice nei modi sopra descritti, ma anche da società pubbliche, le quali non sempre e non necessariamente sono stazioni appaltanti. Dimensione, questa, che porta ad una tendenziale apertura della categoria, la quale se incardinata nella "terra di confine" delle partecipate, finisce per non essere più classificabile come soggetto pubblicistico *tout court*, non foss'altro per l'ovvia ragione che le società, per pubbliche che siano, restano pur sempre un fenomeno fondamentalmente riconducibile al diritto privato. Non è questa la sede per sviluppare una riflessione più ampia su questi temi, ma era comunque inevitabile farvi cenno anche tenuto conto dell'attenzione che la dottrina vi riserva⁶¹.

Dalla nozione di centrale di committenza discende, poi, quella di soggetto aggregatore. Altra figura che, come anticipato in apertura di paragrafo, è concetto chiave nella sistematica della centralizzazione degli acquisti. Nella definizione che ne dà il Codice si tratta di centrali di committenza iscritte in un apposito elenco gestito da ANAC⁶², il quale è stato costituito e viene mantenuto in applicazione del d.l. 66/2014 conv. con modific. in l. 89/2014. Di questo elenco – numericamente chiuso – istituito nell'ambito della più ampia Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA) sono previsti componenti di diritto (Consip ed una cen-

⁶⁰ V. art. 4 c. 2, d.lgs. 175/2016.

⁶¹ V. ad esempio B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, cit., 619-620.

⁶² V. art. 3 lett. n), d.lgs. 50/2016 secondo cui i soggetti aggregatori sono «le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89».

trale di committenza per ogni regione), nonché componenti iscritti su richiesta, laddove l'iscrizione volontaria è condizionata al possesso di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dati dall'aver maturato esperienza nello svolgimento di gare ad evidenza pubblica in forma aggregata. A seconda dei casi, le pubbliche amministrazioni (e, tra queste, specificatamente le Amministrazioni statali, Enti territoriali e gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale) o sono obbligate o hanno facoltà di soddisfare le proprie esigenze di approvvigionamento rivolgendosi ai soggetti iscritti nell'elenco.

Un soggetto aggregatore, quindi, è una centrale di committenza «qualificata»⁶³ che fa parte di quel ristretto gruppo di enti (per legge, non più di 35⁶⁴) deputati a svolgere le gare per le pubbliche amministrazioni ed a mettere a disposizione strumenti vuoi negoziali (es accordi quadro) vuoi telematici (piattaforme) utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni nell'effettuazione delle loro procedure di acquisto⁶⁵.

Rispetto alle «altre» centrali di committenza, i soggetti aggregatori presentano un grado di stabilità organizzativa senz'altro più marcato di quello implicato dallo svolgere attività di committenza «su base permanente» (v. *retro*). Stabilità che è presupposta nei soggetti aggregatori di diritto, i quali sono per natura dotati di una struttura stabilmente dedicata alle attività di committenza, ed è espressamente richiesta, invece, per gli enti che si candidano volontariamente ad operare come soggetti aggregatori. Il possesso del requisito è imposto per legge (il d.l. 66/2014 conv. con modific. in l. 89/2014) in una declinazione specificata con decreto ministeriale, la quale si concretizza in una combinazione di caratteri soggettivi ed oggettivi⁶⁶. All'atto pratico, per chiedere l'iscrizione occorre:

⁶³ Nei termini utilizzati nel testo si è recentemente espressa anche la giurisprudenza amministrativa rilevando che «i Soggetti Aggregatori ... sono Centrali di Committenza “qualificate” mediante l'iscrizione nell'elenco predetto» e che alla natura di centrale di committenza essi uniscono «un'ulteriore qualità, consistente nell'abilitazione derivante dalla “qualificazione” conseguita *ex lege* o previa valutazione e iscrizione nell'elenco ANAC» (v. T.A.R. Lazio-Roma, sent. 5781/2018, *cit.*).

⁶⁴ V. art. 9 c. 5 d.l. 66/2014 conv. Con modific. in l. 89/2014.

⁶⁵ L'attuale elenco è stato approvato da ANAC con delibera 31/2018 e comprende, oltre a Consip S.p.a., le centrali di committenza regionali (tra cui ARCA s.p.a. per la Regione Lombardia), nonché per la Provincia Autonoma di Bolzano: Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; per la Provincia Autonoma di Trento: Agenzia provinciale per gli appalti e contratti; Provincia di Vicenza; Provincia di Brescia; Città metropolitana di Bologna; Città metropolitana di Genova; Città metropolitana di Milano; Città metropolitana di Napoli; Città metropolitana di Roma capitale; Città metropolitana di Torino; Città metropolitana di Catania; Città metropolitana di Firenze.

⁶⁶ A livello di legislazione ordinaria vale l'art. 9 c. 2, d.l. 66/2014 conv. con modific. in l. 89/2014: «... Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata sono definiti i requisiti per l'iscrizione tra cui il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, nonché i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda...». In attuazione di tale previsione è intervenuto il d.p.c.m. 11 novembre 2014 che definisce i «Requisiti per l'iscri-

- avere natura pubblica o, in alternativa, avere una stretta correlazione con soggetti pubblici per essere, rispettivamente, città metropolitana, associazione-unione-consorzio di enti locali oppure soggetto da essi costituito
- svolgere attività di committenza con carattere di stabilità mediante un'organizzazione dedicata allo svolgimento dell'attività di centrale di committenza
- essere in grado di provvedere totalmente alle esigenze di approvvigionamento degli enti locali di riferimento
- avere già espletato procedure aggregate nel triennio precedente per affidamenti di importo almeno pari alla soglia di rilevanza comunitaria⁶⁷ per un valore complessivo di almeno 200.000.000,00 di euro nel triennio e di almeno 50.000.000, di euro all'anno.

Tenuto conto di tutti questi aspetti, sembra chiaro che la stabilità congegnata dalla normativa vada oltre gli elementi strutturali dell'organizzazione dedicata e dell'esperienza maturata sul campo e abbracci anche il modo di essere del soggetto aggregatore. Questo, infatti, non deve solo essere capace di svolgere le attività che gli competono (sarebbe sufficiente la struttura), ma deve anche avere natura pubblicistica in senso più o meno stretto.

Quanto al campo d'azione dei soggetti aggregatori, a parte Consip che opera in ambito nazionale prioritariamente per le amministrazioni statali, gli altri erogano le proprie prestazioni all'interno del territorio regionale di riferimento ed in favore delle amministrazioni territoriali e degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale⁶⁸. Lo spettro dei destinatari, quindi, non si estende a tutte le stazioni appaltanti ma è più mirato, a differenza di quanto previsto nella definizione codicistica generale di centrale di committenza.

Analogamente, è mirata anche la tipologia dei fabbisogni per il cui soddisfacimento è imposto il ricorso ai soggetti aggregatori e che vengono individuati per fasce di importo e per categorie merceologiche definite a livello ministeriale⁶⁹.

zione nell'elenco dei soggetti aggregatori, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, secondo periodo, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, insieme con il relativo elenco recante gli oneri informativi».

⁶⁷ Si veda l'art. 35, d.lgs. 50/2016 rubricato «Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti». Le soglie di rilevanza comunitaria sono periodicamente determinate dalla Commissione europea. Allo stato, valgono i valori indicati nel regolamento (UE) n. 2364/2017, nel regolamento (UE) n. 2365/2017, e nel regolamento (UE) n. 2366/2017.

⁶⁸ V. art. 9, c. 2 e 3, d.l. 66/2014 conv. con modific. in l. 89/2014.

⁶⁹ V. d.p.c.m. 24 dicembre 2015 che demanda ai soggetti aggregatori acquisti che riguardano in gran parte la spesa sanitaria.

5. La digitalizzazione intesa come processo

La digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici si realizza in gran parte attraverso l'utilizzo degli strumenti messi a disposizione dalle centrali di committenza e, in generale, dai soggetti deputati a volgere le procedure di approvvigionamento in forma aggregata, che vengono a svolgere un ruolo primario nello sviluppo dei sistemi di acquisto telematico.

È emblematico, d'altronde, che Consip – ossia il principale tra i soggetti aggregatori – abbia come oggetto sociale lo sviluppo e la gestione del sistema informatico di *e-procurement* del Ministero dell'Economia e delle Finanze⁷⁰.

In particolare, Consip, come risulta dai dati consultabili sul relativo sito istituzionale, realizza:

- il Programma di razionalizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione, che offre alle amministrazioni strumenti di *e-procurement* per la gestione dei propri acquisti (Convenzioni, Accordi quadro, Mercato elettronico, Sistema dinamico di acquisizione, Gare su delega e in ASP – *Application Service Provider*)
- il *procurement* di specifici “progetti-gara” per singole amministrazioni – sulla base di puntuali esigenze di approvvigionamento – e per tutte le amministrazioni sulle iniziative di supporto alla realizzazione dell'Agenda digitale italiana.

In questo quadro⁷¹, Consip gestisce il Mercato Elettronico delle Pubbliche Amministrazioni (MEPA), ossia un mercato digitale che serve agli approvvigionamenti sotto soglia di beni, servizi, e lavori di manutenzione. Le procedure sul MEPA si articolano, fundamentalmente in tre fasi. Nella prima, Consip pubblica i bandi. Nella seconda fase gli operatori abilitati (in quanto dotati dei necessari requisiti indicati nel bando) immettono la propria offerta. Nella terza fase, infine, le pubbliche amministrazioni interessate, secondo i casi, presentano richieste di offerta (ordini diretti) o negoziano le condizioni dell'acquisto con gli operatori.

Peraltro, gli strumenti messi a disposizione da Consip consentono acquisti adatti a diverse esigenze. Così, se il MEPA è dedicato ai contratti sotto soglia, il sistema dinamico di acquisizione (altra modalità di affidamento prevista dal Codice ed utilizzata da Consip), invece, è finalizzato agli approvvigionamenti sopra

⁷⁰ V. Statuto sociale Consip, reperibile sul sito istituzionale della Società nella Sezione *Governance*.

⁷¹ Per la descrizione di dettaglio degli strumenti utilizzati da Consip – in particolare il mercato elettronico della pubblica amministrazione ed il sistema dinamico di acquisizione – v. la descrizione sul sito www.acquistinretepa.it.

soglia⁷². In questo caso la procedura è suddivisa in due fasi. La prima si svolge con la pubblicazione del bando da parte di Consip per una o più categorie merceologiche. In questa fase, gli operatori interessati e dotati dei requisiti necessari possono abilitarsi. La seconda fase riguarda le gare delle singole amministrazioni interessate, le quali aggiudicano gli appalti specifici sulla base del bando Consip.

Come si diceva ad inizio paragrafo, mercato elettronico, accordi-quadro, sistemi dinamici di acquisizione non sono appannaggio esclusivo di Consip e degli altri soggetti aggregatori. Infatti, la legge li appresta quali istituti generali utilizzabili da qualunque stazione appaltante⁷³. Nondimeno, è l'applicazione che di essi viene fatta dai soggetti aggregatori e per loro tramite che ne consente ed in certo senso ne condiziona la diffusione, il promovimento e lo sviluppo.

Va chiarito, soprattutto, che la digitalizzazione è un processo che, come tale, non si esaurisce nel ricorso a questo o a quel mezzo di acquisto informatizzato e congegnato sull'uso delle moderne tecnologie. L'*e-procurement*, semmai, è un sistema destinato a coprire l'intero ciclo di vita degli acquisti pubblici e solo così può raggiungere l'effettiva stabilizzazione nelle dinamiche di approvvigionamento che, per definizione, non si risolvono nel momento della gara ma includono tutta una serie di ulteriori, complementari ed essenziali attività che vanno dal rilevamento dei fabbisogni, alla gestione del contratto, alle verifiche di qualità e di rendimento⁷⁴. Proprio per questo sono in corso di continuo affinamento i

⁷² Per molti versi speculare è il funzionamento delle centrali di committenza regionali. Tra queste è inclusa ARCA s.p.a. cui sono demandati gli acquisti degli Enti del sistema regionale (v. l.r. Lombardia 33/2007). Per completezza si segnala la scheda descrittiva sul sito www.acquistiinretepa.it nella pagina dedicata ai soggetti aggregatori. In relazione ad ARCA viene indicato che si tratta di «una società per azioni (fino al 1/5/2014 presentava natura pubblicistica con la denominazione di Agenzia regionale centrale acquisti) ... opera secondo il modello dell'*in house providing*... è partecipata al 100% dalla Regione Lombardia». Quanto alle attività «svolge funzioni di Centrale di Committenza, Stazione Unica Appaltante, Soggetto Aggregatore, Coordinatore Tavolo tecnico Appalti, Consulente e supporto tecnico su Appalti, Promozione e Sviluppo Piattaforma Telematica». Sostanzialmente ARCA s.p.a. opera in favore di amministrazioni ed enti regionali, enti locali, enti del Servizio Sanitario Nazionale ed altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel territorio regionale (v. art. 1 c. 3, l.r. Lombardia 33/2007 e v. altresì art. 1 c. 455, l. 296/2006). Per legge, essa si avvale della piattaforma regionale per l'*E-procurement* denominata Sistema di intermediazione telematica (Sintel) e la utilizza per lo svolgimento delle procedure di affidamento. Peraltro ARCA non si limita ad utilizzare Sintel ma ne cura altresì lo sviluppo e ne promuove l'impiego da parte dei soggetti sopra indicati (v. art. 1 c. 6, l.r. Lombardia 33/2007). Va notato che su Sintel è possibile svolgere le gare per qualsiasi importo sopra e sotto le soglie di rilevanza comunitaria ed è possibile avvalersi di tutte le procedure disciplinate nel Codice, vale a dire: procedura ristretta (art. 61), procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara/procedura negoziata senza previa indizione di gara (art. 36 c. 2 lett. b-c), artt. 63 e 125), procedura negoziata con previa indizione di gara (art. 124), procedura aperta (art. 60), sistema dinamico di acquisizione (art. 55), affidamento diretto (art. 36 c. 2 lett. a), affidamento diretto previa richiesta di preventivi (art. 36 c. 2 lett. a), manifestazione di interesse ed indagine di mercato.

⁷³ Non si spiegherebbero altrimenti le definizioni esplicitate nella parte iniziale del Codice e contenute, in particolare, nell'art. 3, d.lgs. 50/2016 ove, solo per fare degli esempi, le nozioni di «mercato elettronico» e di «sistema dinamico di acquisizione» sono formulate in termini generali senza alcuna limitazione soggettiva dei rispettivi «utilizzatori».

⁷⁴ Si veda M. Marra, *Centralizzazione e innovazione tecnologica*, cit., soprattutto a pagina 10 ove viene precisato che «la funzione di approvvigionamento comprende non solo la negoziazione delle condizioni con-

dispositivi preordinati ad assicurare la concreta interoperabilità tra i diversi attori coinvolti in ogni fase e sottofase del complicato assetto che sostiene il governo dei contratti pubblici⁷⁵.

Né si può ignorare che il settore dei contratti pubblici è evidentemente uno di quelli nei quali il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione è destinato ad avere ripercussioni considerevoli. Le ragioni del fenomeno sono varie tante quante le utilità che l'innovazione tecnologica reca con sé nella gestione operativa delle procedure (non ultima la potenziale accessibilità implicata dall'utilizzo dei sistemi telematici). Il rovescio della medaglia è il rischio di esclusione per tutte quelle realtà che non riescono a stare al passo con l'evoluzione delle tecnologie⁷⁶, nonché un irrigidimento dei formalismi che proprio nelle gare svolte con modalità telematica si rendono ancora più necessari per «garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti»⁷⁷.

Se è così, la progressiva centralizzazione degli acquisti in capo a soggetti in grado di gestire le complessità dell'attuale sistema di procedure e, pertanto, di utilizzare altresì i più innovativi strumenti telematici di *e-procurement* diventa un tramite essenziale alla realizzazione dei fini perseguiti dalla disciplina dei contratti pubblici e dalla più generale riforma della pubblica amministrazione.

6. Conclusioni

L'aggregazione degli acquisti costituisce uno degli elementi portanti dell'architettura delle procedure di affidamento risultante dal Codice e dalla normativa correlata e con essa l'accentuata digitalizzazione delle attività funzionali all'approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni.

Sul piano dei principi il nuovo impianto sposta almeno in parte il baricentro della disciplina la quale, se finora era stata costruita ed interpretata attorno al car-

trattuali, ma anche la rilevazione dei fabbisogni interni, la gestione dei contratti, la valutazione della qualità dei prodotti e la misurazione del rendimento».

⁷⁵ Si veda ad esempio il Piano triennale per l'informatica elaborato dall'AGID, laddove viene descritta la piattaforma «ComproPA» quale «sistema nazionale di e-procurement che interconnette, in modalità interoperabile, tutti gli attori del processo di e-procurement garantendo la gestione, la digitalizzazione e il governo dell'intero ciclo di vita degli appalti pubblici nel rispetto delle disposizioni del Codice degli appalti e delle direttive europee». V. Piano triennale per l'informatica, AGID, cit., 49.

⁷⁶ La generale arretratezza tecnologica del sistema Paese rispetto agli altri Stati dell'Unione europea emerge dai dati diffusi dalla Relazione della Commissione Parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione, Doc. XXII-bis n. 14, approvata dalla Commissione nella seduta del 26 ottobre 2017, reperibile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati. Si vedano in particolare i dati riportati nella Relazione a pagina 6.

⁷⁷ V. T.R.G.A. Trento, 8 gennaio 2018, n. 4 reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

dine della tutela della concorrenza, viene adesso orientata verso l'edificazione di un sistema non solo proconcorrenziale ma anche "intelligente"⁷⁸, laddove può essere ritenuto "intelligente" un assetto preordinato a concentrare la gestione delle procedure in capo ad uffici – pubblici – specializzati ed organizzati in modo da garantire il massimo grado possibile di efficienza dei processi di approvvigionamento⁷⁹.

È un nuovo corso ispirato alla strategia di "Europa 2020" ed informato ad un'idea di circolarità che prima non c'era. Da sempre la realizzazione del mercato unico è stata demandata principalmente alle imprese, che l'amministrazione doveva assistere dall'esterno quale garante delle regole più idonee a favorire l'accesso alle procedure e la libera competizione, sul presupposto che le migliori condizioni per il mercato fossero quelle generate dall'azione degli operatori economici lasciati liberi di concorrere senza discriminazioni. Adesso, invece, l'amministrazione è chiamata a prendere più attivamente parte dall'interno alla scena economica, sicché la sua efficienza appare essenziale tanto quanto lo è quella delle imprese.

In questo disegno l'utilizzo degli strumenti telematici oltre a funzionare da volano per un generale ammodernamento dell'azione amministrativa, serve da mezzo di interoperatività in grado di azzerare le distanze tra committente pubblico ed operatori economici già soltanto per l'immediatezza che consente nelle comunicazioni e nella messa a disposizione di documenti ed informazioni. E questa stessa strada, più a lungo termine, dovrebbe portare ad azzerare le distanze pure tra le varie centrali di committenza che si troveranno a gestire gli affidamenti pubblici all'interno dell'Unione, essendo piuttosto chiaro che il modello a tendere sia quello di un'organizzazione condivisa ed allargata delle procedure che avvicini i committenti pubblici dislocati nel mercato unico europeo. Se così è, la possibilità di scambio attuabile tramite l'informatizzazione delle procedure di gara tragherà il sistema dei contratti pubblici verso l'economia senza confini che è caratteristica della globalizzazione e che presuppone, inevitabilmente, un diritto anch'esso senza confini fondato su istituti giuridici adatti a circolare per soddisfare le esigenze di una prassi degli affari sempre più complessa e delocalizzata⁸⁰. Il che, sul versante proprio del diritto amministrativo che è quello principalmente implicato nella materia dei contratti pubblici, rende di estremo interesse il dibattito scientifico sul nuovo volto del provvedere tenuto conto che anche le procedure di affidamento dovranno appunto fare i conti con le dinamiche "liquide" del-

⁷⁸ Si veda la Direttiva 2014/24/UE al considerando 2.

⁷⁹ Una riflessione su centralizzazione, concorrenza e semplificazione è delineata da A.F. Di Sciascio, *La centralizzazione degli acquisti*, cit., 381-382.

⁸⁰ Per un inquadramento sulla globalizzazione si rinvia a M.R. Ferrarese, *Diritto globale e «dislocazioni» giuridiche. A partire da un volume di S. Cassese*, in *Pol. del dir.*, 2011, f. 3, 379-394.

la società globale⁸¹. In questa dimensione, l'azione amministrativa si proietta alla cura di interessi che sono (o, quanto meno possono essere) sempre meno localizzati in un territorio e sempre più aperti alla realtà globalizzata. Sicché diventerà essenziale che il provvedimento amministrativo, come qualsiasi atto giuridico, possa fondarsi su uno strumentario composto non solo di norme ma anche di modelli operativi e di prassi omogenee ed esportabili per potersi adeguare alle esigenze di una collettività che non si identifica in uno spazio territoriale ma in un gruppo o in un insieme di gruppi che interagiscono (interoperatività) nonostante le distanze.

L'effettiva realizzazione degli obiettivi di efficienza, razionalizzazione ed economicità che si correlano a tutto questo dipenderà da una serie di fattori eterogenei tra i quali, non secondaria, la messa a regime del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti. Qualificazione e centralizzazione, infatti, sono istituti tra loro strettamente connessi, che vengono congegnati dalla disciplina di settore quali strumenti funzionali a concentrare la gestione delle gare pubbliche in mano a pochi soggetti dotati di strutture adeguate. Si da ridurre l'ambito entro cui ciascuna pubblica amministrazione potrà procedere in modo autonomo. Il progressivo «superamento della gara singola» è il veicolo principale dello sviluppo evolutivo in atto «nella contrattazione pubblica»⁸² in uno scenario di profondo mutamento organizzativo e strutturale.

Nel nuovo – *rectius* nell'attuale – regime dei contratti pubblici l'espletamento delle procedure di acquisto diventa una «funzione specializzata» che per essere esercitata presuppone una serie di condizioni di partenza, tra le quali le necessarie competenze sia tecniche sia professionali modulate sulle caratteristiche delle gare da attivare in relazione alle esigenze di acquisto da soddisfare di volta in volta⁸³. Ciò con la consapevolezza che «la partita che si gioca con la nuova disciplina dei contratti pubblici è decisiva ... per l'intera pubblica amministrazione» e che

⁸¹ Si rinvia a C. Zucchelli, *Il "provvedere" ai tempi della globalizzazione. Riflessi sul rapporto autorità/libertà*, pubblicato sul sito della giustizia amministrativa il 29 luglio 2017. Sullo sfondo, naturalmente, le riflessioni di Zygmunt Bauman che è stato il principale teorico della cd. modernità liquida.

⁸² V. G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2015, 345 ss., in particolare 364-365.

⁸³ V. L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, f. 5, 605 ss. ed in particolare a pagina 608 da cui è tratta l'espressione citata nel testo. Sulla professionalità implicata nel funzionamento delle centrali di committenza già nel contesto della previgente disciplina v. R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss., in particolare a pagina 354 si osserva che «Le maggiori e più articolate professionalità che dovranno operare nelle centrali di committenza saranno chiamate ad attuare nuove modalità di gestione, coordinamento e razionalizzazione dei contratti pubblici, consentendo non solo risparmi di spesa, ma anche scelte di politica economica che promuova la qualità concorrenza e correttezza degli operatori». Si veda anche l'analisi contenuta nella Relazione annuale di ANAC riferita al 2017 laddove viene precisato che «Le capacità delle stazioni appaltanti qualificate devono essere garantite attraverso il possesso di requisiti base e di requisiti premianti, tra cui si citano la presenza di strutture organizzative stabili, la formazione e l'aggiornamento del personale, il numero di gare svolte».

«la qualità dell'amministrazione» è condizione imprescindibile per la «competitività» del sistema Paese ⁸⁴.

Ecco che quella che potrebbe sembrare soltanto una scelta organizzativa vuoi di efficienza vuoi di contenimento della spesa, in realtà è un canale di profondo cambiamento della sfera di azione della pubblica amministrazione e degli altri soggetti ad essa assimilati.

te nel quinquennio precedente, la presenza di varianti nelle gare gestite o il rispetto dei tempi e dei costi di esecuzione». Così ANAC – Relazione annuale 2017, cit., 236.

⁸⁴ V. A. Pajno, *Crisi dell'Amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, 549 ss. I passaggi citati nel testo si trovano, rispettivamente 582 e 578.

Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici

Lo scritto esamina i fenomeni di centralizzazione e digitalizzazione del settore dei contratti pubblici inquadrandoli nel più ampio processo di ammodernamento e complessivo cambiamento della pubblica amministrazione. In particolare, attraverso l'analisi del quadro normativo di riferimento e degli istituti giuridici rilevanti si evidenzia come i nuovi moduli organizzativi (centrali di committenza, soggetti aggregatori, qualificazione delle stazioni appaltanti, ecc.) associati all'uso delle moderne tecnologie vengano a disegnare un nuovo (o rinnovato) modo di agire e di decidere della pubblica amministrazione.

Aggregation and e-procurement for awarding public contracts

The article exams the phenomenon of centralization and e-procurement regarding public contracts respect the general process of modernization and changing of public administration. In particular, by the analysis of law system and juridical institutes it marks up as new organization schemes (central purchasing bodies, qualification system of local authorities purchasing, etc.) associated to technologies create a new (or renewed) way to act and to decide for public administration.

Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale

Gian Antonio Benacchio

Sommario: 1. Obiettivi e peculiarità del modello europeo per la tutela del consumatore. – 2. Obblighi informativi e di trasparenza come principale strumento di tutela. – 3. Strumenti, soluzioni e forme di tutela. – 4. Criticità e limiti di modello e di sistema. – 5. L'impatto delle tecnologie digitali e la discriminazione negoziale. – 6. Ripensare il modello.

1. *Obiettivi e peculiarità del modello europeo per la tutela del consumatore*

In Europa la tutela dei consumatori, come la conosciamo oggi¹, è l'esito della sedimentazione di molteplici interventi politici, legislativi e giurisprudenziali che si sono susseguiti parallelamente al riconoscimento dei consumatori quali soggetti passivi e particolarmente meritevoli di protezione all'interno del sistema di produzione e distribuzione di massa. Alle soluzioni proprie di alcuni Stati,

¹ L'avvio di una politica del *consumerism* viene fatta risalire al movimento sorto negli anni sessanta negli Stati Uniti ed esteso poi all'Europa negli anni successivi. Sulle origini statunitensi del movimento vedi E. Guerinoni, *I contratti del consumatore in generale*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 1385 e ss.; si veda anche G. Alpa, *Consumatore (tutela del): III, Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, Roma, *Ist. enc. it.*, 1988, VIII, *ad vocem*; P. Kotler, *Il movimento dei consumatori in USA*, in *Americana*, 1973, 3; G. Ghidini (a cura di), *La pubblicità nell'era dell'informazione*, Atti del convegno tenuto a Pavia nel 1983, Pavia, Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, 1985. Le questioni in materia di pubblicità commerciale, di contratti *standard* per adesione e di responsabilità del produttore sono state tra le prime ad attivare l'intervento della giurisprudenza e del legislatore d'oltreoceano trasformando quelle che erano semplici istanze socio-politiche in *leading precedents* o in atti legislativi e amministrativi. Agli interventi dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, hanno poi fatto seguito analoghe iniziative sia nel resto dei Paesi europei sia nei paesi più orientali. Sul punto vedi P.N. Stearns, *Consumerism in World History. The Global transformation of Desiderere*, London-New York, II ed., 2006; F. Capelli, *La tutela giuridica del consumatore (contraente-debole) in Europa e nel mondo*, Napoli, 2013; F. Panza, H. Jùnhòng, *Il nuovo diritto dei consumatori in Cina*, Napoli, 2015, 15-23; P. Rossi, *La protezione dei consumatori nella Repubblica Popolare Cinese: circolazione di modelli occidentali e influenze di area asiatica*, in G. Ajani, J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009, 445 e ss.

adottate al di fuori di programmi e politiche condivise e in risposta a sensibilità e tradizioni socio-culturali diverse, sono subentrate, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, le iniziative delle istituzioni comunitarie².

Nel corso degli anni la regolamentazione europea della materia si è espansa in senso quantitativo e qualitativo, proponendosi come obiettivi la tutela della salute, la sicurezza e la qualità dei prodotti nonché la protezione degli interessi economici del consumatore. L'intervento europeo ha consentito *sia* di accelerare la formazione e la crescita della disciplina consumeristica negli Stati ove era assente, *sia* di garantirne uno sviluppo più uniforme e armonico. Tutto ciò è confluito nella formazione di quello che viene ormai unanimemente riconosciuto come il nuovo diritto europeo dei contratti dei consumatori³.

L'azione del legislatore dell'Unione ha portato all'adozione di un numero rilevante di direttive caratterizzate per interventi sia di tipo *verticale* sia di tipo *orizzontale*: nel primo caso dettando nuove regole riguardanti un particolare contratto o operazione economica⁴, nel secondo caso disciplinando alcuni tratti generali della contrattazione, indipendentemente dal tipo di contratto o di operazione economica⁵.

Un ulteriore aspetto caratterizzante la legislazione europea può essere individuato nel grado di definizione delle singole regole, con effetti che vanno dall'*armonizzazione minima* dei modelli nazionali (quando i legislatori degli Stati mem-

² Gran Bretagna, Francia e Germania già dagli anni '70 avevano predisposto soluzioni di carattere amministrativo, processuale e privatistico individuando nel consumatore una persona meritevole di tutela. In generale, i singoli interventi nazionali erano reciprocamente sordinati: alcuni avevano dato preferenza ad interventi di tipo *amministrativo*, altri di tipo *giudiziale*, alcuni avevano preferito lasciare un maggiore margine all'autoregolamentazione dei mercati, altri ancora avevano favorito una legislazione in determinati settori, per esempio quello alimentare, piuttosto che in altri. Sul tema, tra i più recenti, si veda G. Alpa, A. Catricalà (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, 63 ss.; G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., Parte IV; G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2016, VII ed., 239 e ss. e ivi la bibliografia riportata.

³ G. Alpa (a cura di), *I diritti dei consumatori*, in G. Ajani, G. Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2009, Tomi I e II; G. Chiné, *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, Tomo I; J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le Marché commun*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1998, 1, 7-28; G. Alpa, M. Bessone, *Il consumatore e l'Europa*, Padova, 1980; C. Twigg-Flesner (edited by), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham-Northampton, 2016; E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007; G. De Cristofaro (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009; C. Castronovo (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, Parte I-II-III, 2005.

⁴ È il caso, ad esempio, delle direttive sui viaggi tutto compreso (ora nella direttiva 2015/2302/UE), sugli acquisti in multiproprietà (ora nella direttiva 2008/122/CE), sui contratti conclusi fuori dai locali di commercio (ora nella direttiva 2011/83/UE), sul contratto di credito (ora nella direttiva 2008/48/CE).

⁵ Esempi emblematici sono costituiti dalla direttiva sulle clausole abusive (direttiva 93/13/CEE), il cui contenuto si riferisce ad una serie vastissima di contratti e non ad una figura specifica, oppure dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali (direttiva 2005/29/CE), che stabilisce i principi generali per una corretta contrattazione, oppure, ancora, dalla direttiva sulle azioni inibitorie (direttiva 98/27/CE).

bri non possono mantenere o introdurre una tutela del consumatore inferiore ad una determinata soglia pur potendo definire regole più severe rispetto alla soglia stessa), all'*armonizzazione massima* (quando i legislatori nazionali non possono discostarsi dalle indicazioni fissate nella direttiva stessa)⁶.

In generale, da questo processo legislativo emerge come non sempre il legislatore dell'Unione possiede la forza, la capacità, la determinazione sufficiente per obbligare gli Stati membri all'adozione di regole minuziose, stringenti e precise tali da vincolare gli Stati membri, ed è il motivo per cui sono rare le direttive che definiscono regole di armonizzazione *massima* nel diritto dei contratti. La necessità di ottenere una condivisione ampia per approvare una nuova direttiva impone, a livello europeo, l'elaborazione di proposte e soluzioni che rappresentano molto spesso un compromesso, una via di mezzo fra le diverse posizioni espresse da ciascun ordinamento nazionale⁷.

Più recentemente, inoltre, l'attività del legislatore UE è diventata frenetica. Da una parte, le nuove direttive intervengono sempre più in settori e materie fino ad ora di competenza degli Stati, dall'altra modificano le precedenti regole comunitarie, emanate cinque, dieci, venti anni fa, obbligando gli Stati ad una continua e complessa attività di recepimento⁸. Il risultato è una stratificazione progressiva di norme che non di rado disorientano l'operatore giuridico, il giudice, l'avvocato, lo studioso. Lo stesso legislatore e il giudice nazionale stentano ad adeguarsi correttamente a soluzioni europee, troppo spesso divenute incerte e di non univoca interpretazione⁹.

⁶ Questa soluzione, da un lato permette agli Stati una maggiore autonomia e favorisce il convergere del loro consenso nella fase di approvazione della disposizione normativa comunitaria, dall'altro lato, tuttavia, può incidere negativamente sul grado di armonizzazione delle regole. Il modello comunitario, infatti, può dare luogo a divergenze, anche marcate, tra Stato e Stato a seconda del grado di precisione e di analiticità delle disposizioni contenute nella normativa da recepire. Sul tema, recentemente, R. Torino, *Il diritto multilivello dei consumatori fra diritto europeo e diritti nazionali*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., 1205 e ss.; si veda anche G. D'Amico, S. Pagliantini (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018.

⁷ Si pensi, ad esempio, agli obblighi informativi precontrattuali: a fronte di una dettagliata elencazione, formalizzata nella direttiva 2011/83/UE ("*sui contratti dei consumatori*"), viene rimessa ai legislatori nazionali la definizione delle sanzioni da irrogare in caso di violazione, con la precisazione che le stesse dovranno essere "*effettive, proporzionate e dissuasive*" (così l'art. 24, direttiva 2011/83/UE). Orbene, la scelta di non definire sanzioni comuni rispetto alla violazione degli obblighi imposti certamente crea più di qualche dubbio sulla reale efficacia dell'intervento rispetto agli obiettivi di armonizzazione del diritto.

⁸ L'effetto è la moltiplicazione delle regole europee con le quali ci si deve misurare e alle quali i legislatori nazionali devono costantemente adeguarsi, anche modificando più volte non solo le precedenti leggi di attuazione ma anche i medesimi articoli dei codici nazionali. Sul tema C. Castronovo, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 4, 905 e ss.

⁹ Rispetto a quanto descritto non sempre è risolutivo il ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'UE. Se è vero, infatti, che l'attività di interpretazione, unificazione e affinamento delle regole svolta dai giudici europei, soprattutto attraverso il rimedio del rinvio pregiudiziale, ha contribuito in maniera fondamentale alla costruzione del diritto europeo per la tutela del consumatore, non può disconoscersi che le regole via via più numerose formulate dalla Corte non sempre contribuiscono a quella chiarezza e certezza del diritto di cui il consumato-

Dall'articolato insieme di direttive che compongono la disciplina europea sui contratti dei consumatori risaltano alcune caratteristiche comuni che concorrono a disegnare i modelli nazionali derivati.

Tra queste vale la pena di segnalare il c.d. diritto al ripensamento (*jus poenitendi*), esercitabile senza una giusta causa e senza obbligo di preavviso né di corrispondere alcun tipo di indennità a favore del professionista¹⁰.

Nuove regole in tema di elementi essenziali del contratto ampliano, poi, le ipotesi di invalidità o di inefficacia del medesimo. Ad esempio, il contratto non si considera validamente concluso secondo le disposizioni, a noi familiari, del codice civile ma sulla base di altri principi e regole che finiscono per coinvolgere anche il problema della forma *ad substantiam* del contratto¹¹.

Ma il vero pilastro dell'azione europea nel settore consumeristico è costituito dal diritto, di portata generale, alla trasparenza e all'informazione (sui prodotti, sugli strumenti di tutela e su quant'altro possa essere utile per una scelta economica consapevole), da sempre¹² ritenuto determinante soprattutto per incrementa-

re, così come tutti i cittadini, hanno bisogno. Si consideri, ad esempio, il permanere dei dubbi sugli ambiti di applicazione della direttiva sulla mediazione in materia civile e commerciale (Direttiva 2008/52/CE) e la direttiva sulle ADR dei consumatori (Direttiva 2013/11/UE), rimasto non definito anche a seguito della sentenza della Corte di giustizia, C-75/16, del 14 giugno 2017; sul tema vedi *infra* le osservazioni riportate in nota 41. Un altro esempio è quello degli acquisti effettuati dai consumatori presso stand fieristici, fattispecie alla quale la giurisprudenza nazionale ha ritenuto non applicabile la disciplina europea dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali (Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2014, n. 22863) mentre la Corte di giustizia offre un orientamento più prudente (C-485/17, del 7 agosto 2018, pt. 45 e 46).

¹⁰ Lo *jus poenitendi* riconosce al consumatore il diritto di recedere dal contratto dopo la sua conclusione. È espressione, come intuibile, del ruolo e delle finalità assegnate alla piena consapevolezza del consumatore nell'attuale sistema di protezione, ben oltre la pura e semplice conoscenza, fino a ricomprendere un vero e proprio diritto di riflessione. Sul tema si veda F.P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 4, 1007 ss.; M. Grandi, *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2013, 1, 45-78; E. Battelli, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 3, 966 e ss.; M. Farneti, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 5, 959 ss.; R. Senigaglia, *Gli effetti del recesso dal contratto a distanza o concluso fuori dei locali commerciali sui contratti accessori: dalla disposizione alla norma*, in *Contratto e impr.*, 2014, 6, 1380 ss.; S. Pagliantini, *L'ibridazione del nuovo recesso in pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, 275 ss.; A. Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 136 ss.

¹¹ Così, nel caso dei contratti pattuiti telefonicamente, il consumatore è vincolato non nel momento dello semplice scambio dei consensi ma solo se e quando l'accettazione dell'offerta avvenga mediante sottoscrizione. La regola (introdotta recentemente dall'art. 8, dir. 2011/83/UE e art. 52, c. 6, Codice del consumo), ha trovato applicazione anche da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato chiamata in più occasioni a tutela dei consumatori; si vedano, ad esempio, la delibera n. 25634 del 30 settembre 2015 che sanziona la condotta di Sky Italia S.r.l., la delibera n. 25635 del 30 settembre 2015 verso H3g S.p.A., la delibera n. 26636 del 7 giugno 2017 verso Tiscali Italia S.p.A., la delibera n. 26320 del 21 dicembre 2016 verso Wind Telecomunicazioni S.p.A. Il vincolo della forma scritta è previsto anche per i contratti di vendita di pacchetti turistici (art. 35, comma 1, d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, Codice del turismo).

¹² Si veda, ad esempio, la Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 «*riguardante un programma preliminare della comunità economica europea per una politica di protezione e informazione del consumatore*», pubblicata nella G.U.C.E. n. C 92, del 25 aprile 1975.

re la fiducia dei consumatori in un mercato unico e globale, transfrontaliero, non racchiuso all'interno dei confini nazionali.

Ora, se il modello di tutela elaborato in sede europea ha sicuramente contribuito a far sì che, oggi, il consumatore sia molto più salvaguardato rispetto a una trentina d'anni fa, negli ultimi anni, tuttavia, ci si sta domandando se questo modello sia davvero efficace e sufficiente a ristabilire l'equilibrio tra due parti dotate normalmente di forze contrattuali diverse¹³. Lo scritto prende spunto da questi interrogativi per evidenziare alcuni difetti e lacune del modello europeo (e italiano) di tutela del consumatore, con una attenzione particolare proprio al tema dell'informazione.

2. *Obblighi informativi e di trasparenza come principale strumento di tutela*

L'impulso del legislatore europeo ha dato vita anche in Italia ad un sistema innovativo di tutela del consumatore. È un sistema che, come detto, punta soprattutto sulla *trasparenza e sull'informazione*, andando ben oltre il generico obbligo di *buona fede* (oggettiva) che grava su entrambe le parti di un contratto¹⁴.

In particolare, le regole europee hanno definito un elenco minuzioso e dettagliatissimo di obblighi informativi tali da configurare un vero e proprio *contenuto obbligatorio* del contratto, al quale il legislatore nazionale deve necessariamente (perché espressione di armonizzazione massima) conformarsi¹⁵.

¹³ Sul punto, tra i principali commentatori si veda G. Alpa, A. Catricalà (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., 2016; G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (a cura di), *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi*, Napoli, 2010; M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, 191-288; V. Roppo, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 25-45. Il dibattito sull'eccesso degli obblighi informativi interessa anche ambiti giuspubblicitici, lo ricorda F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, 16 e ss., quando segnala che molti osservatori lamentano, all'indomani dell'adozione del d.lgs. n. 33/2013, «l'alluvione di obblighi di pubblicazione» posti a carico dei soggetti pubblici. Va ricordato che già negli anni Cinquanta del secolo scorso il tema è stato affrontato magistralmente dal premio Nobel H. Simon, tra i primi a mettere in dubbio il fatto che il sovraccarico degli obblighi informativi possa generare consapevolezza nel compiere la scelta più corretta; cfr. H.A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, 1, 99-118.

¹⁴ Sul tema anche D. Russo, *Sull'informazione nei contratti*, Napoli, 2016, 64; G. De Cristofaro, *La direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in E. Roppo, A. D'Angelo (a cura di), *Annuario del contratto 2011*, Torino, 2012, 30-80; C. Poncibò, *Gli obblighi informativi ai sensi della direttiva 2011/83/UE*, in P. Cendon, C. Poncibò (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014, 1-16; E. Battelli E., *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, 11, 1065 ss.

¹⁵ In Italia, l'adeguamento al quadro giuridico europeo è sfociato, a seguito di un profondo ripensamento di tutta la sistematica relativa ai contratti dei consumatori, nell'adozione (con il d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206) di un Codice del consumo che raccoglie in un'unica *sedes materiae* la disciplina relativa ai rapporti di con-

Ne risulta messo in discussione quello che era stato un emblema della dottrina liberale: vale a dire l'affermazione dell'autonomia privata come intangibile espressione della libertà della persona di autodeterminarsi, di regolare come crede la propria sfera giuridica ed economica, riducendo l'intervento correttivo dell'autorità giudiziaria a casi estremi e marginali. Se il contratto continua ad essere una questione del tutto privata, lo Stato non può e non vuole più voltare la testa dall'altra parte ma si fa garante di una migliore equità sociale, di una maggiore giustizia contrattuale, di una difesa degli interessi dei soggetti più deboli e meritevoli di tutela.

Da questo rinnovato contesto giuridico emerge una dimensione dell'obbligo di informazione, diversa, potenziata, affrancata dal tradizionale e semplice obbligo di comportamento secondo buona fede.

Se è vero, infatti, che permane nell'ordinamento nazionale un generico dovere di buona fede e correttezza, che trova nell'art. 39 del Codice del consumo nuova e più precisa consacrazione («Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà») non può disconoscersi che il dovere di informazione ha acquisito autonomia e specifica connotazione e rafforzamento al punto da venire definito, nello stesso Codice del consumo, un vero e proprio «diritto fondamentale»¹⁶.

Alcune informazioni, in quanto particolarmente importanti, sono obbligatorie ed essenziali per tutte le tipologie di contratti dei consumatori, altre, invece, sono suscettibili di variazione a seconda dei casi.

Di regola, prima che il contratto sia perfezionato, il professionista deve fornire al consumatore notizie che riguardano: le *caratteristiche di beni e servizi*; gli *elementi identificativi del professionista* (ad esempio, l'indirizzo geografico dove è stabilito, il numero di telefono, fax e l'indirizzo di posta elettronica); il *contenuto economico del contratto* (non solo il prezzo ma l'impegno economico complessivo nonché le modalità di pagamento); il *contenuto normativo del contratto* (ovvero-

sumo, innovando, razionalizzando e coordinando il precedente quadro normativo derivante dall'adozione delle numerose direttive in materia emanate a partire dalla fine degli anni '80. Per alcune considerazioni generali sul Codice del consumo si vedano tra i molti: G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005; F. Galgano, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007, 1, 50 e ss.; E. Capobianco, G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009; G. D'Amico (a cura di), *La riforma del Codice del consumo*, Padova, 2015; G. Capo, *Codice del consumo (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali vol. VII, 2014; A.M. Gambino, G. Nava (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014; V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2015.

¹⁶ Così l'art. 2, comma 2, lett. c) ed e), del Codice del consumo, a mente delle quali «ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: [...] c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; [...] e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali». Sul tema M. Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 2, 329 ss.

sia le modalità di consegna ed esecuzione, le tempistiche, la durata del rapporto, le garanzie legali e convenzionali, ecc.); gli strumenti per rendere *effettiva la tutela del consumatore* (dunque l'indicazione di eventuali formulari, di codici di condotta vincolanti il professionista, della possibilità di ricorrere a forme di risoluzione alternativa delle controversie che dovessero insorgere); la possibilità di esercitare il diritto di recesso (quando previsto) e le modalità per il suo esercizio¹⁷.

Si tratta di informazioni obbligatorie *minime* che il professionista deve fornire *prima* della stipulazione del contratto o prima che il contratto produca i suoi effetti.

Trattandosi di informazioni *minime*, nulla impedisce che al professionista sia consentito fornire *ulteriori* informazioni, financo in quantità tali da pregiudicare lo scopo dell'obbligo informativo. In altre parole, il destinatario potrebbe venire inondato da una quantità di dati e notizie in grado di indurre confusione e incertezza anche senza che vi sia una vera e propria violazione del generale obbligo di *chiarezza e comprensibilità* della comunicazione, come subito vedremo.

Ma non solo. Ad essere oggetto di precisa regolamentazione legislativa sono anche le *modalità di comunicazione* delle informazioni, che devono essere espresse in modo «chiaro e comprensibile»¹⁸, permettere una piena consapevolezza del consumatore, in osservanza dei principi di *buona fede, correttezza e lealtà*¹⁹ nonché di *accessibilità*²⁰, essere «adeguate alla tecnica di comunicazione» impiegata²¹,

¹⁷ Artt. 5 e 6, direttiva 2011/83/UE *sui diritti dei consumatori*, e artt. 48 e 49, Codice del consumo.

¹⁸ Art. 39, Codice del consumo. Sul tema, vedi *infra* le osservazioni riferite alla sentenza della Corte di giustizia, C-186/16 riportate nella nota 47.

¹⁹ Art. 39, Codice del consumo. Il giudice nazionale, ad esempio, ha ritenuto che «il contenuto e le modalità di rappresentazione del prodotto vanno (...) rapportate agli standard di chiarezza, completezza e percepibilità degli elementi rilevanti del bene oggetto di vendita, la cui conoscenza appaia indispensabile per una scelta commerciale consapevole. Al fine di evitare che i consumatori siano indotti in errore nella formulazione dell'offerta di vendita devono quindi essere messe in atto tutte quelle accortezze utili al predetto scopo, nella considerazione che la rappresentazione grafica e testuale dei messaggi, laddove non renda di agevole percezione talune informazioni (in quanto rese con scarsa evidenza grafica a fronte della enfattizzazione di altri elementi)», così Consiglio di Stato, sez. VI, 17 novembre 2015, n. 5250.

²⁰ Articoli 67-*undecies*, 71 e 72, Codice del consumo. Al riguardo, i giudici europei hanno stabilito che l'accesso alle informazioni attraverso un collegamento ipertestuale (link) al sito web dell'impresa non può essere considerato un supporto durevole, posto che tali informazioni non sono né "fornite" dall'impresa né "ricevute" dal consumatore. Cfr. sentenza 5 luglio 2012, C-49/11, *Content Services Ltd* e le osservazioni di S. Pagliantini, *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: i casi Content services e Ebookers.com alla luce della dir. 2011/83/CE*, in *Obbl. contr.*, 2012, 12, 872 ss.

²¹ Art. 5, comma 3, Codice del consumo. Il giudice italiano, ad esempio, ha stabilito che la *limitatezza di tempo e di spazio imposta dai mezzi di comunicazione* non esonera dagli oneri di completezza del messaggio. In particolare, è stata dichiarata «l'insufficienza dell'apposizione dell'asterisco – che rinvia a diciture riportate con caratteri eccessivamente piccoli rispetto al *claim* principale – a rendere concretamente percepibile ai destinatari del messaggio la presenza degli elementi ulteriori (costo aggiuntivo per carte di credito e numero limitato di posti disponibili)», in quanto tale modalità non risponde agli «standards di chiarezza, completezza e percepibilità degli elementi rilevanti dell'offerta, indispensabili per una scelta consapevole», così Tar Lazio, 12 giugno 2015, n. 8253. Sempre sul tema della limitatezza di tempo e di spazio imposta dai mezzi di comunicazione, nel caso di specie gli *spot* televisivi, il giudice nazionale ha stabilito che «la sanzionata opacità del messaggio (non) può essere giustificata con la necessità di evitare un messaggio eccessivamente ricco di informazioni e per-

tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto, delle caratteristiche del settore nonché delle tipologie contrattuali²².

Gli obblighi informativi, così fortemente dettagliati, diventano quindi elementi essenziali e necessari dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori: il diritto/dovere di informazione non si colloca più all'esterno delle operazioni contrattuali ma viene a fare parte integrante del contratto, ampliando le ipotesi di invalidità o di inefficacia e dando origine ad un fenomeno che la dottrina definisce «contrattualizzazione degli obblighi informativi»²³.

3. *Strumenti, soluzioni e forme di tutela*

L'esigenza di garantire una effettiva tutela al consumatore poggia sulla previsione di rimedi e sanzioni «effettive, proporzionali e dissuasive»²⁴, «adeguate alla gravità delle condotte da reprimere» e tali da comportare «un effetto realmente deterrente»²⁵.

cio incompatibile con i tempi dello spot televisivo, atteso che il professionista deve comunque perseguire la possibile e necessaria individuazione di un punto di equilibrio tra sintesi e completezza del messaggio. In sostanza, la scelta del mezzo televisivo giustifica un adeguamento, ma non un affievolimento dell'onere di chiarezza e completezza, importando semplicemente la ricerca di modalità alternative di comunicazione e non elidendo la necessità delle stesse», così Tar Lazio, 5 maggio 2016, n. 5259, anche Tar Lazio, 5 maggio 2016, n. 5231.

²² Disposizioni speciali sono previste per quanto riguarda i *contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, i *contratti a distanza*, i *contratti di vacanza a lungo termine*, i *contratti a distanza riguardanti servizi bancari, creditizi, assicurativi e di investimento*, i *contratti aventi ad oggetto servizi turistici*, le *comunicazioni telefoniche*, le *televendite*, il *commercio elettronico*, il *credito al consumo*, la *pubblicità delle tariffe del trasporto marittimo*, la *vendita di immobili in multiproprietà*. Per esempio, per quanto riguarda la multiproprietà, i *prospetti informativi* obbligatori devono indicare l'identità del proponente, la natura del diritto oggetto del contratto, il periodo di godimento del diritto, la descrizione precisa dell'immobile, gli estremi della concessione edilizia, i servizi e le strutture comuni a disposizione dell'acquirente, i costi e gli oneri relativi, i costi gestionali dell'immobile, lo stato di avanzamento dei lavori di costruzione, la garanzia che le prescrizioni contenute nella concessione edilizia siano state rispettate, la garanzia sulla effettiva realizzazione, compresa anche la certificazione di abitabilità (si veda l'art. 4 della direttiva 2008/122/CE, .

²³ Sul tema, tra i numerosi commenti, T. Febbrajo, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, 2, 479 ss. ricorda che riconoscere all'informazione natura «contrattuale» significa imporre un preciso vincolo al contenuto negoziale, che dovrà quindi riprodurre fedelmente tutte le condizioni economiche e normative comunicate al consumatore. A proposito di questo fenomeno, in dottrina si parla di «neoformalismo» per sottolineare il fatto che, rispetto ai principi di libertà e autonomia contrattuale che hanno caratterizzato i sistemi giuridici occidentali fin dall'epoca delle codificazioni, si è ora passati a predeterminare obbligatoriamente numerosi aspetti del contenuto del contratto. R. Favale, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 2, 582 ss.; P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

²⁴ Art. 24, direttiva 2011/83/UE.

²⁵ Cfr. T. Febbrajo, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 492-493, con ampi richiami alla giurisprudenza comunitaria; vedi anche A. Gam-

Una prima tutela è quella che fa scattare la sanzione in *automatico* senza necessità di attivare organi o soggetti terzi, in quanto formulata nelle stesse disposizioni che regolano i contenuti e le modalità informative.

Così, qualora venga violato il dovere di informazione relativo ad alcuni specifici dati e notizie, tra cui anche l'esistenza dello *jus poenitendi* e le sue modalità di esercizio, la conseguenza della non corretta informazione si traduce in un prolungamento del termine per l'esercizio del recesso (fino ad un anno e quattordici giorni)²⁶.

Qualora, invece, il professionista violi gli obblighi di informazione in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del contratto, quest'ultimo sarà da considerare nullo o, comunque, non vincolante. Allo stesso modo non è vincolante la clausola abusiva eventualmente presente nel contratto: in questo caso opera una speciale «nullità di protezione»²⁷ che limita l'inefficacia alla clausola mentre il contratto rimane valido ed efficace per tutto il resto (principio della «conservazione del contratto»).

A presidio e garanzia dell'applicazione di tali forme di tutela vi sono le funzioni spettanti ad organi amministrativi e giurisdizionali. Al riguardo, possiamo fare riferimento a:

- «strumenti di natura pubblicistico-amministrativa», come sanzioni pecuniarie e obblighi di modifica del comportamento commerciale, oggetto dell'attività rimessa all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM)²⁸;

bino (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Milano, 2011; G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

²⁶ Art. 53, comma 1, Codice del consumo. Sul tema, recentemente, Cass. civ., sez. II, 27 settembre 2018, n. 23412, pt. 5 del considerato in diritto. Se la violazione riguarda i vincoli di forma nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici (siti web, email, ecc.) il consumatore non è vincolato al contratto o all'ordine. In particolare, l'invito del professionista dovrà riportare in modo «facilmente leggibile» le parole «ordine con obbligo di pagare» o altra formulazione equivalente. In assenza di tali indicazioni il consumatore *non è vincolato al contratto* (art. 51, comma 2, Codice del consumo).

²⁷ Art. 36, Codice del consumo.

²⁸ Nel sistema italiano, l'Autorità sta diventando punto di riferimento per la tutela dei consumatori, grazie ai sempre più numerosi compiti istituzionali e strumenti di cui dispone. Essa può intervenire sia con funzione repressiva delle violazioni in tema di pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie e diritti dei consumatori, mediante poteri di inibizione e sanzionatori, sia con funzione correttiva, mediante strumenti di natura negoziale o facendo leva sulla *moral suasion* e/o sulla propria autorevolezza. Rispetto a tali attività di *enforcement*, va riconosciuto il ruolo fondamentale che stanno svolgendo i consumatori e loro associazioni attraverso l'invio di *input* all'Autorità riguardanti le prassi presenti nel mercato. Si consideri che nel corso del 2017 l'Autorità ha ricevuto 4985 denunce scritte e ha fornito informazioni e orientamenti ai consumatori ricevendo 7938 chiamate telefoniche e infliggendo sanzioni amministrative per oltre 78 milioni di euro; si veda la *Relazione annuale sull'attività svolta*, 193 ss., presentata il 12 luglio 2018 (disponibile dal portale dell'Autorità, www.agcm.it). Emblematiche le recenti sanzioni disposte verso *Samsung* per 5 milioni di euro e verso *Apple* per 10 milioni dopo aver accertato che società dei due gruppi hanno realizzato pratiche commerciali scorrette "in relazione al rilascio di alcuni aggiornamenti dei cellulari che hanno provocato gravi disfunzioni e ridotto in modo significativo le prestazioni, in tal modo accelerando il processo di sostituzione degli stessi", vedi i provvedimenti n. 27363 e 27363 pubblicati sul Bollettino dell'Autorità n. 40 del 29 ottobre 2018. Si veda anche la delibera del

- “strumenti di natura civilistica” (nullità/annullabilità del contratto, inefficacia della clausola, azione inibitoria²⁹, risarcimento del danno ecc.), alcuni dei quali azionabili individualmente, altri anche attraverso una *class action*.

Da ricordare, infine, la notevole attenzione che l'ordinamento giuridico italiano sta prestando negli ultimi anni ai c.d. “strumenti alternativi alla giustizia ordinaria”, che permettono di ottenere un risarcimento del danno o il riconoscimento di altri diritti senza dover attivare il costoso, lento e farraginoso meccanismo della giustizia³⁰.

4. *Criticità e limiti di modello e di sistema*

Non vi è dubbio che la possibilità di effettuare scelte economiche consapevoli poggia inevitabilmente sulle informazioni che devono essere rese disponibili e sulla loro trasparenza.

Sotto questo aspetto, la scelta europea di fondare la tutela dei consumatori sui pilastri dell'informazione e della trasparenza³¹ è assolutamente condivisibile. Tuttavia, se consideriamo più da vicino gli effetti delle disposizioni emanate per attuare tale scelta emergono elementi e caratteristiche non del tutto efficienti, punti deboli che richiederebbero di essere rivisti e adeguati.

Prendiamo, ad esempio, le disposizioni già ricordate della direttiva 2011/83/UE che impongono numerosi e puntuali obblighi di fornire informazioni “in modo chiaro e comprensibile” al consumatore prima che sia vincolato dal contratto. Il recepimento a livello interno (artt. 48 e ss. del Codice del consumo) ha

29 novembre 2018 dell'Autorità che sanziona Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd per 10 milioni di euro per pratiche scorrette nei confronti dei consumatori/utenti avendo fornito informazioni “generiche e incomplete” sull'utilizzo dei servizi. Più in generale, sul tema, si veda A. Astazi, *Le attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette* (art. 27, D.Lgs. 6.9.2005, n. 206), in A. Catricalà, P. Troiano (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010; L. Rossi Carleo (a cura di), *Diritto dei consumi*, Torino, 2015, parte IV; E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, 564 e ss.

²⁹ Clausola mediante la quale le associazioni di consumatori possono chiedere al giudice di sospendere o vietare l'utilizzo di quelle clausole di cui sia accertata l'abusività (Art. 37, Codice del consumo. F. Cafaggi, H.W. Micklitz, *Enforcement pubblico e privato nel diritto dei consumatori*, in M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009

³⁰ M.C. Bottino, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, 1; V.C. La Sorte, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, Padova, 2016; A. Castagnola, F. Delfini, S. Rubiu, *Codice della mediazione, conciliazione, arbitrato*, Torino, 2012; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, 197 e ss., con particolare riferimento al capitolo sesto «sull'annullamento d'ufficio come strumento di ADR».

³¹ L'obiettivo perseguito è quello di garantire «un elevato livello di protezione dei consumatori» e «un migliore funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori»; si vedano i considerando da 5 a 7 della direttiva 2011/83/UE.

certamente determinato l'infittirsi di detti obblighi e la loro estensione a tipologie di contratti per i quali in precedenza non erano previsti.

Il modello si basa quindi sul presupposto che l'adempimento degli obblighi informativi e di trasparenza posti a carico del professionista rappresenti una garanzia di riequilibrio dell'asimmetria informativa tra le parti contrattuali. Al contrario, gli studi condotti nel campo delle scienze cognitive e dell'economia comportamentale pongono in dubbio l'efficacia di questa soluzione³²; l'eccesso di informazioni riversate sul consumatore rischierebbe di determinare effetti opposti a quelli desiderati e di trasformarsi, di fatto, in mancanza di (efficaci) informazioni, quindi controproducente. All'aumentare delle informazioni fornite, infatti, il destinatario cessa di valutarle passando direttamente alla fase decisionale che basa su euristiche come "prime impressioni", "inerzia", "desiderio di non modificare lo *status quo*"³³.

Si consideri, ad esempio, l'area del *commercio elettronico* dove viene imposto al professionista di fornire: a) "informazioni generali", riguardanti il prestatore di servizi nonché l'Autorità di vigilanza competente; b) "informazioni commerciali", dirette a precisare i contenuti di beni e servizi e la presentazione dell'impresa che li offre; c) "informazioni riguardanti le modalità di conclusione del contratto"³⁴.

La quantità di informazioni aumenta ulteriormente qualora il prestatore di servizi eserciti una *professione regolamentata*; in tal caso dovranno essere forniti anche gli elementi utili ad individuare: l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui è iscritto e il numero di iscrizione; il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato; le norme professionali e gli eventuali codici di condotta vigenti nello Stato membro di stabilimento e le modalità di consultazione dei medesimi³⁵.

³² In particolare, le ricerche nel campo dell'economia comportamentale dimostrano che le scelte degli individui sono condizionate da fattori emotivi e *bias comportamentali* che sfuggono a ipotesi di perfetta razionalità, circostanza che rende difficile apprezzare l'efficacia in concreto degli obblighi informativi; sul tema, che fece meritare a D. Kahneman il premio Nobel per l'economia, si veda con particolare riferimento al diritto bancario e finanziario U. Morera, E. Marchisio, *Finanza, mercati, clienti e regole... ma soprattutto persone*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, 1, 19-48, anche R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, ivi, 67-84; Commissione europea, *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective. Final report*, novembre 2010. Si veda M. Franchi, A. Schianchi, *Scelte economiche e neuroscienze. Razionalità, emozioni e relazioni*, Roma, 2009; F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., 123 e ss.

³³ Si tratta di un aspetto ben evidenziato da F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., 123 e ss., la quale rileva come l'individuo a cui le informazioni sono indirizzate, sebbene sia completamente informato, non disporrebbe comunque delle capacità cognitive per assorbire ed utilizzare tutte le informazioni, né le doti necessarie per decidere secondo dettami razionalisti.

³⁴ Vale a dire: a) le varie fasi per la conclusione del contratto; b) le modalità di archiviazione e accesso al contratto; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta dell'impresa; e) le lingue per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. Si veda l'art. 6 della direttiva 2011/83/UE.

³⁵ Art. 22, direttiva 2006/123/CE *relativa ai servizi nel mercato interno*.

Nessuna delle informazioni previste come obbligatorie è superflua ma l'effetto può essere devastante. Pensare che il consumatore, qualunque sia la sua estrazione sociale e culturale possa leggere tale massa di informazioni è utopistico.

Il modello elaborato dall'Unione (e accolto dal legislatore nazionale) dovrebbe avere un'importante conseguenza: responsabilizzare il consumatore inducendolo ad effettuare una scelta economica soltanto al termine di un procedimento cognitivo e decisorio consapevole. Ma, alla prova dei fatti, si rivela un obiettivo solo teorico, ed anzi rischia di diventare un cavallo di Troia per il consumatore, il quale non solo non è in grado di valutare con la dovuta attenzione la quantità di informazioni ma, soprattutto, una volta che queste sono fornite dal professionista, quest'ultimo è messo al riparo da recessi, contestazioni e lamentele da parte del consumatore. Il *dovere* di dare le informazioni e il *diritto* di riceverle si trasformano in un *diritto* (per il professionista) di dare tutte le informazioni previste onde acquisire la certezza dell'"intoccabilità" del contratto una volta concluso e in un *dovere* (per il consumatore) di informarsi a fondo prima di stipulare un contratto³⁶.

Strettamente collegato al tema della *quantità* delle informazioni è il fatto che l'attuale modello di informazioni obbligatorie è impostato sul dovere di fornire una serie di informazioni *minime*. Ciò vuol dire che non si può escludere la possibilità che un professionista fornisca, nella pubblicità, nei prospetti informativi, nei contratti stessi, informazioni ulteriori, non obbligatorie.

La conseguenza (non sempre disinteressata) potrebbe essere quella di disorientare il consumatore³⁷. È vero che tale possibilità si scontra con il generale limite di chiarezza, adeguatezza e comprensibilità (trasparenza), superato il quale l'eccesso di informazione potrebbe eventualmente essere sanzionato, ma sicuramente questo non favorisce né la certezza del diritto, né la consapevolezza del contraente.

Un altro problema emergente sta in quella che possiamo chiamare una vera e propria sovra-produzione normativa, elaborata senza visione unitaria del settore.

Al riguardo è esemplificativo l'ambito delle procedure alternative alla giurisdizione ordinaria (c.d. *alternative dispute resolution* o ADR), da tempo oggetto di attenzione in sede europea³⁸ in quanto funzionali a garantire una tutela effettiva dei diritti dei consumatori a fronte di una giustizia ordinaria congestionata.

³⁶ Sul punto si riporta il giudizio di H.V. Micklitz, *Il consumatore mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Contratto e impresa*, 2016, 3, 859-889, secondo il quale «il consumatore è stato sfiancato dal peso normativo e politico che gli ha imposto di comportarsi come il buono e attivo agente di mercato, come un circo-petto e attento cliente».

³⁷ Al riguardo è esemplificativo il caso che ha portato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a sanzionare il comportamento di Amazon Services Europe Sàrl (delibera n. 25911 del 9 marzo 2016).

³⁸ Si veda, tra gli altri, il Libro verde della Commissione *relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, del 16 novembre 1993, COM(93)576 def., la Comunicazione *sulla risoluzione extragiudiziaria delle controversie in materia di consumo*, del 30 marzo 1998, COM(1998)198 def., la Raccomandazione 98/257 *riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, del 30 marzo 1998,

Sul tema troviamo un insieme di disposizioni europee e nazionali³⁹ che, a tacer della confusione su quelle che sono le caratteristiche delle ADR nelle loro varianti e specificità, non risultano chiare nemmeno per quanto riguardano i rispettivi ambiti di applicazione.

A rendere complesso, opaco e per alcuni aspetti contraddittorio il quadro normativo delle ADR è l'insieme di richiami e rinvii operato tra le direttive stesse nonché tra le rispettive norme nazionali di recepimento, col risultato di far sorgere una serie di dubbi riferibili, tra l'altro: a) alla obbligatorietà⁴⁰ per il consumatore di aderire alla procedura stragiudiziale; b) all'equivalenza delle diverse procedure di ADR; c) all'obbligo di assistenza di un avvocato; d) alle conseguenze che possono derivare dalla mancata partecipazione o dal ritiro dalla procedura senza giustificato motivo.

In tal senso, non sorprende che il consumatore, il professionista, gli stessi magistrati siano disorientati da questa iperproduzione di regole che finisce col vanificare l'obiettivo perseguito⁴¹.

Se poi si vanno ad esaminare le regole in tema di «pratiche commerciali scorrette», l'inadeguatezza della protezione del singolo emerge con altrettanta chiarezza. Le disposizioni vietano, in linea di principio, ai professionisti di porre in essere pratiche commerciali «sleali, ingannevoli e aggressive» nei rapporti con il consumatore e introducono tra i diritti fondamentali riconosciuti a quest'ultimo un nuovo diritto, quello «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo princi-

la Raccomandazione 2001/310 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, del 4 aprile 2001. Sul tema si veda U. De Luca, *La nozione "europea" di ADR*, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *ADR e Mediazione*, Torino, 2012.

³⁹ Si vedano la Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione in materia civile e commerciale, la Direttiva 2013/11/UE sulle ADR dei consumatori, il Regolamento UE n. 524/2013 relativo alla risoluzione online delle controversie dei consumatori, le leggi nazionali di recepimento (rispettivamente il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, il d.lgs. 6 agosto 2015 n. 130 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori) e quelle che affiancano ulteriori soluzioni, quali la *negoziata assistita* (l. 10 novembre 2014 n. 162 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 12 settembre 2014 n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile).

⁴⁰ Obbligatorietà intesa come condizione di procedibilità per la successiva azione giudiziale.

⁴¹ Un primo eclatante esempio di questo disagio da iperproduzione normativa è costituito dall'ordinanza con la quale il Tribunale di Verona (sez. III civ., 28 gennaio 2016) rinvia alla Corte di giustizia UE una richiesta di interpretazione circa gli ambiti di applicazione delle direttive 2008/52/CE e 2013/11/UE, alla quale i giudici di Lussemburgo hanno dato una risposta solo parziale con la sentenza C-75/16, del 14 giugno 2017. Sul tema, diffusamente, G.A. Benacchio, *Le ADR in Italia: gli effetti controproducenti di una sovrapproduzione normativa*, in AA.VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, Tomo II, 2017, 1391-1408; anche M. Cozzio, *Conforme al diritto europeo la mediazione 'obbligatoria' nelle controversie riguardanti i consumatori ma non l'obbligo di assistenza dell'avvocato*, in *Riv. Trim. App.*, 2017, 3, 763 ss.; A.M. Mancaloni, *La mediazione obbligatoria nelle controversie bancarie alla luce della direttiva 2013/11/UE sull'ADR dei consumatori*, in *Il Foro italiano*, 2017, IV Col., 565 ss.; N. Scannicchio, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo. Rimedi alternativi o diritti senza rimedio?*, in *Il Foro italiano*, 2017, IV Col., 570 ss.; F. Ferraris, *A.D.R. e consumatori: rapporti e interferenze*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 12, 1634 ss.

pi di buona fede, correttezza e lealtà» (art. 2, Codice del consumo)⁴². Tale diritto trova applicazione *prima, durante e dopo* qualsiasi condotta commerciale connessa a contratti tra imprese e consumatori.

Tuttavia, nonostante tale riconoscimento, le regole per proteggere il consumatore sono basate esclusivamente su un sistema di sanzioni di carattere amministrativo e sulla possibilità di richiedere al giudice ordinario l'inibizione a proseguire la pratica. All'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) spetta reprimere le condotte di imprese e professionisti che integrano la pratica scorretta intervenendo d'ufficio, su istanza di un singolo consumatore o delle sue associazioni. Essa può dichiarare la scorrettezza della pratica, vietandone la diffusione o la continuazione e disponendo l'applicazione di una sanzione pecuniaria; nei casi meno gravi può invitare il professionista a cessare la pratica senza procedere all'accertamento dell'infrazione e, quindi, senza applicare alcuna sanzione.

I consumatori possono, sì, agire presso il giudice ordinario ma *solo* attraverso le proprie associazioni e al *solo* scopo di chiedere la cessazione dei comportamenti lesivi dei loro interessi nonché l'adozione, da parte dell'impresa, di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate (azione inibitoria)⁴³.

Attualmente, quindi, il *singolo* consumatore incontra notevoli ostacoli quando agisce per via giudiziaria ordinaria. Rimangono ancora oggi non risolte, infatti, le difficoltà nell'individuazione del rimedio, tra quelli messi a disposizione dal codice civile, per impugnare il contratto concluso in conseguenza di una prassi ingannevole o aggressiva del professionista. Non vi sono pronunce giudiziali che possano aiutare in tal senso, e proprio l'assenza di precedenti giudiziari sul punto è sintomatica delle difficoltà per il consumatore di intraprendere la tradizionale via giudiziale⁴⁴.

⁴² L'individuazione di una *pratica commerciale scorretta* si basa sulla *contrarietà alla diligenza professionale* e sulla *capacità di falsare le scelte economiche* del consumatore medio ovvero quelle prassi che possono compromettere, anche solo potenzialmente, scelte economiche consapevoli. Il legislatore, in questo modo, tutela la libertà del consumatore di autodeterminarsi, di scegliere con cognizione di causa, di prendere decisioni "informate" e determinare la sua volontà negoziale o prenegoziale senza dover subire alcun tipo di influenza esterna, anche indiretta a causa del carattere decettivo del messaggio pubblicitario. Si vedano gli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo.

⁴³ Di fatto, l'accertamento richiesto e le conseguenze attese nel procedimento inibitorio collimano con quelle proprie del procedimento avanti l'AGCM, differenziandosi per la natura dei due procedimenti: giurisdizionale ordinario, il primo, amministrativo, il secondo. Sul tema P. Cendon, C. Poncibò (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014.

⁴⁴ Altri problemi riguardano la tutela risarcitoria. Il consumatore, *uti singuli*, può presentare domanda di risarcimento danni basandosi sull'art. 2043 del codice civile ma, essendo a suo carico l'onere probatorio, deve dimostrare la natura scorretta della pratica, la colpevolezza del professionista, i danni subiti e il nesso causale tra la pratica e i danni. Tale onere risulta attenuato qualora l'azione risarcitoria sia stata preceduta da un accertamento dell'AGCM. Un ulteriore rimedio alle pretese risarcitorie del singolo consumatore potrebbe essere rappresentato dall'art. 1337 del codice civile (violazione del dovere di buona fede nelle trattative) attivabile

Un evidente errore di valutazione caratterizza, poi, il modello europeo di tutela rispetto alle *clausole abusive*, e in particolare a quelle che sono state oggetto di trattativa. È noto che il modello prevede una triplice classificazione delle clausole abusive, formulata anche dal legislatore nazionale⁴⁵: (i) quelle che sono *sempre* considerate abusive e per le quali non è possibile fornire alcuna prova contraria; (ii) quelle che consentono al giudice di effettuare *caso per caso* un apprezzamento della abusività della clausola; (iii) quelle che si *presumono* abusive salva la dimostrazione della prova contraria, nel senso che la presunzione può essere vinta se il professionista riesce a dimostrare che non si è determinato un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, oppure che quella determinata clausola è il risultato di una «trattativa individuale».

Ora, è proprio nei confronti di quest'ultima categoria di clausole, quelle oggetto di «trattativa individuale», che sorgono le maggiori perplessità.

In effetti, la contrattazione diretta tra le parti non è affatto garanzia di una equilibrata composizione del contenuto contrattuale; anzi, proprio la circostanza di trovarsi di fronte ad una controparte particolarmente abile od economicamente forte può facilmente indurre il consumatore ad una errata valutazione delle clausole o ad accettare, magari *reservatio mentis*, soluzioni non ottimali.

Al di là del dovere di non utilizzare clausole vessatorie, il Codice del consumo stabilisce il dovere per il professionista di formulare sempre le clausole «in modo chiaro e comprensibile»⁴⁶ per permettere al consumatore di avere piena ed effettiva conoscenza del contenuto contrattuale e valutarne ogni effetto. La chiarezza e la comprensibilità sono strumenti che dovrebbero assumere una connotazione fortemente sostanziale consentendo di conoscere il contenuto del contratto⁴⁷. Invero, l'assenza di ogni definizione normativa circa il significato di *chiarezza e comprensibilità* delle clausole contrattuali viene colmata dall'attività interpretativa del giudice nonché dall'azione di controllo (sia inibitoria che sanzionatoria) dell'AGCM. V'è dunque una delimitazione in negativo, che porta a individuare

nel caso in cui la prassi commerciale scorretta sia intervenuta nella fase precontrattuale. Per quanto riguarda l'azione collettiva, l'ordinamento riconosce la possibilità di promuovere «un'azione di classe» per il risarcimento del danno causato da una prassi commerciale scorretta. Così l'art. 140-bis del Codice del consumo. Vedi, per i principali riferimenti, C. Biasior, *Pratiche commerciali scorrette*, in G.A. Benacchio, F. Casucci (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 187 ss.

⁴⁵ Art. 33, Codice del consumo.

⁴⁶ Art. 34, comma 2 e art. 5, comma 3, Codice del consumo.

⁴⁷ Va richiamato l'intervento della Corte di giustizia, 20 settembre 2017, C-186/16, sul significato dell'obbligo per il quale una clausola contrattuale deve essere formulata «in modo chiaro e comprensibile». I giudici europei precisano che il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda il grado di informazione, in tal senso le informazioni devono essere sufficienti a consentire di assumere le decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa. A tal proposito, chiariscono i giudici, la clausola contrattuale deve essere compresa dal consumatore «non solo sul piano formale e grammaticale», ma altresì «in relazione alla sua portata concreta». Sul tema si veda anche G. Smorto, *Clausole abusive e diritti dei consumatori. Raffronti comparatistici*, Padova, 2001.

soltanto volta per volta e a posteriori eventuali violazioni delle regole di chiarezza e comprensibilità⁴⁸.

Un'ultima considerazione riguarda le cautele predisposte per la contrattazione che abbia ad oggetto prodotti e servizi finanziari, la cui tecnicità e particolarità rendono l'asimmetria informativa tra professionista e consumatore ancora maggiore rispetto a tutti gli altri tipi di contratti. Non a caso il settore dell'intermediazione finanziaria si differenzia per l'esperienza più matura ed avanzata sugli obblighi informativi, anche per effetto degli interventi di matrice europea *post* crisi 2008. L'impianto normativo che risulta delineato dovrebbe implicare l'assunzione di modalità più incisive per evidenziare al consumatore la natura e i rischi del prodotto o servizio stesso⁴⁹. Tale esigenza, come si dirà oltre, è rimasta irrisolta mentre regole particolari e cautele specifiche sono previste a favore del soggetto finanziario (banca, assicurazione ecc.).

Ne consegue una normativa nazionale che, paradossalmente⁵⁰, risulta nel suo complesso meno protettiva nei confronti del consumatore rispetto a quella prevista per tutti gli altri contratti.

Le fonti che disciplinano nel dettaglio il dovere di informazione sono eterogenee⁵¹; tuttavia, le informazioni richieste spesso non evidenziano, in maniera adeguata, rischio e natura dell'operazione finanziaria e diventa difficile affidare l'effettività della tutela alla prova, non documentale, del comportamento tenuto dall'operatore professionale al momento della trattativa, allorché sia stato scorretto o comunque inadeguato rispetto alle esigenze di informazione del consumatore.

Ciò comporta una tutela apparente, in gran parte svuotata, puramente formale, che avvantaggia maggiormente gli operatori professionali, i quali hanno gioco facile ad adempiere agli obblighi informativi documentali (informative pre-

⁴⁸ Nel modello italiano la valutazione del carattere abusivo delle clausole non riguarda gli elementi essenziali quali l'oggetto e il prezzo. Al giudice viene invece attribuito il potere di effettuare sempre una valutazione sulla *chiarezza* e *comprensibilità* dell'intero contenuto del contratto, come pure sull'oggetto e il prezzo, dato che il controllo di trasparenza non distingue tra clausole concernenti *l'assetto normativo* e quelle relative *all'assetto economico*. Ad esempio, i giudici hanno sostenuto che la collocazione di clausole contraddittorie in due parti distinte (in prima facciata e sul retro) non consente al consumatore di comprendere pienamente il significato; costituisce violazione della regola di trasparenza anche l'uso di un linguaggio troppo tecnico (nozioni finanziarie), perché rende la clausola incomprensibile e non permette di valutare l'esatta incidenza economica; così in M. Giorgianni, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2010.

⁴⁹ Sul tema, recentemente, G. Biferali, *Il credito ai consumatori*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit., 1839 ss.

⁵⁰ Si noti che in questo settore l'asimmetria informativa è maggiore e gli interessi economici del consumatore sono più rilevanti; sul tema, fra i molti, F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

⁵¹ Il Testo Unico della Finanza (TUF), il Testo Unico Bancario (TUB), il Codice delle Assicurazioni Private e le numerose normative secondarie (della Banca d'Italia, del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR), della Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob), dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni IVASS ecc.) disciplinano quali tipo di informazioni comunicare al consumatore, soprattutto nella fase *precontrattuale* e quali comportamenti commerciali adottare.

contrattuali, propensione al rischio, ecc.) senza un corrispondente e reale vantaggio informativo per il consumatore⁵².

5. *L'impatto delle tecnologie digitali e la discriminazione negoziale*

L'attuale modello di tutela del consumatore, basato su obblighi informativi e trasparenza (fatto proprio del legislatore europeo e nazionale), deve confrontarsi con le profonde e repentine trasformazioni causate dall'evoluzione tecnologica e dall'utilizzo delle tecnologie digitali. Si tratta di un tema che sta diventando sempre più rilevante, con effetti che possono essere devastanti per l'ignaro consumatore, ben più importanti di quelli relativi ad un incauto acquisto di un prodotto⁵³.

La rapida diffusione delle innovazioni tecnologiche su scala mondiale ha avviato un'ondata di cambiamenti in tutti i contesti socio-economici⁵⁴, alla quale non sfuggono le relazioni contrattuali dei consumatori, sempre più spesso dislocate su piattaforme digitali che utilizzano la *rete* come infrastruttura per numerosi altri servizi⁵⁵.

Lo sviluppo e la crescita di questi nuovi mercati, supportata da uno straordinario progresso tecnologico, genera innegabili vantaggi economici, risparmi di tempo, incremento del potere di acquisto ma, allo stesso tempo, solleva molti interrogativi sulle conseguenze per gli individui e la società in termini non solo di garanzia di diritti e libertà fondamentali ma anche dei livelli di trasparenza e di informazione da salvaguardare per la tutela dei consumatori⁵⁶.

⁵² Al riguardo sono esemplificative le delibere del 31 ottobre 2017 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. (n. 26834), di Intesa San Paolo S.p.A. (n. 26833), di UniCredit S.p.A. (26832), con le quali è stata sanzionata una serie di pratiche operate nei confronti di consumatori. In particolare, è stata sanzionata, sotto il profilo della forma e delle modalità, la condotta improntata al rilascio di autorizzazioni, in sé legittime e formalmente ineccepibili.

⁵³ Il tema, non a caso, viene trattato nell'ultima *Relazione annuale*, cit., dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (pp. 9-12).

⁵⁴ J. Tirole, *Économie du bien commun*, Presses Universitaires de France, 2016, 405 (trad. it. *Economia del bene comune*, Milano, Mondadori, 2017) segnala che il processo di digitalizzazione della società sta governando i cambiamenti economici e sociali del XXI secolo riformando ogni ambito delle attività umane. Vedi anche L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017; M.J. Becker, *The consumer data revolution: The reshaping of industry competition and a new perspective on privacy*, in *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, 3, 2014, 213-218.

⁵⁵ Si tratta di servizi fruibili in qualunque luogo e con immediatezza attraverso dispositivi mobili; ci si riferisce sia ai mercati nei quali il proprietario della piattaforma digitale è anche il venditore (ad es. *Ikea*), sia a quelli nei quali il proprietario della piattaforma si limita a mettere in relazione venditori e consumatori (ad es. *eBay*, *Alibaba*).

⁵⁶ M. Cozzio, *Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come nuovo bene comune?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, in corso di pubblicazione; S. Barocas, A. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 2016, 102; OCSE, *Protecting Consumers In Peer Platform Markets: Exploring*

Si pensi, ad esempio, alla questione della *completezza* e *adeguatezza* delle informazioni rese disponibili ai consumatori, soprattutto con riguardo alla proprietà e mobilità dei dati e delle informazioni che gli stessi consumatori mettono a disposizione per realizzare l'operazione commerciale. Ogni volta che si consultano le piattaforme, quando si comprano o si scambiano prodotti sul web, le piattaforme su cui avvengono tali attività utilizzano modalità e contenuti informativi che non vengono quasi mai compresi nel loro significato effettivo. Esse si limitano ad informare, in via generale, che installeranno *cookie* sui dispositivi del consumatore e che assicureranno la massima trasparenza. Ma il contratto che lega i consumatori alle piattaforme del web è, secondo la terminologia degli economisti, un contratto *incompleto*, nel senso che gli utenti non sono in grado di conoscere esattamente il rischio a cui possono andare incontro. Ad esempio, non hanno nozione sulle garanzie della piattaforma in materia di sicurezza informatica e non conoscono nulla di quanto avviene successivamente alla cessione dei propri dati e al loro utilizzo⁵⁷.

A fronte di questo scenario, le scelte del legislatore europeo e italiano non dimostrano, per ora, cambiamenti sul significato di "trasparenza" e di "modello informativo" da applicare ai contratti e alle vendite online. Trasparenza e obblighi informativi continuano a rappresentare, come finora intesi⁵⁸, la condizione attraverso la quale realizzare forme di "contratto informato", di "consenso qualificato", di "consumatore consapevole". In tal senso, le soluzioni legislative non vanno oltre la previsione del *click* con il quale il consumatore attesta formalmente di: (i) aver preso visione/lettura delle informazioni relative al contratto (senza che vi sia alcuna certezza circa la reale comprensione da parte del consumatore dei diritti/doveri che sorgono in relazione al contratto); (ii) essere informato del fatto che dal quel momento assume l'obbligo di pagare il corrispettivo per il bene/servizio acquistato; (iii) aver accettato le condizioni di trattamento dei dati necessari per l'adempimento del contratto.

Quasi sempre restano nebulose le clausole di non rivendita a terzi o condivisione dei dati, col risultato che non v'è chiarezza sul modo con cui le piattafor-

The Issues, collana *Digital economy Papers*, Parigi, 2016, n. 235; F. Di Porto (a cura di), *Big data e concorrenza*, num. spec. di *Concorrenza e mercato*, 2016.

⁵⁷ Si consideri il caso recentemente discusso alla Corte di giustizia UE nel quale i giudici hanno ritenuto che le compagnie telefoniche che assegnano i numeri di telefono non possano rifiutarsi di metterli a disposizione di imprese di altri Stati membri che ne facciano richiesta. Il consenso alla pubblicazione dei dati accordato dall'abbonato *la prima volta*, permette che i successivi trasferimenti di dati ad altre imprese di altri Stati membri avvengano senza necessità di nuovi consensi. Vedi Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-536/15, *Tele2 (Netherlands) e a.* Altro episodio emblematico è quello che ha portato alla convocazione di Mark Zuckerberg, presidente e amministratore delegato di Facebook Inc. nell'aprile 2018 da parte delle Commissioni Giustizia e Commercio del Senato degli Stati Uniti e nel maggio 2018 da parte del Parlamento dell'UE dopo che si era scoperto che un'azienda inglese, la Cambridge Analytica, aveva sottratto milioni di dati personali di utenti Facebook, utilizzandoli per influenzare le elezioni statunitensi del 2016.

⁵⁸ Nel senso richiamato *supra* nel § 2.

me utilizzano le informazioni che venditori e consumatori mettono a disposizione per realizzare l'operazione commerciale.

Un recente studio⁵⁹ ha riscontrato che la quasi totalità delle pagine web visitate⁶⁰ monitorava e trasferiva informazioni a terze parti; un altro studio ha rilevato su un milione di siti web esaminati erano oltre 80mila i soggetti terzi ai quali venivano comunicati i dati riferiti alle visite⁶¹. L'obbligo, introdotto dal legislatore europeo⁶², di comunicare all'originario titolare eventuali successivi trasferimenti a terzi dei dati che lo riguardano non sembra risolutivo né soddisfacente in quanto si scontra con la rapidità, la frequenza e il numero dei soggetti terzi coinvolti.

Un altro tema su cui bisognerà riflettere riguarda il grado di trasparenza e informazione che deve essere garantito ai consumatori sul contenuto del trattamento dei dati, sui risultati finali che se ne possono ottenere, sull'utilizzo che ne viene fatto.

La tendenza a rendere disponibili sempre più informazioni (personali e non) sulle piattaforme digitali o comunque su spazi digitali comuni, la diffusione di dispositivi mobili "intelligenti" (*smart, phone, watch, car, glasses*, ecc.), la connessione degli oggetti alla rete, la crescita esponenziale delle piattaforme digitali e le capacità di analisi dei mega dati (*Big data*) hanno ampliato a dismisura le possibilità di ricollegare dati disseminati nella rete a singole persone, fino a identificarle, permettendo di ricostruire, prevedere e orientare nel volgere di pochi millisecondi comportamenti individuali e di gruppo⁶³.

⁵⁹ Y. Zhonghao, S. Macbeth, K. Modi, J.M. Pujol, *Tracking the Trackers*, in *proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web*, Ginevra, 121-132, <http://www2016.net/proceedings/proceedings/p121.pdf>.

⁶⁰ Per l'esattezza, il 95 per cento.

⁶¹ N. Arvind, D. Reisman, *The Princeton Web Transparency and Accountability Project*, 2017, *prepublished book chapter*, <http://randomwalker.info/publications/webtap-chapter.pdf>. In media è stato stimato che ogni volta che un utente visita un sito web o utilizza un'applicazione, i dati vengono trasmessi non solo agli editori ma anche ad una trentina di servizi di terze parti. Il contesto è stato minuziosamente rappresentato nel report di W. Christl e S. Spiekermann *Networks of Control. A Report on Corporate Surveillance, Digital Tracking, Big Data & Privacy*, *Facultas, Vienna*, 2016, 45-52, 121 e ss. le quali sottolineano che «users are often not aware of how many companies receive information about their everyday lives, and our knowledge about how apps collect data and transfer it to third parties is limited, incomplete, and often outdated», e affermano che «as data brokers often share data with others, it is virtually impossible for a consumer to determine how a data broker obtained their data (...) most consumers have no way of knowing that data brokers may be collecting their data».

⁶² Il regolamento (UE) 2016/679 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» definisce una serie di vincoli (con oneri di tipo informativo) in caso di trasferimento dei dati personali verso terzi (articoli da 44 a 50); si veda anche M. Cozzio, *Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come nuovo bene comune?*, cit., e ivi gli Autori richiamati.

⁶³ Sul tema W. Christl, S. Spiekermann, cit. Vedi anche A. Mantelero, G. Vaciano, *The "Dark Side" of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance*, in *Computer Law Rev. Int.*, 2013, 1, 161-169; G. Colangelo, V. Falce (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017. Per implicazioni sociologiche D. Lyon (edited by), *Surveillance as Social Sorting. Privacy, Risk, and Digi-*

Ad esempio, i dati *consegnati* alle piattaforme (nome, indirizzo, codice postale, email, ecc.) sono processati fino ad individuare i vari dispositivi ai quali sono riconducibili (telefono, computer, elettrodomestici, tutto ciò che è connesso, comunque digitalizzato o archiviato in banche dati digitali) permettendo una conoscenza profonda degli utilizzatori. Da questo momento, la vita “digitale” di quei dati è monitorata costantemente. Il percorso descritto è solo uno dei tanti benché il risultato finale sia sempre il medesimo: permettere di misurare, segmentare, prevedere, pubblicizzare. Sono operazioni che le attuali tecnologie permettono di eseguire in maniera continuativa e istantanea.

Le conoscenze in tema di psicologia e psicomotricità, neuroscienze ed economia comportamentale, combinate con le attuali capacità computazionali portano, dunque, a risultati che non possono non far riflettere, dato che profili personali, preferenze commerciali e attitudini sono ricostruiti rendendo addirittura *prevedibili e orientabili* le scelte dei consumatori (e non solo)⁶⁴.

Le prassi applicative sono numerosissime con implicazioni socio-economiche che, in assenza di contesti normativi e tutele incisive, determinano *discriminazioni negoziali* (tra le più rilevanti: differenze di prezzi e offerte, limiti nell'accesso ai servizi assicurativi, sanitari, finanziari, occupazionali, non corretta rappresentazione del contesto), manipolazioni, rischi per la sicurezza, la riservatezza, l'autodeterminazione nei comportamenti, squilibri nel mercato⁶⁵.

A fronte di questo livello di innovazioni, si pone la necessità di nuove regolamentazioni per garantire forme adeguate di trasparenza e informazioni ai consumatori, i quali dovrebbero poter accedere ai profili personali, ai loro “doppi virtuali”⁶⁶, elaborati dagli algoritmi che governano le attività di *data mining* e conservati su molte delle piattaforme del mercato digitale e dagli operatori dei dati. Si tratta, naturalmente, di nuove regolamentazioni che per le caratteristiche del mercato, travalicano la possibilità di efficaci interventi da parte dei singoli Stati ed esigono di operare ben oltre i confini nazionali.

ial Discrimination, New York, 2003; Id., *Surveillance Studies: An Overview*, Cambridge, 2007, 14, ove l'Autore definisce il concetto di «sorveglianza nell'età digitale».

⁶⁴ Sono interventi cd. di *mass personalization* quali *instant personalization*, *predictive marketing*, *personalized pricing and election campaigns*, ecc.; W. Christl, *Corporate Surveillance in Everyday Life. How Companies Collect, Combine, Analyze, Trade, and Use Personal Data on Billions*, Cracked Lab, Vienna, 2017, 65-83.

⁶⁵ D.J. Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York, 2004, 97 e ss.

⁶⁶ S. Turkle, *Reclaiming Conversation. The Power of Talk in a Digital Age*, New York, 2015, 365-366 (trad. it. *La conversazione necessaria. La forza del dialogo nell'era digitale*, Torino, 2016).

6. *Ripensare il modello*

L'esperienza dell'ultimo trentennio di legislazione, europea e nazionale, ha permesso di diffondere e sviluppare una sensibilità consumeristica davvero notevole. Tuttavia, l'evoluzione che sta caratterizzando la società, le pratiche commerciali, la tecnologia, le modalità di contatto tra professionista e consumatore non trova rispondenza negli attuali strumenti per la tutela di quest'ultimo.

Se un cambio di strategia per adeguarsi alla nuova realtà è auspicabile, l'intento di chi scrive non è quello di proporre specifiche soluzioni per un diverso modello di regolazione degli obblighi informativi, quanto di valutare, con senso critico, le soluzioni adottate e analizzare le situazioni che presentano lacune più o meno gravi.

Così, secondo quanto abbiamo potuto vedere nei precedenti paragrafi, si dovrebbe riflettere sul fatto che l'informazione, anche se completa e trasparente, non è di per sé sempre sufficiente a tutelare il consumatore, e più ancora sul fatto che le modalità con le quali le informazioni vengono rese non sono meno importanti del contenuto delle informazioni stesse.

In altre parole, una maggiore uniformazione, a livello europeo, anche solo dell'aspetto formale delle informazioni riportate nelle confezioni o nella pubblicità, potrebbe favorire il riconoscimento immediato da parte del consumatore di quelli che sono i dati più rilevanti da verificare o comparare e potrebbe essere una soluzione che va nella direzione di quella maggiore trasparenza nelle transazioni commerciali che la stessa Unione europea vorrebbe realizzare. Nè mancano esempi già attivati in tal senso: si pensi al sistema degli indicatori, tipo il Taeg nel credito al consumo, che potrebbero essere estesi ad altre tipologie di contratti.

Il tema è oggetto di valutazione da parte del legislatore europeo che ha presentato un proprio piano d'azione, articolato anche in proposte normative, per contrastare la disinformazione online, con riferimento non solo alle cd. *fake news* ma anche a tutte le forme di informazioni false e fuorvianti, presentate e promosse sul web che possono determinare danni nella sfera pubblica o che sono diffuse per profitti⁶⁷.

Un altro problema, come abbiamo visto, sempre dal punto di vista formale, riguarda la difficoltà di reperire in modo semplice ed efficace le informazioni obbligatorie. Non aiutano in tal senso le notevoli diversità che caratterizzano la loro collocazione nell'imballaggio, che non solo non consentono una immediata

⁶⁷ Comunicazione della Commissione europea, *Tackling online disinformation: a European Approach*, COM(2018) 236 final, 26 aprile 2018; vedi anche la proposta di Regolamento europeo che «promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online», COM(2018) 238 final, 26 aprile 2018.

ed esatta acquisizione dell'informazione, ma rendono impossibile anche un'utile e semplice comparazione tra prodotti analoghi o simili.

Come hanno dimostrato recenti fatti di cronaca bancaria, anche il sistema del controllo pubblicistico sui prodotti a carattere finanziario non sembra ottimale e non in grado di intervenire efficacemente per impedire o vietare la commercializzazione di taluni prodotti. Ampliare la competenza dell'AGCM (in quanto Autorità amministrativa) a giudicare le prassi commerciali scorrette anche in ambito finanziario, attribuendole poteri inibitori più incisivi laddove i comportamenti commerciali violino i principi di buona fede, di correttezza e di trasparenza, potrebbe costituire un passo importante a costi irrilevanti.

Anche la predisposizione di interfaccia standardizzate che mettano in evidenza, ad es. mediante particolari formati grafici, soltanto gli elementi più significativi del contratto potrebbe rappresentare una soluzione degna di approfondimento per garantire una più esaustiva comprensione delle informazioni, ferma restando la possibilità per i consumatori di conoscere in qualunque tempo l'intero blocco delle informazioni a cui hanno diritto.

Ma, al di là di ogni soluzione o proposta per superare singoli aspetti problematici di un'informazione che sia il più possibile chiara, comprensibile, efficace, resta il fatto che qualunque informazione, anche se pienamente trasparente, non raggiungerà mai il suo obiettivo se non è accompagnata ad una adeguata capacità, da parte del consumatore, di recepirla e di valutarla correttamente. In tal senso, un'idonea educazione del consumatore, promossa da soggetti pubblici o privati, rimarrà sempre la premessa indispensabile e insostituibile per favorire l'adozione di scelte economiche mirate e consapevoli.

Tutela delle scelte economiche consumeristiche e inadeguatezza del modello europeo

Lo scritto prende spunto da alcuni interrogativi emersi dall'analisi del modello europeo di tutela degli interessi economici dei consumatori allo scopo di evidenziarne i difetti e le lacune soprattutto in relazione al tema dell'informazione, da sempre concepito quale principale strumento di riequilibrio del rapporto contrattuale professionista-consumatore, notevolmente sbilanciato a favore del primo. L'analisi viene condotta prendendo a riferimento i diversi obblighi informativi che fanno capo all'imprenditore contenuti nelle numerose direttive dell'Unione europea emanate nel corso degli ultimi trent'anni ed analizza gli effetti delle soluzioni basate sulle prassi commerciali, sugli strumenti e sulle innovazioni tecnologiche applicate alla contrattazione di massa. L'ultima parte del lavoro si concentra sul tema, sempre più attuale e rilevante, relativo all'utilizzo dei dati raccolti mediante gli accessi ad internet, utilizzo che può riservare all'ignaro consumatore effetti ben più gravi e importanti di quelli di un incauto acquisto di un prodotto.

Economic and consumer choices protection: the inadequacy of the European model

This contribution draws on some questions that have arisen by the analysis of the European model of protection of consumers' economic interests. The aim of the analysis was the necessity to highlight the defects and the shortcomings of this model, particularly with reference to information; this last aspect has always been conceived as the main tool of rebalancing the contractual relation between professionals and consumers, which has always been favouring the former. The analysis is carried out by taking the different information duties that burden the entrepreneur as a point of reference and which were regulated by the numerous EU directives, enacted in the last thirty years. The study analyses the results of the solutions based on commercial praxis, as well as on instruments and technological innovations applied to mass collective bargaining. The last part of the article will focus on the use of data gathered through internet accesses, a increasingly urgent and relevant theme. As a consequence, uninformed consumers might suffer much more serious and important effects than those caused by the imprudent purchase.

Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi

Walter Giulietti

SOMMARIO: 1. La legge sui domini collettivi: una tappa fondamentale di un processo evolutivo. – 2. Le forme organizzative per la gestione dei domini collettivi e l'impatto delle nuove norme. – 3. Gli enti gestori tra natura privata e funzionalizzazione dell'attività.

1. *La legge sui domini collettivi: una tappa fondamentale di un processo evolutivo*

La legge n. 168 del 2017 recante «Norme in materia di domini collettivi» può essere considerata in una tripla prospettiva.

In primo luogo, è punto di arrivo di una evoluzione normativa e giurisprudenziale che, sotto il decisivo impulso della dottrina, ha restituito agli assetti fondiari collettivi il diritto ad “esistere”¹, riconoscendone la fondamentale ed intrinseca rilevanza ambientale, sociale ed economica. La «nuova stagione degli assetti fondiari collettivi», avviata negli anni Settanta² e che oggi è portata a compimen-

¹ P. Grossi, *I beni: itinerari fra “moderno” e post-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1059, osserva che «La spregiata nozione di ‘collettivo’, spregiatissima soprattutto quando si combinava con quella della proprietà contaminando e deformando mostruosamente quest’ultima nelle inammissibili forme di domini collettivi e di proprietà collettive, si trasforma – nella sua provata combinazione storica con i valori ormai sentitissimi del paesaggio e dell’ambiente, e con il realizzare una riuscita armonizzazione fra natura fisica, collettività, persona – in uno schema organizzativo tanto esemplare da incarnare un terzo modello rispetto a quelli della appartenenza privata individuale e della appartenenza all’ente/Stato o a un ente pubblico»; Id., *Un altro modo di possedere: l’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

² Si osserva che nel nostro Paese «la nuova stagione degli assetti fondiari collettivi abbia effettivamente inizio nel 1977, quando sul piano della elaborazione scientifica P. Grossi pubblica il volume dal titolo provocatorio *Un altro modo di possedere*, successivamente dallo stesso Autore rivisitato ed ampliato nei contenuti, riconoscendo che tale titolo è espressione tratta dal *Primo rapporto* che scrisse il grande intellettuale italiano Carlo Cattaneo». Così P. Nervi, *La nuova stagione degli assetti fondiari collettivi in un sistema evolutivo economico ambiente*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2014, 93.

to dalla l. 168 del 2017, si è sviluppata superando l'impostazione della l. n. 1766 del 1927, normativa originariamente diretta alla soppressione mediante liquidazione delle proprietà collettive aventi carattere produttivo³.

Tappe fondamentali del passaggio da una prospettiva liquidatoria ad una di conservazione sono state sicuramente sul piano normativo la legge Galasso⁴, con il riconoscimento della valenza paesaggistico-ambientale delle terre civiche fatte per ciò oggetto di protezione⁵, nonché le leggi per la montagna⁶, con particolare riguardo alla più recente l. n. 97 del 1994⁷.

In giurisprudenza significative sono state le elaborazioni della Suprema Corte⁸ e della Corte costituzionale⁹, che ha chiaramente riconosciuto come «la sovrapposizione fra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di “una integrazione tra uomo e ambiente naturale”»¹⁰.

La nuova legge ha così fatto propri i risultati giurisprudenziali e normativi raggiunti, assumendo a proprio fondamento il principio di *favor* per la conservazione degli assetti fondiari collettivi quale «connessione inestricabile dei profili economici, sociali e ambientali, che configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione

³ Ricostruisce il dibattito sulla legge di riforma degli usi civici del '27 e sulla sua applicazione F. Marinelli, *Gli usi civici*, Milano, 2013, in part. 80 ss.

⁴ Al riguardo la Corte costituzionale ha affermato che sebbene nel contesto storico contemporaneo la rilevanza socio-economica delle antiche utilizzazioni si sia notevolmente ridotta, «le leggi più recenti (decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, recante «Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale», convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 8 agosto 1985, n. 431, ed art. 142 del d.lgs. n. 42 del 2004) hanno stabilito che i caratteri morfologici, le peculiari tipologie d'utilizzo dei beni d'uso civico ed il relativo regime giuridico sono meritevoli di tutela per la realizzazione di interessi generali, ulteriori e diversi rispetto a quelli che avevano favorito la conservazione integra e incontaminata di questi patrimoni collettivi». Corte cost., 11 maggio 2017, n. 103.

⁵ In tema, P. Grossi, *La proprietà collettiva e la sua dimensione ambientale e sociale: introduzione ai lavori*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2007, 11 ss.; Id., «Usi civici» una storia vivente, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2008, 19 ss.; M.A. Lorizio, *Demani civici e tutela dell'ambiente*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1993, 453 ss.

⁶ Legge 25 luglio 1952, n. 991; legge 3 dicembre 1971, n. 1102; legge 31 gennaio 1994, n. 97.

⁷ Legge 31 gennaio 1994, n. 97 recante «Nuove disposizioni per le zone montane».

⁸ Cass., 12 ottobre 1948, n. 1739. Si osservino, al riguardo, i criteri restrittivi con cui nella sentenza Cass., sez. II, 12 dicembre 1953, n. 3690 sono stati applicati gli istituti dell'alienazione e della legittimazione, i quali – per i beni di categoria a e di categoria b (art. 11 della legge n. 1766 del 1927) – prevedono la trasformazione del demanio in allodio con conseguente trasferimento del bene in proprietà all'acquirente o al legittimario, equiparandone i caratteri e gli effetti alla sdemanializzazione. Nella giurisprudenza più recente – ad es. sentenza Cass., sez. un., 18 febbraio 2011, n. 3939 – si dà atto la finalità che il legislatore ha perseguito con detti usi è quella della liquidazione, in realtà non raggiunta, perché negli anni è andato sempre più emergendo il collegamento funzionale tra disciplina degli usi pubblici e la tutela dell'ambiente, citando sul punto, le sentenze della Corte costituzionale n. 46 del 1995, n. 345 del 1997 e n. 310 del 2006.

⁹ Si ricorda, in particolare, Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46 e 19 marzo 1996, n. 83.

¹⁰ Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46.

sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico [...] quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali [...]»¹¹.

In una seconda prospettiva, la nuova legge sui domini collettivi può essere considerata una relevantissima testimonianza culturale, avendo espressamente riconosciuto ad essi la posizione di originarietà quale ordinamento giuridico.

La legge, utilizzando l'espressione «ordinamento giuridico» – il cui uso non trova riscontro in altri testi normativi¹² – prende espressamente e solennemente posizione sulla dimensione ontologica in cui si inquadrano le realtà oggetto di disciplina, originate dalla combinazione dei tre elementi fondamentali resi espliciti negli articoli che compongono la legge medesima: a) il bene “terra” oggetto di comproprietà collettiva storicamente originata e proiettata in una dimensione inter-generazionale di sostenibilità¹³; b) la comunità organizzata, di cui è valorizzata la componente individuale con le prerogative dei *cives* di conoscere,

¹¹ Corte cost., 18 luglio 2014, n. 210.

¹² È noto il dibattito in Assemblea costituente in relazione all'inserimento della nozione di ordinamento giuridico per qualificare la posizione della Chiesa cattolica voluto da Dossetti. In particolare, nel discorso di Cevolotto del 21 marzo 1947, nell'ambito della discussione delle «Disposizioni generali» del progetto di Costituzione della Repubblica italiana, in riferimento all'art. 7 si evidenzia che «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine...» Che cosa vuol dire “nel proprio ordine”? Si è inteso certamente di dire “nel proprio ordinamento giuridico”; ma, perché non abbiamo messo le parole esatte, perché non abbiamo detto “ordinamento giuridico”? Non l'abbiamo detto perché anche questo articolo, anche la formulazione di questa prima parte dell'articolo, è stata frutto di lunghe discussioni e di lunghe discordie; anche fra me e l'amico Dossetti. [...] Da queste discussioni, dicevo, è venuto fuori un articolo che da un lato non dice alcune cose e dice troppo dall'altro lato. Che cosa voleva, in sostanza, l'onorevole Dossetti? Voleva affermare questo: che l'ordinamento giuridico della Chiesa è un ordinamento originario o primario. Perché non si sono messi allora questi termini: “originario o primario?”. Perché si tratta di parole che non sarebbero facilmente capite dal popolo, dal volgo, e perciò non sono adatte ad una Costituzione che deve essere tecnicamente esatta, ma che deve essere anche accessibile a tutti, e quindi chiara. Il collega Dossetti voleva questo: che si dicesse che l'ordinamento giuridico della Chiesa è un ordinamento giuridico primario o originario, cioè non subordinato e non derivante dall'ordinamento statale. E su questo punto non ci sarebbe stata difficoltà, a parte la parola che poteva non essere opportuna, ed a parte il fatto che una Costituzione non è chiamata a dire che cosa è e come è un determinato ordinamento giuridico, ma ad ammetterlo o non ammetterlo, e a trarne le conseguenze costituzionali. (...) Queste concezioni in fondo si basavano su questo punto: nel ritenere che non potessero sussistere nello Stato ordinamenti giuridici diversi dallo Stato, e sono state superate appunto dalla teoria, che ha ricordato l'onorevole Calamandrei, del Santi Romano, sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. Stabilito che possono coesistere nello Stato più ordinamenti giuridici interni, non c'è difficoltà a riconoscere che l'ordinamento giuridico della Chiesa è originario».

¹³ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della salute della specie umana*, Napoli, 2010; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, A. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009, Catanzaro, 2010, 21 ss. L'A. osserva, in particolare, che il principio della sostenibilità, superando l'ambito ambientale in cui si è affermato, ma in cui rischia di «rimanere imbrigliato», è suscettibile di essere elevato a canone supremo in grado di condizionare le scelte pubbliche strategiche. In questa prospettiva, analogamente al fenomeno della trasformazione «del diritto dell'ambiente in diritto dello sviluppo sostenibile, si assisterebbe al passaggio dal concetto di sviluppo sostenibile al paradigma dei doveri verso le generazioni future, pur sempre in un quadro di responsabilità e di solidarietà che conferma quanto sia illusoria l'idea del diritto soggettivo» [48].

usare, amministrare (per mezzo dell'ente gestore) e difendere il bene; c) il vincolo di destinazione.

I domini collettivi, così definiti, sono pertanto considerati nella loro realtà pre-statale, trovando autonoma collocazione e protezione in seno all'ordinamento della Repubblica. Per essi, in particolare, la Costituzione ed i principi in essa contenuti configurano la cornice in cui si esplica la capacità di auto-normazione e di gestione da parte della comunità organizzata che ha la titolarità del bene¹⁴.

Dalla definizione utilizzata dal legislatore derivano una pluralità di conseguenze incidenti sull'inquadramento dei domini collettivi in prospettiva pluralistica e autonomistica nell'ambito delle formazioni sociali dell'art. 2 Cost.¹⁵, nonché quale autentica espressione della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

La qualificazione in termini di ordinamento giuridico incide altresì sul grado di protezione di cui i domini collettivi possono godere anche nei confronti della stessa normativa statale o regionale. Anzi, in questo quadro si deve escludere *a fortiori* la competenza legislativa regionale ad incidere sull'organizzazione e sul funzionamento dei domini collettivi, potendolo fare soltanto la legge dello Stato sulla base della normazione in materia di "ordinamento civile"¹⁶, ancorché entro limiti comunque rispettosi dell'autonomia riconosciuta originaria alle istituzioni in esame.

La definizione dei domini collettivi come "ordinamento giuridico originario", contenuta all'art. 1, supera, infine, la netta ed inappagante alternativa ricostruttiva tra pubblico e privato¹⁷ della proprietà collettiva, laddove di essa si afferma

¹⁴ Trova conferma il principio comune a tutte le tipologie di domini collettivi, secondo la dizione unificante utilizzata dal legislatore, relativamente alla separazione tra titolarità collettiva del bene e la sua gestione affidata ad un ente gestore.

¹⁵ In attuazione degli articoli 2, 9, 42, secondo comma, e 43 della Costituzione, la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie.

¹⁶ La Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 113 ha recentemente riconosciuto che il regime dominicale degli usi civici attiene alla materia «ordinamento civile» di competenza esclusiva dello Stato – e, sotto diverso profilo, alla tutela dell'ambiente. Si osserva al riguardo che «nell'intero arco temporale di vigenza del Titolo V, Parte II, della Costituzione – sia nella versione antecedente alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), sia in quella successiva – e, quindi, neppure a seguito dei d.P.R. n. 11 del 1972 e n. 616 del 1977 precedentemente richiamati, il regime civilistico dei beni civici non è mai passato nella sfera di competenza delle Regioni. Infatti, la materia "agricoltura e foreste" di cui al previgente art. 117 Cost., che giustificava il trasferimento delle funzioni alle Regioni e l'inserimento degli usi civici nei relativi statuti, mai avrebbe potuto comprendere la disciplina della titolarità e dell'esercizio di diritti dominicali sulle terre civiche. [...] È esatto pertanto l'assunto del giudice rimettente e degli utenti intervenuti nel presente giudizio, secondo cui il regime dominicale degli usi civici attiene alla materia «ordinamento civile» di competenza esclusiva dello Stato».

¹⁷ Sulla crisi della nozione di proprietà pubblica in termini generali già M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 7, secondo cui il concetto di "proprietà pubblica" è da tempo considerato «niente più che un'espressione verbale, con cui non si è riusciti a spiegare nulla» e sotto tale «espressione seguita a circolare per proprio conto una più fervida e complessa realtà giuridica». In tema, V. Cerulli Irelli, *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. pubbl.*, 1990, 553 ss.; Id., *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 273 ss.; S. Casese, *La teoria della demanialità e la trasformazione dei beni pubblici*, in *Invertire la*

unitamente alla natura essenzialmente dominicale del diritto in capo alla collettività¹⁸, una connotazione pubblicistica del regime che prescinde dall'appartenenza¹⁹.

La nuova legge con la qualificazione in termini di ordinamento riconosce, infatti, le proprietà collettive quale realtà giuridica composta e complessa, fondata sull'organizzazione sociale oggetto di originaria auto-normazione, suscettibile di aver definito un modello giuridico, oltre che economico e sociale. Ciò, in conformità all'insegnamento di Santi Romano per cui gli ordinamenti, nella loro pluralità, sono in primo luogo organizzazione delle società e disciplina dei rapporti che in essa si creano²⁰.

In una terza prospettiva, la legge n. 168 del 2017 costituisce punto di partenza per proseguire nel cammino di tutela e valorizzazione degli assetti fondiari collettivi in rapporto alle sfide della contemporaneità, laddove la nuova legge, più che porre regole, contiene decisive definizioni. Ancorché è pacifico che definire normativamente consiste nel normare, è altrettanto evidente però che una tale modalità di legiferare ha l'effetto di attivare al massimo grado il ruolo e la responsabilità dell'interprete, sia in sede dottrinale, sia in quella giurisprudenziale al fine di realizzare gli scopi della legge.

Sotto questo profilo la dirompente definizione normativa dei domini collettivi in termini di ordinamento giuridico, ancorché rafforzi la stabilità degli assetti fondiari collettivi, riconoscendone la dimensione pre-statuale, non li mette di per sé al riparo da minacce. Vicende, anche recenti, hanno dimostrato che minacce possono provenire dai più diversi fronti: non solo da legislazioni regionali non coerenti con i principi di conservazione²¹, ma dalla stessa eventuale *mala gestio*

rotta. *Idee per una riforma della proprietà pubblica*, U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), Bologna, 2007, 69; M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. econ.*, 2009, 11 ss.; Id., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

¹⁸ Cass., sez. II, 29 luglio 2016, n. 15938.

¹⁹ V. Cerulli Irelli, *Apprendere "per laudo"*. *Saggio sulle proprietà collettive*, in *Quaderni Fiorentini*, 2016, 302, osserva che le proprietà collettive in discorso, «nelle quali elementi di diritto pubblico e di diritto privato si riscontrano in diversa misura, si ascrive piuttosto alla sfera pubblicistica, per il dato fondamentale e caratterizzante dell'indisponibilità del diritto d'uso e di godimento della cosa, da parte del singolo partecipante alla comunione (del membro del gruppo) e dell'assenza in assoluto del potere di disporre della quota di partecipazione (il "godere" è strettamente personale o familiare, il "disporre" non sussiste). Possiamo perciò parlare di una proprietà collettiva di diritto pubblico, distinta dalle forme di proprietà collettiva ascrivibili al modello della comunione privatistica (come forma di appartenenza dei beni "in comune a più persone"), rispetto alla quale sussistono alcuni tratti comuni, ma prevalgono i tratti differenziali». Id., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983

²⁰ Per S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, II ed., 27, il diritto, prima di essere norma, è «organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità» [...] «ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta».

²¹ Oramai le leggi regionali che pongono discipline in materia di uso civico discostandosi dai principi di conservazione sono sempre più frequentemente oggetto delle pronunce della Corte costituzionale che a più riprese ne riconoscono l'illegittimità. Da ultimo, la sentenza Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 113 ha rico-

da parte degli enti a cui è affidata l'amministrazione e la responsabilità affinché i beni collettivi siano utilmente usati e diligentemente conservati, restando effettivamente patrimonio inter-generazionale.

Una particolare attenzione deve allora essere dedicata alla figura degli «enti esponenziali delle collettività titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva», che ai sensi dell'art 1 c. 2 della l. n. 168 cit. «hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria», e che ai sensi del successivo art. 2 c. 4 amministrano i «beni di proprietà collettiva e i beni gravati da diritti di uso civico»²². Dall'opera di questi soggetti dipenderà, infatti, la corretta gestione degli assetti fondiari collettivi e la loro conservazione, nonché la prosecuzione del percorso evolutivo che ha condotto all'epocale approvazione della l. n. 168 del 2017.

2. *Le forme organizzative per la gestione dei domini collettivi e l'impatto delle nuove norme*

Il richiamo normativo all'ente gestore dei domini collettivi, definito persona giuridica di diritto privato e dotato di autonomia statutaria, apre scenari complessi ed impegna fortemente l'interprete, laddove la previsione, senza maggiori e più specifiche indicazioni, oltre a non risolvere pienamente problematiche attuali e stringenti, inerenti le gestioni separate affidate ai comuni, non chiarisce le modalità per la trasformazione di quegli enti esponenziali di incerta natura giuridica che sinora erano assoggettati al regime pubblicistico.

La legge impatta, infatti, su una realtà complessa in cui le situazioni di «appartenenza di comunità di abitanti su terre di promiscuo godimento» sono variamente organizzate²³ e risentono delle differenziate e peculiari origini storiche, rispetto ad un fenomeno che, tra l'altro, trova riscontro internazionale non solo in Europa²⁴, ma più ampiamente secondo modelli analoghi nel resto del mondo²⁵.

nosciuto come il regime dominicale degli usi civici attenga all'«ordinamento civile» di competenza esclusiva dello Stato, escludendo *in nuce* la legittimazione regionale a disciplinare la materia.

²² Art. 2, c. 4 ove si dispone che i «beni di proprietà collettiva e i beni gravati da diritti di uso civico sono amministrati dagli enti esponenziali delle collettività titolari».

²³ F. Marinelli, *Gli usi civici*, Milano, 2013, in part. 191 ss.; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in www.giustamm.it, 2013.

²⁴ G. Bravo, T. De Moor, *The commons in Europe: from past to future. International Journal of the Commons*, 2008, vol. 2, 155-161. F. Marinelli, *La proprietà collettiva nei codici civili europei*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2005, 13 ss. G.C. De Martin (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa. Contributi al Simposio internazionale (Pieve di Cadore)*, Padova, 1990. Sulla dimensione europea in termini statistici si segnala lo studio di M. Greco, *Le statistiche sulle Common Land nell'Unione Europea e in Italia*, in *Agriregionieuropa*, 2014.

²⁵ P. Gatto, *Accesso alle terre e assetti fondiari collettivi: uno sguardo alla situazione internazionale e italiana*, in *Agriregionieuropa*, 2017, che osserva come sia a livello globale che europeo, i dati sulla distribuzione degli

In questo senso, la giurisprudenza costituzionale ha osservato come il sistema istituito dalla legge statale 16 giugno 1927, n. 1766, abbia ricondotto sotto un'unica disciplina, fondata in via principale sulle tradizioni e la legislazione delle Province meridionali, una materia come quella degli usi civici che ha avuto, nella storia giuridica per tanti aspetti non unitaria del nostro Paese, origini e svolgimenti localmente differenti, laddove, tuttavia, «la competenza riconosciuta non soltanto alle Province di Trento e Bolzano, ma anche alla Regione della Valle d'Aosta (art. 2, lett. o – usi civici, consorzierie, promiscuità per condomini agrari e forestali, ordinamento delle minime proprietà culturali – dello Statuto speciale), alla Sicilia (art. 14, lett. c, dello Statuto speciale) e alla Sardegna (art. 3, lett. m, dello Statuto speciale), sta a provare il proposito del legislatore costituente di rimediare a codesta artificiosa uniformità, disponendo che la materia degli usi civici fosse regolata dal legislatore regionale e in difformità dalle leggi dello Stato in quelle Regioni, segnatamente in quelle alpine, dove si sono conservate tenaci tradizioni e consuetudini che possono essere ricondotte ad usi antichissimi, romani e germanici, e dove le condizioni geografiche e la natura degli ordinamenti agrari impongono regole particolari nell'uso dei boschi e dei pascoli»²⁶.

Sicuramente la previsione dell'art. 1, c. 2 l. 168 cit. è confermativa della personalità di diritto privato e dell'autonomia organizzativa caratterizzante quelle entità, presenti soprattutto nell'arco alpino, che non sono state assoggettate alla legge del 1927 sotto il profilo dell'organizzazione. Si tratta prevalentemente di quelle gestioni imputate «a comunità anche chiuse, autogestite, sulla base di organizzazioni proprie delle stesse comunità, del tutto differenziate rispetto all'organizzazione comunale, ma disciplinate, anche in virtù del richiamo della legge statale, da antiche consuetudini, o da diritto di produzione autonoma (Laudi e Statuti)»²⁷.

Al di fuori delle realtà, che sono già organizzate secondo lo schema privatistico e che risulta evidente essere state prese a modello di riferimento dalle nuove norme per una sorta di generalizzazione di questa forma di gestione, si manifestano esperienze profondamente differenziate, non soltanto per tipologie di beni e di usi, ma anche per origine storiche dell'imputazione agli enti che ne hanno assunto la gestione.

assetto fondiario collettivi sono molto frammentari ed è difficile fornire un quadro completo ed univoco dell'estensione dei patrimoni di comunità. L'A. individua le ragioni che rendono difficile produrre dati statistici coerenti sia «nell'ampiezza del concetto di demanio collettivo, che spazia da situazioni di proprietà piena al possesso di alcuni diritti d'uso, spesso tra l'altro consuetudinari e oggetto di dispute e di appropriazioni», sia nel fatto che «queste forme godimento sono state marginalizzate perché considerate arcaiche ed inefficienti» e «solo recentemente i patrimoni collettivi sono stati riproposti come modelli di governance delle risorse fondiarie, e con l'interesse da parte delle istituzioni politiche e della ricerca è rinata anche la necessità di quantificare e mappare l'estensione del fenomeno».

²⁶ Corte cost., sent. 8 giugno 1963, n. 87.

²⁷ V. Cerulli Irelli, *Apprendere "per laudo"*, cit., 341.

La nuova legge va ad impattare essenzialmente su tre tipologie di forme di organizzazione che si sono consolidate, tutte previste dalla legge generale sugli usi civici del '27 e fino ad oggi accomunate dalla sottoposizione ad un regime pubblicistico del soggetto gestore.

Sicuramente, le previsioni dell'art. 1 c. 2 e dell'art. 2 c. 4 della l. 168 cit. incidono direttamente su «associazioni e università agrarie, organismi diversi e separati da comune e frazione, in origine costituiti per la gestione a vantaggio esclusivo di famiglie, ceti, arti, corporazioni dei beni d'uso civico», che ai sensi dell'art. 26 l. 1766 del 1927 dovevano «essere aperti agli usi di tutti i cittadini del Comune o della frazione» e che sino alla nuova legge restavano soggetti a regimi pubblicistici, come confermato dalla giurisprudenza della Cassazione²⁸.

Rispetto a questa composita forma organizzativa, già la l. n. 97 del 31 gennaio 1994 recante «Nuove disposizioni per le zone montane» all'art. 3 in tema di «Organizzazioni montane per la gestione di beni agro-silvo-pastorali» ha disposto che le organizzazioni proprie della comunità in funzione di gestione del bene assumessero la personalità giuridica di diritto privato per tramite della legge regionale, ove si trattasse di fenomeni associativi in regime di diritto pubblico, nella prospettiva di rendere le gestioni pubbliche residuali e legate ai casi di assenza di organizzazioni della comunità. In questo senso si disponeva che «le Regioni provvedono al riordino della disciplina delle organizzazioni montane, anche unite in comunanze, comunque denominate, ivi comprese le comunioni familiari montane di cui all'articolo 10 della legge 3 dicembre 1971, n. 1102, le regole cadorine di cui al decreto legislativo 3 maggio 1948, n. 1104, e le associazioni di cui alla legge 4 agosto 1894, n. 397», mediante il conferimento «della personalità giuridica di diritto privato, secondo modalità stabilite con legge regionale, previa verifica della sussistenza dei presupposti in ordine ai nuclei familiari ed agli utenti aventi diritto ed ai beni oggetto della gestione comunitaria».

Le Regioni, al di fuori dell'esperienza della regione Toscana²⁹, non hanno tuttavia dato attuazione alla previsione, determinando la sostanziale inoperatività dei principi contenuti nella legge nazionale.

Quanto dispone ora la l. n. 168 cit. si pone in continuità con le predette previsioni rimaste inattuato per la mancata emanazione della normativa regionale. Aspetto innovativo delle nuove norme è, tuttavia, il carattere autoapplicati-

²⁸ Corte Cass., Sez. Un., 13 maggio 1980, n. 3135.

²⁹ L. r. Toscana, 23 maggio 2014, n. 27, in cui al capo II^o è posta la disciplina sulla «Gestione dei beni del demanio collettivo civico», prevedendo in particolare all'art. 15 – Ente gestore ed organi che «1. L'ente gestore amministra gli usi civici degli utenti residenti nel territorio frazionale o nell'intero territorio comunale ed ha personalità giuridica di diritto privato. 2. Gli organi dell'ente gestore sono: a) l'assemblea degli utenti; b) il comitato di amministrazione separata degli usi civici, di seguito denominato comitato di amministrazione; c) il presidente del comitato di amministrazione».

vo, che determina il passaggio dal regime pubblicistico in privatistico mediante il riconoscimento della personalità giuridica. Stante, infatti, la perentoria affermazione per cui gli enti esponenziali della collettività, quali sono quelli in discorso, «hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria», non sembra in discussione che la trasformazione avvenga *ope legis* e che l'ente privato possa provvedere, nell'esercizio della propria autonomia statutaria e normativa, a definire il proprio assetto organizzativo, trovando sotto questo profilo nel codice civile il quadro normativo di riferimento.

Il secondo modello su cui impattano le nuove norme è l'«amministrazione separata dei beni frazionali», ovvero «terreni di uso civico» appartenenti, non all'intera popolazione comunale, ma a comunità originarie più ristrette dette frazioni ai sensi dell'art. 26 l. n. 1766 del 1927. L'amministrazione separata, a cui ai sensi dell'art. 64 R.D. n. 332/1928 sono applicabili «le disposizioni della legge comunale e provinciale [...] soggetta alla sorveglianza del Podestà del Comune, il quale potrà sempre esaminarne l'andamento e rivederne i conti» ha una struttura organizzativa delineata dalla l. 278 del 1957 in cui l'organo gestionale è formato da un comitato di gestione di frazionisti.

Parimenti alle associazioni comunque denominate di cui al punto precedente, pur in mancanza di precisi riferimenti di legge, l'attribuzione della «personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria» sembrerebbe valere anche per le amministrazioni frazionali, quali enti esponenziali della collettività, o meglio espressione dell'autonomia dominicale della collettività³⁰.

Resta dubbio se la trasformazione debba avvenire necessariamente, ovvero quale effetto di decisione delle singole organizzazioni, stante la previsione per cui «Resta nella facoltà delle popolazioni interessate costituire i comitati per l'amministrazione separata dei beni di uso civico frazionali, ai sensi della legge 17 aprile 1957, n. 278». Non è infatti chiaro se la previsione in discorso si limiti ad ammettere il passaggio da gestioni comunali (*infra*) mediante la costituzione di nuove amministrazioni frazionali, ovvero implicitamente consenta anche la permanenza delle amministrazioni esistenti nella loro forma giuridica tradizionale. Secondo quest'ultima posizione interpretativa, che non sembra però coerente con il sistema delineato dal legislatore, la trasformazione in enti privati sarebbe un'opzione più che una necessità legale³¹.

Infine, la legge dispone al c. 4 dell'art. 2 che in mancanza di «enti esponenziali i predetti beni sono gestiti dai comuni con amministrazione separata».

³⁰ Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo per la Toscana, Del. n. 137/2013/PAR.

³¹ In tema, *La legge 168 del 20 novembre 2017 sui domini collettivi: primi problemi di applicazione della legge*, (a cura di) APRODUC-Associazione per la tutela delle proprietà collettive e dei diritti di uso civico, in www.demaniocivico.it, 2018

La previsione è meramente confermativa rispetto alla possibilità che, in mancanza di una organizzazione della collettività, la gestione resti affidata al Comune, che già ai sensi della legge del '27 costituiva la forma residuale di gestione. Il Comune è tenuto a curare i domini collettivi in regime di separazione, sottoponendosi, secondo il costante orientamento della corte dei conti, alle regole della disciplina della contabilità pubblica, sia in termini di bilancio³², sia di gestione patrimoniale, nonché riconoscendo la sottoposizione alla responsabilità erariale in capo agli organi dell'ente per i pregiudizi arrecati al patrimonio collettivo, ancorché in regime di separazione³³.

Il sistema duale mantenuto dalla legge non contribuisce a sanare l'anomalia di una gestione comunale che spesso si dimostra inefficace, oltre a generare il rischio – o meglio essere spesso foriera – di conflitti di interesse e di confusione patrimoniale³⁴.

La legge non pone le condizioni per il superamento di questo dualismo, né indicare le modalità affinché la comunità si possa organizzare per costituire un proprio ente esponenziale. Tutt'al più un tale processo potrebbe trovare supporto normativo attivando la predetta procedura della legge 17 aprile 1957, n. 278, con la possibilità che istituita una gestione esponenziale della collettività l'ente acquisti personalità giuridica privata. Ma su questo punto estremamente delicato la legge è evidentemente carente.

³² Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo per la Toscana, Del. n. 137/2013/PAR, in cui alla questione «se un eventuale bilancio per la gestione dei beni civici sia soggetto ai medesimi vincoli normativi di quello comunale» viene offerta «risposta positiva, tenuto conto dei principi generali della disciplina giuscontabile oltre che delle espresse disposizioni di cui ai già citati artt. 26 L. n. 1766/1927 (secondo cui i «terreni di uso civico» appartenenti a comunità originarie più ristrette del comune – frazioni – «saranno amministrati dalle medesime, separatamente da altri, a norma della legge comunale e provinciale...») e art. 64 R.D. n. 332 del 1928 (secondo cui «saranno applicabili... le disposizioni della legge comunale e provinciale... reterà soggetta alla sorveglianza del Podestà del Comune, il quale potrà sempre esaminarne l'andamento e rivederne i conti»).

³³ Corte dei conti, sez. giur. Lazio, sent. 17 agosto 2010, n. 1645, con cui è stata disposta la condanna di due dirigenti di un Comune per non aver riscosso i canoni di natura enfiteutica previsti dall'art. 10 della legge n. 1766/1927 dovuti per l'occupazione di un terreno del demanio comunale rientrante tra gli usi civici «gli usi civici rientrano nella proprietà pubblica: il demanio civico (da non confondere con il patrimonio o demanio comunale) comprende tutti i "beni civici" e quindi gli usi civici gravanti su terreni privati. Gli usi civici sono imprescrittibili per cui il mancato pagamento del canone protrattosi per un lungo periodo (nel caso specifico ventennale) non comporta l'usucapione a favore dell'enfiteuta, ma solo la prescrizione quinquennale del debito per le annualità scadute. Ne segue che l'amministrazione comunale deve necessariamente esigere la corresponsione di una indennità risarcitoria per occupazione indebita nei confronti degli occupanti dei terreni demaniali di uso civico».

³⁴ L'amministrazione separata ha dimostrato, quale ente di gestione avente natura privatistica, di saper comprendere «a volte meglio dei comuni» il valore del demanio civico e dunque la necessità di una sua conservazione e valorizzazione. F. Marinelli, *I soggetti gestori degli usi civici: la vicenda del Comune dell'Aquila*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2007, 147 ss. Id., *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 414 nota 30.

3. *Gli enti gestori tra natura privata e funzionalizzazione dell'attività*

Nonostante l'affermazione per cui gli enti esponenziali hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria, la natura privatistica del soggetto, come è noto, non è decisiva in ordine al regime e non esclude *tout court* l'applicazione della normativa pubblicistica. È anzi constatazione comune e ormai ricorrente come regole destinate alla pubblica amministrazione si estendano anche a soggetti formalmente privati, ancorché in presenza di condizioni sostanziali che ne determinino, ai sensi della normativa di settore, l'assimilazione all'amministrazione in senso stretto³⁵.

Ciò trova riscontro, ad esempio, sia nella normativa sulla trasparenza, a cui sono soggetti anche gli "enti di diritto privato in controllo pubblico"³⁶, sia nella disciplina anticorruzione che ai sensi del c. 2-bis all'art. 1 della l. 190 del 2012 rende destinatari delle indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione gli enti di diritto privato in controllo pubblico, seppur con un regime differenziato rispetto a quello delle amministrazioni in senso formale. Ricorrono poi ad una considerazione sostanziale di amministrazione finalizzata all'applicazione della relativa normativa, sia il Codice dei contratti pubblici, imponendo la nozione europea di organismo di diritto pubblico³⁷, sia la disciplina in materia di con-

³⁵ Nella legislazione recente è infatti invalso un approccio di tipo funzionale, promosso dal diritto europeo, in cui esistono tante definizioni di pubblica amministrazione quante sono le discipline ad esse applicabili. Così S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2003, 207, che definisce la nozione di pubblica amministrazione "a geometria variabile". In tema, W. Giulietti, M. Trimarchi, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2016, 926 ss.

³⁶ Così l'art. 22, comma 1, lett. c), del d.lgs. 33/2013. Si tratta degli «enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

³⁷ Si estende la normativa in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture anche a soggetti privati che si trovino nelle condizioni previste dal diritto europeo. Sono «organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

trollo ed equilibrio dei bilanci pubblici³⁸, per l'applicazione della quale valgono le caratteristiche sostanziali di amministrazione fissate dal SEC2010³⁹.

A ben vedere, tuttavia, si dovrebbe escludere nei confronti dei gestori privati dei beni di proprietà collettiva l'applicazione delle suddette normative riferite alla pubblica amministrazione, in quanto in essi non si riscontra – almeno in via generale e salvo verifica delle singole fattispecie alla luce delle specifiche definizioni normative –, né un controllo da parte di una pubblica amministrazione, né una dipendenza delle stesse dalla finanza pubblica, elementi che invero dovrebbero ricorrere per accedere ad una nozione sostanziale di amministrazione. D'altra parte, come ricordato, nemmeno i beni di dominio collettivo sono – generalmente – di appartenenza soggettiva della pubblica amministrazione, bensì appunto della collettività.

Ritenendo di escludere, per quanto osservato, l'applicazione della normativa direttamente riferita alla pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività degli enti di gestione in regime di diritto privato, una questione decisiva consiste però nell'individuazione di eventuali limiti impliciti alla loro autonomia e, in particolare, al loro potere di auto-organizzazione e normazione.

Il possibile rischio di una malintesa considerazione del loro regime privatistico in termini di piena autonomia è in particolare che esso non consenta il controllo ed il sindacato in merito all'aderenza dell'attività gestoria al vincolo di perpetua destinazione ed alla conservazione che caratterizza il regime sostanziale del bene a titolarità collettiva. Si tratta di ciò che coerentemente la l. n. 168 del 2017, richiamando il previgente regime sostanzialmente pubblicistico dei beni collettivi, ribadisce all'art. 3, stabilendo che «Il regime giuridico dei beni di cui al comma 1 resta quello dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità e del-

³⁸ W. Giuliotti, M. Trimarchi, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, cit., 926 ss., in cui si evidenzia che nella legislazione recente è invalso un approccio di tipo funzionale, promosso dal diritto europeo, in cui esistono tante definizioni di pubblica amministrazione quante sono le discipline ad esse applicabili «una definizione di pubblica amministrazione funzionale alla applicazione della disciplina sulle gare, una funzionale alla applicazione della disciplina sugli aiuti di stato, una funzionale alla applicazione della disciplina in materia finanziaria, una funzionale alla applicazione della disciplina sul pubblico impiego, una funzionale alla applicazione della disciplina sulla trasparenza e sul diritto di accesso, e via di seguito». Si precisa, in particolare, che la «definizione finanziaria della pubblica si distingue tuttavia dalle definizioni settoriali richiamate perché, pur essendo funzionale all'applicazione di una certa normativa, presenta i caratteri della generalità e della trasversalità. Essa è generale perché vi rientrano tutti i soggetti considerati a vario titolo come pubbliche amministrazioni dalle discipline di settore: nessuno di questi soggetti infatti è immune dall'impiego di finanze pubbliche in via diretta o indiretta. È trasversale perché non è limitata a un settore di attività dell'amministrazione o a una porzione dell'attività di soggetti qualificati in termini pubblicistici, ma abbraccia trasversalmente tutte le competenze che richiedono l'impiego di risorse».

³⁹ In tema, P. Gotti, *La problematica 'nozione finanziaria di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, 2016, 177; S. Del Gatto, *Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 960 ss.; V. Torano, *Contributo sulla definizione di «pubblica amministrazione» rilevante per l'applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 1051 ss.

la perpetua destinazione agro-silvo-pastorale» e che «L'utilizzazione del demanio civico avviene in conformità alla sua destinazione e secondo le regole d'uso stabilite dal dominio collettivo»⁴⁰.

Sul piano delle conseguenze sulla gestione del predetto regime in dottrina si evidenzia come la “corretta gestione del demanio civico” debba essere strettamente connessa alla “comprensione della nozione di patrimonio civico”, ricavandone che gli elementi chiave di questa gestione vanno individuati: «(a) nella concezione olistica, secondo la quale il Valore dell'insieme del patrimonio civico è maggiore della sommatoria dei Valori delle singole parti che lo compongono; (b) nella garanzia demaniale delle terre; (c) nella partecipazione della popolazione; (d) nel possesso delle terre di collettivo godimento come condizione necessaria e sufficiente perché le risorse in esse contenute abbiano valore positivo; (e) nella consapevolezza collettiva che la gestione del patrimonio civico è associata ad un particolare tipo di possesso e, quindi, ad un particolare sistema di valori»⁴¹.

In merito, la Corte costituzionale ha, oltretutto, recentemente precisato come «il fatto che le peculiari tipologie d'utilizzo dei beni d'uso civico e il relativo regime giuridico siano stati riconosciuti dal legislatore in materia ambientale come meritevoli di tutela per la realizzazione di interessi generali, ulteriori e diversi rispetto a quelli che avevano favorito la conservazione incontaminata di questi patrimoni collettivi, determina un meccanismo di garanzia integrato e reciproco per cui l'utilizzazione non intensiva del patrimonio civico e il regime di imprescrittibilità e inalienabilità sono contemporaneamente causa ed effetto della peculiare fattispecie che il legislatore ambientale intende preservare, precludendo soluzioni che sottraggano tale patrimonio alla sua naturale vocazione»⁴².

Se quello dell'ente gestore è allora un agire funzionalizzato, in ragione del regime del bene inteso come «proprietà collettiva di diritto pubblico», ovvero

⁴⁰ Così, Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 113, in cui si evidenzia come la legge n. 168 del 2017 abbia ribadito, ancor più enfaticamente, i capisaldi della tutela dei beni civici fondati sui principi di indisponibilità, imprescrittibilità e inusufruttibilità. Stabilisce infatti l'art. 3, comma 3, che: «[i]l regime giuridico dei beni [collettivi] resta quello della inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'usufruttibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale»; inoltre il successivo comma 6 ribadisce che il vincolo paesaggistico gravante sui beni civici, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lettera h), del d.lgs. n. 42 del 2004, “garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio”, riconoscendo che «per quanto riguarda la fattispecie in esame, non è stato modificato il procedimento di classificazione e mutamento di destinazione contemplato dalle richiamate disposizioni dello scorso secolo».

⁴¹ P. Nervi, *La nuova stagione degli assetti fondiari collettivi in un sistema evolutivo economico-ambientale*, cit., 104.

⁴² Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 113, in cui si afferma, richiamando la sent. n. 103 del 2017, che il riconoscimento normativo della valenza ambientale dei beni civici ha determinato, da un lato, l'introduzione di vincoli diversi e più penetranti e, dall'altro, la sopravvivenza del principio tradizionale, secondo cui eventuali mutamenti di destinazione – salvo i casi eccezionali di legittimazione delle occupazioni e di alienazione dei beni silvo-pastorali – devono essere compatibili con l'interesse generale della comunità che ne è titolare.

«comunioni private di interesse pubblico»⁴³, o ancora «bene di appartenenza privata sottoposto a regime pubblicistico»⁴⁴, ciò incide come limite funzionale anche sulle regole organizzative e procedurali che l'ente gestore deve seguire⁴⁵.

La tesi che si vuole sostenere è quindi che il vincolo di scopo ed il regime impresso al bene condizionino in senso funzionale l'organizzazione e l'attività dell'ente gestore a prescindere dalla natura e dalla disciplina applicabile.

Ne consegue che, ferma restando la vigilanza espressamente pubblica – regionale – sugli atti dispositivi degli enti esponenziali (ad es. approvazione regionale per il mutamento della destinazione d'uso, ovvero ipotesi eccezionali di alienazione), le regole sulla modalità di gestione, benché frutto di auto-normazione e di auto-determinazione, sono condizionate e quindi vincolate al rispetto di principi quali la partecipazione, l'evidenza pubblica e la trasparenza. Ciò si ribadisce, trova giustificazione, non perché si applichi il diritto delle amministrazioni pubbliche, ma perché quelli in discorso costituiscono principi sostanziali connessi a qualsiasi attività funzionalizzata, che nello specifico l'ente esponenziale pone in favore della collettività e dei beni quali patrimonio collettivo ed intergenerazionale.

Dalla predetta affermazione dovrebbero trarsi almeno le seguenti specifiche conseguenze.

In primo luogo, la definizione di un assetto organizzativo e regolamentare diretto a garantire la legittimazione ed il fondamento democratico con riguardo alla collettività, mediante la partecipazione della collettività medesima alla definizione delle decisioni⁴⁶. Corollario necessario della democraticità della gestio-

⁴³ Come definite nella legge provinciale n. 2 del 1959 della Provincia autonoma di Bolzano sulla cui legittimità si è pronunciata la Corte costituzionale con sentenza 8 giugno 1963, n. 87.

⁴⁴ V. Cerulli Irelli, *Apprendere "per laudo"*, cit., 352 ss.

⁴⁵ La comunanza del regime tra proprietà collettive e beni pubblici in senso proprio non deve essere pertanto considerata l'origine della assimilazione, bensì la conseguenza dell'applicazione di regole dirette a garantire il perseguimento di finalità simili secondo una definizione ampia di bene pubblico. Da tale approccio, incentrato sulla valorizzazione del vincolo di funzionalizzazione nei confronti della collettività di riferimento che l'ordinamento riconosce ai beni oggetto di proprietà collettiva, consegue necessariamente che l'attività posta dall'ente gestore – a prescindere dalla natura giuridica – si conformi a regole coerenti con l'eteronomia della funzione gestoria. Un'attività così intesa non può, infatti, che seguire i principi propri dell'agire discrezionale nella massimizzazione dell'interesse affidato e ciò a prescindere dalla natura giuridica sia del bene, sia dell'agente. Si rinvia a W. Giuliotti, *Poteri dispositivi sui beni civici e principi di pubblicità*, in www.giustamm.it, 2015.

⁴⁶ Si veda al riguardo la giurisprudenza che in materia di autorizzazione alla cessione, ovvero al mutamento di destinazione di un bene civico afferma che per tali operazioni «le amministrazioni comunali – la cui rappresentanza è pur sempre in nome della loro collettività – devono dare massima notorietà a mezzo di pubblici avvisi anche sul proprio sito internet, dell'esistenza dell'iniziativa e delle relative condizioni generali, al fine di consentire la partecipazione e richieste di chiarimenti, l'emersione del dissenso, il vaglio delle eventuali obiezioni dei soggetti appartenenti alla comunità che sono i reali titolari dei diritti civici», esplicitamente riconoscendo che «le concessioni di beni civici non sfuggono ai principi che impongono comunque l'espletamento di un confronto concorrenziale per l'individuazione di tutti i soggetti potenzialmente interessati e per il conseguimento del massimo utile per l'*universitas civium*», laddove la procedura di gara «è funzionalmente proiettata a selezionare le migliori modalità di sfruttamento del bene», essendo questa l'unica possibile ed utile contropartita rispetto alla perdita del bene da parte della collettività locale. Così Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2013, n. 1698.

ne sono peraltro la pubblicità e la trasparenza a cui deve essere improntata l'azione dell'ente.

In secondo luogo, l'evidenza pubblica deve costituire il *modus operandi* per l'assunzione di obbligazioni passive ed attive, laddove il ricorso a procedure competitive si pone quale sistema utile a garantire la convenienza e la trasparenza dell'attività gestoria.

I richiamati principi sono, del resto, in larga parte contenuti nella l. n. 97 del 31 gennaio 1994, all'art. 3 c. 1 lett b)⁴⁷, a cui l'art. 3 c. 7 della l. n. 168 del 2017 fa espresso rinvio, disponendo l'intervento della legislazione regionale⁴⁸. Al di là del criticabile rinvio all'intervento regionale⁴⁹, l'art. 3 già indica chiaramente i principi "pubblicistici" a cui deve attenersi la gestione ed in senso strumentale le regole sull'organizzazione, facendo in particolare riferimento a: «2) le garanzie di partecipazione alla gestione comune dei rappresentanti liberamente scelti dalle famiglie originarie stabilmente stanziate sul territorio sede dell'organizzazione, in carenza di norme di autocontrollo fissate dalle organizzazioni, anche associate; 3) forme specifiche di pubblicità dei patrimoni collettivi vincolati, con annotazioni nel registro dei beni immobili, nonché degli elenchi e delle deliberazioni concernenti i nuclei familiari e gli utenti aventi diritto, ferme restando le forme di controllo e di garanzie interne a tali organizzazioni, singole o associate; (...)».

La conformazione dell'organizzazione e dell'attività ai principi pubblicistici è in definitiva necessaria, pur nell'ambito delle potestà organizzative proprie dell'ente esponenziale, in ragione del vincolo funzionale impresso sul bene in conseguenza della sua valenza collettiva⁵⁰. Va comunque precisato che, se i sud-

⁴⁷ Relativo alle organizzazioni montane per la gestione di beni agro-silvo-pastorali.

⁴⁸ Va valutato criticamente il rinvio alla legislazione regionale, non solo perché quelle che sono gli standard minimi sarebbe stati ben possibile oggetto di legislazione statale, ma ancor più discutibile è l'intervento sostitutivo assegnato agli stessi enti gestori dei domini collettivi, comunque sottoposto ad approvazione regionale. Il rischio è che la previsione si traduca in una possibile compressione da parte delle regioni dell'autonomia organizzativa e regolamentare dei domini collettivi. La norma prevede che «7. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni esercitano le competenze ad esse attribuite dall'articolo 3, comma 1, lettera b), numeri 1), 2), 3) e 4), della legge 31 gennaio 1994, n. 97. Decorso tale termine, ai relativi adempimenti provvedono con atti propri gli enti esponenziali delle collettività titolari, ciascuno per il proprio territorio di competenza. I provvedimenti degli enti esponenziali adottati ai sensi del presente comma sono resi esecutivi con deliberazione delle Giunte regionali. Il comma 2 dell'articolo 3 della legge 31 gennaio 1994, n. 97, è abrogato».

⁴⁹ Si ritiene che la previsione si ponga in contraddizione con l'affermato principio dell'autonomia normativa, anche in considerazione che ben è possibile la diretta attuazione da parte degli enti gestori dal momento che il richiamato art. 3 cit. già contiene in maniera chiara quei principi "pubblicistici" autonomamente implementabili per la corretta gestione dei domini collettivi.

⁵⁰ È in questo senso condivisibile l'affermazione per cui «mentre la struttura organizzativa dell'ente esponenziale è regolata in base alle norme del codice civile sulle persone giuridiche private, tutto quello che attiene all'amministrazione del patrimonio della comunità in proprietà collettiva è regolato dalla legge speciale sugli usi civici e quindi in regime pubblicistico», con la precisazione che siffatta peculiare amministrazione del bene non può non incidere sull'assetto organizzativo e soprattutto regolamentare che l'ente deve darsi. Così, *La legge 168 del 20 novembre 2017 sui domini collettivi: primi problemi di applicazione della legge*, (a cura di) APRODUC-

detti limiti in senso funzionale ed organizzativo all'autonomia privata sono volti ad assicurare che la gestione resti soggetta alla partecipazione ed al controllo della collettività⁵¹, solamente il concreto protagonismo della collettività medesima, nel senso di "usare e difendere" i domini collettivi, sarà in grado di rendere reali ed effettivi i valori sottesi al modello.

In conclusione, si deve riconoscere che la legge, consolidando i già sicuri approdi giurisprudenziali, offre una formidabile occasione alle collettività per meglio conservare e difendere i domini collettivi e per rilanciare, in una moderna prospettiva di sostenibilità, la loro antica funzione economico e sociale⁵². Tutto ciò, richiede, in primo luogo, che i singoli utenti riacquistino consapevolezza del proprio ruolo di protagonisti in seno all'ordinamento giuridico della proprietà collettiva, nonché della ricchezza, non solo economica, del patrimonio di cui sono titolari e responsabili.

Associazione per la tutela delle proprietà collettive e dei diritti di uso civico, in *www.demaniocivico.it*, 2018, ove si osserva ulteriormente che gli enti esponenziali della comunità hanno natura mista, «pubblico/privata: possiamo definirli enti giuridici privati di interesse pubblico».

⁵¹ Si riconosce, infatti, una stretta connessione fra «l'interesse della collettività alla conservazione degli usi civici e il principio democratico di partecipazione alle decisioni in sede locale, corrispondente agli interessi di quelle popolazioni, di cui sono diventate esponenti le Regioni», il che comporta che le valutazioni relative alla destinazione dei beni, «per gli interessi di rango costituzionale che vi sono sottesi, non possono non essere concrete: cioè, formulate e apprezzate attraverso il coinvolgimento, di volta in volta, delle popolazioni interessate» Corte cost., 27 luglio 2006, n. 310. Altresì, Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345.

⁵² P. Nervi, *La nuova stagione degli assetti fondiari collettivi in un sistema evolutivo economico-ambientale*, cit., 87 ss.

Norme in materia di domini collettivi e assetti organizzativi

La legge 20 novembre 2017, n. 168 recante “Norme in materia di domini collettivi” impone nuove riflessioni sulle proprietà collettive che finalmente trovano nella disciplina statale preciso inquadramento sistematico ed una rinnovata prospettiva di valorizzazione e tutela. La legge, infatti, non è soltanto punto di arrivo di una evoluzione normativa e giurisprudenziale che, sotto il decisivo impulso della dottrina, ha assegnato un nuovo ruolo ai domini collettivi anche riconoscendone la fondamentale rilevanza ambientale, ma è una formidabile occasione per meglio conservarli e difenderli e per rilanciare, in una moderna prospettiva di sostenibilità, il loro antico ruolo economico e sociale. In questo quadro, un ruolo preminente è riconosciuto alle comunità ed ai loro enti esponenziali, che devono gestire i beni in coerenza alla perpetua destinazione e al dovere di conservazione.

Provisions on common lands and organizational structure

The law 20 november 2017, n. 168 «*Norme in materia di domini collettivi*» imposes new reflections. The law defines a precise systematic framework within a renewed prospect of valorisation and protection for the common lands. It is an arrival point of an evolution that, under the decisive impulse of the, has assigned a new role to the common lands, also recognizing the environmental relevance. The law appears a formidable opportunity for better preservation the common lands and to re-launch their ancient economic and social role in a modern perspective of sustainability. In this context, a prominent role is recognized to the communities and their representative entities, which must manage the assets according to the principles of perpetual destination and conservation.

Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni

Francesco Zammartino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Costituzione economica e sistema economico europeo: una convivenza possibile? – 3. A proposito di alcune recenti pronunce della Corte costituzionale tra tutela dei diritti sociali e sostenibilità del debito pubblico. – 4. Uguaglianza e solidarietà sociale quali valori fondanti della nostra Costituzione economica. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Negli ultimi tempi si registra in Italia¹, come nella maggior parte degli Stati appartenenti all'Unione europea, un intenso ripensamento del ruolo del pubblico nel settore dei c.d. «fenomeni economici», riaccendendo un dibattito che, in un periodo di stagnante crisi economica e finanziaria², come quello attuale, si caratterizza soprattutto per la sua estrema vivacità.

Il punto di partenza per le nostre brevi riflessioni non può che essere l'alto compromesso raggiunto tra le diverse forze politiche in seno all'Assemblea Costituente³ che portò alla nascita, sulla base di un contratto sociale, di un modello di economia mista⁴, che, in contrapposizione al collettivismo puro e al liberismo

¹ Il presente lavoro riproduce sostanzialmente il testo di una Relazione tenuta al Convegno «La Costituzione economica al tempo della crisi», svoltosi a Napoli, il 9 gennaio 2018.

² S. Staiano, *Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018, 5.

³ Assemblea Costituente, *Atti della Commissione per la Costituzione economica, Relazione e proposte*, 114 ss.

⁴ Si v. *ex plurimis*, L. Gianniti, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2000, 919 ss.; P. Bilancia, *Il Governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n.3/2014, 4.

basato sul mercato, aveva quale principale compito quello di contemperare il ruolo dello Stato e degli imprenditori privati nella gestione delle attività produttive⁵.

La filosofia che però ispirò le politiche economiche dei governi nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana fu sostanzialmente diversa e sull'esempio degli insegnamenti Keynesiani si realizzò una sistematica presenza dello Stato nell'economia⁶. Numerose e articolate furono le motivazioni che legittimarono questo ruolo da protagonista dello Stato nei processi economici⁷; in estrema sintesi esse possono individuarsi dapprima, nell'esigenza di superare la depressione economica conseguente alla fine del secondo conflitto bellico, poi nel calo della domanda intervenuto dopo gli anni del boom economico, e infine, negli sviluppi stessi della tecnologia che, soprattutto in alcuni settori, hanno considerevolmente innalzato il limite degli immobilizzi e degli investimenti indispensabili, come tale non sempre agevolmente sostenibile dal privato.

Ma, già dalla prima metà degli anni Settanta, gli enormi deficit di bilancio accumulati negli anni e una crescente burocratizzazione gravante sulla gestione di numerose imprese attinenti all'area pubblica, orientarono il legislatore verso una contrazione della spesa pubblica e a intraprendere politiche economiche incentrate sull'offerta e sulla competitività delle imprese, in conformità alle regole della concorrenza, peraltro imposte dalla normativa comunitaria.

Nonostante non ci fosse in fondo alcuna giustificazione logica atta ad escludere la produttività di un'azienda pubblica correttamente gestita⁸, in direzione di un recupero della funzionalità del sistema, gli sforzi si concentrarono, sull'onda di indirizzi politici liberisti, essenzialmente nel trasferimento di imprese dal settore pubblico a quello privato⁹, realizzando ampi piani di privatizzazione e con la convinzione che tale scelta fosse l'unico mezzo idoneo a garantire una sorta di «metempsicosi» degli apparati produttivi.

Questo programma, cui fece seguito il varo anche di alcune importanti leggi per il settore economico-finanziario¹⁰, ispirato alla «presunzione teorica» di matri-

⁵ Sul punto si rinvia a G. Amato, *Il mercato e la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 18 ss.

⁶ Si cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, 19.

⁷ C'è da dire, a tal riguardo, che non si può sorvolare come appartenga in fondo alla natura stessa dei sistemi ad economia mista la prospettazione di un intervento provvisorio dello Stato in settori economici strategici. In dottrina, *ex multis*, si v. U. Potoschinnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, 107 ss.; G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, 53 ss.; G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *AIC, La Costituzione economica*, Padova 1997, 9 ss.

⁸ C'è da rilevare tuttavia che il dibattito sulla crisi dello Stato "dirigista", diretto produttore di beni e servizi sulla base del modello organizzativo privato, risale ai primi anni '70, anni in cui risultavano già evidenti i fallimenti dello Stato coinvolto da interessi politici e sindacali.

⁹ G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 165 ss.

¹⁰ Per una prima ricognizione della disciplina si v. A. Lucarelli, *art. 43 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, in AA.VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, I, Torino 2006, 882 ss.

ce comunitaria¹¹, secondo cui una maggiore efficienza delle imprese private dovesse considerarsi valida solo con riferimento a quelle operanti in regime concorrenziale, è stato negli ultimi anni fortemente messo in discussione, atteso che le politiche attive per la concorrenza, non riuscendo negli anni ad imporre regole certe al mercato finanziario¹², hanno perso di vista l'obiettivo che si erano proposte di raggiungere, cioè la realizzazione di un'effettiva deregolamentazione del sistema economico che garantisse un livello sufficiente di prestazioni ai cittadini¹³.

Ecco che di fronte ad una crisi economico-finanziaria che incide ormai sulle strutture sociali del Paese in modo destabilizzante, e che sembra mettere in discussione i principi stessi che stanno alla base del sistema costituzionale dell'Unione europea¹⁴ quali l'economia di mercato, il pluralismo economico, la libera circolazione dei beni, la libera concorrenza e così via, in Italia – ma il ragionamento potrebbe estendersi anche a Paesi a forte tradizione liberista¹⁵ – si accende la discussione su quali iniziative politico-economiche contrapporre alla regolazione del mercato¹⁶, con il precipuo compito di conciliare l'attività pubblica e quelle private per garantire gli *standard* di protezione dei diritti sociali¹⁷.

In altre parole e nell'ambito di un ragionamento più ampio, opporre all'invasivo *liberal contractualism*, modello collaborativo dell'*agreement* che si esprime mediante *governance* e atti di *soft law*¹⁸ (insofferente a principi e regole¹⁹, e capace d'imporre il fenomeno della “mercattizzazione” dello Stato e del diritto)²⁰ poli-

¹¹ Si v. S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari-Roma, 2012, 23 ss.

¹² Tra i primi a percepire i mutamenti in atto, pur con orientamenti diversi, si vedano, S. Cassese, *Le trasformazioni dei servizi pubblici in Italia*, in *Enc. pubbl.*, 1996, 5 ss.; G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, 867 ss.; G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.; P. Ciriello, *Nuovo ruolo del pubblico e ridefinizione del sistema delle garanzie*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Villani*, Napoli, 2000, *passim*; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 3 ss.; F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 59 ss.; M.A. Sandulli, *I servizi pubblici comunali nei settori speciali*, in *Rassegna Astrid*, 2005; recentemente si v. A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina di servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, n. 1, 94 ss.; A. Sandulli, *La persistente centralità dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2016, n. 3, 609 ss.

¹³ P. Krugman, *Un paese non è un'azienda*, Milano, 2015, 8.

¹⁴ A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in AA.VV. a cura di A. D'Aloia, *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 53 ss.

¹⁵ L'esempio più evidente è dato dal Regno Unito in cui si sono riscontrate, seppur temporaneamente, varie iniziative di nazionalizzazione del sistema bancario.

¹⁶ Si cfr. G. Ferrara, *La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2013, *passim*.

¹⁷ Sul punto si v. N. Irti, *Il carattere politico-giuridico del mercato*, a cura di S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 344 ss.; A. Lucarelli, *Politiche pubbliche, regolazione e mercato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1, 2006, 4 ss.; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, 21 ss.

¹⁸ F. Snyder, *Soft law and Institutional Practice in The European Community*, in *The Construction of Europe*, 1994, 197 ss.; G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, tr. it., Milano, 1996, *passim*.

¹⁹ Sul tema della semplificazione delle fonti, si v. F. Sorrentino, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, *Annuario AIDPA*, 2015, 11.

²⁰ S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 74 ss.

tiche economiche il cui scopo è quello di correggere le imperfezioni prodotte dal mercato²¹, garantendo ai cittadini regole che si ispirino maggiormente ai principi di solidarietà ed equità sociale²².

Nel presente articolo si cercherà di riflettere principalmente sulla difficile conciliabilità tra un modello economico quale quello italiano, in cui vige una Costituzione economica, la quale, assicurando la libertà economica, ma non la concorrenza e il mercato (artt. 41 e ss.), ha come obiettivo il raggiungimento di fini sociali, e il modello economico dell'Unione europea, votato principalmente ad affermare la competizione tra imprese nel libero mercato capitalistico.

A tal proposito, si analizzeranno i principali passaggi, politici, legislativi e giurisprudenziali che, in ottemperanza alla normativa europea, hanno contribuito all'evoluzione di un'interpretazione della Costituzione economica tutta in chiave economicista e liberista, laddove, invece, il recupero dei valori costituzionali di eguaglianza sociale e di solidarietà si riterrebbero necessari al fine di arginare l'irreversibile crisi in cui versa lo Stato sociale di diritto.

2. *Costituzione economica e sistema economico europeo: una convivenza possibile?*

Dalle affermazioni appena svolte potrebbe delinearci una vera e propria disputa di sistema tra l'Unione europea e gli Stati membri, tutta incentrata sul problema della curvatura delle garanzie sociali²³, della possibilità di ordinarle secondo schemi e graduazioni di valore in funzione degli interessi tutelati²⁴, piuttosto che sul solo smantellamento del binomio sovranità/gerarchia.

Ciò, soprattutto se si considera che, di fronte ad una crisi economica e finanziaria dei Paesi dell'euro aggravatasi dalla circostanza che le misure di risanamento dei bilanci si pongono in contrasto con l'obiettivo della crescita²⁵, gli obiettivi fissati dall'Unione continuano ad essere quelli di regolare al proprio interno i rapporti tra gli Stati membri mediante l'imposizione del libero mercato²⁶, e di

²¹ Si pensi alla scelta di privatizzare alcune delle infrastrutture strategiche che ha determinato effetti di *spillover* nei riguardi dei sistemi economici.

²² Sul punto si rinvia a A. Lucarelli, *Diritti sociali e principi costituzionali europei*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2003, 173 ss.

²³ Per S. Staiano, La garanzia dei diritti sociali resta la principale "pietra d'inciampo" sulla via dell'integrazione europea, si v., *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, 2015, 8.

²⁴ Si cfr. G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, *passim*.

²⁵ T. Russo, *Solidarietà e democrazia nella crisi economica degli Stati della zona euro: considerazioni sul caso Anagnostakis*, in *Federalismi.it*, n. 9/2018, 3.

²⁶ Si cfr. A.B. Atkinson, *La politica sociale dell'Unione Europea nel contesto della globalizzazione*, in *Studi economici*, 2005, numero speciale, 26; S. Rodotà, *The right to Have Rights in Europe*, in *Seminario della Founda-*

«contrastare gli squilibri fra spese e entrate nei bilanci nazionali per impedire che scarichino sui Paesi virtuosi l'onere delle spese sostenute senza corrispondente»²⁷.

Del resto, gli Stati che rientrano nell'eurozona si sono visti sottrarre man mano dalla normativa europea non solo la politica monetaria, ma qualsiasi iniziativa volta a sostenere indicative politiche economiche, sicché il risultato è sotto gli occhi di tutti: non solo azzeramento dell'economia pubblica, ma riduzione anche di quegli interventi a favore delle imprese private che possano creare una situazione competitiva di vantaggio nei riguardi delle imprese degli altri Stati appartenenti all'UE.

A maggior ragione tale rischio potrebbe trovare terreno fertile proprio in Italia, dal momento che per quanti sforzi interpretativi siano stati fatti e ancora continuino ad essere tentati riguardo al concetto di Costituzione economica²⁸, rappresenta ancora impresa ardua quella di associare lo spirito interventistico che si legge dall'intero impianto costituzionale con il tessuto normativo che affiora dai diversi Trattati che reggono l'impalcatura costituzionale dell'Unione²⁹.

Costituisce ormai osservazione ricorrente quella secondo cui mentre il diritto dell'Unione, cui ha contribuito in modo sostanziale la giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo³⁰, considera la presenza del pubblico nell'economia un elemento quantomeno distorsivo della libera concorrenza³¹, di conver-

tion for European Progressive Studies, Torino, 8 febbraio 2013; L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. III, 146.

²⁷ Così G. Rossi, *La questione europea*, in *Ridiam.it*, 2016, 2.

²⁸ La dottrina è apparsa spesso divisa sul valore giuridico da attribuire alla Costituzione economica e alla costituzionalizzazione del principio dello Stato sociale. Si cfr., *ex plurimis*, E. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, 1966; V. Ottaviano, *Il governo dell'economia: principi giuridici*, in *La Costituzione economica, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, Padova, 1977, 197 ss.; G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1980; F. Merusi, *art. 47 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, 1982; G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana*, cit.; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; A. Pizzorusso, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in *AA.VV., Scritti in ricordo di D. Serani*, Milano, 1984, 3 ss.; S. Rodotà, *art. 44 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, 1984, 211; A. Pace, *Libertà "del mercato" e "nel mercato"*, in *Pol. del dir.*, 1993, 327; G.U. Rescigno, *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001; V. Galgano, *41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), tomo I, Torino, 2006, *passim*.

²⁹ Si v. P. Barile, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali: un'introduzione*, in *Atti del Convegno Garanzie Costituzionali e Diritti fondamentali*, Roma, 26-28 giugno 1996, organizzato dall'Istituto della Enciclopedia Italiana, 11; M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 374 ss.

³⁰ Il riferimento principale è dato dalle sentenze C-438/05, *Viking*; C- 241/05, *Laval*; C-346/06 *Ruffert*; Commissione c. Lussemburgo; ma si confronti anche la recente sentenza in materia di diritto del lavoro del 21 dicembre 2016.

³¹ G. Giubboni, *Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: Practical Convergences and Theoretical Conflicts*, in *European Law*, 2001, 69.

so, nella nostra Carta costituzionale non si individua alcun vincolo inflessibile che possa limitare l'intervento dello Stato nelle vicende dell'economia³².

Anzi, non sembra affatto incongruo affermare che proprio la formazione culturale dei Padri costituenti impedisce di guardare alla concorrenza e al mercato quali concetti estranei da fini politici di creazione degli interessi sociali globalmente considerati³³.

Al riguardo, basti ricordare gli articoli, 41, co. 3, Cost., che affida alla legge la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali³⁴, e 43 Cost., che sancisce il diritto a riservare originariamente o trasferire mediante espropriazione allo Stato e a enti pubblici determinate imprese o categorie di imprese «che si riferiscono a servizi pubblici essenziali a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale».

Entrambe le disposizioni suindicate possiedono una natura progettuale che si sostanzia nell'idea che il concetto di termine «sociale» faccia riferimento a criteri di divisione e redistribuzione della ricchezza, per una società più giusta³⁵.

Significato analogo, a parere di scrive, non sembra possa individuarsi nella vigente formulazione dell'art. 3, co. 1, TUE, nonostante il suo suggestivo cenno a «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale».

Non può essere certo questa la sede per riannodare le fila di una compiuta ricostruzione dell'espressione «economia sociale di mercato», che parrebbe coniata da Erhard nel 1945³⁶, ma che negli anni immediatamente successivi fu adottata da quella corrente di pensiero denominata «ordoliberalismo»³⁷.

³² La libertà di iniziativa economica non contiene in sé il principio di concorrenza, principio che peraltro non sembra sia legittimato nemmeno dal codice civile, laddove l'art. 2598, nell'illustrare gli atti di concorrenza sleale che possano innescare sanzioni e il relativo risarcimento di cui agli articoli successivi, «presuppone che la concorrenza, quando c'è, debba svolgersi in modo leale: ma non richiede che la concorrenza debba comunque esserci». Così autorevolmente G. Corso, *La tutela della Concorrenza come limite della potestà legislativa (Delle Regioni e dello Stato)*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2002, 987.

³³ Si rinvia a T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, *passim*; si cfr. altresì, R. Manfellotti, *Autorità indipendenti e funzione sociale di mercato*, Torino, 2012, 51.

³⁴ P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, 1978, 17 ss.; M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 579 ss.

³⁵ M.S. Giannini, *Costituzione e Stato pluriclasse*, Bologna, 1980, 279.

³⁶ L. Erhard, *La politica economica della Germania*, [1962], trad. it., Milano, 1963.

³⁷ Cfr., *ex plurimis*, W. Ropke, *Die Ordnung der Wirtschaft*, 1948; A. Rüstow, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* [1929], «Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte», 7, 1959, 98 ss.; A. Muller-Armak, *Economia sociale di mercato*, [1956], trad. it. in *Il liberalismo*, cit. nt. 259, 91; nonché Id., *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, [1947], rist., München, 1990, 65 ss. *Grundtexte zur Sozialen Marktwirtschaft*, a cura di W. Stützel et al., Stuttgart-New York, 1981, *passim*; L. Di Nella, *La Scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia*, Padova, 1999, 191.

In estrema sintesi, questo diffuso modo di pensare, filtrato anche nei lavori di autorevoli autori, ha quale scopo quello di legare, sulla base dell'economia della concorrenza c.d. «efficace»³⁸, la libera iniziativa con il progresso sociale garantito proprio con le attività dell'economia di mercato³⁹, e nonostante preveda alcune iniziative dello Stato a favore delle classi meno abbienti, le stesse sono ispirate ad una logica profondamente diversa, restando comprese rigorosamente entro i limiti dell'economia di mercato.

Ora, poiché il cardine della teorizzazione dell'economia sociale di mercato si fonda sul presupposto che il diritto svolga un'azione di protezione nei confronti del mercato⁴⁰ e che vada in sostanza affermato il primato dell'economia sul diritto, sembra difficile pensare come questo filone di pensiero abbia potuto indirizzare l'attività politico-normativa dell'Unione europea verso i valori dell'eguaglianza e della solidarietà⁴¹.

Anzi, al contrario, è proprio il mancato riferimento da parte della scuola di Friburgo alla funzione redistributiva, la fonte primaria che ha ispirato la formulazione dei Trattati⁴²; tale affermazione assume maggiore rilevanza se si fa riferimento al fatto che ancora oggi «la dimensione sociale è interamente esaurita dentro le sfere delle Costituzioni e dei processi politici democratici degli Stati membri»⁴³.

Quanto detto trova ulteriore conforto nella stessa Corte di Giustizia, la quale non ha mai fatto un esplicito riferimento all'espressione «economia sociale di mercato», quale concetto giuridico in senso stretto⁴⁴, nella sua ormai intensissima giurisprudenza in materia.

Ne consegue quindi che, a meno che non si voglia aderire alle numerose ipotesi avanzate di interpretazione adeguatrice della Costituzione economica, sino alla tesi, autorevolmente sostenuta⁴⁵, incline a considerare la disposizione madre (l'art. 41, co.3) abrogata *de facto* dal diritto europeo, non sembra sia molto lontano dal vero affermare che il processo di integrazione europea, realizzatosi al cospet-

³⁸ L'elaborazione del concetto si deve, come è noto, a J.M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, in *The American Economic Review*, vol. XXX, n. 2, 1940, 241 ss.

³⁹ A. Muller-Armak, *Economia sociale di mercato*, [1956], cit. 91.

⁴⁰ Si v. M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, Relazione per il XXXII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 16.

⁴¹ Contra, G. Pitruzzella, *La Costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *Federalismi.it*, 16/2018, 6.

⁴² E. Balboni, *Il principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001.

⁴³ S. Giubboni, *Diritti e solidarietà economica in Europa*, Bologna, 2012, 47.

⁴⁴ L'unica decisione nella quale, seppur brevemente, la Corte fa esplicito riferimento alla espressione «economia sociale di mercato» è nella pronuncia CGUE, 21/12/2016, C- 201/15, AEGT Iraklis.

⁴⁵ Per tutti F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in AA.VV. a cura di F. Bassi, F. Merusi, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 159 ss.

to di un conflitto⁴⁶ (seppur latente) intercorrente fra un modello – interventistico – dichiaratamente recessivo in termini di Costituzione materiale, ma che ha tuttavia un diretto fondamento sul piano della Costituzione formale, ed un modello europeo decisamente vincente sul piano della prassi, ma con il limite di trarre la propria legittimazione da leggi ordinarie (quali sono quelle di accettazione dei Trattati europei), ha gradualmente snaturato, peraltro senza nessuna resistenza da parte del sistema costituzionale esistente, quel progetto di Stato sociale formulato dai nostri Costituenti⁴⁷, in ragione delle misure di austerità imposte dal *Fiscal compact*⁴⁸ e delle politiche di programmazione finanziarie europee⁴⁹.

Ora, senza nulla voler togliere alla fondatezza di queste osservazioni, e a parte le riserve che sembra legittimo sollevare avverso un'interpretazione che si spinga fino al punto di svuotare di ogni significato una disposizione costituzionale in materia di Costituzione economica⁵⁰, non può non rilevarsi che la Costituzione repubblicana, nel suo disegno complessivo, pone quale principio fondante la tutela della persona umana e della sua dignità⁵¹.

Ecco che tali affermazioni ci portano a pensare che in fondo tra la Costituzione economica europea, la cui realizzazione avviene non solo sul piano strettamente giuridico, ma anche su quello (aggiungerei soprattutto) delle politiche pubbliche⁵², e la Costituzione economica italiana, oltre alla differenza del modello economico scelto, vi sia una differenza ancora più strutturale, che riguarda la stessa forma di Stato⁵³.

Infatti, se a livello europeo l'obiettivo finale dell'integrazione fra gli Stati è l'unificazione politica e il mantenimento della pace mentre gli obiettivi di medio periodo sono stati la creazione di una organizzazione pubblica dei mercati, nella logica della compressione del pubblico nell'economia⁵⁴, nel nostro Paese gli obiettivi del governo dell'economia sono la giustizia sociale e lo sviluppo della persona umana così come vuole la Costituzione, dalla quale si desume un ruolo attivo delle forze politiche che si concreta, pur nel pieno rispetto delle libertà

⁴⁶ Si cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 3/2016, 3.

⁴⁷ Recentemente, G. Gambino, *Stato sociale una forma superata? Alcune riflessioni qualche interrogativo sui rapporti tra democrazia e potere economico*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2018, 1 ss.

⁴⁸ S v. M. Bertolissi, *Fiscalità e spesa pubblica nell'U.E.*, in *Rassegna di diritto europeo*, n. 1/2016, 43.

⁴⁹ Si v. S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, n. 22/2015, 17.

⁵⁰ C. Mortati, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.

⁵¹ In questo senso, C. Pinelli, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.*, in *Aperta Contrata*, www.apertacontrata.it, 7/09/2011; L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione*, Milano, 2012, 27 ss.

⁵² A. Hatje, *The Economic Constitution*, in A. von Bogdandy e J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional law*, 2006, Oxford-Portland-Oregon, 2006, 591.

⁵³ V. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di Governo*, Torino, 41.

⁵⁴ Si cfr. A. Cantaro, *L'imperialismo del libero scambio. La Costituzione economica europea nell'epoca del mercantilismo globale*, in *Federalismi.it*, 16/2018, 7 ss.

economiche⁵⁵, nel controllo delle attività economiche private e nella correzione di eventuali difetti intrinseci al mercato (il che non vuol dire che la Costituzione non individui ambiti in cui Stato e mercato sono destinati a coesistere, come ci conferma l'art. 33, co. 3 in tema d'istruzione).

Tale asimmetria è poi riscontrabile nella stessa recente giurisprudenza del Giudice dell'Unione, il quale, chiamato a operare i necessari bilanciamenti tra la tutela dei diritti fondamentali sociali (si pensi al diritto al lavoro) e le libertà economiche positivizzate nel diritto europeo, ha generalmente favorito la *primauté* del diritto comunitario⁵⁶.

Venendo all'altro versante, la Costituzione economica italiana garantisce le libertà economiche ancorandole però alle clausole sociali⁵⁷.

Giustizia sociale e sviluppo della persona umana quali principi che nella *ratio* dei Costituenti avrebbero dovuto assegnare, tra l'altro, indicazioni chiare sulle politiche economiche da seguire da parte dei titolari della funzione di indirizzo politico, al fine di creare un bilanciato assetto fra il dovere di soddisfare i diritti di prestazione e la limitatezza delle risorse disponibili⁵⁸.

Inserita in quest'ottica, la produzione della ricchezza non è considerata fine a se stessa, nel senso che mira al solo e mero profitto, aumentando così le disuguaglianze sociali, ma, viceversa, si traduce in un indispensabile strumento di crescita economico e sociale⁵⁹.

Detto in altri termini, l'aspirazione alla realizzazione della coesione economico-sociale, dovrebbe costituire il vero e proprio fattore di aggregazione del sistema⁶⁰.

È noto come soprattutto negli ultimi tre lustri sono andate le cose.

La perdurante inadeguatezza del legislatore, le cui scelte politiche ed economiche anticrisi realizzate a livello statale⁶¹ hanno trovato il loro momento culminante con la revisione costituzionale dell'art. 81 della Costituzione, che ha intro-

⁵⁵ Specificamente, L. Saltari, *Stato e mercato nel Decreto Bersani-bis*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8/2007, 811 ss.

⁵⁶ G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012.

⁵⁷ P. Bilancia, *Il Governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, cit., 13.

⁵⁸ M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2013, 30. Id., *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 104, il quale sostiene che la riflessione tra le esigenze di stabilità delle finanze pubbliche e le istanze di tutela dei diritti sociali dovrebbe tradursi in bilanciamento «ineguale», nel senso che «il fine è sempre e solo il soddisfacimento dei diritti della persona, non mai l'efficienza economica in sé e per sé».

⁵⁹ Come sottolinea, G.U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2008, 5 ss.; si cfr. anche M. Villone, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio delle leggi*, Milano, 1974, 233.

⁶⁰ Ultimamente tale tema è ripreso da Q. Camerlengo, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2/2015.

⁶¹ Sul punto, G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2012, 20.

dotto il principio del c.d. pareggio di bilancio⁶², e la costante marginalizzazione del ruolo del Parlamento rispetto alla capacità di esercitare un effettivo controllo delle scelte effettuate dal Governo, hanno favorito la realizzazione di un contesto politico-istituzionale in cui l'esecutivo, attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza, alle questioni di fiducia e ai c.d. maxi-emendamenti, alla previsione di deleghe ampie e generiche, alle forzature nell'applicazione dei regolamenti parlamentari, ha acquisito una netta preminenza, determinando un sistema di *governance* economica calata dall'alto, il cui scopo essenzialmente è la stabilità finanziaria, perseguita mediante la drastica riduzione della spesa sociale e la flessibilizzazione del lavoro⁶³.

3. *A proposito di alcune recenti pronunce della Corte costituzionale tra tutela dei diritti sociali e sostenibilità del debito pubblico*

Esautorato, quindi, il Parlamento, sembra allora ragionevole domandarsi a chi affidare il compito di fissare un argine alla proliferazione di quei provvedimenti governativi che hanno utilizzato negli ultimi anni il pretesto «dell'interesse strategico nazionale o altri consimili espedienti per legittimare il ripristino del nesso di penetrazione organica fra stato apparato e sistema delle imprese»⁶⁴.

Nel nostro sistema, fatto di pesi e contrappesi, ormai da anni si assiste al fenomeno per cui i giudici (ordinari, amministrativi e costituzionali), in nome e a tutela della legalità e dei principi fondanti che ispirano il nostro Testo costituzionale, sono costretti a svolgere una funzione di «surroga» nei confronti dell'inerzia del legislatore⁶⁵, scatenando, tuttavia, da più parti, polemiche su quella che è definita un' «indebita invasione di campo»⁶⁶, in quanto si ritiene che attraverso tale sconfinamento il giudice possa essere esso stesso fonte del diritto.

⁶² In senso critico, F. Bilancia, *Note critiche sul pareggio c.d. di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 1 ss.; contra, A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; ID., *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, 79-108, considera l'equilibrio di bilancio «il presupposto per l'attuazione del welfare state» e «per la sopravvivenza dello stato costituzionale».

⁶³ Per un'analisi dell'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo si v. ancora A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, cit., 79 ss.; ID., *Crisi economica ed integrazione politica in Europa*, cit., 80.

⁶⁴ Conforme, G. Bucci, *La compressione delle autonomie socio-politiche nella combine Stato- Governo mercati*, in *Convegno annuale del gruppo di Pisa*, 2014, 17.

⁶⁵ Si rinvia diffusamente a N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, *passim*.

⁶⁶ G. Azzariti, *Verso un governo dei giudici ?*, in *Scritti in onore di A. Pace*, Napoli, 2002, 367 ss; M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 23/2017, 5.

Lasciando alla riflessione di altri, per ragioni di economia di tempo, l'ampio e complesso problema se il ruolo creativo del giudice⁶⁷ debba considerarsi, in un ordinamento di *civil law* come è il nostro, una deviazione da parte degli organi di garanzia⁶⁸, dal momento che in un contesto in cui la legge costituisce la fonte di diritto per eccellenza e in cui sono assenti lacune normative⁶⁹, la giurisprudenza dovrebbe svolgere solo un'attività puramente dichiarativa o riproduttiva di un diritto preesistente e racchiuso in norme giuridiche già date, è chiaro che in un modello a «legislazione confusa»⁷⁰, dove sempre più labile è il confine tra legislatore, amministrazione e giudice, quest'ultimo ha potuto operare sempre più per categorie generali, alimentando così quel fenomeno di creatività della giurisprudenza⁷¹, che si concreta nella volontà di uno *ius* costantemente in *fieri* secondo le modalità sempre mutevoli del caso⁷².

Questo evento, che riflette la realtà di un diritto che sempre più si esprime in chiave di giurisdizionalizzazione⁷³, stante la ormai «cronica» inadeguatezza delle risposte fornite dalle tradizionali strutture e dai classici meccanismi di governo delle società, ha coinvolto, tra l'altro, anche il tema dell'indebolimento delle esigenze di tutela dell'utilità sociale finalizzate alla solidarietà⁷⁴, a fronte della crescita del rilievo autonomo assunto dalla libertà di iniziativa economica. Specificamente, i giudici, attraverso un'interpretazione dinamica del loro ruolo, sono stati chiamati a svolgere adeguamenti di valore e a mediare ragionevolmente fra istanze di libertà di iniziativa economica e diritti sociali⁷⁵, alla luce di quei fondamenti normativi generali che si ricollegano al rispetto della dignità umana (art. 2 Cost.) e al principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.)⁷⁶.

⁶⁷ E. Cheli- F. Donati, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1 /2007, 159 ss.

⁶⁸ Si v. S. Staiano, *Costituzionalismo e diritto giurisprudenziale nel tempo storico*, in *studi in onore di L. Labruna*, 2008, 5381 ss; P. Grassi, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, n. 3/2017, 839.

⁶⁹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966; ID., *Il problema della giustizia*, Einaudi, 1975.

⁷⁰ Termine ripreso dal Presidente del Consiglio di Stato, A. Pajno, nella Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017.

⁷¹ Tale fenomeno, in un modello di *civil law*, suscita reazioni politiche per le ripercussioni che potrebbe riversare sul principio della certezza del diritto e sul principio di eguaglianza sostanziale; si cfr., a tal proposito, S. Chiarloni, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, n. 1, 7.

⁷² Si rinvia a A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, 145 ss.

⁷³ F. Viola, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, *Atti del 2° convegno nazionale della Sisdic*, Capri 18-20 aprile, 2006, Napoli, 2007, 315 ss.

⁷⁴ Si rinvia a A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 192 ss.

⁷⁵ In senso critico, M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3824.

⁷⁶ Si v. P. Barile, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit., 17.

Ciò ha riguardato, soprattutto in primo piano, la Corte costituzionale, la quale, a dire il vero, in sede di bilanciamento⁷⁷ tra soddisfazione dei diritti sociali e tutela dell'autonomia del mercato e della libertà d'impresa, non sempre negli anni ha operato un bilanciamento eguale, arrivando spesso a soluzioni che sono apparse più rivolte a garantire l'efficietismo economico di stampo comunitario⁷⁸.

Si pensi all'orientamento che ha avuto la Consulta nei confronti dell'utilità sociale a partire dagli anni Novanta⁷⁹: in numerose sentenze⁸⁰, infatti, il giudice delle leggi, contrariamente a una precedente ma consolidata giurisprudenza⁸¹ in cui la principale preoccupazione era stata l'individuazione di rimedi legislativi e dunque l'estensione della tutela dei diritti sociali⁸², ha fatto coincidere l'utilità sociale con interessi quali il corretto funzionamento del mercato, la libera concorrenza⁸³, la tutela dei consumatori, proponendo in pratica una diversa lettura dell'art. 41 della Costituzione che, da parametro di riferimento delle politiche pubbliche delle attività economiche, è stato da ultimo interpretato quale norma che sancisce l'affermazione del libero mercato, in ossequio ai principi imposti dal diritto europeo⁸⁴.

Tale evoluzione interpretativa dell'art. 41 Cost. in chiave efficientista ed economicista⁸⁵, ribadita anche in recenti sentenze⁸⁶, che ha dato, altresì, luogo

⁷⁷ Critico alla soluzione di stabilire un art. 2 in senso eterogeneo è M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 13.

⁷⁸ Si rinvia a Corte cost., n. 241/1990. In senso critico, si v. I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismi.it*, 2012,10; in chiave comparatistica, si v. C. Pinelli, *Prime pronunce delle Corti costituzionali sulle misure di contrasto alla crisi dell'Eurozona. Un bilancio critico*, in AA.VV., *Studi in onore di G. De Vergottini*, a cura di L. Melica, L. Mezzetti e V. Piergigli, Padova, 2015, 2273 ss.

⁷⁹ Si cfr. A. Moscarini, *La Corte costituzionale contro lo stato sociale?* in *Giur. cost.*, n. 1997, 2027 ss.

⁸⁰ Tra le tantissime più recenti, Corte cost., nn. 99/1995, 245/1997, 379/2000, 190/2001, 279/2006, 430/2007, 443/2007, 167/2009.

⁸¹ Nella quale l'utilità sociale era fatta corrispondere con gli interessi dei lavoratori e delle lavoratrici; a tal riguardo si cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 3 del 1953, 45 del 1963, 60 del 1968, 94 del 1976.

⁸² V., tra gli altri, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000, *passim*; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 490-491; P. Masala, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, a cura di E. Ceccherini, Napoli, 2016, 185 ss.

⁸³ Corte cost., n. 325/2010, nella quale sentenza si ribadisce che il limite all'utilità sociale deve comunque ricondursi all'adozione della «nozione comunitaria di concorrenza».

⁸⁴ Fattori di tale interpretazione in dottrina, tra gli altri, G. Oppo, *L'iniziativa economica* in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 65 ss.; G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 38; M.P. Chiti, *Il Trattato sull'Unione Europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 356 ss; F. Angelini, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *Rivista AIC*, n. 4, 10 ss.

⁸⁵ Le cui tracce sono già rinvenibili nella sentenza n. 223 del 1982 che definisce il principio della libera concorrenza «quale valore fondamentale dell'ordinamento e complementare della libera iniziativa economica, intesa sia come strumento che come garanzia del benessere dei consumatori».

⁸⁶ Corte cost., nn. 270/2010, 115/2012; 173/2013, 121/2014.

all'affermarsi di una dimensione oggettiva della tutela della concorrenza⁸⁷ (assunta quale criterio regolatore al fine di garantire a livello nazionale un mercato omogeneo⁸⁸), ha preparato il terreno, a parere di chi scrive, al legislatore per legittimare quelle regressive scelte normative di natura economica tendenti a esaltare il profilo del condizionamento finanziario⁸⁹, che hanno come «peccato originale» quello di garantire i fini di utilità sociale e di interesse collettivo attraverso il mercato e la garanzia di efficienza delle regole della concorrenza⁹⁰.

Del resto, la Consulta, innanzi a una perentoria riduzione delle risorse disponibili, ha in diverse occasioni⁹¹ sostenuto le rigorose politiche economiche imposte dai governi, che in nome dei delicati equilibri finanziari e degli impegni presi nel contesto europeo, hanno drasticamente ridotto la spesa sociale, come è avvenuto anche recentemente, in occasione di interventi da parte del Governo in materia di disposizioni concernenti i piani di rientro del disavanzo sanitario, nell'ambito della legge di stabilità del 2016⁹².

Ma altro ancora è da segnalare al riguardo.

In alcune decisioni⁹³, pur accogliendo la questione di illegittimità costituzionale in violazione di diritti sociali, il giudice delle leggi, attraverso le ampiezze delle misure di cui dispone, ha preferito ampliare le tecniche decisorie fino ad affermare il proprio potere di condizionare la retroattività delle decisioni di accoglimento⁹⁴, al punto di sacrificare il diritto ad avvalersi degli effetti della pronuncia incidentale sulla validità della norma applicabile nel giudizio⁹⁵, pur di non pregiudicare i nuovi equilibri finanziari dello Stato e di rispettare i vincoli europei⁹⁶.

⁸⁷ Così, F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, 373 ss.

⁸⁸ Corte cost., nn. 329/2010 e 239/2011.

⁸⁹ Si v. G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, 155 ss.

⁹⁰ Si pensi alla sentenza n. 200/2012, punti 6.1 e 6.2 del Considerato in diritto, in cui la Corte costituzionale, a fronte dell'impugnazione dell'art. 3 del d.l. n. 138/2011 da parte della Regione Puglia – che lamentava, tra le altre cose, un vincolo sugli enti territoriali derivante dalla prescrizione ad «adeguarsi ad una disciplina che sovvertirebbe il quadro costituzionale dell'iniziativa e dell'attività economica, introducendo un assetto decisamente sbilanciato a favore dell'iniziativa privata», dichiarò la censura inammissibile in quanto generica e indeterminata proprio in relazione agli asseriti profili di contrasto con l'art. 41 Cost.; si cfr. però in senso diverso sent. n. 14/2004, nella quale la Consulta sancisce che la concorrenza è «solo una delle leve della politica statale».

⁹¹ Corte cost., nn. 386/2008 e 224/2014.

⁹² Corte cost., n. 192/2017.

⁹³ Corte cost., nn. 223/2012 e 116/2013.

⁹⁴ Per una ricostruzione storica della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di violazione dell'art. 136 della Costituzione, si v. A. Lollo, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi delle leggi in via incidentale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011.

⁹⁵ F. Donati, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Federalismi.it*, 21/2018, 9.

⁹⁶ E. Balboni, *Il Caso Pensioni tra Corte e Governo: da valanga a palombella*, *Federalismi.it*, 2015; A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n.70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015; P. Bozzaio, *L'adeguatezza retributiva delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015; D. Porena, *Sostenibilità, diritti acquisi-*

A dimostrazione di ciò, valgono le recenti sentenze nn. 10, 70 e 178 del 2015, nelle quali siffatto potere è stato esercitato proprio in funzione del rispetto dei suddetti parametri. In particolare, mentre nella sentenza n. 10/2015⁹⁷, all'atto di dichiarare incostituzionale la previsione di un tributo che colpiva soggetti economicamente molto forti, la Corte ha deciso di limitare gli effetti retroattivi della pronuncia⁹⁸, suscitando così più di un dubbio in quanto la decisione eliminerebbe dal rimborso quelli che hanno versato l'imposta aumentata senza aver operato alcuna traslazione dell'onere sui consumatori finali e, dunque, sarebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza (vero e proprio cardine della decisione medesima⁹⁹), con la sentenza n. 70/2015¹⁰⁰, che censurava una disposizione del decreto «Salva Italia» nella parte in cui si prevedeva un taglio per il 2012 e il 2013 della rivalutazione automatica di quelle pensioni per tre volte superiori al minimo trattamento pensionistico¹⁰¹, la Consulta ha disposto che gli effetti delle pronunce operassero *ex tunc*. Per poi ritornare sui propri passi con la successiva decisione n. 178/2015 che, dichiarando l'incostituzionalità per violazione dell'art. 39, 1° comma della Costituzione, della norma che sanciva blocchi delle retribuzioni per i dipendenti pubblici dal 2011, ha disposto che l'incostituzionalità fosse disposta solo *pro futuro*¹⁰².

È opportuno, a tal proposito, considerare il *trait d'union* che sembra riscontrarsi in queste statuizioni, individuabile in quel rilievo di natura «politica» secondo il quale, giacché le risorse sono modeste, è inevitabile che i diritti abbiano a soffrirne¹⁰³. La Consulta, insomma, si mostra molto attenta alle conseguenze eco-

ti ed irretroattività della legge. Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015, in Federalismi.it; in senso diverso, G.M. Salerno, La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente, in Federalismi.it, 2015; A. Sterpa, Una lettura «intergenerazionale» della sentenza. n. 70 del 2015, in Federalismi.it, 2015.

⁹⁷ Si v., tra gli altri, R. Romboli, *Nota a Corte cost., sent. n. 10/2015, in Foro it., 2015, 1513; V. Onida, Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 2016.

⁹⁸ V. Di Pasqua, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità: Spagna e Italia a confronto alla luce della sentenza n. 10 del 2015*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, n. 10/2015, ritiene non condivisibile la sent. n. 10/2015, perché avrebbe motivato la decisione con la sola priorità di garantire il bilancio dello Stato e non altri diritti fondamentali.

⁹⁹ Così, F. Amatucci, *La complessa verifica di legittimità costituzionale della Robin Hood Tax*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 4/2015, 995 ss.

¹⁰⁰ Si v., A. Anzon Demming, *Una sentenza sorprendente. Aterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 2015; A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 1 ss.

¹⁰¹ Solo a titolo informativo c'è da segnalare che successivamente alla sentenza de qua il Governo aveva adottato il d.l. n. 65, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2015 n. 109, che in sostanza dava attuazione ai principi disposti dalla decisione della Corte costituzionale. Il provvedimento è stato a sua volta oggetto di giudizio della Corte recentissimamente.

¹⁰² Corte cost., punti 15 e 17 del Considerato in diritto.

¹⁰³ Si v. A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *www. Consulta on line*, 2012.

nomiche delle proprie decisioni, se è vero che arriva al punto di «salvare gli effetti di una disciplina incostituzionale pur di non gravare sui vincoli che astringono la normativa finanziaria dello Stato»¹⁰⁴.

Un ragionamento che sembrerebbe ineccepibile (lo richiederebbe il principio di responsabilità, nel suo essere tutt'uno con il dovere di solidarietà)¹⁰⁵, supportato da argomenti raffinatamente esposti, ma manifestamente strumentali, diretti alla soddisfazione soprattutto delle esigenze emerse a causa della crisi economica e finanziaria¹⁰⁶. D'altro canto, non sono da sottovalutare le preoccupazioni suscitate da autorevole dottrina, che ha intravisto in queste pronunce il consolidarsi di un orientamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰⁷ che, governando senza limiti gli ordinari effetti temporali delle proprie pronunce¹⁰⁸ e utilizzando l'art. 81 Cost. quale strumento mediante il quale stabilire in equilibrio i vari diritti¹⁰⁹, «opterebbe per una preoccupante concezione individualistica e spoliticizzata dei diritti fondamentali»¹¹⁰.

Ora, pur non trascurando assolutamente il fatto che nel caso dei diritti sociali, più che in quello dei diritti politici e di libertà, la difficoltà delle risorse fruibili può o meno condizionare la prospettiva di censurare l'illegittimità costituzionale di leggi che li limitino¹¹¹, e pur ribadendo il concetto che il godimento di un diritto sociale dipende comunque da decisioni preminentemente politiche¹¹², una volta accertatane la violazione, sembra molto difficile ipotizzare che il

¹⁰⁴ R. Manfellotti, *Potere economico e Costituzione materiale*, in *Riv. AIC*, n. 3/2018, 7.

¹⁰⁵ A. Ruggeri, *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia pensionistica)*, in *DirittiFondamentali.it*, 2016, n.1/2017,4.

¹⁰⁶ C'è da dire che la Corte costituzionale nonostante abbia più volte ribadito di non considerare l'elemento costo fattore decisivo per l'esito di un giudizio, il fatto che poi non abbia elaborata un'adeguata procedura di accertamento, le ha provocato numerosi problemi in sede di giudizio di casi concreti.

¹⁰⁷ Peraltro confermato anche recentissimamente, Corte cost., n. 250/2017, nota di G. Grasso, *Giudicato costituzionale, discrezionalità del legislatore e modulazione retroattiva della perequazione dei trattamenti pensionistici nella sentenza n. 250 del 2017 della Corte costituzionale. Qualche spunto di riflessione di critica*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 1, 2018.

¹⁰⁸ Si cfr. Corte cost., n. 188/2016. Sul tema si v. G. Cataldo, *I vincoli di bilancio nella Costituzione: un continuo dualismo fra politica e tecnica. Dalla sentenza n. 1 del 1966 alle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *AA.VV., Il governo tra tecnica e politica*, a cura di G. Grasso, Napoli, 2016, 207.

¹⁰⁹ Si v. A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico, una brutta pagina della Corte*, in *Riv. AIC*, n. 2/2015; D. Garofalo, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in *Lav. giur.*, n. 7/2015, 680 ss.; A. Sgroi, *Brevi considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2015*, in *Consulta on line*, 2015, 69 ss.; M. Picchi, *Tutela de diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 13.

¹¹⁰ A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Stato*, n. 5/2015, 221 ss.; Si cfr. anche S. Ceccanti, *Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015.

¹¹¹ Cfr. Corte cost., n. 70/2015, cit.

¹¹² Sul punto si v. S. Gambino, *I diritti sociali fra Costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalism.it*, 12 dicembre 2012, 3.

giudice costituzionale debba astenersi dal pronunciare una sentenza demolitoria a causa del difetto di risorse, essendo tenuto a operare in un ordinamento costituzionale, come quello italiano, in cui il valore della solidarietà¹¹³ è consustanziale all'assetto sociale delineato in Costituzione.

Certamente la crisi economica, che forse è solo il culmine di un disagio sociale che ha origini ben più lontane, quali il diffondersi delle disuguaglianze e delle esclusioni sociali, amplia le incertezze che si riflettono poi sulle scelte del legislatore, oltre che su quelle del giudice costituzionale; ma valori ed interessi, quali la dignità della persona, la salute (in primo luogo nei luoghi di lavoro), l'ambiente, hanno bisogno, mediante l'espansione delle regole che li disciplinano, di imporsi alle logiche del mercato, giacché quest'ultimo non è in grado di realizzarli.

Se queste considerazioni sono esatte, forse è allora corretto dire che qualsiasi tentativo volto a ricostruire l'area della solidarietà come non antitetica a quella del mercato¹¹⁴, dovrebbe tendere alla ricerca di uno spazio nel quale lo scambio risulti disciplinato in base a regole diverse da quelle discendenti dall'applicazione di una logica puramente mercantile e binaria (prodotto v. prezzo);¹¹⁵ solo così si potrà assicurare quella tutela piena ed effettiva dei diritti in parola ed evitare nei confronti di quei soggetti che non hanno nulla da «portare sul mercato», l'emarginazione, con pregiudizio dei c.d. diritti di cittadinanza¹¹⁶.

Appare sempre utile ricordare che il nostro Testo costituzionale, accogliendo in pieno l'impianto dello Stato sociale di diritto¹¹⁷, abbandona una concezione individualista in favore di una di tipo solidarista, prevedendo che la disciplina dei diritti deve essere conciliabile con una visione totale della persona umana, che rivaluti tutte le potenzialità della medesima, non dimenticando la sua dignità, che rivendica la garanzia di una condizione economica riconducibile a uno standard medio di trattamento eguale per tutti i cittadini¹¹⁸.

¹¹³ Non è male tuttavia rammentare che il valore della solidarietà risulta analizzato assai meno nel diritto pubblico che nel diritto privato, dove finisce peraltro per risolversi, per un verso, ed in larga parte, nell'essenza del vincolo dell'obbligazione in solido sul versante attivo e, rispettivamente, passivo dell'obbligazione medesima, e per altro verso, nell'interessante utilizzazione, fattane appunto dai civilisti, in chiave di applicazione diretta della Costituzione ai rapporti interprivati.

¹¹⁴ Sul complesso rapporto tra solidarietà e mercato si v., P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 185 ss.

¹¹⁵ G. Tosato, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in *Astrid rassegna* n. 13/ 2013, 6.

¹¹⁶ A tal riguardo, si v. Corte cost., n. 173/2016 nella quale decisione il giudice delle leggi ha rigettato le questioni inerenti al contributo di solidarietà sulle pensioni di importo più elevato previsto dalla legge di stabilità per il 2014.

¹¹⁷ Si rinvia a A. Sandulli, *Stato (sociale)*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, Padova, 1996, vol. II, 1442 ss.

¹¹⁸ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, 66.

4. *Uguaglianza e solidarietà sociale quali valori fondanti della nostra Costituzione economica*

Ora, lungi dal prendere in considerazione fuorvianti ipotesi che conducano incautamente a valutare l'atteggiamento della Corte costituzionale nel complesso come poco reattivo e irrispettoso nei confronti dei diritti sociali, è indubbio che le recenti sentenze che hanno dichiarato l'incostituzionalità di alcuni provvedimenti di austerità, sono quasi sempre state motivate sull'accertamento di una violazione dei principi di ragionevolezza o proporzionalità¹¹⁹, laddove molto più sporadici sono stati i casi in cui essa è stata fatta discendere dalla violazione del principio di uguaglianza sostanziale o della pari dignità valoriale dei diritti sociali¹²⁰.

Il punto è, ovviamente, di importanza cruciale, perché sull'abbrivo di questo travagliato iter interpretativo assunto dalla giurisprudenza costituzionale, il sospetto che la Corte faccia propria una nozione di Costituzione economica nel senso prescrittivo, e non più meramente descrittivo, non sembra affatto peregrino.

Il rischio maggiore che sembra desumersi da tale indirizzo intrapreso è proprio il delinarsi di un uso fuorviante della nozione di Costituzione economica, che, prestata non raramente anche ad un fine prevalentemente ideologico¹²¹, ha favorito l'affermazione del primato dell'economia sulla politica.

Sarebbe allora opportuno ricordare la regola (forse oggi troppo spesso dimenticata) secondo cui le leggi – e a maggior ragione quelle costituzionali – s'interpretano per quanto esse enunciano, anziché per quanto si vorrebbe enunciassero, e che quindi, dinnanzi alla più volte annunciata dualità mercato-solidarietà, non è forse senza rilievo osservare che, mentre è stato possibile attestare che la Costituzione implicitamente presuppone (forse) il mercato, essa certamente prevede, ed esplicitamente, grandi ambiti per l'esercizio doveroso della solidarietà¹²².

Ne consegue, a nostro avviso, che qualsiasi ipotesi che conduca ad una compiuta realizzazione di un'economia di mercato nel nostro sistema, in cui il vero giudice ed il vero controllore finirebbe per essere il mercato medesimo, è in palese contrasto con quella nozione di solidarietà sociale a cui aspira il nostro Testo costituzionale e il cui accesso non dipende principalmente da fattori produttivi secondo lo schema classico fatto proprio dal processo d'integrazione comunitario, bensì dai diritti dell'individuo che formano lo *status* di cittadinanza universale.

¹¹⁹ Si cfr. ancora, Corte cost., nn. 70/2015 e 173/2016, entrambe cit.

¹²⁰ M. Ruotolo, *Uguaglianza e pari dignità sociale*, in atti di Convegno del 15 febbraio 2013 all'Università di Padova, consultabile in www.unipod.it/scuolacostituzionale; cfr., altresì, P. Masala, *Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello Stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo*, in *Riv. AIC*, n. 4/2016, 20.

¹²¹ In tal senso, G.U. Rescigno, *Costituzione economica*, cit., 4.

¹²² P. Ciriello, *Considerazioni sulla solidarietà come valore costituzionale*, in S. Prisco (a cura di), *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2003, 11 ss.

Del resto, se è pur vero, come è stato giustamente osservato, che la Corte costituzionale nel suo compito di difesa dei diritti sociali deve confrontarsi spesso sia con il complesso tema della sostenibilità finanziaria¹²³ e della programmazione della finanza pubblica¹²⁴, sia con documentazioni contenenti indeterminati dati economici e finanziari allegati a ricorsi ancorati al vincolo dell'incidentalità che rendono ancor più tortuoso il percorso dell'attività istruttoria¹²⁵, non sembrano questi elementi idonei a giustificare le incertezze mostrate dal giudice delle leggi nel garantire la tutela delle diverse aspettative di protezione¹²⁶. Si resta dell'opinione che i diritti sociali, il cui indebolimento ha prodotto disuguaglianze e tensioni sull'assetto dello Stato sociale, non possano fare a meno di un penetrante sindacato costituzionale sulle innovazioni socialmente regressive, capace di realizzare un equilibrio tra libertà di mercato e di concorrenza con i vincoli costituzionali di tutela dell'utilità¹²⁷ ed interessi sociali¹²⁸, partendo dal fermo presupposto concettuale che i diritti in parola, come i diritti politici e civili, preesistono agli obblighi, dei quali sono la matrice giuridica e il loro fondamento.

In altre parole, al fine di garantire un'attuazione dei diritti sociali la più efficace possibile, sembrano essenziali scelte estreme che riguardino una più attenta e ponderata riflessione del concetto medesimo di diritti fondamentali¹²⁹.

Purtroppo i vincoli di bilancio, sia interni che europei, hanno accentuato nella recente giurisprudenza costituzionale soprattutto la necessità di un equilibrio del bilancio dello Stato, concretandosi nello sviluppo «sia di nuovi strumenti decisori che consentono al legislatore di contenere le conseguenze finanziarie delle pronunce di accoglimento, sia elaborando alcuni importanti indirizzi giu-

¹²³ Si cfr. A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Riv. AIC*, 2013; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, 4/2013; D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, ivi; D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in *AA.VV.*, *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, Napoli, 2013, 67 ss.; G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 29 ss.; A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, ivi, 1/2017.

¹²⁴ M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, *passim*.

¹²⁵ Cfr. Corte cost., n. 250/2017.

¹²⁶ Corte cost., sent. n. 1088/1988.

¹²⁷ Corte Cost., nn. 446/1988, 388/1988, 27/2010, 200/2012, punto 7.3 del Considerato in diritto, 94/2013. In dottrina, si v. M. Libertini, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, 474 ss.

¹²⁸ Corte cost., nn. 223/1980, 241/1990 (punto 4 del Considerato in diritto), 326/2008, 178/2014.

¹²⁹ In argomento, cfr. per tutti, E. CHELLI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano 1995, 1773 ss.; A. Baldassare, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazzioni*, II, Padova, 1995, 104 ss.; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2012, 219 ss.

risprudenziali che valorizzano l'interesse alla ragionevole ed equilibrata gestione delle risorse finanziarie»¹³⁰.

A ciò va aggiunto che la Corte costituzionale, nell'ambito di controversie riguardanti la competenza dei tribunali amministrativi a pronunciarsi sui diritti fondamentali, si è più volte pronunciata esprimendo un *favor* nei confronti del ruolo di garanzia esercitato dal giudice amministrativo nella difesa dei diritti finanziariamente condizionati¹³¹, il quale, attraverso frequenti pronunce di accoglimento di ricorsi aventi ad oggetto istanze riguardanti la tutela di diritti concreti ed effettivi quali, per esempio, il diritto all'abitazione¹³², a un ambiente salubre¹³³, o alle prestazioni ospedaliere¹³⁴, ha fornito una nozione di utilità sociale non più intesa quale strumento di tutela delle dinamiche economiche¹³⁵.

Detta apertura, in realtà, trova la sua origine nella sentenza della Corte costituzionale n. 140/2007 che, a fronte di una richiesta avanzata dal giudice ordinario, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per la sospensione dei lavori di riconversione di una centrale termoelettrica, nell'operare il bilanciamento tra diritti quali la salute, l'ambiente ed il lavoro, e nel ribadire la valenza fondamentale di tutti i diritti coinvolti, osservò che in fondo mancava nel nostro ordinamento un fondamento normativo che riservasse unicamente al giudice ordinario – escludendo il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti; anzi, a dire il vero, la sentenza in parola fece un'ulteriore passo in avanti quando riconobbe «esclusivamente al giudice naturale della legittimità¹³⁶ nell'esercizio della sua funzione poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche

¹³⁰ A. Apostoli, *I diritti fondamentali «visti» da vicino dal giudice amministrativo*, Un'annotazione a caldo della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016, in *Quad. cost.*, 2017, 5.

¹³¹ Sul tema in generale dei diritti finanziariamente condizionati si v. recentemente le lucide osservazioni di M. Luciani, *I diritti "finanziariamente condizionati"*, in *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti*, in *Atti del LXIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2018, nel quale l'autore confuta la possibilità di individuare un modello di diritti qualificabili come «finanziariamente condizionati» in base a caratteristiche ontologiche. Per un approfondimento, invece, sul ruolo del giudice amministrativo rispetto alla crisi finanziaria globale, si v. F. Fracchia, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2010, 451 ss.

¹³² Tar Campania, n. 9181/2010; Tar Sicilia- Palermo, n. 2519/2015.

¹³³ Cons. Stato, sez. VI, n. 1601/2003; Tar Lombardia- Brescia, n. 929/2004.

¹³⁴ Cons. Stato, sez. VI, nn. 5132/2004, 935/2012, 5428/2015.

¹³⁵ E.M. Lanza, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2016, 100.

¹³⁶ Val la pena di sottolineare che il giudice amministrativo è considerato giudice naturale dei diritti e giudice di merito sui ricorsi presentati avverso le decisioni sanzionatorie della Corte, ed interlocutore diretto della CEDU che richiede ai singoli Stati membri la garanzia della tutela e dell'equo processo, attraverso la terzietà dell'organo giudicante e la possibilità riconosciuta alle parti di esporre le proprie ragioni ed utilizzare i mezzi di prova a loro favorevoli.

in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione»¹³⁷.

Recentemente, sulla scia dello stesso solco interpretativo, la Corte costituzionale, su ricorso in via incidentale proposto dal Tar Abruzzo avverso l'art. 6, co. 2 *bis*, della legge della Regione Abruzzo n. 78/1978, come modificata dalla legge regionale n. 15/2004, si è pronunciata dichiarando l'incostituzionalità dell'articolo in parola, nella parte in cui prevedeva il finanziamento alla Provincia di Pescara del 50% dell'importo erogato per i servizi di trasporto degli studenti disabili solo entro i limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio della Regione¹³⁸.

Ciò che sembra interessante rilevare ai nostri fini, è che la Consulta nel dichiarare che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹³⁹, sembra affidare proprio al giudice degli interessi il difficile compito di garantire l'effettività degli artt. 2 e 3 della Costituzione, precisando, in perfetta sintonia con esso, come dette operazioni preventive di calcolo, poste alla base dell'atto impugnato, siano del tutto arbitrarie e conseguentemente censurabili.

5. Conclusioni

È evidente che il rafforzamento della posizione del giudice degli interessi, ritenuto in taluni casi «giudice naturale» per la risoluzione delle controversie che derivano dalle limitazioni ai servizi imposte ai privati cittadini anche per esigenze di bilancio, confluisce nell'ambito di un più ampio ordine di idee secondo cui in una società complessa ed eterogenea come quella attuale, la tutela dei diritti sociali fondamentali non può fare a meno anche dello scrutinio del giudice amministrativo¹⁴⁰. Quest'ultimo, alla luce anche di una favorevole riscrittura della legge sul processo amministrativo, che ha introdotto importanti novità quali le tecniche inibitorie e quelle cautelari *ante-causam*, da tempo ormai si pone «in concorrenza» con il giudice costituzionale (e civile) nella cognizione delle posizioni soggettive costituzionalmente protette.

¹³⁷ Corte cost., n. 140/2007, punto 3 del Considerato in diritto.

¹³⁸ Corte cost., n. 275/2016.

¹³⁹ Ivi, punto 13 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁰ Corte cost., n. 140/2007; in dottrina, si v. M.A. Sandulli, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016.

Ciò, tuttavia, non deve però fuorviare, e sarebbe forse il caso di chiarire che intraprendere «nuovi itinerari» lungo i quali il ruolo del giudice delle leggi in tema di tutela effettiva dei diritti sociali resti defilato, non solo aumenta il rischio di fondare attese miracolistiche sull'una o sull'altra forma di giustizia (amministrativa e civile)¹⁴¹, ma alimenta il pericolo di possibili «degenerazioni istituzionali», come quella che si perpetra ogni qual volta, di fronte ad una distinzione tra costituzione formale e legislazione sempre più labile, «si corre il rischio di cristallizzare una politica economica come costituzione economica»¹⁴².

Questa distorsione non si ritrova nella concezione della Costituzione economica che prevalse durante i lavori dell'Assemblea costituente, che ha un significato giuridico ben più ampio, riguardando rapporti etico-sociali e rapporti economici, espressi nella prima parte della Costituzione repubblicana¹⁴³.

Quel che è indubitabile, quindi, è che in una fase in cui tendono ad isterilirsi i tradizionali canali di raccordo fra governanti e governati, fenomeno dovuto soprattutto all'incapacità della decisione politica di creare un sistema economico che, pur rispettoso del diritto comunitario, sia improntato anche ai valori della Costituzione repubblicana, la salvaguardia dei diritti sociali dalle scelte arbitrarie del legislatore non può fare a meno della tutela approntata dalla giustizia costituzionale.

Certo, non va dimenticato che il plauso che ha accompagnato la sentenza n. 10/2015, nella quale si sancisce in maniera inequivocabile che il vincolo di bilancio non deve essere inteso quale valore assoluto capace d'imporsi sull'esigenze di protezione dei diritti, ben presto ha dovuto confrontarsi con i seri dubbi che nel frattempo sono sorti in riferimento al fatto che il giudice costituzionale non ha definito se, entro i limiti di quel vincolo, «Il legislatore sia libero di ignorare le priorità costituzionali, destinando le risorse “disponibili” altrove, ad obiettivi che la Costituzione non impone o addirittura vieta»¹⁴⁴.

La discrezionalità del legislatore deve trovare un limite inderogabile nel rispetto della coerenza coi principi costituzionali¹⁴⁵, e la Corte costituzionale ha il compito di far rispettare il suindicato limite, magari anche, come autorevole dottrina ha ipotizzato¹⁴⁶, utilizzando nuove tecniche decisorie, come una sentenza di incostituzionalità condizionata e differita, i cui effetti annullatori comincerebbero a prodursi qualora prima della fine dell'esercizio finanziario indicato il legisla-

¹⁴¹ Per M. Betzu, l'accentuato protagonismo dei giudici ha iniziato ad esercitare una vera e propria funzione nomopoietica; si v. *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017, 61.

¹⁴² G. Marcou, *Critica dell'ordine pubblico economico europeo*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2016, 147.

¹⁴³ Ivi.

¹⁴⁴ Così, L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, cit., 153.

¹⁴⁵ V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3, 2015, 116.

¹⁴⁶ M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., 16 ss.

tore non riesca a trovare le risorse essenziali, al fine così di evitare che in tempo di diritto emergenziale sentenze demolitorie provochino ripercussioni sulle già limitate risorse economiche. In tal modo, si avrebbe almeno un primo e importante passo verso il ritorno a una giustizia costituzionale, che, difendendo il valore giuridico dei principi costituzionali sociali¹⁴⁷, contribuirebbe ad arginare il sostanziale decadimento della nostra Costituzione economica¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Il riferimento è a L. Paladin, *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Padova, 1965; dello stesso autore, *Corte costituzionale e principio generale d'uguaglianza*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, 607 ss.

¹⁴⁸ L. Ferraioli, *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, *passim*.

Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica ed incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni

Nel presente articolo, l'autore riflette sulla difficile conciliabilità tra la Costituzione economica italiana, dai cui articoli si evincono i principi di utilità sociale e di solidarietà, e il modello economico dell'Unione europea, votato ai principi del libero mercato e della libera concorrenza. L'analisi parte dalla prima metà degli anni '70, durante i quali gli enormi deficit di bilancio registrarono gravante sulla gestione di numerose imprese attinenti all'area pubblica, orientarono il legislatore italiano a decisioni di contrazione della spesa pubblica e a intraprendere politiche economiche incentrate tutte sull'offerta e sulla competitività delle imprese. L'autore rileva che proprio in questi anni si fa strada una diversa (ma criticabile) interpretazione della Costituzione economica, peraltro sostenuta da autorevole dottrina, di stampo efficientista e mercantilista. Tale interpretazione è stata, in parte, accolta anche dalla stessa Corte costituzionale, soprattutto dopo la modifica nel 2012 dell'art. 81 della Costituzione che ha introdotto, in ossequio ai vincoli di bilancio imposti dall'Unione europea, il c.d. pareggio di bilancio. L'autore sottolinea, invece, l'importanza di recuperare i veri valori della Costituzione economica che prevalsero d'altronde nei lavori dell'Assemblea Costituente, quali l'uguaglianza, la solidarietà, l'equità sociale, soprattutto alla luce di una crisi economica e finanziaria che ha sostanzialmente debellato lo stato sociale.

On the safeguarding of social rights, from interpretations of the Economic Constitution and the uncertainties of recent constitutional justice: a number of observations

In this article, the author reflects on the difficulties in reconciling the Italian Economic Constitution, the articles of which outline the principles of social utility and solidarity, and the economic model of the European Union, revolving around the principles of the free market and free trade. The analysis starts from the first half of the 1970s, when the enormous budget deficits registered, which weighed heavily on the management of numerous bodies in the public sector, oriented the Italian legislator to take decisions leading to cuts in public spending, and to undertake economic policies concerning the supply side and the competitiveness of companies.

The author shows that over the last few years an alternative (yet criticisable) interpretation of the Economic Constitution has emerged, further supported by an authoritative doctrine of an efficiency-oriented and mercantilist nature. This interpretation has also been adopted in part by the Constitutional Court itself, especially after the modification in 2012 of Art. 81 of the Constitution, which introduced – in compliance with the budget constraints imposed by the European Union – the so-called budget balance. However, the author underlines the importance of recouping the true values of the Economic Constitution, which furthermore prevailed in the works of the Constituent Assembly, such as equality, solidarity and social equity, especially in the wake of an economic and financial crisis that has substantially eradicated the social state.

Articoli e saggi

La salute ai tempi della *spending review*: come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale

Mariaconcetta D'Arienzo*

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. – 2. I tagli della spesa sanitaria e la crisi dei diritti sociali nelle politiche di *spending review*. – 3. Vincoli di finanza pubblica, potere amministrativo e tutela dei diritti fondamentali. – 4. I rischi connessi alle caratteristiche dimensionali e strutturali della Sanità. – 5. Conclusioni.

1. *Inquadramento del tema*

In un'intervista resa al quotidiano La Repubblica il 23 luglio 2013 Stefano Rodotà, stigmatizzando l'approccio della destra al rapporto tra i diritti sociali, l'economia ed il mercato, ha lanciato un monito contro «Un principio inaccettabile per la sinistra (che)... ridu(ce) la persona umana a homo oeconomicus, che si accompagna all'idea di mercato naturalizzato: è il mercato che vota, decide, governa le nostre vite. Ne discende lo svuotamento di alcuni diritti fondamentali come l'istruzione e la salute, i quali non possono essere vincolati alle risorse economiche (essendo, al contrario, intangibili ed) imprescindibili [...] (pena la violazione della) dignità (umana)».

Le parole dell'insigne giurista, politico e accademico recentemente scomparso, investono un problema risalente, ma ancora attuale e particolarmente sentito, rappresentato dalla sostenibilità nel tempo – anche per le generazioni future – del SSN che si misura con il raggiungimento degli obiettivi, dai limiti all'acces-

* Il presente contributo costituisce una versione ampliata, annotata ed aggiornata delle relazioni svolte al Convegno «Etica medica e spending review a confronto: Come coniugare efficacia scientifica, tutela della salute e risorse economiche», Università degli Studi di Napoli Parthenope, 18 ottobre 2017 ed al Seminario di studi «La Costituzione economica al tempo della crisi», Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", 9 gennaio 2018.

so alle prestazioni e, quindi, dal futuro assetto dei rapporti tra potere amministrativo, diritti fondamentali e interessi economici¹.

La questione affonda le sue radici nella crisi economica e sociale che non è altro che una degenerazione della globalizzazione economica, un fenomeno che supera i confini nazionali per configurarsi in uno spazio globale, ed i cui «effetti collaterali» dal 2007 si propagano nel corso degli anni e ad oggi non accennano ad arrestarsi².

Gli ultimi dati e le statistiche del Censis sullo stato della sanità in Italia e, in particolare, sulla spesa sanitaria annuale, svelano un quadro tutt'altro che incoraggiante che alimenta il dibattito sul futuro dei diritti fondamentali (*id est*: del diritto alla salute) caratterizzato ora come negli anni a venire, come sembrerebbe, da «disparità crescenti, spesa privata e sanità negata».

Viene da chiedersi se il SSN possa ancora considerarsi un sistema universale ovvero, più verosimilmente, un privilegio per pochi «al tempo dell'universalismo selettivo» al fine di garantire l'equilibrio di bilancio³ e, conseguentemente, la salu-

¹ La questione ha delle origini piuttosto remote. Si rinvia a M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986. Id., *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984, 24 ha evidenziato lo stretto legame esistente tra il concetto e la rilevanza della finanza pubblica e la spesa sociale trattandosi di due grandezze direttamente proporzionali.

² Cfr., *amplius*, in proposito, S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2006, 325 ss. M. D'Alberti, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. sc. giur.*, n. 4/2013, 195 ss. il quale ripercorrendo le origini della globalizzazione economica ha precisato, altresì, che solo nel Novecento «ha preso corpo in modo assai consistente anche quella che potrebbe definirsi la globalizzazione giuridica, essendosi potenziata sensibilmente la portata e l'influenza degli ordinamenti sovranazionali, delle organizzazioni internazionali e dei cosiddetti regolatori globali». Alla fine del '900 si collocano le principali e più significative riforme amministrative, tra cui, per quanto qui importa, viene in rilievo la disciplina dei controlli sulla gestione del danaro pubblico della cui necessità non si dubita, ma che in concreto è difficile da attuare nel momento in cui esso si traduce nella verifica formale del rispetto delle regole stabilite dalla legge, che non ha nulla a che vedere con l'accertamento «d(e) funzionamento effettivo (che dipende) da attività più che da atti, dalla capacità di soddisfare le richieste dei cittadini e degli utenti (efficacia) e dal miglior uso possibile delle risorse finanziarie e organizzative disponibili» (così, M. Cammelli, *La pubblica amministrazione. Com'è cambiata ai tempi della spending review*, Bologna, 2014, 110). M. D'Alberti, Atti dell'incontro «Corruzione e cultura della legalità», Roma – Villa Torlonia, 29 ottobre 2014, 51 e 53, a proposito dell'inefficacia dei controlli quale concausa del dilagare della corruzione, ricordando il Maestro M.S. Giannini, ha evidenziato che «alcune ispezioni e controlli [...] sono basati [...] sull'empiria del caso per caso: ci sono, da un lato, controlli caratterizzati da massima rigidità e severità; d'altro lato, c'è il contrario di tutto ciò, in altre parole controlli fragili e deboli nei confronti dei controllati. È necessario passare dall'empiria del caso per caso all'adozione di criteri omogenei [...] rimodulando i controlli». La crisi finanziaria globale è sfociata nella crisi economica che ha determinato la crisi fiscale cui l'Italia ha inteso porre rimedio con il taglio delle spese e l'aumento della pressione fiscale che, tuttavia, hanno generato un consistente debito pubblico ed una serie di altre disfunzioni chiaro sintomo di una crisi sistemica soprattutto in alcuni settori (basti pensare all'impennata della spesa pubblica in Sanità e Tutela della salute dal 2002 fino ai giorni nostri). Di qui l'avvio negli anni 2006-2007 delle politiche di *spending review* che tuttavia nel tempo, perdurante la crisi, è stata attuata mediante il ricorso a tagli lineari in luogo di più efficaci e probabilmente risolutivi interventi strutturali che hanno minacciato la sostenibilità della spesa pubblica a fronte di prestazioni qualitativamente e quantitativamente sempre più scarse.

³ Le espressioni tra virgolette sono tratte dall'ultimo rapporto Censis sulla Sanità pubblica del 2017.

te come bene comune⁴ o solo di alcuni se «oggi (e, *rebus sic stantibus*, anche nel prossimo futuro) il fabbisogno sanitario degli italiani non trova piena copertura nell'offerta di servizi e prestazioni del servizio sanitario pubblico» specie al Centro ed al Sud del Paese, all'esito ed in costanza dell'articolato e complesso processo di revisione della spesa pubblica volto al risanamento ed alla messa in sicurezza dei conti pubblici.

In un panorama quanto mai incerto e contraddittorio appare sempre più difficile trovare un equilibrio accettabile tra diritti, valori ed interessi così diversi ed eterogenei tra loro, a maggior ragione se solo alcuni di essi scontano il «costo» della crisi.

Prova ne è che le recenti riforme introducono correttivi e «tagli lineari» tra beni-interessi disuguali alimentando sfiducia e disillusione tra i cittadini-utenti che vedono sistematicamente negati i propri diritti.

La progressiva ed inesorabile recessività dei diritti primari e, quindi, della solidarietà sociale – che si sostanzia nell'offerta di servizi per i singoli e per la collettività – in favore del mercato appare ancora più sorprendente se solo si considera che la salute rappresenta un elemento essenziale di qualsiasi strategia di politica europea che si proponga di eliminare i fattori che ostano al miglioramento dei livelli di salute e benessere che, a loro volta, favoriscono la crescita, lo sviluppo e la competitività a livello nazionale, internazionale ed europeo in molti dei settori produttivi del Paese⁵.

⁴ Cfr., in proposito, L. Benci, *La salute come bene comune, gli ospedali in project financing e la spending review*, in *Bioetica* 1-2/2014, 47 ss. ha sottolineato la difficoltà di inquadramento, l'incertezza definitoria e la «sovrapponimento terminologica tra "bene comune" (al singolare) e "beni comuni" (al plurale), qualifica «la salute come bene immateriale e un bene comune» precisando, altresì, che «(tale) concezione [...] nasce dalla consapevolezza che la salute non possa che considerarsi un bene globale e indivisibile, insuscettibile di essere frazionato. La tutela della salute nella sua completa accezione così come riconosciuta, da decenni, anche dall'Organizzazione mondiale della Sanità». Sul punto si tornerà più diffusamente in seguito in senso critico sulla presunta indivisibilità e globalità dei diritti fondamentali (*id est*: diritto alla salute).

⁵ Il riferimento, pressoché immediato e diretto, è alla Strategia «Salute 2020: un modello di politica europea a sostegno di un'azione trasversale al governo e alla società a favore della salute e del benessere» reperibile sul sito *Salute.gov.it* pubblicato in inglese dall'WHO Regional Office for Europe nel 2013 con il titolo «Health 2020: a European policy framework supporting action across government and society for health and well-being». Riprendendo i principi e gli obiettivi strategici del «Libro Bianco Un impegno comune per la salute: approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013» essa si propone di «migliorare in modo significativo la salute e il benessere delle popolazioni, ridurre le disuguaglianze di salute, rafforzare la sanità pubblica e garantire sistemi sanitari con al centro la persona, universali, equi, sostenibili e di alta qualità» sottolineando che la Salute è un bene indefettibile dell'individuo, una risorsa per la collettività, una condizione imprescindibile per favorire la ripresa e lo sviluppo economico, rimarcandone il ruolo nell'economia degli Stati europei. A tal fine, la Strategia 2020 ha individuato quattro ambiti di intervento prioritario (1: Investire sulla salute considerando l'intero arco della vita e mirando all'empowerment delle persone; 2: Affrontare le principali sfide per la salute dell'Europa: le malattie non trasmissibili e trasmissibili; 3: Rafforzare i servizi sanitari con al centro la persona, le capacità in sanità pubblica e la preparazione, la sorveglianza e la risposta in caso di emergenza; 4: Creare comunità resilienti e ambienti favorevoli). Essa promuove i valori guida per l'organizzazione ed il finanziamento dei sistemi sanitari (universalità, solidarietà, equità di accesso che, a loro volta, postulano la sostenibilità, la qualità, la trasparenza).

Per non parlare delle ulteriori conseguenze che scaturiscono dall'impoverimento (*rectius*: indebitamento) di intere categorie di cittadini dovuto all'incremento della spesa sanitaria pubblica e privata, quali marginalità sociale, precarietà economica, deprivazione culturale, solitudine, *deficit* di cittadinanza, ecc. del singolo e della collettività che appaiono ancora più gravi e paradossali confrontando la situazione attuale con le aspettative riposte sulla razionalizzazione della spesa e sulle misure di austerità sul piano dello sviluppo sociale ed economico, della tutela dei diritti, dell'inclusione e della cittadinanza.

Da tempo, infatti, le esperienze di *spending review* hanno svelato realtà molto diversificate da regione e regione e, in molti casi, si sono rivelate fallimentari suscitando critiche e perplessità l'impatto diretto e indiretto sul sistema economico di gestioni sconsiderate ed irresponsabili delle risorse che, infatti, si sono rivelate del tutto inadeguate rispetto ai bisogni ed ai diritti degli utenti, ai quali tra l'altro vengono imposti sacrifici economici significativi, pur in assenza di un effettivo vantaggio in termini di rendimento delle risorse disponibili o di crescita socio-economica.

Il tema dal carattere trasversale, multidisciplinare o interdisciplinare inter-cetta, al contempo, la recente riforma della responsabilità degli esercenti la professione sanitaria la quale, com'è noto, si pone obiettivi molto (forse anche troppo) ambiziosi, tra cui, per quanto qui importa, la razionalizzazione dei costi della sanità e la ricerca di un difficile punto di equilibrio nei rapporti medico/paziente, investendo, altresì, la relazione che intercorre tra sanità, politica e corruzione.

Lo scritto affronta il problema della sostenibilità del SSN (previa verifica della corrispondenza tra il fabbisogno di salute della popolazione e l'offerta di servizi e prestazioni), della qualità dell'assistenza e dell'accesso alle cure e si pro-

za, la responsabilità, l'equità di genere parità dei sessi, la dignità e il diritto a prendere parte ai processi decisionali) invitando i Governi ad adottare strategie efficaci che consentono di raggiungere responsabilmente gli obiettivi comuni ad un costo sostenibile e nei limiti delle risorse disponibili grazie ad una leadership efficace e ad un utilizzo efficiente delle risorse. In epigrafe al documento si legge, infatti: «Un buono stato di salute produce benefici in tutti i settori e nell'intera società e rappresenta una risorsa preziosa. Un cattivo stato di salute si traduce in uno spreco di potenzialità, è causa di disperazione e comporta perdita di risorse in tutti i settori. Mettere gli individui in grado di esercitare un controllo sulla propria salute e i suoi determinanti rafforza le comunità e migliora la vita». A maggior ragione, quindi, lascia perplessi il costante incremento del «deficit democratico, o deficit sociale» dovuto al «la persistente prevalenza degli imperativi economici sugli interessi pubblici e sui valori e diritti sociali» che unitamente alla grave e perdurante crisi economica e le scelte legislative di recente operate in Italia non ha favorito certamente il miglioramento ed il mantenimento di un livello di salute pari a quello degli altri Paesi, anzi, come si avrà modo di specificare in seguito, hanno avuto un impatto negativo sui diritti sociali primari contribuendo ad incrementare le disuguaglianze, al punto da mettere in pericolo la sostenibilità del SSN e del Welfare, vanificando gli sforzi dell'UE che ha riservato un'attenzione sempre crescente nei confronti di tali diritti da un punto di vista sia sostanziale che processuale. In tale direzione, appare quanto mai necessario ed urgente che le Regioni recepiscano le direttive europee nei Piani sanitari regionali che nel rispetto del Lea e compatibilmente con i limiti imposti dai vincoli di bilancio, individua le azioni da intraprendere in via prioritaria al fine di raggiungere gli obiettivi stabiliti in base alle esigenze della collettività di riferimento (*in primis*, l'appropriatezza e la qualità delle cure a costi ragionevoli e senza alcuna discriminazione anche in base al reddito).

pone di verificare l'adeguatezza degli strumenti utilizzati per fronteggiare e superare la crisi.

A tal fine, prendendo atto di quelle che sono le priorità dell'agenda politica ed il posto che vi occupa l'emergenza sociale, l'indagine evidenzia tutti quei fattori che – generando o consolidando rendite di posizione, privilegi e disuguaglianze – ostano all'assunzione di provvedimenti mirati che si traducano in misure integrative di supporto e di rivitalizzazione dell'economia al fine di promuovere la «crescita sostenibile», la coesione e lo sviluppo economico e sociale attraverso la redistribuzione delle risorse e di favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona⁶.

La difficoltà di conciliare austerità e diritto alla salute – soprattutto con riferimento ai soggetti appartenenti alla fasce deboli ed ai malati non autosufficienti – suggerirebbe piuttosto l'adozione da parte dei sistemi nazionali e locali di «correttivi» al fine di ristabilire livelli di salute accettabili per i cittadini eliminando o quando meno riducendo le differenze legate allo stato sociale, al livello culturale, reddituale, di istruzione ed informativo che oggi comportano la sovraesposizione al rischio di contrarre malattie anche gravi (lo dimostra il progressivo aumento delle patologie croniche e tumorali ed il peggioramento delle condizioni di salute dei malati gravi bisognosi di prestazioni mediche e servizi socio-assistenziali costanti, ma soprattutto costosi, la cui aspettativa di vita si assottiglia sempre più)⁷, limitando – in alcuni casi sensibilmente – le probabilità di sopravvivenza o determinando esiti diversi della malattia.

Trattasi, evidentemente, di interventi necessari ed indifferibili in base alla consapevolezza, ormai acquisita, della indubbia incidenza dei livelli socio-economici, ovvero dei determinanti sociali e delle condizioni economiche su quella che pacificamente rappresenta la più importante dimensione sociale della popolazione, la salute appunto, sugli esiti delle cure e sullo stile di vita di determinati gruppi di persone.

⁶ Cfr. M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, Torino, 2011, 14 secondo cui le sperequazioni dipendono appunto non dall'assenza o insufficienza delle risorse ma da una non corretta distribuzione delle stesse.

⁷ Se è vero, da un lato, che l'Italia rispetto agli altri Paesi europei detiene il record della longevità, dall'altro, è altrettanto vero che il costo consumi sanitari degli anziani porta con sé problemi finanziari, organizzativi e sociali tutt'altro che trascurabili.

2. *I tagli della spesa sanitaria e la crisi dei diritti sociali nelle politiche di spending review*

La riflessione su buon andamento, efficienza e valutazione delle *performance* nella Sanità induce alcune considerazioni sulle politiche di *spending review*, un fenomeno multiforme e multidirezionale ancora *in fieri* e di cui non è possibile determinare *a priori* gli effetti, né stabilire con esattezza l'entità delle conseguenze.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere pedissequamente le tappe del cambiamento che pur avendo delle origini piuttosto remote è ancora drammaticamente attuale. Si è scelto, pertanto, di richiamare solo alcuni concetti fondamentali nei limiti in cui ciò può tornare utile ad evidenziare il rapporto di causa effetto che intercorre tra l'introduzione dei vincoli di bilancio, la rimodulazione della spesa pubblica e le altre misure adottate per contrastare la crisi economica sull'effettività dei diritti sociali (*in primis* il diritto alla salute) e la tutela giurisdizionale⁸.

Ciò nella consapevolezza della centralità che ha assunto il tema della revisione della spesa in seguito agli effetti prodotti dalla crisi fiscale ed economico-finanziaria ed al fallimento dei tentativi di arginare la crescita della spesa pubblica avviati già a partire dai primi anni '90.

È noto, infatti, che gli interventi che si sono susseguiti nel corso degli anni non hanno sortito gli effetti sperati soprattutto perché scontavano tutti un difetto di impostazione e di metodo in quanto proprio la constatazione della varietà dei fattori scatenanti l'aumento esponenziale della spesa pubblica avrebbe dovuto indurre il legislatore ad optare per una riforma più organica per un più agevole raggiungimento degli obiettivi prefissati, vale a dire la razionalizzare dell'utilizzo delle risorse e la garanzia della qualità dei servizi e delle prestazioni nell'interesse degli utenti⁹.

⁸ D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in AIC n. 4/2013 ha sottolineato l'importanza dell'introduzione dei diritti sociali in Costituzione per valutarne l'effettività in tempo di crisi dei cd. diritti a ricevere prestazioni positive «stante la loro strutturale predisposizione a soddisfare l'universo dei bisogni della persona in una prospettiva di solidarietà sociale, [...] risent(ono) maggiormente della congiuntura negativa che oramai si protrae da diversi anni».

⁹ A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in AIC n. 1/2017, spec. § 4 ha individuato le principali cause dell'insuccesso delle misure anticrisi poste in essere dai Governi europei passando in rassegna le fasi che scandiscono l'adozione dei provvedimenti più significativi che evidenziano comunque una tendenziale assenza di coordinamento perdurante almeno fino alla firma del Fiscal Compact considerato dalla Corte costituzionale «la più matura reazione degli Stati Europei a fronte dell'eccessivo indebitamento pubblico cagionato, tra l'altro, dallo scoppio della crisi economica del 2008» che ha portato alla modifica degli artt. 81 e 97 Cost. suscitando una reazione a catena con effetti significativi sulle famiglie e sulle imprese. Da quel momento in poi le misure di contenimento della spesa pubblica hanno amplificato la già evidente e chiaramente percepita tensione in atto tra i valori economici e i diritti sociali che «costano» e, pertanto richied(ono) precise politiche di spesa e che «lo Stato (dovrebbe) garantire in quanto possono attenuare le differenze sociali» assicurando una maggiore efficienza e stabilità al sistema Paese (Il virgolettato è dell'A.). In argomento, cfr., inoltre, L. Car-

Osservando l'andamento delle riforme dagli anni '90 ai giorni nostri ciò che balza immediatamente all'occhio è il progressivo aggravarsi dei «sintomi» della crisi economico-finanziaria che nel frattempo è diventata sistemica, investendo già alle soglie del 2000 la Sanità e, quindi, la salute dei cittadini, una risorsa che in una società complessa che vive da tempo una situazione di difficile sostenibilità finanziaria lo Stato dovrebbe proteggere ed, al contempo, il cittadino gestire in maniera responsabile.

A ben vedere, invece, soprattutto nel comparto sanitario gli interventi di razionalizzazione della spesa anziché comportare una riduzione degli sprechi si sono sostanziati in molte Regioni in aumenti delle addizionali IRPEF e nella riduzione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie sottraendo una quota consistente di risorse in origine destinata al rafforzamento della protezione dei diritti sociali ed alle prestazioni sanitarie, trasfigurando il servizio universale che con il tempo è diventato sempre più selettivo (all'esito di un processo di «privatizzazione» dei diritti sociali già avviato e tutt'ora in corso) ed oneroso per gli utenti (soprattutto nelle regioni in disavanzo sanitario o in regime di commissariamento che si ripercuote sui livelli quantitativi e qualitativi di assistenza ad oggi molto diversificati da regione a regione in relazione ai rispettivi bilanci economici), emblema di inefficienza nella gestione del danaro pubblico già nel corso del Governo Monti¹⁰.

Sulla scia di una tendenza sviluppatasi fin dal 2005, si è registrata l'assunzione di provvedimenti *ad hoc* volti al contenimento della spesa pubblica, con una progressiva accelerazione in seguito all'aggravarsi della crisi fiscale, economica e finanziaria che sul finire del 2011 è arrivata a toccare livelli altissimi, tali da minacciare la stessa solvibilità del Paese. Da questo momento in poi l'obiettivo del Governo è stato quello di mettere al sicuro i conti pubblici al fine di ripri-

lassarre, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2014, 79 ss.; D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *AIC* n. 4/2013; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, ivi; C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Torino, 2012; Id., *Il discorso sui diritti sociali all'epoca della crisi economica*, in *Europeanrights.it*.

¹⁰ Cfr. C. Franchini, *La spending review e il riordino della pubblica amministrazione nazionale*, in *Amministrazioneincammino.it* ha evidenziato che nel Rapporto sulla *Spending Review* intitolato «Elementi per una revisione della spesa pubblica» tra le «anomalie di sistema» figurava proprio «il costo della produzione dei servizi pubblici» nel comparto della sanità. L. Fiorentino, *Il decreto "spending review. Decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 7 agosto 2012, n. 135. Oltre la straordinarietà*, in *Giornale di diritto amm.*, n. 12/2012, 1162 ha opportunamente rilevato che «Molti, infatti, partendo dalla constatazione di una gestione spesso non oculata delle risorse pubbliche, sostengono un ridimensionamento del ruolo dello Stato. Si dimentica così che quando si parla di Stato si parla non soltanto degli apparati, ma anche dei servizi di cittadinanza, in primo luogo di scuola e sanità». Per un ulteriore approfondimento, cfr. N. Di Vivo, *La spesa sanitaria*, ivi, 1185 ss.

stinare la fiducia dei cittadini e la credibilità del Paese nel contesto internazionale ed europeo.

Gran parte degli interventi si è concentrata sul fronte della *spending review*, nel tentativo di arginare i danni e gli altri inconvenienti provocati dalla logica dei tagli lineari alla Sanità sulla qualità e quantità dei servizi offerti, e nella consapevolezza che la revisione della spesa pubblica, attuata riconsiderando le priorità in funzione del miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza, postula l'abbandono dei «tagli alla spesa» e l'avvio di nuove procedure che assicurino una più efficiente allocazione delle risorse con la riduzione della spesa rispetto al PIL e la fornitura di servizi pubblici di qualità a costi accessibili per gli utenti.

All'esito del processo di riforma invero ancora in corso, è quanto mai necessario fare il punto sulla sostenibilità del SSN e delle politiche per la tutela della salute alla luce dei principi di universalità, solidarietà, equità, e dei vincoli di finanza pubblica che intaccano la disponibilità delle risorse e della grave e perdurante crisi economica che incide sui livelli di benessere, sulle priorità politiche, sui bisogni di cure e sulle scelte dei cittadini.

Tali aspetti, singolarmente e complessivamente considerati, svelano una situazione fortemente disomogenea, contraddittoria e, a tratti, sconcertante. Senza anticipare nulla di quanto si dirà in seguito, ad un sommario esame dei dati e delle statistiche recenti sembrerebbe, infatti, da un lato, che il SSN si colloca ben al di sopra della media internazionale ed europea per quanto concerne il rapporto tra i livelli di spesa e la qualità dei servizi resi alla collettività (il che si riflette sulla aspettativa di vita e sui livelli di salute dei cittadini), dall'altro, che a causa dei tagli alle risorse umane, strumentali e tecnologiche, soprattutto nelle regioni in difficoltà, le misure restrittive hanno prodotto numerosi effetti negativi che ne hanno condizionato l'efficacia e che con il tempo hanno portato il SSN al collasso, incrementandosi le disuguaglianze sociali e territoriali tra le Regioni, con grave pregiudizio per la salute dei cittadini.

E benché gli interventi che si sono susseguiti numerosi, soprattutto negli ultimi anni, di concerto tra lo Stato e le Regioni abbiano prodotto risultati apprezzabili riducendo il disavanzo della spesa sanitaria¹¹, gli effetti della crisi economica e dei vincoli di bilancio hanno messo a dura prova la tenuta del sistema in un settore che, tra l'altro, pur essendo un valore ineludibile ed un pilastro fondamentale per l'economia e la crescita del Paese (e indirettamente produce effetti di rilievo anche in altri settori), è stato ed è tuttora troppo spesso considerato fonte di sprechi, inefficienze e bassa produttività, al punto da essere da tempo trascurato dal Governo che ha così più o meno scientemente invertito l'ordi-

¹¹ Come evidenziato dalla Corte dei Conti nel citato ultimo Rapporto sul Coordinamento della Finanza pubblica.

ne di priorità dei cittadini (in cui la salute occupa il primo posto), per far fronte all'incremento di disoccupazione e di povertà nella speranza di recuperare efficienza e trovare nuove risorse¹².

Ciò non deve meravigliare, anzi, costituisce la prova evidente della supremazia del potere del mercato sulla salute, confermata da una serie di fattori concomitanti e significativi, quali l'aumento dei ticket su medicinali e pronto soccorso ed il conseguente incremento del livello di insoddisfazione degli utenti (a causa della riduzione indiscriminata dell'offerta dei servizi) che si vedono limitare o, in alcuni casi addirittura negare l'accesso alle prestazioni ed alle cure, in Italia più che in altri Paesi europei.

In tale contesto, anche l'ampliamento e la rivalutazione dei LEA in funzione della prioritaria salute dei cittadini rischia di non sortire gli effetti sperati se, come pare, le Regioni non hanno i mezzi finanziari per attuarli, così come si assottiglia notevolmente la concreta possibilità di «allineare progressivamente la spesa italiana in rapporto al PIL a quella media europea» (Risoluzione DEF 2017 approvata il 26 aprile 2017) stante l'esiguità del finanziamento stanziato nella legge di Bilancio 2018 per investire in competenze, esperienze, professionalità, innovazione, ecc. che rappresentano i valori fondamentali alla base di qualsiasi politica pubblica (non solo sanitaria) per lo sviluppo ed il rilancio economico del Paese.

Ciò posto in linea generale, nel dettaglio l'indagine prende le mosse dal Rapporto 2017 della Corte dei Conti sul Coordinamento della finanza pubblica del 5 aprile u.s.¹³, dalle stime ISTAT sul sistema dei conti della sanità riferite al periodo 2012-2016 e dai risultati del Rapporto Censis sulla sanità pubblica, privata e integrativa illustrati in occasione del Welfare Day 2017 del 7 giugno u.s. da cui ho estrapolato alcuni passaggi particolarmente significativi in cui si condensano le principali criticità (*rectius*: cronicità) delle politiche di *spending review* degli ultimi anni¹⁴.

¹² La crisi economica e, quindi, la riduzione delle risorse è destinata ad ampliare, anziché ridurre l'impovertimento dei cittadini che, pertanto, a causa delle condizioni economiche precarie in cui versano, non possono ricorrere alla spesa privata.

¹³ Corte conti, Delibera n. 3/SSRRCO/RCFP/17, reperibile sul sito *Corteconti.it*

¹⁴ Cfr. G. Orientale Caputo, *Salute, sanità e disuguaglianze sociali. Dalle strategie europee alla realtà campana*, Milano, 2017 ha illustrato i risultati del rapporto di ricerca frutto della collaborazione tra la Funzione Pubblica CGIL della Campania ed il Dipartimento di Scienze Sociali dell'Università degli Studi di Napoli Federico II individuando «gli aspetti positivi (ma anche e soprattutto) quelli negativi, dovuti spesso a fenomeni degenerativi che determinano l'inefficacia (degli interventi) e l'inefficacia dell'azione e della gestione» incrementando il senso di sfiducia delle nuove generazioni nei confronti delle Istituzioni, della politica e delle capacità di gestione delle risorse da parte della p.a. La situazione della sanità in Campania dimostra inequivocabilmente l'incapacità di affrontare «il tema della salute disuguale (che) rappresenta una delle forme più discriminanti delle società occidentali», oltre che una «questione sociale, (una) tematica individuale (ed una) [...] sfera delicatissima su cui intervenire (ed un problema da affrontare con una certa serietà) [...], poiché significa occuparsi dei meccanismi di regolazione della società nel suo complesso e dunque capirne le logiche più o meno inclusive o più o meno palesemente tese a subordinare tutte le dimensioni della vita alle necessità di pareggiare bilan-

Frutto di un'intensa e costante attività di monitoraggio avviata da circa otto anni – il Rapporto della Corte dei conti offre utili «elementi (di valutazione) sui risultati realmente conseguiti con i provvedimenti economico finanziari, sulle dinamiche sottostanti i grandi aggregati di spesa e di entrata, sulle Istituzioni che presiedono al [...] coordinamento nel territorio nazionale».

Il documento fotografa l'esistente evidenziando, da un lato, la situazione attuale della sanità pubblica alla luce dell'evoluzione storica delle politiche e della legislazione sanitaria che «tra efficienza e qualità dell'offerta pone in luce l'efficacia di un sistema di responsabilizzazione della spesa costruito negli anni e fondato su una attenta attività di monitoraggio e un quadro informativo che contribuisce a potenziarne l'efficacia» e, dall'altro, lo stato della spesa sanitaria nell'anno 2016 che «in un quadro economico finanziario ancora particolarmente stringente, soprattutto in confronto con i principali partner europei (specialmente Francia e Germania)», svela numerosi e persistenti ritardi ed inefficienze¹⁵.

In effetti, sono evidenti gli effetti distorsivi prodotti da alcune misure di contenimento della spesa pubblica che di fatto ostacolano, al di là di ogni ragionevolezza¹⁶, il godimento dei diritti sociali¹⁷, oltre che il raggiungimento dei risultati attesi quali il «riassorbimento degli squilibri strutturali mediante la razionaliz-

ci e ridurre costi». In ogni caso la sanità sembrerebbe riacquistare quella «centralità (tale per cui) è (stata considerata) al contempo causa e conseguenza delle distorsioni e delle differenze storiche economiche e sociali» (Il virgolettato è dell'A.).

¹⁵ È soprattutto in contesti particolarmente difficili che la Salute ha perso progressivamente la connotazione originaria e tipica di «diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività» per essere asservito alle ragioni economiche e di mercato sottese alle scelte operate che certamente non ne esaltano la dimensione sociale e valoriale, né le potenzialità economiche che, al contrario, risultano in gran parte oblite, incrementandosi le disuguaglianze tra il Nord ed il Sud del Paese. Il che, naturalmente, finisce per indebolire il sistema mettendone a dura prova la resistenza e la tenuta dei diritti sociali che «nascono proprio per tentare di assottigliare le differenze di natura (principalmente quelle sociali ed economiche) esistenti tra gli appartenenti ad una determinata società politica ... in quanto finalizzati all'integrazione nella società delle persone più deboli» (A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *AIC* n. 1/2017, 14).

I ritardi e le inefficienze cui si è accennato derivano dal difettoso coordinamento tra Stato e Regioni che è la principale causa delle disfunzioni e distorsioni riconducibili ai fattori che generano la corruzione (complessità strutturale, organizzativa e dei processi decisionali) e si riferiscono non solo «all'assistenza domiciliare agli anziani [...], all'offerta di posti equivalenti in strutture residenziali per anziani non autosufficienti e per disabili (la cui aspettativa di vita in buona salute è inevitabilmente ridotta rispetto alla media europea e tra il Nord ed il Sud del Paese) e la dotazione di posti letto in strutture *hospice*, ma anche ad altri settori rischia(ndo) di riverberarsi sulla stessa possibilità di garantire i livelli essenziali (di assistenza) e sulla qualità dei servizi offerti [...]

¹⁶ Non a caso la Corte costituzionale li qualifica «diritti finanziariamente condizionati». Cfr., *ex multis*, Corte cost., 28 luglio 1993, n. 355; 17 luglio 1998, n. 267 e 20 novembre 2000, n. 509. Più di recente, cfr. Corte cost., 27 luglio 2011, n. 248.

¹⁷ Di regola il «margine di apprezzamento» del legislatore è nettamente delimitato dalla definizione del contenuto essenziale dei diritti; essa, tuttavia, è ancora inevitabilmente frutto di una valutazione dai confini incerti e mobili, nonostante l'impegno profuso dalla Corte costituzionale nella fissazione di criteri concreti ed oggettivi, auspicando parallelamente interventi maggiormente orientati alla «funzione sociale» ed al soddisfacimento dei bisogni primari.

zazione dell'offerta e, in particolare, dei servizi ospedalieri» in assenza di una più attenta, efficiente ed appropriata gestione delle risorse.

In tale contesto «La pretesa ad una sana gestione finanziaria assume una rilevanza giuridica che travalica la sfera organizzativa per collocarsi ormai e definitivamente nell'ambito del rapporto tra p.a. e cittadini come pretesa della collettività a realizzare, con le risorse disponibili, i bisogni che essa esprime»¹⁸ anche in tempi di crisi e di scarsità di risorse che impongono l'adozione di misure di contenimento della spesa.

Questa è (o dovrebbe essere) la *ratio* della legge di riforma costituzionale n. 1/2012¹⁹ che ha stravolto la stessa nozione di P.A.²⁰, sancendo l'obbligo delle pp.aa. di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico (limitando il ricorso all'indebitamento al verificarsi di eventi eccezionali e previa autorizzazione delle Camere), elevando tali esigenze (o valori) al rango di principi costituzionali «scalzando» e conformando i principi di imparzialità e buon andamento.

Quest'ultimo, in particolare, ha assunto il significato di «sana gestione finanziaria» in funzione dei diritti e bisogni delle generazioni future e l'equilibrio di bilancio al fine di scongiurare il rischio, invero più che paventato, che «in mancanza di reperimento di nuove risorse e in assenza di segnali di crescita economi-

¹⁸ M. Interlandi, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2013, 76. Sui presupposti del danno in questione, cfr., da ultimo, Corte conti, Sez. giur. Marche, 15 febbraio 2018, n. 11.

¹⁹ Ci si intende riferire alla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, recante «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale». Tra i primi commentatori della legge n. 1/2012, cfr. G. Rivosecchi, *Il cd. Pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *AIC* n. 3/2012; Id., *La legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo art. 81 della Costituzione*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del Convegno di Varenna – Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Milano, 2013; A. Brancasi, *L'introduzione del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2012, 1, 198; Id., *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*; Id., voce *Bilancio* (equilibrio di), in *Enc. dir.*, Milano, 2014, Annali, vol. VII, p. 178 ss.; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid-online.it*; F. Bilancia, *Note critiche sul cd. "pareggio di bilancio"* in *AIC*, n. 2/2012; G. L. Tosato, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Cortecostituzionale.it*; D. Cabras, *Su alcuni rilievi critici al cd. pareggio di bilancio*, ivi; G. Bognetti, *Il pareggio di bilancio nella carta costituzionale*, ivi; N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*; I. Ciolli, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *www.gruppodipisa.it*; Id., *I Paesi dell'eurozona ed i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivistaaic.it*; Id., *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Gruppodipisa.it*; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *AIC*, n. 1/2014.

²⁰ Cfr., in proposito, W. Giulietti, M. Trimarchi, *Nozione finanziaria di pubblica amministrazione e armonizzazione dei bilanci*, in Atti del Convegno «1865-2015: a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana», Firenze 16-16 ottobre 2015, 3 e ancor più di recente, P. Gotti, *La problematica "nozione finanziaria" di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, fasc. 1-2/2016, 177 ss., spec. § 5.

ca del Paese, le risorse s(ia)no inevitabilmente destinate a soddisfare le esigenze impellenti della sola generazione presente»²¹.

La difficoltà di dare coerenza a un quadro costituzionale che valorizza il diritto alla salute ma impone il pareggio di bilancio, si appalesa attraverso una ricognizione più puntuale delle sentenze della Corte Costituzionale che anche di recente è tornata ad occuparsi del difficile rapporto tra attuazione dei diritti sociali e vincoli di bilancio, verificando la compatibilità con la Costituzione dei sacrifici economici imposti ai cittadini anche in tempo di crisi.

Le criticità della legislazione e del sistema – frutto del decentramento delle competenze e della peculiare situazione venutasi a creare per cui «l'organizzazione sanitaria è diventata competenza residuale regionale e il diritto alla salute si è ritrovato a vivere nel crocevia di due coordinate: da un lato lo Stato che finanzia il Fondo sanitario nazionale, dall'altro le Regioni che realizzano concretamente i due sistemi di cura»²² portando su di sé il peso della responsabilità delle scelte imposte dai tagli al finanziamento del diritto alla salute – emergono in molte pronunce in cui si registra la prevalenza accordata al principio dell'equilibrio di bilancio (statale, regionale e locale) che finisce per assumere un ruolo «imperioso» e «tiranno», incompatibile con l'esigenza di bilanciamento «ineguale» tra interessi eterogenei di pari rango.

A conclusioni diametralmente opposte si giunge ammettendo che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»²³ a maggior ragione nelle mate-

²¹ M. Luciani, *Generazioni future e distribuzione temporale della spesa pubblica*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco, A. D'Aloia, Napoli, 2008; N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*. Il virgolettato è di V. Valenti, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Torino, 2013, 122.

²² Così, L. Antonini, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017. M. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *AIC*, n. 1/2018, 9 ove si afferma «Quando si ragiona di competenze per la tutela del bene salute e per la tutela del diritto alla salute sono chiamati in causa molteplici titoli competenziali che quasi sempre si condizionano reciprocamente, si accavallano nelle concrete discipline, interferiscono e si sovrappongono dinamicamente». In particolare si verifica che la previsione della legislazione esclusiva statale in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», è tale per cui lo Stato risulta dotato di un «fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti» (compreso il diritto alla salute), ed è nella condizione di cagionare una «rilevante compressione dell'autonomia regionale» (così, Corte cost., 13-27 marzo 2003, n. 88), proprio per l'esigenza di contenimento della spesa pubblica ed in ragione del «la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare [...] al settore sanitario» (cfr. Corte cost., 18 marzo 2005 n. 111; 14 luglio 2007, n. 193; 13 giugno 2008, n. 203; 13 novembre 2009, n. 294; 29 aprile 2010, n. 149) per cui lo Stato «può legittimamente imporre alle regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari».

²³ Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275.

rie trasversali che intersecano competenze statali e regionali e con specifico riferimento a particolari categorie di persone per le quali l'affermazione del diritto non deve ridursi ad una «mera previsione programmatica, ma (dev'essere) riempita di contenuto concreto e reale»²⁴, garantendosene l'effettività attraverso il finanziamento di servizi ed attività essenziali alla salvaguardia del «nucleo incomprimibile», altrimenti definito «duro» o «livello essenziale» attraverso l'erogazione delle «prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie» (che si identificano con la «spesa costituzionalmente necessaria») ²⁵.

In proposito, la dottrina ha osservato che «Il legislatore ha assunto i propri interventi, complessivamente diretti al contenimento della spesa pubblica sul presupposto della loro natura di principi fondamentali e la Corte ha ritenuto per lo più giustificata questa impostazione ritenendo conformi a Costituzione, a determinate condizioni (quali la temporaneità e la salvaguardia di un margine di scelta per la regione sul modo per attuarle) anche misure dettagliate di contenimento della spesa, in quanto perseguono l'obiettivo di garantire l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, condizionata anche da obblighi comunitari»²⁶.

²⁴ Invero, la qualificazione stessa del diritto sociale fondamentale costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore tenuto a rispettare «il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80) che deve garantire «il servizio di trasporto scolastico e di assistenza (allo) studente disabile (perché esso) costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto» (Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, cit.).

²⁵ Cfr. Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169.

²⁶ Il virgolettato è di D. De Pretis, *Rapporto sulla giurisprudenza recente della Corte costituzionale italiana*, in *Staat und Demokratie. Beiträge zum XVII. Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquium*, herausgegeben von Ferdinand Wollenschläger und Luca De Lucia, Mohr Siebeck Tübingen, 2016, 138-139, ha individuato quale ulteriore effetto della crisi economica l'incremento del contenzioso dal momento che anche in Italia, «le misure legislative adottate per fronteggiare la crisi sono portate davanti alla Corte costituzionale, in quanto ritenute lesive di diritti, aspettative e prerogative». La crisi economica si abbatte innanzitutto sui «diritti sociali in quanto diritti finanziariamente condizionati, e in generale sui diritti che vengono compressi da scelte legislative dirette a fare fronte alla carenza di risorse e a rispondere alle nuove esigenze di contenimento della spesa», e vede impegnata la Corte nel delicato compito di ristabilire l'equilibrio tra valori ed interessi di rango costituzionale «non solo perché l'equilibrio tra entrate e spese vincola il legislatore in base a quanto previsto dall'art. 81 Cost. (dopo la modifica costituzionale introdotta dalla legge cost. n. 1/2012), ma anche perché queste esigenze sono ovviamente esse stesse a loro volta condizione per la garanzia di (altri) diritti». Di recente su questi temi, E. Triggiani, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2014, 9-34; D.U. Galetta, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1175 ss.; R. Cisotta, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, 1, 57; D. Morana, *op. ult. cit.*, 15 ss., in senso critico ha evidenziato i rischi connessi all'uso di formule evanescenti e dai contorni indefiniti che si prestano a diverse (ed a volte) opposte interpretazioni, osservando che «L'irriducibilità, al pari dell'essenzialità, di un diritto è difficilmente traducibile in modo univoco, oggettivo e definitivo e presta il fianco a valutazioni ampiamente discrezionali, che sollevano a loro volta il problema delle garanzie attivabili sul piano giurisdizionale in assenza (totale o parziale) di una "soddisfacente" legislazione attuativa del diritto costituzionale. La situazione di incertezza che si determina, inoltre, finisce con l'aggravare quel tasso di "imprevedibilità" [...] che sempre caratterizza l'attività del Giudice costituzionale impegnato nel valutare l'adeguatezza del "bilanciamento": soprattutto se si considera che il riferimento al contenuto essenziale di un diritto soggettivo si presta [...] a "potenziali applicazioni *double face*", essendo sta-

Ciò nonostante, la Corte aveva già avuto modo di chiarire che il nesso tra diritto alla salute e disponibilità delle risorse economiche non implica di per sé l'automatica recessione del diritto alla salute e delle garanzie che identificano il nucleo «essenziale» o «indefettibile» o «incomprimibile» del diritto che sarebbe inevitabilmente compromesso da «un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»²⁷.

La compresenza e commistione tra diritti (valori) sociali e interessi di mercato elevati al rango di principi costituzionali pone numerosi problemi interpretativi evidenziati da autorevole dottrina trattandosi di entità disomogenee insuscettibili, pertanto, di un bilanciamento reciproco che, comunque, quand'anche fosse astrattamente ammissibile, si dovrebbe risolvere nel senso di privilegiare l'effettività dei diritti sociali in funzione della tutela offerta dall'ordinamento²⁸.

Di regola, il bilanciamento dovrebbe avvenire tra beni o interessi omogenei (diritto all'istruzione e diritto alla salute pubblica) come nel caso deciso di recen-

to utilizzato dalla Corte sia «per 'dimostrare' l'incostituzionalità delle norme che incidono su tale 'nucleo' [...] ma anche per escluderla». Lo stretto legame tra risorse disponibili e diritto alla salute si evince chiaramente dalle decisioni della Corte costituzionale che già nella nota sentenza del 16 ottobre 1990 ha sottolineato il carattere «condizionato» del diritto ai trattamenti sanitari. Ancora in questa fase il limite delle risorse disponibili «resta [...] ancora ai margini del bilanciamento, come un dato oggettivo ed esterno ad esso; successiva(mente invece) [...] l'equilibrio finanziario, dallo sfondo in cui era collocato, si sposta progressivamente al centro della scena come "coprotagonista" nella ricerca del punto di equilibrio tra gli interessi dotati di protezione costituzionale». A partire dalla citata sentenza del 24 aprile 2010, n. 149 e anche successivamente la Corte si preoccupa di soddisfare il diritto alle prestazioni ed alle cure «nella misura più ampia possibile» invitando il legislatore «ad un uso "ragionevole e bilanciato" delle risorse ma non ravvisa in capo ai pubblici poteri alcun profilo di doverosità (sia pure in astratto) per quel che concerne la fase logicamente precedente, ossia quella del *reperimento delle risorse necessarie*» invertendo così l'ordine delle priorità e travisando il concetto di diritto alla salute per come si è venuto a delineare anche all'esito delle recenti riforme e, di conseguenza il ruolo, gli obblighi e le responsabilità che incombono sul legislatore (Il virgolettato è di D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazioneincammino.it*).

²⁷ Cfr. Corte cost., 15 luglio 1994, n. 304; 28 luglio 1995, n. 416; 17 luglio 1998, n. 267; 16 luglio 1999, n. 309.

²⁸ Ed infatti, come opportunamente evidenziato in dottrina da M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei Sessant'anni della Corte costituzionale*, in *AIC* n. 3/2016, 13 «il bilanciamento dovrebbe farsi tra entità omogenee. Non si dovrebbe bilanciare, dunque, direttamente fra diritti sociali ed esigenze di bilancio, bensì tra diritti sociali e diritti sociali o comunque tra diritti e diritti (considerando – cioè – quanto il soddisfacimento di quelli tutelati dalla legge scrutinata si "pagherebbe" in termini di minor protezione di altri, concorrenti, in presenza di eventuali rigidità degli appostamenti di bilancio)». Tale tesi era già stata esposta dall'A. in *Id.*, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, 570 e in *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 378 ss. Nello stesso senso, cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 111 e C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 555-556.

A tutto concedere «qualora [...] si procedesse a bilanciare direttamente le ragioni finanziarie e quelle dei diritti sociali il bilanciamento in questione dovrebbe essere "inequale", nel senso che l'efficienza economica deve comunque cedere, ancorché nei limiti del rispetto dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività» (così, M. Luciani, *op. cit.*).

te dal TAR Lazio²⁹ che, nel solco di un orientamento ormai consolidato, allineandosi al parere reso dal Consiglio di Stato il 26 settembre 2017 u.s. ha confermato il divieto di accesso al servizio scolastico dell'infanzia per i bambini non vaccinati e, di conseguenza, ha respinto l'istanza di tutela cautelare avanzata dal genitore ritenendo nella specie insussistenti i presupposti atteso che il danno lamentato si sarebbe potuto agevolmente eliminare adempiendo agli obblighi di legge.

In proposito, la dottrina ha, altresì, chiarito che dal confronto tra gli artt. 34 e 32 comma 1, Cost, si evince che «“diritto all'istruzione” e “diritto alla salute” evocano (o possono evocare), in forma sintetica, diverse posizioni giuridiche soggettive, “graduate” anche in relazione al profilo della gratuità delle prestazioni»³⁰.

Il rapporto tra diritti sociali ed interessi economici è evidentemente molto più complesso, per la oggettiva difficoltà di conciliare l'esigenza di garantire il diritto alla salute a prescindere dalla valutazione delle risorse disponibili, in quanto diritto «finanziariamente incondizionato»³¹ con la necessità di operare un

²⁹ TAR Lazio, Latina, sez. I, ord. 19 ottobre 2017, n. 270. Il dibattito nell'opinione pubblica e a livello scientifico è ancora piuttosto acceso, soprattutto dopo che l'attuale Governo, contrariamente alle aspettative, abbia confermato l'obbligatorietà delle vaccinazioni per l'iscrizione al nido ed alla scuola d'infanzia inasprendo ulteriormente l'entità delle sanzioni nei confronti dei trasgressori. L'obbligo vaccinale risulta quindi rafforzato in quanto ad oggi considerato l'unico strumento in grado di assicurare il raggiungimento ed il mantenimento dello scopo (immunità di gregge) come dimostrano i dati ufficiali diffusi dal Ministero della Salute sugli esiti della legge n. 119/2017.

³⁰ D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi*, cit., 8-9.

³¹ Il problema si è posto soprattutto con riguardo ai disabili ed agli immigrati per quanto concerne l'accesso alle strutture, pubbliche o private che siano, e la fruibilità di servizi qualitativamente e quantitativamente equivalenti a quelli offerti agli altri consociati. In proposito, si rinvia ai contributi di S. Cassese, *Lo Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 331 ss.; M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *Federalismi – Focus Human Rights* n. 3/2014 ha evidenziato l'impatto negativo della crisi economica e finanziaria e dei tagli ai servizi pubblici essenziali sulle politiche sociali in favore degli immigrati e sull'effettività dei loro diritti. G. Corso, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, in *Cortecostituzionale.it* (Atti del seminario svoltosi in Roma il 26 ottobre 2012); S. D'Antonio, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. Rimoli (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, Napoli, 2014, 79-102; M. Immordino, C. Celone (a cura di), *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, in *Nuove autonomie*, 2/2013; F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Napoli, 2014; F. Biondi Dal Monte, *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, a cura di E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Renna, Bologna, 2013, spec. 117 ss.; S. Ricci, L. Dimasi, *Stranieri irregolari, diritto alla salute e sostenibilità finanziaria tra presunte criticità e possibili soluzioni*, in *Sanità pubblica e privata*, n. 3-4 2013, 21-25; M. Tognetti Bordogna, *Accesso ai servizi sanitari e costruzione della cittadinanza dei migranti*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2012, 111-124; G. Chiara, *I diritti sociali dei non cittadini nella giurisprudenza costituzionale: salute, assistenza sociale e istruzione*, in *Nuove Autonomie* n. 1/2012, 93-109; AA.VV., *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. Verde, A. Genna, Torino, 2012. AA.VV., *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, Torino, 2011; D. Morana, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269/2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3238 ss.; A. Pitino, *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, a cura di R. Balduzzi, Bologna, 2009, 313 ss.; F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le isti-*

bilanciamento tra i diritti sociali e l'equilibrio di bilancio³². Di recente, anche la giurisprudenza amministrativa ha ribadito che «in condizioni di scarsità di risorse e di necessario risanamento del bilancio, anche il sistema sanitario non può prescindere dall'esigenza di perseguire obiettivi di razionalizzazione finalizzati al raggiungimento di una situazione di equilibrio finanziario attraverso la programmazione e pianificazione autoritativa e vincolante dei limiti di spesa dei vari soggetti operanti nel sistema»³³.

Tale seconda interpretazione è da preferire essendo indubbiamente quella più aderente alla realtà in quanto, effettivamente, nell'attuale contesto anche il diritto alla salute ed ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, lett. m) sono condizionati dalle effettive disponibilità finanziarie, fatta eccezione per il «nucleo irriducibile» insuscettibile di essere sacrificato oltre i limiti della ragionevolezza, secondo una valutazione discrezionale rimessa allo stesso legislatore.

Ove così non fosse, è evidente che una «legge (statale o regionale che imponesse specifiche misure particolarmente restrittive sarebbe oltre che) irragionevole (naturalmente) illegittima (non solo perché incostituzionale, ma) [soprattutto] perché (socialmente) ingiusta»³⁴.

È evidente, quindi, che la definizione dei LEP presuppone pur sempre la «verifica [...] a monte (del)la soglia di reale erogazione delle prestazioni sul territorio e (l')individua(zione de)i punti di maggiore squilibrio, (nonché la) prev(isione), a valle (di) interventi volti ad evitare il perpetrarsi delle disparità esi-

tuzioni del federalismo, 5/2008, 557 ss.; G. Brunelli, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'uguaglianza*, ivi, 554 ss.; R. Cavallo Perin, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1/2004, 205 ss. Di recente su questi temi, M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in *Federalismi.it*, n. 17/2017 e Id., *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, passim.

³² Corte Cost. 16 ottobre 1990, n. 455; 3 giugno 1992, n. 247; 23 luglio 1992, n. 356; 15 luglio 1994, 304; 28 luglio 1995, n. 416; 17 luglio 1998, 267; 16 luglio 1999, n. 309; 26 maggio 2005, n. 200.

³³ Così TAR Veneto, Venezia, sez. III, 13 novembre 2013, n. 1258 che richiamando un orientamento ormai consolidato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3; Id. 2 maggio 2006, n. 8; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418) ha, altresì, chiarito che il potere di programmazione regionale – che si esplica conformemente agli obiettivi, alle linee di indirizzo ed ai criteri generali che si desumono dagli atti adottati dalle Regioni – è «connotato da ampi margini di discrezionalità, posto che deve bilanciare interessi diversi e per certi versi contrapposti, ovvero l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di adeguate prestazioni sanitarie, le aspettative degli operatori privati che si muovono secondo una legittima logica imprenditoriale e l'assicurazione della massima efficienza delle strutture pubbliche che garantiscono l'assistenza sanitaria a tutta la popolazione secondo i caratteri tipici di un sistema universalistico».

³⁴ A. Ruggieri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 114. Cfr. D. De Pretis, *La discrezionalità dell'amministrazione*, cit., 6 a proposito del «potere legislativo [...] (che) anche se definito 'discrezionale' resta sostanzialmente libero nel fine, entro i limiti costituzionali» ha chiarito che «la Corte ha progressivamente intensificato il suo controllo sulle leggi e si è fatta più attiva, sia riducendo l'ambito dello spazio ritenuto 'riservato' alla 'discrezionalità' del legislatore, sia sviluppando nuove e più incisive tecniche di suo controllo [...] ispira(te) spesso a quelle messe a punto nella lunga tradizione di controllo giurisdizionale (del giudice amministrativo) sulla discrezionalità dell'amministrazione (sindacato di ragionevolezza e di proporzionalità delle leggi)».

stenti (aggravate dalle politiche di *spending review* e dai piani di rientro della spesa sanitaria)» e si rivela preliminare ed imprescindibile rispetto alla fissazione degli standard qualitativi e quantitativi delle prestazioni vincolanti, alla indicazione dei bisogni da soddisfare ed alla individuazione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali esigibili.

L'esiguità delle risorse finanziarie e l'esigenza di contenere la spesa pubblica dovrebbero indurre le amministrazioni a ridurre i costi incidendo in modo più efficiente sulla programmazione dei fabbisogni e sul controllo dei consumi, distribuendo le risorse in modo funzionale e non soggettivo³⁵.

Parallelamente, il legislatore con le manovre connesse alla *spending review* e non solo, si preoccupa anche di garantire il diritto dei cittadini alla qualità delle prestazioni, introducendo misure volte a rafforzare il sistema dei controlli che mira a responsabilizzare le amministrazioni a tutti i livelli di governo affinché utilizzino le risorse disponibili in maniera adeguata e mirata al soddisfacimento dei bisogni essenziali dei cittadini.

A tal proposito viene da chiedersi quali siano le possibili forme di tutela dei cittadini vittime del cd. danno da disservizio, locuzione con la quale si suole identificare una particolare ipotesi di danno erariale che si sostanzia nel pregiudizio del diritto alla salute dei cittadini derivante dalla mancata realizzazione del benessere (efficienza sostenibile) a causa dell'inadeguatezza del servizio offerto e dello spreco di risorse esigue mal gestite dall'amministrazione per conto dei legittimi proprietari (i contribuenti) su cui si abbattano le conseguenze delle disfunzioni organizzative connesse alla fruizione del servizio, oltre al costo delle risorse inutilmente impiegate e delle spese necessarie al ripristino del servizio non erogato.

Senza considerare, inoltre, il danno non patrimoniale consistente nell'aggravamento del senso di sfiducia dei cittadini nei confronti della politica e della sanità che in numerose regioni soprattutto del Sud Italia non è più un servizio universale accessibile a tutti.

Sotto altro profilo, se da un lato, i nuovi Lea³⁶, il Piano nazionale cronicità 2016 che si prefigge di «contribuire al miglioramento della tutela per le perso-

³⁵ L'art. 1-bis della legge n. 94/2012 testualmente recita: «per l'efficace realizzazione della revisione della spesa pubblica, in particolare in campo sanitario, il Governo verifica prioritariamente l'attuazione della procedura per l'individuazione dei costi e dei fabbisogni standard e degli obiettivi di servizio [...] nonché a ridefinire i tempi per l'attuazione dei medesimi decreti sui costi e i fabbisogni standard entro il primo quadrimestre dell'anno 2013».

³⁶ Approvati con D.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502», pubblicato in G.U. Serie Generale n. 65 del 18-3-2017 – Suppl. Ordinario n. 15. Tra i contributi più recenti sul tema, cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei Sessant'anni della Corte costituzionale*, in AIC n. 3/2016; L. Trucco, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*. Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani 8-9 giugno 2012, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, Napoli, 2013. F. Roversi

ne affette da malattie croniche, riducendone il peso sull'individuo, sulla sua famiglia e sul contesto sociale, migliorandone la qualità di vita, rendendo più efficaci ed efficienti i servizi sanitari, in termini di prevenzione e assistenza, e assicurando maggiore uniformità ed equità di accesso ai cittadini» e il Piano nazionale per la prevenzione vaccinale militano nel senso di assicurare (*rectius*: ripristinare) l'universalità del servizio in coerenza con gli obiettivi del SSN ed in base alla considerazione che la salute è un diritto e non un privilegio di pochi, cresce in maniera esponenziale la percentuale di coloro che, benestanti e non, sono costretti ad affrontare i costi (invero piuttosto ingenti ed in sensibile aumento negli ultimi anni) della spesa sanitaria privata dal momento che l'offerta di servizi e prestazioni del SSN non copre il fabbisogno degli utenti.

I tempi di attesa troppo lunghi e la scarsa qualità dei servizi e delle prestazioni sanitarie offerte pregiudicano soprattutto le persone meno abbienti ed i soggetti più bisognosi di cure continue e costanti residenti nelle Regioni con servizi sanitari meno performanti (centro, sud e isole)³⁷.

Senza considerare gli effetti distorsivi del ricorso sistematico alla spesa sanitaria privata, a volte anche inappropriata, che finisce per amplificare le sperequazioni (*rectius*: disuguaglianze) sociali, economiche, culturali e territoriali preesistenti in parte dovute al ritardato adeguamento dei LEA (tra le Regioni e perfino tra le persone residenti nella medesima Regione in base alle risorse economiche di ciascuno dispone) nell'accesso alla tutela della salute ed alla cura, sacrificando intere categorie di aventi diritto che sono costretti a rinviare e/o a rinunciare alle

Monaco, C. Bottari, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Santarcangelo di Romagna, 2012. Da ultimo, V. Antonelli, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018. A. Bonomi, *Brevi osservazioni sugli aspetti più problematici del delicato bilanciamento fra universalismo selettivo, diritti fondamentali e vincoli di bilancio: alla ricerca dell'universalismo selettivo temperato*, ivi.

M. Bergò, *I nuovi livelli di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *AIC* n. 2/2017, 4, spec. nt. 18 citando M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di E. Catelani, G. Feroni, M.C. Grisolia, Torino, 2011, 13, ha chiarito «Il Diritto alla salute ha una struttura giuridica multiforme, in cui sono ravvisabili sia i tratti del diritto sociale a prestazione (si pensi alle cure sanitarie), sia aspetti propri dei diritti soggettivi, con la struttura tipica dei diritti di libertà. Pertanto il "livello essenziale" della prestazione si determina in base sia alla condizione del singolo che della collettività "alla quale quella del singolo deve essere raffrontata". L'A. evidenzia, al contempo anche «il dato più preoccupante dell'intero dpcm (che) riguarda l'aumento di spesa a carico dei cittadini, conseguente al *restyling* di molte prestazioni sanitarie».

³⁷ Invero, il problema è generalizzato su tutto il territorio nazionale coinvolgendo tutte le Regioni, più o meno virtuose, com'è stato evidenziato dalla Corte dei conti la quale ha chiarito che «l'attuale struttura di assistenza sanitaria, anche al di sopra degli standard minimi richiesti, non è sufficiente a rispondere ai bisogni di una popolazione sempre più anziana affetta da cronicità e non autosufficienza». *Amplius*, di recente, su questi temi, M. De Angelis, *Effettività e prestazioni in sanità: il paradigma delle liste d'attesa*, in *Munus*, n. 1, 2018, 229 ss.

prestazioni sanitarie (per lo più visite specialistiche) perché (dappertutto) troppo costose, nel pubblico come nel privato³⁸.

3. *Vincoli di finanza pubblica, potere amministrativo e tutela dei diritti fondamentali*

A questo punto occorre chiarire l'incidenza dei vincoli di finanza pubblica sulle prestazioni essenziali e sulla tutela dei diritti fondamentali, verificando se ed in che misura l'impressione che si ricava dai dati e dalle statistiche innanzi richiamate trova conferma nella giurisprudenza formatasi sul tema.

La questione investe il problema, ad oggi piuttosto discusso, della cd. indegradabilità dei diritti costituzionalmente tutelati e del riparto di giurisdizione nelle relative controversie originate da un provvedimento amministrativo incidente sui diritti fondamentali³⁹, su cui appare opportuno soffermarsi in questa sede.

³⁸ E. Ferrari, *Ticket sanitari, prestazioni imposte e livelli essenziali delle prestazioni*, in AIC n. 4/2017 confrontando i dati del citato Rapporto della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica relativi ai proventi incassati attraverso i ticket regione per regione nel periodo 2012-2016 ha individuato tra le ragioni del calo del gettito derivante da «un minore ricorso a questo tipo di prestazioni [...] le difficoltà economiche che le famiglie hanno dovuto affrontare [...] nell'ultimo decennio (costringendole) [...] sempre più frequentemente (a) richiedere prestazioni private ovvero (a) rinuncia(vi) del tutto». Da alcuni anni, infatti, si è incrementata la tendenza ad accantonare il sistema di sanità pubblica ricorrendo agli operatori privati a causa dell'aumento esponenziale del costo dei ticket e dei tempi di attesa eccessivamente lunghi per cure non garantite o mal erogate, e che, pertanto, di fatto costituiscono una barriera all'accesso alle cure pubbliche che siano anche tempestive ed appropriate rispetto alle patologie ed allo stato di salute degli utenti. Tale circostanza, unitamente con le altre criticità testé accennate rischia di vanificare gli sforzi compiuti e disattendendo gli impegni assunti in vista del perseguimento degli obiettivi.

³⁹ Per una ricostruzione delle principali posizioni della dottrina e della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa sulla tutela dei diritti fondamentali, M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in AIC, n. 3/2015, 5 ss. Tra i sostenitori della intangibilità dei diritti fondamentali da parte del potere amministrativo, cfr. A. Pubusa, U. Allegretti, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali, in Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1977, 414 ss. Sui rapporti tra legge, funzione amministrativa e diritti del cittadino, cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005 secondo cui il cittadino addirittura vanterebbe nei confronti della P.A. la «pretesa» (rectius: diritto) alla legittimità degli atti con conseguente obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla legge. In sostanza il diritto alla salute, inteso come diritto alla prestazione ed alle cure, sarebbe assistito da una tutela piena, effettiva e, quindi, (sempre) satisfattiva, sussistendo da questo punto di vista la certezza del conseguimento del risultato. La tesi della impenetrabilità dei diritti fondamentali (id est, del diritto alla salute) inteso come diritto forte, con la conseguenza che l'atto eventualmente emanato in carenza di potere sarebbe disapplicabile dal g.o. munito di giurisdizione è stata inaugurata e sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tempi ormai remoti (cfr. Cass. SS.UU. 6 ottobre 1979, n. 5172 e 9 marzo 1979, n. 1463; 29 dicembre 1990, n. 12218; 20 febbraio 1992, n. 2092; 28 ottobre 1998, n. 10737) e fino a poco tempo fa (da ultimo, Cass. 1° agosto 2006, n. 17461), con la conseguenza che il provvedimento amministrativo sarebbe emanato in carenza di potere, inidoneo cioè a provocare una lesione al diritto fondamentale avente la consistenza di diritto soggettivo perfetto (cfr. Cass. SS.UU., 10 marzo 1999, n. 117; 25 maggio 2000, n. 558; 10 maggio 2001, n. 194; Cass. Sez. Lav., 26 aprile 2004, n. 7912; Cass. SS.UU. 7 febbraio 2017, n. 2688). In senso critico rispetto a questa opzione ermeneutica, cfr. A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini. Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, in *Dir. pub.*

La casistica, invero piuttosto ampia e su cui la giurisprudenza ha faticato a trovare una soluzione univoca, offre interessanti spunti di riflessione⁴⁰.

In tempi ormai remoti la Corte di Cassazione⁴¹ ha sancito l'incomprimibilità del diritto costituzionale alla salute radicando la giurisdizione del g.o. nelle relative controversie in ossequio al tradizionale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, tesi confermata anche successivamente al fine di assicurare una tutela piena ed effettiva al diritto leso [...] denominato «alla salute» ma meglio definibile «di salute», cioè il diritto di stare bene, «fondamentale» per natura e dalla tutela piena (ai sensi degli artt. 2 e 32, primo comma, Cost.); esso è impermeabile ai pubblici poteri e «sottratto» all'amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere di affievolirlo né di pregiudicarlo anche indirettamente. È un diritto «primario» ed «assoluto» dell'individuo, nei cui riguardi l'amministrazione, spoglia delle prerogative pubblicistiche, non soltanto non ha potere ablatorio ma è passibile di provvedimento inibitorio da parte del giudice naturale dei diritti. Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'amministrazione non ha facoltà di scelta: ha l'obbligo assoluto ed incondizionato di rispettarlo. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, «agisce nel fatto», abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. [...] «Agisce nel fatto» perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa «non provvede», esplicando comunque e soltanto attività materiale illecita. «Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario»⁴². In altre decisioni la Corte ha scisso il nucleo essenziale del diritto alla salute contrapponendo il «diritto (inde-

bl. 2006, 91 ss. Sulla controversa categoria e natura giuridica dei diritti fondamentali sociali, considerati come interessi legittimi o interessi diffusi o aventi natura ibrida ed assoggettati pertanto al doppio regime in ragione delle diverse componenti che li compongono cfr. P. Biscaretti Di Ruffia, *Diritti sociali*, 1968; Per una disamina accurata ed approfondita del tema, cfr. L.R. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2013; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001.

⁴⁰ La dottrina ha manifestato anche di recente un certo interesse nei confronti di questi temi che ha delle importanti implicazioni sul piano della tutela giurisdizionale e del riparto tra g.o. e g.a. Cfr., in proposito, V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 450. La questione involge, infatti, il problema della giurisdizione sui diritti fondamentali, che secondo parte della dottrina sarebbe una prerogativa del g.o. (R. Garofoli, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, in *Neldiritto.it*).

⁴¹ Cass. SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1436.

⁴² Cass. SS.UU. 20 febbraio 1992, n. 2092.

gradabile) all'intangibilità dell'integrità psico-fisica della persona»⁴³ riservato alla giurisdizione del g.o. al «diritto alla prestazione ed alle cure» che assurge al rango di interesse legittimo la cui cognizione, in caso di lesione, spetterebbe al g.a.⁴⁴.

La prospettiva, com'è noto, è radicalmente mutata a seguito della nota sentenza della Corte cost. n. 204/2004 secondo cui dirimente ai fini del riparto della giurisdizione è la configurabilità o meno del potere autoritativo della p.a. a fronte di un diritto fondamentale dell'individuo, cui ha aderito il Consiglio di Stato il quale ha affermato che «Quando la vertenza ha come oggetto la contestazione della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, ossia quando l'atto amministrativo sia assunto nel giudizio non come fatto materiale o come semplice espressione di una condotta illecita, ma sia considerato nel ricorso quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, di cui si chiede l'annullamento, la posizione del cittadino si concreta come posizione di interesse legittimo. [...] Va osservato, inoltre, che la concezione dei diritti "perfetti" o "non degradabili" è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti. Di conseguenza da tale concezione non si può desumere alcuna riduzione della legittimazione a ricorrere avanti al giudice amministrativo»⁴⁵.

Tale interpretazione ha imposto nel 2007 un *revirement* della giurisprudenza della Corte di Cassazione sul riparto della giurisdizione in caso di lesione dei diritti fondamentali da parte di un provvedimento amministrativo espressione di un potere autoritativo e sul loro bilanciamento con l'interesse pubblico, nelle controversie relative all'installazione delle discariche di rifiuti⁴⁶, cui si è uniforma-

⁴³ Con specifico riferimento ai soggetti portatori di handicap, cfr. Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350; 18 aprile 2007, n. 158; 15 aprile 2010, n. 138 e 23 settembre 2016, n. 213.

⁴⁴ Cfr. nello stesso senso, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

⁴⁵ La citata decisione ha destato reazioni contrastanti in dottrina che in particolare si è mostrata divisa sull'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva alla luce della (incerta e fumosa) formulazione dell'art. 103, comma 1 Cost. Cfr., in proposito, F. Saitta, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *Lexitalia.it*; L. Mazzarolli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, spec. 225 ss. A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva e arbitrato costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 983 ss.; M. Clarich, *La tribunalizzazione del g.a. evitata*, ivi, 973 ss.; F.G. Scoca, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?* in *Giur. Cost.*, 2004, 2209; A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 974 ss.; E. Follieri (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, Atti del Convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* (Lucera, 19 febbraio 2005), Milano, 2006; R. Villata, *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Postilla, Milano, 2007, 13; G. Stancanelli, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 (Riflessioni «a caldo»)*, in *Giustamm.it*. Il virgolettato è tratto da Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556.

⁴⁶ Cass. SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27187 ove, infatti, si legge: «Le controversie relative alla installazione delle discariche di rifiuti spettano all'esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo in quanto questioni afferenti la gestione del territorio nell'interesse dell'intera collettività nazionale, anche qualora sia denunciata una lesione ai diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quale il diritto alla salute (art. 32 Cost.), accertando la sussistenza in concreto dei diritti vantati e provvedendo in ordine al contemperamento o alla limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre. Spetta allo stesso giudice

ta anche la Corte costituzionale ritenendo per nulla inconciliabile la giurisdizione esclusiva del g.a. con la tutela dei diritti fondamentali (nella specie, nelle controversie relative a procedure e provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica)⁴⁷.

La decisione da ultimo richiamata è particolarmente significativa, in quanto segna il definitivo superamento della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali della persona che, a differenza di altri, sarebbero resistenti ai provvedimenti amministrativi in quanto dotati di fondamento costituzionale, con la conseguenza che in assenza di lesione la giurisdizione non potrebbe che spettare al g.o.

Invero, il problema del rapporto tra la giurisdizione amministrativa e i diritti fondamentali è molto più complesso e, pertanto, non può prescindere dalla esatta individuazione della natura e consistenza di tali diritti e dalla considerazione dell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a.⁴⁸

Tradizionalmente, infatti, si riteneva che la giurisdizione esclusiva e, ancora prima, il legislatore nella scelta delle materie devolute alla tale giurisdizione, incontrassero il limite dei diritti fondamentali, riservati al g.o.⁴⁹

amministrativo adottare, se ne ricorrono le condizioni, i provvedimenti cautelari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati dai comportamenti materiali o dai provvedimenti autoritativi finalizzati all'installazione delle discariche».

⁴⁷ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140 cui si è allineata la Corte costituzionale nella sentenza del 5 febbraio 2010, n. 35 che ha dichiarato l'infondatezza della q.l.c. dell'art. 4 del d.l. 23 maggio 2008, n. 90, conv. in l. 14 luglio 2008, n. 123 che attribuiva, anche in fase cautelare, le controversie su comportamenti attinenti alla gestione del ciclo dei rifiuti incidenti su diritti fondamentali, alla giurisdizione esclusiva del g.a., in qualità di «giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale» assistiti da una tutela non inferiore a quella offerta dal g.o. (di recente, cfr. Cass. SS.UU., ord. 3 giugno 2015, n. 11376) in coerenza con il carattere dinamico di essa, nel senso che è appunto lo strumento idoneo ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale ai diritti in questione nelle forme in cui essa si estrinseca. Nello stesso senso in dottrina, cfr. G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, spec., 1229. Contra, A. Carratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 27 ss.

⁴⁸ Sulla natura ed i caratteri della giurisdizione esclusiva che è assurta nel tempo a «forma nuova di giurisdizione» (M.C. Cavallaro, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, spec. 950-951), cfr. P.M. Vipiana, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 377 ss., spec. 383; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; A. Pajno, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, spec. 973.

⁴⁹ Cfr. E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, spec. 644-645; S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, spec. 287 e 403 ss.; V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, spec. 25 ss. e 44 ss. Secondo parte della dottrina, la constatazione dell'impermeabilità dei diritti soggettivi al pubblico potere (M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002) nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a. non costituisce una contraddizione in termini, ma anzi si spiega in quanto non è affatto escluso che nella materia «può sussistere un diritto, che non è contrapposto al potere perché è estraneo alla relazione giuridica che abbraccia interesse legittimo e potere» (così, F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 804). Un problema di legittimità costituzionale si è posto quando il legi-

Ciò in base ad un'idea inaccettabile e ormai superata basata sul presupposto che la tutela erogata dal g.a. sia una tutela «depotenziata» rispetto a quella offerta dal g.o. e che, pertanto, deve restare confinata a determinate controversie in specifiche materie, dal cui ambito restano esclusi i diritti fondamentali.

slatore ha esteso alla giurisdizione del g.a. le controversie concernenti la realizzazione delle centrali di produzione dell'energia elettrica, in cui spesso si fa questione di diritti fondamentali, (in specie, diritto alla salute), come pure in materia di rifiuti, adducendo che il provvedimento che autorizza la realizzazione della centrale lede il diritto alla salubrit  ambientale (nel qual caso l'interessato   legittimato a proporre un'azione inibitoria volta ad ottenere l'interruzione della costruzione o del funzionamento di quella centrale che hanno come *causa petendi* il diritto alla salute, il diritto alla salubrit  ambientale). In proposito la Corte costituzionale nella citata decisione del 27 aprile 2007, n. 140 ha chiarito e ribadito che «N(on) osta [...] alla validit  costituzionale del «sistema» in esame la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti».

Senza entrare nel merito della teoria della indegradabilit , la Corte non rinviene nella Costituzione alcun motivo ostativo all'estensione della giurisdizione esclusiva del g.a. nelle controversie in cui viene in rilievo la lesione di diritti fondamentali della persona.

Ove cos  non fosse, un'eventuale preclusione che sancisca la sostanziale estraneit  dei diritti fondamentali alla g.e. del g.a. si tradurrebbe in un implicito riconoscimento della inadeguatezza della giurisdizione amministrativa ad assicurare tutela piena ed effettiva non solo ai diritti fondamentali, ma anche ai diritti soggettivi e perfino agli interessi legittimi, con la conseguenza che a questo punto non avrebbe neanche pi  senso conservare e difendere la giurisdizione amministrativa dai tentativi di abolirla. Parte della dottrina ritiene che in realt  l'obiettivo non   quello di assaltare la giurisdizione amministrativa, bens  «attacc(are) ... la giurisdizione *tout court*... Ed infatti se non ci fosse un giudice speciale la funzione sarebbe esercitata dal giudice ordinario che dovrebbe assicurare la (medesima) tutela ai diritti ed agli interessi legittimi intervenendo direttamente sull'atto (per mezzo del) potere di annullamento». N  potrebbe essere diversamente, dal momento che «Un ordinamento che non contemplasse [...] poteri di sospensione e di annullamento degli atti illegittimi della p.a., sarebbe [...] intollerabile dal punto di vista di questo sistema (diritto UE), come d'altronde o sarebbe anche per il nostro sistema costituzionale interno. [...] La giurisdizione amministrativa nasce per proteggere di pi  non per proteggere di meno (ed   pertanto da) preferir(e a) il processo civile [...] perch  la sua efficacia   di regola maggiore, pi  diretta, pi  adeguata a colpire la causa della lesione alla quale si intende porre rimedio» (cos , D. De Pretis, *Prospettive di riforma della giustizia amministrativa*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del convegno di Lecce, 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016. Tale soluzione   inaccettabile anche alla luce della «trasfigurazione» della giurisdizione esclusiva in seguito all'implementazione dei casi e delle materie che si riflette sui modi e sulle forme della tutela dei diritti sociali incisi dal potere amministrativo nelle controversie devolute al g.a. «non solo (in qualit  di) ... giudice del potere, ma (di) giudice del rapporto di questo potere con la societ  nel suo complesso» (cos , A. Pajno, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 al Consiglio di Stato: relazione del presidente*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 148).

Al contrario, la configurazione che ha assunto il processo amministrativo nel corso dei secoli e, in particolare, con l'avvento del c.p.a. dimostra che il g.a. gode degli stessi poteri del g.o. per la tutela dei diritti soggettivi (fondamentali e non) nonch  degli interessi legittimi che sono assistiti dalle medesime garanzie e dagli stessi standards di tutela, al punto che oggi ormai nessuno dubita che la g.e. si estende anche ai diritti soggettivi fondamentali (in questo senso, cfr. A. Pajno, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, cit., spec. 982; M. Corradino, S. Sticchi Damiani, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 79; G. Verde, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, spec. 834) anche a prescindere dalla presenza di interessi legittimi (F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, spec. 441-442). G. Monaco, *Spunti per la tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani, 8-9 giugno 2012, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde, Napoli, 2013, ha sottolineato che «esistono pronunce (di segno opposto) sul presupposto che il diritto alla salute non sia suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalit  meramente tecnica dell'amministrazione in ordine alla verifica dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni».

Tale impostazione ermeneutica mal si concilia con l'impianto del c.p.a e con i principi in esso consacrati che rendono inimmaginabile una distinzione all'interno della medesima categoria che dovrebbe corrispondere ad una diversa intensità della tutela, benché sul punto il c.p.a. avrebbe potuto e dovuto fare maggiore chiarezza anziché in parte confermare e in parte smentire.

La formulazione dell'art. 133 c.p.a., infatti, dà adito a dubbi nella misura in cui nell'elencare le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. si riferisce anche ai diritti costituzionalmente tutelati in materia di rifiuti, ove spesso viene in considerazione il diritto alla salute (o alla salubrità dell'ambiente) a sostegno della domanda volta ad ottenere l'interruzione dei lavori per la realizzazione delle centrali e degli inceneritori o la mancata costruzione degli stessi. È questa l'ipotesi esplicitata nella lettera p) ove si legge testualmente «le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati».

Si potrebbe obiettare che se il legislatore avesse voluto avrebbe potuto estendere espressamente tale previsione anche alle altre materie, specificando l'estensione della giurisdizione per ciascuna di esse, nell'art. 7 o nell'art. 133 c.p.a., ma nonostante tale ambiguità, non vi è dubbio che nelle materie di giurisdizione esclusiva il g.a. conosce anche della lesione dei diritti fondamentali.

Semmai il problema si pone per le controversie che esulano dalla giurisdizione esclusiva del g.a. che tuttavia può essere risolto alla luce delle seguenti ulteriori considerazioni.

Innanzitutto, nelle controversie in materia di diritti fondamentali, la tesi della indegradabilità del diritto alla salute non convince essendo, tra l'altro, quanto meno discutibile l'indivisibilità, l'unicità e, per così dire, la «globalità» del «diritto alla salute» che in quanto diritto sociale per eccellenza, oggi più che mai «richied(e) una prestazione economica discrezionale da parte del welfare state, che è sovrano sul suo budget, e(d) è sempre in balia delle sue crisi fiscali» ed è frazionabile al suo interno in relazione al godimento che ciascuno ne abbia⁵⁰.

Tale considerazione porta, inevitabilmente, ad interrogarsi su quale sia la sua reale consistenza – al di là delle formule utilizzate dal legislatore – posto che la frammentarietà del nucleo essenziale di cui si è detto non fa che «aumentare espo-

⁵⁰ Il virgolettato è di S. Rodotà, «Postfazione» in *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2013, 331. F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella intoccabile!) della Costituzione*, in *AIC*, n. 3/2013, 15 ha manifestato le medesime perplessità a considerare «diritto quella situazione giuridica attiva cui venga dato riconoscimento o concreta realizzazione se e quando vi siano (o, in realtà, siano ritenute esservi) le risorse per le prestazioni necessarie a renderne effettivo l'esercizio».

nenzialmente la disuguaglianza nella società e mettere in discussione, financo, la stessa idea di dignità della persona» sistematicamente lesa dai tagli e dal ridimensionamento dell'offerta di beni e servizi in sanità⁵¹.

Affermando, infatti, che il bene della vita che si fa valere corrisponde a un valore della persona costituzionalmente tutelato, si potrebbe erroneamente ritenere che esso, per ciò solo, debba essere assistito da una tutela assoluta e incondizionata nelle forme del diritto soggettivo, con la conseguenza che la salute dovrebbe identificarsi con quest'ultimo, al pari degli altri diritti fondamentali della Costituzione.

Il principale limite della tesi dell'indegradabilità sta proprio nel fatto che essa omette di considerare le ipotesi in cui la p.a. è chiamata a colmare gli spazi lasciati vuoti dal legislatore e, quindi, ad esercitare il suo potere (discrezionale) effettuando essa stessa un bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente garantiti senza intaccare il nucleo essenziale ed intangibile dei diritti fondamentali⁵².

⁵¹ Così, L. Benci, *op. cit.*, 49. La tesi sopravvive solo in alcune pronunce giurisprudenziali che declinano la giurisdizione del g.a. in favore del g.o., venendosi pertanto a creare una situazione paradossale in cui il privato il cui diritto fondamentale sia stato leso da un provvedimento amministrativo sarebbe costretto a rivolgersi all'a.g.o. per ottenere la medesima tutela che il g.a. illegittimamente gli ha negato. Invero, il problema della esatta individuazione dei diritti fondamentali è attuale ed al centro del dibattito dottrinale come evidenziato da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, III ed., Roma-Bari, 2008, 1 ss.; S. Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur.cost.org*.

⁵² Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 110 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 33 ss.; G. Zagrebelsky, *Storia e Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, 1996, spec. 35 e 78 ss. D. De Pretis, *La discrezionalità dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Prolusione all'inaugurazione dell'a.a. 2015/2016 della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione pubblica*, 5 ss. ha analizzato il caso della *discrezionalità come oggetto del giudizio di costituzionalità delle leggi che la prevedono* in cui «la Corte non si occupa della discrezionalità amministrativa direttamente, ma la considera attraverso lo specchio della legge che la prevede» utilizzando i seguenti «parametri costituzionali: il principio di legalità, in particolare il 'principio di legalità sostanziale', e le previsioni che istituiscono riserve di legge», [...] la ragionevolezza e la proporzionalità e altri valori costituzionali di volta in volta rilevanti valorizzan(d)o [...] il potere discrezionale dell'amministrazione come condizione per il rispetto di quei principi e di quei valori, e come strumento di un bilanciamento di interessi di rilievo costituzionale che la legge non può – o non sempre può – compiere in concreto». Così opinando, la Corte ha avviato un percorso di «valorizzazione della discrezionalità dell'amministrazione» o, per meglio dire, «la valorizzazione, strumentale alla salvaguardia di interessi costituzionalmente rilevanti, [...] del potere dell'amministrazione di valutare comparativamente e di scegliere gli interessi che vengono in gioco nel caso concreto» (cfr. 12 e 17), ad esempio, «nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche» (Corte cost., 25 ottobre 2013, n. 250). Di recente, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2017, n. 5251) riprendendo i principi sanciti dalla Corte nelle citate decisioni ha, in proposito, chiarito che «Il richiamo ai diritti finanziariamente condizionati è necessario per chiarire – innanzitutto – che il diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., non comporta l'obbligo per il SSR di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche del mercato». Tra i contributi più recenti, cfr. F. Gallo, *Diritti socio-economici ed equilibri di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2017, 11-22; M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, 73-95; S. Gambino, *Cittadinanza e governance europea: quale effettività per i diritti sociali e la concezione normativa della Costituzione*, in *La cittadinanza europea: itinerari, strumenti, scenari*, n. 2/2016, 5-22; S. Staiano, *Migrazio-*

La tesi in questione non è avallata dalla Corte costituzionale la quale, al contrario, nel caso ILVA ha chiarito che nelle Costituzioni pluraliste esiste una molteplicità di valori fondamentali costituzionalmente tutelati e che sono tra loro non gerarchicamente ordinati bensì equiordinati i quali in caso di conflitto necessitano di un contemperamento cui a volte provvede direttamente il legislatore, altre volte invece è demandato all'amministrazione cui spetta pertanto un potere di valutazione discrezionale e di scelta che comunque va ad incidere su diritti fondamentali⁵³.

ni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo, in *Federalismi.it*, n. 21/2008. A. Occhino, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, n.1/2017, 3-28. Da ultimo, F. Zammartino, *La tutela dei diritti sociali nei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa tra vincoli di bilancio e principio di libera concorrenza*, in *Giustamm.it* ha evidenziato che «determinante è la proporzionalità tra quanto il provvedimento imponga al privato e quanto il provvedimento favorisca la Pubblica amministrazione, la cui assenza è sintomo di un non corretto bilanciamento di interessi» (che si traduce) «nella violazione in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico [...]» (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, cit.).

⁵³ Nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 3 del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 Recante «Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge n. 231/2012», la Corte costituzionale con la sentenza del 9 maggio 2013, n. 85 ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate in riferimento agli artt. 25, comma 1, 27, comma 1 e 117 comma 1, Cost. e ha dichiarato non fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 9, comma 2, 24, comma 1, 32, 41, comma 2, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112 e 113 Cost. affermando quanto segue: «La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). «Se così non fosse, si verificherebbe l'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. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere» preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuzione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. Lo stesso giudice rimettente ritiene che la norma censurata «annienti completamente il diritto alla salute e ad un ambiente salubre a favore di quello economico e produttivo». Se questa valutazione fosse rispondente alla realtà normativa, ci si troverebbe senza dubbio di fronte ad una violazione dell'art. 32 Cost., in quanto nessuna esigenza, per quanto costituzionalmente fondata, potrebbe giustificare la totale compromissione della salute e dell'ambiente [...], laddove, invece, «il carattere integrato dei diritti fondamentali [...] evoca, molto da vicino, la teoria del gioco degli interessi nella valutazione discrezionale» (così, D. De Pretis, *La discrezionalità dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 20). Successivamente, la Corte rivedendo la sua decisione ha dichiarato l'illegittimità del Decreto

Se, quindi, la legge attribuisce alla p.a. il potere di sacrificare, comprimendolo, un diritto fondamentale per tutelarne un altro, è evidente che il diritto in questione è per sua stessa natura degradabile. In ciò sta la principale contraddizione della cd. teoria della indegradabilità che, sorta con l'intento di riservare al g.o. la cognizione delle controversie che involgono diritti fondamentali della persona, li qualifica indegradabili ammettendone al contempo il legittimo sacrificio per effetto di un provvedimento amministrativo al fine di assicurare tutela ad altro diritto di pari rango. Non a caso, nella sentenza citata la Corte costituzionale ha affermato il principio opposto ammettendo – entro certi limiti – il bilanciamento tra una molteplicità di valori meritevoli di tutela in virtù del potere attribuito dalla legge a fronte del quale si configura una pretesa (alla prestazione ed alle cure) non garantita, in quanto astrattamente sacrificabile che, pertanto, assume la consistenza non del diritto soggettivo, ma dell'interesse legittimo (cd. interesse legittimo fondamentale correlato ad bene della vita tutelabile innanzi al g.a.).

Tale interpretazione si avvalorava ed è supportata a maggior ragione se confrontata con il problema del vincolo di bilancio che è anch'esso un valore costituzionalmente tutelato, prova ne è che la Corte costituzionale ha, ad esempio, ritenuto che esso incide anche sulla retroattività delle sue sentenze, quando queste hanno effetti di spesa pubblica, affermando che l'incostituzionalità opera non retroattivamente, ma dalla pubblicazione della sentenza⁵⁴.

ILVA sulla scorta degli stessi principi affermati nella sentenza n. 85/2013 chiarendo che l'intervento del legislatore finalizzato a consentire la prosecuzione dell'attività in stabilimenti di interesse strategico nazionale è legittimo a condizione che siano tra loro bilanciate le esigenze di tutela dell'ambiente e della salute e dell'incolumità dei lavoratori, con quelle dell'iniziativa economica privata e della continuità occupazionale (le stesse che erano state considerate prevalenti al punto da giustificare il sacrificio della vita, della salute e dell'incolumità dei lavoratori). Ciò non deve meravigliare, anzi evidenzia i limiti della precedente decisione che la dottrina aveva prontamente evidenziato stigmatizzando la «soluzione argomentativa offerta dalla Corte... sia nei presupposti che negli esiti... (contestandola) nel merito (dal momento) che nessun livello occupazionale possa giustificare il perdurare di una condizione ambientale gravemente lesiva del bene della salute e che nessun compromesso possa essere condotto al ribasso quando venga coinvolto il diritto alla salute, (e nel metodo), perché la svalutazione del dato letterale delle disposizioni costituzionali, in ultima analisi, è destinata a sgretolare, a indebolire la portata prescrittiva della stessa Costituzione» (così, D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale*, cit., 12-13). Sul bilanciamento tra il diritto alla salute e le risorse economiche si segnala una recente sentenza del TAR Piemonte (sez. II, 31 gennaio 2014, n. 199 cui si allinea anche la successiva sentenza del 29 gennaio 2015, n. 157) ove si afferma che la tutela del diritto alla salute «dovrebbe pur sempre essere salvaguardata almeno nel suo contenuto minimo, al di sotto del quale essa rimarrebbe un "guscio vuoto" e che si "identifica proprio nei Livelli Essenziali di Assistenza" il (cui) soddisfacimento [...] non dipende solo dallo stanziamento di risorse, ma anche dalla loro allocazione e utilizzazione» (Corte cost. Sent. n. 36 del 2013) ... che spetta alle singole amministrazioni (nella specie, alla Regione) predisporre in modo tale da contemperare i vari interessi costituzionalmente protetti che domandano realizzazione».

⁵⁴ A partire dal 2013 la Corte ha mostrato un certo interesse nei confronti di questo tema. Si segnala, in proposito, il seminario su «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012», tenutosi a Roma presso il Palazzo della Consulta il 22 novembre 2013, i cui Atti sono stati pubblicati nel 2014. Sulla cd. incostituzionalità differita la decisione più significativa è Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10 (commentata, *ex multis*, da L. Antonini, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano*

Il problema del vincolo di bilancio legato alla scarsità delle risorse e ad esi-

in principi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, ivi; C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, ivi; D. Messineo, «Accadde domani»: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin Tax", ivi; R. Pinardi, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, ivi; R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, ivi; A. Morelli, *Principio di totalità e "illegittimità della motivazione": il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Giurcost.org*, 2015, 483; R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *www.giurcost.org*; M. Polese, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in AIC n. 1/2011. D. De Pretis, *Rapporto sulla giurisprudenza recente della Corte costituzionale italiana*, cit., 140-141 ha affermato che «La variabile temporale gioca un ruolo decisivo» sui conti pubblici in ciascuna delle citate sentenze per «la necessità di bilanciare tutti i principi e i diritti di rango costituzionale in gioco, fra i quali il vincolo dell'equilibrio di bilancio imposto dall'art. 81 Cost., che sarebbero risultati gravemente violati dall'applicazione retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale», nella sentenza n. 10/2015, per «la crisi economica gravante sul paese e dalla natura transitoria delle misure assunte» nella sentenza n. 178/2015, giudicando la previsione del blocco delle pensioni superiore a tre volte la pensione minima costituzionalmente illegittima in quanto «si limita a richiamare genericamente la "contingente situazione finanziaria", senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi». Ha parlato di «efficacia immediata (o irretroattiva)» della sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore*, Milano, 1993, 21 ss., assimilabile alla sentenza costitutiva di annullamento secondo F. Modugno, voce *Annullabilità e annullamento*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. Giur.*, 1988. In argomento, cfr. M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 107; M.R. Morelli, *Esiti del seminario*, ivi, 417. Sull'ammissibilità ed i limiti al ricorso reale o apparente al potere di graduazione degli effetti delle sentenze, cfr. G. Zagrebeksky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 69; S.P. Panunzio, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 273 ss.; R. Pinardi, *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. Le decisioni di "incostituzionalità sopravvenuta" e di "incostituzionalità differita" e le tecniche monitorie*, in *Il Foro italiano*, 1998, 156 ss.; M.R. Morelli, *Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui". Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1988, 512 ss.; Id., *Incostituzionalità «sopravvenuta» (anche a «ridosso di precedenti pronunzie monitorie, per successiva inerzia del legislatore») e declaratorie di illegittimità «dal momento in cui» (ovvero anche ex nunc). Alla ricerca di nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della retroattività dell'effetto*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 171 ss.

In senso contrario, cfr. M. D'Amico, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993; Id., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi, Torino, 1993; S. Fois, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 37, ha in proposito osservato che «il potere della Corte di disporre dell'efficacia temporale [...] non solo non risulta previsto da nessuna norma di livello costituzionale, ma sembra addirittura escluso dal combinato disposto [...] dell'art. 136 e dell'art. 1 l. cost. del 1948». Sui «limiti intrinseci» al potere dispositivo della Corte costituzionale, cfr. C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 42. Le cennate sentenze hanno riaperto un dibattito che sembrava ormai sopito essendo il ricorso alle decisioni «manipolative verso il passato» ormai desueto, anche in considerazione dei numerosi problemi applicativi cui aveva dato luogo (in proposito, cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2013, 485).

genze redistributive (o di riqualificazione della spesa) in funzione della tutela degli interessi ha reso necessario, altresì, un contemperamento con il diritto all'istruzione ed in particolare con il diritto al sostegno degli alunni disabili che pure, ad avviso della giurisprudenza, non si sottrae ad una valutazione comparativa con altri diritti ed interessi di pari rango. Ciò in quanto se, da un lato è pacifico che l'alunno disabile ha diritto ad avere un insegnante di sostegno, è altrettanto vero che la p.a. ha il potere di predeterminare le ore a lui spettanti operando un bilanciamento tra il diritto in questione e la scarsità delle risorse disponibili.

Si segnala, in proposito, una recente sentenza della Corte di Cassazione⁵⁵ richiamata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵⁶ sul riparto di giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto la pretesa dell'alunno disabile ad avere un insegnante di sostegno per un certo numero di ore individuate dal piano educativo individualizzato. In particolare, la Corte di Cassazione nella citata decisione ha operato una netta differenziazione ai fini del riparto della giurisdizione fondata sull'esatta individuazione del momento in cui sorge la controversia, specificando alcuni principi a proposito dei limiti che il potere discrezionale del legislatore incontra e sulle garanzie e i doveri che incombono sulla p.a. per favorire «la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini»⁵⁷.

⁵⁵ Cass. SS.UU., 25 novembre 2014, n. 25011. In dottrina, cfr. S. Spuntarelli, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, spec., 755.

⁵⁶ Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7. Di recente, Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, cit., sull'intangibilità del nucleo essenziale del diritto allo studio dell'alunno disabile. Il principio trova applicazione anche nei confronti del diritto alla salute su cui si tornerà più diffusamente in seguito.

⁵⁷ La vicenda da cui è originato il giudizio pone non pochi problemi interpretativi. Nella fattispecie esaminata l'alunno disabile cui la p.a. aveva assegnato un numero di ore di sostegno inferiore a quelle reputate necessarie affermava di essere stato vittima di una condotta discriminatoria nell'accesso al servizio di istruzione in ragione della disabilità. Tale circostanza solleva un problema di non poco rilievo, atteso che la legge n. 2015/1993 tutela il soggetto dalle condotte discriminatorie anche derivanti da un provvedimento amministrativo lesivo di un interesse legittimo, nel qual caso è previsto un rito speciale e particolarmente celere che si svolge innanzi al g.o. che in materia antidiscriminatoria, secondo un orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, avrebbe giurisdizione esclusiva e pieni poteri (non solo di disapplicazione, ma anche di annullamento). Sembrerebbe, cioè, che la condotta discriminatoria in sé radichi la giurisdizione esclusiva del g.o., in un settore (tutela antidiscriminatoria) nel quale egli pertanto conosce il provvedimento amministrativo come fonte diretta e principale del danno nelle controversie concernenti il diritto dell'alunno disabile al sostegno scolastico in considerazione della natura dell'azione proposta (la mancata assegnazione di un numero di ore di sostegno adeguato alle esigenze di salute dell'alunno disabile si traduce in una condotta discriminatoria indiretta, cioè in ragione delle sue condizioni psico-fisiche o psicomotorie, perpetrata dall'Amministrazione nei suoi confronti). In questo caso il riparto della giurisdizione tra g.o. e g.a. opererebbe in base al vizio fatto valere e non in base alla natura giuridica della situazione soggettiva lesa. Invero, nel silenzio del legislatore, si ritiene che, come evidenziato dalla dottrina in tempi ormai remoti quando il sistema di giustizia amministrativa non aveva ancora acquisito l'assetto attuale, occorre considerare la fonte da cui proviene la lesione alla situazione giuridica soggettiva protetta (diritto soggettivo, diritto fondamentale, interesse legittimo) che, evidentemente, radica due differenti giurisdizioni, a seconda se sia espressione di un potere autoritativo o di un comportamento materiale (non c'è potere, pertanto, non c'è il provvedimento e quand'anche ci fosse, non essendo ad esso direttamente o

Il che vale a dire che anche un diritto fondamentale può essere sacrificato, ma entro certi limiti, come ha evidenziato la Cassazione con riferimento al diritto alla salubrità dell'ambiente (*rectius*: «pretesa» che la p.a. può legittimamente sacrificare realizzando una centrale elettrica o un inceneritore mediante l'esercizio di un potere attribuito dalla legge). Il che non significa che a fronte del potere amministrativo (discrezionale) il diritto fondamentale è sfornito di tutela, ma che essa si realizza nei modi e nelle forme previste dinanzi al g.a. chiamato a sindacare la scelta operata dall'amministrazione nel bilanciamento con gli altri valori o interessi pari ordinati.

A ben vedere, quindi, in questi casi più che di diritti fondamentali sarebbe più corretto parlare di interessi legittimi fondamentali (per loro stessa natura degradabili) suscettibili di lesione dall'esercizio del potere e, a monte, dalla legge attributiva dello stesso, impugnabile a sua volta nella misura in cui impone un sacrificio irragionevole e sproporzionato rispetto alle esigenze che si intendono realizzare⁵⁸.

Il diritto del disabile al sostegno scolastico, cui si è innanzi accennato, rappresenta un'ipotesi del tutto peculiare se solo si considera che il numero di ore viene assegnato all'esito di un procedimento «complesso» che si compone di

indirettamente riconducibile la lesione, e quindi il danno, il g.o. lo disapplica in via indiretta o incidentale). alla luce dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa (di legittimità ed esclusiva) presagita in tempi ormai remoti da autorevole dottrina (M. Nigro, *Introduzione*, in AA.VV., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, I, 2140 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, spec. 1481) e confermata anche più di recente (S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, spec. 1226; A. Police, *Giurisdizione amministrativa. 2) Giurisdizione esclusiva*, in *Treccani.it*, 2015; Id., *Le forme della giurisdizione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 127-128. Per un'accurata ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema dei rapporti tra giurisdizione esclusiva e diritti fondamentali, cfr., di recente, G. Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, spec. 700). Sulla prevalenza del diritto fondamentale allo studio e all'istruzione dell'alunno disabile sulle esigenze finanziarie, sui limiti alla discrezionalità del legislatore e della stessa P.A. e sulla tutela, anche risarcitoria, per esso prevista, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2014, n. 5317 e 1° dicembre 2015, n. 5428. Di recente, Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023 ha statuito che i vincoli di finanza pubblica non possono sacrificare il diritto fondamentale allo studio ed all'istruzione del disabile, limitando anche la discrezionalità dell'amministrazione nell'assegnazione delle ore di sostegno. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 9 ottobre 2015, n. 2519. Cons. Stato, Ad. plen. 12 aprile 2016, n. 7, cit.; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 27 febbraio 2015, n. 1330; sez. IV, 13 ottobre 2016, n. 4706; TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 gennaio 2016, n. 39; Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275. Sul diritto all'istruzione, cfr. in dottrina, U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 96 ss.; A. Roccella, *Il diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano*, in *Il Politico*, 1999, 467 ss.

Una risposta conforme è fornita dalla stessa legge antidiscriminazione che implicitamente riconosce in questi casi l'azione va esperita nell'ambito del giudizio amministrativo nell'ambito del quale le associazioni di categoria hanno la possibilità di spiegare intervento. D'altra parte, come affermato e ribadito più volte dalla stessa Corte costituzionale, il fatto che nella specie viene in rilievo un diritto fondamentale (id est, il diritto all'istruzione dell'alunno disabile) non basta a radicare la giurisdizione del g.o., posto che il g.a. può conoscere dei diritti fondamentali lesi da un provvedimento amministrativo. La tesi è stata da ultimo confermata da Cass. SS.UU., ord., 28 febbraio 2017, n. 5060 e 20 aprile 2017, n. 9966.

⁵⁸ Cfr. E. Sconditti, *I diritti fondamentali tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, c. 963.

una prima fase volta all'approvazione del piano educativo individualizzato (alla cui definizione provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori dell'alunno disabile, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato secondo criteri stabiliti dal Ministro della pubblica istruzione) in cui vengono determinate le ore di cui il soggetto ha bisogno, cui segue la fase di competenza della scuola in cui essa, in base alle risorse disponibili e sulla base del piano, assegna concretamente le ore. Ad avviso della Cassazione, la p.a. può intervenire con il suo potere discrezionale fino a quando non viene approvato il piano a fronte dell'interesse legittimo dell'interessato che da quel momento in poi potrà fruire di un numero di ore di sostegno non inferiore a quello previsto dal piano le cui previsioni non possono essere modificate *in peius* dall'amministrazione che in caso contrario sarebbe inadempiente venendo meno ad un preciso obbligo di provvedere in tal senso⁵⁹.

4. *I rischi connessi alle caratteristiche dimensionali e strutturali della Sanità*

Ma il grande equivoco della *spending review* è anche altro, ovvero i tagli di operatori e di risorse, la drastica riduzione dei posti letto, la crescente emergenza organizzativa di molti reparti, la chiusura di reparti e servizi funzionanti ed efficienti (oltre che necessari) pur di eliminare gli sprechi e risparmiare danaro pubblico, rinunciando tuttavia alla qualità delle prestazioni a scapito della salute dei cittadini e del diritto a ricevere cure adeguate.

La sostenibilità del SSN non dipende solo ed esclusivamente dalla disponibilità delle risorse, ma rappresenta una sfida globale sul piano culturale ed etico atteso che nel SSN non si annidano solo sprechi, ingiustizie e discriminazioni, ma anche il rischio corruzione, frodi e abusi per cause endogene ed esogene al sistema caratterizzato da estrema complessità, incertezze, conflitti di interesse ed altre variabili che sfuggono al controllo, che erodono le risorse già di per sé insufficienti e rappresentano un «costo» per la collettività che causa perdita di fiducia dei cittadini e si traduce in limiti all'accesso ai servizi, incidendo, sulla qualità e sull'equità, sull'efficienza e sull'efficacia degli interventi sanitari.

L'assenza di adeguati strumenti di prevenzione e repressione di tali fenomeni osta al ripristino della legalità, della trasparenza e dell'integrità nel settore

⁵⁹ L'assenza o la consumazione del potere discrezionale nella fase successiva alla formazione del piano farebbe rivivere la giurisdizione del g.o. In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, cit. In senso critico, cfr. F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 859.

anche a livello politico-decisionale in funzione soprattutto della effettività e della tutela dei diritti dei cittadini-utenti mettendo seriamente a rischio la sostenibilità del SSN e la salute dei cittadini, in particolare di quelli più bisognosi di cure, almeno fino a quando questi temi non riacquisteranno centralità e priorità nelle politiche pubbliche.

Per non parlare del fatto che è soprattutto «nell'eccesso di legislazione e nell'oscurità delle leggi che si annida la corruzione (e che)... (n)on è semplice mettere in campo misure efficaci per contrastar(le)»⁶⁰, senza sottovalutare «la sovrabbondante discrezionalità delle pubbliche amministrazioni» e le gare al massimo ribasso anche su dispositivi salvavita denunciate di recente dai produttori lombardi di dispositivi medici ad alta tecnologia e dal Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità che ha evidenziato i rischi per «la vita dei cittadini e (per il diritto a ricevere cure idonee)», precisando, altresì, che «si sbaglia anche sul fronte della spesa: un impianto sbagliato va rifatto, e il paziente torna in ospedale con ulteriore aggravio nei conti»; reparti di eccellenza attrezzati, ma mai aperti destinati ad essere smantellati per lasciare spazio ad un'altra disciplina della stessa area oltre la soglia del fabbisogno sanitario con aggravio di costi e grave pregiudizio per la tutela della salute dei cittadini⁶¹.

Numerosi sono inoltre i casi di *maladministration* recentemente verificatisi in numerose regioni, da Nord a Sud dell'Italia, che si sono tradotti in sprechi, inefficienze, e nell'uso improprio di risorse per strutture inutilizzate o sottoutilizzate (si pensi, ad esempio, alla ristrutturazione di Ospedali, successivamente chiusi perché non a norma e poi riaperti e potenziati ma che di fatto non sono mai stati attivati o solo per poco tempo), a scapito dei diritti della collettività e su cui indaga la magistratura contabile per l'accertamento dell'eventuale danno erariale.

⁶⁰ Cfr. M. D'Alberti, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in *Giustizia sociale, occupazione e crescita*, a cura di L. Paganetto, Roma, 2013, 69.

⁶¹ È il caso del reparto di ginecologia dell'Ospedale del Mare a Napoli composto da 48 posti letto distribuiti in altrettante stanze, quattro sale parto, sale travaglio, lactarium, cullette ed incubatrici, TIN, Osservazione breve intensiva, punto di primo soccorso al neonato, il tutto allestito con tecnologie all'avanguardia) che cede il passo alla Tredicesima Cardiocirurgia per essere trasferito, come pare, al Loreto Mare che tuttavia ad oggi è del tutto inadeguato allo scopo dovendo tra l'altro essere in gran parte ristrutturato, con grave danno per le attrezzature che con il tempo si deteriorano diventando obsolete. La stessa sorte è toccata al reparto di maternità dell'ospedale di Tortona, in provincia di Alessandria, da poco ristrutturato, con grave nocumento al diritto dei pazienti di ricevere le cure ed ai macchinari rimasti inutilizzati. M. D'Alberti, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, cit., 201 ha sottolineato che «la tutela della concorrenza può essere uno strumento essenziale per la protezione di diritti fondamentali e di diritti sociali. Il diritto della concorrenza è finalizzato a colpire il potere economico. E ciò è determinante per la protezione dei diritti fondamentali e sociali che, al giorno d'oggi, sono forse più minacciati dai poteri economici che non dai poteri pubblici». M.A. Sandulli, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016. A. Sandulli, *La persistente centralità dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2016, n. 3, 609 ss.; Id., *Stato (sociale)*, in *Diz. Enc. Dir.*, Padova, 1996, vol. II, 1442.

Innumerevoli sono gli sprechi denunciati da cittadini, associazioni ed operatori sanitari tutt'ora in gran parte persistenti, dovuti alla cattiva allocazione delle risorse economiche, alle carenze organizzative dei servizi, al mancato utilizzo di beni e servizi; all'assenza di programmazione, al mancato utilizzo di attrezzature costose, alla cattiva gestione del personale sanitario, a seconda dei casi sottodimensionato o, al contrario, sovradimensionato o in esubero rispetto alla quantità degli interventi e delle prestazioni sanitarie rese o delle unità di personale impiegato, tra cui spicca un caso verificatosi di recente in Campania (a Nola un primario e uno staff per un solo posto letto, all'Asl Napoli 3 Sud 132 incarichi di vertice non previsti, al Cardarelli ed alla Federico II il caso dei reparti fotocopia) che hanno prodotto un danno erariale di circa 16 milioni di euro, in particolare in relazione all'assegnazione di incarichi di primario e viceprimario negli ospedali campani in esubero rispetto a quanto imposto dal governo in tema di *spending review* (dall'inchiesta della Guardia di Finanza di Torre Annunziata è emerso che, negli anni 2014 e 2015, sono stati retribuiti 523 incarichi di primari e pagate 1.915 indennità di dirigenza in eccedenza rispetto alla dotazione organica prevista)⁶².

Ma a proposito di *mala gestio* e sprechi delle risorse in sanità significativa è anche un'altra vicenda collegata alla recente legge n. 119/2017 (di conversione, con modificazioni, del Decreto 7 giugno 2017, n. 73) sull'obbligo di vaccinazione che costituisce un requisito di ingresso per l'accesso in asili nido e scuole d'infanzia per i bambini di età compresa tra 0 e 6 anni e la cui mancanza determina l'irrogazione di una sanzione pecuniaria nei confronti dei genitori di figli minori non vaccinati iscritti alla scuola dell'obbligo. Essa, infatti, ha imposto una riorganizzazione che è fonte di disservizi (e quindi di danno) al cittadino prontamente segnalati dai Sindaci i quali sono insorti nei confronti dei provvedimenti con cui, in particolare, alcune Regioni del Centro Italia di concerto con le ASL hanno disposto la chiusura degli ambulatori, manifestando le ragioni del dissenso ai «tagli» ai servizi essenziali nei Comuni aventi bacini d'utenza più consistenti di altri.

Anche in questo caso si nota la perdita del senso di solidarietà sociale nei confronti dei diritti (alla salute, oltre che all'autodeterminazione) che fanno capo al singolo, l'assenza in capo ai decisori di una visione globale del territorio, degli interessi e delle esigenze della popolazione residente nei Comuni impegnati a garantire la qualità e la sicurezza dei servizi di base per la salvaguardia della salute – soprat-

⁶² La Corte dei conti ha emesso complessivamente 49 provvedimenti (di cui 29 inviti a dedurre e 20 ordini autoritativi) nei confronti dei direttori sanitari di tutte le aziende sanitarie, universitarie e ospedaliere campane. Si pensi, ancora, a titolo meramente esemplificativo, al nuovo complesso operatorio dell'Ospedale San Paolo le cui sale solo in gran parte sono inutilizzate o in attività per poche ore al giorno o, al presidio ospedaliero di Lanusei (Nuoro) che sconta, altresì, la scarsità di medici, di infermieri e del personale paramedico, a fronte di bisogni sempre crescenti, ripercuotendosi sul raggiungimento degli obiettivi strategici.

tutto dei soggetti più deboli ed appartenenti a famiglie meno abbienti – ed a superare le difficoltà legate alla scarsità delle infrastrutture e dei finanziamenti.

Si evidenzia, peraltro, in questa circostanza, una sorta di «convergenza» tra le politiche di razionalizzazione della spesa sanitaria e l'esigenza di riorganizzazione dei centri di vaccinazione sottesa alla legge in esame che, ispirandosi ad un «dilatato» concetto di salute pubblica ed a «malintesi» principi di solidarietà, prevenzione e precauzione, dai contorni indefiniti e pressoché «immanenti» nell'ordinamento giuridico e nell'attività dei pubblici poteri, finisce per penalizzare le esigenze dei soggetti più deboli per età e per condizione economica costretti a sacrifici anche logistici non indifferenti pur di vaccinarsi.

Per non parlare delle lunghe attese per i vaccini sovente non risolutive nella situazione di caos e di emergenza in cui versano gli ambulatori ed i centri vaccinali ed il personale medico per la quantità delle vaccinazioni offerte al pubblico, quando non vi ostino l'assenza del vaccino nel giorno prefissato per la somministrazione o altri ostacoli burocratici che sovente si ripercuotono sull'appropriatezza e sulla qualità delle cure, sul diritto a ricevere la prestazione in tempi certi e con adeguata tempestività, sul diritto alla sicurezza delle cure, e sull'accesso ai servizi sanitari e sul diritto all'istruzione scolastica.

Quest'ultimo, in particolare, al contrario, sarebbe garantito da un provvedimento di autorizzazione temporanea all'accesso al servizio che, pur senza sminuire l'obbligatorietà della vaccinazione, segna tuttavia il passaggio da un regime di eccessiva e, a tratti, ingiustificata austerità ad una fase caratterizzata da una maggiore tolleranza burocratica e dalla semplificazione procedimentale che proprio di recente ha portato alla introduzione della autocertificazione, in attesa di ulteriori sviluppi.

5. *Conclusioni*

Le considerazioni innanzi svolte hanno svelato le principali criticità del SSN attraverso l'analisi di una pluralità di casi e situazioni che hanno per protagonisti i presidi ospedalieri ubicati in zone anche strategiche delle città che sono stati disattivati ed i cui reparti attivi sulla carta – in quanto mai o scarsamente utilizzati e dislocati presso altre strutture che dovrebbero soddisfare la domanda dell'utenza la quale rischia di risultare abnorme in quanto sproporzionata rispetto all'offerta di prestazioni e di servizi offerti dagli Ospedali «ospitanti» – danno vita ad una situazione che grava soprattutto sulla salute dei cittadini già notevolmente afflitti dalla presenza di liste d'attesa insostenibili presso gli altri ospedali e vittime del sovraffollamento dei Pronto Soccorso.

Ciò in quanto, evidentemente, gli interventi di razionalizzazione non si inquadrano nell'ambito di un piano di riorganizzazione complessiva del sistema che appare sempre più deficitario e rischia il collasso a fronte dell'inerzia dell'ASL, della Regione e del Ministero, ciascuno per la propria competenza.

In un settore caratterizzato ormai da tempo dallo spreco delle risorse (che tutt'oggi costituisce la principale causa di disavanzo), da gestioni clientelari e dall'asservimento del personale sanitario alla politica, ed in cui la sanità pubblica sembra aver smarrito definitivamente il ruolo di garante della salute individuale e collettiva dei cittadini che vengono sistematicamente privati dei loro punti di riferimento sul territorio, senza ricevere in cambio alcuna garanzia in termini di continuità di assistenza e qualità delle prestazioni e dei servizi (anche ambulatoriali), la mancanza di investimenti e di risorse ha innescato la spirale dei tagli e della chiusura di intere strutture e reparti non accompagnati dalla previsione di nuove modalità di assistenza pubblica efficienti ed efficaci, orientate ad una sana e prudente gestione finanziaria costantemente monitorata, il più possibile vicine ai cittadini nei quali si conseguenza cresce progressivamente il «mal di vivere» dovuto alla percezione della precarietà e dell'incertezza della cura.

Da circa vent'anni «risparmiare» è diventato l'imperativo categorico per lo Stato, per il cittadino e per le famiglie, ma le politiche di *spending review* che si sono susseguite nel corso degli anni hanno prodotto solo tagli, contrazione o sospensione di prestazioni e servizi fonte che hanno arrecato gravi disagi ai cittadini frapponendo ostacoli all'accesso alle prestazioni e alle cure. Si potrebbe facilmente osservare che ciò non si sarebbe potuto evitare dal momento che le risorse finanziarie si sono ridotte fino a diventare scarse, ma il punto è un altro e cioè che il risparmio è innanzitutto sinonimo di rinuncia non al superfluo o a qualcosa di controproducente, ma ad una priorità che a sua volta si ricollega ad un'idea o, se si preferisce, ad un ideale di rapporto tra lo Stato ed cittadino che tuttavia rischia di restare lettera morta in assenza di indirizzi precisi e confluenza degli sforzi verso obiettivi comuni.

Lo dimostra il fatto che sovente, come nel caso che ci occupa, il sacrificio economico del singolo e di interi gruppi è stato vanificato nel corso degli anni dagli sprechi e dagli effetti negativi della politica di *austerity* in sanità e dello Stato che infatti, contravvenendo alla Costituzione, non ha tutelato i risparmi dei cittadini né i loro bisogni operando tagli lineari alle prestazioni ed ai servizi, il che ha inciso sulla qualità degli stessi, sulla sicurezza delle cure e sul rischio per la salute dei cittadini (per la scarsa qualità dei dispositivi medici o per l'inadeguatezza, anche dal punto di vista igienico, dei reparti, o a causa dei ritardi dei trasferimenti dei pazienti presso strutture specializzate) messa a dura prova dai costi elevati e dall'aumento dei ticket per le prestazioni specialistiche e l'acquisto dei farmaci,

incrementando il fenomeno della mobilità anche al fine di ovviare i disagi dovuti all'intensificarsi delle liste d'attesa e/o alla carenza di prestazioni o di personale.

L'equivoco di fondo, che lascia trasparire un problema di metodo prima ancora che di merito, sta nel fatto che i Governi che si sono succeduti fino ai nostri giorni hanno considerato questa l'unica modalità di intervento sulla salute pubblica per far fronte alla scarsità di risorse, senza considerare gli effetti collaterali della *spending review* in molti settori della spesa pubblica.

È innegabile, tuttavia, che il comparto sanitario più di ogni altro è stato interessato, direttamente e/o indirettamente, dagli interventi di contenimento e razionalizzazione della spesa (che non si sono tradotti, tuttavia, nella razionalizzazione e nell'efficientamento di strutture e servizi), in misura sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti e che gli strumenti a tal fine utilizzati che hanno prodotto soprattutto effetti negativi, trascinando il SSN in una situazione cronica di emergenza e del tutto paradossale in cui l'esigenza sempre più pressante di un efficace controllo della spesa sanitaria induce ad accantonare i bisogni sempre crescenti dei cittadini, sovvertendo ruoli e responsabilità.

Al di là delle intenzioni, sono emerse incongruenze e criticità di cui è perfettamente consapevole la Corte costituzionale la quale, proprio al fine di ristabilire l'equilibrio anche nei rapporti tra le amministrazioni sanitarie alla luce del riparto delle funzioni in materia e delle relative responsabilità connesse all'imposizione del vincolo finanziario, ha chiarito che «[...] in attesa di una piena definizione dei fabbisogni LEA – misure più calibrate e più stabili di quelle fino ad oggi assunte sono utili per la riqualificazione di un servizio fondamentale per la collettività come quello sanitario». A tal fine, ha ribadito «che la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate sono intrinseche componenti del principio di buon andamento (che) – ancor più alla luce della modifica intervenuta con l'introduzione del nuovo primo comma dell'art. 97 Cost. ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 [...] – è strettamente correlato alla coerenza della legge finanziaria», con la conseguenza che «organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate [...] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore deve attenersi puntualmente»⁶³.

⁶³ Così, Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169 che richiama il precedente (Corte cost., 29 gennaio 2016, n. 10) riaffermando principi successivamente ribaditi anche dalla successiva sentenza del 14 luglio 2017, n. 192. La Corte ha chiarito se, da un lato, «la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale [...] la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività». Significativo, in tal senso, è stato l'impegno pro-

Che l'accesso ai servizi ed alle prestazioni e, quindi il diritto alla salute e la relativa tutela siano «finanziariamente condizionati» e legati sempre più alla situazione economica degli utenti è un dato ormai acquisito e incontestabile; che l'aumento della spesa sanitaria privata sia fonte di disagio e di povertà per la collettività costretta ad indebitarsi ricorrendo al prestito per curarsi non è una mera percezione, ma una triste realtà⁶⁴.

Lo stesso dicasi per le recenti *performance* del SSR che sono vertiginosamente precipitate da Nord a Sud, nell'ambito di un sistema molto diversificato al suo interno che svela una gestione inadeguata delle risorse rispetto agli obiettivi prefissati a livello nazionale e locale e l'inadeguatezza dei servizi e delle prestazioni che incentivano la mobilità interregionale, fonte di ulteriori diseguaglianze e di incremento della spesa sanitaria privata mettendo a rischio la salute dei cittadini⁶⁵.

Sono questi gli effetti della gestione finanziaria degli enti territoriali, frutto evidentemente di scelte che si sono rivelate sproporzionate rispetto alle risorse disponibili e che impattano sui livelli essenziali delle prestazioni connesse ai diritti sociali, sul costo del diritto alla salute e sulla tutela effettiva della salute dei cittadini affidati tra l'altro e sovente alle cure di primari «che non hanno mai fatto un concorso» o che tra l'altro, come di recente evidenziato dal Presidente dell'Anac Raffaele Cantone, gestiscono reparti «in proroga, con meccanismi assolutamente irregolari»⁶⁶.

fuso dalla Corte per ristabilire l'equilibrio nei reciproci rapporti anche in termini di responsabilità, precisando i limiti dell'intervento statale necessario ad assicurare l'equilibrio di bilancio che deve essere «ragionevole e tale da non pregiudicare le funzioni assegnate all'ente territoriale» intendendo con ciò porre un freno all'eccessiva riduzione delle risorse e (al) l'incertezza sulla loro definitiva entità (che) ... non consentono una proficua utilizzazione delle stesse [...] (finalizzata a) realizzare una corretta ripartizione delle risorse (a) garan(zia del) buon andamento dei servizi con esse finanziati» (così, Corte cost., 24 luglio 2015, 24 luglio 2015, n. 188; 29 gennaio 2016, n. 10 e, da ultimo, 12 luglio 2017, n. 169, cit.). Su tale interpretazione ermeneutica si è attestata la dottrina la quale ha evidenziato l'importanza del «modulo collaborativo tra lo Stato e le regioni (che) resta la chiave di volta del sistema delle competenze statali e regionali per la salute: approccio che è stato ribadito da ultimo nella disciplina delle procedure di definizione e aggiornamento dei LEA, secondo le previsioni nuovamente esplicitate dal legislatore nella legge di stabilità per il 2016... (al chiaro scopo) di rafforzare e valorizzare il modello collaborativo tra lo Stato e le autonomie regionali» (così, M. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, cit., 11).

⁶⁴ Nel Rapporto Censis 2017 si parla dei cd. «salute impoveriti» per indicare «i nuovi poveri della sanità e della malattia» e cioè le famiglie appartenenti al ceto medio che per far fronte ai costi delle spese mediche hanno dovuto impiegare tutti i loro risparmi o si sono indebitati sacrificando altri bisogni o esigenze che sono passati in secondo piano operando così delle scelte che hanno comunque inciso sul loro tenore di vita.

⁶⁵ Di recente su questi temi, L. Violini, *Salute e sanità nelle regioni italiane: un quadro differenziato di crescente complessità tecnica, politica e finanziaria*, in *Le Regioni*, 2016. G. Fattore, *La mobilità sanitaria, un dato preoccupante*, Milano, 2014, in *Salutedadifendere.it*.

⁶⁶ Così si è espresso Raffaele Cantone, Presidente dell'ANAC, denunciando il legame esistente tra sanità, politica e criminalità, il problema della cd. chirurgia omissiva da parte di medici che «non vogliono cioè più fare gli interventi a rischio e questo per timore di contenziosi legali con i pazienti ma anche per la presenza di dispositivi medici di bassa qualità e dunque non sicuri, dai bisturi alle suturatrici» e gli evidenti riflessi sul problema della medicina difensiva. Cfr., di recente, S. Grieco, *La responsabilità penale del sanitario dopo la riforma Gelli-Bianco: profili di diritto sostanziale e processuale*, in *Dirittifondamentali.it*

L'esperienza fin qui maturata, infatti, dimostra che le priorità dei cittadini evidentemente non collimano con quelle della «politica sanitaria (che) oltre a liberare le prestazioni assistenziali e i servizi da truffe, sprechi, abusi e clientelismi parassitari, deve tenere conto dei rapidi cambiamenti avvenuti in questi ultimi decenni: dall'inversione della piramide demografica alla rivoluzione delle malattie acute a quelle croniche, dall'aumento dei malati "complessi" affetti da co-morbilità, ai soggetti "fragili" e ai disabili» che proprio perché necessitano di cure costanti e, soprattutto, costose, sono quelli più penalizzati dai tagli e dagli sprechi⁶⁷.

Tale ultima circostanza svela una situazione grave e piuttosto discutibile caratterizzata da «differenze (ina)accettabili nell'accesso ai servizi di tutela della salute, come risultato dei tagli previsti dalla *spending review*, (fonte) di (inefficienza in tutte le sue forme), sprechi e [...] spese ingiustificate (che possono, altresì, avere) rilevanza penale (destando più di una perplessità anche da un punto di vista) etico»⁶⁸.

Ciò induce una ulteriore riflessione sulla complessa relazione esistente tra risorse, efficienza ed efficacia nell'uso delle stesse, qualità ed accesso ai servizi, evidenziando a monte l'esistenza di un problema di moralizzazione e di coscienza civica che impone di affrontare con particolare serietà e rigore la questione della revisione della spesa pubblica in Sanità da attuarsi attraverso la ristrutturazione «dal basso» del SSN, per la sua stessa sopravvivenza, nel tentativo di conciliare salute e spesa, oltre che per una maggiore efficienza dei servizi al cittadino.

In concreto, quindi, occorre ripensare alla politica sanitaria in Italia attuando una vera e propria «rivoluzione copernicana» che ristabilisca la priorità del diritto alla salute rispetto alla revisione della spesa pubblica, nella consapevolezza dell'esistenza di una biunivoca correlazione tra di essi tale per cui l'eliminazione degli sprechi e delle inefficienze è indispensabile per la tutela del diritto alla salute, ponendo al centro del sistema l'individuo con le sue esigenze, la protezione sociale di base del cittadino-utente, l'organizzazione e l'efficienza dei servizi.

Abbandonando, quindi, definitivamente la logica dei tagli lineari, e sul presupposto che i futuri interventi sulla spesa non postulano il sacrificio e, quindi, la subordinazione della salute individuale e collettiva alle esigenze di bilancio, ma sono diretti a tutelare valori complementari e non competitivi, la razionalizzazione del SSN dovrebbe puntare, piuttosto, sulla qualità della spesa, sulla ottimizza-

⁶⁷ Così, A. Pagni, *Strategie della spending review*, in *Bioetica*, 1-2/2014, 200.

⁶⁸ Così, V. Agnoletto, *Sprechi, tagli e diritti: alla ricerca di un equilibrio*, in *Bioetica*, 1-2/2014, 208. M.T. Busca, *È proprio vero che la vita umana non ha prezzo?*, ivi, 195 analizza le implicazioni delle politiche di *spending review* sulla vita dei cittadini e sulla professione sanitaria, in particolare il mutamento di prospettiva e di analisi del contesto, osservando che «Quando l'impegno finanziario è gravoso, quello che sembrava essere un punto fermo della professione sanitaria diventa opaco e incerto, e forse si scioglie cedendo il passo ad altre esigenze: quelle di far quadrare il bilancio. In questo senso la *spending review* pone un problema decisivo per l'etica dell'assistenza sanitaria, soprattutto in uno Stato come il nostro che prevede in Costituzione il "diritto alla salute"».

zione dei risparmi e degli investimenti in sanità, sulla formazione e sulla responsabilizzazione dei sanitari, sulla informazione, sulla semplificazione procedurale e l'innovazione tecnologica (previa razionalizzazione degli impianti in dotazione), sulla informatizzazione dei servizi e sulla corretta allocazione delle risorse per la tutela della salute dei cittadini, al fine di rappresentare un volano per l'economia e un'occasione per il rilancio della competitività del Paese⁶⁹.

È, infatti, principalmente nell'interesse di questi ultimi, onde evitare che le suddette criticità si cronicizzino ancora di più trasformando l'emergenza sanitaria in un caso nazionale, che occorre assumere decisioni da attuare tempestivamente, a livello centrale e regionale, per il miglioramento della qualità dei servizi e l'eliminazione di tutti quei fattori che favoriscono la costituzione o il consolidamento della corruzione, abusi, frodi, sprechi (connessi alla domanda di prestazioni diagnostiche e terapeutiche), ecc.; adottare le misure necessarie per promuovere la trasparenza intensificando i controlli anche nei settori collegati e rimediare ai danni già verificatisi; ridefinire l'assetto organizzativo; stabilire il livello di finanziamento del SSN e di assistenza sanitaria sul territorio; avviare l'integrazione socio-sanitaria degli interventi coinvolgendo anche esponenti della società civile e dell'imprenditoria privata; attuare una strategia efficace per riequilibrare la spesa sanitaria pubblica e privata; ripristinare il rapporto tra personale medico e paramedico e posti letto disponibili in base alle effettive esigenze dell'utenza; razionalizzare acquisti ed investimenti per la salute in personale, macchinari, strutture di assistenza al fine di assicurare cure e terapie adeguate e proporzionate ai reali bisogni di salute dei cittadini facilitando, altresì, l'uso appropriato e corretto delle strutture ospedaliere presenti sul territorio.

Sotto altro profilo, l'indagine ha svelato la crisi delle categorie giuridiche tradizionali che si appalesa proprio con riferimento alla relatività della tutela del diritto alla salute che in tale contesto rischia di rimanere «fisiologicamente insoddisfatto»⁷⁰ assumendo, pertanto, la consistenza di interesse legittimo suscettibile di essere sacrificato per ragioni di interesse economico. Tale constatazione se, da un lato, segna il definitivo superamento della tesi della indegradabilità o inaffievolibilità dei diritti fondamentali della persona, a fronte di una precisa scelta legislativa destinata a trasfondersi nel provvedimento amministrativo, che sancisce in maniera inequivoca la relatività della tutela di un diritto (non a caso) condizionato, dall'altro induce a riflettere sull'obiezione della dottrina secondo

⁶⁹ In Italia la spesa per la Sanità è tra le più basse d'Europa, pertanto essa va riqualficata ed i risparmi investiti nel medesimo comparto. L'esperienza della Regione Emilia Romagna costituisce un esempio di *best practice* e di gestione efficace delle risorse provenienti dai tagli operati in sanità ed investiti in programmi carenti nel medesimo settore quali il potenziamento delle strutture, l'apertura di Case della Salute, la riduzione delle liste d'attesa, ecc.

⁷⁰ Così, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 174.

cui non può esserci bilanciamento tra valori ontologicamente diversi che, per quanto astrattamente condivisibile, deve essere attualizzata anche alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza e dell'opera meritoria e dell'impegno profuso nel tentativo di gestire la «complessità» del sistema in cui coesistono diritti sociali ed interessi economici.

La difficoltà sta proprio nel ricercare un punto di equilibrio tra due valori non inconciliabili, pur nella consapevolezza che condizione necessaria e sufficiente per la sopravvivenza del SSN e per la salvaguardia dei diritti sociali è che tra essi «deve continuare ad intercorrere una relazione di mezzo a fine. E dunque se è evidente che il mezzo – le risorse finanziarie – va tutelato se è condizione di realizzazione del fine – il soddisfacimento dei bisogni delle persone in vista della preservazione della loro dignità – tale tutela non può spingersi fino ad acquisire il medesimo valore del fine»⁷¹.

In tale contesto, ha assunto un ruolo fondamentale il g.a. cui «cittadini e amministrazioni chiedono ogni giorno di [...] vigilare sulla proporzionalità e ragionevolezza della regolazione economica»⁷² risolvendo i *conflitti*, componendo gli *interessi* eterogenei in settori cruciali in cui occorre stabilire la priorità tra tutela dei diritti sociali fondamentali (istruzione, salute, ecc.) e vincoli finanziari, assumendo, infine, una decisione in merito all'assetto degli stessi raggiunto nel provvedimento amministrativo. Così, a titolo meramente esemplificativo, il g.a. senza disconoscere l'esistenza di ostacoli di natura economico-finanziaria, ha stabilito che nei casi grave di disabilità o di soggetti particolarmente bisognosi di cure costanti in quanto affetti da malattie croniche, la carenza delle risorse non deve pregiudicare il «nucleo irriducibile» del diritto alla salute di chi ne «domanda piena ed esaustiva tutela» a tal fine richiedendosi una «diversa allocazione delle risorse disponibili, che spetta alle singole amministrazioni (nel caso, alla Regione)

⁷¹ Così, C. Buzzacchi, *Spesa pubblica ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2/2016, 421 ss. Il rapporto di mezzo a fine implica, altresì, la previsione di una disponibilità più elastica non tanto in funzione delle esigenze attuali, quanto piuttosto delle eventuali future necessità socio-sanitarie.

⁷² Così, A. Pajno, *Relazione all'Inaugurazione dell'anno giudiziario*, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2018, in *Giustizia-amministrativa.it* il quale, contrapponendosi allo scetticismo di molti, riconosce che compiendo le proprie valutazioni sulla base delle norme e degli interessi che volta per volta vengono in rilievo, il g.a. assume un ruolo che non gli è proprio, «“interferente” con la sfera delle decisioni politiche (che) è anche il portato di un deficit strutturale dell'attuale ordinamento positivo e non del protagonismo individuale dei giudici». Particolarmente enfasi è stata posta sulla ricorrenza degli ottanta anni dall'approvazione delle leggi razziali e del settantesimo anniversario della Carta costituzionale che sancisce il principio di uguaglianza tra tutti i cittadini ed il diritto di difesa dinanzi al giudice munito di giurisdizione, sottolineando, altresì che «Forse il miglior modo di comprendere il valore della nostra Costituzione sta nel considerare che tutti quei diritti che quotidianamente consideriamo scontati – l'accesso all'istruzione per tutti, la sanità pubblica, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di insegnamento, la libertà di riunione – semplicemente non ci sarebbero senza di essa».

predisporre in modo tale da contemperare i vari interessi costituzionalmente protetti che domandano realizzazione»⁷³.

In assenza di una rigida e predeterminata gerarchia tra i beni interessi tutelati, è legittimo ritenere che il g.a. è chiamato a svolgere – anche nel prossimo futuro – un ruolo da protagonista piuttosto delicato ed oneroso adottando secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza tutti i provvedimenti idonei allo scopo.

Ancora più complessa è la posizione assunta dalla Corte costituzionale, come evidenziato dalla dottrina la quale non ha potuto fare a meno di constatare che «sulle giurisdizioni costituzionali si sono scaricate, negli anni, pretese sempre più elevate, talvolta insigibili. Così [...] si è chiesto loro di sostituirsi ai legislatori nell'esercizio della funzione di *mediazione* sociale (laddove è proprio dei giudici, semmai, assicurare prestazioni di *moderazione* dei conflitti)»⁷⁴.

Vero è che il ricorso al g.a. in questo come in altri contesti non è, né potrebbe mai essere considerato la «panacea di tutti i mali» di un settore che, salvo limitate eccezioni, vede il diritto alla salute – specie delle fasce più deboli della popolazione – in lenta ma costante recessione vista la tendenza ormai inveterata delle politiche di *spending review* a sacrificare i diritti sociali mettendo a repentaglio la tenuta del SSN e perfino la sopravvivenza dello Stato, rappresentando essi «una sorta di “precondizione” della democrazia»⁷⁵. Le pronunce della Corte costituzionale e del g.a. potrebbero assolvere, semmai, ad un'altra importante funzione che è quella di richiamare lo Stato alle proprie responsabilità e di alleggerire, per quanto possibile, la tensione tra diritti sociali, livelli essenziali di assistenza ed equilibrio di bilancio⁷⁶.

⁷³ Si segnala, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 809 (commentata da F. Paterniti, *La necessaria collaborazione tra enti locali nelle azioni di sostegno alla disabilità al fine di tutelare il diritto fondamentale all'istruzione*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018) che richiamando la già citata sentenza della Corte costituzionale (16 dicembre 2016, n. 275, cit.) – a proposito dei servizi strumentali alla tutela ed alla garanzia del diritto fondamentale all'istruzione – ne ha precisato i reciproci rapporti e l'ampiezza delle garanzie riconosciute agli studenti affetti da disabilità anche gravi chiarendo che «il servizio di trasporto scolastico e di assistenza [...] per lo studente disabile [...] costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto» con la conseguenza che le amministrazioni coinvolte (Provincia, Regione e Comune) sono tenute nell'ambito delle rispettive competenze ed in ossequio al principio di leale collaborazione ad attivarsi incondizionatamente al fine di assicurare la concreta erogazione dei servizi in favore degli aventi diritto. In precedenza, cfr. TAR Piemonte, sez. II, 29 gennaio 2015, n. 157 che richiama la precedente sentenza del 31 gennaio 2014, n. 199. In dottrina, cfr. M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo* cit., 9. D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit., 13 ha chiarito che il criterio per effettuare il bilanciamento «non (è) certo (quello del)la fundamentalità».

⁷⁴ M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei Sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 15. Sui criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa per la risoluzione dei conflitti insorti tra diritti equidistanti, cfr. D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit.

⁷⁵ A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *AIC* n. 1/2017, 2.

⁷⁶ Cfr. M. D'Alberti, *Principi del diritto europeo e giurisdizione amministrativa*, cit., 285 ha chiarito che in base all'art. 1 c.p.a., il g.a. «è chiamato a costruire una giurisprudenza per principi» dell'ordinamento interno e del diritto dell'Unione europea [...] in cui «vi è anche il protagonismo dei diritti non economici e delle liber-

La salute ai tempi della spending review: come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale

L'articolo affronta il problema della sostenibilità del SSN e dell'accesso alle prestazioni sanitarie ed alle cure. Partendo dai dati e dalle statistiche che svelano numerosi e persistenti ritardi ed inefficienze ed evidenziando alcuni passaggi particolarmente significativi in cui si condensano le principali criticità delle politiche di *spending review* degli ultimi anni, l'indagine intende dimostrare che il SSN non possa ormai considerarsi un sistema universale ma, piuttosto, un privilegio per pochi «al tempo dell'universalismo selettivo» caratterizzato da «disparità crescenti, spesa privata e sanità negata» per l'esigenza di garantire l'equilibrio di bilancio e che se, da un lato, il SSN è fonte di sprechi, ingiustizie e discriminazioni dovute all'asservimento del diritto alla salute alle logiche del mercato, dall'altro non va neanche sottovalutato il rischio di illegalità e corruzione e le conseguenze che la grave perdita di efficienza del sistema produce nei rapporti tra i cittadini e le Istituzioni.

Healthcare in times of spending review: how to reconcile the control of healthcare budget with the effectiveness of the right to healthcare and the relative jurisdiction

The paper deals with the problem of the National Health Service (NHS) sustainability and with the access to the health services and to the medical care. Starting from the data and the statistics revealing numerous and persistent delays and inefficiencies and highlighting some particularly significant passages representing, in recent years, the main critical issues of *spending review* policies, the analysis aims to demonstrate that today the SSN cannot be considered a universal system but it is becoming a privilege for few people «at the time of selective universalism» characterized by «increasing disparities, private spending and denied health care», due to the necessity to guarantee budgetary balance. Furthermore, the analysis highlights that if, on the one hand, the NHS is a source of wastefulness of resources, injustices and discriminations, due to the subjugation of the right to health to the market logic, on the other hand, the risk of illegality and corruption – and the consequences produced by the serious loss of system efficiency on the relationships between citizens and institutions – cannot be underestimated.

tà fondamentali garantite dalla CEDU”, assolvendo, quindi, ad una «funzione “equilibratrice” anche nel bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze di bilancio».

Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*

Fabrizio Fracchia, Massimo Occhiena

SOMMARIO: 1. Premessa, delimitazione del campo di indagine e ipotesi di lavoro. – 2. Narrazioni, enunciati linguistici e mondo reale. – 3. La prova del nesso di causalità nell'illecito civile dell'amministrazione: il criterio del “più probabile che non”. – 4. La perdita di chance alla luce del criterio della “rilevante probabilità”. – 5. “Oltre il più probabile che non”: il danno da ritardo, la condanna ad adempiere e l'art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. – 6. La regola del “più probabile che non” nell'interdittiva antimafia e nell'iscrizione nella *white list*; probabilità e tutela cautelare. – 7. Ragionamenti esplicativi, prognosi postume, narrazioni processuali e asserzioni di carattere particolare, “guardando in avanti”. Una digressione su interpretazione, applicazione delle norme e discrezionalità. – 8. Sul criterio logico puro nell'accertamento del nesso causale. – 9. Sulle ipotesi in cui il criterio logico si intreccia con il sindacato sulla discrezionalità: danno da perdita di chance e danno da ritardo. – 10. Presenza e assenza di ipotesi alternative: “più probabile che non” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. L'escamotage del carattere vincolato dell'azione amministrativa.

1. *Premessa, delimitazione del campo di indagine e ipotesi di lavoro*

La fisionomia del sindacato del giudice amministrativo sull'azione amministrativa, nonché la sua intensità, la sua estensione e la sua profondità, sono spesso analizzate o descritte ricorrendo a coppie concettuali classiche e sedimenta-

* Il presente lavoro è frutto di approfondimenti e riflessioni comuni; tuttavia, i paragrafi da 1 a 4 sono stati scritti da Fabrizio Fracchia, quelli da 5 a 10 da Massimo Occhiena.

te, la principale delle quali è costituita dal binomio discrezionalità/vincolatezza¹. Non si possono però dimenticare i richiami allo schema interesse legittimo-diritto soggettivo², la contrapposizione tra sindacato debole e sindacato forte³, quella tra spettanza e mancata spettanza del bene finale⁴, nonché la dicotomia giudizio sul rapporto/giudizio sull'atto⁵. Sono tutte impostazioni che, tra l'altro, possono

¹ Nell'impossibilità di richiamare tutte le voci, in una prospettiva di sintesi, sia consentito limitarci a A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 169 ss.; A. Zito, M.R. Spasiano, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2017, 71 ss.; G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2013; A. Giusti, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012; M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; V. Domenichelli, *Il giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, II, 513 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; AA.VV., *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, a cura di G. Morbidelli, Torino, 2000; L. Mazzaroli, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 463 ss.; C.E. Gallo, voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 617 ss.; F. Benvenuti, voce *Processo amministrativo. a) Ragioni e struttura*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1987, 454 ss.; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981; S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo come processo di parti*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, III, 1981, 1483 ss.

² F.G. Scoca, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, 479 ss.; A. Travi, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 1 ss.; B. Spampinato, *Tipologia degli interessi legittimi e forme di tutela*, Torino, 2010; B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di studi e ricerche parlamentari Silvano Tosi*, Torino, 2010, 121 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; A. Romano Tassone, voce *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Agg.*, 1998, 966 ss.; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996, spec. 236 ss.

³ S. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012; G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 133 ss.; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2009; E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli 2008; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.

⁴ D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002; G.D. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

⁵ S. Valaguzza, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 783 ss.; S. Castrovinci Zenna, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, *ivi*, 2017, 146 ss.; P. Verri, *Declaratoria di illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori: potere del giudice o onere della parte?*, *ivi*, 2014, 964 ss.; F. Luciani, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, *ivi*, 2012, 503 ss.; M. Clarich, *Le azioni*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; B. Tonoletti, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss.; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481 ss.

combinarsi l'una con l'altra e anche non necessariamente a coppie. Non mancano, poi, voci che mirano a prescindere dalle stesse⁶.

In generale, quanto ai suddetti modelli esplicativi delle modalità di scrutinio utilizzate dal giudice amministrativo, occorre prima di tutto evidenziare come la disciplina processuale non offra decisive indicazioni a favore dell'applicazione dell'uno o dell'altro schema. Infatti, a eccezione, ovviamente, della distinzione diritti/interessi legittimi che il codice utilizza ai fini della perimetrazione della giurisdizione (art. 7, c.p.a.), non si percepisce alcuna scelta del legislatore nel senso della variabilità dell'estensione del sindacato, né emergono indicazioni in merito a regole specifiche cui debba conformarsi il controllo giurisdizionale. Al più, in materia si può rilevare la presenza di taluni indizi e spunti disseminati nel codice, tutti rivelatori di alcuni specifici poteri decisori in caso di azione amministrativa vincolata⁷. Tuttavia, quanto, ad esempio, a oneri probatori e mezzi istruttori e a poteri decisori ulteriori rispetto a quello sopra menzionato in ipotesi di silenzio, non si pongono differenze incolmabili giustificabili in ragione della tipologia discrezionale o vincolata dell'attività amministrativa su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi. A ben vedere, l'assenza di indicazioni normative non deve stupire, posto che è piuttosto la prassi costantemente seguita dal giudice nell'applicazione del diritto a consentire di calibrare e di dosare l'intensità del sindacato (si pensi all'imponente prassi relativa al controllo dell'eccesso di potere, alla luce di principi quali la ragionevolezza, la proporzionalità e la congruità)⁸, anche tenendo conto delle diverse esigenze di giustizia correlate alle differenti fattispecie concrete oggetto di causa⁹.

Senonché, accanto ai modelli più tradizionali, dall'analisi della giurisprudenza ne emergono altri, forgiati sulle esigenze sostanziali siccome evidenziate nell'esercizio dell'attività amministrativa. Per questa via, emergono percorsi di sindacato o, più in generale, di ragionamento in sede processuale, non necessariamente coincidenti con quelli messi tradizionalmente a tema dalla dottrina. Su questi modelli pretori non ci si propone, nel presente lavoro, di proporre un percorso meramente ricognitivo, utile dal punto di vista ricostruttivo ma, in quanto tale, teoricamente fine a sé stesso. Almeno a livello d'ipotesi di studio (nella prospettiva – per così dire e per anticipare un motivo su cui ancora si tornerà – del-

⁶ M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit.

⁷ Il riferimento è ai poteri decisori in materia di silenzio *ex art.* 31, comma 3, c.p.a., su cui si tornerà diffusamente in seguito.

⁸ Sull'argomento, per tutti, S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.

⁹ Tra i primi a riflettere sulla creazione in sede giurisdizionale di schemi argomentativi ai fini di giustificare le decisioni, sebbene inquadrando il fenomeno nella prospettiva dell'acquisizione del consenso, C. Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano, 1979 (opera però del 1976).

l'“abduzione”, dunque delineando conclusioni probabili e non certe)¹⁰, si vorrebbe invece condurre un'indagine volta a mostrare come differenti modelli di sindacato o di ragionamento siano in grado di affrancarsi da regole di giudizio forgiate nel tempo con riferimento a quelli più tradizionali, richiedendo anche strumenti d'indagine, o comunque categorie concettuali, di tipo nuovo. Essi, cioè, potrebbero essere governati da una logica diversa rispetto a quella illuminata dal tradizionale riferimento a discrezionalità, vincolatezza, rilevanza di diritti o interessi legittimi, oppure ancora dalla presenza di più o meno ampi margini di discrezionalità tecnica. In particolare, si intende verificare la sussistenza di spazi per l'applicazione di specifiche regole di inferenza logica e, cioè, di canoni, appunto logici, relativi a quel processo attraverso il quale, partendo da una premessa, si giunge a un enunciato conclusivo che può essere (anche cumulativamente) una qualificazione giuridica, la prova di un elemento di una fattispecie, la valutazione circa l'integrazione di un presupposto per l'applicazione di una norma, il contenuto decisorio di una statuizione e così via¹¹.

In via di primissima approssimazione, per inferenze logiche¹² si intenderanno d'ora innanzi i procedimenti mediante i quali si giunge a un giudizio di verità/falsità avente a oggetto un enunciato linguistico¹³ relativo a uno stato di fatto, a una qualificazione, a un corredo probatorio o a una condizione rilevante ai fini di una decisione del giudice partendo da una premessa che, a sua volta, consiste in un enunciato relativo a circostanze storico-ambientali o a fattispecie. L'inferenza può essere di tre tipi¹⁴: induttiva (che, sulla base di una serie di elementi fattuali, procede “verso” la definizione di una regola o di una spiegazione causale); deduttiva (che procede “da” una regola, con un ragionamento a priori, tale per cui la conclusione può essere raggiunta prima ancora di verificarne la verità alla luce dei

¹⁰ Sulla differenza tra abduzione e metodi induttivo e deduttivo, si v. O. Di Giovine, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151 ss. In argomento, tra gli altri, L. Urbani Ulivi, *L'abduzione come momento della scoperta in contesti di realtà*, 2016, 2240 e ss. G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2007, nonché il recente lavoro di T. Gazzolo, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, 2018, con ampia analisi dell'abduzione nell'accezione retroduttiva propria della teoria di Peirce.

¹¹ M. Taruffo, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1507 ss. (e le critiche ivi mosse a P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014) e, dello stesso Autore, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, nonché *La valutazione delle prove*, in AA.VV., *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 220 ss. In generale, sulle inferenze logiche, per tutti, oltre al fondamentale S. Toulmin, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, 1975 (cui si ispira la costruzione elaborata nel campo giuridico da Taruffo), si v. la ricostruzione offerta da F. Gusmano, *Significato, uso e inferenza*, in *www.APhEx.it*, 3, gennaio 2011.

¹² R. Blaiotta, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010, 1265 ss.

¹³ Il giudice, in particolare, non entra normalmente in contatto diretto con fatti, ma con enunciati linguistici relativi a fatti: M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 111.

¹⁴ S. Mantere, M. Ketokivi, *Reasoning in Organization Science*, in *The Academy of Management Review*, 38(1), 2013, 70-89; R.J. Ormerod, *Rational Inference: Deductive, Inductive and Probabilistic Thinking*, in *The Journal of the Operational Research Society*, 61, 8, 2010, 1207-1223 ss.

dati dell'esperienza); abduttiva (che fa perno sulla definizione di una ipotesi possibile da sottoporre a successivo vaglio).

Ciò chiarito, occorre ribadire che l'interrogativo attorno cui ruota la presente indagine investe l'esistenza di situazioni in cui il giudice faccia ricorso alla teoria dell'inferenza e, ancor prima e a monte, nei limiti che verranno subito appresso identificati, i casi in cui analogo uso sia fatto dall'amministrazione la cui attività si espone al relativo sindacato. Si noti che il campo di analisi così provvisoriamente dischiuso è più ristretto rispetto a quello delimitato in ragione del generico riferimento allo studio della "bontà" delle argomentazioni (come tale governate anche dalla logica) nel processo amministrativo¹⁵. La delimitazione del terreno d'indagine come sopra illustrata, infatti, espunge dall'orizzonte problematico temi assai rilevanti quali la verità delle premesse, la sufficienza della loro prova, la sussistenza di evidenze inesprese¹⁶ e le tradizionali fallacie formali (si pensi, con riferimento a un argomento deduttivo, all'impossibilità che la premessa sia vera e la conclusione falsa)¹⁷. Nella presente trattazione interessa indugiare specificamente su talune regole in forza delle quali, sul piano logico, il giudice inferisce un enunciato da una premessa, con particolare riferimento a talune ipotesi: l'applicazione del canone del "più probabile che non", il richiamo alla "rilevante probabilità" e l'impiego del criterio "oltre ogni ragionevole dubbio". Pur tenendo conto dell'indicata definizione di campo, l'analisi sviluppata al suo interno sfiora svariati istituti del diritto amministrativo sostanziale e processuale. Anche al fine di contenere entro limiti ragionevoli l'indagine, siffatti istituti saranno richiamati nella misura strettamente necessaria ai fini dell'analisi qui condotta. Per le stesse ragioni di necessaria sintesi discendenti dalla tipologia del genere letterario prescelto, si precisa che i casi su cui si indugerà sono quelli che più vistosamente emergono dalla giurisprudenza recente, anche come conseguenza di specifiche scelte legislative. Essi non esauriscono il panorama composto dai "luoghi" in cui le inferenze logiche vengono impiegate dal giudice (basti pensare al fertile e complesso terreno delle presunzioni¹⁸ e degli

¹⁵ La parte motiva di una sentenza, infatti, è costituita da una o più argomentazioni, per mezzo delle quali il giudice controlla la correttezza di quelle sviluppate (ad esempio, nella motivazione degli atti) dalle amministrazioni i cui provvedimenti siano stati impugnati in sede giurisdizionale.

¹⁶ F. Fracchia, *Argomentare nel (e il) diritto: sulla necessità di un confronto per formare gli operatori delle professioni legali*, in questa *Rivista, Approfondimenti*, 2012, 1 ss.

¹⁷ *Ex multis*, v. A. Iacona, *L'argomentazione*, Torino, 2005.

¹⁸ Sulla cui sterminata letteratura ci si limita a ricordare L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 645 ss.; G. Fabbrini, voce *Presunzioni*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, 279 ss.; M. Taruffo, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; F. Cordopatri, voce *Presunzione: d) teoria gen. e dir. proc. civ.*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 274 ss.; L. Montesano, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 236; G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 ss.; V. Andrioli, voce *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 766 ss.

argomenti di prova, alla questione della responsabilità per danno ambientale¹⁹ o, ancora, all'inferenze che consentono di passare dalla prova dei fatti secondari alla prova di quelli primari) ma, salvo effettuare al più cenni sommari, questi altri istituti non verranno presi in considerazione.

Ancora, si rileva che nell'ambito prescelto non pare sussistere giocoforza una simmetria tra il metodo logico sostanziale applicato dall'ente pubblico decisore e quello processuale utilizzato dal giudice. Quella simmetria può sussistere, ma non è indispensabile. In buona sostanza, dal momento che il sindacato del giudice amministrativo si svolge su scelte effettuate dall'amministrazione, a tutta prima si sarebbe tentati di affermare che le ipotesi oggetto di analisi riflettano la sussistenza di percorsi inferenziali "sostanziali" peculiari imposti al (o scelti dal) soggetto pubblico. In realtà, come anticipato, così non è necessariamente. Se certamente esistono casi in cui la regola di inferenza è stata già applicata dall'amministrazione (è, questa, in particolare, l'ipotesi dell'interdittiva antimafia: par. 6), sicché il giudice è chiamato a sorvegliarne l'impiego, in molte altre situazioni essa costituisce uno "strumento" utilizzato esclusivamente dal giudice nell'ambito processuale (si v., ad esempio, il tema del nesso di causalità).

Infine, non è per nulla scontato che il modello dell'inferenza logica si sostituisca compiutamente alle altre coppie concettuali, potendosi immaginare che esso intercetti soltanto aree specifiche dell'azione amministrativa e del relativo sindacato giurisdizionale all'interno del percorso argomentativo seguito dal giudice nel suo complesso. Cionondimeno, la sua individuazione conduce a ipotizzare l'applicazione di specifiche regole, diverse da quelle, ad esempio, che governano l'uso della discrezionalità, influenzando a cascata le strategie delle parti processuali, chiamate a confrontarsi con i problemi dell'onere della prova, dello standard probatorio e dell'articolazione dei vizi. Quando il modello argomentativo in disamina è utilizzato, infatti, entrano in gioco criteri logici, che governano la costruzione di ragionamenti corretti, che nulla hanno a che fare con la "conoscenza" della realtà o con la corretta ponderazione dell'interesse pubblico. Il che

¹⁹ Un altro settore in cui rileva la questione è quello dell'imputabilità dell'inquinamento a un determinato soggetto. Corte Giustizia UE, 9 marzo 2010, causa C-378/08, *Erg. e a.*, par. 57-58, ha statuito quanto segue: «dato che, conformemente al principio "chi inquina paga", l'obbligo di riparazione incombe agli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'inquinamento o al rischio di inquinamento (v., per analogia, sentenza 24 giugno 2008, causa C-188/07, *Commune de Mesquer*, Racc. pag. I-4501, punto 77), per poter presumere secondo tali modalità l'esistenza di un siffatto nesso di causalità l'autorità competente deve disporre di indizi plausibili in grado di dar fondamento alla sua presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività. Quando disponga di indizi di tal genere, l'autorità competente è allora in condizione di dimostrare un nesso di causalità tra le attività degli operatori e l'inquinamento diffuso rilevato». In ambito nazionale si è applicato il canone del "più probabile che non": *ex multis*, si v. Cons. Stato, Sez. II, 27 luglio 2018, n. 1947; Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2017, n. 5668; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 9 giugno 2017, n. 1381.

costituisce la caratteristica se vogliamo più evidente che scaturisce dall'applicazione di tale schema negli enunciati motivazionali che reggono i correlati dispositivi pretori (*recte*, nei percorsi logici da cui discendono quegli stessi dispositivi).

2. *Narrazioni, enunciati linguistici e mondo reale*

L'analisi qui condotta intende essenzialmente lumeggiare "ciò che accade" nel giudizio. Al riguardo, talora si fa riferimento alla circostanza che, appunto all'interno del processo, prendono vita "narrazioni" e che lo stesso giudizio sia qualificabile alla stregua di un contesto di narrazioni concernenti i fatti della fattispecie da cui scaturisce²⁰, sicché si pone immediatamente il tema del loro rapporto con la realtà fattuale – o quella porzione della realtà fattuale – che non entra nell'agone processuale. Questione di un certo rilievo anche ai nostri fini, perché spesso si indugerà su casi in cui le decisioni giurisdizionali assunte in ordine a dati extraprocessuali si fondano su inferenze che non raggiungono la soglia della certezza, dunque ammettendosi che l'accertamento processuale, rappresentato da un enunciato linguistico, non corrisponda al dato fattuale extralinguistico (e, cioè, alla verità/allo stato delle cose)²¹.

Un acceso dibattito è comunque fiorito in ordine alla relazione con la realtà. Esso è stato alimentato dal riferimento a questioni inerenti la conoscenza del mondo, contrapponendo (per semplificare) il *new realism* all'ermeneutica post-gadameriana, tacciata come antirealismo²². Citando appunto alcune dispute filosofiche (anche interne alla Scuola torinese)²³, a difesa della tesi secondo cui importa accertare la verità in relazione alla realtà "al di fuori del processo", si è invocata la tesi secondo cui essa «è la base per ristabilire la giustizia»²⁴: solo la realtà (la corrispondenza con la realtà), cioè, avrebbe l'autorità necessaria per sancire

²⁰ M. Taruffo, *Tre divagazioni intorno alla verità*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 2018, 133 ss., il quale si domanda se il processo sia «orientato ad accertare la verità de re dei fatti su cui verte la decisione finale, ovvero se a fondare tale decisione siano sufficienti le caratteristiche "narrative" di una descrizione dei fatti».

²¹ Sul rapporto tra verità e processo, *ex multis*, G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, 67 ss.

²² B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss.; M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone, ibid.*, 995 ss.; N. Vassallo, *Contro la veriphobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in AA.VV., *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti e M. Marsonet, Milano, 2007. Si v. altresì P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua, F. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, Torino, 2010, 315 ss.; B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 2005.

²³ Da un lato G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, 2009, dall'altro M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012. Le due posizioni sono richiamate da M. Taruffo, *La verità del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1117 ss.

²⁴ M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, cit., 96.

la verità o la falsità di ciò che si dice intorno a essa, sicché anche nel processo l'accertamento della verità non potrebbe essere sganciata dalla realtà. Contro questa tesi si può obiettare che il giudice è sempre condizionato da una radicale assunzione di storicità. Egli, dunque, sulla base di influenze socio-culturali, interpreta ciò che si offre alla sua indagine e che ha smarrito l'originaria purezza, in quanto è filtrato da fattori "altri". I fatti "non parlano da soli", ma suppongono qualcuno che li enuncia, il quale non sta mai nel punto di vista dell'Assoluto.

Ai nostri limitati fini, agli esiti di questo stimolante dibattito non sembrano doversi assegnare un ruolo decisivo ai fini dell'indagine che verrà sviluppandosi. Intanto, ciò che il giudice decide attiene talora a dati che (salvo forzature linguistiche) non esistono nel mondo reale: si pensi al carattere univoco di alcuni indizi, al decorso causale che nella realtà non si è verificato, o alla spettanza di un bene della vita nel caso di interessi pretensivi.

Il rilievo, invero, non è decisivo, consentendo al più di delimitare il punto di incidenza del dibattito. Gli è che l'ermeneutica del pensiero debole, non essendo spiritualismo immaterialista *à la* Berkeley²⁵ (nel quale comunque tale teoria riguarda una fase giovanile estremamente breve del suo percorso di pensiero e rivolta a giustificare verità religiose), non sembra possa essere così sbrigativamente bollata come negazionista nei confronti della realtà oggettiva. Ciò che interessa a questa tesi non è negarne l'esistenza indipendente rispetto al soggetto pensante: nel famoso enunciato "P" è vero se e solo se "P" (tipico caso "la neve è bianca"), il problema citato da Vattimo²⁶ attiene piuttosto al "chi" si assuma la responsabilità di togliere le virgolette davanti al secondo "P" (che è indipendente dall'osservatore), risultando cioè poco giustificabile che "P" non venga enunciato da nessuno con i condizionamenti imposti dalla nostra costitutiva finitezza. Quella posizione intende esprimere che (e non a caso il discorso si sviluppa soprattutto a partire dall'estetica²⁷), l'essere non è mai un "Essere parmenideo" disponibile allo sguardo a guisa di dato oggettivo conquistato, ma è semmai un essere che si eventualizza *à la* Heidegger. A tacere del profilo religioso (dottrina della *kénosis*²⁸), tra le implicazioni di una tale tesi vi è dunque quella secondo cui la metafisica, come intesa dai corrispondentisti, è violenza, sicché solo rinunciando a ogni metafisica del fondamento si garantisce la libertà dell'uomo.

Traslare meccanicamente la teorica secondo cui "non esistono fatti ma solo interpretazioni e anche questa è un'interpretazione" – e più in generale gli esiti del dibattito (tra l'altro pluricentenario) sopra sintetizzato – al di fuori (ad esem-

²⁵ In generale, M.M. Rossi, *Introduzione a Berkeley*, Roma-Bari, 1970; C. Bradley, *Berkeley's Idealism*, in *The Journal of Speculative Philosophy*, 15(1), 1881, 67 e ss., nonché G. Vattimo, *Della realtà*, Milano, 2012, 96.

²⁶ G. Vattimo, *Della realtà*, cit.

²⁷ G. Vattimo, *Poesia e ontologia*, Milano, 1985.

²⁸ G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Roma-Bari, 1994, 56 ss. e Id., *Verità o fede debole*, Torino, 2015.

pio, appunto nel processo) del contesto a essa proprio, riducendola a forme di pragmatismo *à la everything goes*, è fuorviante, pericoloso e non rende un buon servizio agli ermeneutici del pensiero debole e, forse, rischia di profilarsi come la costruzione un falso bersaglio da parte dei suoi oppositori. Il processo, in massima parte si occupa d'altro e gli ermeneutici non si occupano del problema contingente della verità nel processo. Il che non esclude che una generale e descrittiva chiave di lettura imperniata sul motivo della narrazione processuale possa essere utilmente impiegata ai nostri fini e, in questo senso, verrà infatti talora evocata.

3. *La prova del nesso di causalità nell'illecito civile dell'amministrazione: il criterio del "più probabile che non"*

Si è in precedenza asserito che una specifica tipologia di sindacato, svolto e governato da regole peculiari (di "inferenza logica"), potrebbe corrispondere a un'area di scelte in capo all'amministrazione rette da analoghe regole. Si è però immediatamente aggiunto che ciò non accade necessariamente. Questo è il caso della prova del nesso di causalità²⁹ nell'illecito dell'amministrazione³⁰, in cui viene in evidenza il tema della prova della derivabilità tra eventi: in senso proprio si tratta di verificare la verità dell'enunciato che descrive il nesso di causalità, tenendo conto che i processi di derivazione³¹, anche alla luce degli esiti cui ha condotto l'"irruzione del dubbio" nello statuto degli enunciati scientifici e la correlata ricerca epistemologica sui caratteri del sapere scientifico, non sono regolati da regole certe.

Il criterio di inferenza che caratterizza l'ambito oggetto di osservazione è il seguente: "la maggior parte delle volte che si verifica un fatto del tipo X", "si veri-

²⁹ Sull'istituto, oltre ai contributi di G.E. Napoli, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012; M. Infantino, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2012; G. Licci, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996; F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975; F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967; P. Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960; S. Ranieri, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936; F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960 (ristampa del volume edito a Padova nel 1934) e alle voci enciclopediche di A. Pagliaro, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III, Milano, 2007, 153 ss.; M. Siniscalco, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 639 ss., si v., da ultimo, F. Piraino, *Il nesso di causalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 399 ss.; M. Pennasilico, *Dalla causalità alle causalità: il problema del nesso eziologico tra diritto civile e diritto penale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1295 ss.; A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 7 ss.; G. Valcavi, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 409 ss.

³⁰ Diversa è invece l'ipotesi – peraltro non trattata in questo lavoro – in cui l'illecito sia accertato in prima battuta dall'amministrazione (la quale deve dunque occuparsi anche di verificare la sussistenza del nesso di causalità secondo modelli di inferenza logica), come ad esempio accade in talune fattispecie sanzionatorie.

³¹ In generale, senza alcuna pretesa di esaustività, C.S. Peirce, *Causalità e forza. Scritti scelti*, a cura di G. Maddalena, Torino, 2008; A. Romano, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Torino, 2005; F. Enriques, *Causalità e determinismo nella filosofia e nella storia della scienza*, Roma, 1945, rist. 2017.

fica anche un fatto del tipo Y”, e “il fatto del tipo X” è “la causa del fatto del tipo Y”³². Il giudice amministrativo, impegnato a spiegare l’eziologia del pregiudizio alla luce dell’apparato probatorio offerto dalla parte, deve accertare la derivazione dell’evento rispetto alla condotta – c.d. “causalità materiale”, da distinguere da quella c.d. “giuridica”, regolata dall’art. 1223, c.c., che concerne la quantificazione del danno conseguenza – applicando, sulla scorta del diritto civile³³, il criterio del “più probabile che non”, anziché il penalistico “oltre ogni ragionevole dubbio”³⁴.

In particolare, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁵ ha statuito che, «ai fini del riscontro del nesso di causalità nell’ambito della responsabilità civile, si deve muovere dall’applicazione di principi generali dell’illecito, oggetto di particolare elaborazione nel diritto penale e che trovano, in quel codice, positiva espressione negli art. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*), ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che nell’accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa) vige la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”, mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio” (cfr., rispettivamente, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 e Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese)»³⁶.

La questione è presa in considerazione da altre (invero relativamente poche) decisioni. Tra queste, si segnala l’arresto del Consiglio di Stato che ha avvicinato l’indagine sul nesso di causalità al giudizio prognostico relativo alla spettanza del bene in ipotesi di tutela dell’interesse legittimo pretensivo (su cui si v. il successivo paragrafo), meritevole di tutela alla stregua dell’ordinamento, sicché il giudice

³² Così M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1165 ss.

³³ Sulla necessità di tenere distinti l’accertamento del nesso di causalità e l’accertamento della colpa, si v. Cass. civ., Sez. III, 14 novembre 2017, n. 26824.

³⁴ *Ex multis*, F. Caprioli, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 51 ss.; M. Pisani, *Riflessioni sul tema del “ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1243 ss.; C. Piergallini, *La regola del “ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, *ibid.*, 593 ss.; D. Chinnici, *L’“oltre ogni ragionevole dubbio”: nuovo criterio del giudizio di condanna?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1556; F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3857 ss.; F. Stella, M.C. Galavotti, *L’oltre il ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 882 ss.

³⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2, su si v. la nota di commento di A. Travi, in *Foro it.*, 2017, III, 433 ss.

³⁶ Continua l’Adunanza Plenaria osservando che «Il rigore del principio dell’equivalenza delle cause, posto dall’art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova, peraltro, il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall’art. 41, 2° comma, c.p.a., in base al quale l’evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all’autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto».

dovrebbe accertare il rapporto di causalità c.d. “materiale” tra la condotta (provvedimento illegittimo) e l'evento dannoso (lesione del bene della vita costituito dall'aggiudicazione dell'appalto)³⁷.

Tra le altre pronunce, di interesse è la sentenza che sottolinea la specificità della responsabilità dell'amministrazione³⁸. In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, occorre tenere conto delle peculiarità della posizione dell'interesse legittimo e dell'ambito dei poteri di cui è titolare l'amministrazione, sicché, qualora sia proposta una domanda risarcitoria nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, cumulativamente, del Ministero degli Affari Esteri (basata sulla mancanza di provvedimenti volti ad evitare che le autorità di un altro Stato impediscano con comportamenti ostruzionistici un collegamento marittimo tra tale Paese estero e una località italiana), essa va respinta per mancanza del nesso di causalità tra la condotta e il danno, allorché risulti che – con ogni probabilità e in base al criterio del “più probabile che non” – le eventuali iniziative delle autorità italiane non avrebbero potuto impedire lo svolgimento della medesima attività ostruzionistica.

In una prospettiva di sintesi, si può dunque affermare che si è al cospetto di una regola di inferenza causale, applicata dal giudice e oggetto di prova da parte del ricorrente, tale per cui la conclusione dell'argomentazione (compendiabile nell'affermazione secondo cui sussiste il nesso tra condotta e danno) deve apparire “più probabile che non” rispetto a ipotesi alternative. In realtà, l'approfondimento rimane ancora a un livello non soddisfacente, probabilmente perché nella maggior parte delle fattispecie³⁹ non occorre procedere a un'indagine particolarmente approfondita quando il caso attiene a un illecito relativo a interessi oppositivi. Infatti, per la natura stessa dell'illecito, in ragione del fatto che la lesione deriva dall'atto e per la linearità della vicenda, è immediatamente evidente il carattere causale della determinazione dell'amministrazione, rilevabile formulando la semplice ipotesi controfattuale (eliminazione della condotta). Rimane invece assai

³⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751 (tra l'altro relativa all'incidenza causale della mancata proposizione di un'istanza cautelare), che ha affermato che «il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita (nel caso di specie, sull'esito della gara in assenza della illegittimità) si presenta come un'applicazione particolare dei principi generali in tema di nesso di causalità materiale: esso tende a stabilire quale sarebbe stato il corso delle cose se il fatto antiggiuridico (nella specie la violazione della norma che è motivo di illegittimità dell'atto) non si fosse prodotto, vale a dire se l'amministrazione avesse agito correttamente». La distinzione tra i due piani (ma non viene specificato se si tratti di danno evento o di danno conseguenza) è invece evocata da altre decisioni: si v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2018, n. 1409.

³⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792. In materia, si v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823; Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1068; Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2010, n. 3367.

³⁹ Ciò non accade tuttavia sempre, posto che possono ipotizzarsi eventi esterni in grado di interrompere la catena causale: ad esempio, TAR Lombardia, Sez. II, 26 aprile 2017, n. 949 afferma che il nesso causale non può dirsi presunto in forza di una precedente pronuncia di illegittimità del provvedimento amministrativo.

più oscuro (o al più solo evocato) il rapporto con la spettanza del (o la tensione verso il) bene nell'illecito connesso a interessi pretensivi.

4. *La perdita di chance alla luce del criterio della “rilevante probabilità”*

Tra gli aspetti più controversi della questione in disamina vi è il tema, poco sopra emerso, della prova della lesione dell'interesse meritevole di tutela e, dunque, della configurabilità dell'illecito e/o del danno evento (ai nostri fini non occorre proseguire oltre lungo questa direttrice di indagine per sciogliere la testé indicata alternativa) nel caso di illecito legato a interessi legittimi pretensivi. Più nel dettaglio, il problema attiene alla perdita della chance⁴⁰ di conseguire qualcosa di cui ancora non si dispone.

Nel settore dei contratti delle amministrazioni, invero, si parla talora di chance per indicare un vantaggio diverso e, cioè, ad esempio, la pretesa a partecipare a una gara: in tal caso, tuttavia, quella facoltà certamente già alberga nella sfera giuridica del soggetto. Analogo discorso si potrebbe svolgere con riferimento alla «lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale», di recente riconosciuto dalla giurisprudenza⁴¹. Guardando alla questione nella dal punto di vista più rilevante per le inferenze logiche, ai nostri fini interessa la prima prospettiva sopra indicata, caratterizzata dal fatto che, nella realtà, una certa dinamica giuridica non ha avuto sviluppo: il ricorrente asserisce che, se quello sviluppo si fosse realizzato, il risultato sarebbe stato acquisito, con certezza o con un certo

⁴⁰ Sulla perdita di chance, *ex multis*, P. Patrito, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1620 ss.; M. Messina, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Danno e resp.*, 2018, n. 3, 336 ss.; L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'Adunanza Plenaria*, in *Urb. app.*, 2018, 351 ss.; E.G. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 52 ss.; I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di chance nelle gare per affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, III, 1173 ss.; L. Tarantino, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. app.*, 2018, 575 ss.; M. Cortese, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2017, 142 ss.; L. Parona, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1168 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss.; A. Travi, *Recensione a L. Ferrara, Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 317 ss.; M.C. D'Arienzo *Il risarcimento del danno ingiusto negli appalti pubblici: proroga dell'affidamento illegittimo e perdita di chance* in *Riv. giur. edilizia*, 2013, 333 ss.; G. Vercillo, *La tutela della “chance”*. *Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, ha riconosciuto il diritto al risarcimento, almeno in presenza della natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato pregiudicato dalla ritardata adozione del provvedimento, «a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento», collegandolo, come ricordato nel testo, alla «lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale», pur in presenza dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità. Questo tipo di responsabilità, a detta dell'Adunanza Plenaria, può convivere con la legittimità dell'atto; l'ipotesi di cui si discute nel testo, invece, postula un'azione illegittima.

grado di probabilità. Si fa questione, cioè, di una possibilità relativa a un evento collocato nel futuro. Così opinando, in definitiva, si finisce con il distinguere tra ciò che non si è potuto fare (partecipare alla gara: qui si ha una *deminutio* di una propria possibilità attuale) e ciò che ancora non si ha (in tal caso viene impedito un possibile incremento)⁴², con il risultato che il quadro problematico relativo alla perdita di chance si semplifica in modo decisivo.

Anche con riferimento a questo più limitato angolo di indagine e guardando, dunque, al *quid* che ancora non è ascrivibile al soggetto, si rileva come la giurisprudenza oscilli⁴³ tra la teoria c.d. “ontologica”, secondo cui la risarcibilità sarebbe svincolata dalla idoneità presuntiva della chance a ottenere il risultato finale⁴⁴ e un (forse prevalente) indirizzo c.d. “eziologico”, in forza del quale, prospettandosi la lesione di un “bene” non ancora acquisito al patrimonio giuridico del soggetto, la probabilità di conseguire il risultato incide sull’*an* dell’esistenza del danno evento e viene di norma calcolata utilizzando un criterio di rilevante grado di probabilità⁴⁵ (con quantificazione forfettaria in ragione percentuale⁴⁶).

⁴² In tal senso, si v. Cass. civ., Sez. III, ord. 23 marzo 2018, n. 7260 (nonché Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688 e Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5651, tutte annotate da R. Pardolesi, B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza Sezione*, in *Foro it.*, I, 1607 ss.), che afferma come l’espansione del «concetto di danno da perdita di chance» è giunta a un punto tale da «privare il concetto di chance della sua ontologica eventualità e confondendolo con la perdita di beni» di cui la vittima è già titolare, mentre «la chance... deve concernere, logicamente, quel che il soggetto ancora non ha, in questo senso dovendosi intendere come possibilità protesa verso il futuro, e non lesione di un’attualità. La perdita di una chance è infatti la perdita di un incremento, di un *quid pluris* della sfera giuridica del soggetto». In dottrina, si v. B. Tassone, *La perdita di chance fra diritto civile e amministrativo: frammenti di un colloquio e prospettive di un dialogo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, III, 2655.

⁴³ Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, aveva deferito all’Adunanza Plenaria la questione dell’opzione tra “teoria ontologica” e “teoria eziologica”. Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 7, ha però ritenuto che la questione non potesse venire utilmente esaminata nell’ambito della controversia, perché si sarebbero potute creare inammissibili interferenze con i profili già esaminati dalla Sezione remittente e perché la pronuncia dell’organo nomofilattico avrebbe potuto subire condizionamenti dalle chiavi ricostruttive già utilizzate dalla Sezione medesima.

⁴⁴ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837; Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672; Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450, che ammette il risarcimento nel caso di lesione nell’aspettativa giuridica «già presente nel patrimonio dell’impresa danneggiata», correlata al «rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsuali imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici».

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249 secondo cui questo indirizzo è «legato al criterio della c.d. causalità adeguata o “regolarità causale” o “probabilità prevalente” e «la lesione della possibilità concreta di ottenere un risultato favorevole», che spetta al ricorrente dimostrare, «presuppone che sussista una probabilità di successo (nella specie di vedersi aggiudicato l’appalto) almeno pari al 50 per cento, poiché, diversamente, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative». Si v. anche Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762.

⁴⁶ Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225; Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960. Ma si v. anche TAR Lazio, Roma, Sez. I *Bis*, 23 luglio 2018, n. 8279, che richiede l’«accertamento di indefettibili presupposti di certezza del danno». Nel settore dei contratti pubblici, peraltro, il risarcimento del danno ha anche la finalità di dissuadere gli operatori dalla violazione delle regole della concorrenza, senza però implicare il ristoro di danni non effettivamente subiti: potrebbe essere questa la ragione per cui, a livello di giurisprudenza europea (dove peraltro sussiste una certa confusione tra prova dell’e-

Secondo questa impostazione, «la concretezza della probabilità deve essere statisticamente valutabile con un giudizio sintetico che ammetta, con giudizio *ex ante*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al 50%»⁴⁷.

Si potrebbe pragmaticamente obiettare che, in concreto, per ottenere il risarcimento occorre comunque provare in entrambi i casi la possibilità/probabilità di ottenere il bene (in un caso la prova condiziona la configurabilità del danno evento, nell'altro la sussistenza del danno conseguenza)⁴⁸ e che la sussistenza dell'illecito si confonde o si intreccia con la prova del nesso causale.

Tuttavia, pare preferibile fare inizialmente chiarezza concettuale in ordine ai caratteri e alla fisionomia della possibilità di un vantaggio futuro. In senso contrario rispetto alla teoria ontologica⁴⁹, è sufficiente osservare che nel diritto amministrativo la soluzione favorevole a riconoscerne la dignità di utilità tutelabile non è particolarmente eversiva, perché l'ordinamento giuridico accorda tradizionalmente tutela, *sub specie* di interesse legittimo, a beni cui i soggetti aspirano ma del cui conseguimento non hanno certezza, essendo subordinato alle scelte dell'amministrazione. Ciò che è attuale è la pretesa che l'ente pubblico si comporti in un certo modo, non già il vantaggio futuro a ottenere *ex novo* un, o a consolidare la relazione con un, bene della vita. E si tratta esattamente di quella possibilità qualificata alla stregua di interesse legittimo pretensivo meritevole di tutela (e meritevole di tutela perché vi è una certa probabilità di successo), nel senso chiarito dalla Suprema Corte nella sentenza 22 luglio 1999, n. 500.

Il vantaggio costituisce il sostrato di un interesse legittimo pretensivo, che è l'aspirazione al bene finale e può ricevere una tutela diversa: l'annullamento. Tuttavia, mentre al fine di verificare la lesione dell'interesse legittimo è sufficiente guardare al rispetto della disciplina sulla modalità di esercizio del potere dell'amministrazione, considerando la perdita di chance occorre svolgere un ragionamento diverso, il che spiega perché non sempre la lesione dell'interesse legittimo implica la lesione dell'interesse meritevole di tutela. Evidentemente, se si fa questione della possibilità di qualcosa che ancora non esiste e che dipende da un comportamento dell'amministrazione (diverso è dunque il discorso che va condotto per la chance intesa come facoltà già acquisita di fare), per definirla occorre riferirsi all'ipotetico e corretto esercizio del potere amministrativo alla luce del risultato finale.

vento e prova del nesso di causalità), si richieda un grado di probabilità di successo maggiormente elevato: così Trib. UE, 20 settembre 2011, causa T-461/08, *Evropaïki Dynamiki/BEI*.

⁴⁷ Così Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960, cit.

⁴⁸ Aderendo alla tesi ontologica, il danno va qualificato come emergente (poiché si perde qualcosa già nella propria disponibilità); in ossequio all'indirizzo eziologico, invece, esso si profila come lucro cessante (mancato guadagno).

⁴⁹ Ulteriori rilievi in M. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. circolaz. e trasp.*, 2000, 662 ss.

Non si tratta, dunque, di ripercorre un decorso causale che si è invertito, incidendo su di una possibilità già ascrivibile al soggetto, ma di ricostruire uno sviluppo che non si è verificato. Il fatto che l'operazione necessaria per accertare lo spessore e la dignità di quella possibilità sia una tipica mossa controfattuale ipotetica, pone il problema della sufficienza dell'accertamento di un nesso di causalità tra comportamento, inerte o illegittimo, dell'amministrazione ed evento⁵⁰, ricorrendo dunque a un atteggiamento che parrebbe coerente con la tesi eziologica.

Su questo problema converrà tornare, non prima però di avere analizzato altre ipotesi di utilizzo di inferenze causali.

⁵⁰ Sul punto, Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641. I due profili non appaiono sempre nitidamente distinti nella giurisprudenza del giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, ad esempio, ha affermato che «al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è... necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva (nella specie: revoca dell'aggiudicazione) e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto (nella specie: aggiudicazione di altri appalti) e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita (della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta)». Tenzialmente lungo la stessa linea si collocano Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115. In ossequio, parrebbe, al meccanismo tipico dell'illecito commissivo, altre sentenze parlano di nesso di causalità in ordine alla violazione accertata, anche se a ben vedere esso è provato secondo la tecnica propria del danno da omissione: così Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559, secondo cui nelle «controversie aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, la perdita di chance può... essere risarcita solo quando vengono giudicate illegittime l'esclusione di un'impresa da una gara o l'aggiudicazione della stessa a un'altra impresa e quella invalidamente pretermessa dall'affidamento dell'appalto riesce a dimostrare che, se la procedura fosse stata amministrata correttamente, la sua offerta avrebbe avuto concrete probabilità di essere selezionata come la migliore, risultando provato, in questo caso, il nesso causale diretto tra la violazione accertata e la perdita patrimoniale (nella forma del lucro cessante) patita dalla concorrente alla quale è stata invalidamente sottratta l'occasione di conseguire l'aggiudicazione». Si v. altresì TAR Lombardia, Sez. I, 30 luglio 2014, n. 2152: «Il danno da perdita di chance ha un ambito di applicazione del tutto distinto rispetto al nocimento cagionato all'aspettativa di risultato favorevole. Si tratta, invero, di figura elaborata al fine di "traslare" sul versante delle situazioni soggettive (quindi, del danno ingiusto) un problema di causalità incerta: quello cioè delle fattispecie in cui non sia affatto possibile accertare, già in astratto ed in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso (per chi lo invoca) si sarebbe o meno verificato senza l'ingerenza illecita del danneggiante (nella giurisprudenza amministrativa, per lo più, il tema concerne la possibilità astratta di acquisire un vantaggio che si assume essere andata delusa in ragione dell'illegittimo espletamento di un procedimento amministrativo). Per superare l'*impasse* (l'insuperabile deficienza cognitiva del processo eziologico), ecco come il sacrificio della possibilità di conseguire il risultato finale viene fatto assurgere a bene autonomo. Quando, invece, non sussiste alcuna incertezza empirica perché la verifica dell'evento finale può essere empiricamente riscontrata, non ricorrono i presupposti (e finanche la necessità) per l'operatività della chance. Ragionando diversamente (e, non di rado, tale equivoco ricorre in giurisprudenza), la chance finirebbe per essere invocata in termini di mera semplificazione probatoria, ovvero come frazione probabilistica (che nella vera chance potrebbe rappresentare soltanto un criterio estimativo) di un risultato finale di cui (poteva essere fornita, ma) è mancata la prova. Questione correlata, ma qui ultronea, è se la privazione della possibilità di conseguire il risultato, debba raggiungere una determinata soglia di probabilità prima di conseguire rilevanza giuridica».

5. *“Oltre il più probabile che non”: il danno da ritardo, la condanna ad adempiere e l’art. 21-octies, l. 7 agosto 1990, n. 241*

In alcuni casi lo standard di inferenza logica applicato dalla giurisprudenza pare ispessirsi, probabilmente non risultando sufficienti i criteri della rilevante probabilità o del “più probabile che non”. Si tratta di ipotesi eterogenee, quali il danno da ritardo, in cui si è in presenza di un illecito; la condanna ad adempiere e l’art. 21-octies, comma 2, l. 241/1990, in cui si è al cospetto di fattispecie delineate dal legislatore, rispettivamente, per fondare l’esercizio di peculiari poteri del giudice e per qualificare o mandare esente l’atto dall’annullamento. Almeno in via di prima approssimazione – perché, come si dirà, il quadro è più complesso – parrebbe potersi affermare che, nelle situazioni che verranno analizzate, occorre pur sempre introdurre un ragionamento di tipo controfattuale onde ricostruire un decorso inferenziale ipotetico che non si è verificato nella realtà e accertare quali conseguenze sarebbero discese dall’azione che l’amministrazione era tenuta a porre in essere.

Nella fattispecie del danno da ritardo e a seguire la tesi secondo cui esso è risarcibile unicamente nei casi in cui il ricorrente abbia titolo al rilascio del provvedimento favorevole, il ragionamento è molto simile a quello già svolto nel corso del paragrafo precedente, con l’essenziale precisazione che il ricorrente medesimo deve appunto provare non già la rilevante probabilità, bensì il “titolo a conseguire” il risultato favorevole. Sebbene la giurisprudenza non affronti espressamente il tema nei termini sopra delineati, parrebbe fare qui capolino il criterio logico dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”. Il panorama giurisprudenziale, comunque, è assai mosso: all’orientamento più restrittivo che pretende la dimostrazione del pregiudizio derivante dalla mancata tempestiva concessione dell’*utilitas* che costituisce il sostrato effettivo dell’interesse pretensivo⁵¹, si contrappone quello secondo cui, nella prospettiva dell’illecito precontrattuale, i meri inerzia o ritardo sono risarcibili in quanto tali⁵², ancorché il riferimento all’ingiustizia possa evocare la

⁵¹ Enunciato da Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7. Tra le tante, si v. Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2018 n. 6266; Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2624; Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240; Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2017, n. 3068; Cons. Stato, Sez. IV, 29 settembre 2016 n. 4028; Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2016, n. 3920; Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2016 n. 3059; Cons. giust. amm. Reg. sic., 16 maggio 2016, n. 139; Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1371.

⁵² Così la già citata Cons. Stato, Ad., Plen., 4 maggio 2018, n. 5, nonché Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2018, n. 3025; Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146. La recente Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 5834, ha osservato che per quanto la responsabilità precontrattuale possa coesistere con un provvedimento legittimo, ciò non toglie «che sia onere della parte provare, anche in via presuntiva, ma sulla base di allegazioni di fatto certe e precise, il pregiudizio subito, nei limiti dell’interesse negativo, e cioè il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale) ed il danno conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), nonché i relativi rapporti di causalità tra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all’Amministrazione».

necessità di selezionare i casi di inerzia/ritardo tenendo anche conto della posizione della parte e della fondatezza della sua pretesa⁵³.

Differente ipotesi, che prescinde dal carattere illecito del comportamento dell'amministrazione, è quella dell'azione di adempimento⁵⁴, attivabile dopo che l'amministrazione ha illegittimamente deciso o è rimasta inerte e in cui il ricorrente parrebbe in concreto dovere impostare il proprio ricorso dimostrando il "ruolo salvifico" dell'azione dell'amministrazione virtuosa. Infatti, ai sensi dell'art. 34, c.p.a., l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti stabiliti dall'art. 31, comma 3, c.p.a., e che si indicheranno *infra*, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o al ricorso avverso il silenzio. Secondo quanto dispone l'art. 31, comma 3, cit., su istanza di parte, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, purché si tratti di attività vincolata o allorché risulti che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. La presenza di discrezionalità e l'impossibilità di sostituirsi all'istruttoria procedimentale, dunque, sono gli ostacoli individuati dal codice all'utilizzo di questo modello, che integra appunto una forma di azione di adempimento⁵⁵.

Merita, infine, accennare alle due fattispecie di cui all'art. 21-*octies*, secondo alinea, l. 241/1990, cit. La prima attiene alla non annullabilità del provvedimento vincolato in presenza della violazione di norme procedurali o sulla forma degli atti «qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». La seconda ipotesi riguarda la situazione nella quale, pur in assenza di comunicazione d'avvio del procedimento, il provvedimento – discrezionale o

⁵³ Nel senso che la disciplina *ex art. 2-bis*, l. 241/1990, siccome introdotta dall'art. 7, comma 1, lett. c), l. 18 giugno 2009, n. 69, non avrebbe «elevato a distinto bene della vita suscettibile di un'autonoma protezione mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa, scisso dal riferimento alla spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato», si v. Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2016, n. 3920, con ampi riferimenti di giurisprudenza; recentemente, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 5834; Cons. Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 12; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3392.

⁵⁴ Su cui, per tutti, P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.; A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; I. Pagni, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 328 ss.; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 436 ss.; A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI convegno di Varenna*, Milano, 90 ss.; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

⁵⁵ Al riguardo, Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, ha parlato di «azione di condanna pubblicistica (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento». In dottrina, per tutti, si v. l'analisi di M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss.

vincolato⁵⁶ – non è annullabile ove l'amministrazione⁵⁷ «dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Rilevanti sono le differenze strutturali tra le due situazioni⁵⁸: con riferimento alla seconda, almeno stando al suo tenore letterale, ai fini della “salvezza” del provvedimento l'art. 21-*octies*, fa perno sulla dimostrazione di un decorso causale ipotetico, ossia che nella realtà non si è realizzato⁵⁹. Sennonché, messa al riparo l'amministrazione dalla *probatio diabolica* di dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo non avrebbe mutato l'esito del procedimento in quanto, sul punto, vengono in rilievo elementi conoscitivi nella disponibilità del solo privato cui spetta quindi l'introduzione nel percorso logico-argomentativo processuale, la giurisprudenza non pare accontentarsi della regola della rilevante probabilità o del più probabile che non, richiedendo una dimostrazione più stringente. Difatti, una volta assolto da parte del ricorrente l'onere di allegazione dei documenti e argomenti che non sono stati presi in considerazione a causa della mancata partecipazione, l'amministrazione «sarà gravata del ben più consisten-

⁵⁶ Come costantemente affermato in giurisprudenza: in ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 13 agosto 2018, n. 4918.

⁵⁷ Anticipando quanto sarà approfondito subito in appresso e nell'ultimo paragrafo, è noto come la giurisprudenza abbia affermato l'onere dell'interessato che lamenta la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di allegare e dimostrare che, in sede partecipativa, egli avrebbe potuto sottoporre all'amministrazione elementi che avrebbero determinato un provvedimento dal contenuto dispositivo diverso da quello assunto; per tutte, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 26 aprile 2018, n. 2526.

⁵⁸ *Ex multis*, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017; P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015; D.U. Galetta, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss.; M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss.; F. Saitta, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *www.giustamm.it*, 2008; L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; E.M. Marengi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 961 ss.; D. Corletto, *Vizi "formali" e potere del giudice amministrativo*, *ivi*, 2006, 33 ss.; F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2295 ss.; E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 28 ss.; M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.; G. Bergonzini, *Art. 21-*octies* della l. n. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005; A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss.; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano 2003.

⁵⁹ Parla di «criterio dell'influenza causale» G. Mannucci, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 259 ss.

te onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato»⁶⁰. Il riparto probatorio testé illustrato si risolve, per l'ente pubblico resistente, nel dovere dimostrare al giudice, sul piano controfattuale⁶¹, le ragioni che determinano la sopravvivenza dell'atto nonostante i contributi partecipativi sopravvenuti, in buona sostanza fornendo nel processo una sorta di motivazione dell'atto confermativo della decisione impugnata⁶². Ne consegue che, enunciata la menzionata regola ermeneutica che inverte l'onere dimostrativo siccome stabilito dalla norma, il giudice sembra spingere la costruzione argomentativa in una sorta di terra di mezzo tra il "più probabile che non" e l'"oltre ogni ragionevole dubbio" che, in assenza di meglio, pare di potere definire ricorrendo alla locuzione "oltre il più probabile che non". Criterio di scrutinio che emerge in modo chiaro e certamente autonomo nella fattispecie in disamina, laddove nelle ipotesi di danno da ritardo e di condanna ad adempiere risulta celato e quasi assorbito dal riferimento al carattere vincolato dell'azione amministrativa.

6. *La regola del "più probabile che non" nell'interdittiva antimafia e nell'iscrizione nella white list; probabilità e tutela cautelare.*

Le regole di inferenza causale si arrestano a una soglia inferiore nelle decisioni giurisprudenziali in materia di informazione antimafia interdittiva (nonché di diniego di iscrizione nella c.d. "white list") e di tutela cautelare.

Unitamente alla comunicazione antimafia, la fattispecie della c.d. "interdittiva antimafia" forma il sistema della documentazione antimafia, regolato dal capo II del libro II del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. "codice antimafia"), che riguarda i soggetti che l'art. 85 del medesimo decreto prevede che siano sottoposti alla «verifica antimafia»⁶³. Per quanto maggiormente interessa ai fini del

⁶⁰ Così, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 1667; Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2015, n. 1060; Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786.

⁶¹ Parla di «giudizio controfattuale del giudicante» L. D'Angelo, *L'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990: onere probatorio della P.A. ed eccesso di potere controfattuale*, in www.lexitalia.it, 2005.

⁶² D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice*, cit., 43 ss.

⁶³ In dottrina, si v. G. Leone, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*, in *Foro amm. CDS*, 2018, 1103 ss.; M. Nocelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, *ivi*, 2017, 2524 ss.; F. Menditto, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, 792 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in www.giustamm.it, 2016; R. Papania, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 321 ss.; G. D'Angelo, *Per un diritto amministrativo dell'antimafia: considerazioni sul d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159*, in www.giustamm.it, 2012; A. Mezzotero, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. merito*, 2009, 1073 ss.; P. Pirruccio, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti*, *ivi*, 2009, 503 ss.

presente lavoro, ai sensi dell'art. 84, comma 2, del citato codice, la comunicazione antimafia ha sempre natura vincolata, perché consiste «nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67» conseguenti alle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria⁶⁴. Secondo il disposto dell'art. 84, comma 3, del codice, oltre a esibire la medesima natura vincolata della predetta comunicazione (attendendo, all'esito dell'applicazione di misure di prevenzione personali da parte del Tribunale, la «sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67»), l'informazione antimafia è atto che può essere connotato da un'accentuata discrezionalità⁶⁵, potendo altresì consistere «nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate». Tali tentativi sono desunti dal prefetto a seguito di accertamenti svolti nei confronti dei soggetti che sono soci o esercitano funzioni direzionali/di indirizzo in associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, oppure che svolgono attività di impresa e intrattengono rapporti economici con pubbliche amministrazioni (art. 85). Quando emerge la sussistenza di cause ex art. 67 o un tentativo di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta l'informazione interdittiva, «misura volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione»⁶⁶, che ha natura cautelare e preventiva «in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.» e che comporta l'impossibilità per un imprenditore, persona fisica o giuridica, di essere titolare di rapporti contrattuali con le amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi o di vantaggi economici (tra cui anche «somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa») da queste rilasciati o eroga-

In materia, in generale, N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Napoli, 2017.

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 87, d.lgs. 159/2011, cit., prima di contrarre e rilasciare provvedimenti ampliativi o attributivi di vantaggi economici, i soggetti pubblici ed equiparati previsti dall'art. 83 devono acquisire la comunicazione antimafia mediante consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ex art. 97, codice cit. Ai sensi dell'art. 88 del codice, quando dalla consultazione della banca dati non emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, codice cit., si forma la «comunicazione antimafia liberatoria»; quando invece dalla consultazione emerge la sussistenza di misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria, effettuate le necessarie verifiche e accertata la corrispondenza o meno dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti, a seconda dei casi il prefetto rilascia «la comunicazione antimafia interdittiva» oppure la «comunicazione antimafia liberatoria».

⁶⁵ Analizza le peculiarità della discrezionalità del provvedimento in disamina G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 716 ss.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

ti⁶⁷. Nella ricostruzione giurisprudenziale, l'interdittiva costituisce (e si giustifica qualora osservata dal punto di vista della gravità delle limitazioni che ne derivano per i soggetti colpiti) la «frontiera più avanzata della prevenzione da contaminazioni mafiose nella economia legale e dunque in ossequio ai valori di libertà, sicurezza e dignità umana che costituiscono limiti costituzionali all'esercizio della iniziativa economica»⁶⁸.

Come anticipato, il giudice amministrativo utilizza il metodo di argomentazione logica applicato in materia di interdittiva antimafia a fronte di tentativi di infiltrazione anche nel contenzioso in merito al diniego di iscrizione nella nell'«elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio» (c.d. «white list») di cui all'art. 1, comma 52, l. 6 novembre 2012, n. 190. Ciò in considerazione del fatto che, secondo la giurisprudenza, l'iscrizione nella suddetta *white list* – che l'art. 1, commi 52 e 52 *bis*, legge cit., e gli artt. 3 *bis* e 7, d.p.c.m. 18 aprile 2013 (modificato dal d.p.c.m. 24 novembre 2016) riconoscono equipollente e sostitutiva alle testé ricordate comunicazione e informazione antimafia liberatoria – «è ricollegata ad attività istruttorie della medesima tipologia e contenuto di quelle previste ai fini della redazione delle informative antimafia»⁶⁹. Si tratta cioè di due fattispecie caratterizzate dal fatto che non solo il giudice in sede di sindacato deve fare applicazione di canoni logici ma, prima e a monte, anche l'amministrazione sul piano sostanziale.

Il comune e cruciale punto di contatto tra i due istituti è costituito dalla valutazione, assai critica e ardua, della c.d. «permeabilità» di un soggetto rispetto al rischio di infiltrazione mafiosa (come richiesto dal *supra* richiamato art. 84, comma 3, codice antimafia). In particolare, gli artt. 84, comma 4 e 91, comma 6, del codice stabiliscono tutta una serie di elementi rilevanti da cui l'autorità prefettizia è chiamata a desumere la sussistenza di situazioni relative a tentativi di infiltrazioni mafiose. Analizzando le menzionate disposizioni, alcune situazioni sono tipizzate e precisate dalla legge (art. 84, comma 4, lett. a, b, c, f)⁷⁰, mentre altre

⁶⁷ Sul punto, anche per le ultime due citazioni riportate nel testo, si v. Cons. Stato, Ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, che afferma che il provvedimento che dispone l'interdittiva antimafia «determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione» (così anche Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247, citata dall'Adunanza plenaria). Sui riflessi costituzionali della disciplina in questione, si v. M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.

⁶⁸ Così la recente Cons. Stato, Sez. III, ord. 13 dicembre 2018, n. 6025.

⁶⁹ TAR Lazio, Sez. I *Ter*, 24 ottobre 2018, n. 10301; TAR Lazio, I *ter*, 5 settembre 2016, n. 9548.

⁷⁰ A tenore della norma in illustrazione, «Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva... sono desunte:

a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter

attengono a presupposti discrezionalmente valutabili dal prefetto in relazione a cui il legislatore o fa un generico riferimento ad «accertamenti» disposti e condotti dal prefetto (art. 84, comma 4, lett. d ed e)⁷¹, oppure attribuisce a tale organo il potere di «desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata» (art. 91, comma 6).

Sulle interdittive antimafia in ipotesi di tentativo di infiltrazione mafiosa si è formato un consistente orientamento giurisprudenziale che, quanto allo standard probatorio, in ragione dell'esigenza di anticipazione della soglia di tutela nella prospettiva della prevenzione (e non solo della repressione) e valorizzando la sussistenza di un ambito di discrezionalità tecnica in capo al Prefetto, ritiene generalmente sufficiente la dimostrazione, secondo il criterio del "più probabile che non" che, alla luce di una serie di indizi fattuali oggettivamente riscontrati, un soggetto sia esposto al pericolo di infiltrazione mafiosa. Occorre cioè individuare situazioni e condizioni che, secondo un giudizio prognostico, determinino le condizioni per la commissione di reati o il pericolo che un'attività delittuosa possa iniziare⁷².

La traduzione concreta di questi canoni ermeneutici non è per nulla semplice.

del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 3562;

b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;

c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste...

f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

⁷¹ Si tratta degli accertamenti «d)... disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto;

e)... da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d)».

⁷² Per tutte, si v. Cons. Stato, Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657, che afferma l'estraneità rispetto al sistema delle informazioni antimafia del criterio del "oltre ogni ragionevole dubbio", in quanto non si tratta di provvedimenti sanzionatori, bensì cautelari, volti alla prevenzione del grave pericolo rappresentato dalle azioni criminali delle organizzazioni mafiose.

L'inferenza causale (tra fatti e conclusione, costituita, come detto, dalla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa che tendono a condizionare le scelte e gli indirizzi dei soggetti – persone fisiche e giuridiche – interessati) che il prefetto deve provare corre, appunto, tra una premessa fattuale e una valutazione finale. Tramite inferenze causali, l'Amministrazione dell'Interno giunge cioè a prospettare per abduzione un'ipotesi di rischio di infiltrazione mafiosa e per corroborazione cerca riscontri e infine la confronta con le alternative ipotesi esplicative. Una sequenza argomentativa che non è governata dal criterio (tipico del diritto penale) del "oltre ogni ragionevole dubbio", bensì da quello del "più probabile che non". In altri termini, non è necessario che si dimostri l'insussistenza di qualsivoglia ipotesi alternativa plausibile e, dunque, che si scartino – falsificandole progressivamente e neutralizzandole – tutte le ricostruzioni alternative⁷³, o che, addirittura, il prefetto provi che esse si configurerebbero come ipotesi solo teoriche, sfornite di appigli nella realtà (esterne al "mondo possibile").

Lo standard probatorio richiesto dal giudice è comunque rigoroso e ciò nonostante il fatto che il rischio di infiltrazione mafiosa si collochi nell'area del ragionevole dubbio, quindi senza che sussista la necessità di dimostrare che alla tesi della responsabilità si potrebbero opporre unicamente ipotesi appartenenti a congetture teoriche o ricostruzioni che, pur configurabili nel "mondo possibile", non sono sorrette da alcun riscontro. In presenza di più ipotesi, l'interprete deve trovare un criterio per giungere a ritenere integrata o meno la fattispecie (rischio di infiltrazione); questo criterio deve costituire al contempo regola di scelta per la pubblica amministrazione; garanzia per il cittadino; guida per l'esercizio del controllo da parte del giudice⁷⁴. Al riguardo, come detto, le sentenze fanno ricorso al canone "più probabile che non": in sostanza, tenendo scrupolosamente conto dell'intensità del vincolo tra i soggetti e del contesto concreto, l'ipotesi deve risultare più probabile di "tutte le altre messe insieme" (c.d. "probabilità cruciale")⁷⁵, «alla luce di una regola di giudizio... che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso»⁷⁶. In buona sostanza, il quadro indiziaro dell'infiltrazione mafiosa posto a base dell'informativa «deve evidenziare fat-

⁷³ Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483.

⁷⁴ Si v., TAR Lazio, Sez. I *Ter*, 24 novembre 2016, n. 11648.

⁷⁵ Giurisprudenza assolutamente costante: si v. Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2018, n. 6727; Cons. Stato, Sez. III, 6 luglio 2017, n. 3333; Cons. Stato, Sez. III, 28 giugno 2017, n. 3173.

⁷⁶ Così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707; Cons. Stato, Sez. III, 12 luglio 2018, n. 4278. Sui fatti indiziari, che devono essere considerati complessivamente al fine di potere ritenere attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata (Cons. Stato, Sez. III, 13 aprile 2018, n. 2231; Cons. Stato, Sez. III, 30 marzo 2018, n. 2031; Cons. Stato, Sez. III, 7 febbraio 2018, n. 820; Cons. Stato, Sez. III, 20 dicembre 2017, n. 5978) si v. l'ampia casistica esemplificativa offerta da Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

ti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali... il Prefetto, prima, ed il Giudice amministrativo, dopo, chiamato a verificare l'effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole e più probabile... che sussista il mero "rischio" di permeabilità dell'impresa, e non l'avvenuta infiltrazione, da parte di associazioni mafiose, valutate e contestualizzate tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona»⁷⁷.

Passando all'utilizzazione del metodo della probabilità relativa nel giudizio cautelare, va subito osservato che, in materia, il criterio del "più probabile che non" è utilizzato in via esclusiva dal giudice, specialmente nell'indagine sulla sussistenza del presupposto del *fumus boni iuris*. Ciò in linea con il dettato di legge: l'art. 55, comma 9, c.p.a., fa riferimento alla «ragionevole previsione sull'esito del ricorso», dunque a uno scrutinio probabilistico sulla decisione finale che il giudice assumerà al termine dell'*iter* processuale. Non manca, però, anche un riferimento di diritto positivo che ancora la probabilità al *periculum in mora*: è il caso dell'art. 125, comma 2, c.p.a., che, in relazione alle controversie relative a infrastrutture strategiche, stabilisce che nella «pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi».

Analizzando più analiticamente il giudizio prognostico sulla probabilità circa l'accoglimento (e dunque la fondatezza) del ricorso, sul piano teorico è stato rilevato come l'art. 55, comma 9, cit. (che ha riprodotto quanto già previsto dall'art. 3, l. 21 luglio 2000, n. 205, di modifica dell'art. 21, comma 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034), abbia risolto la questione relativa alla natura e all'intensità della valutazione sommaria che il giudice deve effettuare sul merito della pretesa fatta valere in giudizio a favore dell'interpretazione secondo cui la concessione della tutela interinale dipende dalla probabilità di accoglimento del ricorso e non già dalla sua "non manifesta infondatezza"⁷⁸. Si profila allora una valutazione di tipo prognostico sulla plausibilità di accoglimento della domanda prin-

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563; TAR Calabria, Reggio Calabria, 2 luglio 2018, n. 400; Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2017, n. 4295; Cons. Stato, Sez. III, 28 giugno 2017, n. 3171.

⁷⁸ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 285. L'Autore osserva inoltre come se si accogliesse l'interpretazione della "non manifesta infondatezza" del ricorso ne conseguirebbe che la misura cautelare non potrebbe «essere concessa in presenza di un ricorso manifestamente infondato o inammissibile, perché altrimenti sarebbe contraddetta la regola generale secondo cui il ricorso non ha effetto 'sospensivo'... e si realizzerebbero risultati incompatibili con il principio della 'strumentalità' (si attribuirebbero posizioni di vantaggio, in relazione alla pendenza del giudizio, non giustificate dall'esigenza di assicurare l'esito della decisione finale)». Sul superamento operato dal legislatore del tradizionale indirizzo ermeneutico giurisprudenziale concernente la non manifesta infondatezza, si v. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2018, 963; già nell'edizione 2000 dell'Opera, l'Autore rilevava che la modifica introdotta dall'art. 3 l. 205/2000, all'art. 21, l. 1034/1971, «potrebbe anche aprire la via ad un mutamento dei caratteri del *fumus*, nel senso che, ai fini dell'accoglimento dell'istanza, piuttosto che un giudizio di non manifesta infondatezza, al giudice si chiede una valutazione sulla probabilità di accoglimento del ricorso».

cipale, anticipatoria rispetto all'apprezzamento che il giudice opererà nella sentenza, senza poterne in nessun modo pregiudicare l'esito in ossequio al principio della strumentalità.

L'analisi giurisprudenziale in materia è particolarmente complessa, sia per l'ampiezza del numero di pronunce da analizzare, sia per la difficoltà di reperire precedenti, in ragione della fisiologica sinteticità della motivazione delle pronunce cautelari conseguente alla cognizione sommaria tipica di tale fase processuale⁷⁹. A ogni buon conto, limitandoci a offrire alcuni esempi che appaiono funzionali al discorso in svolgimento, la casistica offre interessanti esempi di applicazione del criterio probabilistico in disamina. Alcuni precedenti collegano l'assenza di *fumus boni iuris* alla valutazione prognostica di non accoglibilità nel merito del ricorso in ragione della ritenuta legittimità dell'azione amministrativa siccome emergente dalla correttezza della motivazione del provvedimento impugnato e/o dell'adeguatezza/congruità dell'istruttoria procedimentale condotta dall'amministrazione⁸⁰, in taluni casi coniugata alla natura vincolata dell'atto gravato in giudizio⁸¹. In altri casi, la presumibile non accoglibilità del ricorso è fatta dipendere dalla circostanza che le censure mosse nel ricorso investono insindacabili valutazioni di merito⁸², oppure alla riscontrata sostanziale legittimità dell'azione amministrativa⁸³. Non mancano esempi in cui il giudizio probabilistico è condotto mediante un esame particolarmente approfondito della fattispecie⁸⁴. In alcune ipotesi, poi, il criterio della probabilità è invece applicato nell'analisi della sussistenza del pre-

⁷⁹ Invero, non poche ordinanze cautelari si limitano a riportare formule di rito che non illustrano l'iter logico-argomentativo seguito dal giudice quanto alla probabilità dell'accoglimento del ricorso: si v., ad esempio, TAR Lazio, Sez. I *Ter*, ord. 3 agosto 2018, n. 4876 («dagli elementi di valutazione acquisiti in corso di causa, non emergono profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito favorevole del ricorso», senza tuttavia rendere ragione di quali elementi valutativi si tratti») e TAR Lombardia, Sez. III, ord. 12 maggio 2016, n. 561 («Rilevato che non sussiste la probabilità di un esito favorevole della causa con riferimento alle censure dedotte», senza null'altro aggiungere).

⁸⁰ Tra le più recenti, TAR Lazio, Sez. II, ord. 24 ottobre 2018, n. 6353; TAR Lombardia, Sez. III, ord. 20 giugno 2018, n. 882; TAR Lazio, Sez. II, ord. 12 ottobre 2017, n. 5287; Cons. Stato, Sez. III, ord. 21 settembre 2017, n. 3983; TAR Lazio, Sez. I *Ter*, ord. 13 luglio 2017, n. 3572.

⁸¹ Così TAR Veneto, Sez. II, ord. 27 aprile 2017, n. 218 che in una fattispecie di abuso edilizio, dato atto dell'ampiezza e correttezza dell'istruttoria posta, afferma che «il ricorso non presenta apprezzabili probabilità di accoglimento, avuto riguardo al carattere vincolato del provvedimento di demolizione».

⁸² Cons. Stato, Sez. IV, ord. 17 febbraio 2017, n. 692.

⁸³ Sul punto, si v. ad esempio le ampie motivazioni sul *fumus* addotte da TAR Campania, Sez. V, ord. 6 giugno 2018, n. 821 (revoca di porto d'armi e relativo divieto di detenzione); TAR Veneto, Sez. II, ord. 2 marzo 2017, n. 93 (autorizzazione di discarica per lo smaltimento rifiuti); TAR Sardegna, Sez. II, ord. 30 gennaio 2013, n. 39 (concorso per dirigenti).

⁸⁴ TAR Sardegna, Sez. II, ord. 12 luglio 2018, n. 218, in materia di installazione di insegne pubblicitarie ai margini del sedime stradale; TAR Lazio, Sez. I *Quater*, ord. 8 marzo 2013, n. 1085, su una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura di trasferimento di sede di un magistrato; TAR Veneto, Sez. II, ord. 13 settembre 2012, n. 546, su una fattispecie di variante al piano regolatore comunale per correzione di errori cartografici.

supposto del *periculum in mora*, al fine cioè di riscontrare la prevedibilità/plausibilità che nelle more del giudizio il ricorrente subisca irrimediabili pregiudizi⁸⁵.

In una prospettiva di sintesi, nell'ambito della tutela cautelare il giudice amministrativo ricorre al canone del "più probabile che non" nel contesto di una valutazione, per lo più involgente il presupposto del *fumus boni iuris*, che non può che esprimere un giudizio prognostico⁸⁶ in ordine alla probabilità che il ricorrente prevalga nel contenzioso, sebbene non manchino precedenti in cui la giurisprudenza ritiene "più probabile che non" il verificarsi (o il non verificarsi) di danni gravi e irreparabili alla luce del caso concreto, in cui cioè l'indagine del *periculum* comporta l'applicazione del modello argomentativo dell'inferenza causale.

7. *Ragionamenti esplicativi, prognosi postume, narrazioni processuali e asserzioni di carattere particolare, "guardando in avanti". Una digressione su interpretazione, applicazione delle norme e discrezionalità*

A conclusione di questa rassegna di situazioni in cui ricorrono inferenze, emergono alcune peculiarità nell'argomentazione logica che il giudice amministrativo pone a fondamento delle proprie decisioni. Talora i ragionamenti esplicativi sono impostati guardando al passato (si pensi al danno derivato da un'azione dell'amministrazione); talaltra si tratta di ragionamenti svolti dal giudice per ricostruire un tratto di azione amministrativa che sul piano sostanziale non ha avuto luogo (perdita di chance), sicché si giustifica l'uso della locuzione "prognosi postuma". Invero, anche guardando al passato, il giudice effettua una valutazione predittiva nella misura in cui deve vagliare l'evitabilità di un evento. Con mag-

⁸⁵ Particolarmente significativo è il decreto presidenziale monocratico Cons. Stato, Sez. IV, 7 dicembre 2018, n. 5971, con cui, in palese violazione dell'art. 56, comma 2, c.p.a., e senza neppure sollevare la questione di legittimità costituzionale, è stato ritenuto appellabile il decreto cautelare monocratico adottato ai sensi della norma in ultimo citata al fine di tutelare le ritenute «eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile – per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello – la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del TAR in sede collegiale». Sull'applicazione del presupposto del *periculum* nell'argomentazione giurisprudenziale, si v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 19 dicembre 2016, n. 5652 (che riscontra la «elevata probabilità di un ingente esborso di denaro da parte del ricorrente durante il tempo occorrente per la definizione nel merito del presente giudizio»); TAR Toscana, Sez. II, ord. 3 novembre 2016, n. 557 (non sussisterebbe *periculum* in ragione dell'imminente cessazione dell'attività in ragione della scadenza dei relativi titoli abilitativi all'esercizio); TAR Lazio, Sez. II *Bis*, ord. 5 luglio 2013, n. 2671 (secondo cui il verificarsi di danni imminenti in esito alla richiesta sospensione dell'efficacia del permesso di costruire risulta maggiormente probabile rispetto alla possibilità che si verifichino i danni lamentati dal ricorrente); TAR Lombardia, Brescia, ord. 29 ottobre 2010, n. 774 (che afferma l'insussistenza del *periculum in mora* «anche in ragione della plausibile scarsa probabilità di gravi pregiudizi che l'apertura al pubblico può provocare alle proprietà dei ricorrenti»).

⁸⁶ In generale, v. M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, spec. 329 e ss.

giore precisione, si tratta pur sempre di un'inferenza, partendo da una serie di elementi noti e/o da uno o più dati che costituiscono l'abbrivio del ragionamento. In tutti i casi, l'approdo dell'argomentazione non è davvero ignoto. Esso, infatti, è ignoto soltanto nel senso che non è (ancora) provato, confermato o accertato. Detto altrimenti, è ignoto se il relativo enunciato sia vero o falso⁸⁷.

Ciò chiarito e proseguendo nel ragionamento, si tratta però di ipotesi (accettabili a quelle abduttive) definite dalla parte processuale o dalla legge (esistenza del nesso di causalità, spettanza del bene, rischio di infiltrazione mafiosa e così via). L'induzione, da quest'ultimo punto di vista, procede in avanti e non già a ritroso per scoprire un ignoto assoluto partendo da zero⁸⁸. In altre parole, si ha qui una combinazione tra abduzione (ricorrendo un'ipotesi predefinita dalla legge o prospettata dalla parte), induzione e corroborazione dell'ipotesi di partenza.

Questo accertamento implica l'uso di canoni logici e (profilo che valorizza la centralità dell'istruttoria) un giudizio circa la rispondenza dell'ipotesi ai fatti provati. In questo contesto, almeno in via di prima approssimazione, rilevano anche la corretta comparazione tra ipotesi diverse e il profilo della *corroboration*, aspetti cognitivi e decisorii estranei al tema dello standard di sindacato sull'uso della discrezionalità. Ciò è particolarmente rilevante ponendo mente ai casi (si pensi all'interdittiva antimafia) in cui l'uso di quelle inferenze spetta in prima battuta all'amministrazione e soltanto in sede di controllo al giudice⁸⁹. Esso, dunque, ripercorrendo le scelte dell'amministrazione, non si sostituisce alla stessa né interferisce con una sfera a essa riservata, bensì verifica se sia integrata la fattispecie prevista dalla previsione giuridica e, dunque, se il parametro normativo sia stato rispettato.

Tornando, in generale, al complesso dei casi analizzati, è agevole evidenziare come alcuni concernano ipotesi di poteri già esercitati (illecito dell'amministrazione che abbia leso interessi oppositivi, interdittiva antimafia), altri riguardino poteri non (ancora) effettivamente esercitati (azione di adempimento). In quest'ultima ipotesi, sia detto incidentalmente, pare comunque rispettato il divieto per il giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.)⁹⁰: infatti, l'amministrazione ha comunque avuto (e sprecato) la propria opportunità di agire. Ancora, è di interesse osservare che, quando l'inferenza è utilizzata per accertare la piena spettanza di un'utilità ipotizzando uno sviluppo che non si è verificato (si pensi al danno da

⁸⁷ Per alcuni spunti, M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, cit., 335.

⁸⁸ Si v. M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit., 1165 ss.

⁸⁹ Le tematiche affrontate nel testo hanno infatti trovato distesa esposizione nel filone giurisprudenziale sulle informazioni interdittive antimafia: emblematicamente, si v. Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483.

⁹⁰ Su cui, M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 ss.; M. Trimarchi, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 1097 ss.

ritardo o alla seconda delle due fattispecie disciplinate dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/2001, ma anche all'azione di adempimento), è richiesto il rispetto di un criterio di inferenza logica prossimo – sebbene dissimile – alla certezza deduttiva (oltre ogni ragionevole dubbio). Invece, guardando al passato (poteri già esercitati), ci si arresta a una soglia di inferenza logica inferiore (rilevante probabilità, più probabile che non).

Quando lo scrutinio giurisdizionale attinge alle ipotesi in cui l'amministrazione ha esercitato i suoi poteri e dunque ha agito, sotto il profilo del controllo delle inferenze causali il suo operato parrebbe meno "protetto" (e, dunque, più censurabile) di quanto non accada nelle altre situazioni che guardano a decorsi causali mai avvenuti⁹¹. Invero, a guisa di salutare correttivo⁹², in queste ultime fattispecie soccorre la risarcibilità del danno subito per perdita di chance, istituito che, pur concernendo un caso di sviluppo "irreale", ha quale obiettivo la tutela della perdita della mera possibilità, ancora una volta in ossequio a un criterio di inferenza induttivo. Questa, più in generale, è la regola applicabile allorché vengano in rilievo vantaggi ipotetici di cui non occorre verificare la piena spettanza. Ciò accade, a ben vedere, anche nella delibazione sulla sussistenza del *fumus boni iuris* nel giudizio cautelare.

Deve ancora essere osservato che talune inferenze sono tutte interne alla "narrazione" processuale (si v. *supra*, paragrafo 2), come accade appunto in tema di *fumus* e di decorsi causali ipotetici, mentre in altre fattispecie il giudice deve inferire un enunciato linguistico relativo a un "fatto esterno" accaduto. Ancora sul presupposto del *fumus boni iuris*, è opportuno sottolineare che si fa qui questione della prevedibilità di un ragionamento futuro che sarà sviluppato dallo stesso giudice che decide la misura cautelare, sicché risulta vieppiù accentuato il carattere di "inerenza alla narrazione processuale" cui si è appena accennato, laddove nella valutazione del pericolo il giudice deve guardare a dati extra processuali.

L'approdo dell'inferenza, in ogni caso, non è costituito da asserzioni dotate di carattere generale, essendo ontologicamente strettamente legato al caso concreto⁹³: partendo da una fattispecie (*recte*: dall'enunciato relativo a una fattispe-

⁹¹ Nell'interdittiva antimafia ciò gioca a favore dell'amministrazione, che nella ricostruzione degli eventi e comportamenti che caratterizzano il passato dei soggetti sottoposti a indagine non è tenuta a provare con certezza il tentativo di infiltrazione mafiosa.

⁹² A tacere, poi, dell'esistenza di ulteriori incisivi meccanismi, quali il giudizio di ottemperanza.

⁹³ Non è qui possibile, per ragioni di economia complessiva del lavoro, trattare del tema della nomofilachia: si v., da ultimo, AA.VV., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di F. Francario, M.A. Sandulli, Napoli, 2018; M. Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 110 ss.; G. Demuro, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1088 ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale - "Giudici e legislatori"*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.; F. Patroni Griffi, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *www.federalismi.it*, 2017; M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *www.federalismi.it*, 2017.

cie) si giunge a un'altra conclusione particolare (*recte*: all'enunciato attinente a siffatta conclusione). Solo in poche ipotesi si fa questione di antecedenze causali in ordine a eventi empirici (illecito civile commissivo), mentre nelle altre situazioni esaminate, pur sempre applicando regole di inferenza, si discute di accertamento della sussistenza del nesso tra premesse e conclusioni nella valutazione di un presupposto o nell'interpretazione di una norma, al di fuori dunque di un problema di prova del nesso di causalità in senso proprio.

Quanto all'inferenza e al corredo probatorio, invero, non esistono differenze insormontabili tra i vari passaggi utilizzati per "giustificare" il risultato (ora l'accertamento relativo al nesso causale, ora l'applicazione della norma al fatto): in tutti i casi, occorre connettere una serie di elementi alla luce di una massima di esperienza⁹⁴.

Giova insistere su tale aspetto e, più in generale, sulla concatenazione delle inferenze necessarie per giungere alla decisione finale, anche al fine di identificare le aree in cui viceversa rilevano regole diverse da quelle della logica.

L'indagine sulla verifica della verità dell'enunciato descrittivo del nesso eziologico viene di norma ricondotto nell'orbita della c.d. "*quaestio facti*"⁹⁵. Pure ascrivibili a questo ambito sono la ricostruzione del dato di fatto mediante acquisizione di materiale istruttorio e la sua valutazione, onde verificare processualmente se un fatto sia occorso. Differente è la c.d. "*quaestio iuris*", che implica l'individuazione della norma applicabile alla fattispecie concreta cui segue l'interpretazione della medesima, che si risolve nella soluzione di quale contenuto pre-cettivo possa essere assegnato alla fattispecie astratta. Più in particolare e pensando ad altre fattispecie (si ponga mente all'annoso tema del sindacato sulle scelte di discrezionalità tecnica)⁹⁶, si rileva che circa la *quaestio iuris* il giudice amministrativo non può incontrare alcun limite nel proprio sindacato: non fa eccezione alla regola enunciata la circostanza che nel giudizio sia coinvolta una pubblica amministrazione.

L'applicazione del diritto ai fini della soluzione della controversia mette poi conclusivamente in contatto diritto e fatto, producendo l'effetto⁹⁷. La stessa scansione si ritrova sul piano dell'attività amministrativa in relazione all'applicazione della norma al caso concreto, fase che segue la sua interpretazione e che è all'origine della produzione di effetti giuridici: a ben vedere ciò accade in tutte le ipotesi in cui la decisione finale è il risultato dell'applicazione di regole giuridiche. Di conseguenza, ad esempio, anche nel contesto dell'esercizio dell'attività amministrativa si potrebbe ritenere che la distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* abbia valore

⁹⁴ In generale, si v. M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

⁹⁵ Sul punto, per tutti, S. Lucattini, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 203 ss.

⁹⁶ Su cui, da ultimo, G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit., 705 ss.

⁹⁷ Su tali profili, si v. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007.

solo tendenziale⁹⁸, risultando probabilmente più utile immaginare un *continuum* tra i due momenti, secondo l'immagine del circolo ermeneutico. D'altro canto, riprendendo quanto già accennato (si v. *supra* paragrafo 2), ogni qualificazione del fatto è anche una qualificazione giuridica operata dal giudice, perché al momento di procedere all'analisi del fatto occorre necessariamente considerare gli elementi che sono rilevanti ai fini dell'applicazione della norma giuridica.

I canoni di inferenza logica soccorrono per ciò che attiene alla valutazione delle prove e alla ricostruzione del nesso causale. Nel corso dell'inferenza si utilizzano⁹⁹ non tanto leggi universali (che non tollerano eccezioni), quanto altre forme di generalizzazione (massime di esperienza) extra-giuridiche a guisa di regola/criterio da cui inferire la conseguenza/l'approdo¹⁰⁰. In questo senso non manca un momento di eterointegrazione della premessa, secondo un modello che si potrebbe dire "quasi deduttivo", ove il "quasi" evoca la circostanza che non si raggiunge una certezza in senso proprio¹⁰¹.

⁹⁸ Da ultimo, quanto al giudizio amministrativo, F. Patroni Griffi, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 106 ss. Con riferimento, invece, ad altri contesti, si v. M.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2012, 299 ss.; R. Rordorf, *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in AA.VV., *La Cassazione civile*, a cura di M. Acierno, P. Curzio e A. Giusti, Bari, 2011, 1 ss.; G. Carlissi, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006, 1184 ss.; D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001; M. Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1992, 112 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Foro it.*, 2014, I, 1413, con note di G. Costantino e di G. Scarselli. Tra i criteri individuati per distinguere *quaestio facti* e *quaestio iuris*, merita segnalare quello teleologico (su cui si v. i richiami operati da M. De Cristofaro, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro it.*, 1999, I, 1912 ss.), in forza del quale il confine tra fatto e diritto va posto facendo rientrare nel novero delle questioni soggette al controllo della Cassazione (come "diritto") tutte le valutazioni suscettibili di riprodursi in casi simili, sì da permettere ai giudici di legittimità di enunciare regole di portata generale idonee a essere utilizzate come precedente. Secondo M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 75 s., «la ricostruzione del fatto dà luogo a questione di diritto solo per quegli atti in cui il fatto stesso assurge a fondamento di una norma giuridica, in cui cioè la qualificazione giuridica assume carattere immediato, costitutivo dell'ordinamento».

⁹⁹ Un discorso specifico richiedono i casi, già ricordati e su cui si tornerà nell'ultimo paragrafo, della condanna ad adempiere e dell'art. 21-*octies*, l. 241/1990.

¹⁰⁰ *Ex multis*, M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit.; L.J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977.

¹⁰¹ Più precisamente, la categoria della "certezza" si attaglia unicamente ai ragionamenti di logica dimostrativa e non già alla logica impiegata dal giudice, che è di tipo argomentativo. Per quanto specificamente riguarda le massime di esperienza, almeno a voler ammettere che esse siano ricostruite per induzione, esse non potrebbero mai essere veramente generali o "valide" per tutti i casi possibili, posto che, richiamando lo scetticismo humeano, dalla osservazione empirica di una serie di fatti non si potrebbe mai ricavare una legge generale (come conferma la battuta di Bertrand Russell sul tacchino induttivista). Tornando al nesso di causalità, E. Agazzi, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 393 s. sostiene che è «solo per una sorta di estensione del linguaggio che noi parliamo (dal punto di vista frequentista) di probabilità dell'evento singolo; è un modo di dire che sottintende questo: se effettuassimo un numero adeguato di prove, l'evento dovrebbe presentarsi con una frequenza Q. Il fatto è, però, che quando siamo di fronte all'evento E che si è prodotto, ossia quando non possiamo immergerlo in una serie di prove perché è appunto singolo, non sia».

Certamente non può sfuggire nel contesto di un'analisi giuridicamente apprezzabile che, nel nostro ordinamento, l'interpretazione non è operazione giuridicamente irrilevante, non potendo sfuggire al vincolo di cui all'art. 12 delle c.d. "preleggi": la logica rimane esclusivamente sullo sfondo. Ne consegue che anche il sindacato sull'interpretazione avviene, in prima battuta, sulla scorta della disciplina positiva posta dal menzionato articolo.

Guardando all'amministrazione, infine, almeno nel contesto teorico in cui ci si riconosce¹⁰², il quadro si complica ulteriormente perché la norma può anche attribuire uno spazio di discrezionalità, che deve essere "gestito" secondo regole diverse da quelle della logica e dell'ermeneutica, in quanto governate dal canone della proporzionalità e della congruità, ossia, in ultima analisi, dalla scelta concreta inerente l'interesse pubblico¹⁰³. Esattamente in questo ambito può apprezzarsi una deviazione rispetto ai criteri logici ordinari da applicarsi al caso concreto e si apre lo spazio per un ambito sottratto al sindacato del giudice, che non può dunque attingere alle comuni regole logiche di inferenza.

8. *Sul criterio logico puro nell'accertamento del nesso causale*

Ciò chiarito in generale, è di interesse tornare a indugiare sui luoghi di emersione del canone probabilistico per svolgere, con una maggiore consapevolezza, alcune osservazioni critiche e per affrontare i rilevanti problemi, anche teorici, in precedenza evocati e non ancora sciolti.

Con riferimento al nesso di causalità, la sua analisi si svolge lungo un'articolazione caratterizzata da due "momenti".

Uno attiene alla riconduzione della sequenza tra condotta lesiva ed evento dannoso sotto una legge generale scientifica di copertura¹⁰⁴ che consente, in termini di probabilità, di istituire tra fatto antecedente e fatto successivo un rapporto di condizionamento necessario in termini necessariamente generali. Questo è il piano, per così dire, nomologico, quello della legge generale di copertura che

mo in grado di attribuirgli come causa quella che la legge statistica prevederebbe, se non con un grado di fiducia proporzionale alla probabilità insita nella legge di copertura».

¹⁰² È noto il dibattito che anima la materia; in senso contrario alla teorica qui seguita, si v., per tutti, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

¹⁰³ Questa è la tesi di E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in questa Rivista, 1998, 503 ss. Sulla distinzione tra applicazione della norma e interpretazione, per tutti, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 42 ss. In tema, si v. anche G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

¹⁰⁴ Questa legge "copre" la conclusione scaturente dal giudizio controfattuale con il crisma del sapere scientifico.

esprime un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi e consente di risalire all'antecedente causale o di giustificare un fatto come antecedente causale: viene cioè individuata un'ipotesi di catena causale sulla base di un criterio quantitativo.

L'altro momento è volto a verificare, sulla base delle inferenze tratte dagli elementi di prova disponibili, se la legge trova conferma nel caso concreto¹⁰⁵ e, soprattutto, in presenza di molteplici e concorrenti ipotesi di derivazione causale (posto che, appunto, normalmente sussistono più fattori causali: si pensi anche al comportamento del danneggiato), ad appurare quella preferibile nel caso concreto.

Su questo terreno, che attiene essenzialmente alla valutazione della probabilità logica siccome apprezzabile alla luce dei riscontri probatori, la soluzione è governata dal criterio del "più probabile che non", in chiave qualitativa e non quantitativa. L'ipotesi, cioè, deve ricevere una conferma sul piano della causalità individuale tale da apparire, in primo luogo, come più probabile rispetto alla sua negazione; in secondo luogo, come prevalente a fronte di congetture diverse. Seppure i vari piani di indagine convivono nell'esperienza del giudice, essi sono tra loro distinti: la probabilità quantitativa che caratterizza la causalità generale¹⁰⁶ non coincide, infatti, con la probabilità logica propria della causalità individuale, retta dal canone del "più probabile che non". Va però notato che i suddetti piani non sempre emergono nitidamente dalla lettura delle sentenze.

Trova comunque conferma che, in questo ambito (si pensi all'accertamento del nesso di causalità in relazione a un'azione lesiva di un interesse oppositivo), i criteri logici non sono condizionati o sostituiti da elementi ultronei, quali la valutazione della ragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, o dallo standard tipico del sindacato sull'eccesso di potere.

Infine, pare opportuno evidenziare una specificità dell'illecito dell'amministrazione, in cui il primo momento (nomologico) è tendenzialmente retto da massime di esperienza (quelle che governano i decorsi causali nelle attività consuete degli enti pubblici e che si intrecciano con le norme di azione, essendo dalle stesse condizionate) che il giudice amministrativo conosce perfettamente, sicché, di norma, non si pongono questioni particolarmente rilevanti in ordine alla loro identificazione.

¹⁰⁵ Nel secondo momento rileva il tema della validazione o meno oppure anche della correzione dei risultati ottenuti tramite l'applicazione della legge scientifica di copertura: M. Piraino, *Il nesso di causalità*, cit.

¹⁰⁶ Sul punto è stato osservato che «il ricorso a generalizzazioni empiricamente verificabili del senso comune o a leggi scientificamente attendibili consente... di fondare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da margini di discrezionalità e indeterminazione, a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria rispetto all'evento singolo»: G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 1971 ss.

9. *Sulle ipotesi in cui il criterio logico si intreccia con il sindacato sulla discrezionalità: danno da perdita di chance e danno da ritardo*

La questione diventa più complicata analizzando il tema della lesione per perdita di chance.

Al fine di definire la possibilità di un vantaggio futuro che deve essere individuato in relazione a una fattispecie già realizzata, occorre ipotizzare una "condotta salvifica dell'amministrazione" *ceteris paribus*, introducendo un ragionamento controfattuale (periodo ipotetico dell'irrealtà)¹⁰⁷ il cui baricentro è costituito dall'azione ricostruita siccome legittima perché depurata dai vizi dedotti in giudizio. Ciò vale sia nel caso di assoluta inerzia, sia nell'ipotesi di diniego illegittimo del vantaggio, sia nel caso di scelta procedurale illegittima, secondo un modello per certi versi analogo a quello dell'illecito omissivo nel diritto civile o penale. Per meglio chiarire il ragionamento, eliminare mentalmente l'azione illegittima allorché essa sia stata posta in essere, non porta a nulla sul piano della individuazione dello "spessore" della possibilità: più produttiva, e anzi necessaria, è invece l'operazione mentale che la sostituisce con l'azione depurata dai vizi, ossia congetturare come se i vizi del provvedimento impugnato, emarginati nel ricorso e ritenuti effettivamente sussistenti dal giudice, non fossero stati posti in essere. In altri termini, e indulgiando sul caso paradigmatico della gara, posto che essa costituisce il presupposto stesso della chance, ossia della possibilità di vincerla, si deve dedurre che la chance non esista al di fuori di quella "narrazione". Eliminando, con una mossa controfattuale, l'intera gara si dovrebbe inevitabilmente ammettere che la chance neppure esisterebbe. Partendo dalla specifica fattispecie concorsuale, occorre invece ipotizzarne uno sviluppo legittimo, perché solo in questo modo ci si può collocare all'interno del presupposto stesso della possibilità che si intende vagliare¹⁰⁸.

L'aspetto problematico della questione attiene al fatto che questa valutazione è assai prossima a quella necessaria per verificare la sussistenza del nesso di causalità; infatti, spesso il giudice sembra esaurire la propria indagine in un'unica soluzione.

Si è obiettato che gli elementi dell'illecito, però, vanno tutti provati¹⁰⁹ e che non è ipotizzabile un illecito in cui l'indagine sull'interesse meritevole di tute-

¹⁰⁷ Sul punto, si v. in generale C. Pizzi, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Milano, 1997.

¹⁰⁸ Né convince l'idea secondo cui occorrerebbe eliminare mentalmente la gara caratterizzata dal vizio sarebbe un mero *escamotage* verbale: infatti, ciò equivale a ipotizzare la gara legittima.

¹⁰⁹ Emblematicamente, Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688, afferma che non è «sostenibile che siano configurabili accertamenti di fattispecie risarcitoria che si arrestano al livello del nesso causale, poiché il danno risarcibile sussiste sempre se (giuridicamente) deriva da uno specifico presupposto fattuale, a sua volta normativamente rilevante come fonte, ovvero se a tale specifico presupposto è collegato dal c.d. nesso causale. Il risarcimento non può discendere da un accertamento incompiuto del relativo diritto. Che poi l'evento dannoso

la venga elisa perché riassorbita nell'analisi della catena causale (o viceversa). Per altro verso, la chance è la possibilità di conseguire il risultato, mentre l'evento (in ordine al quale occorre verificare il nesso) è la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo. Se cioè la pretesa al rispetto della chance, intesa come *utilitas* meritevole di tutela, è l'oggetto del nesso causale (o, comunque, uno dei poli che esso abbraccia), essa non può essere logicamente confusa con il nesso medesimo. L'ampiezza e la profondità dei due binari di inferenza, inoltre, non coincidono. Sul piano della causalità sembra necessario un ragionamento logico ancorato al criterio del "più probabile che non"; sul piano della spettanza della chance (evento nell'illecito) potrebbe fare capolino il sindacato sull'uso dei poteri anche discrezionali dell'amministrazione per verificare in concreto quale possibilità di conseguire un vantaggio avesse il soggetto in quella data situazione (che potrebbe essere appunto caratterizzata dalla sussistenza di spazi di discrezionalità pura, mista o tecnica)¹¹⁰.

Separatamente rispetto all'identificazione della chance¹¹¹, dunque, il giudice dovrebbe occuparsi del nesso, secondo i consueti canoni e a seconda che si tratti di comportamento attivo o inerte¹¹². Resta però il fatto che la catena causale che deve essere ricostruita per definire il nesso di causalità e, dunque, per ascrivere il fatto dannoso all'amministrazione, pare essere la stessa che occorre risalire per individuare la sussistenza di un interesse meritevole di tutela, qualificando l'e-

costituisca un elemento certo o un elemento possibile a sua volta in una misura di possibilità che lo renda giuridicamente rilevante, non incide sulla metodologia di accertamento dei due componenti "anteriori" della progressiva fattispecie risarcitoria, ovvero della condotta e del nesso causale».

¹¹⁰ Il problema è stato affrontato in modo particolarmente rigoroso da Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323 che rileva come, in diritto amministrativo, per la configurabilità di una chance risarcibile occorre valutare la consistenza dei poteri attribuiti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione e, in particolare, se il conseguimento della posizione di vantaggio sia correlato ad un'attività vincolata e tecnico-discrezionale – in cui il giudice può verificare il grado di possibilità (la chance) di ottenimento del bene della vita in concreto perso «senza che la natura dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione possano in alcun modo alterare l'esito prognostico» – oppure a un'attività discrezionale pura, al cospetto della quale «tanto maggiori saranno i margini di valutazione rimessi alla pubblica amministrazione, tanto maggiore sarà l'alterazione del giudizio probabilistico, il quale in presenza di parametri valutativi elastici ed insindacabili, se non nei termini ristretti ed estrinseci della logica e ragionevolezza, dovrà inevitabilmente rinunciare a riconoscere la sussistenza di un'apprezzabile probabilità di esito positivo e, dunque, di una chance risarcibile, onde evitare un'inammissibile e problematica surrogazione dell'autorità giudiziaria nei poteri dell'amministrazione. In altri termini la discrezionalità amministrativa elide, nella maggior parte dei casi, la possibilità di compiere il giudizio prognostico in parola in termini di preciso calcolo percentuale, ma non esclude di poter riconoscere una perdita di chance, nella base del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente».

¹¹¹ Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit.

¹¹² Anche se utilizza sostanzialmente la mossa del ragionamento controfattuale (ipotesi del comportamento salvifico dell'amministrazione) per individuare lo spessore della chance, Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, cit., nega la validità di quello schema argomentativo in forza della riconduzione della fattispecie all'illecito commissivo (si trattava peraltro di un caso peculiare, in cui l'amministrazione resistente, per paralizzare la pretesa risarcitoria dell'attore, aveva prospettato in via postuma un'ulteriore ipotesi di azione amministrativa, a suo tempo non percorsa).

vento alla stregua di illecito. Muta solo il segno: in un caso si identifica la chance; nell'altro la causa della sua perdita.

Dopo avere stimato come rilevante probabilità la possibilità di conseguire il vantaggio nella situazione concreta, operazione che avviene sul piano del riscontro probatorio concreto (e anche valutando – e rispettando – la variabile eventuale della sussistenza di discrezionalità e di spazi di azione di cui dispone l'amministrazione)¹¹³, è difficile ipotizzare il mancato superamento della soglia del "più probabile che non" in ordine all'evento rappresentato dalla sua perdita, anche se la prima verifica è di tipo quantitativo, mentre la seconda è di indole qualitativa. In assenza del carattere multifattoriale dell'eziologia dell'evento che, giova ripetere, consiste nella sopravvenuta impossibilità di conseguire il vantaggio sperato, e in forza dell'evidenza della massima d'esperienza che governa la derivazione causale dello stesso dal comportamento dell'amministrazione (che ha tenuto un comportamento inerte o, per restare al caso della gara, ha seguito una procedura illegittima), questa valutazione parrebbe dovere essere assorbita nella precedente, come il più contiene il meno. Sotto diverso aspetto, poiché la chance è tutta interna alla narrazione rappresentata dall'azione amministrativa (esiste, si consolida o muore con essa) e poiché in quel contesto la posizione del privato dipende dall'esercizio del potere, è evidente che, una volta sfumata la chance, antecedente causale della perdita non possa che essere l'esercizio del potere, sicché il nesso sarebbe agevolmente provato in via autonoma. Per restare all'esempio sopra utilizzato: se solo la gara crea, la medesima gara casualmente distrugge.

Quanto osservato si può applicare agevolmente anche all'ipotesi di danno da ritardo, in cui il criterio di inferenza tra comportamento salvifico-ipotetico dell'amministrazione virtuosa e conseguimento del bene della vita è ancora più stringente (si v. subito *infra*) e potrebbe appunto spiegare la ragione per cui la giurisprudenza non opera una netta distinzione tra i due piani. Non è tuttavia impossibile immaginare che i due binari possano divergere: ancora pensando al danno da ritardo, si ponga mente al caso in cui intervenga un fattore che interrompe il nesso causale e che sia esterno rispetto al decorso causale ipotizzato per definire la chance, come nel caso dell'incidenza causale della mancata tempestiva impugnazione o attivazione di altri rimedi giustiziali (c.d. "rapporto di presupposizione")¹¹⁴.

¹¹³ Si pensi all'esercizio dei poteri amministrativi in sede di autotutela: a questo proposito, considera, ad esempio, il potere generale di revoca, Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2018, n. 1828.

¹¹⁴ Parte della giurisprudenza richiede che la parte abbia preventivamente reagito all'inerzia impugnando il silenzio-rifiuto, in qualche modo confermando la sussistenza di un onere di preventiva attivazione in capo al soggetto che domanda il risarcimento: si v. TAR Puglia, Sez. I, 22 aprile 2016, n. 542; Cass. civ., Sez. I, 18 marzo 2016, n. 5443; TAR Lombardia, Sez. I, 12 marzo 2011, n. 35; *contra*, Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968; Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271. Rimane il problema se questa omissione possa incidere sull'entità del danno ai sensi dell'art. 30, c.p.a., con riferimento al c.d. "concorso colposo" della vittima *ex art.* 1227, comma 2, c.c., applicabile in forza del disposto *ex*

Il danno da ritardo, peraltro, esibisce un ulteriore carattere distintivo: qui, la prova della spettanza del bene deve superare la soglia della probabilità cruciale per avvicinarsi a quella dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”.

10. *Presenza e assenza di ipotesi alternative: “più probabile che non” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. L'escamotage del carattere vincolato dell'azione amministrativa*

Giunti a questo punto dell'indagine, bisogna appunto approfondire il tema finora lasciato in penombra: la sussistenza di spazi per l'applicazione di una logica deduttiva e/o improntata al canone del “oltre ogni ragionevole dubbio”.

Il problema investe essenzialmente l'azione di adempimento, il danno da ritardo e l'art. 21-*octies*, l. 241/1990, nella seconda ipotesi della fattispecie (che dispensa dall'annullamento il provvedimento adottato in difetto comunicazione di avvio del procedimento se l'ente pubblico dimostra nel processo che la partecipazione non avrebbe potuto modificare la decisione assunta). La lettura più rigorosa dello standard evocato dalla disciplina imporrebbe di provare l'assenza di qualsivoglia ipotesi esplicativa alternativa.

Per meglio comprendere il punto è utile riprendere gli esiti cui ha condotto l'analisi dell'istituto dell'interdittiva antimafia. A rileggere in controluce la giurisprudenza che si è occupata dell'istituto, infatti, si possono cogliere quattro diversi scenari astratti, che si prestano a essere analizzati a gruppi di due.

Ai due estremi opposti si pongono l'ipotesi dell'infiltrazione mafiosa provata con certezza (“oltre ogni ragionevole dubbio”) e quella della mera eventualità che ciò sia accaduto (mondo della mera possibilità). Questi due scenari vanno scartati. Il secondo, perché penalizzerebbe troppo il privato. Il primo perché, da un lato, se inteso in modo assoluto, imporrebbe una prova quasi diabolica, dovendosi falsificare ogni ipotesi contraria¹¹⁵; dall'altro, se inteso in senso relativo (al di là di ogni ragionevole dubbio nel caso concreto, secondo il modello dell'ab-

art. 30, comma 3, c.p.a. (così, tra le tante, TAR Lazio, Sez. I *Bis*, 30 novembre 2018, n. 11646; TAR Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 29 giugno 2018, n. 153; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 22 aprile 2016, n. 542; TAR Marche, Sez. I, 19 marzo 2016, n. 167; TAR Liguria, Sez. II, 8 gennaio 2016, n. 4; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 maggio 2015, n. 1243; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2014, n. 4968; TAR Lazio, Sez. II, 20 maggio 2014, n. 5285; Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63), secondo l'orientamento interpretativo elaborato da Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3. Sui profili problematici dell'art. 30, comma 3, cit., si v. per tutti A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 213.

¹¹⁵ Risuona cioè il problema epistemologico che ha animato lo sforzo profuso da Popper al momento in cui ha impostato la critica alla teoria dell'induzione: non si può mai dimostrare in assoluto una proposizione; le ipotesi possono al più essere falsificate, ma non è immaginabile un accertamento nel suo complesso della verità, falsificando tutte le ipotesi contrarie.

duzione, che implica l'assunzione di un'ipotesi che va corroborata alla luce degli specifici riscontri probatori), richiederebbe probabilmente all'amministrazione uno sforzo istruttorio considerevole e certamente assai dispendioso.

Rimangono i modelli della rilevante probabilità (superiore a una certa percentuale) e del "più probabile che non", alla luce di ipotesi alternative. Come anticipato, il giudice amministrativo si è orientato nel senso di ritenere sufficiente il rammentato canone del "più probabile che non". Non venendo qui in evidenza alcun problema di sindacato su scelte discrezionali, la giurisprudenza dovrebbe incaricarsi di verificare dall'interno e compiutamente la coerenza delle inferenze seguite dall'Amministrazione dell'Interno, senza indugi alimentati dal (nel caso non pertinente) richiamo alla sussistenza di poteri amministrativi.

Riprendendo l'asse principale del ragionamento, rimane comunque confermato che il canone del "oltre ogni ragionevole dubbio" non può significare certezza deduttiva derivante dalla falsificazione di ogni ulteriore e ipotetica alternativa, operazione non solo defatigante in un processo (come pure, sul piano sostanziale, nel procedimento amministrativo, in cui l'azione dell'ente precedente risulterebbe oltremodo aggravata e dunque in contrasto con il disposto *ex art. 1, comma 2, l. 241/1990*), ma addirittura pressoché impossibile da portare a termine, imponendo una sorta di regressione all'infinito. Ed è forse per ovviare a queste difficoltà che l'ordinamento utilizza uno stratagemma proprio là dove sembra evocare la certezza deduttiva: con una sorta di "sostituzione" o di "presunzione assoluta", cioè, esso evoca il carattere compiutamente vincolato dell'azione, così limitando lo scrutinio giurisdizionale. Ciò sembra accadere nell'azione di adempimento e nella prima ipotesi disciplinata dall'*art. 21-octies, l. 241/1990*¹¹⁶, in tal modo proteggendo un'importante area di azione amministrativa dal pieno dispiegarsi dei canoni della logica e dal controllo sul loro rispetto. In un tale contesto pare riemergere con forza la tradizionale coppia concettuale "attività vincolata - attività discrezionale", in relazione alla quale il giudice si muove forse con maggiore sicurezza.

V'è da chiedersi se ciò rappresenti un guadagno per il cittadino e per la tutela che costituzionalmente gli è garantita. Sorge, infatti, il dubbio che si tratti piuttosto di una semplificazione decisoria a favore del giudice e, simmetricamente, una protezione dell'amministrazione, la cui decisione finisce con l'essere una sorta di allungamento d'ombra della fattispecie astratta prevista dal legislatore di cui, così opinando, ne diventa la pedissequa concretizzazione, con il risultato di met-

¹¹⁶ Invero, in tale ipotesi, non occorre fornire alcuna prova dell'identità dell'approdo («contenuto dispositivo dell'atto») alla luce di un decorso causale ipotetico caratterizzato da interferenze esterne, risultando sufficiente fornire la corretta interpretazione del quadro giuridico: ciononostante, il richiamo del carattere vincolato dell'azione costituisce uno "schermo" tranquillizzante ai fini della salvezza del provvedimento pur non rispettoso di alcune norme.

terla al riparo dal rigoroso e pregnante sindacato funzionale dell'attività amministrativa, precluso al giudice.

Una forma diversa di deviazione rispetto alle inferenze logiche, pur richiamate, si riscontra con riferimento al tema delle argomentazioni svolte dal giudice in sede cautelare. Formalmente, alla luce delle chiare indicazioni testuali ricavabili dal codice del rito amministrativo, tale fase processuale dovrebbe essere dominata da un ragionamento svolto lungo i soli binari della logica; in concreto, tuttavia, onde valutare la sussistenza dei presupposti dell'invocata misura interinale, il giudice effettua sovente una ponderazione degli interessi introdotti nel processo (tanto che pare profilarsi una valutazione per alcuni versi accostabile all'esercizio di discrezionalità¹¹⁷, quasi si trattasse di un caso di giurisdizione di merito). La conseguenza è che, ancora una volta, pare confermarsi la difficoltà di applicare in modo puro gli schemi argomentativi delle inferenze causali, che subiscono una sorta di torsione allorché entrano in contatto con il processo amministrativo.

Rimangono due ipotesi in cui, almeno a livello declamatorio, occorre dare la prova della certezza del risultato, senza potere invocare un parametro diverso: il danno da ritardo e la seconda fattispecie disciplinata dall'art. 21-*octies*, comma 2, cit.

Quanto alla prima, la scarsità di sentenze che condannano l'amministrazione per il ritardo nell'accordare un provvedimento favorevole conferma la difficoltà per il ricorrente di fornire la prova "piena, diretta e certa" della spettanza del bene. E non sembra essere un caso il fatto che la giurisprudenza si muova lungo un crinale diverso, meno assolutista e più attento alle esigenze del caso concreto¹¹⁸.

In relazione all'ipotesi di cui al secondo inciso del comma 2 dell'art. 21-*octies*, cit., la giurisprudenza giunge in soccorso dell'amministrazione a cui, secondo il chiaro disposto di legge, spetta la prova della verità dell'enunciato finale che sottrae l'atto all'annullamento: il contenuto decisorio non avrebbe potuto essere differente. Difatti, come visto, il privato non può limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio (pena l'inammissibilità del motivo), ma deve anche indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione, con l'ulteriore aggravio consistente nella necessità di prospettare elementi «che, implicando valutazioni di merito (amministrativo o tecnico), possono trovare ingresso esclusivamente nel corso del procedimento sostanziale e non anche nel processo davanti al giudice»¹¹⁹. Sol tanto a quel punto l'amministrazione dovrà dimostrare l'indifferenza dell'assenza di quegli elementi nella formazione del provvedimento. Ebbene, mediante l'introduzione di un onere a carico del privato, si viene a restringere il campo di inda-

¹¹⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 963 ss.

¹¹⁸ Si v. il percorso logico-argomentativo proposto da Cons. Stato, Ad, plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.

¹¹⁹ Cons. Stato, Sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310.

gine, permettendo il passaggio dallo scenario della “falsificabilità” di ogni ipotesi astratta alternativa a quello che richiede la prova in concreto della ragionevolezza, appunto “oltre il più probabile che non” (come si è proposto), dell'irrelevanza dell'apporto partecipativo della parte. Un esito di non poco conto sul piano della prassi operativa della norma, che per quanto consegue al comprensibile intento di non affliggere l'amministrazione della già menzionata *probatio diabolica* (si v. *supra*, paragrafo 5), finisce in buona sostanza con il rinnegare il senso stesso della disposizione, comportando «sicuramente una notevole perdita di tutela per il titolare di interessi legittimi oppositivi»¹²⁰.

Un ultimo interrogativo va affrontato. Ci si chiede se esista eventualmente una ragione diversa, costituita dalla “posta in gioco”, che giustifichi la differente intensità dei canoni di inferenza logica nelle varie situazioni e qualche ritrosia del giudice nell'applicarli e/o controllarne l'impiego¹²¹. Si pensi all'interdittiva prefettizia e all'esigenza di combattere la criminalità organizzata che potrebbe spiegare la sufficienza del canone del “più probabile che non”; oppure, nel caso di danno da ritardo, alla necessità di non gravare eccessivamente sulle casse pubbliche. Si tratta di un discorso difficile da sviluppare, anche perché esibisce la tipica ambiguità dei ragionamenti a doppio taglio, nel senso che, per limitarsi all'interdittiva, affermare che il modello di inferenza seguito è plasmato sulle finalità perseguite dalla disciplina della materia e con il contesto che ne ha determinato l'adozione, appare argomentazione del tutto aliena dal necessario rispetto dei fondamentali principi costituzionali, vista la notevolissima incidenza di questo istituto sulle libertà fondamentali dell'individuo¹²². A ben vedere, in senso diametralmente opposto, emergono allora ragioni di diritto positivo che suggerirebbero addirittura di invocare un uso più sorvegliato dell'istituto e, dunque, un sindacato assai stringente sulla “logica” applicata dall'amministrazione, così da salvaguardare le garanzie di protezione dei diritti dei privati.

In ogni caso, e conclusivamente, a proposito di garanzie a presidio del corretto uso della logica, soprattutto quando essa venga applicata per la prima volta nel corso del processo, è irrinunciabile che il giudice adempia scrupolosamente

¹²⁰ F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2300, il quale in modo assai penetrante conclude le sue riflessioni osservando che «Sarà il tempo a dire se le più recenti scelte legislative – intese a subordinare, in vario modo, le garanzie partecipative riconosciute al cittadino dall'originaria l. n. 241 del 1990 a considerazioni di tipo finalistico – siano state, in certo senso, rese necessarie dall'esigenza di rendere davvero efficiente ed economico l'agire amministrativo ovvero mirino, piuttosto, a mantenere in capo alla pubblica amministrazione quella posizione di supremazia che la legge stessa cercava di superare».

¹²¹ Sul punto, in generale, G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, cit.

¹²² Sulla problematiche relative all'aderenza dell'istituto ai principi costituzionali, si v. F. Saitta, *Informativa antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. appalti*, 2014, 425 ss. Sul problema dell'applicazione del diritto inteso alla stregua di rapporto tra norma e caso colto nell'alveo della ricerca del miglior diritto possibile, si v. le riflessioni di T. Gazzolo, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, cit., spec. 194 ss.

al dovere di motivare gli atti processuali, secondo il principio posto dall'art. 111, Cost., recepito, in generale, dall'art. 3, comma 1, c.p.a., e, nel dettaglio, dagli artt. 55, commi 9 e 10; 56, comma 2; 74; 88, comma 2, lett. d); 99, comma 3; 120, comma 8 *ter*; 129, comma 6 del medesimo codice¹²³.

¹²³ Angusto, invece, pare lo spazio a favore dell'applicazione della disposizione di cui all'art. 73, c.p.a., posto che essa concerne (non già singole inferenze, bensì) "fatti" sostanziali o processuali (modificativi, impeditivi o estintivi) idonei *ex se* a decidere la lite: sul punto, si v. Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2015, n. 3065. Con specifico riferimento alle inferenze logiche attinenti alla ricostruzione del quadro probatorio, si v. M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit. Sulla motivazione delle decisioni del giudice amministrativo, da ultimo, F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 129 ss.; M. Luciani, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, *ibidem*, 36 ss.; C. Rasia, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 204 ss. Sulla motivazione della sentenza in forma semplificata, si v. le riflessioni di A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 277 s., il quale osserva che «La previsione di una motivazione sintetica incide sull'ampiezza delle argomentazioni del giudice, ma non toglie nulla all'esigenza della loro adeguatezza rispetto alla domanda e alla decisione» (278).

Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico

Il lavoro analizza il ricorso all'inferenza logica, che viene studiata nelle sue diverse tipologie e nelle implicazioni sul grado di protezione delle situazioni soggettive. Muovendo da istituti di diritto sostanziale e processuale di diritto positivo, vengono trattate le diverse regole di inferenza ("più probabile che non", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio"), unitamente alle loro implicazioni in termini di tutela, tenendo conto delle più tradizionali categorie concettuali del diritto amministrativo (discrezionalità/vincolatezza – interesse legittimo/diritto soggettivo ecc.).

The administrative judge and logical inference: "more likely than not" and "beyond", "relevant probability" and "beyond all reasonable doubt". Argumentative paradigms and relevance of public interest

The work analyses the use of logical inference, which is studied here in its various typologies and in the implications on the degree of protection offered to subjective situations. Starting out from institutes of substantial and trial law of positive law, the various rules of inference are examined ("more likely than not", "relevant probability" and "beyond all reasonable doubt"), coupled with their implications in terms of protection, bearing in mind the more traditional conceptual categories of administrative law (discretionality/boundness – legitimate interest/subjective law etc.).

Sezione di diritto internazionale dell'economia*

UNIONE EUROPEA

Governance economica

Comunicazione della Commissione, *Per un rafforzamento del ruolo internazionale dell'euro*, COM(2018) 796 del 5 dicembre 2018.

Raccomandazione della Commissione *in merito al ruolo internazionale dell'euro nel settore energetico*, C(2018) 8111 del 5 dicembre 2018.

Decisione di esecuzione (UE) 2018/1192 della Commissione, dell'11 luglio 2018, *sull'attivazione della sorveglianza rafforzata per la Grecia*, in GUUE L 211 del 28 agosto 2018, pagg. 1-4.

Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *relativo all'istituzione della Funzione europea di stabilizzazione degli investimenti*, COM(2018) 387 del 31 maggio 2018.

Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che istituisce il programma di sostegno alle riforme*, COM(2018) 391 del 31 maggio 2018.

Comunicazione della Commissione, *Un bilancio moderno al servizio di un'Unione che protegge, che dà forza, che difende. Quadro finanziario pluriennale 2021-2027*, COM(2018) 321 del 2 maggio 2018.

Sentenza del 19 dicembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Silvio Berlusconi e Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) contro Banca d'Italia e Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS)*, causa C-219/17.

«Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio – Procedura disciplinata dalla direttiva 2013/36/UE nonché dai regolamenti (UE) nn. 1024/2013 e 468/2014 – Procedimento amministrativo composto – Potere decisionale esclusivo della Banca centrale europea (BCE) – Ricorso avverso atti preparatori emanati dall'autorità nazionale competente – Asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione nazionale».

Sentenza dell'11 dicembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Heinrich Weiss e a.*, causa C-493/17.

* Coordinatore: Prof.ssa Ornella Porchia (Università degli Studi di Torino – Dipartimento di Giurisprudenza). Hanno partecipato alla redazione della presente Sezione: Elena Corcione, Francesco Costamagna, Filippo Croci, Alberto Miglio, Lorenza Mola, Stefano Montaldo, Alberto Oddenino, Ludovica Poli, Vito Rubino, Elisa Ruozi, Stefano Saluzzo, Andrea Spagnolo, Francesca Varvello.

«Rinvio pregiudiziale – Politica economica e monetaria – Decisione (UE) 2015/774 della Banca centrale europea – Validità – Programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari – Articoli 119 e 127 TFUE – Attribuzioni della BCE e del Sistema europeo di banche centrali – Mantenimento della stabilità dei prezzi – Proporzionalità – Articolo 123 TFUE – Divieto di finanziamento monetario degli Stati membri della zona euro».

Ordinanza del 19 novembre 2018, Tribunale (UE), *Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo c. Commissione europea e Comitato di risoluzione unico (SRB)*, causa T-494/17.

«Ricorso di annullamento e per risarcimento danni – Unione economica e monetaria – Unione bancaria – Meccanismo di risoluzione unico degli enti creditizi e di talune imprese di investimento (SRM) – Fondo di risoluzione unico (SRF) – Determinazione del contributo ex ante per il 2016 – Designazione erronea della convenuta – Termine di ricorso – Tardività – Atti ipotetici – Domanda risarcitoria – Stretto collegamento con la domanda di annullamento – Eccezione d'illegittimità – Irricevibilità manifesta».

Ordinanza del 19 novembre 2018, Tribunale (UE), *Credito Fondiario SpA c. Comitato di risoluzione unico (SRB)*, causa T-661/16.

«Ricorso di annullamento – Unione economica e monetaria – Unione bancaria – Meccanismo di risoluzione unico degli enti creditizi e di talune imprese di investimento (SRM) – Fondo di risoluzione unico (SRF) – Determinazione del contributo ex ante per il 2016 – Termine di ricorso – Tardività – Eccezione d'illegittimità – Irricevibilità manifesta».

Sentenza del 13 settembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Enzo Buccioni c. Banca d'Italia*, causa C-594/16.

«Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Direttiva 2013/36/UE – Articolo 53, paragrafo 1 – Obbligo del segreto professionale incombente alle autorità nazionali di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi – Ente creditizio di cui è stata ordinata la liquidazione coatta – Divulgazione di informazioni riservate nell'ambito di procedimenti civili o commerciali».

Sentenza del 13 luglio 2018, Tribunale (UE), *BNP Paribas c. Banca centrale europea*, causa T-768/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 1, lettera d), e paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Calcolo del coefficiente di leva finanziaria – Rifiuto della BCE di autorizzare la ricorrente ad escludere dal calcolo del coefficiente di leva finanziaria le esposizioni che soddisfano talune condizioni – Articolo 429, paragrafo 14, del regolamento (UE) n. 575/2013 – Potere discrezionale della BCE – Errori di diritto – Errore manifesto di valutazione».

Sentenza del 13 luglio 2018, Tribunale (UE), *Crédit agricole SA c. Banca centrale europea*, causa T-758/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 1, lettera d), e paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Calcolo del coefficiente di leva finanziaria – Rifiuto della BCE di autorizzare la ricorrente ad escludere dal calcolo del coefficiente di leva finanziaria le esposizioni che soddisfano talune condizioni – Articolo 429, paragrafo 14, del regolamento (UE) n. 575/2013 – Potere discrezionale della BCE – Errori di diritto – Errore manifesto di valutazione».

Sentenza del 13 luglio 2018, Tribunale (UE), *Société générale c. Banca centrale europea*, causa T-757/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 1, lettera d), e paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Calcolo del coefficiente di leva finanziaria – Rifiuto della BCE di autorizzare la ricorrente ad escludere dal calcolo del coefficiente di leva finanziaria le esposizioni che soddisfano talune condizioni – Articolo 429, paragrafo 14, del regolamento (UE) n. 575/2013 – Potere discrezionale della BCE – Errori di diritto – Errore manifesto di valutazione».

Sentenza del 13 luglio 2018, Tribunale (UE), *Confédération nationale du Crédit mutuel c. Banca centrale europea*, causa T-751/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 1, lettera d), e paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Calcolo del coefficiente di leva finanziaria – Rifiuto della BCE di autorizzare la ricorrente ad escludere dal calcolo del coefficiente di leva finanziaria le esposizioni che soddisfano talune condizioni – Articolo 429, paragrafo 14, del regolamento (UE) n. 575/2013 – Potere discrezionale della BCE – Errori di diritto – Errore manifesto di valutazione».

Sentenza del 13 luglio 2018, Tribunale (UE), *BPCE c. Banca centrale europea*, causa T-745/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 1, lettera d), e paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Calcolo del coefficiente di leva finanziaria – Rifiuto della BCE di autorizzare la ricorrente ad escludere dal calcolo del coefficiente di leva finanziaria le esposizioni che soddisfano talune condizioni – Articolo 429, paragrafo 14, del regolamento (UE) n. 575/2013 – Potere discrezionale della BCE – Errori di diritto – Errore manifesto di valutazione».

Sentenza del 13 luglio 2018, Tribunale (UE), *La Banque postale c. Banca centrale europea*, causa T-733/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 1, lettera d), e paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Calcolo del coefficiente di leva finanziaria – Rifiuto della BCE di autorizzare la ricorrente ad escludere dal calcolo del coefficiente di leva finanziaria le esposizioni che soddisfano talune condizioni – Articolo 429, paragrafo 14, del regolamento (UE) n. 575/2013 – Potere discrezionale della BCE – Errori di diritto – Errore manifesto di valutazione».

Sentenza del 24 aprile 2018, Tribunale (UE), *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence e a. c. Banca centrale europea*, cause riunite da T-133/16 a T-136/16.

«Politica economica e monetaria – Vigilanza prudenziale degli enti creditizi – Articolo 4, paragrafo 1, lettera e), e paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1024/2013 – Soggetto che dirige di fatto le attività di un ente creditizio – Articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2013/36/UE e articolo L. 511-13, secondo comma, del codice monetario e finanziario francese – Divieto di cumulo della presidenza dell'organo di gestione di un ente creditizio nella sua funzione di supervisione strategica con la funzione di amministratore delegato in seno allo stesso ente – Articolo 88, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2013/36 e articolo L. 511-58 del codice monetario e finanziario francese».

Aiuti di Stato

Sentenza del 29 novembre 2018, Tribunale (UE), *Aziende riunite flovie ed autolinee Srl (ARFEA) c. Commissione europea*, causa T-720/16.

«Aiuti di Stato – Compensazione retroattiva per un servizio pubblico accordata dalle autorità italiane – Servizio di trasporto regionale di passeggeri a mezzo autobus fornito tra il 1997 e il 1998 sulla base di concessioni – Decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato interno e ne ordina il recupero – Sentenza Altmark – Applicazione ratione temporis delle disposizioni di diritto sostanziale».

Sentenza del 15 novembre 2018, Tribunale (UE), *Tempus Energy Ltd e Tempus Energy Technology Ltd c. Commissione europea*, causa T-793/14.

«Aiuti di Stato – Mercato delle capacità nel Regno Unito – Regime di aiuto – Articolo 108, paragrafi 2 e 3, TFUE – Nozione di dubbi ai sensi dell'articolo 4, paragrafi 3 o 4, del regolamento (CE) n. 659/1999 – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014- 2020 – Decisione di non sollevare obiezioni – Mancato avvio del procedimento d'indagine formale – Diritti procedurali delle parti interessate».

Sentenza del 15 novembre 2018, Tribunale (UE), *Deutsche Telekom AG c. Commissione europea*, causa T-207/10.

«Aiuti di Stato – Regime fiscale che consente alle imprese con domicilio fiscale in Spagna di ammortizzare l'avviamento risultante da acquisizioni di partecipazioni azionarie in imprese con domicilio fiscale all'estero – Decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato comune e ne ordina il recupero parziale – Disposizione che consente al regime di continuare ad applicarsi in parte – Domanda di non luogo a statuire – Persistenza dell'interesse ad agire – Legittimo affidamento – Assicurazioni precise fornite dalla Commissione – Legittimità dell'affidamento – Ambito di applicazione temporale del legittimo affidamento».

Sentenza del 15 novembre 2018, Tribunale (UE), *Stichting Woonlinie e a. c. Commissione europea*, cause riunite T-202/10 RENV II e T-203/10 RENV II.

«Aiuti di Stato – Edilizia residenziale sociale – Regime di aiuti in favore delle società di edilizia residenziale sociale – Aiuti esistenti – Impegni dello Stato membro – Decisione che dichiara l'aiuto compatibile con il mercato interno – Articolo 17 del regolamento (CE) n. 659/1999 – Servizio di interesse economico generale – Articolo 106, paragrafo 2, TFUE – Definizione dell'incarico di servizio pubblico».

Sentenza del 14 novembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Commissione europea c. Repubblica ellenica*, causa C-93/17.

«Inadempimento di uno Stato – Aiuti di Stato – Aiuti dichiarati illegittimi e incompatibili con il mercato interno – Obbligo di recupero – Sentenza della Corte che accerta l'inadempimento – Impresa che svolge sia attività civili che attività militari – Mancata esecuzione – Interessi essenziali della sicurezza di uno Stato membro – Articolo 346, paragrafo 1, lettera b), TFUE – Sanzioni finanziarie – Penalità – Somma forfettaria – Capacità di pagamento – Fattore “n” – Fattori che sono alla base della valutazione della capacità di pagamento – Prodotto interno lordo – Ponderazione dei voti dello Stato membro in seno al Consiglio dell'Unione europea – Nuova regola di voto in seno al Consiglio».

Sentenza del 6 novembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Scuola Elementare Maria Montessori Srl c. Commissione europea*, *Commissione europea c. Scuola Elementare Maria Montessori Srl e Commissione europea c. Pietro Ferracci*, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Decisione che dichiara impossibile il recupero di un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno – Decisione che accerta l'insussistenza di un aiuto di Stato – Ricorsi di annullamento proposti da concorrenti di beneficiari di aiuti di Stato – Ricevibilità – Atto regolamentare che non comporta alcuna misura d'esecuzione – Incidenza diretta – Nozione di “impossibilità assoluta” di recuperare un aiuto di Stato incompatibile con il

mercato interno – Nozione di “aiuto di Stato” – Nozioni di “impresa” e di “attività economica”».

Sentenza del 20 settembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Regno di Spagna c. Commissione europea*, causa C-114/17 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Televisione digitale – Aiuto alla diffusione della televisione digitale terrestre in zone remote e meno urbanizzate della Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (Comunità autonoma di Castiglia-La Mancia, Spagna) – Sovvenzione concessa a operatori di piattaforme di televisione digitale terrestre – Decisione che dichiara le misure d'aiuto parzialmente incompatibili con il mercato interno – Nozione di “aiuto di Stato” – Vantaggio – Servizio di interesse economico generale – Definizione – Margine discrezionale degli Stati membri».

Sentenza del 20 settembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Carrefour Hypermarchés SAS e a. c. Ministre des Finances et des Comptes publics*, causa C-510/16.

«Rinvio pregiudiziale – Aiuti di Stato – Articolo 108, paragrafo 3, TFUE – Regolamento (CE) n. 794/2004 – Regimi di aiuti notificati – Articolo 4 – Modifica di un aiuto esistente – Aumento significativo del gettito delle imposte destinate al finanziamento di regimi di aiuti rispetto alle stime notificate alla Commissione europea – Soglia del 20% della dotazione originaria».

Sentenza del 19 settembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Commissione europea c. Repubblica francese e IFP Énergies nouvelles*, causa C-438/16 P.

«Impugnazione – Aiuto di Stato – Regime di aiuti attuato dalla Francia – Garanzia illimitata dello Stato prestata all'Institut Français du Pétrole (IFP) mediante conferimento dello status di ente pubblico a carattere industriale e commerciale (EPIC) – Decisione che dichiara tale misura parzialmente non costitutiva di un aiuto di Stato e parzialmente costitutiva di un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno, fatto salvo il rispetto di determinate condizioni – Nozione di “regime di aiuti” – Presunzione di esistenza di un vantaggio – Onere e livello della prova».

Sentenza del 25 luglio 2018, Corte di giustizia (UE), *Georgsmarienhütte GmbH e a. c. Bundesrepublik Deutschland*, causa C-135/16.

«Rinvio pregiudiziale – Aiuti di Stato – Regime a sostegno delle fonti di energia rinnovabili e degli utenti a forte consumo d'energia – Decisione (UE) 2015/1585 – Validità alla luce dell'articolo 107 TFUE – Ricevibilità – Mancata proposizione di un ricorso di annullamento da parte delle ricorrenti nel procedimento principale».

Comunicazione della Commissione, *Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato*, C(2018) 4412 del 16 luglio 2018, in *GUUE*, C 253 del 19 luglio 2018, p. 14.

Sentenza dell'11 luglio 2018, Tribunale (UE), *CSTP Azienda della Mobilità SpA c. Commissione europea*, causa T-186/15.

«Aiuti di Stato – Impresa che gestisce reti di collegamento con autobus nella Regione Campania – Vantaggio – Servizio di interesse economico generale – Compensazione tariffaria per obblighi di servizio pubblico versata a seguito di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado – Decisione della Commissione che dichiara la misura incompatibile con il mercato interno – Aiuti esistenti e aiuti nuovi – Regolamento (CEE) n. 1191/69 – Requisiti per l'esenzione dall'obbligo di notifica – Articolo 4, paragrafo 5 e articolo 7, paragrafo 6, del regolamento (CE) n. 659/99 – Competenze rispettive della Commissione e dei giudici nazionali in materia di controllo degli aiuti di Stato – Autorità di cosa giudicata di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza – Applicazione *ratione temporis* delle norme di diritto sostanziale – Legittimo affidamento – Certezza del diritto».

Sentenza dell'11 luglio 2018, Tribunale (UE), *Buonotourist Srl c. Commissione europea*, causa T-185/15.

«Aiuti di Stato – Impresa che gestisce reti di collegamento con autobus nella Regione Campania – Vantaggio – Servizio di interesse economico generale – Compensazione tariffaria per obblighi di servizio pubblico versata a seguito di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado – Decisione della Commissione che dichiara la misura incompatibile con il mercato interno – Aiuti esistenti e aiuti nuovi – Regolamento (CEE) n. 1191/69 – Requisiti per l'esenzione dall'obbligo di notifica – Articolo 4, paragrafo 5, e articolo 7, paragrafo 6, del regolamento (CE) n. 659/99 – Competenze rispettive della Commissione e dei giudici nazionali in materia di controllo degli aiuti di Stato – Autorità di cosa giudicata di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza – Applicazione *ratione temporis* delle norme di diritto sostanziale – Legittimo affidamento – Certezza del diritto».

Sentenza del 28 giugno 2018, Corte di giustizia (UE), *Dirk Andres (faillite Heitkamp BauHolding) c. Commissione europea*, causa C-203/16 P.

«Impugnazione – Aiuti di Stato – Normativa tributaria tedesca concernente determinati riporti delle perdite sugli esercizi fiscali futuri (“clausola di risanamento”) – Decisione che dichiara il regime di aiuti incompatibile con il mercato interno – Ricorso di annullamento – Ricevibilità – Articolo 263, quarto comma, TFUE – Persona individualmente interessata – Articolo 107, paragrafo 1, TFUE – Nozione di “aiuto di Stato” – Condizione di selettività – Determinazione del contesto di riferimento – Qualificazione giuridica dei fatti».

Sentenza del 25 aprile 2018, Tribunale (UE), *Ungheria c. Commissione europea*, cause riunite T-554/15 e T-555/15.

«Aiuti di Stato – Aiuti concessi in forza della legge ungherese n. XCIV del 2014 sul contributo sanitario delle imprese del settore del tabacco – Aiuti risultanti da una modifica apportata nel 2014 alla legge ungherese del 2008 sulla filiera alimentare e il controllo ufficiale di quest'ultima – Imposte sul fatturato annuo con aliquote progressive – Decisione di avviare il procedimento di cui all'articolo 108, paragrafo 2, TFUE – Adozione simultanea di un'ingiunzione di sospensione – Ricorso di annullamento – Separabilità dell'ingiunzione di sospensione – Interesse ad agire – Ricevibilità – Obbligo di motivazione – Proporzionalità – Parità di trattamento – Diritti della difesa – Principio di leale cooperazione – Articolo 11, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 659/1999».

Ambiente e energia

Sentenza del 12 aprile 2018, Corte di giustizia (UE), *People Over Wind e Peter Sweetman c. Coillte Teoranta*, causa C-323/17.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Direttiva 92/43/CEE – Conservazione degli habitat naturali – Zone speciali di conservazione – Articolo 6, paragrafo 3 – Presame volto a determinare la necessità di procedere o meno a una valutazione dell'incidenza di un piano o progetto su una zona speciale di conservazione – Misure che possono essere prese in considerazione a tal fine».

Sentenza del 7 giugno 2018, Corte di giustizia (UE), *Raoul Thybaut e altri c. Région wallonne*, causa C-160/17.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Direttiva 2001/42/CE – Articolo 2, lettera a) – Nozione di “piani e programmi” – Articolo 3 – Valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente – Perimetro di consolidamento urbano – Possibilità di derogare alle prescrizioni urbanistiche – Modifica dei “piani e programmi”».

Sentenza del 21 giugno 2018, Corte di giustizia (UE), *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-5/16.

«Ricorso di annullamento – Decisione (UE) 2015/1814 – Determinazione della base giuridica – Considerazione degli effetti dell'atto – Insussistenza – Articolo 192, paragrafo 1, TFUE – Articolo 192, paragrafo 2, primo comma, lettera c), TFUE – 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 – Principio di leale cooperazione – Articolo 15 TUE – Competenze del Consiglio europeo – Principi della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento – Principio di proporzionalità – Valutazione d'impatto».

Sentenza dell'11 luglio 2018, Corte di giustizia (UE), *Bosphorus Queen Shipping Ltd Corp. c. Rajavartiolaitos*, causa C-15/17.

«Rinvio pregiudiziale – Convenzione di Montego Bay – Articolo 220, paragrafo 6 – Poteri dello Stato costiero – Competenza della Corte a interpretare norme del diritto internazionale – Direttiva 2005/35/CE – Inquinamento provocato dalle navi – Articolo 7, paragrafo 2 – Convenzione Marpol 73/78 – Scarico di idrocarburi da parte di una nave straniera in transito nella zona economica esclusiva – Circostanze in presenza delle quali lo Stato costiero può avviare un procedimento nei confronti di una nave straniera – Libertà di navigazione – Tutela dell'ambiente marino – Danni gravi o rischio di danni gravi provocati alla costa, agli interessi connessi o a qualunque risorsa del mare territoriale o della zona economica esclusiva – Prove chiare e oggettive».

Sentenza del 25 luglio 2018, Corte di giustizia (UE), *Confédération paysanne e altri c. Premier Ministre*, causa 528/16.

«Rinvio pregiudiziale – Emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati – Mutagenesi – Direttiva 2001/18/CE – Articoli 2 e 3 – Allegati I A e I B – Nozione di “organismo geneticamente modificato” – Tecniche o metodi di modificazione genetica utilizzati convenzionalmente e considerati sicuri – Nuove tecniche e nuovi metodi di mutagenesi – Rischi per la salute umana e l'ambiente – Margine discrezionale degli Stati membri in fase di trasposizione della direttiva – Direttiva 2002/53/CE – Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole – Varietà di piante rese resistenti agli erbicidi – Articolo 4 – Ammissione nel catalogo comune delle varietà geneticamente modificate ottenute mediante mutagenesi – Requisito in materia di tutela della salute umana e dell'ambiente – Esenzione».

Sentenza del 25 luglio 2018, Corte di giustizia (UE), *La Messer France SAS*, causa C-103/17.

«Rinvio pregiudiziale – Armonizzazione delle normative fiscali – Direttiva 92/12/CEE – Articolo 3, paragrafo 2 – Direttiva 2003/96/CE – Articoli 3 e 18 – Tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità – Accise – Esistenza di un'altra imposizione indiretta – Presupposti – Normativa nazionale che prevede un contributo al servizio pubblico dell'energia elettrica – Nozione di “finalità specifiche” – Rispetto di un livello minimo di tassazione».

Sentenza del 4 ottobre 2018, Corte di giustizia (UE), *Legatoria Editoriale Giovanni Olivotto (L.E.G.O.) SpA*, causa C-242/17.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili – Bioliquidi utilizzati per un impianto termoelettrico – Direttiva 2009/28/CE – Articolo 17 – Criteri di sostenibilità per i bioliquidi – Articolo 18 – Sistemi nazionali di certificazione della sostenibilità – Decisione di esecuzione 2011/438/UE – Sistemi volontari di certificazione della sostenibilità dei biocarburanti e dei bioliquidi approvati dalla Commissione europea – Normati-

va nazionale che prevede l'obbligo per gli operatori intermedi di presentare i certificati di sostenibilità – Articolo 34 TFUE – Libera circolazione delle merci».

Sentenza del 17 ottobre 2018, Corte di giustizia (UE), *Volkmar Klohn c. An Bord Pleanála*, causa C-167/17.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti – Diritto di ricorso contro una decisione di autorizzazione – Obbligo di una procedura non eccessivamente onerosa – Nozione – Applicazione nel tempo – Efficacia diretta – Incidenza su una decisione nazionale di liquidazione delle spese divenuta definitiva».

Sentenza del 7 novembre 2018, Corte di giustizia (UE), *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*, cause riunite C-293/17 e C-294/17.

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 92/43/CEE – Conservazione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatiche – Zone speciali di conservazione – Articolo 6 – Opportuna valutazione dell'incidenza di un piano o di un progetto su un sito – Programma nazionale di gestione dei depositi di azoto – Nozioni di “progetto” e di “opportuna valutazione” – Valutazione globale a monte delle autorizzazioni individuali di aziende agricole che generano tali depositi».

Sentenza del 6 dicembre 2018, Corte di giustizia (UE), *FENS spol. s.r.o.*, causa C-305/17.

«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione delle merci – Dazi doganali – Tasse d'effetto equivalente – Prelievo sulla trasmissione di energia elettrica prodotta sul territorio nazionale e destinata all'esportazione – Compatibilità di tale normativa con il principio della libera circolazione delle merci».

Proprietà intellettuale e Nuove tecnologie

Sentenza del 6 dicembre 2018, Corte di Giustizia (UE), *J. Portugal Ramos Vinhos SA c. Adega Cooperativa de Borba CRL*, causa C-629/17.

«Rinvio pregiudiziale – Proprietà intellettuale – Diritto dei marchi – Direttiva 2008/95/CE – Articolo 3, paragrafo 1, lettera c) – Motivi di nullità – Marchio denominativo composto esclusivamente da segni o da indicazioni che possono servire per designare le caratteristiche di un prodotto o di un servizio – Altre caratteristiche di un prodotto o di un servizio – Impianto di produzione del prodotto – Marchio denominativo costituito da un segno che designa prodotti vitivinicoli e da un nome geografico che costituisce un elemento denominativo della denominazione sociale del titolare del marchio».

Sentenza del 19 aprile 2018, Corte di Giustizia (UE), *Peek & Cloppenburg KG, Hamburg c. Peek & Cloppenburg KG, Düsseldorf* causa C-148/17.

«Rinvio pregiudiziale – Diritto dei marchi – Direttiva 2008/95/CE – Articolo 14 – Costatazione a posteriori della nullità o della decadenza di un marchio di impresa – Data in cui devono sussistere le condizioni della decadenza o della nullità – Regolamento (CE) n. 207/2009 – Marchio dell'Unione europea – Articolo 34, paragrafo 2 – Rivendicazione della preesistenza di un marchio nazionale anteriore – Effetti di tale rivendicazione sul marchio nazionale anteriore».

Sentenza del 25 luglio 2018, Corte di Giustizia (UE), *Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd, Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV c. Duma Forklifts NV, G.S. International BVBA*, causa C-129/17.

«Rinvio pregiudiziale – Marchio dell'Unione europea – Direttiva 2008/95/CE – Articolo 5 – Regolamento (CE) n. 207/2009 – Articolo 9 – Diritto del titolare di un marchio di opporsi alla rimozione ad opera di un terzo di tutti i segni identici a tale marchio e all'apposizione di nuovi segni su prodotti identici a quelli per i quali detto marchio è stato registrato al fine della loro importazione o della loro immissione in commercio nello Spazio economico europeo (SEE)».

Sentenza del 25 luglio 2018, Corte di Giustizia (UE), *Teva UK Ltd, Accord Healthcare Ltd, Lupin Ltd, Lupin (Europe) Ltd, Generics (UK) Ltd, operante con il nome commerciale «Mylan», c. Gilead Sciences Inc.*, causa C-121/17.

«Rinvio pregiudiziale – Medicinali per uso umano – Trattamento del virus dell'immunodeficienza umana (HIV) – Medicinali originatori e medicinali generici – Certificato protettivo complementare – Regolamento (CE) n. 469/2009 – Articolo 3, lettera a) – Condizioni di rilascio – Nozione di “prodotto protetto da un brevetto di base in vigore” – Criteri di valutazione».

Sentenza del 17 maggio 2018, Corte di Giustizia (UE), *Junek Europ-Vertrieb GmbH c. Lohmann & Rauscher International GmbH & Co. KG*, causa C-642/16.

«Rinvio pregiudiziale – Proprietà intellettuale – Diritto dei marchi – Regolamento (CE) n. 207/2009 – Articolo 13 – Esaurimento del diritto conferito dal marchio – Importazione parallela – Ricondizionamento del prodotto munito del marchio – Nuova etichettatura – Requisiti applicabili ai dispositivi medici».

Sentenza del 12 giugno 2018, Corte di Giustizia (UE), *Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS c. Van Haren Schoenen BV*, causa C-163/16.

«Rinvio pregiudiziale – Marchi – Impedimenti assoluti alla registrazione o motivi di nullità – Segno costituito esclusivamente dalla forma del prodotto – Nozione di “forma” – Colore – Posizione su una parte del prodotto – Direttiva 2008/95/CE – Articolo 2 – Articolo 3, paragrafo 1, lettera e), iii)».

ALTRE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Controversie investitore-Stato

Sentenza del 4 dicembre 2018 della London Commercial Court, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan* (Trattato sulla Carta dell'Energia), SCC Case No. V 116/2010.

Decisione sulla giurisdizione del 30 novembre 2018, *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia* (BIT Cipro-Serbia), ICSID Case No. ARB/17/2

Sentenza del 27 novembre 2018 della Corte d'Appello di Singapore, *Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Limited, Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust and others v. The Kingdom of Lesotho* (Protocollo su finanza e investimenti della Southern Africa Development Community), PCA Case No. 2013-29 (First Case).

Decisione sull'annullamento del 21 novembre 2018, *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe* (BIT Germania-Zimbabwe e BIT Svizzera-Zimbabwe), ICSID Case No. ARB/10/15.

Lodo finale e opinione parzialmente dissenziente dell'arbitro Raúl Vinuesa, *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L., et al. v. Kingdom of Spain* (Trattato sulla Carta dell'Energia), SCC Case No. 2015/150.

Opinione e Ordinanza del 13 novembre 2018 della Corte distrettuale per il Distretto di Columbia, *Energoalians TOB v. Republic of Moldova* (Trattato sulla Carta dell'Energia), UNCITRAL.

Sentenza del 6 novembre 2018 della Corte d'Appello di Amsterdam, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan*, (Trattato sulla Carta dell'Energia), SCC Case No. V 116/2010.

Sentenza del 30 ottobre 2018 della Corte Suprema Federale di Germania, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic)* (BIT Paesi Bassi-Repubblica Slovacca), UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13

Lodo del 22 ottobre 2018, *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya* (BIT Kenya-Gran Bretagna), ICSID Case No. ARB/15/29.

Decisione del 2 ottobre 2018 sulla richiesta di intervento di terzo da parte della Commissione europea, *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia* (BIT Paesi Bassi- Estonia), ICSID Case No. ARB/14/24.

Opinione e Ordinanza del 30 settembre 2018 della Corte distrettuale per il Distretto di Columbia, *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala* (CAFTA), ICSID Case No. ARB/10/23.

Sentenza del 25 settembre 2018 della Corte d'Appello dell'Aja, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Trattato sulla Carta dell'Energia), UNCITRAL, PCA Case No. AA 228.

Sentenza del 25 settembre 2018 della Corte d'Appello di Kiev, *Everest Estate LLC et al. v. The Russian Federation* (BIT Russia-Ucraina), PCA Case No. 2015-36.

Sentenza del 25 settembre 2018 della Corte d'Appello dell'Aja, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (Trattato sulla Carta dell'Energia), UNCITRAL, PCA Case No. AA 226.

Sentenza del 25 settembre 2018 della Corte d'Appello dell'Aja, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (Trattato sulla Carta dell'Energia), UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

Lodo del 18 settembre 2018, *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica* (CAFTA-DR), ICSID Case No. UNCT/15/3.

Sentenza del 7 settembre 2018 del Tribunale Federale Svizzero, *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan* (BIT Gran Bretagna-Uzbekistan), UNCITRAL.

Lodo del 31 agosto 2018, *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt* (BIT Egitto-Spagna), ICSID Case No. ARB/14/4.

Decisione del 31 agosto 2018 "on the *Achmea* issue", *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (Trattato sulla Carta dell'Energia), ICSID Case No. ARB/12/12.

Sentenza del 10 agosto della Corte d'Appello britannica, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain* (Trattato sulla Carta dell'Energia), ICSID Case No. ARB/13/31, SCC Case No. V 116/2010.

Lodo del 25 luglio 2018, *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* (BIT Austria-Croazia), ICSID Case No. ARB/12/39.

Sentenza del 13 luglio 2018 dell'Alta Corte di Giustizia inglese, *OAO Tatneft v. Ukraine* (BIT Russia-Ucraina) UNCITRAL.

Sentenza del 3 luglio della Corte d'Appello per il Distretto di Columbia, *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic* (BIT Argentina-USA), UNCITRAL.

Sentenza del 3 luglio della Corte d'Appello per il Distretto di Columbia, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic)* (BIT Argentina-Francia e BIT Argentina-Spagna), ICSID Case No. ARB/03/19.

Lodo del 29 giugno 2018, *AIY LTD. v. Czech Republic* (BIT Gran Bretagna-Repubblica Ceca), ICSID Case No. UNCT/15/1.

Decisione sulla giurisdizione del 29 giugno 2018, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* (BIT Argentina-Austria), ICSID Case No. ARB/14/32.

Lodo del 15 giugno 2018, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain* (Trattato sulla Carta dell'Energia), ICSID Case No. ARB/13/31.

Decisione del 25 maggio 2018 della Corte di primo grado di Bruxelles, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan* (Trattato sulla Carta dell'Energia), SCC Case No. V 116/2010.

Lodo del 16 maggio 2018, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain* (Trattato sulla Carta dell'Energia), ICSID Case No. ARB/14/1.

Sentenza dell'11 maggio 2018 della Alta Corte di Giustizia britannica, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan* (Trattato sulla Carta dell'Energia), SCC Case No. V 116/2010.

Sentenza del 7 maggio 2018 dell'Alta Corte di Delhi, *Vodafone Group Plc and Vodafone Consolidated Holdings Limited v. Government of India [I]* (BIT India-Paesi Bassi), UNCITRAL.

Sentenza del 7 maggio 2018 dell'Alta Corte di Delhi, *Vodafone Group Plc and Vodafone Consolidated Holdings Limited v. Government of India [II]* (BIT India-Regno Unito), UNCITRAL.

Lodo del 3 maggio 2018, *ACP Axos Capital GmbH v. Republic of Kosovo* (BIT Germania-Repubblica Jugoslava), ICSID Case No. ARB/15/22.

Lodo del 2 maggio 2018, *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic* (Trattato sulla Carta dell'Energia e BIT Germania-Repubblica Slovacca), PCA Case No. 2014-01.

Sentenza del 2 maggio della Corte Federale del Canada, *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada* (NAFTA), PCA Case No. 2009-04.

Decisione sull'annullamento del 1 maggio 2018, *Central European Aluminium Company (CEAC) v. Montenegro* (BIT Cipro-Serbia), ICSID Case No. ARB/14/8.

Lodo sulla giurisdizione del 6 aprile 2018, *Dawood Rawat v. The Republic of Mauritius* (BIT Francia-Mauritius), PCA Case 2016-20.

Organizzazione Mondiale del Commercio

Rapporto del panel del 6 novembre 2018 – WT/DS518/R, *India – Certain Measures on Imports of Iron and Steel Products*.

«Accordo sulle misure di salvaguardia, GATT 1994».

Rapporto del panel del 31 ottobre 2018 – WT/DS513/R, *Morocco – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel from Turkey*.

«Accordo Antidumping, Accordo sulle licenze di importazione, GATT 1994».
Rapporto dell'Organo d'Appello del 15 agosto 2018, WT/DS490/AB/R;
WT/DS496/AB/R, *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products*.

«GATT 1994, Accordo sulle misure di salvaguardia»

Rapporto del panel del 10 agosto 2018 – WT/DS476/R, *European Union and its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector*.

«Accordo generale sul commercio dei servizi, GATT 1994, Accordo sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi, Accordo sui sussidi e sulle misure compensative, Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio».

Rapporto del panel del 30 luglio 2018, WT/DS499/R, *Measures affecting the importation of railway equipment and parts thereof*.

«GATT 1994, Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi».

Rapporto del panel del 20 luglio 2018, WT/DS493/R, *Ukraine – Anti-Dumping Measures on Ammonium Nitrate*.

«GATT 1994, Accordo Antidumping».

Rapporto del panel del 5 luglio 2018, WT/DS505/R, *United States – Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada*

«GATT 1994, Accordo sui sussidi e sulle misure compensative».

Rapporto del panel del 20 giugno 2018, WT/DS435/R; WT/DS441/R; WT/DS458/R; WT/DS467/R, *Australia – Certain Measures Concerning Trade-marks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*.

«Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi, GATT 1994».

Rapporto dell'Organo d'Appello del 16 maggio 2018, WT/DS486/AB/R, *European Union – Countervailing Measures on Certain Polyethylene Terephthalate from Pakistan*.

«GATT 1994, Accordo sui sussidi e sulle misure compensative».

Rapporto del panel del 12 aprile 2018, WT/DS504/R, *Korea – Anti-Dumping Duties on Pneumatic Valves from Japan*.

«Accordo Antidumping, GATT 1994».

Note sui collaboratori del presente fascicolo

ESTANISLAO GARCIA ARANA, Catedrático de Derecho Administrativo, Università di Granada, Spagna
(earana@ugr.es)

GIAN ANTONIO BENACCHIO, Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Trento
(g.benacchio@unitn.it)

VINICIO BRIGANTE, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Federico II”
(vinicio.brigante@unina.it)

MAURIZIO CAFAGNO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Como
(maurizio.cafagno@uninsubria.it)

LUIZ AUGUSTO DA SILVA, Master candidate at the postgraduate Law program at Federal University of Paraná, Brazil
(luiz.augustosilva26@gmail.com)

MARIACONCETTA DARIENZO, Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”
(m.darienzo@uniparthenope.it)

FRANCESCO DE LEONARDIS, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Macerata
(f.deleonardis@unimc.it)

COSIMO GABBANI, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
(c.gabbani@santannapisa.it)

MELINA GIRARDI FACHIN, Professor at the graduate and postgraduate Law programs at Federal University of Paraná, Brazil; coordinator of the Center of the Studies of the Constitution (CCONS)
(melinafachin@gmail.com)

FABRIZIO FRACCHIA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università commerciale L. Bocconi, Milano
(fabrizio.fracchia@unibocconi.it)

WALTER GIULIETTI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi dell’Aquila
(walter.giulietti@ec.univaq.it)

CHIARA GUARDAMAGNA, Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia.
Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Milano-Bicocca
(chiara.guardamagna@unimib.it)

GIOVANNI LUCHENA, Professore associato di Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro
(giovanni.luchena@uniba.it)

ANDREA MALTONI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara
(andrea.maltoni@unife.it)

SAUL MONZANI, Professore a contratto di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Bergamo
(saul.monzani@unibg.it)

MASSIMO OCCHIANA, Professore straordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Sassari
(massimo.occhiana@occhiana.it)

PIERLUIGI PORTALURI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università del Salento
(pierluigi.portaluri@unisalento.it)

NICOLA POSTERARO, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo Alma Mater Studiorum, Università di Bologna
(nicola.posteraro@gmail.com)

GIUSEPPE ANDREA PRIMERANO, Professore di Seconda Fascia di Diritto Amministrativo, Università di Roma Tor Vergata
(primerano.giuseppeandrea@gmail.com)

GIOVANNI MARIA UDA, Professore ordinario di Diritto civile, Università degli Studi Sassari
(uda@uniss.it)

ANDREA VENANZONI, Dottorando in Diritto costituzionale, Università degli Studi "Roma Tre"
(andrea.venanzoni@uniroma3.it)

FRANCESCO ZAMMARTINO, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"
(fzammartino@unior.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it