

Vol. XIV

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Vera Fanti, Università di Pescara; Christine Ferrari-Breur, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Marco Magri, Università di Ferrara; Andrea Maltoni, Università di Milano; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Pisa

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Edoardo Caruso; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Alice De Nuccio; Viviana Di Capua; Biagio Gianluca Di Mauro; Andrea Gemmi; Aldo Iannotti Della Valle; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Marta Pecchioli; Nicoletta Pica; Antonio Saporito; Franco Sciarretta; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università di Roma "La Sapienza" (emerito); Fabio Giuseppe Angelini, Università Telematica Internazionale Uninettuno; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia;

Luca Bertonazzi, Università di Milano; Antonella Brozzetti, Università di Siena; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre (emerito); Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University; Mariaconcetta D'Arienzo, Università di Napoli "Parthenope"; Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Tamara Favaro, Università di Pisa; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Edoardo Giardino, Libera Univ. "Maria SS. Assunta" - LUMSA (Roma); Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Univ. Telematica "Universitas MERCATORUM"; Annalisa Guldani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Universit   Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Salvatore La Porta, Universit   degli studi di Milano-Bicocca; Pierdomenico Logroscino, Universit   di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Universit   di Siena; Barbara Mameli, Universit   del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Universit   Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Universit   di Firenze; Wanda Mastor, Universit   Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Universit   di Palermo; Jorge Oviedo Alb  n, Universidad de La Sabana; Michela Passalacqua, Universit   di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Universit   di Salerno; Aristide Police, Luiss Guido Carli; Pier Luigi Portaluri, Universit   del Salento; Michel Prieur, Universit   de Limoges; Anik   Raisz, Miskolci Egyetem; Renato Rolli, Universit   della Calabria; Margherita Ramajoli, Universit   di Milano; Gianluca Romagnoli, Universit   di Padova; Francesco Rota, Universit   del Sannio di Benevento; Stefano Salvatore Scoca, Universit   di Teramo; Saverio Sticchi Damiani, Univ. Telematica PEGASO; János Ede Szil  gyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Universit   di Genova; Fabrizio Tigano, Universit   di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Universit   del Salento; Andrea Tucci, Universit   di Foggia; Alberto Urbani, Universit   "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University Tokyo; Dirk Uwer, Freien Universit  t Berlin; Diego Vaiano, Universit   della Tuscia; Caterina Ventimiglia, Universit   di Palermo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile; Stefano Villamena, Universit   di Macerata; Nathalie Wolff, Universit   de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Universit   di Roma "Tor Vergata"

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Managing Editor

Giovanni D'Elia

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

Prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Urbino University Press

Settore Biblioteche di Ateneo

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.

ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

SOMMARIO

SEZIONE I

Premessa.....	1
Silvia Zorzetto, Sui «Principi generali»: riflessioni filosofico-giuridiche a margine del Codice dei Contratti Pubblici.....	3
Francesco Follieri, Fiducia e paternalismo amministrativo.....	53
Luca R. Perfetti, Discrezionalità amministrativa e principio del risultato.....	69
Alberto Clini, Principio di risultato e partenariati: il caso degli impianti sportivi.....	97
Michele Trimarchi, Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici.....	169
Edoardo Caruso, L'amministrazione pubblica condivisa: terzo settore, contratti, servizi.....	193
Fabio Saitta, La continuità dei requisiti tra procedura di gara e fase esecutiva.....	269
Alessandra Amore, Il giudizio di anomalia dell'offerta nella nuova "stagione" dei principi della contrattualistica pubblica: il valore del principio di risultato e la metamorfosi del sindacato giurisdizionale (?).	345
Mariaconcetta D'Arienzo, Demitizzazione della concorrenza e principio del risultato nella contrattualistica pubblica.....	379
Biagio Giliberti, L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni.....	417
Gerolamo Taccogna, Teoria e pratica dell'interesse pubblico, fra diritto e politica.....	465

SEZIONE II

Biagio G. Di Mauro, La prospettiva europea del governo locale dei servizi pubblici tra valorizzazione della coesione sociale e territoriale e dequotazione della concorrenza....	515
Raffaella Dagostino, La gestione dei dati nell'era digitale: un difficile bilanciamento fra esigenze di sicurezza, trasparenza e solidarietà.....	555
Maddalena Ippolito, L'implementazione delle tecnologie emergenti nel processo di automazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. Alcune riflessioni a margine del D.Lgs. n. 36/2023.....	579
Adriana Ciafardoni, Il problema dei modelli di responsabilità: considerazioni sulla natura del risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi.....	607
Francesco Dimichina, Il problema dei presupposti oggettivi delle misure di intervento precoce nell'ordinamento bancario: tra climax e sineddoche.....	631
Alice De Nuccio, Amministrazione, territorio e dinamica demografica. Un caso paradigmatico: gli ecosistemi agricoli.....	659

Marta Pecchioli, The requirement for environmental impact assessment in cases of transboundary harm in the jurisprudence of the international court of justice: how far have we come?.....	695
Giuseppe Chiaia Noya, Adriano Garofalo, L'applicazione dell'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001 al personale militare e di polizia.....	725
Oksana Hnativ, Oksana Harasymiv, Svitlana Senyk, Volodymyr Kossak, Making Legal and Enforcement Decisions in the Management of Resources (on the Example of Ukraine).....	757
Renato Rolli, Martina Maggiolini, La partecipazione come argine al “più probabile che non”: scioglimento dei consigli comunali e informazione interdittiva antimafia.....	779
Daniel Foà, Secondary use of health data and its regulation.....	803
Marco Ciraci, Interessi diffusi e legittimazione ad agire attraverso il filtro del danno ingiusto.....	839
Lucia Murgolo, L'Autorità di pubblica sicurezza, ieri ed oggi.....	867

SEZIONE III

Vito Velluzzi, Giudici e discrezionalità interpretativa. Su F. Saitta, “Interprete senza spartito?”.....	909
Hadrian Simonetti, Brevi note sul possibile uso dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo.....	917
Francesco Marone, Servizi pubblici locali e società pubbliche nel quadro della Costituzione economica.....	935
Donato Vese, Recensione del libro di Kōhei Saitō, Il capitale nell'Antropocene, Einaudi, Torino, pp. 2024.....	973
Giovanni D'Elia, Potere economico e “cattura” della scelta pubblica: Il caso Porsche in Puglia.....	989

SEZIONE I

Premessa

UNA RIFLESSIONE TEORICA E DOGMATICA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La riflessione sulla disciplina dei contratti pubblici è spesso concentrata su questioni ermeneutiche specifiche, in molti casi occasionate da contrasti di giurisprudenza.

La novità di un codice dei contratti pubblici che si apre con una nutrita sequenza di “principi” offre l’occasione di provare ad impostare lo studio della disciplina dei contratti pubblici in maniera sistematica e su solide basi teoriche.

In primo luogo, il codice suggerisce di approfondire che cosa siano i principi, quali siano le loro funzioni in un ordinamento contemporaneo e quali “benefici” o “pregiudizi” ci si può attendere dal loro impiego. Si tratta di un tema di teoria generale, molto battuto e ciononostante privo di approdi largamente condivisi. Da qui l’esigenza di coinvolgere nel dibattito anche i filosofi e i teorici del diritto.

In secondo luogo, il Titolo I del nuovo codice dei contratti pubblici solleva la questione della relazione tra quei principi e le tematiche classiche del diritto amministrativo generale e del settore: la discrezionalità della p.a., la relazione con la giurisprudenza, la relazione (o il confine) tra diritto pubblico e diritto privato, l’autonomia contrattuale. In altre parole, quel catalogo di principi riassume il bisogno di sistematizzare.

In terzo luogo, spesso le costruzioni giuridiche del settore dei contratti pubblici travalicano nel diritto amministrativo generale, probabilmente perché è il settore di più frequente applicazione da parte della giurisprudenza¹.

A questo compito la *Rivista* ha intenzione di contribuire, non per ossequio ad un’ansia d’ordine o al piacere per la simmetria, ma perché la costruzio-

¹ Come un tempo accadeva per l’urbanistica e l’edilizia, settori allora largamente maggioritari nella giurisprudenza e dove perciò si sono consolidati taluni cardini del sistema.

ne di un sistema è una diga contro una giurisprudenza ondivaga e un legislatore impreciso. In altre parole, nella convinzione che la seria dogmatica è un grande strumento di certezza per gli operatori giuridici e, di conseguenza, per il mercato.

SILVIA ZORZETTO

Professoressa associata di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
"Cesare Beccaria" dell'Università di Milano
silvia.zorzetto@unimi.it

SUI «PRINCIPÌ GENERALI»: RIFLESSIONI FILOSOFICO- GIURIDICHE A MARGINE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

ON «GENERAL PRINCIPLES»: LEGAL-PHILOSOPHICAL CONSIDERATIONS BASED ON THE PUBLIC PROCUREMENT CODE

SINTESI

Il contributo riflette sui «Principi generali» del Codice da una prospettiva teorico-generale. La prima parte esamina alcuni principi sanciti agli artt. 1-4 del Codice, indagandone la sintassi e la sistematica. La seconda tocca questioni classiche relative all'applicazione e argomentazione basata sui principi: cominciando da quelle più tecnico-redazionali, relative a enunciazioni e formulazioni testuali, proseguendo con le funzioni svolte in seno al ragionamento giuridico, fino a giungere alla chiave di volta, ossia i riflessi rispetto all'ideale dello Stato di diritto. L'analisi si sofferma anzitutto sui nessi esistenti tra i principi della legge delega e quelli esplicitati nel Codice, ricordando la dimensione implicita dei principi e la rilevanza degli studi di *legisprudence* per chiarire la cogenza dei principi legislativi rispetto alla motivazione legislativa. L'analisi si concentra poi sulla estensione generale dei principi sanciti *ex* artt. 1-11 del Codice e sulla portata del «Rinvio esterno» *ex* art. 12. Viene dunque esaminato il principio del risultato e le gerarchie assiologiche rispetto agli altri principi (*in primis*, legalità, trasparenza e concorrenza, nonché buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità, oltre a quelli dell'interesse della comunità e degli obiettivi dell'Unione europea). Si evidenzia la razionalità strumentale soggiacente alla Codificazione. Si chiarisce inoltre che il principio del risultato (cfr. art. 1, co. 4) è defettibile (*defeasible*), vale a dire suscettibile di eccezioni aperte che implicano

una determinazione di caso in caso. Lo studio sottolinea anche quanto i Principi generali operino sui due versanti tradizionali a presidio della conformità al diritto: funzione preventiva-repressiva e funzione premiale-promozionale. Analoga attenzione è rivolta al principio della fiducia, alla sua carica simbolico-espressiva e alla concezione del giuridico di cui è proiezione. Lo studio ricorda così la opzione etico-antropologica sottesa all'ideale di un diritto il cui perno è la fiducia tra tutti i consociati, incluse le istituzioni, tra cui le pp.aa.. Viene infine indagato l'art. 4 quale meta-principio funzionale a guidare interpretazione e applicazione delle disposizioni del Codice. La complessiva analisi pone in risalto quanto la Codificazione dia voce a due aspetti salienti trasversali del diritto vigente: promozionalità e particolarismo. La seconda parte del contributo muove da un nervo scoperto della teoria contemporanea dei principi: come sia possibile conciliarne la indeterminatezza-discrezionalità con la pretesa di correttezza che si avanza mediante essi. In via ridefinitoria, si propone d'intendere per 'principio' (generale) una norma che si assume (i) poter fungere da buona ragione, cioè comparativamente migliore di altre, mai in assoluto, ma sempre *ceteris paribus*, incorporando valori in un certo qual modo autoevidenti, che alimentano l'accettazione e (ii) suscettibile, a rinforzo, di una pluralità d'usi-funzioni, ancillari, a livello pragmatico. Su questa base, si riflette su come si passa dai principi ai casi concreti e la giustificabilità e verificabilità della corretta (giustificata) (dis)applicazione. Nello studio si osserva che la convivenza dello Stato di diritto (con i suoi corollari: separazione dei poteri e rappresentanza democratica) con la inevitabilità della discrezionalità può darsi adottando alcune direttrici metodologiche quali neutralità e carità interpretativa. Quest'ultima si considera espressione dei principi, interconnessi, di universalizzabilità e fiducia. La neutralità non viene concepita come assenza di valori-valutazioni, onestà intellettuale e morale esigendo di palesare chiaramente le scelte insite nel metodo giuridico. L'analisi spiega a livello pragmatico perché sia inevitabile ragionare in termini di (unica) risposta corretta o migliore, preferibile (la cosiddetta "*right*

answer”), e che questo estende la rilevanza dell’argomentazione-giustificazione. L’onere di giustificare dovrebbe essere tanto più forte e rigoroso quanto più è opinabile che effettivamente quella che si vuole dare sia la unica risposta (più) corretta. Dal punto di vista interno, si rimarca che la pratica giuridica poggia su, e richiede ai partecipanti (consociati, funzionari, autorità), due generali atteggiamenti solo apparentemente contraddittori: un moderato legalismo, cioè l’aspettativa di poter ottenere giustizia, *i.e.* decisioni corrette secondo diritto; una moderata ipocrisia, cioè una generalizzata tendenza a occultare lo *status quo*, nella consapevolezza che non sempre è conforme all’ideale. Il contributo difende in definitiva alcune tesi. Sapendo che la discrezionalità è ineliminabile, ogni controversia non ha sempre una soluzione corretta *iuxta propria principia* e sarebbe pericoloso illudersi che ciò possa avvenire per il tramite dei principi. La pretesa di correttezza è un ideale cruciale al quale tendere, proprio perché la realtà non corrisponde al diritto alexiano o del giudice Hercules. Guardando alla Codificazione dei Principi in chiave giusfilosofica, essa esprime una mentalità in cui le visioni apollinee-ireniste prevalgono su quelle conflittualiste. In ciò incarna un neocostituzionalismo principialista ambizioso che, perché non deflagri per eccesso d’*hybris*, deve conservare la idea di limite. La cultura del neocostituzionalismo principialista trova giustificazione filosofica in una ragion pratica, che è tale entro premesse, non dimostrabili né fondabili, necessariamente limitata. Questa limitazione e, quindi, la diversa possibilità di ragioni impone, per coerenza logica, di riconoscere le ragioni (ugualmente limitate) degli altri. In questo contesto il gioco pubblico delle ragioni è decisivo e, con esso, le tecniche di ragionamento e giustificazione. Le basi, dunque, di una legislazione e prassi fatta per principi compatibili con lo Stato di diritto implicano una sfida etica che pone maggiori oneri sulle spalle di chi si trova più prossimo alla decisione concreta. Il neocostituzionalismo principialista esalta così l’(auto)responsabilità di ogni soggetto, investito e non, di poteri pubblici o privati. Di qui, l’assunzione

che non vi può essere Stato di diritto senza pretesa di correttezza/giustizia nei suoi due volti: giustizia generalità-eguaglianza ed equità.

ABSTRACT

The contribution examines the General Principles of the Code from a theoretical standpoint. The first section analyses key principles set forth in Articles 1-4 of the Code, with a focus on their syntactic and structural coherence. The second section addresses renowned issues in the application and reasoning based on principles: starting with technical questions related to formulations and statements, it progresses to the roles these principles play in legal reasoning, culminating in their impact on the Rule of Law. The analysis primarily explores the complex interconnections between the principles of the delegating law and those articulated within the Code, emphasizing the implicit dimension of principles and the role of jurisprudence in elucidating the binding nature of legislative principles with respect to legislative intent. Following this, the analysis shifts to examine the broad applicability of the principles codified in Articles 1-11, alongside the scope of “External Reference” in Article 12. It further assesses the principle of outcomes and the axiological hierarchies in relation to other principles—chiefly legality, transparency, and competition, as well as good administration, efficiency, effectiveness, and economy, along with principles that reflect community interests and align with the objectives of the European Union. The contribution underscores the instrumental rationality underlying these principles and the broader Codification. It clarifies that the principle of outcomes (cf. Article 1, para. 4) is defeasible—that is, open to exceptions that necessitate case-specific determinations. Additionally, the study emphasizes that the General Principles operate on two traditional fronts: the preventive-repressive function and the rewarding-promotional function to uphold legal compliance. The principle of trust is similarly explored, including its symbolic-expressive significance and the conceptualization of the legal order it reflects.

The study recalls the ethical and anthropological orientation embedded in the ideal of a legal system grounded in mutual trust, encompassing public institutions among its stakeholders. Moreover, Article 4 is analyzed as a meta-principle guiding both the interpretation and application of the Code's provisions. This comprehensive analysis highlights how Codification articulates two significant, cross-cutting dimensions of contemporary law: promotionality and particularism. In the second section, the contribution addresses a critical issue in contemporary principles theory—how to reconcile the inherent indeterminacy of principles with the expectation of correctness they are assumed to uphold. For analytical clarity, it is proposed that “(general) principle” denotes a norm that (i) serves as a comparatively superior reason, though not in absolute terms, but rather always *ceteris paribus*, integrating values that are in some respect self-evident and reinforcing acceptance; and (ii) supports a multiplicity of ancillary uses and functions on a pragmatic level. Based on this framework, the study reflects on how principles transition into concrete cases and the justifiability and verifiability of the correct (or justified) (non-)application. The study observes that reconciling the Rule of Law—with its corollaries of separation of powers and democratic representation—and the inevitability of discretion can be achieved by adhering to methodological guidelines such as neutrality and interpretative charity. The latter is viewed as an expression of the interconnected principles of universalizability and trust. Neutrality is not understood as the absence of values or evaluations; rather, intellectual and moral honesty demands that the choices inherent in the legal method be made explicit. The analysis offers a pragmatic explanation for why reasoning in terms of a “right answer” is unavoidable, and that this bolsters the significance of argumentation and justification. The burden of justification should be stronger and more stringent as the certainty that the answer provided is indeed the most correct decreases. It is emphasized that legal practice relies upon—and requires from participants—two seemingly

contradictory attitudes: a moderate legalism, or the expectation of obtaining justice through correct decisions according to the law, and a moderate hypocrisy, or a general tendency to obscure the *status quo*, with the understanding that it does not always conform to the ideal. Ultimately, the contribution advances certain theses. Recognizing the inescapability of discretion, it contends that not every dispute has a correct solution according to its own principles, and that relying solely on principles to guarantee this would be illusory and potentially dangerous. The pursuit of correctness remains a critical ideal precisely because reality does not reflect the Alexian vision of law or the “Herculean” judge. From a legal-philosophical perspective, the Codification of Principles reflects a mindset in which Apollonian-irenic perspectives prevail over conflictualist ones. In this, it embodies an ambitious neoconstitutionalism of principles which, to avoid implosion from hubris, must preserve a sense of its own limitations. The culture of neoconstitutionalism of principles finds its philosophical grounding in practical reason, which, by nature, rests on premises that are neither demonstrable nor foundational and, thus, are inherently limited. This limitation, and the corresponding variability in reasoning, logically necessitates recognizing the equally limited reasons of others. Within this framework, the public exchange of reasons becomes crucial, as do the techniques of reasoning and justification. Thus, the foundations of legislation and practices based on principles that align with the Rule of Law present an ethical challenge that places greater demands on those tasked with making concrete decisions. The neoconstitutionalism of principles, therefore, underscores the (self-)responsibility of every individual—whether vested with public or private powers. This assertion culminates in the conclusion that there can be no Rule of Law without a claim to correctness and justice, understood in its two facets: justice as generality and equality, and equity.

PAROLE CHIAVE: principi giuridici; interpretazione; discrezionalità; gerarchie normative; Stato di diritto

KEYWORDS: legal principles; interpretation; discretion; normative hierarchies; Rule of Law

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Sulla combinazione di Legge e Codice: tradizione e innovazione – 3. La Codificazione dei Principi: profili di semiotica e sistematica. – 3.1. Sulla estensione generale: il rinvio esterno tra lettera e spirito. – 3.2. Sul principio del risultato: concetti, gerarchie e funzioni espressive. – 3.3 Principi, simboli e valori caldi per un nuovo corso. – 3.4. Argomentazione basata sui principi e meta-norme sull'interpretazione. – 4. Discrezionalità e pretesa di correttezza. – 5. Neocostituzionalismo principialista e Stato di diritto

1. Introduzione

Questo contributo si occupa dei «Principi generali» sanciti agli articoli 1-12 del Codice dei contratti pubblici da una prospettiva esclusivamente filosofico/teorico-generale adottando un accostamento di matrice analitica (intesa come analisi del linguaggio giuridico)¹. *Ratione materiae* non si tocca, quindi, l'ampio e vivace dibattito fiorito in seno agli studi degli esperti amministrativisti rispetto al quale questo contributo si pone in un ideale dialogo².

1 Per brevità, alcune definizioni: 'Legge' a intendere la Legge 21 giugno 2022, n. 78 di Delega al Governo in materia di contratti pubblici; 'Codice' per riferirmi al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici; 'Codificazione dei Principi' o, semplicemente, 'Codificazione' a indicare il complesso degli articoli 1-12 del Codice. Inoltre, parlerò di principi, norme, disposizioni, enunciati, sistema, fonti, metodo, cultura, etc. sottintendendo sempre la qualificazione giuridica.

2 La letteratura specialistica è assai estesa, sicché mi limito a ricordare alcuni contributi dedicati in via puntuale a commentare la Codificazione. Cfr. la raccolta di scritti a cura di G. MORBIDELLI, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, Passigli, 2023; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 287-301; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2023, 5-13; R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, ESI, 2024; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, 1-20; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3, 2023, 793-820; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 2023, 1950-1960; M. RENNA, *I principi*, in *Foro italiano. Gli speciali. Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36)*, 1, 2023, 1-27; A. FEDERICO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: dalle linee guida Anac ai principi generali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4, 2023, 847-882; M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *federalismi.it*, 24, 2023, 222-239; M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2024, 96-106; P. CARBONE, *Iniziativa e Autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2023, 503-521; M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024, 1 ss.; V. ITALIA, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3, 2023, 1183-1206.

Considerati i molti profili d'interesse, gioco forza ne sono passati in rassegna alcuni tra quelli che emergono a livello statico-strutturale e dinamico-funzionale. Nella prima parte si guarda alla Codificazione dei Principi dando precedenza alla sintassi e alla sistematica inerente al Codice, anche in coordinamento con la Legge; mentre, nella seconda parte, ci si concentra su alcune questioni d'interpretazione-integrazione, applicazione e argomentazione che la Codificazione ha il merito di porre in particolare risalto.

Vedremo come, da qualunque prospettiva la si accosti, la Codificazione dei Principi solleva questioni che, lungi dall'essere circoscritte a essa, sono invece rilevanti per i principi in generale e vertono su snodi classici delle riflessioni anche giusfilosofiche. Per citarne solo alcune tra le più note, si va dalle questioni più tecnico-redazionali, relative alle loro enunciazioni e formulazioni testuali, ai ruoli e alle funzioni enucleabili a livello di sistema-ordinamento, con tutti i conseguenti addentellati di teoria delle norme e delle fonti, agli impieghi in seno al ragionamento giuridico, e, volendo arrivare alla chiave di volta, ai riflessi rispetto all'ideale dello Stato di diritto. Vista in questa luce, la Codificazione dei Principi offre una palestra formidabile per cimentarsi, ancora una volta, con temi e problemi di metodo e metodologia ponendo sfide, vecchie e nuove, di politica del diritto.

2. Sulla combinazione di Legge e Codice tra tradizione e innovazione

Parlare dei principi nel contesto del Codice richiede di confrontarsi in primo luogo con la Legge. L'osservazione è senz'altro banale per qualsiasi esperto di diritto in ragione dello strumento normativo utilizzato. Come noto, infatti, legge delega e decreto legislativo delegato formano una combinazione sistematica tradizionale e, da sempre, un caso di legislazione fatta per, o basata su, principi. È altrettanto noto negli studi di scienza della legislazione (*legisprudence*)³ come questa forma di produzione normativa si accompagni, ora come in

³ Si v. per tutti A.D. OLIVER-LALANA, L.J., WINTGENS, *Legisprudence*, in M. SELLERS, S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2023, Dordrecht,

passato, al dibattito sulla rilevanza e cogenza dei principi legislativi e sulla motivazione legislativa.

Pur non essendo questa la sede per approfondire il discorso, nella storia costituzionale dal 1948 a oggi, la combinazione di legge delega e decreto legislativo delegato è stata intesa da dottrina, giurisprudenza e teoria del diritto, vuoi come l'eccezione che conferma la regola, vuoi – all'opposto – come un caso esemplare espressione di una situazione generale. Essendo il dibattito di teoria e dottrina assai variegato, si può identificarne, in ottica esplicativa, le tesi estreme. Per un verso, si è visto nell'art. 76 Cost. un caso eccezionale di principi legislativi vincolanti recanti in forma esplicita la c.d. volontà del legislatore (*id est* delle ragioni di emanazione di quella data disciplina oggetto di delega), rispetto a un sistema in cui, di regola, i principi legislativi sarebbero qualcosa di persuasivo più che vincolante e il legislatore non sarebbe tenuto a (e non dovrebbe) motivare le sue iniziative. All'altro estremo, per converso, si è visto nell'art. 76 Cost. una prova esemplare generalizzabile del fatto che i principi legislativi sono, pur sempre, norme vincolanti mediante i quali il potere legislativo può vincolare gli altri poteri e giustificare i propri atti⁴.

Richiamo questa pluridecennale diatriba non tanto per sottolinearne la resistenza, segno tangibile della forza delle ideologie e costruzioni dogmatiche⁵;

Springer, 2092-2100.

⁴ Ammesso che i poli estremi siano davvero stati difesi, dagli studi emerge uno spettro di posizioni intermedie. Si può dubitare che le tesi estreme siano state genuinamente elaborate e non siano tesi-bersaglio, come sovente avviene nei dibattiti teorico-giuridici, ossia tesi costruite ad arte pur di avere un più facile punto al quale indirizzare le critiche. Identificarle è comunque esplicativo rispetto alle varieguate concezioni in lizza. Per una ricostruzione introduttiva cfr. ad es. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, CEDAM, 2009; M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011; F. FERRARO - S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁵ Per 'ideologia' intendo un sistema d'idee organizzato elaborato in via tecnico-specialistica dai giuristi (in senso ampio intesi), cioè una data visione dell'assetto giuridico-istituzionale (cfr. per un approfondimento ricordo l'opera classica di A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, Giuffrè, 1979). Per 'costruzioni dogmatiche' intendo i costrutti concettuali e le concezioni con cui i giuristi guardano l'ordinamento e le sue norme, in particolare, le c.d. fonti, le sue forme di produzione, i poteri e le relative funzioni (resta un punto di riferimento imprescindibile N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978). Ideologie e costruzioni dogmatiche

quanto piuttosto per evidenziare come appaia dal sapore antico nel frangente. Infatti, se, messe da parte le ideologie, si presta attenzione a come oggi normalmente si legifera e alla cultura dominante, in Italia e non solo, delle due voci, la seconda risulta senz'altro aver colto e accompagnato la direzione di evoluzione dei sistemi contemporanei⁶. In questa prospettiva, la Codificazione dei Principi è sì un esperimento originale di legislazione, ma riflette e consolida anche una tradizione storica composita alla cui formazione ha contribuito una pluralità di fattori non univoci e di varia natura: culturali, sociali, politici, e giuridici.

Richiamare le radici storiche che reggono la Codificazione, è utile anche perché consente di precisare alcuni aspetti di coordinamento sistematico e cogliere quelli più innovativi⁷.

fanno parte della cultura. Utile è richiamare la nozione proposta da G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 2017, 32: «un insieme di atteggiamenti, di pratiche, di stili di interpretazione e di argomentazione, che sono adottati dagli operatori giuridici in un certo contesto storico, e che possono essere rilevati a partire dai testi e in generale dai discorsi da questi prodotti (sentenze, saggi accademici, convegni scientifici, note a sentenza, riviste). Questi atteggiamenti, pratiche ecc. riguardano non solo le specifiche soluzioni di casi concreti, ma anche le idee su dove cercare quelle soluzioni, ossia in altre parole le idee su cosa conti come fonte del diritto, su quali materiali utilizzare in una argomentazione giuridica, con quale ordine di preferenza, e ovviamente sul modo in cui tali materiali vadano interpretati».

6 Rilevare una tendenza diffusa favorevole alla valorizzazione dei principi legislativi in funzione anche, se non anzitutto, di giustificazione non esclude che, a più voci, si continui a negare un obbligo del legislatore di motivare la propria attività. Più fattori concorrono a spiegare la situazione. Tra essi, vi è l'ambiguità della nozione 'obbligo di motivazione': sovente, essa è intesa come obbligo di enunciare le ragioni espressamente nel testo legislativo, anziché come obbligo di giustificazione, cioè, che l'atto-prodotto normativo risulti giustificato; poi, visioni diverse del potere legislativo e concezioni non equivalenti di Stato di diritto e separazione dei poteri (cfr. G: GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in *Il politico*, 1974, 173-193). In uno Stato di diritto (a maggior ragione costituzionale), non potendovi essere esercizio legittimo di poteri in assenza di giustificazione, anche ogni esercizio di potere legislativo, per essere legittimo, e non considerarsi puro arbitrio, non può non essere giustificato (si v. il quadro delineato da G. PINO, *Diritti e interpretazione. il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010). Ogni giustificazione, i.e. ragione pratica/per agire, ha natura ideale-concettuale (resta attuale l'opera di J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975). Le ragioni di una legge (come di ogni norma o principio) possono essere espresse, esplicitate in un testo o discorso, ma l'assenza di una enunciazione espressa non equivale affatto a inesistenza.

7 Mi limito a ricordare che legge e d.lgs. integrano una combinazione normativa tra le moltissime proprie di una sistematica purchessia. Quest'ultima è, di volta in volta, opera del lavoro incessante: sia del legislatore, per il tramite della c.d. sintassi normativa (ossia il sistema inerente alle norme fatto dei nessi logici e semiotici veicolati dallo stesso mezzo linguistico),

Anzitutto, da una lettura comparata della Legge e della Codificazione⁸, emerge una doppia serie di principi, non essendovi perfetta coincidenza tra gli uni e gli altri, perlomeno stando al tenore letterale.

I primi principi, in ordine testuale, stabiliti dal legislatore (art. 1, co. 1, Legge) sono principi-scopo⁹ che, come tali, costituiscono anche motivazioni-giustificazioni dell'intervento legislativo¹⁰. Si noti che l'enunciazione di questo

nonché di *meta-norme* (norme che regolano, appunto, i rapporti normativi), *sia dei giuristi*. Per una mappa di temi e strumenti di analisi, si v. gli studi di V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002 e G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁸ Come anticipato, non è qui possibile indagare tutti i principi del Codice che vanno ben oltre quelli racchiusi nei primi articoli. Mi limito a rilevare la serrata sistematica del Libro I che, appunto, consta tutto di norme-principi più o meno generali e specifici. Oltre al Titolo I oggetto d'analisi, la «Parte I Dei principi», comprende il «Titolo II L'ambito di applicazione, il responsabile unico e le fasi dell'affidamento», che chiarisce la sfera materiale, i protagonisti e alcuni aspetti generali di sfondo inerenti la contrattazione pubblica. Le altre Parti in coerenza con il titolo del Libro sono, ciascuna, dedicate a tre colonne portanti – digitalizzazione, programmazione, e progettazione – figlie del PNRR. Sul punto è esplicita la Relazione del 7 dicembre 2022 della Commissione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo di Codice, 9-10, in www.giustizia-amministrativa.it/; cfr. ad es. D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in federalismi.it, 12, 2023, 4-14 e P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 302-310. Lo stile legislativo adottato fa eco all'approccio euro-unitario alla legislazione con evidenti influssi derivanti dal complessivo sistema di meta-regolazione dell'attività legislativo-esecutiva notoriamente conosciuto come *better* o *smart regulation* (si v. ad es. S. ZORZETTO, *Sul metodo giuridico e prestito di modelli. il caso della better regulation*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4, 2021, 913-930).

⁹ Il termine usato dal Codice è 'fine': nella presente analisi si considera come equi-estensivo a quello di 'scopo'. Come noto, nella letteratura giuridica e teorica è discusso se e cosa cambi nel riferirsi a 'fini', 'scopi', 'intenzioni', 'obiettivi', 'intent', 'volontà', etc. rispetto al legislatore. Senza entrare in disquisizioni terminologiche che finiscono per essere più confondenti che chiarificatrici, conta ricordare che nella prassi questi termini sono usati in maniera perlopiù fungibile e indefinita, sicché tentativi di rilevazioni lessicali aiutano poco. Conviene muoversi sul terreno ridefinitorio (si v. U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto* [1955], in A. PINTORE, *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014, 129 ss.) e rilevare che nessuno denota fenomeni di natura psicologica, mentale e simili. Il legislatore in un sistema democratico rappresentativo basato su organi collegiali è una metafora: una figura ideale di riferimento. Non esiste come persona in carne e ossa. Quand'anche si volesse ipotizzare un legislatore quale organo monocratico, in ogni caso, rileverebbe *qua* istituzione: non per i processi psicologici-mentali della persona fisica che, di volta in volta, ricopre la carica. Parlare di 'legislatore' è un modo abbreviato e iper-semplificato per riferirsi, a seconda dei contesti, a una istituzione, un potere (legislativo), un complesso insieme di procedimenti, un coacervo di norme di varia natura costitutive dell'istituzione e/o regolanti l'esercizio di quel potere e così via. Si parli allora di 'fini', 'scopi', 'intenzioni', 'obiettivi', 'intent', 'volontà', etc., ci si riferisce comunque a *ragioni pratiche che giustificano* (vale a dire: i *perché* di) un atto normativo nel contesto del ragionamento pratico di cui il ragionamento giuridico è una sottospecie (vedasi per una

primo gruppo di principi-scopo, come se fosse uno solo o al più una triade¹¹, evoca una concatenazione armonica in cui l'un principio sembra tenersi con l'altro e tutti procedere nella stessa direzione. È appena il caso di notare invece come adeguare la disciplina al diritto giurisprudenziale, razionalizzarla e far sì che sia conforme al diritto euro-unitario sono scopi sempre compatibili solo in un mondo ideale, in cui, per cominciare, la giurisprudenza dovrebbe essere coerente e incarnare la razionalità a base del disegno legislativo e seguire quindi lo stesso spartito razionale¹².

Il quadro dei principi rilevanti s'accresce di molto se si considerano quelli elencati al co. 2 dell'art. 1 della Legge: sarebbero trenta conteggiando le lettere da (a) a (ll), ma pressoché nessuna lettera reca un solo principio. Non potendo condurre una disamina puntuale, giova rilevare alcuni profili trasversali: (i) *more*

introduzione D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, ed. II, Torino, Giappichelli, 2020).

10 Conducendo un'analisi prevalentemente sintattica, i principi-scopo sono i seguenti: Fine-1 Adeguare la disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture al diritto europeo; Fine-2 Adeguare tale disciplina ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale; Fine-3 Adeguarla anche alla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori interne; Fine-4 Adeguarla altresì alla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori sovranazionali; Fine-5 Razionalizzare la disciplina; Fine-6 Riordinarla; Fine-7 Semplificarla; Fine-8 Evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea; Fine-9 Giungere alla risoluzione delle procedure avviate. Cfr. tra i commenti di settore, ad es. G. VERCILLO, *Riflessioni intorno alle ragioni e agli obiettivi della nuova riforma dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2023, 229-249.

11 I fini indicati alla n. 10 si possono raggruppare in tre macro-fini: (i) Adeguamento della disciplina al diritto vivente giurisprudenziale comprensivo dei Fini-2, -3, -4 *supra*; (ii) Razionalizzazione corrispondente ai Fini-5, -6, -7, considerando il concetto sovra-inclusivo rispetto a riordino e semplificazione); (iii) Conformità al diritto euro-unitario che copre i Fini-1, -8, -9.

12 Cosa voglia dire 'razionalizzare' apre un problema enorme di teoria dei sistemi. La tripletta 'razionalizzare, riordinare e semplificare' appare ridondante, se si assume che il razionalizzare non possa non implicare logicamente riordino e semplificazione. Il sintagma delinea un processo che va da una minore a una maggiore razionalità fatta di ordine e semplicità. Ancorché non sia così in ogni ambito e circostanza, nel caso del Codice (e il discorso vale per ogni riforma), suona contraddittorio ipotizzare che la razionalizzazione possa comportare più disordine o complessità. In altre parole, il concetto di razionalità presupposto è un concetto ordinamentale, caratterizzato da quanto più possibile ordine e semplificazione. Per quanto sovente si registri una certa ritrosia a riconoscerlo, sullo sfondo fa capolino l'idea di un ordine razionale che ha il suo paradigma nella logica formale (sul tema in generale ricordo l'opera di G. CARCATERA, *La logica nella scienza giuridica*. Estratto da: *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015).

solito, è pressoché impalpabile, per non dire inesistente, la distinzione tra principi e criteri direttivi¹³, sicché, alla resa dei conti, siamo dinanzi a tutti principi e, anzi, matrici di principi più o meno generici, dai quali è possibile ricavare una costellazione di criteri direttivi, ossia di linee di possibile specificazione¹⁴; (ii) i principi del co. 2 sono ulteriori principi-scopo per i quali vale, *mutatis mutandis*, quanto detto per quelli del co. 1; (iii) essi sono sia una specificazione sia una integrazione dei principi-scopo sanciti al co. 1; (iv) gli elementi ridondanti o complementari tra ciascun principio e ogni altro dei due commi sono innumerevoli; (v) non meno intricati sono i collegamenti concettuali tra i principi, considerando le componenti concettuali.

In un quadro tanto complesso, l'eccedenza di principi legislativi rischia di innescare fenomeni di entropia/rumore che finiscono per essere disfunzionali, cioè, avere un effetto opposto rispetto a quello proprio di fornire parametri/criteri di corretto esercizio del potere normativo delegato¹⁵. Il controllo di conformità di un d.lgs. rispetto a una legge delega risulta particolarmente arduo, specialmente se i principi della legge delega hanno un contenuto indeterminato e/o sono declinati come defettibili, cioè suscettibili di eccezioni non predeterminate, oggetto a loro volta di delega¹⁶.

13 Tra le tantissime riflessioni teorico-giuridiche, si v. M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi di diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, 9-29 e, più ampiamente, ID., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, Ariel, 2004 che mostrano l'ambiguità del termine 'principio' e le tante difficoltà insite nella distinzione tra principi in senso stretto, criteri, norme programmatiche o di indirizzo - direttive.

14 Come vedremo *infra*, più un principio è generico (ossia caratterizzato da indeterminatezza) più è ampio lo spettro di criteri di possibile determinazione: la determinazione di un principio consiste nella scelta di un criterio, per cui non è un'operazione cogente logicamente, e non coincide con la deduzione. Per alcuni spunti anche in chiave esplicativa e considerando i profili logici, si v. S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2010, spec. cap. II e cap. IV, par. 2.

15 Si v. in generale sul problema G. LAZZARO, *Entropia della legge*, Torino, Giappichelli, 1985.

16 Si vedano ad esempio le lettere l) e ff) che recano divieti, *prima facie* sarebbero determinate. Senonché il divieto è accompagnato dalla salvezza di eccezioni, le quali rinviano, a loro volta, ad altri parametri aperti.

In qualsiasi caso di delegazione di poteri (legislativo così come interpretativo), indeterminatezza e defettibilità¹⁷ fanno sì che i contenuti (delegati) siano aperti; e più ampia è l'apertura, più diviene discrezionale sia l'esercizio del potere delegato, sia il tentativo di suo controllo, ossia distinguere tra corretta e scorretta attuazione della delega.

3. La Codificazione dei Principi: profili di semiotica e sistematica

3.1 Sulla estensione generale: il rinvio esterno tra lettera e spirito

Venendo alla Codificazione, gli enunciati recano tutti principi aventi portata generale nella sostanza, ossia considerandone le componenti concettuali, anche a voler per assurdo prescindere dal *nomen iuris* e dalla qualifica espressa di «generalis».

Per nulla ovvia è invece la estensione della generalità non essendo precisata espressamente.

Di conseguenza, come spesso accade in presenza di enunciazioni di principi generali, ci si può chiedere, in via preliminare, se essi valgano solo ed esclusivamente per l'ambito di applicazione di riferimento (nel nostro caso, la sfera di applicazione del Codice), o se la qualifica di 'generalis' suggerisca che possano/debbero applicarsi anche al di fuori del Codice. Propendere per l'una o l'altra soluzione è una scelta che sarà compiuta verosimilmente dalla giurisprudenza e dalla dottrina con plurime varianti.

L'ambito di applicazione o estensione di un principio¹⁸ (più o meno generale) non dipende, infatti, solo dal suo contenuto, ma da una congerie di fattori irrelati, logicamente, al grado di generalità. Possono contare, ad esempio, la

¹⁷ Entro una letteratura amplissima, per una elucidazione generale, si v. P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 471-506.

¹⁸ Ancorché la questione non sia affatto pacifica in seno agli studi filosofico-giuridici dedicati a validità, vigenza, applicabilità, qui, 'ambito' o 'sfera di applicazione' ('applicabilità'/'validità materiale') ed 'estensione' si assumono equivalenti e si prescinde da approfondimenti (cfr. ad es. J.A. GARCÍA AMADO, *Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas*, in *nm.si-lex.es*, 2021; P. NAVARRO, J.J. MORESO, *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, in *Isonomia*, 5, 1996, 119-139).

genesi storica, il rango (non solo in senso formale, ma anzitutto assiologico), la collocazione entro l'ordinamento¹⁹, le costruzioni dogmatiche che l'accompagnano e, più in generale, ogni assunzione inerente la vigenza.

In definitiva, l'ambito di applicazione di un principio non può essere stabilito in astratto, una volta per tutte, in via conclusiva: è una variabile del contesto pragmatico di operatività del principio. Questo non significa che i principi abbiano estensione illimitata o sia illusorio definirne gli ambiti di applicazione. Piuttosto, si tratta di prendere atto, con realismo, che la partita si gioca inevitabilmente sul terreno concreto dell'applicazione ed è una partita perenne che vede impegnato ogni operatore. Ciascuno, con le sue scelte o proposte puntuali di (dis)applicazione, contribuisce a ridefinire i confini.

Che nella prassi, dottrinale e giurisprudenziale, si riscontrino frequenti contese sull'ambito di applicazione dei principi legislativi conferma la rilevanza pragmatica della questione. Se si vuole dipanarla, a ben poco giova discettare della generalità del principio in discussione. Occorre invece indagare le divergenti visioni dei giuristi (teorici e pratici), le cause e i motivi a base dei disaccordi e della disomogeneità di ricostruzioni²⁰.

Tra i possibili appigli testuali richiamabili a proposito della portata intra- o ultra-codicistica di uno o più principi *ex artt.* 1-11 del Codice, vi è l'art. 12. Riguardando il «Rinvio esterno», si presta a opposte letture.

19 La collocazione rilevante a seconda dei casi può essere di vario ordine: testuale (il documento in cui è scritto o si ritiene implicito); co-testuale (l'insieme normativo di cui è ritenuto far parte); contestuale. Può influire il macro-contesto (storico-socio-politico) in cui viene in gioco il principio fino al micro-contesto, che, all'estremo, coincide con il caso singolo di cui si discute (cfr. ad es. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2019, 112 ss.; A. BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile*, in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, UTET, 1999, 87-125; J. BAQUERIZO MINUCHE, *Su fonti del diritto, ideologie giuridiche ed interpretazione letterale. Tre commenti marginali a L'interpretazione nel diritto*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2023, 5-17).

20 Per taluni approfondimenti, restano punti di riferimento gli studi ad es. di G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2009, 131-158; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 53-74; R. GUASTINI, *I principi nel diritto vigente*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, 113-139; ID., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, Cedam, 1998, 85-103.

Per un verso, a partire da esso si potrebbe argomentare nella direzione dalla estensione *extra-codicem* almeno di alcuni principi vedendo nel rinvio un indice di porosità interna dell'ordinamento²¹. Ragionando di tal guisa, il Codice s'integra con altre normative, come completa all'occorrenza altri ambiti tramite i suoi principi. Si assume così che, tra Codice e altri ambiti, sia possibile istituire nessi di mutua integrazione e completamento, di cui i principi sono tipicamente protagonisti.

Per altro verso, il rinvio esterno vale «per quanto non espressamente previsto nel codice». Dunque, stando alla lettera, considera la esigenza che qualche aspetto del Codice abbia bisogno di essere completato grazie a qualcosa che sta fuori dal Codice, e non viceversa. Ciò può indurre una lettura *a contrario*²²: quindi, a escludere che quello che sta dentro il Codice sia applicabile *aliunde*.

Senza addentrarsi in un terreno di competenza degli esperti, in linea teorica, è ragionevole prevedere che la prima linea di pensiero possa prevalere, essendo, tutto considerato, minoritaria la tendenza ad argomentare *a contrario* o comunque in modo tale da giungere a un esito non estensivo quando è in gioco un principio. In sé, beninteso, nulla preclude approcci tesi a limitare, o persino ridurre, l'ambito applicativo di un principio. Ma è appena il caso di ricordare quanto i principi siano tipicamente visti come dotati di *forza espansiva*, usando una espressione metaforica²³. Ed è notorio quanto questa visione, dalle origini antiche, sia radicata nella cultura e si concretizzi in una pluralità di tecniche e argomentazioni. Incidentalmente, per quanto alcune siano d'uso più frequente

21 Sulle implicazioni della porosità del linguaggio normativo si v. gli approfondimenti di C. NICOLINI COEN, *Condizioni di possibilità e valore della discrezionalità nell'ambito giudiziario*, in *Ars interpretandi*, 2, 2018, 95-112.

22 Sull'argomento per tutti: G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1994, 177 ss.; D. CANALE, G. TUZET, *Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2010, 1, 189-205.

23 Si v. ad es. P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Ritorno al diritto*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 51ss. Assai celebre è anche la ricostruzione bettiana in termini di eccedenza assiologica, che tanta influenza ha esercitato nel pensiero (cfr. ad es. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed., Milano, Giuffrè, 1949, 145, 152-154, 159, 307, 316, 330).

e altre più rare, ciò è un fatto contingente: nessuna tecnica o argomento ha un legame cogente o necessario con i principi²⁴.

Si può aggiungere che il «Rinvio esterno» *ex art. 12*, enunciando due voci, mal si presta a una interpretazione aderente alla lettera o *a contrario*, cioè, limitando la portata a quello che dice espressamente. Ipotizzare che permetta davvero un rinvio solo ed esclusivamente alle disposizioni della l. 7 agosto 1990, n. 241 e al c.c., condurrebbe a un esito interpretativo assurdo, giuridicamente inammissibile e impossibile da seguire. Basta il buon senso per intuire che il Codice non possa non coordinarsi, oltre che con la l. n. 241/1990 e il c.c., con altre normative (leggi, regolamenti, decreti ministeriali, provvedimenti delle autorità amministrative, atti legislativi europei, etc.)²⁵. Ben più plausibile è attribuire al rinvio una funzione espressiva, oltre che prescrittiva: fondamentale, ha valenza chiarificatrice-esplicativa, non escludente di altre normative. La l. n. 241/1990 e il c.c., come si suole dire, *fan coppia*, ciascuno, con l'una («contratti pubblici») e l'altra («contratti pubblici») anima del Codice²⁶; ed è noto quanto la cultura veda l'emblema (storico) di questa duplice anima in tali documenti aventi ruolo cardine nelle sistematiche, e pubblicistica e privatistica.

L'articolo svolge anche una funzione ancillare collegata alla precedente, che si giustifica sulla base di una lettura sistematica della Codificazione. Sicco-

24 Cfr. ad es. P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003, 55-124.

25 Del resto, Codificazione e Codice sono pieni di richiami e rinvii ad altre discipline e normative.

26 Uso intenzionalmente una metafora per evocare solo, non potendo trattarla, una tematica che percorre la storia dei contratti pubblici dal Novecento ai nostri giorni, ossia quella del malcerto confine tra pubblico e privato. Sul punto, si v. tra le riflessioni più recenti: V. CERULLI IRELLI, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Contratto e impresa*, 4, 2023, 1074-1095; S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato: gli incerti confini*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2023, 433-435. Come noto, la discussione è la punta d'un iceberg che affonda nel tema dei rapporti tra diritto pubblico e privato (in special modo si v. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020 che coglie un movimento di riflessioni a più voci come ricorda A. CASSATELLA, *Rapporti fra diritto pubblico e diritto privato nell'attività amministrativa: scritti recenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2021, 135-136). Testimonianza, tra tante, è la oramai pluridecennale discussione sulla impronta pubblicistico-regolatoria del diritto privato dei contratti (cfr. R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1, 2020, 134-146).

me alcuni articoli 1-11 richiamano principi tradizionalmente propri del diritto delle obbligazioni e dei contratti privati²⁷, poteva sorgere il dubbio che solo quelli espressamente citati fossero utilizzabili rispetto ai contratti pubblici²⁸. Il rinvio fuga questo dubbio e fornisce all'interprete una linea guida interpretativa opposta: oltre ai principi del c.c. espressamente richiamati dalla Codificazione, anche altri sono applicabili.

3.2 Sul principio del risultato: concetti, gerarchie e funzioni espressive

Scorrendo la Codificazione, *littera legis*, primeggia il principio del risultato. Ma l'impressione *prima facie*, veicolata anche dal luogo testuale (art. 1) e rafforzata dal co. 4 («criterio prioritario»)²⁹, merita approfondimenti.

In primo luogo, atteso che la Legge espressamente non parla di 'risultato', il *nomen iuris* ex art. 1 del Codice è esercizio di potere delegato. Ciò non implica che il principio sia creato *ex nihilo*³⁰. Vero è, anzi, il contrario, se si ha cura di distinguere tra sintassi e semantica, ossia tra ciò che è espresso e ciò è impli-

27 Per ricordarne solo alcuni; buona fede, affidamento, autonomia contrattuale, conservazione dell'equilibrio contrattuale. Si v. G.D. COMPORTE, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2024, 11-75; G.F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2023, 561-571; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo "Codice dei contratti pubblici"*, in *federalismi.it*, 21, 2023, 15-40; M.E. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 2023, 1975-1983; F. LIGUORI-P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *CERIDAP*, 3, 2023, 44-63.

28 Gli studi di pragmatica spiegano perché talora è necessario essere più espliciti rispetto al contesto ordinario: Si v. R. COLONNA DAHLMAN, *Conveying meaning in legal language – Why the language of legislation needs to be more explicit than ordinary language*, in *Journal of Pragmatics*, 198, 2022, 43-53.

29 Vanno rilevati anche i richiami al principio contenuti negli articoli: 2, co., 2 («secondo il principio del risultato») e 6, co. 1, («in base al principio del risultato»). Si veda anche l'art. 109, co. 2, del Codice che accenna anche espressamente al bilanciamento. Cfr. H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.judicium*, 2023, 1-6; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4, 2023, 821-845; F. CUSANO, *Luci e ombre del principio del risultato*, in *ambienteditto.it*, 3, 2023, 336-344.

30 Basti ricordare la categoria dell'amministrazione di risultato: cfr. M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 9, 2024, 206-227; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2023, 829-862.

cito in un testo: vale a dire tra disposizioni (enunciati normativi) e norme. Siamo dinanzi al caso non infrequente di un principio: (i) inespresso nella legge delega; (ii) che, dal legislatore delegato, è considerato implicito; (iii) la cui formulazione espressa nel d.lgs. si assume attuazione in sé della delega. Si noti che l'assunzione che il d.lgs. espliciti quel che è prescritto nella legge delega è fondamentale per la giustificazione e la legittimità dell'esercizio del potere delegato. L'assunzione, peraltro, non è circoscritta solo alla combinazione legge delega/d.lgs. e nemmeno ai principi.

Quanto precede vale considerando qualsiasi testo (e norma) purchessia. La giustificazione e legittimazione dei principi inespressi (lo stesso può dirsi, delle norme inesprese)³¹ poggia sull'assunzione di chi li esplicita che siano impliciti in qualche luogo (ideale) dell'ordinamento. Affinché l'assunzione non finisca per essere circolare, cioè vuota, nient'altro che una petizione di principio auto-legittimante un'attività creativa, è necessario chiarire il *salto* dalla dimensione inespressa e quella espressa. Parlo di 'salto' perché non essendovi coincidenza né automatismi tra sintassi e semantica sono inevitabili e ineliminabili scelte³². Essere consapevoli e tentare di chiarire queste scelte è una delle imprese più complesse per un interprete che voglia procedere in maniera trasparente.

Ciò premesso, per cogliere la portata del principio a livello espressivo è utile esperire la c.d. prova di sostituzione o in negativo³³. Se compiendo un esercizio teorico si formulasse il principio opposto, finiremmo in un *non-senso*

31 Quando si parla di principi o norme *inespressi* s'intende riferirsi alla situazione in cui si rileva l'assenza di qualsivoglia enunciazione purchessia in qualsiasi testo ufficiale. Infatti, principi e norme sono entità concettuali-ideali da non confondere con gli enunciati che si leggono o i discorsi che si enunciano. Vanno considerate le plurime dimensioni dei segni linguistici: un conto è il significante percepibile ai sensi (grafema, fonema, etc.). A questo livello stanno parole, frasi, termini, sintagmi, disposizioni, enunciati. Altro sono i possibili significati (principi e norme) riconducibili a un dato significante. Per una discussione si v. T. GAZZOLO, *Voce e scrittura del diritto. Per una giurisprudenza senza-legge*, in *Politica del diritto*, 1-2, 2016, 49-94.

32 Sul diuturno dilemma di cosa (pre)esiste e di costruisce/crea interpretando, si v. a titolo paradigmatico le riflessioni di R. GUASTINI, *Creazionismo giudiziario?*, in *Ragion pratica*, 2, 2020, 391-400 e M. JORI, *I giudici creano diritto?*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2009, 1-24, che valgono anche per ogni altro interprete, non solo il giudice.

33 Per tutti, ricordo U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi, 1997, 51-53 e 278, ma vedasi l'intera opera.

giuridico. Sarebbe giuridicamente assurdo prescrivere che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti [*non perseguono, id est non dovrebbero perseguire*] il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

Il fatto che il principio opposto suoni, a dir poco, strano³⁴, appia del tutto illegittimo, ma non sia un non-senso *tout court*, qualcosa d'illogico o auto-contraddittorio conferma che il principio sancito dal Codice sia una prescrizione. Non è vero, detto altrimenti, che esso sia un guscio vuoto riempibile di qualsiasi contenuto. Inoltre, la stranezza del principio opposto è tutta giuridica: cioè, deriva dal contesto valoriale e normativo di sfondo, al quale quindi non si può non attingere per dare contenuti, in positivo, al principio stesso.

La forza espressiva del principio è rafforzata anche dalla circostanza che quello di risultato non è un concetto esclusivamente tecnico-giuridico. Prim'ancora è un concetto ordinario che gode di generalizzata connotazione positiva riflettendo un ideale di razionalità strumentale. Possiamo essere in disaccordo su innumerevoli questioni, ma è quanto meno più ragionevole che non pensare che sia preferibile perseguire, anziché non perseguire risultati (quali che siano).

Questi elementi congiuntamente ad altri, tra cui il nesso con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza, fanno sì che il principio del risultato assuma la fattezze di una *summa* dei principi della Codificazione e della Legge, la quale a più riprese, espressamente e non, richiama obiettivi, legalità, trasparenza e concorrenza³⁵.

³⁴ Sulla stranezza e infelicità pragmatica si v. L.R. HORN-G. WARD (eds.), *The Handbook of Pragmatics*, Blackwell, Oxford, 2006, spec. B. ABBOTT, *Definiteness and Indefiniteness*, 122-149 e R. CRAIGE, *Context in Dynamic Interpretation*, 197-220.

³⁵ Sul tema si v. F. CARINGELLA, *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici e il coraggio del cambio di paradigma*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Napoli, Dike Giuridica, 2024, 1-14.

Anche altre componenti concettuali del principio concorrono a questa percezione, posto che i risultati prescritti sono qualificati: devono perseguirsi «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo». Siamo dinanzi a un principio ambizioso per il quale conta anche il *quomodo*: cioè, *come* si perseguono i risultati. Ciò conferma la razionalità strumentale a base del principio per cui valgono sì i risultati (obiettivi/fini/scopi), ma anche i mezzi. Anzi, se potrebbe essere un truismo perseguire risultati³⁶, non lo è affatto come si possano/debbero perseguire. In ciò, del resto, sta la cifra del giuridico ogniqualvolta vi sia concordia su obiettivi/scopi. La portata prescrittiva si gioca dunque anzitutto dal lato dei mezzi, ossia delle modalità dell'azione di tutti i soggetti coinvolti nella negoziazione/stipulazione di contratti pubblici. Non a caso i due parametri espressamente indicati toccano nervi scoperti: i fattori tempo ed economico. Che siano menzionati questi due parametri non esclude la rilevanza d'altri nel perseguimento dei risultati. L'intero Codice, con tutte le sue norme, fornisce un'articolatissima rete di ulteriori specificazioni. Peraltro, i predicati 'massima' e 'migliore ... possibile' sono, a loro volta, indicatori di scopo a valenza espressiva, oltre che prescrittiva: servono a promuovere un ideale di buona amministrazione che fa il massimo sforzo, compatibilmente con le circostanze del caso. Questa lettura teleologicamente orientata non è obbligatoria. Riflette una scelta di conservazione degli enunciati legislativi. Infatti, se il riferimento modale «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo» venisse inteso letteralmente, indicando qualcosa di estremo, sarebbe impossibile adempiervi³⁷.

³⁶ L'enfasi sui risultati è una ovvietà, per nulla scontata: guardando alla storia e all'attualità della pp.aa., tradisce la cronica e perdurante preoccupazione che i risultati restino buoni propositi sulla carta.

³⁷ I giochi linguistici a partire dalla c.d. lettera sono molteplici e conducono all'uso di plurimi argomenti, tra cui argomentazione teleologica, funzionale, consequenzialista, *reductio ad absurdum* (cfr. E.T. FETERIS, *La ricostruzione razionale dell'argomentazione teleologico-consequenzialista nella giustificazione delle decisioni giudiziali: una prospettiva pragma-dialettica*, in *Ragion pratica*, 2, 2007, 537-548). È stato da tempo puntualizzato (cfr. ad es. gli studi raccolti a cura di V. VELLUZZI, *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, *passim*) che, a seconda dei sensi in cui si concepisce lettera o significato letterale, si genera una folta famiglia di argomenti che possono condurre a determinazioni di significato differenti.

Volendo sintetizzare, per non svuotarlo di contenuto per eccesso d'*hybris*, il complessivo principio (e, in particolare, il riferimento modale testé commentato) va inteso come defettibile, vale a dire suscettibile di eccezioni aperte che implicano una determinazione di caso in caso³⁸.

Quanto precede non è un'ipotesi ricostruttiva teorica, concepita a tavolino.

Il co. 4 dell'art. 1 mostra, con grande trasparenza, la natura defettibile del principio laddove sancisce che esso è «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto». Questa statuizione costituisce un atto di realismo e onestà, a fronte del fatto che la discrezionalità è ineliminabile e i principi non vivono in astratto, bensì operano per vie di specificazione che non possono non avvenire di caso in caso.

Dunque, se considerando un solo principio, non si può non fare i conti con le sue attuazioni, a meno di confinarlo a *flatus vocis*, a *fortiori* ciò vale rispetto a più principi, tra cui non vi sono rapporti rigidi o predeterminati.

Si è detto già che la Codificazione pullula di principi dai molti nessi.

Lo stesso principio del risultato rivela un intreccio straordinariamente complesso. Intreccio che essendo multidirezionale, allo stesso tempo, sembra indebolirne e rafforzarne la primazia.

Per un verso, sancisce il «rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza». I tre principi fungono da parametri di corretto perseguimento del risultato. Dicendo l'ovvio per qualsiasi esperto: non sarebbe conforme al principio del risultato, un risultato ottenuto violando uno dei tre principi citati. Per altro verso, è altrettanto notorio che ciascuno dei tre principi ha fondamento altrove, a prescindere da quello del risultato. Tutto ciò ne pone in discussione la primazia facendone un principio sotto-ordinato ai tre richiamati.

D'altra parte, le gerarchie tra i principi in esame sono tutt'altro che banali da rintracciare. Tra essi esistono una pluralità di gerarchie, tutte diverse e tra loro

³⁸ Si v. H. PRAKKEN, G. SARTOR, *The Three Faces of Defeasibility in the Law*, in *Ratio Juris*, 1, 2004, 118-139.

distinte, di ordine logico-concettuale, linguistico-testuale, formale, materiale, assiologico, per citare solo alcune delle più tipiche che si usa censire³⁹. Proprio la possibilità di ordinare ciascun principio di volta in volta rispetto a un altro in maniera diversa fa sì che essi siano enunciati l'uno come pari o sotto/sovraordinato all'altro e che nei contesti applicativi inversioni d'ordinazione siano una costante. A titolo d'esempio, mi limito a considerare il comma 2 dell'art. 1⁴⁰. Ivi, la concorrenza è funzionale all'attuazione del principio del risultato, il che equivale a restituire a quest'ultimo una sopra-ordinazione su quello di concorrenza. Quanto ai nessi tra trasparenza e legalità, la prima è declinata come servente rispetto alla seconda. Sicché, limitandosi alla sola lettura combinata dei primi due commi, la legalità parrebbe al culmine, con la trasparenza al livello -1, come principio-servente; quello del risultato al livello -2 quale altro principio-servente sotto-ordinato dovendo rispettare i primi due; la concorrenza, a sua volta, sarebbe principio pari-ordinato al livello -2 a quello del risultato, assumendo che le relazioni biunivoche fatte da rispetto di cui al co. 1, per un verso, e funzionalità di cui al co. 2, per l'altro verso, portino a una sostanziale equi-ordinazione.

Ora, è lampante che siffatto tentativo di ordinazione condotto in via d'esperimento, basato su nessi concettuali ricavabili *prima facie*, sia ampiamente insoddisfacente e privo di reale capacità esplicativa rispetto al quadro normativo. Il che, se non costituisce una prova, è almeno un indizio che le ordinazioni tra i principi non siano cogenti, bensì esito di operazioni di costruzione e sistematizzazione⁴¹.

39 Cfr. R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1997, 463-488; ID., *Gerarchie normative*, *Revus*, 21, 2013, 57-70; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 263-299; J. FERRER BELTRÁN-J.L. RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, *ibidem*.

40 Nulla dico a proposito delle pretese di «conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti», di «massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole» del Codice, e assicurare «la piena verificabilità», valendo *mutatis mutandis* quanto osservato in relazione al co. 1.

41 Per un'analisi complessiva, oltre alle opere citate in n. 7, si v. J.L. RODRÍGUEZ, *Sistemas jurídicos*, in V. RODRÍGUEZ-BLANCO, J.L. FABRA ZAMORA (coord. por), *Enciclopedia de*

Si noti che questo stesso esempio mostra quanto, d'altro canto, l'opera di sistematizzazione non sia libera. Per quanto i principi siano componibili variamente, a due a due, a tre a tre, e così via, le connessioni rinvenibili non sono né indifferenti, né infinite, né qualsivoglia. Ve ne sono di natura diversa, talune più e meno plausibili, giuridicamente. Anche nel frangente, la correttezza delle scelte di ordinazione dei principi, qualunque esse siano, dipende dalle ragioni che si forniscono per giustificarle⁴².

A riprova di quanto osservato il co. 3, primo periodo, dell'art. 1, nel sancire che «[i]l principio del risultato costituisce *attuazione, nel settore dei contratti pubblici*, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito *nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*» (enfasi mie, *n.d.r.*), accresce il grappolo di principi con ulteriori collegamenti concettuali e gerarchie⁴³. Il gioco espressivo dei richiami a principi, da un lato, conferma la sotto-ordinazione formale del principio del risultato ad altri classici del diritto pubblico. Dall'altro lato, funge da rinforzo della sua portata assiologica l'essere attuativo di principi particolarmente importanti.

In proposito merita sottolineare la precisazione contenuta nelle lettere a) e b) del co. 3, secondo cui il principio del risultato serve a «valutare la responsabilità» e «attribuire gli incentivi». Si fa leva sui due versanti tradizionali a presidio del perseguimento della conformità al diritto. Dal lato della responsabilità è latente la funzione preventiva-repressiva il cui presupposto è il *bad man* bisognoso di rimedi dissuasivi per obbedire⁴⁴. Dal lato degli incentivi, è invece la-

filosofía y teoría del derecho, 2, 2015, 979-1018.

⁴² Uno studio a tutto tondo resta E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, *ibidem*.

⁴³ Metto del tutto tra parentesi una serie d'interrogativi di enorme portata che, notoriamente, vengono ben prima e vanno ben al di là del Codice: (i) se efficienza, efficacia ed economicità siano tre principi o uno; (ii) quali siano i nessi tra questi principi-concetti e quello di buon andamento; (iii) quale rapporto vi sia tra buon andamento e perseguimento dell'interesse della comunità e raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

⁴⁴ Il riferimento è all'archetipo discusso da O.W. Holmes il quale ha alimentato una letteratura sterminata sul rapporto tra diritto, obbligatorietà, obbedienza, coercizione, etc. Tra

tente la funzione premiale-promozionale il cui presupposto è un individuo limitatamente virtuoso bisognoso di stimoli. Per rendere il diritto più efficace si punta dunque sui due modelli archetipici: quello fatto di comandi e sanzioni negative si pone in alleanza con quello basato su consigli e sanzioni positive⁴⁵.

Provando a trarre le somme, alla luce del grappolo di principi richiamati dalla Codificazione, quello del risultato è uno tra i prioritari, sicuramente non l'unico, e questa priorità è derivata da altri principi più fondamentali. Quale tentativo di guida della discrezionalità interpretativa-applicativa, assolve una funzione persuasivo-espressiva, la cui effettiva efficacia prescrittiva è rimessa al banco di prova della prassi, stanti i concetti indeterminati che lo compongono e il gioco con gli altri principi. Leggendo dal basso la complessiva prescrizione dell'art. 1 si potrebbe dire che il potere discrezionale deve essere esercitato, e la regola del caso concreto deve essere individuata, in conformità ai principi di: (i) legalità; (ii) buon andamento; (iii) interesse della comunità; (iv) raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea; (v) trasparenza; (vi) concorrenza; (vii) efficienza, efficacia ed economicità⁴⁶. Affinché questa situazione possa darsi tutti questi principi dovrebbero essere determinati facendo ogni volta lo sforzo di compiere scelte che li rendono compatibili e che conducano a esiti interpretativi e applicativi convergenti. Questa attitudine verso i principi è denominata variamente a seconda dei modelli teorici. Ma a prescindere da autori e mode, conta che se un atteggiamento cooperativo di questo genere non esiste, qualsiasi enunciazione e codificazione di principi inesorabilmente implode e si finisce nell'arbitrio. Insomma: che il Codice muova da una Codificazione ambiziosa

gli studi più recenti che riprendono il dibattito si v. J.A. RABANOS, *On Coercion and the (Functions of) Law*, in N. BERSIER, C. BEZEMEK, F. SCHAUER (eds.), *Sanctions: An Essential Element of Law?*, Cham, Springer, 2024.

45 Per tutti si v. N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in AA.VV., *Scritti dedicati ad Antonio Raselli*, 1, Milano, 1971, 229-249; ID., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in L. FORLATI PICCHIO (a cura di), *Incentivi CEE per la riforma delle strutture economiche*, Padova, 1985, 1-34; ID., *Comandi e consigli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, 369-390.

46 L'elencazione non sottende alcun ordine o gerarchia essendo queste variabili contestuali, come detto *supra*.

non è un male, né un difetto. Sta a ciascun operatore giuridico riconoscere la propria responsabilità nel far sì che ciò non degeneri in abusi, né si trasformi in una illusione. I principi funzionano se si canta in coro, mentre vengono traditi se si agisce da battitori liberi⁴⁷.

3.3 Principi, simboli e valori caldi per un nuovo corso

Se l'art. 1 presenta importanti tratti espressivi, l'art. 2 ha una carica simbolica ancora più marcata. Vista con occhi filosofici, l'enunciazione del principio della fiducia è manifestazione di una concezione del diritto che potremmo definire: calda, densa di valore. Dare alla fiducia rilevanza, tra l'altro, fondativa, è una scelta non solo in sintonia con una visione del giuridico orientata assiologicamente, ma che suggerisce anche adesione a un certo ideale d'individuo e società. In altre parole, volendo dar peso alla parola, sottende una opzione antropologica⁴⁸ e, a monte, metafisica⁴⁹.

Il principio della fiducia non viene definito, facendo assegnamento, si assume, anche su una lunga tradizione di pensiero filosofico⁵⁰. Dando per presupposta la condivisione del suo senso e dei suoi possibili significati, gli viene attribuita una funzione particolarmente rilevante: l'art. 2 lo pone infatti, come si anticipava, a *fondamento* dell'attribuzione e dell'esercizio del *potere* nel settore dei contratti pubblici⁵¹.

47 Prendo a prestito la metafora del coro da M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*, in *Criminalia*, 2018, 1-54.

48 Si veda per tutti la concezione promossa da T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021 che costituisce il paradigma di riferimento, avendo fatto salda presa sul pensiero attuale. Tra i tantissimi commenti, segnalo per la visione simpatetica (pur riflessivo-problematica), F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia*, in *Etica & Politica*, XXV, 1, 2023, 84-97.

49 Si vedano in particolare le riflessioni di F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, Giappichelli, 2023, xiii ss.

50 Il legame tra fiducia, reciproco riconoscimento e giustizia percorre la storia della filosofia e nel Novecento ha avuto tra i suoi alfieri Rawls, Olson, Nussbaum, Sen, la cui influenza oltrepassa il pensiero teorico-politico e meta-etico, divenendo lo sfondo di numerose concezioni del diritto.

51 Recita testualmente il co. 1 dell'art. 2 «L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici». Non potendovi essere fiducia senza reciprocità, destinatario del principio è chiunque si trovi in una relazione rilevante

Nonostante la precisazione del perimetro, è lecito ipotizzare che il principio possa essere concepito come concernete *ogni potere* (da intendersi, sottointeso, riconosciuto come *giuridicamente legittimo*). Una simile lettura è coerente con l'ideale dello Stato di diritto in cui non vi è spazio per il potere purchessia, ma solo per quelli legittimi (esercitati in conformità al diritto)⁵². Questa direttrice espansiva percorre la storia contemporanea e non solo, in cui la fiducia riguarda, in chiave teorico-filosofica e antropologica, qualsiasi relazione umana, la cui genesi e forma segue un tracciato non verticale, bensì orizzontale. Essa è una virtù-valore relazionale reciproca: non può esservi fiducia senza reciprocità. Di qui il nesso con un concetto di diritto il cui perno è la relazione tra soggetti-individui che si riconoscono l'un l'altro.

Questo comune denominatore viene arricchito, da dottrine e orientamenti, di una pluralità di valori (ad es., eguaglianza, giustizia, dignità, rispetto, etc.)⁵³.

Fa eco la figura della persona ragionevole e, con essa, la esistenza di aspettative e affidamenti reciproci di comportamento⁵⁴ che cementano, appunto, quel legame fiduciario tra sé e gli altri, senza il quale vi sarebbe *a-nomia*⁵⁵.

con altri. Così, correttamente, il Codice sancisce che i destinatari del principio non sono solo i soggetti pubblici, ma tutti coloro che operano nel settore dei contratti pubblici.

52 Sulla distinzione tra autorità-potere di fatto e legittimo, in connessione con lo Stato di diritto, si v. la complessiva concezione di J. RAZ, *The Authority of Law. Essays On Law And Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979; ID., *Legitimate Authority: An Introduction*, in P. PASQUINO-P HARRIS (eds.), *The Concept of Authority, A multidisciplinary approach: from epistemology to the social sciences*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 2007, 147-175.

53 Il Codice (art. 1, co. 1 e 4, nonché anche art. 5) l'accompagna con più valori classici: legittimità, trasparenza, correttezza, buona fede, tutela del (legittimo) affidamento. Si v. G.M. MEZZAPESA, *Responsabilità amministrativa e applicazione dei principi della fiducia e del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 7-8, 2023, 407-421; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 17, 2023, 271-280. Mi limito a osservare che, intesa in termini teorico-general, la legittimità è una sorta di meta-valore o chiave di volta come la legalità e la conformità al diritto: ciascuno di questi concetti è interconnesso e circolare per definizione, facendo riferimento al diritto stesso.

54 Vedasi in proposito l'intima connessione tra art. 2 e 5, ossia fiducia e buona fede e tutela dell'affidamento. Sul punto si v. il focus *Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: criterio interpretativo e applicazione concreta nelle più recenti sentenze del giudice amministrativo*, in *sentenzeappalti.it*.

55 Tra i più spiccati accostamenti complessivamente in chiave relazionale si v. B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, Giappichelli, 1999.

Sempre muovendosi nelle pieghe simbolico-espressive, la Codificazione dà voce, tramite più principi⁵⁶, a due aspetti salienti trasversali del diritto vigente: promozionalità e particolarismo.

Da un lato, la batteria di principi della fiducia, buona fede, solidarietà, affidamento, risultato, accesso al mercato, proporzionalità, etc., sono tutti tesi a promuovere una concezione del diritto basata su condivisione e cooperazione: volendo esprimersi in termini di funzioni, l'enfasi è posta su una prospettiva promozionale, incentivante, facilitativa, premiale, etc.. Non a caso si parla di «favorire», «valorizzare», «promuovere», «condividere», etc.⁵⁷.

Dall'altro lato, si dà atto a più riprese in maniera trasparente della inevitabilità di valutazioni, scelte, decisioni che non possono non avvenire nel caso concreto, si tratti di quelle compiute dai soggetti pubblici o privati, nel contesto dell'amministrazione o della giurisdizione⁵⁸.

Sia chiaro che le osservazioni che precedono non vogliono essere un processo alle intenzioni di chi ha scritto il Codice, impresa che sarebbe priva di senso, né con esse s'intende difendere una determinata ricostruzione della genealogia di uno o l'altro principio o avanzare proposte normative.

Queste scarse riflessioni hanno piuttosto l'obiettivo di mostrare come principi e concetti – e ciò vale sia per quelli che appaiono più nuovi, sia per

56 Mi riferisco in particolare ai primi tre: risultato, fiducia e accesso al mercato, ma si vedano anche i principi *ex artt.* 5 e 6 di buona fede/affidamento e solidarietà/sussidiarietà orizzontale. Vale aggiungere che anche il principio di accesso al mercato è un principio-scopo ancorato ad altri: concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità. Il che significa che ogniqualvolta si ha a che fare con un problema di accesso al mercato ci si trova a dover scegliere tra le possibili combinazioni di questi principi-valori. Non discriminazione e proporzionalità conducono a ragionare in termini di giustizia, considerando i suoi due volti: eguaglianza-generalità ed equità.

57 Nella stessa direzione positiva è declinato anche il co. 4.

58 Oltre ai co. 1 e 4 è significativa la definizione di colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa sancita al co. 3. Essa ruota attorno a concetti che sono tipiche clausole generali, cioè concetti valutativi-indeterminati (sul tema l'opera di riferimento è V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010), i cui significati sono determinabili, appunto, in ciascun caso, a seconda delle circostanze. Inoltre, rinvia a concetti pragmatici –'palese', 'normale' – per loro natura dipendenti dal contesto. Anche l'esimente ancorata alla prassi (giudiziaria e amministrativa) dimostra la co-produzione del diritto vigente da parte di tutti gli attori in campo.

quelli più consolidati⁵⁹ – possano essere veicoli impliciti d'innomerevoli assunzioni e implicazioni: filosofiche, etiche, politiche, ideologiche, culturali. Scavare nei concetti e principi è, perciò, un'arma a doppio taglio. Se, per un verso, è un modo per cercare di comprendere più a fondo il mondo giuridico in cui siamo immersi; per altro verso, v'è sempre il rischio, come emerge anche dall'esperimento compiuto, di vedere anche quello che non c'è, ovvero che ciascuno possa rinvenire sedimentato solo il suo particolare punto di vista. Un simile esito sarebbe, rispetto alla Codificazione, una eterogenesi dei fini posto che essa, a torto o a ragione, sarà il futuro a dirlo, confida e promuove un ideale corale. Come si è detto, un diritto per principi sta e cade sull'alleanza e sulla comunione di chi li applica⁶⁰. E questa esigenza vale tanto di più quanti più sono i principi, quanto più essi sono indeterminati e densi sul piano valoriale.

Sia chiaro che questa non è una professione di scetticismo verso i principi. Al contrario: vale per essi, quello che vale per ogni strumento (concettuale e materiale): la responsabilità di farne un buono o un cattivo uso sta nelle nostre mani⁶¹.

Si mira insomma al bersaglio sbagliato prendendo di mira la indeterminatezza *tout court* dei principi o la loro natura irrimediabilmente valutativa. Infatti, qualsiasi principio lo è; e discutere del grado di maggiore o minore indeterminatezza/carica valoriale di uno o un altro principio è una battaglia sterile, non essendovi nemmeno criteri o strumenti oggettivi di misurazione. Se è vero che la indeterminatezza dei principi riguarda concetti tutti valutativi, qualsiasi gra-

59 Si v., oltre ai contributi citati alle n. 2 e 27, G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 1-24; F. SCIARRETTA, *La clausola di buona fede nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2, 2023, 1-24; B.N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, 2, 2023, 765-799; M.L. ANTONIOLI, *Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *CERIDAP*, 4, 2023, 1-23.

60 Cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, Il Mulino, 2022, Parte II.

61 Questo è uno degli insegnamenti del giuspositivismo critico e della meta-etica di U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), rist. in ID., *Etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, 179-203.

duazione è qualitativa, non quantitativa: sebbene ci si esprima in termini di più e meno, occorre essere consapevoli che si usano metafore. Peraltro, le accuse d'indeterminatezza eccessiva mosse a un determinato principio o a taluni principi celano sovente altre misure di politica del diritto. Il cuore della discussione non è, quindi, la maggiore o minore indeterminatezza o forza retorica di un principio, etc., bensì il tipo di azioni che si vuole o no mettere in campo. Escludere una scelta o misura concreta, accusando il principio che vi sta dietro di eccessiva indeterminatezza è un'astuzia argomentativa, che non giustifica una soluzione alternativa rispetto a quella rifiutata, né è decisiva per abbandonare il principio contestato. Ciascun principio, per quanto più o meno indeterminato e valutativo, opera in concreto tramite specificazioni in regole, atti, azioni, etc., e questi – in una discussione franca e onesta – dovrebbero essere il terreno di confronto con le soluzioni alternative. Limitarsi a discutere della (maggiore o minore) indeterminatezza dei principi appare spurio essendo inevitabile e non misurabile e rischia di essere uno schermo per nascondere le effettive scelte di contenuto che stanno nella concretizzazione di ciascuno⁶².

D'altra parte, se i principi (da quelli più innovativi di risultato e fiducia, a quelli più tradizionali di solidarietà, buona fede, etc.) fossero davvero così vuoti, come talora sono tacciati d'essere, delle due l'una: o dovremmo concludere di essere immersi in una complessiva illusione regolativa, il che è assurdo; o dovremmo riconoscere che gli stessi critici astutamente sfruttano una indeterminatezza solo apparente, che viene piegata a livello politico-retorico nella direzione da loro voluta. In altre parole, la indeterminatezza di un principio, e vale per tutti quelli enunciati nella Codificazione come per altri, può essere usata come un falso bersaglio polemico che conviene sfatare, per occuparsi di quel che conta: cioè, di come si traduce ogni principio in atto⁶³.

62 Sulla genericità e indeterminatezza dei principi e la loro caratterizzazione pragmatica si v. C. LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

63 Questo vale per tutti i principi, espressi e non. Per comune esperienza, gli uni e gli altri sono generati sia "dal basso all'alto", generalizzando a partire da alcune occorrenze, sia "dall'alto al basso" specificando principi espressi, o altri principi impliciti, più generici. Ambo

3.4 Argomentazione basata sui principi e meta-norme sull'interpretazione

Tra gli ulteriori motivi d'interesse della Codificazione, un discorso a parte merita l'art. 4 che è una meta-norma⁶⁴ – *rectius*, un meta-principio – che dovrebbe regolare l'interpretazione e applicazione delle disposizioni del Codice⁶⁵.

La rubrica parla di 'criterio', anche se, invero, siamo piuttosto dinanzi a una norma-principio avente natura più ricognitiva che prescrittiva.

L'art. 4 dice una cosa ovvia, cioè, che i principi contenuti ai primi tre articoli servono a guidare la interpretazione e l'applicazione delle disposizioni del Codice. Il rilievo non vale a sminuirne la portata, né è una critica. Anche le ovvietà, infatti, hanno la loro importanza.

Sullo sfondo fa eco il dibattito sulla non vincolatività dei principi legislativi. Dibattito, sì sorto in ben altro contesto, epperò forse non definitivamente superato se si è sentito il bisogno di chiarire il contrario⁶⁶.

Dal punto di vista teorico-generale, i principi sono norme poli-funzionali; notoriamente, essi sono in grado di svolgere, e sono usati per assolvere a, una pluralità di funzioni. Tra queste, tipica è quella di costituire linee guida in-

le operazioni sono condotte avendo, consapevolmente o meno, identificato un contesto rilevante, il quale può essere più o meno esteso a seconda delle circostanze (corrispondente a un istituto, un certo orientamento giurisprudenziale, talune prassi, ecc.). In nessun caso, comunque, avvenga "dal basso all'alto" o "dall'alto al basso" il processo è assimilabile alla induzione o alla deduzione logica, né all'abduzione, se intese in senso proprio, come nei rispettivi ambiti elettivi (le scienze naturali o formali). Quando, nei discorsi giuridici, si parla di generalizzazione, deduzione, induzione, abduzione, verificaione, falsificazione, validazione, dimostrazione, ecc. si compie una trasposizione concettuale: si assume un'analogia con il mondo delle scienze e i suoi metodi che è approssimativa e, piuttosto, un ideale normativo. Ciò non significa che il confronto con il modo di procedere delle scienze sia inutile: al contrario, esso fornisce quadri di riferimento comparativi che aiutano a mettere a fuoco le operazioni, cogenti e non, che riguardano i principi.

⁶⁴ Si v. per tutti T. MAZZARESE, *Metanorme. Rilevi su un concetto scomodo della teoria del diritto*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996, 125-158.

⁶⁵ Lo riporto testualmente per maggiore chiarezza: «Articolo 4. Criterio interpretativo e applicativo 1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3».

⁶⁶ Per tutti si ricorda l'analisi tagliente e disincantata di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 382-385 che mostra un assai minor favore per questo argomento rispetto alla fama di cui gode oggi.

terpretative-applicative. Si parla anche di argomentazione basata sui principi, vedendo in questi matrici di criteri, canoni argomentativi, etc.. Questo vale per ogni principio, lo si dica o no, lo riconosca o no, il legislatore e/o i giuristi⁶⁷.

Conseguentemente, anche se l'art. 4 non fosse stato scritto, fiducia, risultato e accesso al mercato avrebbero non solo potuto, ma *dovuto* essere usati come principi interpretativi, essendo pur sempre prescrizioni. Sostenere che un principio facente parte di un Codice non abbia o non debba avere alcun ruolo nell'interpretazione-applicazione delle altre disposizioni equivarrebbe a una sua parziale *interpretatio abrogans*. Equivarrebbe a una riduzione della sua portata prescrittiva, ovvero a una disapplicazione, tra l'altro, pressoché sistematica. Un simile atteggiamento tenuto da chicchessia sarebbe illegittimo in uno Stato di diritto in cui tanto conta l'applicazione del diritto vigente quanto la sua non disapplicazione. Non è meno grave, per qualsiasi interprete, disapplicare norme-principi esistenti che applicarne di creati sulla base del suo gradimento. Il tutto, a patto di non fornire buone/migliori ragioni, cioè ragioni tanto forti e robuste da prevalere sulla presunzione di applicazione di ogni prescrizione vigente⁶⁸.

Così, che un principio funzioni anche da linea guida interpretativa, ovviamente, non implica che in ogni caso esso debba essere utilizzato, né tanto meno che debba prevalere su altre linee guida interpretative (derivate da principi legislativi o altrove).

Alla luce di quanto detto, è evidente che l'art. 4, nonostante menzioni espressamente solo i primi tre articoli, non ha portata escludente rispetto agli altri. Vale quanto accennato per l'art. 12, meta-norma, sul rinvio. Pensare che i restanti principi della Codificazione non debbano essere usati per la interpretazione-applicazione delle disposizioni del Codice sarebbe manifestamente assur-

⁶⁷ Si v. B. PASTORE, *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica*, Padova, Cedam, 2024, 59-110.

⁶⁸ Per un approfondimento, si v. A. ABIGNENTE, *Argomentazione giuridica*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, Giappichelli, 2012, 1-36; E. DICHIOTTI, *Le giustificazioni interpretative nella pratica dell'interpretazione giuridica*, in *Etica & Politica*, 2006, 1-29; B. CELANO, *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 2009, 229-255.

do⁶⁹. Tenendo conto delle gerarchie normative, la menzione dei primi tre articoli e il silenzio sugli altri da parte del quarto conferisce ai primi una maggiore rilevanza a livello espressivo-assiologico.

La Codificazione, incluso l'art. 4, mostra dunque quanto il diritto sia una pratica (sociale) intrisa di valori che dipendono dalle scelte (esplicite e implicite), anche di metodo, di tutti i suoi partecipanti. Il meta-principio dell'art. 4 s'aggiunge a tutta la batteria di principi, canoni o argomenti interpretativi-applicativi comunemente usati. Costituisce una istanza dell'argomentazione basata sui principi che è una tra le più in voga nella cultura contemporanea. Le norme e tra esse, in particolare, i principi incorporano valori strumentali a dati scopi o fini etico-politici, e ciò vale anche per quelle meta-norme/meta-principi metodologici, che dicono *come* si deve interpretare, giustificare, decidere, in conformità al diritto⁷⁰. Queste sono parte integrante e fondamentale del diritto vigente considerato che da essi dipende ogni soluzione.

4. Discrezionalità e pretesa di correttezza

La Codificazione rinnova motivi ricorrenti della teoria contemporanea dei principi. A mo' di chiosa, ci si sofferma brevemente su due soltanto: come si passa dai principi ai casi concreti; la giustificabilità e verificabilità della corretta (*id est*, giustificata) applicazione/disapplicazione.

In via preliminare, giova enunciare tre questioni: (i) cosa sono i principi, *id est* cosa si intende per 'principi'; (ii) quali sono giuridici, sottointeso da un punto di vista giuridico generale; (iii) quali sono i principi in un diritto (ad es., quello italiano)⁷¹.

⁶⁹ In questo caso, assurdo equivale a non giuridicamente corretto sulla base di un'ampia serie di argomenti che non serve snocciolare, essendo d'immediata comprensione per qualsiasi esperto e non di diritto amministrativo o altro settore giuridico.

⁷⁰ Si v. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010.

⁷¹ Traggo spunto da M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, 301-332. Le riflessioni che seguono sono uno sviluppo di quelle embrionali esposte in S. ZORZETTO,

Così procedendo, è più agevole cogliere che quando si ragiona di principi e si opera con essi si presuppone una visione ordinamentale. Qualsiasi teoria, dottrina o accostamento ai principi non può non fare i conti, perciò, con una teoria (e tutti i problemi) degli ordinamenti normativi. Ciò fa sì che ogni questione, discorso e attività che verta sui principi poggi su assunzioni filosofiche più fondamentali.

Intuizioni e visioni dei principi e della giuridicità possono, per certi versi, condizionarsi l'un l'altra e un approccio come quello di questo contributo mira a cogliere questi nessi. Si tratta, come si è visto, di aspetti contingenti, che si devono ad assunzioni e scelte vuoi teoriche, di metodo, vuoi di valore, etiche, politiche, etc. Esse restano normalmente implicite nei discorsi giuridici, e di qui appunto la esigenza di indagarle e portarle alla luce. È infatti a questo livello di premesse inesprese che si generano i disaccordi più e meno profondi⁷².

La circostanza che di regola non si esplicitino i propri punti di partenza non è in sé segno di opacità, o disonestà intellettuale: entro certi limiti, è inevitabile visto come funziona il linguaggio e il mondo. Volendo ricordare un truismo: nessuno dice/scrive sempre tutto ciò che pensa. Le nostre prassi discorsive e vite, se così non fosse, sarebbero molto diverse. Ma ciò non toglie che ci si può impegnare a dichiarare le cose più importanti per comprendere se e quanto davvero si è in accordo o disaccordo. E questo sforzo dovrebbe caratterizzare ogni interprete se si vuole dare attuazione ai principi, in particolare quelli della Codificazione e prestar fede, su tutti, al principio della fiducia.

Si evince da quanto detto che quello di principi (giuridici) è un concetto (giuridico) che, come ogni altro, è anche uno strumento frutto di convenzioni. I significati sia del concetto di principio in generale sia dei principi sono continuamente rideterminati di discorso in discorso, ma pur sempre entro certi limiti. Se infatti si guarda al diritto come una pratica sociale e si considera che non

⁷² Si veda V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli, 2017.

vi sarebbe pratica sociale senza usi comuni, anche i principi concorrono, e non potrebbero non farlo, a preservare un certo tasso di condivisione. In ciò la Codificazione è un emblema di come oggi si faccia leva sui principi a questo scopo fondamentale, attribuendogli una pluralità di funzioni, oltre a quella centrale prescrittiva.

Nel contesto dato, in via ridefinitoria, per 'principio' (generale) si può allora intendere una norma che si assume (i) poter fungere da *buona* ragione, cioè comparativamente *migliore* di altre, mai in assoluto, ma sempre *ceteris paribus*, incorporando valori in un certo qual modo autoevidenti⁷³, che risaldano l'accettazione e (ii) suscettibile, a rinforzo, di una pluralità d'usi-funzioni, ancillari, a livello pragmatico.

Collocare i principi in seno alla giustificazione (ragionamento pratico) spiega vari aspetti della prassi dei principi e anche della Codificazione. Così, non esistono ragioni pratiche in sé e qualsiasi ragionamento è costituito da ideali catene di ragioni variamente componibili, ancorché se ne possa esplicitare una o più isolatamente. Così, i principi si possono snocciolare a uno a uno, ma si tengono l'un l'altro in guise sempre, astrattamente, variabili. Tuttavia, proprio perché qualsiasi ragionamento pratico-giuridico è compiuto in un contesto pragmatico⁷⁴, pur potendosi ipotizzare principi e loro determinazioni purchessia per esercizio mentale, nella pratica queste operazioni si collocano in un ambiente culturale nel quale hanno rilevanza (giuridica) solo talune ragioni tra quelle ricavabili⁷⁵.

Ciò spiega sia le situazioni in cui i principi sono condivisi e, pertanto, appaiono buone ragioni in sé (*i.e.* ragioni conclusive): di qui la loro ovvietà e forza

⁷³ I principi sono norme dotate di autoevidenza di valore nel solo senso che in essi si vede un valore che appare almeno *prima facie* come meritevole di essere accolto, salvo che si portino ragioni contrarie prevalenti. Ciò significa che l'autoevidenza di valore dei principi dipende anzitutto dal grado di coesione e dalla complessità della cultura (giuridica) di riferimento (cfr. M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit.).

⁷⁴ Si v. V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012

⁷⁵ Si v. U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO-E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1986, 3 ss.

persuasiva; sia le situazioni in cui in una cultura vi è una pluralità di principi riflettenti valori anche incompatibili e in cui quindi sono presenti autoevidenze contrastanti, se non opposte. Le divergenze possono emergere a livello apicale, di scelta tra principi, ma più spesso si generano nelle operazioni interpretative-applicative (a livello di determinazione/specificazione). Ivi restano perlopiù inesprese essendo appunto elementi divisivi.

È dunque fallace la tendenza a considerare i principi, specialmente i più ambigui, vaghi e indeterminati, come capaci di fornire in via automatica risposta univoca a ogni questione generale o singolare. Atteggiamento tanto più spurio quanto maggiori sono ambiguità, indeterminatezza, vaghezza, le quali implicano incremento degli spazi di decisione.

Spostandosi dal piano descrittivo a quello prescrittivo, uno Stato costituzionale di diritto fatto per principi vorrebbe che i discorsi e ragionamenti relativi a essi fossero quanto più trasparenti e consapevoli del fatto che nessun principio può essere impiegato senza compiere scelte, anche di grande portata. La convivenza dello Stato di diritto (con i suoi corollari: separazione dei poteri e rappresentanza democratica) con la inevitabilità della discrezionalità può darsi adottando direttrici metodologiche quali *neutralità* e *carità interpretativa*. Quest'ultima è espressione dei principi, interconnessi, di universalizzabilità e di fiducia, nel senso filosofico accennato. La neutralità non va intesa come assenza di valori-valutazioni. Al contrario, onestà intellettuale e morale richiede di palesare chiaramente le scelte insite nel metodo giuridico⁷⁶. Che ciò avvenga di rado contribuisce a rendere perduranti e insoluti i dibattiti, teorici e pratici, sui principi.

Sopraspedendo, quindi, su fiumi d'inchiostro spesi a vario proposito, importa rilevare quanto il cantiere aperto della disciplina dei contratti pubblici,

⁷⁶ Prendo le mosse dalle istanze etiche di U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia*, 1987, 3 ss.

con le sue ricorrenti riforme, e, in particolare, il Codice e la Codificazione esaltino possibilità delineate dagli studi teorico-filosofici.

Guardando ai principi quali espressioni di scopo-valore, s'apre uno spettro di operazioni *de iure condendo* di potenziamento e depotenziamento. Delle due, la prima tendenza appare decisamente dominante, mentre la seconda sembra confinata, sottotraccia, in casi puntuali. Se è vero che in tal modo il pendolo del potere si sposta dal legislativo a vantaggio di altri attori (esecutivo, giudiziario, dottrina, privati, etc.), la mossa può risultare di corto respiro, perché atteggiamenti eccessivamente discrezionali finiscono a lungo andare per indebolire, anziché rafforzare i principi. Rispetto a queste interne tensioni non c'è enunciazione espressa di principio che tenga. Di per sé nemmeno la tecnica di normazione (l'adozione di un codice e la scelta di codificare espressamente principi) offre alcuna garanzia che possano essere stemperate. Come mostrano i commenti della dottrina e le prese di posizione di giudici e funzionari a proposito del Codice e della Codificazione, decisivo è piuttosto lo stile adottato dagli interpreti di fronte ai testi legislativi.

La Codificazione, come si è detto, induce a ripensare a che tipo di norme (prescrizioni) siano i principi (ad es., norme-simboliche, defettibili, valori anche morali, precetti contenenti concetti valutativi, standard assiologicamente sopraordinati, meta-norme fondative, matrici di norme inesprese, e così via)⁷⁷. Si è visto come i principi siano concepiti da Legge e Codice come giammai tassativi, potrebbero, cioè, essere disapplicati senza per questo considerarsi violati. Si tratta di una vera e propria dottrina sull'applicazione volta a legittimare la discrezionalità e che conferisce potere di decidere, stabilendo la *regola del caso concreto*. Usando l'antica formula: *in via equitativa*.

Così ragionando, i principi operano come lampadine a intermittenza: si attivano o disattivano rimanendo quiescenti, con la conseguenza che, essendo

⁷⁷ Queste diverse caratterizzazioni non sono alternative o incompatibili; mettono in luce tratti differenti che a seconda dei principi e dei contesti possono essere più o meno appariscenti o rimanere latenti.

una moltitudine, nel gioco delle luci, la illuminazione può sempre variare di circostanza in circostanza. Senonché occorre un faro di luce minimamente stabile per sapere da dove si viene e dove si va.

Fuori di metafora, se le norme servono a guidare i comportamenti umani e qualsiasi diritto vigente esiste nella misura in cui li regola, una convergenza generalizzata è essenziale e poggia su un certo grado, sia pure minimale, di coerenza di comportamenti e atteggiamenti. Ciò è tanto più vero quanto più un diritto è fatto per principi e quanto più numerosi sono gli attori in campo, a cominciare dalle autorità normative.

Si noti che l'atteggiamento equitativo-particolarista conferma – al pari di quello basato su generalità-universalità – che la pratica giuridica, come ogni pratica sociale avente natura normativa, si basa comunque sul concetto di regola⁷⁸, e i concetti derivati di correttezza, quale conformità alla regola od osservanza, e di errore, quale difformità o inosservanza.

Questo vale anche e, anzi, *a fortiori* per un diritto fatto per principi. L'osservanza, per quanto generalizzata, è solo tendenziale, essendo sempre aperta la possibilità di violazioni, che possono essere puntuali o sistematiche a seconda della tolleranza permessa dalla pratica stessa. Ciò fa sì che chiunque si trovi sempre di fronte a una costante alternativa binaria tra il seguire e il non seguire una regola e, in ogni situazione, non possa che assumere una posizione di osservanza o, viceversa, inosservanza rispetto a quelle rilevanti (tutte quelle astrattamente ricavabili in via di ragionamento).

Peraltro, come emerge dal Codice, anche la coerenza quale conformità alle regole è un fattore interno, per alcuni aspetti, regolato dal diritto e così filtrato dal principio di autorità. Perciò, risulta vera tanto la convinzione che vi siano condotte e decisioni (giuridicamente) corrette/scorrette, cioè, conformi/difformi rispetto al diritto vigente, quanto la convinzione che ciò

⁷⁸ Le si chiami norme, principi, ragioni, o altrimenti, poco cambia in proposito e sarebbe preferibile scongiurare atteggiamenti feticisti nei confronti delle parole.

che conta è, alla fine, avere ragione, se del caso, eventualmente a prescindere dalla correttezza *de iure condito* della condotta o decisione di cui trattasi.

Va anche osservato che la coerenza assume rilevanza diversa, dal punto di vista interno del partecipante, a seconda che si compia una valutazione diacronica o sincronica di casi diversi, oppure si consideri una sola situazione. Mentre, nel primo caso, i diritti vigenti mostrano di essere capaci di assorbire tassi anche elevati d'incoerenza, e semmai occorre dare giustificazione delle incoerenze nel tempo o tra casi coevi⁷⁹; nel secondo caso, incoerenze o contraddizioni interne a un atto, provvedimento, discorso, da chiunque provenga (giudici, funzionari, avvocati, giuristi accademici) sono viste tendenzialmente come un vizio o un errore/una scorrettezza.

Sempre dal punto di vista interno, se, per un verso, incoerenze anche eclatanti, quali quelle dovute a significativi *revirements* giurisprudenziali, appaiono non di rado felici a livello complessivo (perché imprimono comunque direttrici regolative, quale che sia il verso “in avanti” o “indietro”); per altro verso, un eccesso di deviazioni e incoerenze può determinare e/o essere sintomo di una crisi di effettività. In breve: quanto un diritto vigente tolleri incoerenze interne (sincroniche e diacroniche) è una questione di fatto, dipendente dalle condizioni pragmatiche. La presenza di incoerenze rientra nella fisiologia dei diritti vigenti a patto di essere a essa funzionale e circoscritta.

Alla luce di quanto precede, sarebbe affrettato e ingeneroso criticare in via apodittica la prassi di scegliere i principi *à la carte*⁸⁰, ovvero adottare un approccio c.d. «*shotgun*»⁸¹. Questi, che sono stili argomentativi, vanno valutati con-

⁷⁹ È normale, per esempio, il susseguirsi di atti o provvedimenti giudiziari e amministrativi contrastanti perché resi su casi parzialmente diversi, come l'uso, da parte degli avvocati, di difese contraddittorie a seconda delle esigenze delle parti di volta in volta assistite; ed è pure generalmente ammesso contraddirsi in sede dottrinale, rivedendo tesi sostenute in precedenza.

⁸⁰ Cfr. M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit.

⁸¹ Vale a dire l'approccio tendente a mettere in secondo piano le questioni di metodo e sfruttare ogni possibile argomento, pur di ottenere il risultato voluto. Cfr. B. LEITER, *Explaining Theoretical Disagreement*, in *University of Chicago Law Review*, 76, 2009, 1215-1250, spec. 1233; F. PERIN SHECAIRA, *Hartian Positivism As a (Plausible) Error Theory*, in *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 5, 2011, 325 ss., spec. 332; M. JORI, *Del diritto inesistente*,

siderando il contesto, per comprendere se e in quale misura siano consapevoli, a quali scopi eventualmente siano votati e quali ne siano le ricadute sul diritto vigente.

Ogni giurista sa bene come le incoerenze possano essere volute e calcolate (perché s'intende sostenere "il tutto e per tutto", "costi quel che costi") o frutto di mera insipienza o sciatteria, come possano rispondere a scopi ammessi o rispondere al solo tornaconto personale di qualcuno. In proposito si potrebbe riflettere sul grado di opacità/trasparenza e di responsabilità che procedendo secondo questi stili si può inculcare in ciascuno: se, dunque, sia più probabile che non che servano a far emergere o nascondere la discrezionalità insita in ogni caso.

Occorre infatti fare i conti con la circostanza che chi argomenta sceglie sì una delle possibili soluzioni, e lo fa e non potrebbe non farlo pena l'infelicità dell'atto linguistico sostenendo che è l'unica via per la corretta decisione del caso. Sarebbe un errore trascurare che nella pratica si sceglie una delle possibili soluzioni sostenendo che è l'unica non per disonestà intellettuale, ma perché così richiesto dalle regole pragmatiche da cui dipende la felicità e la capacità persuasiva dei discorsi. Ciò vale per tutti: autorità e cittadini. Chiunque, giudici e funzionari, nel prendere una posizione, non possono non pretendere che la propria sia l'unica o la migliore o la più corretta soluzione⁸².

cit., 85. Vale rilevare che, dal punto di vista processuale, in più sistemi, è considerata una pessima tecnica argomentativa, segno di debolezza, che costituisce un vizio e rende inammissibile le difese. Tanto è malvista da essere denominata anche «*kitchen sink*», nozione avente connotazione manifestamente negativa.

82 Sviluppo quanto esposto in via embrionale in S. ZORZETTO, *Principi giuridici e determinazione del diritto. Alcune riflessioni sul contributo di Mario Jori alla teoria e pratica giuridica*, in S. ZORZETTO-A. PINTORE (a cura di), *Studi di filosofia del diritto per Mario Jori*, Napoli, ESI, 2016, 349-378 e ID., *Jueces, juristas y pretensión de corrección. Algunas consideraciones de pragmática jurídica*, in E. SOTOMAYOR TRELLES (ed.), *La teoría y filosofía del derecho en el estado constitucional: problemas fundamentales*, Peru-Puno, Zela, 2019, 69-89. In queste pagine muovo dalle tesi di R. Dworkin e R. Alexy note come *right answer* e *pretesa di correttezza* per mostrare come siano complementari, cogliendo intuizioni di senso comune esplicative della pratica giuridica che, però, nelle indagini filosofiche dei rispettivi Autori hanno finito per essere indebitamente unite ad assunzioni ulteriori (di ordine etico e meta-etico). Cfr. R. DWORKIN, *Judicial Discretion*, in *The Journal of Philosophy*, 21, 1963, 637-638; ID., *No Right Answer?*, in P.M.S. HACKER-J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford,

Infatti, qualsiasi funzionario debba fornire una risposta, emanare un atto, esprimere un parere non può giustificarlo affermando che sarebbe altrettanto corretto pensarla altrimenti, ossia che vi sono altre opzioni/decisioni equi-possibili. Violerebbe palesemente le condizioni minime di felicità del discorso. Analogamente, sarebbe infelice – e giuridicamente viziata per motivazione perplessa o incoerente – la sentenza o il provvedimento che, nel giungere a una data soluzione, affermasse che si tratta solo di una tra le possibili ovvero non di quella più corretta.

Se quindi è inevitabile ragionare in termini di unica risposta corretta o migliore/preferibile, si noti, questo *estende*, e non già riduce, la *rilevanza dell'argomentazione-giustificazione*. Proprio il fatto che nel diritto, le decisioni e gli atti normativi non possano che essere formulati e difesi sotto una *pretesa di correttezza* (idealmente la maggiore possibile) pone l'*onere* di giustificare: *dire perché*. Questo onere dovrebbe essere tanto più forte e rigoroso quanto più è opinabile che effettivamente quella che si vuole dare sia la unica risposta (più) corretta.

Si può aggiungere che sarebbe frettoloso giustapporre l'argomentazione basata sui principi all'argomento del *pedigree* o formalistico o basato sull'autorità del legislatore, se si considera che la pretesa dicotomia tra diritto di fonte formale e per principi non ha ragion d'essere in un panorama in cui le fonti formali a ogni livello, non solo legislativo, consistono di principi.

Inoltre, dal punto di vista interno, la pratica giuridica poggia su, e richiede ai suoi partecipanti (cittadini/funzionari/autorità), due generali disposizioni o atteggiamenti solo apparentemente contraddittori: un *moderato legalismo*, cioè l'aspettativa di poter ottenere giustizia, *i.e.* decisioni corrette secondo diritto; una *moderata ipocrisia*, cioè una generalizzata tendenza a occultare lo *status quo*, nella consapevolezza che non sempre è conforme all'ideale.

Clarendon Press, 1977, 58-84; ID., *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?*, in *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, 119-145; R. ALEXI, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2010, 17-36; ID., *Concetto e validità del diritto* (trad. it. F. Fiore, introd. G. Zagrebelsky), Torino, Einaudi, 1997, par. 4.3; ID., *Giustizia come correttezza* (trad. B. Celano), in *Ragion Pratica*, 9, 1997, 103-113; ID., *On the Concept and Nature of Law*, in *Ratio Juris*, 21, 2008, 281-299.

Le intuizioni ordinarie, lette in una prospettiva virtuosa/orizzontale⁸³, ci dicono che chiunque si avvicini a un'autorità (giudiziaria, amministrativa, etc.) si aspetta che si faccia giustizia: si applichi, correttamente il diritto. Analogo discorso vale per le aspettative nei confronti degli altri funzionari, a cominciare dall'apparato esecutivo, ossia dalla pp.aa., dalla quale ci si attendono atti e provvedimenti corretti, vale a dire conformi a diritto, pur essendo sfortunatamente consapevoli del fatto che non sempre le cose vanno così nella realtà. Si noti che la consapevolezza della possibilità (e della effettiva esistenza) di deviazioni rispetto alle aspettative normalmente non è un buon motivo per non tenere ferma la convinzione originaria di poter, alla fine, contare comunque su una risposta corretta da parte della pp.aa. e di ogni altra autorità giuridica. Si parla non a caso di *fiducia nelle istituzioni*.

A livello ordinario, vi è quindi un senso di giustizia che equivale alla conformità al diritto. D'altra parte, quantomeno nel mondo moderno, vi è una diffusa e generalizzata consapevolezza, tra giuristi e non, circa il fatto che la giustizia/la conformità di ogni e qualsiasi decisione sia un ideale, in quanto tale irraggiungibile. Tale circostanza non è considerata un motivo per rivedere al ribasso le aspettative, ma al contrario sembra rafforzarle, per cui proprio le violazioni e gli errori costituiscono comunemente un motivo di reazione, per riaffermare l'esigenza di legalità/giustizia.

In definitiva, la correttezza si dà entro una determinata cornice normativa e fattuale, e la sfida sta nella determinazione di quali valori, principi, norme, e fatti sono rilevanti al riguardo, sapendo che la discrezionalità è ineliminabile⁸⁴,

⁸³ Si v. per approfondimenti la valorizzazione dell'accostamento di L.L. Fuller da parte di A. PORCIELLO (a cura di), *L. Fuller, Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, ETS, Pisa, 2016, e ID., *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla giurisprudenza di Lon L. Fuller*, ETS, Pisa, 2016, in ideale dialogo con T. GRECO, *Un boulevard per Lon Fuller*, in *Ordines*, 2, 2018, 257-283 e ID., *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità del diritto*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2014, 9-26.

⁸⁴ Questo aspetto è evidenziato da tempo e moltissimi trasversalmente agli orientamenti. Tra i tanti, oltre a Kelsen, in proposito ingiustamente frainteso e bersagliato, si pensi a Nino, Hart e Raz: cfr. J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *The Yale Law Journal*, 81, 5, 1972, 823-854; H.L.A. HART, *Discretion*, in *Harvard Law Review*, 127, 2, 2013, 652-665. Nondimeno il

come insegnano, tra le altre, semiotica ed epistemologia moderne. Se si considerano i diritti vigenti, ogni controversia non ha sempre una soluzione corretta *iuxta propria principia* e sarebbe pericoloso illudersi che possa darsi illimitata fiducia a che ciò possa avvenire per il tramite dei principi. La pretesa di correttezza è un ideale cruciale al quale tendere, proprio perché la realtà non corrisponde al diritto alexiano o del giudice *Hercules*.

Salvo dunque postulare necessaria equivalenza tra normatività e moralità, i discorsi giuridici, dal punto di vista interno, avanzano sì una pretesa di correttezza, non necessariamente morale. Nella prassi, questa pretesa è arricchita contingentemente e variamente, con preferenze e assunti di ordine anche etico-morale. Sul piano empirico è vero, ma altrettanto storicamente contingente, che i principi siano un veicolo privilegiato e, anzi, oggi, quello prediletto dai giuristi (filosofi del diritto inclusi) per dare (personali) coloriture morali alla conformità al diritto.

5. Neocostituzionalismo principialista e Stato di diritto

Guardando alla Codificazione dei Principi da un punto di vista giusfilosofico, essa esprime una mentalità in cui visioni apollinee-ireniste prevalgono su quelle conflittualiste. Sarebbe tuttavia ingeneroso confinarla a nulla più che eco di un *leitmotiv* dominante la cultura neocostituzionalista principialista⁸⁵. Un tratto di originalità risiede nel considerare ciò il *proprium* del metodo. Vale a dire

pensiero filosofico-giuridico ci si continua ad avvitare con interminabili diatribe su chi abbia detto cosa sulla discrezionalità.

⁸⁵ Parlo di 'neocostituzionalismo principialista' per riassumere, con una crasi, una letteratura che abbraccia oramai quasi tre decenni in cui si confrontano una moltitudine di teorie e dottrine del costituzionalismo e dei principi, e pervasa dalla mai sopita discussione attorno ai modi di concepire il diritto positivo e il giuspositivismo. Meritano menzione anche per la loro lungimiranza le opere di S. POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in *Doxa*, 21, 1998, 339 ss. e A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. La nozione non implica dunque adesione, né fa riferimento al più specifico dibattito tra costituzionalismo garantista e principialista sorto in collegamento alle tesi di Luigi Ferrajoli.

come qualcosa, non di patologico, bensì fisiologico: più che benefico, necessario.

L'esperimento legislativo sancisce – e nel far ciò alimenta e difende – il neocostituzionalismo dei principi come cultura ambiziosa: la migliore forma di co-produzione normativa, perlomeno, per il momento, ideata e vigente. Questa presa d'atto appare genuinamente realista, sicché appare tanto più utile se si considera che noi tutti siamo immersi in questa cultura, e altrettanto ambiziosi sono, dunque, i modelli che cercano di darne spiegazioni o giustificazione.

Per quanto non vi sia nulla di nuovo o straordinario rispetto ad altre culture del passato e del presente nel fatto di proporre visioni ambiziose, esserne consapevoli non è un cruccio filosofico, bensì precondizione di esistenza. L'*hybris* può facilmente sfociare in crisi irreversibili.

Elemento essenziale per la tenuta del neocostituzionalismo principialista è la *idea di limite* da un punto di vista filosofico-metafisico, come suggeriscono la sua storia e l'idea d'individuo, quale soggetto mondano finito, che ne è sottesa. Emblema ne è, appunto, il principio della fiducia.

Non è un problema, si noti, di limiti verso l'esterno, altri modelli o altre culture⁸⁶.

L'idea di limite svolge una funzione interna, di auto-limitazione e regolazione di tensioni, mai del tutto eliminabili, stante la dimensione umana e mondana dei diritti vigenti e di chi (esseri umani finiti e fallibili), giusteriti e non, sono chiamati a darne attuazione concreta⁸⁷.

86 Incidentalmente, è propria del neocostituzionalismo principialista un'attitudine tendenzialmente universale, valevole per qualsiasi individuo in ogni momento e ovunque nel globo. Ne sono testimonianza, tra le altre, le visioni dei diritti umani, le preoccupazioni per le nuove generazioni, etc. e, da ultimo, il principio di resilienza che è tra i più rilevanti per il diritto amministrativo.

87 In breve: il cuore del problema è la difesa dagli eccessi. Una inclinazione (perversa) del neocostituzionalismo principialista è quella di non prendere sul serio l'idea di limite, coltivando l'ideale illusorio di un'armonia universale dei principi. Questa rischia di essere una china scivolosa il cui esito è esercizio di potere bruto. I principi non possono non essere concepiti se non come limitati e confliggenti e la limitazione e conflittualità è fattore di legittimazione.

Un lucido riconoscimento di quanto precede va di pari passo anche con la consapevolezza che il diritto contemporaneo è anche, fatalmente, un diritto in cui non è mai del tutto chiaro *chi abbia l'ultima parola*. Chi sia l'autorità, vale *rebus sic stantibus* o *ceteris paribus*.

Come emerge dal Codice, l'ultima parola, *l'esercizio del potere di decidere* si colloca in grappoli di principi in cui la chiave di volta sta nel fornire adeguate giustificazioni. Dare ragioni (buone ragioni) è, alla resa dei conti, ciò che consente di distinguere – quantomeno in linea ideale e tendenziale – tra *arbitrio* e *discrezionalità*⁸⁸. Che il confine sia malcerto e costantemente da tracciare è un fatto lo si voglia o no nascondere sotto a ideologie più o meno apollinee e ireniste.

Evocando la celebre fiaba dei vestiti nuovi dell'Imperatore, il Re è nudo: la dimensione del potere s'incontra e si scontra irrimediabilmente con quella della ragione. Un neocostituzionalismo principialista avvertito⁸⁹ si caratterizza per la consapevolezza che il diritto è organizzazione e, se necessario, composizione coattiva di interessi mediata dalla strutturazione di un discorso pubblico; è sì esercizio di poteri (e forza), ma in un contesto di ragioni particolari e universalizzabili. La cultura del neocostituzionalismo principialista trova giustificazione filosofica in una ragion pratica, che è tale entro premesse, non dimostrabili né fondabili, necessariamente limitata. Questa limitazione e, quindi, la diversa possibilità di ragioni impone, per coerenza logica, di *riconoscere le ragioni (ugualmente limitate) degli altri*. In questo contesto il gioco pubblico delle ragioni è decisivo e, con esso, le tecniche di ragionamento e giustificazione.

⁸⁸ Si v. F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2022, 597-624. Usando un'altra coppia concettuale: tra violenza e potere (cfr. per tutti L. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Persona e amministrazione*, 1, 2017, 1-41; L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2017, 55 ss. e ID., *Postfazione* alla nuova ed., in *La discrezionalità amministrativa*, Pisa, ETS, 2023, 261 ss.).

⁸⁹ Che in ciò si pone non in antitesi bensì in continuità con un giuspositivismo critico etico-politico.

Il Codice mostra di farvi largo dando ruolo centrale al potere esercitato nel caso concreto a partire da un *microsistema normativo*, in cui la sequenza di commi e disposizioni intrecciati fa sì che gli enunciati debbano essere considerati tutti insieme. Come si è visto, l'interprete deve fronteggiare dunque un meta-testo normativo con una sistematica inerente alle norme estremamente complessa e caratterizzata da una pluralità di rimandi incrociati, in cui apparenti simmetrie si diluiscono in una varietà di livelli meta-normativi. Non è rintracciabile *un ordine* o *una gerarchia*. Non è dettato un ordinamento di principi a cascata o concatenati secondo una sola direzione ovvero in successione. I principi, concepiti *a grappolo*, sono gli uni in relazione con gli altri secondo *gerarchie assiologiche mobili*.

Questa impostazione ha numerose conseguenze di non poco momento e non è escluso possa innescare un potenziale trasformativo anche e anzitutto sulle tecniche argomentative⁹⁰.

Senza pretese di esaustività, amplia le vie di specificazione, essendovi sempre una pluralità di principi con cui fare i conti in partenza. Estende poi le combinazioni tra le regole-norme derivate, la cui composizione è un passo ineludibile, in sede applicativa, per arrivare a una soluzione. Inoltre, aumenta la possibilità d'individuare ulteriori principi inespressi e di applicarli direttamente. Ancora, dà primario rilievo a uno stile argomentativo, in cui l'argomentazione a partire dai principi finisce per farla da padrona, assumendo forza persuasiva preponderante. Si noti che un'argomentazione basata sui principi – specialmente se numerosi, concepiti “a grappolo”, aventi, ciascuno, proprie caratteristiche

⁹⁰ Si noti che principi a grappolo mal si prestano a bilanciamenti e ponderazioni in senso stretto. Per quanto queste siano formule metaforiche, la bilancia presuppone due piatti (principi) da soppesare, per cui può trovare spazio in presenza di grappoli di principi dopo avere compiuto altre preliminari operazioni di ricostruzione. Un diritto fatto di principi a grappolo, per rimanere sul terreno delle immagini metaforiche, si presta a essere raffigurato più in termini di panarchia che di bilancia. È verosimile prevedere che un simile assetto multilivello intrecciato possa avere risvolti interventisti a tutela degli interessi che, a seconda delle circostanze, saranno ritenuti più meritevoli.

e origini anche notevolmente diverse – equivale, per gli organi che li amministrano, a disporre di un arco con innumerevoli frecce.

La Codificazione dei Principi mostra bene come, rispetto a fenomeni culturali, e il diritto è tra questi, gli aspetti prescrittivi incorporati in ciò che si dice e fa diventino costitutivi dell'oggetto, cioè quanto il *diritto vigente* dipenda, in modo preponderante e decisivo, da cosa la pratica giuridica ritenga di considerare come tale. Il problema, naturalmente, non è terminologico, né di etichette. Il problema posto da una legislazione fatta per principi è piuttosto sostanziale se si ha cuore che lo Stato di diritto resti un ideale e non si traduca in illusoria aspirazione, qualcosa a metà strada tra un sogno rivoluzionario passato di moda e un romanzo di fantascienza per tranquillizzare le coscienze attuali e delle future generazioni⁹¹.

Su quali basi, dunque, una legislazione per principi la cui applicazione è demandata a *officials* (giudici e funzionari) è compatibile con lo Stato di diritto?⁹²

Un primo elemento qualificante è accreditarsi come *una cultura della giustificazione*, intesa alla stregua di una pratica pubblica e trasparente, tra soggetti (dotati e non d'autorità) che si assumono almeno idealmente come aventi pari titolo a dare ragioni. Quanto questo possa rimanere una mera edulcorazione o tradursi in genuina prassi è una *sfida etica: di (auto)responsabilità* per ogni soggetto, investito e non, di poteri pubblici o privati⁹³. In chiave descrittiva, è verosimile che ciascun ordinamento, in ispecie quello italiano vigente, si collochi in un'area di penombra. In chiave prescrittiva, è essenziale perché le sfumature di scuro non prevalgano sull'area chiara che qualunque operatore (e ciascun partecipan-

91 Tra le innumerevoli riflessioni, offrono uno spaccato del punto di vista interno ad es. E. ZAMPETTI, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2023; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019, 549-566 e P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in *Diritto pubblico*, 2, 2011, 353-390.

92 Cfr. U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di filosofia*, 1989, 461 ss.

93 Si vedano le riflessioni di F. CIARAMELLI, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, Torino, Giappichelli, 2021 e A. SCHIAVELLO, *L'eterno ritorno del problema del metodo*, in *Etica & Politica*, 2, 2022, 341-363.

te) *voglia avanzare la pretesa di farsi, e si faccia, paladino di una cultura della giustificazione.*

Un altro aspetto saliente, connesso al precedente, è la esistenza di una organizzazione politica e giuridica strutturata, a ogni livello, sistematicamente, sulla base di limiti e contro-limiti, poteri e contro-poteri. Il neocostituzionalismo principialista esalta questa idea⁹⁴ ponendo *maggiori oneri* sulle spalle di *chi si trova più prossimo alla decisione concreta*. Di qui, l'assunzione che non vi può essere Stato di diritto senza pretesa di correttezza/giustizia nei suoi due volti: giustizia generalità-eguaglianza ed equità.

Questa esigenza richiede la (auto-)limitazione giuridica di ogni potere decisorio-autoritativo⁹⁵. Una legislazione per principi la cui applicazione sia demandata a un'aristocrazia di *officials* (giudici e funzionari) è un castello di carta, senza fondamenta salde. A differenza degli edifici, le fondamenta nel nostro caso non sono materiali, bensì ideali: sono tutt'uno con le azioni e i valori di chi li incarna.

Di conseguenza, non c'è e non ci può essere una risposta semplice o univoca al quesito se la Codificazione dei Principi è o non è una buona scelta legislativa, se è o non è preferibile rispetto al non codificare i principi o altre ipotizzabili scelte di *drafting* legislativo. La risposta è che dipende *chi deciderà di volta in volta*, dal suo senso di responsabilità, competenza, etc..

Un approdo simile potrebbe sembrare nemmeno degno d'essere considerato una risposta, o potrebbe suonare comunque un esito deludente o un gesto remissivo per chi anela a certezze.

Assumendo che invece certezze non vi siano, né possano esservi, escludere facili e frettolose ricette di buona legislazione è realismo: una precondizio-

⁹⁴ Già propria del costituzionalismo nelle sue versioni storiche e modelli. Trascorrendo dalle varie versioni del costituzionalismo legalista a quello garantista è evidente che la croce e delizia è la giusta allocazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, dove a seconda dei casi si limitano o tollerano spinte più o meno attiviste.

⁹⁵ Si v. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 1-21.

ne per la difesa dello Stato di diritto (quale ideale) e per la elaborazione di *esperimenti legislativi* coerenti con questo ideale.

Ogni tentativo di legislazione (assuma o meno il carattere di una riforma) è perfettibile e va valutato in concreto sulla base dei risultati⁹⁶. In proposito il diritto legislativo odierno calca le orme del diritto amministrativo al quale più si deve l'insegnamento precursore per cui la normazione è frutto d'ingegneria istituzionale (pianificazione, monitoraggio e revisione).

⁹⁶ Va compreso *ex ante* quali obiettivi si perseguono, cosa succede *in itinere* e se le aspettative sono confermate *ex post*, considerando esternalità positive e negative. Si parla tradizionalmente di analisi e valutazione d'impatto della regolazione, normazione, etc.

FRANCESCO FOLLIERI
Professore ordinario di diritto amministrativo – LUM “Giuseppe Degennaro”
follieri@lum.it

FIDUCIA E PATERNALISMO AMMINISTRATIVO

TRUST AND ADMINISTRATIVE PATERNALISM

SINTESI

Analizzato il concetto di “fiducia” nella teoria e nella dogmatica giuridica, lo scritto esamina l’art. 2 del Codice dei contratti pubblici del 2023, evidenziando come esso si inserisca nel solco di un più ampio orientamento paternalistico nei confronti dell’amministrazione, da parte della giurisprudenza, di una parte della dottrina e (oggi) del legislatore. Tale atteggiamento, si conclude, è tuttavia incompatibile con la posizione ordinamentale dell’amministrazione nello Stato di diritto.

ABSTRACT

After analysing the concept of "trust" in legal theory and dogmatics, the paper examines Article 2 of the Italian Public Procurement Code of 2023 and shows how it fits into the groove of a broader paternalistic attitude towards the administration on the part of case law, part of doctrine and (today) the legislature. Such an attitude, in conclusion, is incompatible with the position of the administration within a legal system under the Rule of Law.

PAROLE CHIAVE: Contratti pubblici – Principi – Fiducia.

KEYWORDS: Public Contracts and tender procedure – Principles – Trust.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Dimensioni della fiducia. – 3. L’art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 e le dimensioni della “fiducia”. L’assenza di normatività dell’art. 2, co. 1 e 2. – 4. Il “paradigma fiduciario” come alfiere del paternalismo amministrativo.

1. Introduzione

Il Codice dei contratti pubblici del 2023 annovera anche la fiducia tra i principi “fondamentali”, in base ai quali tutte le disposizioni del codice devono essere interpretate.

Mentre del risultato, quale interesse pubblico che l'amministrazione persegue con il singolo affidamento (cioè l'esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura), e dell'accesso al mercato, il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza (italiana ed europea) si erano a più riprese già occupati prima del d.lgs. n. 36/2023 e in molteplici applicazioni della disciplina dei contratti pubblici, la "fiducia" (come lemma) non era mai apparsa nel diritto amministrativo positivo, né era mai stata citata dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, né tantomeno indagata in studi di diritto amministrativo¹. Da qui, oltre che dall'enfasi che il legislatore vi ha posto, probabilmente sorge l'attenzione suscitata dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 allo scopo di comprendere se e come questa previsione possa innovare la disciplina giuridica dell'amministrazione pubblica, sia nell'aggiudicazione e nell'esecuzione di appalti e concessioni, sia più in generale – grazie alla *vis expansiva* che principi e soluzioni del diritto dei contratti pubblici hanno spesso sul diritto amministrativo generale.

Proprio la novità del concetto (o almeno della sua formulazione, come si vedrà) rende imprescindibile un approccio analitico: prima di tutto si deve capire che cosa si intende per "fiducia". Sulla base dei risultati di questa analisi, poi, si proverà a fornire indicazioni di carattere ermeneutico e sistematico della fiducia per come prevista nel Codice dei contratti pubblici del 2023.

2. Dimensioni della fiducia

(A) La fiducia è, in primo luogo, un tema della discussione filosofica e sociologica intorno al fondamento del diritto o, per meglio dire, dell'effettività delle norme giuridiche. In una lettura più comune, il diritto è opposto alla fiducia, entra in gioco o quando la fiducia viene tradita, oppure quando i consociati richiedono di costruire i loro rapporti su qualcosa di più solido rispetto alla fi-

¹ È probabile che il concetto della "fiducia", nel senso ampio sotteso all'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, non sia mai stata oggetto di attenzione da parte degli studiosi del diritto positivo. Prova ne è l'assenza di voci nelle principali enciclopedie giuridiche e nelle varie "versioni" del Digesto. In queste opere, al più, si trovano voci relative alla fiducia testamentaria o alla fiducia parlamentare, ma non alla fiducia di cui qui si discorre.

ducia: la norma giuridica è il fondamento alternativo dei rapporti tra consociati, in grado di operare anche in assenza di fiducia tra le parti². In altre parole, il diritto prende il posto della fiducia, garantendo con il timore della sanzione negativa e/o con l'aspettativa della sanzione positiva che i consociati rispettino gli impegni³. Secondo un'opinione alternativa (e di recente tornata alla ribalta nel dibattito gius-filosofico e non solo), invece, l'effettività delle norme giuridiche sarebbe invece nella maggior parte dei casi frutto proprio della fiducia, del volontario tener fede agli impegni⁴. E questa impostazione alternativa permetterebbe di rileggere il fenomeno giuridico in un'ottica cooperativa, anziché di contrapposizione e conflitto.

Sempre sul piano sociologico e filosofico, come pure è stato notato, quando l'ordinamento lascia discrezionalità al decisore (pubblico o privato) per l'attuazione del proprio programma assiologico fa leva sulla fiducia, riposta nel funzionario chiamato ad esercitare il potere discrezionale: sarebbe il grado di fiducia che ripone nei funzionari o nei giudici a spingere il legislatore a disciplinare una determinata materia in maniera più o meno vaga, utilizzando principi o regole; e di conseguenza, disciplinare in un modo o in altro una materia sottintendendo una fiducia maggiore o minore del legislatore nei confronti dei "funzionari" (in senso lato)⁵. Si tratta di un ruolo della fiducia diverso dal precedente: non come ragione per osservare le norme giuridiche, ma come ragione della struttura semantica e sintattica delle norme vigenti in un dato ordinamento.

La fiducia come spiegazione dell'effettività delle norme giuridiche si fonda sulla reciprocità: se tutti i consociati non si fidassero dell'altrui osservanza degli impegni, non sarebbero inclini ad osservare i propri, perché prevarrebbe il timore di rimanere sorpresi dall'altrui inadempimento; se manca la reciprocità

2 Cfr., in questo senso, senza pretesa di completezza e con accenti diversi tra loro, F. RICCOBONO, *Fiducia, fede, diritto*, in *Parolechiave*, 2009, 2, 134; E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009, 8; N. LUHMANN, *La fiducia* (1968), trad. it. a cura di R. DE GIORGI, Bologna, 2002, 54.

3 M. MARZANO, *Avere fiducia*, Milano, 2012, 91.

4 T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma – Bari, 2021, 39 ss.

5 T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 114 ss.

della fiducia e, tuttavia, i consociati rispettano gli impegni, allora la fiducia è una spiegazione quantomeno insufficiente dell'effettività delle norme giuridiche. La fiducia come spiegazione della struttura delle norme giuridiche (o, se si vuole, come spiegazione della concessione della discrezionalità) è, invece, unilaterale: è la fiducia riposta dall'ordinamento nei propri agenti, indipendentemente dal se questi ripongono fiducia nell'ordinamento.

(B) La fiducia non solo è una possibile spiegazione dell'effettività delle norme giuridiche e della loro struttura, ma è anche un prodotto del diritto, apprezzabile in due dimensioni.

In primo luogo, le norme giuridiche producono in ciascun consociato la ragionevole aspettativa che gli altri consociati le rispettino: producono la fiducia che gli altri terranno o non terranno determinate condotte⁶. Non si tratta, si badi, della fiducia come motore delle condotte conformi al diritto (alternativo al timore delle sanzioni), ma di una conseguenza dell'efficacia (e dell'effettività) della norma giuridica: rispetto ad una norma vigente, ciascuno si attende che gli altri la rispettino, indipendentemente dalla ragione per cui la rispettino. È una fiducia "orizzontale", prodotta dal diritto nelle relazioni tra i consociati: ciascuno può ragionevolmente fidarsi che l'altro rispetti le norme giuridiche. La fiducia orizzontale è l'aspettativa nell'altrui onestà, lealtà o correttezza.

In secondo luogo, il diritto produce la ragionevole aspettativa in ciascun consociato che le norme siano stabili nel tempo e che vengano effettivamente attuate dal potere esecutivo (quando la norma richiede un'intermediazione del potere amministrativo per la produzione degli effetti giuridici) e comunque garantite dal potere giudiziario. È una fiducia "verticale", nelle relazioni tra i cittadini e gli organi che amministrano la sovranità: ciascun cittadino può ragionevolmente fidarsi che le decisioni pubbliche che lo riguardano siano stabili nel

⁶ Cfr. N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, trad. it. a cura di R. DE GIORGI, M. SILBERNAGL, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, 1990; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1961, trad. it. a cura di 1961, trad. it. a cura di M. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 161.

tempo ed effettive o, se si vuole, che le norme prodotte da quelle decisioni siano stabili ed effettive.

La fiducia “orizzontale” è caratterizzata dalla reciprocità: nelle relazioni tra consociati, ciascuno ripone fiducia nel comportamento altrui e viceversa (un contraente ripone fiducia nell'esecuzione dell'obbligo da parte dell'altro contraente e viceversa; ad un incrocio, un'automobilista ripone fiducia nel rispetto del divieto di svolta a sinistra imposto all'automobilista che viene in senso opposto e così fa l'altro automobilista ed entrambi ripongono fiducia nel rispetto del semaforo rosso da parte dei pedoni). La fiducia “verticale” è invece priva di reciprocità: la fiducia verticale è riposta dai cittadini nell'operato dei decisori pubblici (legislatore, amministrazione, giudici), senza che possa darsi l'inverso: solo il cittadino può aspettarsi la stabilità delle decisioni pubbliche.

Queste due dimensioni della fiducia prodotta dall'ordinamento condividono, però, due caratteri. Da un lato, si intrecciano con qualche significato di certezza del diritto. La fiducia orizzontale e quella verticale si intersecano con la certezza del diritto in senso oggettivo (la prevedibilità delle condotte e delle decisioni) e con la certezza del diritto in senso soggettivo (la sicurezza dei rapporti giuridici)⁷: la soddisfazione della fiducia orizzontale provoca prevedibilità delle condotte, la soddisfazione della fiducia verticale provoca prevedibilità delle decisioni e sicurezza dei rapporti giuridici. Dall'altro lato, fiducia orizzontale e verticale sono entrambe “aspettative” che possono risultare insoddisfatte o tradite; perciò, avanzano la candidatura alla loro protezione da parte dell'ordinamento.

(C) In questo modo, emerge che non solo la fiducia può essere il fondamento dell'effettività e della struttura delle norme giuridiche, nonché un prodotto delle norme giuridiche, ma può esserne anche l'oggetto: il diritto proteg-

⁷ Su questa distinzione, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. cin.*, Torino, 1988, 275 ss., nonché, se si vuole, F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione della giurisprudenza al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 325 ss.

ge (*recte*, può proteggere) la fiducia. E lo fa secondo le stesse dimensioni di fiducia che produce.

Così facendo, la fiducia transita dal piano teorico, filosofico e sociologico in quello della dogmatica giuridica, cioè della riflessione giuridica che si occupa del diritto vigente: ci si occupa di quando, come e in che misura un determinato ordinamento vigente protegge la fiducia che le sue norme producono.

Tenendoci ancora lontani dal diritto amministrativo, nel nostro diritto vigente vi sono garanzie primarie e secondarie⁸ della fiducia orizzontale: ovviamente pretese⁹ relative a condotte specifiche, ma anche pretese a che in via più generale (e forse generica) i consociati con cui veniamo in qualche maniera in “contatto” tengano condotte comunque oneste, corrette e leali (nelle modalità di esecuzione delle condotte obbligatorie, nell’interpretazione dei contratti e dei negozi giuridici, nelle trattative etc.). E in entrambi i casi vi sono rimedi all’insoddisfazione di quelle pretese (o, se si vuole, all’inadempimento dei correlativi obblighi).

Nel nostro ordinamento, poi, sono ormai accolte garanzie primarie e secondarie della fiducia verticale rispetto alla legislazione: la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale italiana hanno riconosciuto a determinate condizioni una pretesa alla stabilità delle norme giuridiche, ad esempio contro le norme retroattive o contro le norme che modificano la disciplina di rapporti di durata (c.d. retroattività impropria) e una garanzia secondaria di invalidazione della norma che viola tale pretesa¹⁰.

⁸ Secondo la distinzione di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, I ed., 2001, 11, ossia (semplificando) protezioni di diritto sostanziale (primarie) e in giudizio (secondarie).

⁹ In senso hohfeldiano, cioè permessi ad esigere l’adempimento di un obbligo - o il rispetto di un divieto - imposto ad altri: W. N. HOHFELD, *Some Fundamental Judicial Conceptions as applied in Legal Reasoning. I*, già in *Yale Law Journal*, 1913, 16, ora in *Hohfeld's Contribution to the Science of Law*, a cura di W.W. COOK, New Haven, 1923, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, *Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario*, in *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, 17 ss.

¹⁰ Per la ricostruzione di questa giurisprudenza, si veda G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, 58 ss.

Che si tratti di dimensioni della fiducia, ma di dimensioni della fiducia da tenere distinte, emerge anche sul piano semantico. A proposito della garanzia della fiducia orizzontale, la dogmatica civilistica e il legislatore parlano di “buona fede” (in senso oggettivo, quando ne si fa oggetto di un obbligo altrui e di una correlativa pretesa). La dogmatica pubblicistica (e talvolta il legislatore) discorrono della fiducia verticale in termini di “affidamento”. La comune radice di “fiducia”, “buona fede” e “affidamento” è evidente. Tuttavia, mentre la buona fede si apre alla possibilità (anche semantica) della reciprocità, l’“affidamento” è semanticamente unilaterale: riporre affidamento significa “dare in consegna”, “dare in cura” i propri interessi all’autorità.

3. L’art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 e le dimensioni della “fiducia”. L’assenza di normatività dell’art. 2, co. 1 e 2

L’art. 2 del d.lgs. n. 36/2023 è una disposizione ambigua¹¹: il co. 1 individua la “reciproca fiducia” tra amministrazione e operatori economici come fondamento della “attribuzione e [dell’] esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici”, il co. 2 la indica come strumento di promozione della “iniziativa e dell’autonomia decisionale dei funzionari pubblici” e il co. 4 ne fa uno scopo della copertura assicurativa apprestata dalle stazioni appaltanti ai funzionari e della formazione dei medesimi; il co. 3, invece, definisce la colpa grave dell’illecito erariale dei funzionari pubblici in relazione all’attività soggetta al Codice dei contratti pubblici, senza neanche citare la fiducia.

In questa congerie di disposizioni, è arduo individuare in quale senso il legislatore abbia inteso la “fiducia”. La relazione di accompagnamento al Codice, per quanto rechi esclusivamente l’intenzione del legislatore storico¹², forni-

11 L.R. PERFETTI, *Articolo 2*, in *ID.* (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2023, 14 s., che parla anche di norma «pericolosa».

12 E quindi non sia un argomento decisivo ai fini dell’interpretazione della disposizione. Infatti, che il significato di una disposizione sia quanto voluto dal legislatore è un orientamento tipico del positivismo “autoritario”: la legge è ciò che vuole il legislatore. In questo senso, ad esempio, M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939, 63 ss.

Il dogma della volontà, però, non regge dinanzi alla realtà di un legislatore collegiale, la cui volontà (psicologica) è la somma delle volontà di ciascun componente del collegio. Ed è molto

sce una chiara indicazione sulle ascendenze della disposizione: «ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò *presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere. Ogni conferimento di potere* (specie se di natura discrezionale) *presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione*: esplicitare a livello normativo questo *presupposto culturale e giuridico* promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale»¹³. E tale impostazione è vista come «un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul “sospetto”) per l'azione dei pubblici funzionari»¹⁴.

probabile che i componenti del collegio abbiano volontà difformi l'uno dall'altro e che intendano produrre norme diverse con la disposizione approvata – cfr. W. TWINING - D. MEIERS, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, London, 1982, II ed., trad. it. a cura di C. GARBINO, *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, 1990, 377 ss., nonché 423 ss.; R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, 39. Sempre che l'intenzionalismo, combinandosi con la dottrina dinamica dell'interpretazione, non presenti la volontà delle autorità normative come volontà mutevole nel tempo al cambiamento delle condizioni sociali, con un evidente mascheramento di ben altra teoria/dottrina dell'interpretazione dietro l'intenzionalismo: cfr. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 43 s. Manca, poi, qualsivoglia elemento propriamente volontaristico o psicologico nella formazione della legge (E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 163 ss.). Sul versante semiotico, infine, il significato non coincide con l'intenzione del parlante: la capacità comunicativa del linguaggio è delimitata da convenzioni (regole costitutive) che prescindono dall'intenzione del parlante J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it. a cura di G. R. CARDONA, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976, rist. 2000, pp. 73 e ss. Ad es., se si pronuncia “Io vorrei andare al mare”, per intendere “Io vorrei andare in montagna”, l'intenzione del parlante non trova riscontro nella capacità comunicativa dell'enunciato proferito.

13 Così la *Relazione agli articoli e agli allegati* allo schema definitivo dell'attuale Codice dei contratti pubblici, del 7 novembre 2022, 15, enfasi aggiunta.

14 Ancora la *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 14.

In sostanza, il “principio” di fiducia del Codice dei contratti pubblici del 2023 è l'esternazione del perché il legislatore ha deciso di concedere margini di decisione ai funzionari: individua, cioè, la fiducia dell'ordinamento nei confronti dei funzionari, quale «presupposto culturale e giuridico» dell'attribuzione del potere – per usare le parole della relazione di accompagnamento. È una dichiarazione di intenti del legislatore, quasi un tentativo di rinsaldare un patto tra legislatore e amministrazione, allo scopo di alleggerire i funzionari il timore di soffrire conseguenze personali nell'esercizio della propria attività (la c.d. paura della firma). Da qui, cioè dalla fiducia esternata dal legislatore ai funzionari, la valorizzazione dell'iniziativa dei funzionari (co. 2), la delimitazione della colpa grave dell'illecito erariale¹⁵ (co. 3), la “promessa” di formazione e copertura assicurativa (co. 4).

Così inteso l'art. 2, sancire la fiducia è del tutto ininfluenza. Al di là della delimitazione della colpa grave e della previsione della copertura assicurativa e della formazione dei funzionari (che sono regole che disciplinano la responsabilità erariale e l'organizzazione degli uffici), la fiducia di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 2 non è una norma, né come principio, né come regola. La ragione dell'attribuzione del potere discrezionale, infatti, che venga ricostruita come bilanciamento da parte del legislatore tra principio di buon andamento e di legalità dell'attività, o come incapacità del legislatore di prevedere con precisione gli avvenimenti futuri o di gestire le vicende particolari¹⁶, o ancora in termini di concessione di fiducia del legislatore ai funzionari, non modifica né la configurazione e il regime del potere discrezionale, né la responsabilità dei funzionari nell'esercizio di quel potere, né la sindacabilità delle decisioni discrezionali (ed i relativi

¹⁵ Che, comunque, per le condotte commissive (ma non omissive) consumatesi dal 17 luglio 2020 fino al 31 dicembre 2024 (e salve ulteriori proroghe) rimarrà punibile solo per dolo, in base all'art. 21, co. 2, d.l. n. 76/2020, su cui la Corte costituzionale ha pure rigettato la questione di legittimità costituzionale con la sentenza n. 132 del 16 luglio 2024.

¹⁶ Come si fa più tradizionalmente: cfr. per tutti, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 397 s.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, IV ed., 2013, 70 ss.

limiti)¹⁷. Del resto, quella ragione è più una questione di teoria o sociologia del diritto, a seconda della prospettiva che si voglia privilegiare (se quella di descrizione del dover essere degli ordinamenti o dell'essere di un determinato ordinamento). E, in quanto tale, la sua positivizzazione è del tutto ininfluenza, perché non è una prescrizione, ma una descrizione o al più una rassicurazione, del legislatore nei confronti dei funzionari pubblici. In altre parole, l'art. 2, co. 1 e 2, del Codice dei contratti pubblici del 2023 non contengono neanche una norma.

4. Il “paradigma fiduciario” come alfiere del paternalismo amministrativo

Quanto sin qui esposto sarebbe sufficiente a “sgonfiare” la portata della fiducia nel Codice dei contratti pubblici. Tuttavia, l'art. 2 del Codice non si limita ad evocare il “paradigma fiduciario”¹⁸ come ragione dell'attribuzione della discrezionalità. Il co. 1 dell'art. 2 del Codice individua la ragione di quell'attribuzione nella «reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici». Al di là di un malcelato buonismo, questa parte dell'art. 2, co. 1, del Codice smentisce il fondamento culturale cui fa eco, innescando un'ibridazione particolarmente pericolosa.

Come si è detto, infatti, sia sul piano teorico sia sul piano dogmatico si devono tenere distinte la fiducia reciproca e quella non reciproca: la prima è ragione dell'effettività della norma giuridica (alternativa o concorrente al timore della sanzione o al desiderio dell'incentivo), aspettativa a che gli altri tengano condotte conformi al diritto e, sul piano dogmatico, buona fede in senso oggettivo; la seconda è ragione dell'attribuzione del potere discrezionale (alternativa o concorrente all'incapacità del legislatore di prevedere tutto o al bilancia-

¹⁷ Del resto, espressamente fatta salva sia dall'impostazione teorica che vede la fiducia alla base della delega della decisione ai funzionari (T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 140 s.), sia dalla *Relazione*, cit., 15 (ove si legge che «non si tratta [...] di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale»).

¹⁸ Come lo chiama T. GRECO, *La legge della fiducia*, *passim*.

mento tra buon andamento e legalità), aspettativa nella stabilità delle decisioni pubbliche e, sul piano dogmatico, affidamento. Sicché la dimensione della fiducia che giustifica l'attribuzione di potere discrezionale è quella tra legislatore e amministratori, priva di reciprocità. Al più, se si vuole, gli amministrati possono entrare in questa relazione fiduciaria nel senso che l'attribuzione di un potere discrezionale è giustificata anche dalla fiducia che gli amministrati ripongono nell'amministrazione o negli amministratori cui quel potere è conferito dal legislatore. Tuttavia, l'attribuzione del potere discrezionale non può essere giustificata dalla reciprocità di quella fiducia, ossia dal fatto che anche gli amministratori confidano «nell'azione legittima, trasparente e corretta» dei destinatari del potere (per parafrasare l'art. 2, co. 1, del Codice).

Questo grave errore concettuale, tuttavia, non può essere sottovalutato, perché sottintende un lento, quanto pericoloso slittamento delle responsabilità e delle garanzie dell'amministrazione a carico del cittadino, sul piano dogmatico e non solo teorico. Slittamento che si rintraccia in tutti i campi del diritto amministrativo.

Fino a tempi molto recenti, infatti, nel rapporto tra amministrazione e cittadino la fiducia è stata considerata solo in termini verticali, come affidamento del cittadino nell'attività dell'amministrazione, principalmente nella stabilità di un certo assetto di interessi prodotto dal provvedimento¹⁹. Sulla scorta di questa impostazione, infatti, la dottrina²⁰ e la giurisprudenza (poi seguite dal legislatore) hanno ricostruito i limiti all'esercizio del potere di riesame dei provvedimenti già adottati: la revoca impone all'amministrazione di indennizzare chi ritrae un beneficio dal provvedimento revocato; l'annullamento d'ufficio può essere disposto solo tenendo conto dell'interesse dei destinatari e dei controinteressati, cioè dell'assetto degli interessi prodotto dal provvedimento da annullare.

¹⁹ Per una compiuta esposizione di questa posizione (con anche giustificazioni assiologiche), M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss., part. 356 ss.

²⁰ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

lare, ed entro un termine ragionevole (non superiore a 12 mesi se il provvedimento da annullare attribuisce vantaggi al destinatario – un provvedimento ampliativo)²¹. Espressione di tale modo di intendere la fiducia possono essere considerate anche altre norme molto recenti, come la decadenza dal potere in caso di silenzio assenso (art. 2, co. 8 bis, l.n. 241/1990).

Più di recente, invece, anche grazie alla compiuta “giuridificazione” del procedimento amministrativo (culminata nella legge n. 241/1990), è emersa pure la fiducia orizzontale: l'amministrazione è tenuta ad una serie di obblighi di condotta (cui si fanno corrispondere pretese in senso stretto, almeno sul piano procedimentale) e viceversa; e nell'ambito di tale relazione (quasi-)paritetica tra cittadino e amministrazione si innesta l'aspettativa reciproca alla correttezza e alla buona fede, oggi sancita all'art. 1, co. 2 bis, l.n. 241/1990²².

Queste due dimensioni sono, però, spesso confuse.

Esemplare è l'approccio del Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 19, 20 e 21 del 2021. L'Adunanza plenaria era chiamata a pronunciarsi sull'affidamento tradito, riposto nel provvedimento dal destinatario di un provvedimento favorevole, poi annullato in via giurisdizionale su iniziativa del controinteressato (ad es., il permesso di costruire annullato su domanda del vicino) e, in particolare, se rientrasse nella giurisdizione del g.a. la domanda di risarcimento del danno derivato al beneficiario del provvedimento annullato e, aspetto qui più interessante, su quando tale tutela risarcitoria potesse essere accordata. In queste sentenze, affermata la giurisdizione del g.a., l'Adunanza plenaria pone una serie di limiti molto stringenti alla risarcibilità dell'affidamento tradito, tanto da sancire questo principio di diritto: “la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevo-

21 Cfr. l'esposizione che di questa tesi fanno F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss., part. §2; nonché G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, 19 ss. (ancorché entrambe le autrici poi propendano per una diversa ricostruzione dell'affidamento tutelabile, come si vedrà).

22 Su questa disposizione, si veda il dibattito ospitato in questa Rivista, fascicolo 2/2022.

le convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento”²³.

L'Adunanza plenaria matura questo convincimento sulla base della considerazione che “la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere ma anche la posizione del privato, con la conseguenza che tale tutela postula che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità ottenuta sia sorretta da circostanze che obiettivamente la giustificano”. In altre parole, la tutela dell'affidamento (fiducia verticale) si fonda sulla buona fede nei rapporti tra cittadino e amministrazione (fiducia orizzontale). E poiché quest'ultima è reciproca, grava sul cittadino non solo l'obbligo di partecipare al procedimento in maniera corretta (ad es., senza dichiarare il falso all'amministrazione), ma anche l'onere di valutare la legittimità del provvedimento favorevole rilasciato dall'amministrazione, per ammettere che quel provvedimento possa radicare un affidamento protetto dall'ordinamento. In sostanza, la reciprocità viene evocata non solo nel rapporto procedimentale, ma anche in relazione al provvedimento, cioè all'esercizio del potere amministrativo, unilaterale per eccellenza.

Questo capovolgimento della prospettiva arriva al punto che, secondo una parte della dottrina²⁴, l'affidamento non sarebbe tutelato di per sé, come fiducia nella stabilità del provvedimento, ma solo se legittimo, ossia solo se il provvedimento in cui si ripone fiducia è legittimo. Tale posizione si fonda principalmente sul seguente argomento. L'affidamento è una prospettiva della buona fede, dunque trova tutela nel rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino, tra potere e interesse legittimo. In questo rapporto, il cittadino trova soddisfazione del suo interesse materiale solo se ricorrono le condizioni di validità per l'esercizio del

23 Il che (incidentalmente) equivale ad escludere la risarcibilità del danno da affidamento riposto su un provvedimento favorevole annullato in giudizio (giacché il ricorso, se non è notificato al destinatario del provvedimento, è inammissibile e dunque non può condurre all'annullamento del provvedimento).

24 F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit.; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit.

potere, cioè solo se il provvedimento necessario per soddisfare quell'interesse è legittimo. Sicché, anche l'affidamento può essere tutelato solo in questo caso, quale profilo dell'interesse legittimo. Ogni volta che il privato riponga il proprio affidamento in un provvedimento illegittimo, l'interesse alla conservazione di quel provvedimento è un interesse giuridicamente irrilevante – tanto da non dover neanche entrare nel bilanciamento che l'amministrazione deve condurre per l'annullamento d'ufficio²⁵.

25 Questi ragionamenti si sommano, poi, ad argomenti connessi alla legalità, sintetizzabili nella massima che la legalità dell'azione amministrativa non può trovare limitazioni in esigenze di stabilità di assetti di interessi diversi da quelli ammessi dall'ordinamento.

Su questo ordine di idee si fondano anche altri approdi della giurisprudenza.

Ad es., come si è detto, l'art. 21 nonies della l.n. 241/1990, prevede che l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti favorevoli per il destinatario debba intervenire entro un termine ragionevole non superiore a 12 mesi e che tale termine possa essere derogato solo qualora vi sia una condanna penale, passata in giudicato, che abbia accertato la falsità delle dichiarazioni rese dal privato. Secondo la giurisprudenza (per tutti, Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 8), il termine può essere derogato ogni volta che il privato abbia reso una dichiarazione “non conforme alla realtà preesistente” – deroga che trova un limite (anch'esso tutto giurisprudenziale) nel fatto che la p.a. deve intervenire entro un termine di 12 mesi dalla conoscenza di questa dichiarazione non conforme. Ancora, fatica a trovare spazio in giurisprudenza il pieno riconoscimento della formazione del silenzio-assenso per il mero decorso del termine di conclusione del procedimento (nonostante siano rari casi in cui questo istituto trova applicazione nel nostro ordinamento): una parte della giurisprudenza (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2 luglio 2024 n. 4074), nonostante i plurimi indici testuali presenti nell'art. 2, nell'art. 20 e nell'art. 21 della l.n. 241/1990, continua a sostenere che il silenzio assenso si formi non per effetto del mero decorso del termine, ma solo se vi siano pure i presupposti per il rilascio del provvedimento favorevole (c.d. concezione sostanziale del silenzio-assenso) – ossia solo se gli effetti prodotti dal silenzio siano legittimi. E, di conseguenza, questa parte della giurisprudenza continua ad ammettere il semplice diniego tardivo in questi casi.

In entrambi i casi, queste conclusioni si fondano (più o meno esplicitamente) sulla premessa che l'unico affidamento tutelato nel nostro ordinamento è quello legittimo.

Quest'impostazione, tuttavia, si espone ad una serie di obiezioni, oltre quelle relative alla distorsione del ruolo della fiducia e della buona fede su cui si tornerà nel testo.

In primo luogo, che la legalità dell'azione amministrativa non possa essere in taluni casi accantonata per esigenze di stabilità è un argomento facilmente smentito da molteplici istituti del diritto amministrativo, primo fra tutti l'inoppugnabilità.

D'altro canto, tali prospettive “legaliste” e fondate sulla buona fede non tengono conto del diritto positivo. L'art. 21 nonies della l.n. 241/1990 espressamente impone all'amministrazione di tener conto dell'interesse dei destinatari e dei controinteressati e vieta di adottare i provvedimenti oltre un termine ragionevole dalla loro adozione. Tali norme presuppongono che l'affidamento tutelato dal legislatore sia quello nella mera stabilità degli effetti del provvedimento, indipendentemente dalla legittimità di questo: se il provvedimento è illegittimo, visto che può meritare l'annullamento d'ufficio, l'interesse del destinatario e del controinteressato e il loro consolidamento per effetto del tempo trascorso che il legislatore impone di considerare sono evidentemente interessi alla stabilità dell'efficacia del provvedimento. In altre parole, come in molti altri settori dell'ordinamento, anche nell'art. 21 nonies l.n. 241/1990 il legislatore ha apprestato tutela alla c.d. apparenza, anche se

Il culmine di questa tendenza è l'art. 2, co. 1, del Codice dei contratti pubblici: sancisce che attribuzione ed esercizio del potere si fondano (anche) sulla fiducia reciproca. Dall'ibridazione tra dimensioni diverse della fiducia sul piano dogmatico si passa all'ibridazione sul piano teorico. Con inevitabili ed immediate ulteriori e circolari ricadute sul piano dogmatico: come quella di ritenere che il concorrente debba segnalare alla stazione appaltante le omissioni della *lex specialis* che, tramite l'eterointegrazione da parte di altre fonti, possano tenere nascoste cause di esclusione di altri concorrenti, pena la non spendibilità (sembrerebbe) di tali argomenti in giudizio²⁶; come l'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui “nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento”²⁷.

La penetrazione del modello della fiducia reciproca ed orizzontale non tiene però conto che la distinzione tra buona fede e affidamento, tra fiducia orizzontale e verticale, dipende dalla struttura dei rapporti in cui il diritto produce e protegge la fiducia: la reciprocità della buona fede è inconciliabile con l'unilateralità del potere. L'unica eccezione a questa radicale prospettiva può aversi laddove il cittadino si sostituisca (anche solo parzialmente) all'amministrazione – come nella SCIA – o fino a che l'amministrazione non abbia esercitato il potere. Ma quando l'amministrazione conserva integralmente la responsabilità dell'attività istruttoria e dell'esercizio del potere, anche solo per la verifica delle dichiarazioni rese dal cittadino nel corso del procedimento, la buona fede non può trovare posto per valutare la posizione del cittadino in relazione al provvedimento già adottato.

Valorizzare la reciprocità degli obblighi invece dell'unilateralità della responsabilità dell'amministrazione implica una de-responsabilizzazione

antigiuridica. Lo stesso può dirsi per la decadenza del potere per effetto del silenzio-assenso.

²⁶ TAR Marche, Sez. I, 12 ottobre 2024 n. 799.

²⁷ Su questa disposizione, si veda L.R. PERFETTI, Articolo 5, in ID. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 33 ss., che rileva la grande confusione della giurisprudenza in materia di “applicazione” della buona fede nei rapporti con l'amministrazione (34 ss.).

dell'amministrazione e correlativamente una responsabilizzazione del privato. È un atteggiamento paternalistico nei confronti dell'amministrazione, che travalica spesso anche i casi in cui discute di affidamenti traditi²⁸.

Tuttavia, questo atteggiamento sovverte la posizione ordinamentale della p.a.: è come se l'amministrazione non fosse l'unica autrice del provvedimento, come se il potere amministrativo non fosse unilaterale, come se l'amministrazione non fosse gravata da obblighi/doveri/oneri istruttori indipendenti dalla rappresentazione del privato o dall'obbligo di concludere il procedimento entro il termine. Come se l'amministrazione condividesse con il privato la responsabilità dell'esercizio del potere, come se l'amministrazione fosse la parte debole del rapporto, tanto da dover meritare che il cittadino venga gravato da obblighi "di protezione" a favore dell'amministrazione – da un dovere di buona fede non solo nell'adempimento degli obblighi procedurali, ma anche in relazione al provvedimento.

Così facendo, tuttavia, si permette all'amministrazione di violare impunemente le norme che regolano il potere amministrativo, finanche le più banali (come l'obbligo di concludere tempestivamente il procedimento), si legittimano gravi disfunzioni ed inefficienze dell'amministrazione pubblica e si sovvertono il principio di legalità e lo Stato di diritto. Alla prova dei fatti, cioè, l'idea della fiducia reciproca si traduce in un paternalismo ammantato di falso legalismo. E mina in radice il rapporto di fiducia tra cittadino e amministrazione, intesa sia in senso sociologico (come riconoscimento dell'amministrazione) sia in senso politico (come legittimazione dell'amministrazione). Esso è, infatti, fondato sull'affidabilità dell'amministrazione come operatore razionale e rispettoso dell'ordinamento.

²⁸ Si pensi, a mero titolo d'esempio, alla giurisprudenza sul risarcimento dei danni da ritardo, laddove onera il danneggiato a provare la colpa dell'amministrazione nella violazione del termine, richiedendogli di non aver tenuto un atteggiamento a sua volta inerte (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VII, 11 dicembre 2023 n.10664).

LUCA R. PERFETTI
Professore ordinario di diritto amministrativo - UniPegaso
lucaraaffaello.perfetti@unipegaso.it

DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E PRINCIPIO DEL RISULTATO

THE PRINCIPLE OF ACHIEVEMENT OF A BENEFICIAL RESULT AND ADMINISTRATIVE DISCRETION

SINTESI

Il lavoro è dedicato all'indagine della relazione tra discrezionalità amministrativa e ruolo dei principi di legge, nella prospettiva del contratto di cui sia parte un ente pubblico.

Come noto, il nuovo Codice dei Contratti italiano si apre con una serie di principi, posti tra loro in ordine gerarchico.

Sia secondo la letteratura giuridica che secondo le prime decisioni delle corti amministrative, è possibile individuare soluzioni tra loro anche molto distanti del problema. La più diffusa è quella per la quale l'introduzione dei principi ed il (solo parziale) superamento della normazione di estremo dettaglio avrebbero come conseguenza la creazione di margini significativi di discrezionalità amministrativa; discrezionalità amministrativa che sarebbe necessaria in relazione all'attività amministrativa attraverso il contratto, per far sì che questa raggiunga il suo risultato. A mio modo di vedere quest'orientamento ha il torto di ritenere che i principi siano fonte di potere discrezionale e non un suo limite. Un secondo orientamento, più ristretto ma molto autorevole, ha sostenuto che i principi del Codice dei Contratti italiano non abbiano, in realtà, nessun rilievo, perché non sarebbero altro che riassuntivi di altri principi e norme comunque applicabili. Il torto di questo orientamento è quello di trascurare il fatto che l'ordinazione gerarchica dei principi determina un criterio per assumere le decisioni discrezionali e per il loro sindacato da parte del giudice e questo certamente manca ai principi in via generale – sicché la loro composizione e ordina-

zione è un serio problema interpretativo che, invece, nel caso dei contratti pubblici, è risolto dalla legge.

Lo scopo immediato del saggio è, invece, quello di dimostrare che l'ordinazione gerarchica dei principi fissati dal Codice dei Contratti italiano assolve alla funzione di dettare il criterio sia per l'interpretazione delle norme applicabili al caso concreto, sia per la loro applicazione con esercizio di discrezionalità amministrativa; conseguentemente, per un lato (quello dell'esercizio del potere esecutivo) ne deriva una profonda limitazione degli spazi di discrezionalità e, per altro lato (quello del sindacato giurisdizionale), un criterio per sindacare in modo molto profondo la discrezionalità amministrativa.

Lo scopo mediato del saggio è quello di saggiare la bontà della teoria giuridica dell'interesse pubblico che si era proposta in questa stessa rivista - cfr, vol. XIII (2/2023).

ABSTRACT

The paper is devoted to investigating the relationship between administrative discretion and the role of legal principles, from the perspective of the contract to which a public body is a party.

As is well known, the new Italian Contracts Code opens with a series of principles, placed in hierarchical order.

According to both the legal literature and the first decisions of the administrative courts, it is possible to identify solutions to the problem that are also very distant from each other. The most widespread is the one for which the introduction of the principles and the (only partial) overcoming of the regulation of extremes of detail would result in the creation of significant margins of administrative discretion; administrative discretion that would be necessary in relation to the administrative activity through the contract in order for it to achieve its result. As I see it, this orientation is wrong to hold that principles are a source of discretionary power and not its limit. A second, narrower but very authoritative orientation has argued that the principles of the Italian Contracts

Code have, in reality, no relevance, because they would be nothing more than summaries of other principles and rules that are in any case applicable. The fault of this orientation is that it overlooks the fact that the hierarchical ordering of principles determines a criterion for discretionary decisions and for their review by the judge, and this certainly applies to principles in general - so that their composition and ordering is a serious interpretative problem that, instead, in the case of public contracts, is resolved by law.

The immediate purpose of the essay is, instead, to demonstrate that the hierarchical ordering of the principles established by the Italian Contracts Code fulfils the function of dictating the criterion both for the interpretation of the rules applicable to the concrete case, and for their application with the exercise of administrative discretion; consequently, on the one hand (that of the exercise of executive power) it derives a profound limitation of the spaces of discretion and, on the other hand (that of jurisdictional review), a criterion for very profoundly reviewing administrative discretion.

The mediated aim of the essay is to test the validity of the legal theory of the public interest that was proposed in this very journal – see, vol. XIII (2/2023).

PAROLE CHIAVE: Contratti pubblici – Principi – Discrezionalità.

KEYWORDS: Public Contracts and tender procedure – Principles – Discretion.

INDICE: 1. Discrezionalità amministrativa e contratto. – 2. La discrezionalità amministrativa nel Codice secondo le valutazioni della dottrina e la prima giurisprudenza. – 3. Principi e interessi. Il problema dell'interpretazione. – 4. (segue) e quello degli interessi. Interesse pubblico e interessi pubblici. – 5. Il principio del risultato come definizione legislativa dell'interesse pubblico primario e graduazione dei restanti profili di pubblico interesse. Risultato sulla discrezionalità.

1. Discrezionalità amministrativa e contratto

Ci sono ottime ragioni per affermare che l'intera attività dell'amministrazione che contratta, salvo che per i provvedimenti con i quali programma l'esigenza per la quale ricorre al negozio e attraverso cui sceglie il modulo contrattuale (vale a dire le attività di programmazione e quella che tradizionalmente veniva definita delibera a contrarre), sia del tutto priva di potere. Secondo questa impostazione, tutta la fase che precede il contratto è caratterizzata da atti

amministrativi privi di potere (secondo la definizione che si trae dall'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241) e dalla sottoscrizione del contratto in poi dalla pura parità contrattuale delle parti.

Si tratta dell'impostazione (ormai solo teorica, non più dogmatica) che trovo preferibile e che, come tale, renderebbe del tutto inesistente l'oggetto di queste pagine (giacché, salvo che per la programmazione e la delibera a contrarre non si potrebbe parlare affatto di discrezionalità).

Tuttavia, il legislatore – con d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici, in attuazione della l. 21 giugno 2022, n. 78 di delega al Governo, nel séguito anche solo il Codice – ha platealmente smentito questa possibile ricostruzione.

Il puro dato letterale delle disposizioni del Codice è esplicito nel qualificare come esercizio di discrezionalità amministrativa l'attività dell'amministrazione che precede la sottoscrizione del contratto – e non pochi istituti che si collocano dopo la stipula, legittimando una giurisprudenza (che non si condivide per nulla) che, pur con andamenti argomentativi non sempre stabili, tende a qualificare come esercizio di potere discrezionale non poche vicende esecutive laddove si trova innanzi ad una determinazione (a mio modo di vedere certamente contrattuale) unilaterale del committente (basterebbe pensare alla revisione dei prezzi, alla protrazione dei tempi contrattuali e via enumerando). Quest'impostazione nettamente data dal legislatore richiederebbe anche una conseguente riflessione in tema di responsabilità e, tuttavia, non mi addentrerò in questo percorso.

Piuttosto, poiché il legislatore qualifica esplicitamente come potere discrezionale il determinarsi dell'amministrazione nell'ambito delle gare contrattuali pubbliche (oltre che nelle decisioni che precedono la procedura di selezione dell'offerta e del contraente e, sia pure implicitamente, in alcune di quelle che si collocano nell'ambito di vicende esecutive), ci si deve concentrare su

questo profilo del problema. Da un punto di vista dogmatico non si possono nutrire dubbi.

Tuttavia, l'affermazione del legislatore circa la natura discrezionale delle valutazioni dell'amministrazione interviene nel contesto della codificazione dei principi che reggono l'attività del committente pubblico.

Non mi pare, quindi, sia possibile esaminare il problema della discrezionalità dell'amministrazione che contratta senza riflettere sulle conseguenze che i principi esplicitamente affermati dal legislatore determinano circa il contenuto e l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

2. La discrezionalità amministrativa nel Codice secondo le valutazioni della dottrina e la prima giurisprudenza

La dottrina, in relazione al problema della discrezionalità delle decisioni del committente pubblico, ha accolto le previsioni del Codice con atteggiamenti differenziati.

Una *prima* interpretazione è nel senso che i principi dettati dal Codice (e, primariamente, quello del risultato) siano semplice declinazione di altri principi costituzionali (particolarmente, quello del buon andamento)¹ ovvero che si tratti di da una “*inoffensiva, icastica e eufonica applicazione nominalistica dei principi costituzionali e di quelli generali dell'azione amministrativa*”² – e ciò indipendentemente dal fatto che “l'obiettivo prioritario del codice” sarebbe quello di “*incoraggiare e valorizzare -anche simbolicamente- le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità*”³. In altri termini, la gerarchia – introdotta dall'art. 4 del Codice tra i primi tre principi fondamentali dettati dal legislatore – non riguarderebbe principi ma “*interessi da ponderare*”⁴, sicché dal principio del risultato “*nulla viene aggiunto (né tolto) alla fisiologica ponderazione sulla base dei principii cui l'agire dell'amministrazione deve atten-*

1 M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. Contessa, P. del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 45.

2 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 1. Principio del risultato*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Pisa, 2024, 8.

3 M. RAMAJOLI, *cit.*, 47.

4 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 7.

ders?», fino a far scomparire “l’idea che il risultato costituirebbe il criterio prioritario ordinante la valutazione discrezionale”⁵. L’amministrazione committente non sarebbe affatto guidata dalle affermazioni (inoffensive, eufoniche) del legislatore del Codice, ma opererebbe una tradizionale ponderazione tra interessi (come proprio delle dottrine più classiche circa la discrezionalità amministrativa come volizione)⁶ alla luce dei principi generali sull’attività amministrativa – siano essi dettati dalle disposizioni europee, costituzionali o legislative nazionali – ed il favore espresso da parte della dottrina al Titolo Primo della Parte Prima del Codice sarebbe intervenuto “senza troppo chiedersi che cosa ciò in concreto comporti”⁷.

Al contrario, come già osservato, secondo altri⁸ il Codice non terrebbe un atteggiamento neutrale rispetto alla discrezionalità quanto piuttosto intenderebbe estenderne il perimetro – pur senza alterarne la sostanza rispetto a quanto consegnato dalla tradizione⁹. In questo senso sono quelle letture che collegano il principio del risultato a quello della fiducia¹⁰, sicché l’esercizio del potere discrezionale alla luce della natura prioritaria del principio del risultato equivarrebbe a condensare “la considerazione e la tutela degli interessi pubblici (anche patrimoniali) della pubblica amministrazione e degli interessi, pure essi resi pubblici (patrimoniali)

5 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 5.

6 Per i riferimenti necessari, senza dilungarsi in discussioni non utili in questa sede, solo per i rinvii alla letteratura, si può vedere L. R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *Questa Rivista*, vol. XIII (2/2023), da 45.

7 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 5.

8 Si è già citata in questo senso M. RAMAJOLI, *cit.*, 45. Assai più nettamente in questo senso, F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3 – e, prima del Codice, per la sua posizione sulla relazione tra discrezionalità amministrativa e contratti, ID., *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2020.

9 A quest’impostazione sembra aderire anche R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 2023, 1951, che, pur ponendo in luce le differenze con il precedente codice, liquida i principi di quello attuale come “cose note” (1952) o “tiriterà”.

Di opposto avviso G. MONTEORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 793; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, *ivi*, 2023.

10 Ad esempio, E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi*, in V. Fantì (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, ESI, 2023, 19.

*degli operatori economici, attraverso la garanzia del rispetto delle regole della legalità, della concorrenza e della trasparenza*¹¹ – sicché sembrerebbe doversi capire che il principio del risultato come luogo sintetico (“*il risultato condensa*”) equivarrebbe a criterio per la ponderazione degli interessi (pubblici e privati).

Un *secondo* atteggiamento¹², invece, fa coincidere il principio del risultato con l'amministrazione di risultato, trovando quindi nelle norme del Codice una ragione di superamento delle critiche rivolte a questo concetto in passato e trovando occasione, con il richiamo alle espressioni contenute nella legge, per chiarire la questione del rapporto tra legalità e risultato – che in parte aveva alimentato codeste critiche.

Richiamandosi all'amministrazione di risultato, un primo serio esercizio interpretativo della disposizione di cui all'art. 1 del Codice, per distinguere l'applicazione dei principi nel processo interpretativo ed in quello valutativo delle decisioni discrezionali, è quella di chi individua il principio realizzativo come autonomo e ne misura la relazione con gli altri concorrenti¹³; in questa prospettiva si individua una – a mio modo di vedere – corretta relazione tra risultato e legalità¹⁴.

11 Ad esempio, E. FOLLIERI, *cit.*, 24.

12 Per quanto l'amministrazione di risultato sia tema ripreso da molti, si veda soprattutto M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 17.4.2024 (ove si nota tra l'altro che il “*al di là della loro portata e valenza giuridica, un'evidente quanto non trascurabile ambizione del legislatore: quella che si dia luogo, senza intralci di sorta tantomeno imputabili al timore della decisione, alla aggiudicazione e alla esecuzione dei contratti di appalto in considerazione della importanza decisiva che quel settore riveste nell'ambito del sistema economico nazionale ed europeo*”), contributo nel quale si trovano utili puntualizzazioni relative alla cosiddetta amministrazione risultato; si veda però anche – negli stessi toni – ID., *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato*, *cit.*, da 49 e ID., *Principi e discrezionalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 24/2023, sulle prime pronunzie giurisdizionali intervenute sul Codice.

13 Ci si riferisce a F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 13.

14 F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, da 24, ove si afferma che “*la legalità – anche in ragione della sua dignità costituzionale – non può subire cedimenti*”, mentre “*ai sensi del comma 2 «la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» e «la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole ... e ne assicura la piena verificabilità»*”; il principio del risultato deve essere quindi letto “*nella prospettiva della prevalenza di contenuto deontologico rispetto alle singole disposizioni puntuali, con l'obiettivo di tracciare*

Più vasto è un *terzo* orizzonte dottrinale, che ha valorizzato il Titolo I del Capo I del Codice e la sua novità¹⁵. Più vasto, ma sicuramente articolato al suo interno.

Per un verso, infatti, v'è chi ha ritenuto che il Codice sia una risposta all'“attacco alla discrezionalità amministrativa, vale a dire un atteggiamento, assunto sia dal legislatore sia talora dalla giurisprudenza, intesa questa volta in senso romanistico, di aperta ostilità verso la discrezionalità amministrativa”¹⁶, attraverso il “rilancio della discrezionalità amministrativa e la citata qualificazione del risultato come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”¹⁷.

Una considerazione analoga è condotta da chi ha evidenziato come la logica delle discipline precedenti induceva a “non discostarsi dalla stretta osservanza della procedura maggiormente formalizzata che le avrebbe condotte a un'aggiudicazione quanto più possibile automatica”, mentre se “l'obiettivo primario diventa quello del risultato finale, le amministrazioni saranno obbligate ad individuare caso per caso il *modus procedendi* migliore che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pub-

un disegno armonico ed unitario”, sicché il principio “diviene nuovo fattore sistematico di ordinazione e gerarchizzazione delle varie policies”.

15 Nel senso che il codice proponga “una nozione per certi versi inedita del principio del risultato”, tra i molti, M. RENNA, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Milano, 2023, 1.

Al contrario, mette in luce gli elementi che già nella legislazione precedente avrebbero consentito di enucleare il principio, A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 152. Per lato mio, ho provato ad individuare questo principio come dominante nella disciplina dei contratti pubblici, sia per ragioni teoriche sia fornendo, in prospettiva dogmatica, i riferimenti nelle norme del codice dei contratti previgenti che esprimevano questo principio e la sua priorità, nonostante il dominio delle letture formalistiche delle norme, fin da L. R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. Maltoni (a cura di) *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 143.

16 Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3. Sulla difficoltà di coordinamento tra i principi, però, F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

17 Cfr. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 5. Il “rilancio” della discrezionalità si salderebbe quindi con il principio della fiducia, sicché “si chiede alla stazione appaltante di adoperare la discrezionalità amministrativa e di sciogliere le questioni di interpretazione del diritto positivo nel segno del risultato, dall'altro lato il legislatore manifesta la sua fiducia nell'operato dell'amministrazione, sancendo in modo espresso l'abbandono della cultura del sospetto e aggiungendo al comma 3 dell'art. 2 alcune previsioni che hanno lo scopo di circoscrivere, in particolare, la responsabilità contabile di chi assume decisioni”, 7; nella relazione tra risultato e fiducia anche R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione*, in *Federalismi*, 2023, 271.

blica”¹⁸. In queste sottolineature, si coglie una possibile tensione tra legalità e risultato che, tuttavia, a ben guardare è più apparente che reale giacché gli autori in questione non pensano affatto ad un distanziamento dalla legalità¹⁹.

Su altro versante, pur non facendosi questione di estensione o riduzione della discrezionalità, v'è chi²⁰ ha valorizzato²¹ il principio (pur dubitando della sua natura e preferendo annoverarlo tra i fatti, per costruire un principio²² in modo più articolato), sul terreno del sindacato giurisdizionale²³, sicché ne deriverebbe “una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità”, avvicinandosi a quello “compiuto dal giudice amministrativo austriaco” ed, in conclusione, non ci si dovrebbe “meravigliare se – a seguito dell’entrata in vigore del codice dei contratti – dove-

18 Così, G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti: i principi generali*, in *Giornale di dir. amm.*, 2023, 291.

19 Sembra, infatti, che la distanza che si intende segnare sia rispetto al formalismo e non alla legalità. In altri termini, come è stato notato da R. URSI, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Studi sui principi generali nel codice dei contratti pubblici*, cit., 10, “l’applicazione legalistica delle regole si prevede un’elencazione di principi generali, i quali sono contrassegnati, ad un tempo, da una peculiare forma di indeterminazione e da una evidente componente assiologica: infatti, essi non prescrivono una specifica regola di condotta poiché sono configurati per valutare giuridicamente le condotte degli operatori economici e le scelte discrezionali riservate all’amministrazione”.

20 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Soc.*, 2023, 551.

21 Una forte valorizzazione dell’uso dei principi è in P. CARBONE, *Iniziativa e autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 505.

22 Seguendo la qualificazione normativa, la più parte dei commentatori identifica quello del risultato come principio o principio-valore (ad esempio, G. MORBIDELLI, *Introduzione a un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, Passigli, 2023, 10; nel senso, invece, che solo i primi tre sarebbero principi-valori, essendo i restanti principi-regole, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 288.

Critico sulla qualificazione come principio M. R. SPASIANO, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 14

23 Meno chiaro, su questo tema, è il punto di vista di E. FOLLIERI, *op. loc. ult. cit.*, per il quale i principi assicurano “la sindacabilità garantita dalla trasparenza” e tuttavia, poco dopo, ritiene che “insomma, il bilanciamento e l’equilibrio tra i principi li dovrà valutare pur sempre la pubblica amministrazione non essendo risolutiva la preminenza fissata nel codice del 2023, stante la definizione del risultato che assembla tutti i principi e gli interessi pubblici” – sicché, in sostanza, se ben si comprende, si propone una ponderazione tra principi invece che interessi e ciò in ragione del fatto che si nega autonomia al principio del risultato, il cui contenuto sarebbe inesistente, risolvendosi in una sintesi di tutti i principi applicabili.

mo ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa”²⁴. Quest’ultima osservazione merita seria considerazione.

Infine, coglie – a mio modo di vedere – pienamente nel segno chi²⁵ ha collocato il principio in questione nella prospettiva della prevalenza di contenuto deontologico rispetto alle singole disposizioni puntuali, con l’obiettivo di tracciare un disegno armonico ed unitario; in altri termini, il “*plusvalore dei principi*”²⁶ mostra una capacità deontologica propria non solo per ragione di una (discutibile) maggior forza normativa, ma soprattutto perché è in grado di orientare la valutazione discrezionale, tipizzando l’interesse pubblico nel senso dell’ “*obiettivo primario*” della “*realizzazione della prestazione individuata e regolata nel contratto*” perché quella prestazione costituisce “*la migliore via per la soddisfazione del problema collettivo sul tappeto*”, declinandosi il risultato nella prospettiva di quello che altra volta a me era sembrato potersi definire come “*il principio realizzativo finale*” che “*diviene nuovo fattore sistematico di ordinazione e gerarchizzazione delle varie policies che nel tempo hanno affollato l’arena dell’evidenza pubblica*”²⁷. Altrettanto da condividere, secondo me, è la posizione di chi²⁸ collega la discrezionalità con il contenuto deontologico e la funzione genetica dei principi, sicché “*chi leggesse le prime previsioni del Codice pensando ad una riformulazione moderna di principi antichi o ad una stesura più familiare intrisa di significati comuni senza grande capacità di cambiamento, sbaglierebbe*”²⁹; la ragione della novità risiede nel fatto che la formulazione delle disposizioni di cui al Capo I del Titolo I del Codice definiscono la gradua-

24 S. PERONGINI, *op. ult. cit.*, 556.

25 G. D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir Econ.*, 2024, 11.

26 G. D. COMPORI, *op. ult. cit.*, 17.

27 G. D. COMPORI, *op. ult. cit.*, 20. Deve essere sottolineata l’osservazione dedicata (19) al principio del risultato nella prospettiva dell’amministrazione per risultati (tema evocato da quasi tutti gli autori), sicché il testo dell’art. 1 per Comporti (condivisibilmente) supera l’obiezione assai nota posta da autorevolissima dottrina al concetto di amministrazione per risultati (S. CASSESE, *Che cosa vuol dire “amministrazione di risultati”?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2004, 941).

28 S. VALAGUZZA, *I principi (artt. 1 – 12) Un nuovo asse portante per le procedure di evidenza pubblica: i principi guida liberano la discrezionalità delle stazioni appaltanti e responsabilizzano il legame con gli operatori economici*, in F. Dall’Acqua, A. Meola, A.S. Purcaro, Pisa, Pacini, 2023, 49.

29 S. VALAGUZZA, *Op. ult. cit.*, 55, per la quale “*sulle decisioni discrezionali delle stazioni appaltanti si misurerà perciò l’efficacia e l’effettività dell’azione di committenza*” (ivi).

zione degli interessi³⁰, ponendo come interesse primario quello realizzativo, cui sono subordinati e funzionali trasparenza e garanzia del mercato, ponendo in posizione ulteriormente graduata i restanti espressi dai principi applicabili.

La giurisprudenza, per parte sua, per quanto presti ossequio formale, anche roboante, al principio, non manca di fraintenderne i contenuti fin dalla sede definitoria³¹, ovvero considerarlo subordinato al corretto funzionamento del mercato³², oppure – ancor peggio – nella relazione tra valutazione discrezionale e motivazione³³, riservare la decisione all'amministrazione circa la migliore soddisfazione dei suoi bisogni e sottraendola al controllo giurisdizionale e trattandola, quindi, come merito insindacabile quasi che l'art. 1 del Codice si limiti a dettare una norma priva di contenuto. Sul versante opposto, tuttavia, si devono registrare con favore insegnamenti che declinano correttamente il valore giuridico del principio³⁴ – evitando la facile semplificazione che farebbe coincidere risultato e rapidità³⁵; on precisione la recente e condivisibile decisione del TAR Lombardia³⁶ che utilizza il principio come strumento di interpretazione delle disposizioni non chiare o valutazione delle scelte discrezionali ed altrettanto corrette quelle³⁷ declinazioni del principio che importano la preferenza di criteri applicativi di carattere sostanziale rispetto ad altri puramente formali, al fine di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica. Altre decisioni, invece, secondo un criterio persuasivo

30 S. VALAGUZZA, *Op. ult. cit.*, 57.

31 È quel che si trae da Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023 n. 4014 che afferma la natura anfibologica del principio per il fatto ch'esso sarebbe al tempo stesso sia criterio di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia, in combinato disposto con il principio della fiducia, criterio interpretativo delle singole disposizioni.

32 Intendo riferirmi all'analitica sentenza T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 giugno 2023, n. 1344 in materia di immediata impugnazione del bando di gara a tutela della concorrenza, non potendosi consentire che il principio del risultato possa interpretarsi in contrasto con principi costituzionali o dell'Unione.

33 TAR Campania, Sez. III, 10 ottobre 2023, n. 5528.

34 Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322.

35 Cfr. T.A.R. Lombardia Sez. III, n. 1428/2011, o più di recente T.A.R. Campania, Sez. V, n. 2616/2019.

36 TAR Lombardia – Milano sez. IV 11 giugno 2024 n. 1764.

37 Consiglio di Stato, V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

piuttosto classico, evocano il principio senza necessità, solo a rafforzare la conclusione che si intende raggiungere – come accaduto in materia di obbligo di sopralluogo³⁸ o soccorso procedimentale³⁹.

3. Principi e interessi. Il problema dell'interpretazione

Per intendere correttamente – almeno a mio modo di vedere – i termini del problema, sono necessari due chiarimenti essenziali, l'uno dedicato alla natura delle disposizioni che contengono principi (ed, anzi, ai principi in generale giacché non infrequentemente si tratta di norme senza testo), l'altro all'interesse pubblico nell'azione pubblicistica dell'amministrazione che contratta.

Senza questi chiarimenti, il rischio mi pare quello di fornire un'esegesi della disposizione alla luce di premesse metodologiche inesprese, con il risultato di enfatizzare novità o negarle senza che le ragioni delle conclusioni interpretative siano effettivamente argomentate e metodologicamente esplicite. In altri termini, al netto di affermazioni superficiali o di circostanza che pure si leggono in alcuni autori, la mia critica preliminare è che in molti casi le opinioni espresse circa il principio del risultato per come codificato dal Codice (senza voler entrare in questa sede nella discussione del problema dell'amministrazione di risultato in generale) appaiono ideologiche, vale a dire conseguenti a premesse dogmatiche non esplicitate. Il che, peraltro, è tipico delle discussioni sui principi, stante la loro natura elastica, polisensa e poli-funzionale⁴⁰. Solo per

38 TAR Sicilia – Catania, sez. III 12 dicembre 2023, n. 3738.

39 TRGA, sez. aut. di Bolzano, 25 ottobre 2023, n. 316.

40 Non è certo questa la sede per una discussione generale sui principi – e, peraltro, per quanto sia assolutamente necessaria la consapevolezza accurata dei profili di storia e di filosofia del diritto delle questioni delle quali ci si occupa, è bene evitare il diletterismo che sempre si accompagna a chi non sia uno specialista di queste questioni. Conseguentemente, sembra prudente rinviare, nella sterminata letteratura in argomento, anche per dare un quadro di approcci ed approdi anche molto differenziati al problema, a studi ormai classici e ben disponibili, come quelli di R. DWORKIN, *Judicial Discretion*, in *The Journal of Philosophy*, 21, 1963, 637; ID., *No Right Answer?*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (a cura di.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 58; ID., *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985; R. ALEXY, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2010, 17; ID., *On the Concept and Nature of Law*, in *Ratio Juris*, 21, 2008, 281; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, Ariel, 1996; G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars*

fare un esempio, l'enfasi circa l'estensione o meno degli spazi di valutazione discrezionale nelle gare contrattuali pubbliche appare il frutto di una critica (che pure condivido) al precedente Codice, piuttosto che un'effettiva analisi del principio del risultato, della sua forza normativa, dei suoi caratteri, della relazione sistematica con i restanti e, quindi, di una reale indagine sulla discrezionalità e delle novità che in essa porta il dispositivo contenuto nell'art. 1 del Codice. A questi ulteriori e necessari profili ci si intende, invece, dedicare qui.

In primo luogo, quindi, è necessario occuparsi del principio del risultato in quanto principio. Il tema che si deve porre, quindi, è quello dell'interpretazione delle disposizioni del Codice. Più esplicitamente, è il Codice stesso (art. 4) a disporre che le previsioni in esso contenute “*si interpretano (..)in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*”. È, quindi, rilevante affrontare le questioni del principio del risultato in quanto disposizione che reca un principio, nonché del suo ruolo nell'interpretazione dei restanti enunciati normativi.

È bene dire fin da queste prime battute, che il tema è rilevante nella sua relazione con il secondo profilo di questi chiarimenti preliminari. Infatti, come ha notato dottrina autorevolissima (e con la quale, pur dissentendo su tutto il resto, non si può che convenire rispetto a questo chiarimento), la gerarchia tra principi fissata dall'art. 4 del Codice non riguarderebbe principi (a mio modo di vedere, piuttosto, non riguarderebbe “solo” principi) ma (“anche”) interessi⁴¹; questo non significa che “*nulla viene aggiunto (né tolto) alla fisiologica ponderazione sulla base dei principii cui l'agire dell'amministrazione deve attendersi*” – infatti, non solo confermo le mie critiche all'idea tradizionale della discrezionalità come volizione circa una ponderazione tra interessi ma, soprattutto, per quanto qui interessa, la natura polifunzionale dei principi non può essere negata limitandone il ruolo alla rappresentazione di interessi (da bilanciare).

Interpretandi, 2009, 131; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 53; R. GUASTINI, *I principi nel diritto vigente*, in M. Bessone, R. Guastini (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995, 113; M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Saggi di meta-giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, 301.

41 R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 7.

Non si può non muovere dal puro testo della legge, che qualifica espressamente il principio del risultato come principio. Salvo voler contraddire canoni minimi di interpretazione, non sembra ragionevole provare ad assegnare alla legge un significato contrario al suo testo.

Se quello del risultato è un principio, varrà la pena di svolgere una breve osservazione circa i principi. Di nuovo, pur senza entusiasmo ma solo allo scopo di rendere più solide le basi del ragionamento, intendo collocarmi su dati solidi, come la giurisprudenza della Corte Costituzionale. È noto come la Corte abbia più volte chiarito che tra principi, valori, beni o interessi debba essere ricercato un bilanciamento ragionevole: “*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*”⁴². Possiamo, quindi, iniziare con il dire che il principio del risultato è, normativamente, un principio e che in forza di questa natura richiede – come norma – di essere resa compatibile con altre all’interprete.

In questo senso, peraltro, il legislatore provvede l’interprete con significative indicazioni, giacché non costruisce il principio come a sé stante.

In *primo* luogo, è il legislatore ad indicare non solo l’essere del principio ma anche il suo modo d’essere; è la legge che dice espressamente come si applica e determina il principio nella prassi, giacché si persegue “*il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*” (art. 1, co. 1).

In quanto principio, quindi, anch’esso assume tutte le connotazioni che sono ad esso tipiche. Si tratta – per quel che qui interessa – di una norma polisensu, concetto-valvola attraverso il quale entrano nell’ordinamento valori storicizzati, argomento retorico.

Tuttavia, non è seriamente dubitabile che si tratti di una norma e che a poco valga la discussione astratta circa la sua natura più o meno indeterminata;

⁴² Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

assai più rilevante è controllare il suo processo di determinazione, il come il principio si declina da astratto a concreto nell'applicazione, come si giustifica e come si verifica l'applicazione del principio in concreto. Qui assumono rilievo le considerazioni che seguono.

In *secondo* luogo, è sempre il legislatore a definire le relazioni del principio con i restanti, sia prevedendo che la sua applicazione avvenga con il “rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza” (art. 1, co. I) – facendo ipotizzare che questi ultimi siano da considerare, quindi, sovraordinati e, tuttavia, chiarendo, un istante dopo, che ciò vale solo per la legalità, giacché si precisa (art. 1, co. II) che “la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti” e “la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole” del Codice (ponendo, quindi, concorrenza e trasparenza come ancillari e funzionali al risultato).

Quanto al processo di applicazione del principio astratto, quindi, il legislatore fornisce già alcuni elementi sicuramente significativi, giacché non qualsiasi applicazione sarà possibile ma solo quelle nelle quali si conseguono – in combinazione con concorrenza e trasparenza – gli obiettivi che la legge individua (se non fosse troppo banale, sarebbe da aggiungere che l'applicazione deve dirigersi alla massimizzazione del conseguimento degli obiettivi).

In *terzo* luogo, è tipico dei principi – soprattutto per quelli impliciti – il problema del loro rango quanto alla gerarchia delle fonti. Il Codice affronta il tema, giacché è lo stesso art. 1 che prosegue prevedendo che “il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea” (art. 1, co. III); in altri termini, il Codice affronta la questione della sussistenza di principi di rango superiore (costituzionale e dell'Unione) attraverso l'affermazione legislativa di coerenza del principio con codeste fonti ed, anzi, loro coerente attua-

zione (“*costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici*”; “*per il raggiungimento degli obiettivi*”).

Sempre nella prospettiva della gerarchia tra principi, l’art. 4 prevede che “*Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*”; rientrando tra le disposizioni del Codice anche i restanti principi, o la disposizione di cui all’art. 4 è inesistente (e se ne propone una seria interpretazione abrogatrice, ed essendo evidente che i principi, in quanto norme senza fattispecie, entrano a comporre le fattispecie cui si applicano ed hanno un ruolo nell’interpretazione ed argomentazione, non sembra agevole negare valore giuridico ad una disposizione che non si limita a dire che i principi trovano un ruolo nell’interpretazione ma che ne colloca alcuni in posizione prioritaria), ovvero il principio realizzativo (o del risultato) si colloca all’apice di una catena gerarchica cui sottostanno i principi dell’accesso al mercato e della fiducia e, ad essi, in ragione dell’art. 4, i restanti principi e regole del Codice.

È, infatti, l’art. 1, co. IV, che stabilisce espressamente che il principio del risultato “*costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto*” in materia di responsabilità e di sovvenzioni (su questa disposizione si dovrà tornare per riprendere la questione della relazione tra principi ed interessi).

Inoltre, anche se qualificato come “prioritario”, il principio in questione non si pone alla sommità di un ordine gerarchico assoluto⁴³, dovendosi intendere la priorità come resistenza al sacrificio a beneficio di altri interessi costituzionalmente tutelati, non già nel senso che con questi non debba essere adeguatamente bilanciato⁴⁴. Il che significa che l’interprete (e prima ancora il legi-

43 Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

44 Si vedano anche Corte Cost., 11 febbraio 2015, n. 10 (sulla quale, nell’ampio dibattito, qui interessa richiamare gli interventi di R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*. Nota a Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10, in *Federalismi.it*, 25 febbraio 2015; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*; M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile

slatore) deve trovare un il punto di equilibrio proporzionato e ragionevole nel bilanciamento con altri principi, tale escludere il sacrificio del nucleo essenziale del principio⁴⁵.

È noto che le gerarchie tra principi sono opinabili e l'interprete vi si muove con una qualche agilità. Resta, tuttavia, che la gerarchia è fissata dal legislatore radicando il principio del risultato nell'attuazione delle disposizioni e raggiungimento degli obiettivi costituzionali e dell'Unione. Proprio perché i principi sono norme inestricabilmente valutative (vale a dire per i quali si deve assumere un certo margine di discrezionalità valutativa nell'interprete) la definizione della relazione con i restanti principi (e regole) del Codice non può che restringere in modo consistente il margine di indeterminatezza e, conseguentemente, limitare le argomentazioni in sede applicativa (a quelle che sono in grado di costruire significati per i quali la gerarchia è confermata ed il bilanciamento tra principi interviene in modo razionale) e incrementare i margini di verifica razionale.

Già queste brevi considerazioni ci consentono di fornire una cornice utile al nostro ragionamento.

Il principio del risultato, quindi, (2) è un principio e come proprio di questo tipo di norme ha natura elastica, polifunzionale e da bilanciare con altre norme dello stesso tipo – restando chiarito, tuttavia, che il legislatore l'ha qualificata come prioritaria e strumento di attuazione di disposizioni di rango for-

2015; 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*, 6 aprile 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, *ivi*, 3 aprile 2015; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, *ivi*, 9 aprile 2015; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, *ivi*, 27 aprile 2015; A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista AIC*, 2/2015; I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 maggio 2015; C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in *Federalismi.it*; V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 1/2016; 24 marzo 2016, n. 63; 24 gennaio 2017 (sulla quale si può leggere, D. CODUTI, *Libertà e segretezza della corrispondenza dei detenuti nella sentenza n. 20 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 28 luglio 2017); 23 marzo 2018, n. 58 nota di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2018, I, 1073.

45 Testualmente, Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

male maggiore rispetto a quello legislativo, sicché l'elasticità è ulteriormente ridotta per ragione del fatto che la sua natura prioritaria chiarisce le regole del bilanciamento con altri principi; (ii) è un principio qualificato non solo per il fatto d'essere espresso (dal legislatore) ma venendo specificato anche il suo modo d'essere, di applicarsi; (iii) costituisce un principio a grappolo⁴⁶, perché ne collega una serie di altri, sia di maggiore rango nella teoria delle fonti – rispetto ai quali il legislatore espressamente afferma ch'esso ne sia attuazione ed applicazione e, quindi, ne radica il rango in codeste norme costituzionali o dell'Unione –, sia di pari rango gerarchico formale ma rispetto ai quali la stessa legge provvede – nel settore dei contratti pubblici⁴⁷ – ad assegnar loro un ruolo secondario, funzionale, ancillare.

Questi elementi già da sé soli consentono di escludere l'irrilevanza del principio nel processo di interpretazione delle altre norme del Codice e degli atti amministrativi dell'amministrazione che contratta. Anzi, pare esser piuttosto chiaro per quali ragioni il principio del risultato costituisce il criterio interpretativo prioritario per “l'individuazione della regola del caso concreto” (art. 1, co. IV).

Tutto ciò rileva sul versante dell'interpretazione delle norme e degli atti amministrativi.

46 S. ZORZETTO, *Ragionamento giuridico e ragionevolezza*, in A. Carratta, M. De Caro, G. Pino (a cura di), *Intorno al ragionamento giuridico*, Roma, TrE-Press, 13; quanto all'idea applicata alla ragionevolezza – del concetto-a-grappolo vi si nota che “Usando un'altra metafora, la ragionevolezza può essere rappresentata come un concetto-a-grappolo cioè un concetto dotato non solo di una semantica, ma anche di una struttura sintattica interna. Essa è un “costrutto concettuale” anziché semplicemente un “concetto”. Il grappolo, a mio parere, è una metafora efficace perché fa vedere bene l'articolazione complessa della ragionevolezza; permette di distinguere la sintassi interna (continuando nella metafora, il raspo), le sue componenti semantiche che concorrono a darle forma (gli acini intesi solo come buccia), il loro contenuto di significato variabile a seconda del contesto d'uso concreto specifico (la polpa di ciascun acino). Parlare di costrutto anziché semplicemente di concetto consente di evidenziare le componenti semantiche analiticamente necessarie, cioè costitutive del concetto secondo una certa struttura che esaminerò, il cui contenuto di significato non è determinato. Proseguendo nella metafora del concetto-a-grappolo: gli acini sono componenti semantiche in cui solo la buccia è fissa, mentre la polpa cambia”, 21

47 Sicché intendo chiarire che non intendo – in questa sede – occuparmi di questioni che spesso la discussione sui principi innesca, vale a dire quelle dell'estensione della loro applicazione; qui mi occupo del principio realizzativo (o del risultato) solo nel perimetro del Codice.

Profondamente diversa è la questione dell'esercizio del potere discrezionale, che non può prescindere dalla medesima opera ermeneutica, ma concettualmente e giuridicamente la segue. Infatti, è del tutto evidente che non vi sarà potere discrezionale dell'amministrazione in tutti quei casi in cui l'ermeneutica delle norme e degli atti amministrativi consenta "*l'individuazione della regola del caso concreto*" in modo non opinabile. Fuori da quest'ipotesi, a fronte di più soluzioni legittime ad esito della conduzione del processo ermeneutico più esteso e corretto possibile, resterà la valutazione discrezionale dell'amministrazione.

Non serve, in questa sede, affrontare la discussione se anche questa valutazione discrezionale abbia natura ermeneutica ovvero sia il frutto della volizione dell'amministrazione nel determinare la ponderazione voluta tra interessi o altro ancora – come la dottrina ha teorizzato nell'ultimo secolo di discussioni sul tema. Si tratta di temi che ho già tante volte discusso ed i termini del problema possono presumersi noti in capo al lettore. Quel che rileva, piuttosto, è esaminare il rilievo del principio rispetto all'esercizio del potere discrezionale.

4. (segue) e quello degli interessi. Interesse pubblico e interessi pubblici

La questione, quindi, si sposta dalle norme agli interessi; smette di essere un problema di interpretazione delle disposizioni e degli atti e diventa questione di definizione in concreto dell'interesse pubblico.

Come noto, le nostre dottrina e giurisprudenza sono orientate prevalentemente in senso volontaristico, sicché l'interesse pubblico è ciò che è oggetto di volizione dell'amministrazione, entro il margine delle soluzioni lecite, attraverso la ponderazione tra il pubblico interesse (astratto) e quelli privati in gioco rispetto alla fattispecie descritta dalla norma. Poiché non è sensato parlare di interesse pubblico al singolare, lo sgretolamento della concezione unitaria dell'interesse pubblico impone la sua declinazione al plurale⁴⁸ e lo spostamento dalla sua configurazione astratta (da parte della legge) a quella concreta, risulta-

⁴⁸ Per tutti, A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 68

to dell'agire discrezionale dell'amministrazione. Il risultato della complessità che accompagna la definizione dell'interesse pubblico è ch'essa finisce per essere risolta solo dalla volizione dell'amministrazione (che determina e vuole un determinato bilanciamento tra i diversi profili dell'interesse pubblico e gli interessi privati protetti dalla norma). L'effettivo comando passa dalla legge all'atto esecutivo, il contenuto della regola vaga o non definibile in modo univoco diviene atto di potere, sicché è quest'ultimo che definisce il suo contenuto esprimendosi in una valutazione discrezionale. Come ho già provato ad osservare⁴⁹, questa concezione è largamente insoddisfacente, né il problema viene risolto mettendo in luce il rilievo dell'organizzazione e del procedimento per definire l'interesse pubblico in concreto; anche in questa prospettiva, infatti, si assume che la legge non ordini gli interessi – che, anzi, emergono in modo conflittuale, anche quelli pubblici, sicché richiedono di essere ordinati e bilanciati dall'amministrazione. Non serve ripetere qui le critiche a questo modo, molto diffuso e consolidato, di pensare, né riproporre la teoria deontica del pubblico interesse che ho già avanzato.

Il problema, piuttosto, è che – nell'ambito del Codice – quanto allo “*esercizio del potere discrezionale*” è direttamente la legge ad affermare che “*il principio del risultato costituisce criterio prioritario*”. La ragione di questa affermazione a me pare chiara: il principio del risultato non attiene al conseguimento di un astratto interesse pubblico dell'amministrazione; esso è prioritario perché identifica l'interesse pubblico specifico in modo espresso e chiaro: “*Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*” (art. 1, co. III).

È “*l'interesse della comunità*” ad essere l'interesse pubblico specifico che ordina tutti i restanti profili di pubblico e privato interesse che le norme proteggono. La graduazione dell'interesse pubblico è compiuta direttamente dalla legge nella dinamica di funzionamento dei principi che il Codice detta.

49 Da ultimo in L. R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *Questa Rivista*, vol. XIII (2/2024), 45 – 141.

Il vero rilievo del principio, quindi, non interviene sul versante interpretativo delle norme (nel quale si atteggerà come proprio dei principi, sia pure con le specificazioni che si sono proposte), ma quanto alla valutazione discrezionale, quanto all'esercizio effettivo del potere. In questi termini, è più che ovvio che l'amministrazione opererà comunque un bilanciamento – tra il principio realizzativo e gli altri, prioritari o meno prioritari. Per questo ha motivo definire discrezionale la valutazione dell'amministrazione. Tuttavia, quella valutazione è interamente attratta al diritto, sottratta al merito, perché è la legge a graduare gli interessi in modo chiaro, sicché la valutazione che se ne farà è regolata dal diritto ed è ripetibile innanzi al giudice, che non può sottrarsi al suo dovere costituzionale di giudicare. Ho provato anche di recente⁵⁰ a sostenere che vi sono ragioni serie per costruire il (e sostenere la costruzione del) pubblico interesse come categoria giuridica in ogni caso, indicando il parametro che rende giuridicamente rilevante e conoscibile la determinazione del pubblico interesse.

In questo caso, quanto all'attività contrattuale dell'amministrazione, il tema è risolto dalla legge, giacché è il Codice ad indicare “*l'interesse della comunità*” come fine specifico di interesse pubblico.

Si superano, così, problemi molto seri posti dalla prassi giurisprudenziale (e dall'estesa esegesi dottrinale dei vari precedenti delle Corti) e che da tempo ho sottoposto a severa critica: poiché i profili di interesse pubblico rilevanti per l'amministrazione che contatta sono molti, le Corti amministrative hanno avuto a disposizione un'ampia panoplia di interessi (pubblici) cui accompagnare l'aggettivazione di “superiore” (che sempre si accompagna all'interesse pubblico), per poi ordinare l'interpretazione delle norme alla sua luce.

Proprio perché è vero che l'amministrazione che contratta incontra svariati profili di pubblico interesse rilevanti nella fattispecie, l'esigenza di una loro graduazione, della fissazione di un ordine che rendesse l'interesse pubblico conoscibile, prevedibile e sindacabile mi era sembrata urgente e la soluzione del

50 Da ultimo in L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*.

problema già disponibile prima che il Codice la confermasse esplicitamente. La nostra dottrina si è occupata fin del più piccolo dettaglio della disciplina dei contratti pubblici e, tuttavia, ha interamente evitato di cercare una risposta alla domanda relativa al perché la volontà negoziale si formi con gara, al contenuto dell'interesse pubblico a che ciò sia, ai profili di interesse pubblico rilevanti ed alla loro possibile ordinazione (per il vero, la latitanza della letteratura giuridica nazionale si accompagna a quella non italiana⁵¹) la questione della definizione dell'interesse pubblico specifico dell'amministrazione committente⁵².

Riproponendo una sistematizzazione già proposta più volte⁵³, si può riassuntivamente osservare che l'amministrazione committente potrà declinare il pubblico interesse nella prospettiva sia della sua integrità e correttezza – o legalità in senso formale – (⁵⁴), sia dell'efficienza economica e del buon andamen-

51 Su questi temi S. ROSE-ACKERMAN, B. J. PALIFKA, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge, 1999; E. A. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after three Decades: success or failure?*, in *Yale Law Journal*, 112 (2003), 829; J. J. SNIDER SMITH, *Competition and Transparency: what works for public procurement Reform*, in *Public Contract Law Journal*, 38, (2008), 85; R. P. MCAFEE, J. MCMILLAN, *Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis*, in *The RAND Journal of Economics*, 17, (1986), 326; S. SCHOONER, *Desiderata: Objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, 11 (2002), 104; A. GYULAI-SCHMIDT, J. ZIEKOW (a cura di), *Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften*, Berlin, 2020.

52 Per l'idea che il principio del risultato faccia riemergere la funzione di committenza rispetto a quella della semplice celebrazione delle gare, G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 288; ID., *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *astridonline*, 2023. In argomento anche le dense considerazioni di M. CAFAGNO, *Committenza (servizi di)*, in *Enc. dir., I tematici, III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 251 che, tuttavia, finisce per dare prevalenza all'amministrazione banditrice piuttosto che committente.

53 L. R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, *cit.* e ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Tomo II, 888.

54 Integrità che, a sua volta, si declina lungo i profili della (i) prevenzione della corruzione, (ii) assicurazione di parità di trattamento evitando favoritismi, (iii) della tutela dell'immagine dell'autorità amministrativa come soggetto imparziale e corretto, (iv) della esclusione di operatori economici scorretti o che presentano compromissioni con vicende penali, violazioni della disciplina fiscale, previdenziale, di sicurezza sul lavoro, di protezione dell'ambiente e simili dall'accesso alla sottoscrizione di contratti o concessioni, (v) nonché che l'interesse personale dei funzionari possa inquinare quello pubblico nelle scelte. Si tratta di un elemento che presenta un serio fondamento (a) istituzionale - a garanzia della correttezza dell'amministrazione pubblica; (b) economico - essendo noto che la corruzione determina costi di transazione aggiuntivi; (c) sociale - perché si avrebbe un'alterazione del confronto

to⁵⁵, sia in funzione di garanzia della trasparenza ed imparzialità dell'amministrazione pubblica⁵⁶, che del corretto funzionamento del mercato⁵⁷.

Oltre a questi macro-profilo dell'interesse pubblico nell'appalto e nelle concessioni, ve ne sono di specifici affermati dal legislatore (la protezione dell'ambiente, la sicurezza sul lavoro, la sostenibilità, la crescita delle medie imprese etc.)⁵⁸.

concorrenziale tra le imprese ed effetti sui loro lavoratori.

Si tratta certamente di un interesse diretto dell'amministrazione, giacché vale a presidiare profili che attengono alla stessa organizzazione pubblica che ricorre al diritto privato e, tuttavia, a mio modo di vedere, non è specifico dell'attività di diritto privato, essendo destinato a valere anche per l'attività di diritto pubblico sicché se non soccorresse il principio realizzativo o del risultato non vi sarebbe alcuna differenza rispetto all'esercizio della discrezionalità in generale, come ritiene la dottrina già richiamata.

55 Anche in questo caso è agevole ravvedere il profilo di pubblico interesse: l'amministrazione pubblica spende denaro ricevuto dai contribuenti, esso stesso pubblico e destinato a funzioni pubbliche. Ne consegue il rilievo dell'interesse pubblico a che esso sia utilizzato in modo conveniente (*value for money*). Nel diritto positivo, il suo fondamento, non è meno significativo del primo. Non solo troverà giustificazione (a) nella necessità che il denaro prelevato dai cittadini venga speso in modo efficiente, (b) nella sostenibilità del bilancio pubblico, (c) nella corretta organizzazione della pubblica amministrazione nella prospettiva costituzionale del buon andamento ma anche (d) nella garanzia dell'efficienza del mercato. Anche in questo caso il fondamento istituzionale, economico e sociale è evidente e, tuttavia, anche per questo profilo, si tratta di elementi del pubblico interesse destinati a valere per ogni attività degli enti pubblici, non specifico di quella contrattuale, con le stesse conseguenze tratte alla nota che precede.

56 Si tratta di un profilo intrinseco all'esercizio della funzione pubblica, sicché questo profilo di pubblico interesse è comunque immancabile nella composizione della regola. Inoltre, questo criterio non è solo strutturale dell'azione amministrativa ma è altrettanto necessitato dalla procedura selettiva, giacché sarebbe una contraddizione logica quella di porre in essere una selezione discriminatoria. Il suo fondamento è iscritto nell'intima struttura dell'azione delle amministrazioni pubbliche. Inoltre, l'imparzialità è un profilo di interesse pubblico che corrobora anche quelli di integrità ed efficienza economica e, tuttavia, non vi si confonde ed anzi può presentare elementi di tensione con essi. Per un lato, infatti, appare evidente come l'esigenza di assicurare integrità all'amministrazione pubblica che procede sarebbe smentita dalla conduzione discriminatoria delle gare contrattuali; tuttavia, se non c'è integrità senza uguaglianza, non è vero il contrario, perché l'esigenza sostanzialistica di trattare nel medesimo modo situazioni uguali e differentemente quelle che tra loro uguali non sono, potrebbe invitare l'amministrazione a richiedere la produzione di set documentali differenziati – ad esempio, sul versante dei requisiti concernenti i precedenti penali – per concorrenti che provengono da diversi Paesi, dimodoché gli oneri che incidono sugli offerenti siano uguali o equivalenti, ma le informazioni relative al rispetto delle norme penali da parte degli amministratori possa essere ridotto per alcuni offerenti. Non può essere trascurato che il principio di uguaglianza o il dovere di imparzialità in capo all'autorità sono di rango costituzionale nella gran parte degli ordinamenti occidentali e, comunque, a livello dogmatico, nello specifico, nel nostro ordinamento nazionale si tratta certamente di una rilevante ed immancabile caratteristica costituzionale dell'amministrazione in quanto tale.

In assenza di un criterio ordinante, ciascuno di questi principi (o interessi, o profili di interesse pubblico specifico) può essere considerato prevalente (o, come si legge in giurisprudenza, “superiore”), con la conseguenza che la ponderazione degli interessi viene operata alla luce di criteri inconoscibili, il potere è esercitato sulla base del gusto del funzionario e la giurisprudenza fornisce qualificazioni caso per caso. Vi sono una pluralità di esempi che possono essere forniti – e che ho indicato più volte in passato; basterebbe pensare alla sostanziale assenza di sindacato circa l’anomalia dell’offerta ovvero ai cangianti orientamenti giurisprudenziali circa l’affidabilità professionale dell’operatore economico.

Gerarchizzare gli interessi, con il risultato di renderli conoscibili e prevedibili, era non solo necessario, ma possibile già sulla base dell’ordinamento per come precedentemente al Codice e la proposta del principio realizzativo come funzione dell’interesse della collettività mi era sembrata più che sensata già in passato e per ragioni costituzionali ed istituzionali chiaramente indicate⁵⁹.

Oggi la valutazione discrezionale dell’amministrazione – vale a dire la determinazione dell’interesse pubblico in concreto a fronte della possibilità lasciata dall’ordinamento, pur ben interpretato alla luce dell’intero ciclo ermeneutico, di raggiungere più soluzioni legittime – è razionalmente prevedibile ed altret-

57 L’interesse pubblico è quello a (i) garantire la piena concorrenzialità del mercato rilevante, (ii) attraverso questo la crescita economica complessiva e in particolare delle imprese efficienti - con esclusione dal mercato di quelle che tali non sono ovvero (iii) che non operano nel rispetto dell’integrità - con il risultato complessivo (iv) di assicurare all’amministrazione - mediamente - l’offerta economicamente più efficiente e (v) scelta in modo non discriminatorio e, quindi, con imparzialità. Si tratta di interessi che sono per lo più indirettamente propri dell’ente pubblico - giacché la loro affermazione si risolve a suo vantaggio, pur essendo diretta a garantire interessi che, in via immediata, appartengono al mercato e non all’autorità pubblica, e tuttavia assegnati espressamente ad essa dalla legge e dalle norme dell’Unione.

58 Per una condivisibile retrocessione del ruolo di alcuni tra questi profili (con importanti riflessioni sul PNRR) si vedano E. D’ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 667 e G. NAPOLITANO, *Committenza...*, cit., 5; per alcuni profili critici sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, in G.P. Dolso (a cura di), *Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, 2022, 129.

59 L. R. PERFETTI, *Per una teoria dell’interesse pubblico nelle gare per l’assegnazione dei contratti pubblici*, cit. e ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, cit.

tanto ragionevolmente esercitabile e sindacabile perché i diversi profili dell'interesse pubblico sono definiti dalla legge e dalla legge ordinati secondo priorità espresse e chiare, in un ordine che non è se non la declinazione specifica del generale concetto di interesse pubblico come funzione della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone in quanto trattenuti nella sovranità popolare per la porzione che attiene il loro nucleo essenziale, con bilanciamento delle parti eccedenti codesta essenzialità, vale a dire, “*l'interesse della comunità*”.

Se, quindi, il reale rilievo del principio attiene gli interessi, mi pare che vi siano serie ragioni per dire che il Codice individua e gradua gli interessi, determinando direttive del legislatore all'amministrazione (tanto che, proprio in capo all'amministrazione, il principio realizzativo diviene misura di responsabilità ed incentivi – cfr. art. 1, co. IV) che esercita potere discrezionale, sicché non s'è affatto innanzi al consueto bilanciamento inconoscibile di profili di interesse pubblico indefiniti; piuttosto, si presenta una novità normativa il cui profondo rilievo attiene proprio l'interesse pubblico e la discrezionalità.

Da questo punto di vista, mi pare assolutamente irrilevante se il Codice ampli o riduca i margini di discrezionalità dell'amministrazione. Probabilmente è corretto dire che il Codice incrementa la fattispecie di potere discrezionale, per un lato e, per l'altro, attraverso la definizione normativa dei diversi profili dell'interesse pubblico e la loro gerarchizzazione, rende la valutazione discrezionale razionalmente valutabile, prevedibile, criticabile e sindacabile dal giudice.

5. Il principio del risultato come definizione legislativa dell'interesse pubblico primario e graduazione dei restanti profili di pubblico interesse. Risultato sulla discrezionalità

Dal punto di vista dell'individuazione della regola del caso concreto, quindi, il processo interpretativo si svolge in un ambiente densamente popolato da principi, che sono qualificati (quanto al loro modo di operare), correlati tra loro (attraverso una molteplicità di collegamenti) e gerarchizzati. Ne deriva,

quindi, una riduzione molto consistente della discrezionalità dell'interprete e, quindi, un più penetrante controllo razionale circa l'interpretazione posta in essere dall'amministrazione committente. Il che, naturalmente, non vale ad escludere che la singola fattispecie definita dalla legge non sia tale da consentire di trarvi una pluralità di norme egualmente razionali e secondo un processo interpretativo egualmente corretto. Questo aspetto di riduzione della discrezionalità interpretativa, di per sé rilevante, deve essere tenuto distinto rispetto alla valutazione discrezionale.

Quest'ultima, infatti, opera in un contesto nel quale l'interpretazione delle disposizioni di legge è già intervenuta, eppure residuano più soluzioni legittime⁶⁰, sicché nell'esercizio del potere l'amministrazione pone in essere vere e proprie valutazioni, che attengono la qualificazione dei fatti e, soprattutto, la definizione degli interessi. Infatti, non vi sono ragioni per negare ciò che dottrina e giurisprudenza sostengono da sempre e senza eccezioni, vale a dire che codeste valutazioni attengono fondamentalmente all'identificazione, apprensione e graduazione degli interessi.

Quel che conta – quindi – è che il legislatore, espressamente (art. 4), afferma che il sistema di principi, con le sue relazioni e gerarchie, guida la valutazione dell'amministrazione e, quindi, gradua ed ordina gli interessi. Il vero rilievo del Codice consiste nell'aver identificato i profili rilevanti dell'interesse pubblico, identificando con chiarezza l'interesse pubblico primario (quello realizzativo) ed avendo coordinato e graduato i restanti profili del pubblico interesse.

Quel che ancora più conta – dal mio punto di vista – è che l'interesse pubblico primario è stato individuato dal legislatore nell'interesse finale della comunità, in modo corretto a mio modo di vedere se corretta è la teoria

⁶⁰ Ovvero, per chi assorbe interamente la discrezionalità nell'interpretazione – con posizione dottrinale largamente minoritaria, per quanto autorevole e senza significativo séguito giurisprudenziale – rendendo essa stessa maggiormente discrezionale, il contesto diventa quello della valutazione circa l'interpretazione; su tutte queste questioni, anche per i riferimenti necessari, di recente e con il consueto acume, F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, 597.

dell'interesse pubblico in senso giuridico che ho ritenuto di poter proporre – sicché l'interesse pubblico è sempre dato dalla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, garantendo le loro dimensioni essenziali e bilanciando, in modo da garantire l'eguaglianza, quelle che essenziali non sono.

In questi termini, la determinazione dell'interesse pubblico è un'operazione regolata dal diritto, conoscibile e verificabile.

Lo stesso si può dire dell'effetto sulla discrezionalità amministrativa (in aggiunta e diversamente, trattandosi di interessi e non di norme, rispetto a quella interpretativa) che viene dispiegato dal principio realizzativo (o del risultato) nel Codice: (i) l'interesse pubblico che deve essere perseguito dai soggetti appaltanti o concedenti è quello dell'affidamento del contratto e dell'esecuzione della prestazione, secondo regole che massimizzino tempestività e rapporto qualità/prezzo, legalità, trasparenza e concorrenza, giacché l'intera attività è (ii) diretta al “soddisfacimento dei fabbisogni della collettività” – soddisfazione che è, quindi, il fine pubblico primario perseguito dal committente; (iii) a questa soddisfazione sono ordinati i restanti profili di pubblico interesse giacché il “principio del risultato costituisce criterio prioritario”; (iv) pertanto, la valutazione discrezionale avviene alla luce del principio del risultato e della gerarchia ch'esso pone relativamente ai restanti principi, (v) in attuazione delle regole costituzionali (di cui all'art. 97 Costituzione), essendo “attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento”, “degli obiettivi dell'Unione europea” e dei principi generali dell'azione amministrativa nonché, *soprattutto*, della struttura stessa del potere pubblico descritta dalla dinamica costituzionale, secondo la quale esso non può che essere funzionale al godimento dei diritti da parte della persona e delle comunità: “esso è perseguito nell'interesse della comunità”⁶¹.

61 Per queste considerazioni, con minore sintesi, L. R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2022, 441; ID., *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio, ivi*, 2023, 5; ID., *Commento all'art. 1. Principio del risultato*, in L.R. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2023.

Non può sfuggire il rilievo di una previsione di diritto positivo che stabilisca che un sistema di principi giuridici ordinati a sistema guidi l'applicazione delle norme, vale a dire l'esercizio del potere discrezionale. Non si tratta di limiti esterni alla valutazione discrezionale, né di vincoli procedurali diretti a far emergere l'interesse pubblico specifico nel confronto procedimentale ma senza alcuna predittibilità. Piuttosto, si tratta di previsioni di diritto destinate ad indirizzare la scelta, definire l'interesse funzionale da perseguire, costituire un parametro interno alla decisione in grado di renderla sindacabile. Le conseguenze sulla discrezionalità amministrativa sono plateali.

ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo presso il Dipartimento di
Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo
alberto.clini@uniurb.it

PRINCIPIO DI RISULTATO E PARTENARIATI: IL CASO DEGLI IMPIANTI SPORTIVI

RESULT PRINCIPLE AND PARTNERSHIPS: THE CASE OF SPORTS FACILITIES

SINTESI

La situazione nazionale dell'impiantistica sportiva, senza distinzione di dimensionamento della struttura o delle discipline praticate, presenta secondo i più recenti *reports* tre profili di criticità: il primo è la vetustà degli impianti, da rinnovare secondo standard di sicurezza e forme di utilizzo più moderni; il secondo è la carenza di risorse pubbliche destinate all'ammodernamento e alla nuova realizzazione di strutture sportive; il terzo è la difficoltà di portare a conclusione le operazioni destinate agli interventi edilizi sportivi.

Nel più ampio disegno di riforma dell'ordinamento sportivo (legge delega n. 86/2019), uno dei cinque decreti attuativi intende superare i nodi problematici evidenziati con una disciplina per la prima volta dotata di una sua organicità (D. Lgs n. 38/2021, "Misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi").

Si è quindi proceduto, in assenza di analisi puntuali sulla normativa, a descrivere le fasi procedurali e gli istituti del D. Lgs n. 38/2021 nonché i raccordi, in tema di partenariato pubblico-privato (ed in particolare di finanza di progetto), con il nuovo Codice dei contratti n. 36/2023.

Lo studio ha permesso di far emergere due linee ricostruttive di rilievo. La prima, intesa nella dinamica tra Decreto e Codice in termini di convergenza e divergenza. Vi sono difatti rimandi a discipline esterne al Decreto (come per la gara di affidamento dei lavori o per la gestione dell'impianto) accanto a specifi-

che previsioni di fasi procedurali (di valutazione del pubblico interesse e di approvazione del progetto di pubblica utilità).

Questo dinamico sovrapporsi e intrecciarsi di discipline non sembra, come si è cercato di spiegare, incanalabile in una scelta, piuttosto comune nei recenti interventi legislativi, di semplificazione delle procedure né in un deterioro meccanismo di sommaria deroga ai parametri ordinari delle discipline vigenti, bensì rappresenta un *unicum* di una normativa di settore che configura un modello “speciale” di ponderazione degli interessi e di decisione amministrativa.

La seconda linea ricostruttiva si iscrive nel posizionamento del principio di risultato, che, come noto, viene esplicitato come primo cardine concettuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Ebbene, il Decreto è una nitida proiezione di tale principio, pur in assenza di una sua menzione espressa, poiché verso il risultato sono finalizzate tutte le sue disposizioni, mediante un'applicazione che ribadisce l'assoluta strumentalità al suo perseguimento. Si delinea, in altri termini, un assetto di convergenze in direzione di un preciso (e “speciale”) modello procedimentale che non si origina dalla preoccupazione teorica sul funzionamento dei meccanismi che dovranno portare ad una decisione, ma al contrario si eleva dal materiale interesse pubblico realizzativo per configurare le adeguate caratteristiche di istituti e le necessarie meccaniche procedurali per assicurarne l'effettivo conseguimento.

ABSTRACT

According to the most recent reports, the national situation of sports facilities (without any distinction between facility sizing and disciplines practiced) has three critical profiles: the first one is the age of the facilities, which need to be renovated pursuant to more modern safety standards and forms of use; the second one consists in the shortage of public resources allocated to the modernization and new construction of sports facilities; and, in the end, the third one is represented by the difficulty of concluding the operations addressed for sports building interventions.

For the first time, in the broader design of the reform of the sports system (Law No. 86/2019), one of the five implementing decrees aims to overcome the highlighted problematic knots with a discipline endowed with its own organic nature (Decree No. 38/2021, “Measures on the reorganization and reform of safety regulations for the construction and operation of sports facilities and regulations on the modernization or construction of sports facilities”).

Then, in the absence of punctual analysis of the legislation, it proceeded to describe the procedural steps and institutions of Decree No. 38/2021 as well as the connections, on the subject of public-private partnership (and project finance in particular), with the new Contract Code No. 36/2023.

Two major reconstructive lines emerged from this study. The first one is understood in the dynamic between the Decree and the Code in terms of convergence and divergence. There are, in fact, references to disciplines external to the Decree (such as the tender for the awarding of works or for the management of the facility) alongside specific provisions of procedural stages (of evaluation of the public interest and approval of the public utility project).

As we tried to explain, this dynamic overlapping and intertwining between disciplines does not seem to be channeled into a choice of simplification of procedures nor in a low quality mechanism of summary derogation from the ordinary in force disciplines (like in recent legislative interventions). On the contrary, it represents a “unicum” of a sector regulation that configures a special model of weighting between interests and administrative decisions-making.

The second reconstructive line is inscribed in the positioning of the result principle, which, as is well known, is made explicit as the first conceptual cornerstone in the new Public Contracts Code.

So, even in the absence of its express mention, the Decree is a sharp projection of this principle since towards the result all its provisions are aimed, through an application that reiterates the absolute instrumentality to its pursuit. In other words, an arrangement of convergences is outlined in the direction of

a precise (and “special”) procedural model that does not originate from the theoretical concern about the functioning of the mechanisms that will have to lead to a decision, but rises from the material realizable public interest to configure the appropriate characteristics of institutions and the necessary procedural mechanics to ensure its effective achievement.

PAROLE CHIAVE: principio di risultato, impiantistica sportiva, finanza di progetto.

KEYWORDS: result principle, sport facilities, project financing.

INDICE: - 1. Alla ricerca di modelli innovativi per il rilancio dell'edilizia sportiva. - 2. Il Partenariato pubblico-privato nel settore dell'impiantistica sportiva. - 2.1. La Finanza di progetto nella disciplina dell'impiantistica sportiva: analisi dei tratti comuni. - 3. Le convergenze del D.Lgs n. 38/2001 verso il principio di risultato. - 3.1. L'ambito oggettivo. - 3.2. Il “criterio di riparto” della disciplina maggiormente semplificazione nei rapporti Stato-Regioni. - 4. I tratti di “specialità” delle procedure di valutazione, di approvazione e di affidamento. - 5. La fase iniziale: i soggetti. - 5.1. Il Documento di fattibilità delle alternative progettuali (DocFAP). 5.2 Il Piano economico-finanziario (Pef). - 5.3. La Conferenza di servizi preliminare. - 6. La fase decisoria: il progetto di fattibilità tecnica ed economica. - 6.1. La bozza di convenzione. - 6.2. Il Piano economico-finanziario “definitivo”. - 6.3. La Conferenza di servizi definitiva. 6.4. La dichiarazione di pubblica utilità e la variante urbanistica. - 7. La gara pubblica per l'affidamento. 7.1. L'affidamento diretto per le Associazioni e Società sportive senza fini di lucro. - 8. Il regime gestorio degli impianti sportivi. - 9. Conclusioni: dal conseguimento del risultato la costruzione di un modello procedurale.

1. Alla ricerca di modelli innovativi per il rilancio dell'edilizia sportiva

Dall'inizio del XX secolo, il crescente coinvolgimento della collettività verso le competizioni sportive e la consapevolezza sempre più diffusa dell'accrescimento del benessere psico-fisico con la pratica delle attività motorie, hanno indotto i pubblici poteri ad occuparsi del fenomeno che sino ad allora presentava interessi meramente privati o semmai – fuori dalla sfera individuale – interessi legati all'ordine pubblico e alla sicurezza delle manifestazioni che gradualmente iniziavano a coinvolgere le masse popolari¹. L'espansione

¹ Sia sufficiente ricordare, tra le discipline più seguite, lo svolgimento del primo campionato di calcio nel 1898 e del primo Giro d'Italia nel 1909; sicché, alle vicende storiche che contribuiscono alla emersione ordinamentale dello sport, confermano che “dopo una prima fase di ‘disattenzione’ dello Stato rispetto all'attività sportiva vista essenzialmente sotto il profilo individualistico, di tipo elitario”, segue una graduale integrazione sotto il profilo organizzativo nell'ordinamento statale; R. FRASCAROLI, *Sport (dir. pubbl. e priv.)*, in *Enc. dir.*, v. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 514. Emblematico risulta il processo di statizzazione conseguito mediante la mutazione della natura giuridica del Comitato olimpico nazionale italiano, costituito inizialmente come ente di fatto di diritto privato (1914), poi dotato di personalità giuridica (1934) ed infine trasformato in ente pubblico (1942) con funzioni di coordinamento e controllo di tutta l'attività sportiva; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 52; sulla

pubblica, del resto, rappresenta una delle costanti legate al sorgere dello Stato contemporaneo, che ha portato alla concentrazione dell'autorità al livello dell'ente rappresentativo della nazione e dei suoi interessi. Si delineava allora, come ben noto, la tendenza diffusa ad assorbire nelle competenze statali tutto ciò che l'autonomia della società esprimeva di rilevante per il pubblico interesse, con l'effetto di sottrarla al diritto comune per essere consegnata ad un regime pubblicistico, secondo il consueto dispositivo di curare l'interesse pubblico con l'esercizio del potere statale².

Al contempo, il fenomeno sportivo viene ricondotto ad un percorso inverso, che, come altrettanto noto, conduce all'elaborazione della giuridificazione dei gruppi sociali, con l'emersione, per un verso, della crisi dello Stato quale esclusiva fonte di produzione del diritto con il manifestarsi, per altro verso, di una contrapposizione con l'unità nazionale delle organizzazioni che la collettività esprimeva attorno ai propri interessi e bisogni³. Viene così formulata, sempre nei primi decenni del Novecento, la celeberrima teoria istituzionalistica sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, in una prospettiva di alterità e distinzione dei processi aggregativi sociali rispetto alla sovranità statale⁴, teorica poi de-

strutturazione e stabilizzazione organizzativa del fenomeno sportivo, G. MANFREDI, *La giuridificazione dello sport*, in *Giur. it.*, 2016, p. 485 ss.

2 Il metodo dell'assorbimento all'interno dell'ordinamento statale di ogni iniziativa dei singoli, che mostrasse una consistenza per il pubblico interesse, dimostra come non si possa ammettere, in sostanza, che sussistano una pluralità di interessi protetti eppure contrastanti, di autonomi centri di imputazione del potere, né – tanto meno – che i cittadini singoli e associati abbiano posizioni soggettive di diritto pubblico, porzioni di sovranità, delle quali esser titolari e da sé soli amministrare; L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, p. 22; nonché P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3 La civiltà liberale*, Bari, Laterza, 2001, *passim*.

3 Sulla entificazione della organizzazione sportiva in una analitica ricostruzione storico-giuridica di consolidamento dell'interesse statale, G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 24 ss.

4 In uno scritto antecedente alla celebre opera sull'ordinamento giuridico, Santi Romano espone i prodromi della successiva teorizzazione basati sulla critica all'idea tipicamente ottocentesca, secondo cui lo Stato rappresenta “una compiuta sintesi delle varie forze sociali”, senza che venga presa in adeguata considerazione la dimensione sociale dell'individuo; veniva, in altri termini, messa a fuoco la critica alla concezione “di poter trascurare una quantità di forme sociali, che o s'illuse fossero venute meno, o alle quali non diede importanza, considerandole come semplici sopravvivenze storiche, destinate a scomparire in brevissimo tempo”; trattasi della *lectio* inaugurale dell'anno accademico 1909/1910 presso l'Università di Pisa, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, pubblicato inizialmente in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, p.

clinata, come altrettanto risaputo, nei rilievi di un'autonomia dell'ordinamento giuridico sportivo⁵, poi temperati dalle riflessioni giuridiche (ancora a fondamento degli assetti legislativi attuali), che individuavano spazi di regolazione propri delle fonti statali e sportive e spazi comuni di sovrapposizione e di possibili attriti⁶.

Nelle origini di un tale contesto è stata collocato anche l'avvio del quadro normativo riguardante gli impianti sportivi, secondo una concezione che conferma ancora oggi, nel soddisfacimento dei bisogni collettivi attraverso la costruzione ed il miglioramento delle strutture, le finalità di interesse generale connesse alle pratiche motorie⁷. Si perviene quindi al riconoscimento della funzione sociale dell'attività sportiva che, attraverso la creazione e gestione di appositi impianti, configura un'erogazione di servizio pubblico quale forma – sul piano oggettivo – di un'attività economico-sociale esercitata per fornire prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi, ritenuti indispensabili in un determinato contesto urbano⁸.

Dopo una fase iniziale di sviluppo ed espansione delle strutture sportive, si è avvicinato un periodo, in tempi più recenti, nel quale sono emerse - nel quadro nazionale - una serie di criticità che condizionano in termini regressivi l'attività sportiva. Il dato di partenza di ogni analisi del settore, non solo giuridica, riporta un orizzonte oramai inappropriato e vetusto, oltre che mal distribuito, presente su gran parte del nostro territorio⁹.

87, poi teorizzata in ID., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1917.

5 W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, p. 1381 ss.

6 M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1949, p. 10 ss.; ID., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 228 ss; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 674 ss.

7 G. LANDI, *Impianti sportivi*, in *Enc. dir.*, v. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 260.

8 Sulla ricostruzione del servizio pubblico secondo una matrice oggettiva e funzionalizzata, per tutti, L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001. Si rileva come gli impianti sportivi comunali rientrano, per costante orientamento giurisprudenziale, “tra i beni del patrimonio indisponibile del comune, precisamente tra quelli destinati a un pubblico servizio, essendo finalizzati a soddisfare l'interesse proprio dell'intera collettività alle discipline sportive”; Cass. civ. Sez. un., 29 novembre 1994, n. 10199.

In breve, una prima problematica concerne la carenza di impianti sportivi unitamente alle esigenze di ammodernamento di quelli già esistenti, conformemente agli standard europei¹⁰.

All'inadeguatezza del parco sportivo esistente, quale conseguenza della duplice spirale rappresentata dalla scarsità di risorse pubbliche e da strumenti di pianificazione sempre più complessi, viene associato un ulteriore ostacolo, riguardante la presenza e la dislocazione geografica non uniforme delle strutture, per cui vi è la necessità improcrastinabile, anche in ragione del riconoscimento all'art. 33 dell'attività sportiva come valore costituzionale¹¹, di colmare la situa-

9 Sotto il profilo ricognitorio della situazione attuale, la conferma della situazione di degrado emerge dai recenti studi espressi nel “*Manuale operativo a supporto dell'utilizzo del PPP nella realizzazione e gestione di impianti sportivi*”, redatto da Cassa depositi e prestiti e Dipartimento della Presidenza del Consiglio per la programmazione economica (dicembre 2023). La carenza di strutture sportive ed il mancato adeguamento di quelle esistenti risulta una costante nelle analisi svolte in A. DE MARTINI, *Gli stadi polifunzionali in Italia: dal confronto con l'Europa spunti di riflessione*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2021, 2, p. 116 ss; G. L. PIETRANTONIO, *Il project financing pubblico quale strumento metodologico per l'edificazione di nuovi impianti calcistici? Profili, scenari e prospettive*, in *Istituz. del federalismo*, 2021, 3, p. 840; F. SPANICCIATI, *L'edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obiettivi e risultati ottenuti dalla c.d. legge sugli stadi*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2021, 2, p. 98; E. MORLINO, *Il nuovo project financing per gli impianti sportivi*, in *Munus*, 3, 2013; V. G. FEBBO, *La nuova disciplina legislativa in tema di costruzione e restyling degli impianti sportivi*, in *www.filodiritto.it*.

10 Si pensi, ad esempio, alla Carta europea dello sport che sin dal 1992 richiama, peraltro in uno dei primi articoli, l'importanza dell'impiantistica sportiva: in particolare, al comma 3 dell'art. 4 si prevede che “poiché la pratica dello sport dipende in parte, dal numero, dalla varietà e dalla accessibilità degli impianti sportivi, la loro pianificazione globale è di competenza dei poteri politici. Questi terranno conto delle esigenze nazionali, regionali e locali, nonché degli impianti pubblici, privati e commerciali già esistenti. I responsabili prenderanno provvedimenti per assicurare la buona gestione e la piena utilizzazione degli impianti, in tutta sicurezza”.

Più in generale, il riconoscimento dello sport riceve a livello di Unione europea copertura dai Trattati: difatti, ai sensi dell'art. 6 TFUE, all'Unione è riconosciuto lo svolgimento di attività per sostenere, coordinare o completare le politiche degli Stati membri nei settori della “istruzione, formazione professionale, gioventù e sport” ed in particolare, in forza dell'art. 165, “contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa”, mediante azioni intese a “sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi”; sulle finalità ed i rapporti con il diritto europeo, B. NASCIBENE, *Diritto sportivo (Unione europea)*, in *Enc. dir.*, Annali, v. X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 341.

11 Con la L. cost. 26 settembre 2023 n. 1 è stato riconosciuto il valore dello sport all'art. 33, prevedendo che la “Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme”: come osservato, “nonostante il

zione di disuguaglianza nella diffusione e fruibilità degli impianti sportivi su tutto il territorio nazionale¹².

Il legislatore nazionale, in quest'ultimo decennio, ha tentato di elaborare soluzioni attraverso interventi inizialmente isolati ma che nel corso del tempo sono divenuti parte di una disciplina più organica, per incentivare percorsi inediti di sviluppo e di investimento. L'approdo attuale di questa evoluzione è focalizzato nel perseguimento di un obiettivo divenuto oramai centrale, vale a dire scongiurare la stabilizzazione di una relazione inversamente proporzionale che pregiudica il settore: difatti, al consolidamento di un mercato finanziario sportivo che, quanto meno per gli sport maggiormente seguiti, offre stime di crescita costante¹³, si contrappone un'arretratezza delle strutture sportive (per

tenore programmatico della nuova disposizione costituzionale, in tale riforma si è letto il riconoscimento *de jure condendo* della pratica sportiva come diritto di tutti i cittadini, singoli o associati, indipendentemente dalle loro condizioni personali, economiche e sociali, con l'obiettivo di promuovere attraverso l'attività fisica, la pratica sportiva e stili di vita sani, un miglioramento delle condizioni di salute e benessere psicofisico degli individui e di favorire la coesione sociale delle comunità"; M. PROTTO, *Dalla Costituzione alla Superlega: l'irresistibile ascesa giuridica dello sport*, in *Giur. it.*, 2024, p. 1460; in tema, G. MARAZZITA, *Il riconoscimento del valore costituzionale dell'attività sportiva*, in *Federalismi*, 2024, p. 110; A. E. BASILICO, *Il riconoscimento costituzionale del valore dello sport*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2024, p. 54.

La novella costituzionale pare inserirsi quindi in continuità con quelle ricostruzioni dogmatiche precedenti che hanno teorizzato, in assenza di una previsione espressa dello sport nella Carta, l'organizzazione sportiva quale fenomeno sociale *ex art. 2 Cost.* (F. MODUGNO, *Pluralismo degli ordinamenti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 29 ss.), attraverso la quale poter esercitare in forma collettiva un diritto inviolabile (G. GUARINO, *Lo sport quale "formazione sociale"*, in *Scritti in onore di Aldo Piras*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 347 ss.

12 Gli aspetti discriminatori, sotto il profilo giuridico, sono incompatibili, ancor prima della modifica dell'art. 33 Cost., con l'art. 3 Cost. e la loro diffusa consistenza viene purtroppo confermata ancora oggi dai dati elaborati dall'Osservatorio di *The European House Ambrosetti* (febbraio 2024) laddove figura che il 51,8% delle infrastrutture si trova nel Nord Italia, con un'incidenza di 143,9 impianti ogni 100.000 abitanti, mentre al Sud la dotazione è di poco superiore al 15% (con percentuali di 20 impianti ogni 100.000 persone per il Molise, 29 per la Basilicata).

13 Una evidente conferma si trae dal mondo del calcio, dove l'impatto socio-economico della disciplina per gli anni 2020-2021 è stato stimato in 4,53 miliardi, con una contribuzione fiscale nel 2020 pari a 2,4 miliardi (16,8 negli ultimi 15 anni) ed un rapporto per ogni euro investito dal Governo in termini fiscali e previdenziali di 18,9 euro a cui corrisponde un sistema di impianti sportivi vetusto (l'età media degli stadi di serie A è di 61 anni, per la serie B 67 anni) con una concentrazione del numero complessivo di stadi al centro (29,7 %) e al nord (50,5) ed un residuale 19,8% al sud (isole comprese); dati estratti da *Report Calcio 2023*, in *www.figc.it*. La cronicità della crisi infrastrutturale nel settore del calcio professionistico viene rilevata con analisi approfondite già da G. TEOTINO, M. UVA, *La ripartenza. Analisi e proposte per restituire competitività all'industria del calcio in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 26 ss.

lo più pubbliche¹⁴) connotate da obsolescenza e inadeguatezza funzionale, che porta, nella maggior parte dei casi, a servizi erogati in occasione delle sole competizioni sportive (monofunzionali), anche in ragione di localizzazioni scarsamente integrate nel tessuto urbano e nella rete viaria¹⁵.

Sicché, per contribuire al superamento delle problematiche appena delineate, si è avuto un primo intervento, seppure rappresentato in poche e scarse disposizioni, previsto nei commi 304, 305 e 306, art. 1 legge di stabilità 2014 (l. 27 dicembre 2013, n. 147)¹⁶. Quella che con enfasi è stata ridefinita “legge stadi” (anche se non poteva avere, rispetto al contesto di inserimento, alcuna sistematica organicità), ha comunque avuto il merito di tracciare l’inizio del rilancio del settore edilizio sportivo in modo meno estemporaneo, attraverso una importante semplificazione delle procedure amministrative in deroga ai procedi-

14 Come riportato nel recente “*Manuale operativo a supporto dell'utilizzo del PPP nella realizzazione e gestione di impianti sportivi*” (cit.) “in Italia la proprietà degli impianti sportivi è pubblica per oltre il 70% dei casi. Si tratta in larghissima maggioranza di strutture comunali (91,4%), a cui si aggiungono impianti di proprietà provinciale (6,1%), regionale (0,4%) e di altri soggetti pubblici quali università, amministrazioni statali, Sport e Salute, etc. (2,1%). Il 9%30 di tali strutture risulta non funzionante, dato che, unito a quelli sull'obsolescenza e sull'inefficienza energetica degli impianti sportivi, segnala l'urgente necessità d'investimenti”, p. 46.

15 Diversamente dalla nostra situazione interna, a livello internazionale i nuovi impianti sportivi, ed in particolare gli stadi di calcio, hanno modificato la loro funzione storica (monofunzionale) per orientarsi verso almeno due direttrici innovative: quella di assumere una vocazione polivalente delle attività che ospitano (commerciale, ristorazione, ricettivo accanto agli eventi sportivi) e quella integrata con il tessuto urbano e sociale della città (in termini di localizzazione, servizi, collegamenti viari); in altri termini “l'impianto dovrà intendere quale centro di un'impresa sportiva e di *entertainment* che ricava profitto, non tanto dallo sfruttamento della sua risorsa primaria – la partita di calcio – quanto dalla vendita di un complesso *mix* di servizi differenziati e calibrati sui molteplici *target* di riferimento. Una progressione che lo porterà a trasformarsi – da luogo di aggregazione domenicale – a impianto multifunzionale in grado di attrarre quotidianamente tifosi e cittadini (con ristoranti e musei), allo scopo di garantire entrate sufficienti per renderlo fruibile ogni giorno ed economicamente indipendente”, A. DE MARTINI, *Gli stadi polifunzionali in Italia: dal confronto con l'Europa spunti di riflessione*, cit., p. 98.

16 In passato, sempre in un'ottica occasionale e non strutturata, l'ammodernamento e la realizzazione degli impianti sportivi avevano ricevuto l'attenzione da parte del legislatore in vista dei mondiali di calcio del 1990 disputati in Italia; con il D.L. 2/1987 convertito in L. 65/1987 (integrata dal D.L. 22/1988 conv. in L. 92/1988) si era previsto un programma straordinario per la costruzione di strutture polifunzionali; tali impianti dovevano soddisfare le attività agonistiche riferite a campionati delle diverse discipline sportive aventi carattere di programmaticità e competitività, organizzate secondo criteri di ufficialità. Le leggi sono state abrogate dal Decreto in commento all'art. 12; in argomento, F. PELLIZZER, *Gli stadi di "Italia 90": i modelli esecutivi e le scelte procedurali*, in *Amministrare*, 1991, 1, p. 137.

menti autorizzatori regionali e locali (comma 304)¹⁷. Occorre inoltre apprezzare, sin da questo embrionale primo tentativo legislativo, lo sforzo (poi affinato ma sostanzialmente mantenuto al centro anche nelle successive normative) di arginare la scarsità delle risorse pubbliche e reperire sul mercato finanziario risorse proporzionate ai bisogni, anche attraverso fondi immobiliari, mediante il ricorso alle forme di partenariato pubblico-privato (di seguito anche PPP) e alla necessaria elaborazione di un *business plan* che garantisca la sostenibilità economico-finanziaria dell'intervento realizzativo e gestionale¹⁸. Si inizia, quindi, a configurare un procedimento semplificato ispirato alla finanza di progetto (*project financing* pubblico), la cui disciplina, come noto, si è evoluta nei vari Codici dei contratti pubblici, in quanto rappresentava sin da subito lo strumento maggiormente flessibile e funzionale agli obiettivi di coinvolgimento di capitali privati¹⁹.

Rimane evidente il limite di queste disposizioni, isolate e celate nell'iper-trofica intelaiatura di una legge "finanziaria", prive di una struttura organica per il settore di riferimento²⁰: si era ancora lontani da una piattaforma normativa si-

17 Tra i primi commenti dei commi si valorizza difatti l'idea di trovarsi in ogni caso di fronte ad un "micro corpus normativo" della materia; L. DE PAULI – L. MAZZEO, *Stadio di proprietà: un'esperienza anticipatrice tra ANAC, magistratura contabile, amministrativa e penale*, in *Urb. App.*, 2017, 3, p. 334; la collocazione all'interno di una legge economica viene intesa come una scelta di prevalente rilancio economico del settore rispetto agli impatti edificatori sul fronte urbanistico; F. SPANICCIATI, *L'edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obiettivi e risultati ottenuti dalla c.d. legge sugli stadi*, cit., p. 98.

18 L'obiettivo è quello di superare la progressiva obsolescenza degli impianti che, partendo dall'inadeguatezza e arretratezza delle strutture sportive, determina una mancata crescita dei ricavi correlati all'incremento esponenziale dei costi gestionali (inclusa la manutenzione ordinaria e straordinaria): la concatenazione di tali elementi porta quindi ad un difficile mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario delle gestioni impiantistiche; per tali incidenze nel mondo del calcio, G. L. PIETRANTONIO, *Il project financing pubblico quale strumento metodologico per l'edificazione di nuovi impianti calcistici?* cit., p. 840.

19 In un contesto caratterizzato da stringenti vincoli di bilancio e da una conseguente scarsa disponibilità di risorse pubbliche, nonché dalla difficoltà per le amministrazioni di rispondere a bisogni sempre più articolati della collettività, l'intervento dei privati in settori di pubblico interesse rappresenta un fenomeno in espansione; G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in GINEVRA CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato modelli e strumenti*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 6.

20 Per il vero, il legislatore non ha del tutto abbandonato il suo approccio estemporaneo a supporto del settore sportivo: esemplificativa al riguardo appare la previsione dei vantaggi fiscali conseguenti alle erogazioni liberali a favore della ristrutturazione di impianti sportivi. Lo

stematica e omogenea che, come risaputo, risulta imprescindibile per attirare e assicurare gli investitori²¹.

Successivamente, l'approccio "pulviscolare" del legislatore non è mutato: con l'art. 62 D.L. n. 50 del 24 aprile 2017, convertito in legge 21 giugno 2017 n. 96, si è difatti provveduto ad emendare e completare la disciplina del 2014, con il fine, da un lato, di mantenere inalterato il quadro di semplificazione procedurale mentre, dall'altro, di riconoscere importanti vantaggi edificatori verso i soggetti che assumono la veste di sviluppatore dell'iniziativa²².

A far data dal 1° gennaio 2023 queste disposizioni sono state oggetto di un'opera di riordino a seguito dell'entrata in vigore (posticipata) del D. Lgs. 28.02.2021 n. 38 (modificato dal D.Lgs. 29 agosto 2023 n. 120), che ha provveduto ad abrogare la costellazione di norme dedicate alla materia (artt. 12 e 12 *bis*)²³. In attuazione alla Legge delega dell'8 agosto 2019, n. 86 in materia di ordinamento sportivo, il Governo ha riorganizzato le disposizioni "per settori omogenei o per specifiche attività" (lett. a) comma 1, art. 1) con l'emanazione di cinque Decreti Legislativi: il n. 36/2021 (relativo al "Riordino e riforma delle

"sport bonus" è stato introdotto in una legge finanziaria del 2018 (commi 363-366, art. 1, L. n. 205/2017) con valenza annuale; la misura è stata poi prorogata più volte, con alcuni cambiamenti, delineando così una precarietà dell'agevolazione ed una scarsa convinzione del legislatore di stabilizzare il beneficio per gli investimenti nell'edilizia sportiva pubblica; in tema, G. VISCONTI, *Le agevolazioni per il recupero di immobili o di impianti sportivi pubblici: social e sport bonus*, in *Imm. e propr.* 2023, p. 183.

21 S. FIDANZIA – A. GIGLIOLA, *Il project financing per gli impianti sportivi alla luce delle linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione (Anac) del 23 settembre 2015*, in *Riv. dir. sport.*, 2, 2015, p. 338 ss.

22 Segnatamente, la norma del 2017 prevedeva, in estrema sintesi, che, attraverso la elaborazione di uno studio di fattibilità finalizzato alla costruzione di un nuovo impianto sportivo, si potesse avviare "ai fini del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa o della valorizzazione del territorio in termini sociali, occupazionali ed economici, la costruzione di immobili con destinazioni d'uso diverse da quella sportiva, complementari o funzionali al finanziamento o alla fruibilità dell'impianto sportivo, con esclusione della realizzazione di nuovi complessi di edilizia residenziale." (co 1, art. 62). Il contenuto dello studio di fattibilità doveva corrispondere alle indicazioni dettate per il c.d. progetto preliminare previsto dall'allora vigente Regolamento unico degli appalti (art. 14, DPR 5 ottobre 2010, n. 207), poi trasfuso nel nuovo art. 23 del D.Lgs. 50/2016 (c.d. progetto di fattibilità tecnica ed economica, commi 5, 5-*bis*, 6) e veniva accompagnato, oltre che da un piano economico-finanziario, da un accordo con una o più associazioni o società sportive, utilizzatrici in via prevalente l'impianto da realizzare; A. S. DELLE FEMMINE – D. MUSCARÀ, *Il rilancio degli impianti sportivi italiani*, in *Riv. dir. econ. sport.*, 2016, p. 34 ss.

23 Rimane ancora vigente, come di seguito illustrato, la parte dell'art. 62 concernente la deroga ai vincoli culturali, ambientali e paesaggistici (commi 1-*bis* e 1-*ter*, art. 62 L. n. 96/2017).

disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo”); il n. 37/2021 (relativo a “Misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso ed esercizio della professione di agente sportivo”); il n. 38/2021 (relativo a “Misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l’esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi”); il n. 39/2021 (relativo a “Semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi”); ed infine il n. 40/2021 (relativo a “Misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali”)²⁴.

I principi adottati dalla legge delega n. 86/2019 per la disciplina dell’impiantistica sportiva non assumono solamente una rilevanza in se’, al pari di ogni proposito di intervento generale di ammodernamento di un settore, ma delineano un orizzonte di soluzioni per le molteplici situazioni di criticità che, come visto, affliggono il sistema dell’impiantistica sportiva²⁵; la loro finalità, come del resto confermato dal contenuto del D.Lgs n. 38/2021 (di seguito anche Decreto), si fonda sulla necessità di “concentrazione, semplificazione e accelerazione delle procedure amministrative per la costruzione, ristrutturazione, gestione degli impianti sportivi” (art. 7, co. 2, lett. d), L. n. 86/19), nel senso di garantire un appianamento della disciplina – che continua a ispirarsi alla forma di PPP contrattuale ed in particolare alla finanza di progetto - per assicurare con urgenza interventi sia di recupero del patrimonio sportivo esistente e delle strutture pubbliche inutilizzate che di realizzazione di nuovi impianti.

Nel mantenere l’attenzione sul sistema giuridico che viene delineato, non è difficile osservare sin da subito una consonanza dei principi e delle finalità in-

²⁴ Per una disamina complessiva della riforma, M. PITTALIS, *L’attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86, in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 33; M. PROTTO (a cura di), *Un nuovo diritto per lo sport*, in *Giur. it.*, 2024, p. 1460 ss.

²⁵ Appaiono emblematiche, come correttamente ricordato, le recenti vicende legate al progetto dello stadio della Roma di Tor di Valle iniziato da ben nove anni e che versa ancora in una situazione di stallo; o ancora, quella dello stadio di San Siro, realizzato negli anni Venti del secolo scorso, ristrutturato in occasione del mondiale del 1990 ed ancora oggi in attesa di una scelta di ammodernamento o ricostruzione; V. ZAMBRANO, *Sport e rivoluzione digitale*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 76.

dicate con le linee evolutive delle più moderne discipline, in particolare con quelle assunte nel recente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 36/2023, d'ora in avanti anche Codice), che permette di cogliere un evidente raccordo sulla mutata prospettiva di costruzione di un modello procedimentale, a partire dai bisogni e dall'effettivo soddisfacimento dei medesimi²⁶.

Difatti, i due *corpora legis*, in forza di richiami espressi contenuti nel D.Lgs n. 38/2021 al Codice, debbono coordinarsi in varie fasi procedurali: tuttavia, non si tratta di un'operazione di eterointegrazione meramente meccanicistica in quanto il buon esito del funzionamento integrato delle due discipline non può essere pienamente assicurato se non preceduto da una individuazione degli interessi pubblici mediante una priorità ordinante.

Secondo questa prospettiva, come si avrà modo di illustrare, si può cogliere un riassetto degli istituti e della loro applicazione nelle convergenze verso una forza catalizzatrice del principio di risultato, il quale assume, nell'attuale Codice dei contratti pubblici, una posizione di vertice nella gradazione dei principi²⁷, mentre nel Decreto, pur non essendo menzionato espressamente, riveste la chiave di lettura dell'intera intelaiatura normativa nell'indicare la netta preminenza dell'interesse pubblico realizzativo e la strumentalità delle procedure per conseguirlo.

In questo senso, pare delinearci un nuovo percorso che trova il suo abbrivio in un inedito *corpus* normativo che non ha ancora trovato una compiuta

26 Una magistrale lezione sui moderni tratti fisiognomici del procedimento viene fornita nella ricostruzione delle dimensioni di sviluppo occasionate con la riforma del 2005 (leggi n. 15/2005 e n. 80/2005) della legge n. 241/1990, ponendo due apparentemente banali quesiti: "dove va l'amministrazione" e "dove va la tutela"; G. PASTORI, *L'attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, p. 3. In questa lucida disamina, si evidenziava la presenza di "due anime" nella legge sul procedimento amministrativo: "la garanzia procedurale in ordine all'esercizio del potere amministrativo da un lato, il risultato da conseguire anche al di fuori del procedimento e dell'esercizio dei poteri amministrativi dall'altro" (4); si perviene così a svelare la portata generale di una visione strettamente oggettivo-funzionale dell'agire amministrativo, indicativa di una direzione di sviluppo che dimostra come "ad un'amministrazione di risultato in un rapporto di paritarietà con i destinatari possa corrispondere più agevolmente anche una tutela di risultato" (12).

27 Come spiegato con logica chiarezza in L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. App.*, 2023, p. 5.

analisi e che ci si propone di sviluppare facendo emergere la trasversalità di principi che ispirano una moderna visione di pubblica amministrazione, nella sua organizzazione e nelle sue attività, attraverso istituti giuridici che la materia interseca con il rischio (che qui si vorrebbe ugualmente spiegare e scongiurare), di rappresentare un quadro troppo complesso per garantire un risultato oramai ineludibile per la qualità di vita dei consociati e per la sostenibilità della finanza pubblica.

2. Il Partenariato pubblico-privato nel settore dell'impiantistica sportiva

Il Partenariato e le sue molte evoluzioni sono state oggetto di ampie analisi, grazie alle quali possiamo in questa sede limitarci al richiamo di alcuni tratti innovativi contenuti nel nuovo Codice dei contratti pubblici nei termini necessari per un corretto inquadramento della riforma concernente gli interventi edilizi sull'impiantistica sportiva²⁸.

Su un piano generale, appare innanzitutto significativa la scelta di svincolare il PPP dalla definizione contrattuale, come succedeva invece nel vecchio Codice (D.Lgs n. 50/2016), per intenderla, dagli artt. 174 e ss. vigenti, come “operazione economica”²⁹. La modifica non è solo lessicale, in quanto il parte-

²⁸ La locuzione del partenariato pubblico-privato ha origine comunitaria, anche se non è mai stata sviluppata una normativa organica da parte del legislatore dell'Unione. La rapida moltiplicazione di forme diverse di partenariato – soprattutto nel mondo anglosassone – hanno difatti portato le istituzioni comunitarie a preferire strumenti di soft law come il Libro Verde della Commissione Europea del 30 aprile 2004 (COM (2004) 327) o la Comunicazione della stessa Commissione del 15 novembre 2005 (COM 2005, 569). Con le successive Direttive 2014/23/UE (concessioni) e 2014/24/UE (appalti pubblici) sono invero stati disciplinati nel dettaglio alcuni istituti facenti parte della “galassia” del partenariato, tra cui appunto la concessione, che ne costituisce, come vedremo, uno dei nuclei principali; per un inquadramento generale si vedano tra i più recenti studi monografici, E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato Pubblico-Privato Servizi Pubblici e infrastrutture*, Padova, Cedam, 2020; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, Giappichelli, 2017; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012; per forme speciali di partenariato, sia consentito il rinvio ad A. CLINI *Articolo 134*, L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2023, p. 1156 ss.

²⁹ L'art. 174, comma 1, definisce appunto il partenariato come “un'operazione economica” in cui ricorrono congiuntamente le caratteristiche elencate nelle lett.re da a) a d) contenute nel medesimo comma. Queste sono l'instaurazione di un rapporto contrattuale di lungo periodo, volto al raggiungimento di un risultato di interesse pubblico (a); risorse finanziarie provenienti in misura significativa dalla parte privata (b); obiettivi e verifica degli stessi da parte del

nariato diviene un paradigma normativo all'interno del quale sono ricondotti schemi di contratti tipici (tra i quali le concessioni, il contratto di disponibilità, la locazione finanziaria) ed altre forme negoziali atipiche che devono omologarsi nel rispetto di caratteristiche generali di identificazione (comma 1, art. 174 Codice)³⁰. In questo senso, gli ambiti maggiormente inclusivi dell'istituto permettono, per un verso, un migliore raccordo tra il piano delle operazioni economiche inquadrabili nel PPP di tipo contrattuale e la specificità delle procedure dettate per l'impiantistica sportiva, mentre, per altro verso, collocano la speciale disciplina concernente quest'ultima come forma alternativa e distinta dal modello dell'appalto pubblico³¹. Lo scopo è sempre quello di evitare la stipula di negozi giuridici che celino di fatto un sottostante rapporto di appalto, per non frustrare quel connotato centrale di ogni forma di PPP rappresentato dalla corretta allocazione *ex ante* del rischio dell'iniziativa economica³². Pertanto, per

pubblico e gestione e realizzazione in capo al privato (c); rischio operativo allocato al soggetto privato (d).

I tratti morfologici del PPP risalgono all'inquadramento contenuto nel "*Libro Verde relativo ai partenariati pubblici privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*" presentato il 30 aprile 2004 dalla Commissione europea e permangono inalterati nel comma 1 dell'art 174, del nuovo Codice, prevedendo il ricorso congiunto delle seguenti caratteristiche: (a) una durata di lungo periodo nel rapporto contrattuale perfezionato tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati per raggiungere un risultato d'interesse pubblico; (b) il finanziamento per la realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse del privato, anche in ragione del rischio operativo assunto dal medesimo; (c) il ruolo dell'operatore economico è quello di realizzare e gestire il progetto, mentre l'amministrazione individua gli interessi da soddisfare e verifica l'attuazione; (d) nella ripartizione dei rischi, il soggetto privato si incarica di quelli connessi alla realizzazione dei lavori e/o alla gestione dei servizi; E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato Pubblico-Privato Servizi Pubblici e infrastrutture*, cit., p. 123 ss.

30 Il seguente comma 3, ferme le figure tipizzate contenute nelle norme successive, individua il partenariato come una fattispecie aperta in quanto ricomprendente tutti i contratti stipulati aventi le caratteristiche del citato comma primo che siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela; B. GILIBERTI, *Articolo 175*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 1443.

31 La razionalizzazione degli assetti normativi si deve ad una chiara scelta della riforma in senso sistematico dell'istituto: il Codice vigente dedica una intera sezione al partenariato e nello specifico il Libro IV, artt. dal 174 al 208 rubricato "Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni", per cui per la prima volta tale disciplina, a cui viene finalmente ricondotta anche la concessione, ha una sua autonomia e si propone come alternativa al contratto di appalto; G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urb. App.*, n. 4/2024, p. 458.

32 Il criterio discrezionale con cui il giudice amministrativo applica in modo stabile l'inquadramento del contratto di affidamento in gestione di un impianto sportivo è la modalità della remunerazione: "si tratta, invero, di concessione quando l'operatore assume i rischi

poter qualificare l'operazione all'interno dello schema di PPP, è necessario come requisito indefettibile il corretto trasferimento dei rischi in capo all'operatore economico vertendosi, in caso contrario, nella diversa categoria dell'appalto³³.

A tal proposito, si deve richiamare l'art. 177 del Codice, a mente del quale l'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda, dal lato dell'offerta o da entrambi³⁴.

Sempre in termini generali, si considera che il concessionario assuma il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, comportando una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile³⁵.

economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si ha un appalto quando l'onere del servizio grava sostanzialmente sull'Amministrazione; TAR Campania, (Napoli), VIII, 1 dicembre 2016, n. 5554; TAR L'Aquila, (Abruzzo), I, 9 febbraio 2018, n. 54.

33 La possibilità di ricorrere a capitali privati è un elemento centrale del rilancio verso l'ammodernamento delle strutture sportive anche in ragione delle esigenze di contenimento della spesa pubblica, poiché consente, in tutto o in parte, di sgravare il bilancio dell'ente dagli oneri d'investimento e dalla correlata gestione dell'impianto. Di conseguenza, nei contratti di partenariato, in particolare nel caso di opere tiepide (e calde), parte (o tutto) del costo di gestione è a carico degli utenti, a differenza del contratto di appalto, connotato da un investimento iniziale e dalle successive spese di gestione dell'opera a carico dell'amministrazione; M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.Lgs. n. 36/2023*, in *Urb. app.*, 3/2024, p. 310 ss.

34 Si intende per "rischio dal lato della domanda" l'alea associata alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, mentre per "rischio dal lato dell'offerta" quello associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto; L. PERFETTI, M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, in *Urb. App.*, 5/2021, p. 705 ss.

35 Ai fini che qui interessano, si precisa che la concessione viene intesa come contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto a pena di nullità in forza del quale un'amministrazione aggiudicatrice affida l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo (Allegato I.1). La scelta del Legislatore, seguendo l'esempio europeo della Direttiva 2014/23/UE, è quella di

Si comprende bene, in relazione all'iniziativa di ammodernamento o realizzazione di un impianto sportivo, come – sotto il profilo del rischio - la proposta sia influenzata fortemente dalle dimensioni dell'opera, dalla sua localizzazione, dallo sfruttamento della medesima e via dicendo; questi fattori (che evidentemente influiscono sulla scelta preliminare tra il recupero o la realizzazione di un nuovo impianto) comportano quindi ulteriori rischi specifici, correlati alla particolare tipologia dell'intervento edificatorio e del servizio da gestire, che andranno adeguatamente valutati nel riconoscimento delle numerose misure di sostegno contenute nel D.Lgs n. 38 del 2021, per individuare un proporzionato bilanciamento tra l'investimento richiesto, i contributi pubblici erogati ed i vantaggi per la collettività.

2.1. La Finanza di progetto nella disciplina dell'impiantistica sportiva: analisi dei tratti comuni

Valgono anche per la descrizione della finanza di progetto le indicazioni di sintesi poste in premessa, per fornire un inquadramento utile alla comprensione della disciplina dettata per l'impiantistica sportiva³⁶.

La previsione dell'istituto, risalente ad un innesto operato dalla legge n. 415 del 1998 nell'archetipo normativo della legge Merloni (n. 109/1994), è stata declinata in differenti modelli nella successione dei vari Codici dei contratti pubblici³⁷.

elevare la concessione a strumento ordinario per la realizzazione di lavori e per l'erogazione di servizi; F. OLIVERIO, *Articolo 175*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 1451.

³⁶ La ricostruzione dei tratti morfologici del *project financing* pubblico è oramai dominio di vasti contributi e studi, difficile e poco utile qui da richiamare: tra i più recenti studi monografici si veda, D. SICLARI, *Il project financing nel Codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2019; D. DE DONNO, *Profili civilistici del project financing*, Ediz. Scientifiche, Napoli, 2022; G. L. PIETRANTONIO, *Il project financing tra pubblico e privato: problemi, scenari e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2018.

³⁷ La disciplina si è connotata, come osservato, per un percorso travagliato costellato di modifiche ed integrazioni nei vari Codici, in conseguenza di esigenze spesso contrapposte che, per un verso, erano tese ad assicurare la compatibilità comunitaria e la coerenza con i principi di concorrenza mentre, per altro verso, miravano ad incentivarne l'utilizzo in carenza di adeguate risorse pubbliche; M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urb. app.*, 2023, p. 414 ss.

L'attuale assetto normativo prevede una disciplina, per alcuni aspetti, innovativa rispetto al passato, contenuta negli articoli 193-195 del Codice.

Com'è evidente, attraverso la sua collocazione all'interno della disciplina della concessione, il legislatore precisa che non si tratta di un autonomo contratto di partenariato pubblico privato (come peraltro veniva indicato dall'art. 180, comma 8, del previgente Codice) ma di un'articolata procedura bifasica di scelta del progetto e di affidamento del contratto concessorio³⁸.

Con la riforma del nuovo Codice, essendo stata espunta la modalità ad iniziativa pubblica, il *project financing* si connota per poter essere avviato solo su iniziativa degli operatori economici privati; rimane, tuttavia, la facoltà per l'amministrazione di sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative che risultino presenti nel programma triennale delle esigenze pubbliche di cui all'art. 175 (art. 193, comma 11). Novità rilevante, rispetto al previgente Codice, è la qualifica del soggetto proponente, vale a dire quella di "operatore economico"; scompare dunque ogni preliminare requisito, finanziario e di volume di attività ed anche la qualifica giuridica risulta irrilevante³⁹.

La procedura, a differenza di quanto previsto per le tre fasi di valutazione, di approvazione del progetto e di indizione della gara indicate nel D.Lgs n. 38/2021, viene ad articolarsi in due sub-procedimenti che, pur mantenendo una struttura autonoma, sono legati evidentemente da un nesso funzionale per l'aggiudicazione dell'opera.

La prima fase, quindi, concerne la verifica dell'ammissibilità della proposta, dei requisiti del promotore e di tutti gli elementi a corredo di quest'ultima per valutare la corrispondenza di un interesse pubblico al progetto presentato.

³⁸ G. BRUNO, *Articolo 193*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 1534; per una recente ricostruzione dogmatica dell'istituto, B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, I, p. 111.

³⁹ La definizione - alquanto ampia - di operatore economico è contenuta nell'Allegato I1, art. 1, lett. l) del Codice e recita: "qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica".

E questa è un momento caratterizzato da ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione sia nella scelta del promotore che nella valutazione del progetto: con riferimento alla scelta del promotore, la giurisprudenza ha più volte affermato che non si tratta di “un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto [di] uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce, di concerto con il privato, un obiettivo di interesse pubblico da realizzare” rimanendo comunque in capo alla amministrazione la facoltà di non procedere con la procedura di gara⁴⁰.

L'iniziativa deve essere corredata di una serie di documenti da allegare alla proposta quali un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione ed il piano economico finanziario asseverato (documenti in parte comuni alla proposta nell'ambito sportivo). Rispetto al passato non vengono più richieste le autodichiarazioni del possesso dei requisiti, sotto il profilo soggettivo, né vengono riproposti i filtri di natura economica per l'ammissione della proposta quale la cauzione pari al 2% del costo delle opere e l'impegno a prestare una cauzione in una misura non superiore al 2,5% del valore dell'investimento nel caso di indizione della gara⁴¹.

40 In merito al progetto di finanza ad iniziativa privata, “la prima fase pre-procedimentale, funzionale alla fattibilità di una data opera ed incentrata sull'interesse pubblico in relazione a tale opera, è fase ad elevata discrezionalità non sindacabile nel merito, a fronte della quale il privato promotore vanta mere aspettative di fatto, accollandosi il rischio che la proposta non vada a buon fine. Ne consegue che in tale fase alcun ragionevole affidamento può ritenersi ingenerato in capo al proponente, dovendosi ritenere che dalla proposta formulata non può che originare un'unica mera aspettativa, inidonea a dar luogo ad una responsabilità contrattuale, in assenza di un comportamento dell'amministrazione contrario ai principi di buona fede intesa in senso oggettivo”; Cons. St., V, ord. 7 giugno 2023, n. 5615 e Cons. St., III, 19 settembre 2022, n. 8072.

41 Come osservato, scompare, nel nuovo Codice, l'obbligo di presentazione della cauzione pari al 2,5 % dell'ammontare dell'investimento previsto, la cui previsione era “difficilmente riconducibile ad uno specifico interesse pubblico” e “rischiava di costituire un rilevante disincentivo alla presentazione di proposte, anche tenuto conto del fatto che, troppo spesso, protraendosi la fase di valutazione della fattibilità oltre i tre mesi previsti dalla legge, i proponenti si trovavano costretti a rinnovarla per periodi di tempo lunghi (e incerti)”; L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, cit., p. 371.

Parimenti, viene eliminato ogni riferimento al programma triennale contenuto nel vecchio Codice, sicché nel regime vigente gli operatori economici sono liberi di presentare proposte sia su iniziative non presenti negli strumenti di programmazione sia su iniziative presenti, proponendo diverse modalità di realizzazione⁴². Nella seconda ipotesi, non v'è dubbio che la presenza di un intervento conforme ad operazioni ivi contenute possa effettivamente incidere sui margini di discrezionalità in capo all'amministrazione, quanto - ad esempio - alla valutazione positiva della sussistenza di un pubblico interesse alla realizzazione dell'opera. La valutazione della fattibilità tecnica ed economica della proposta deve comunque svolgersi in contraddittorio con il soggetto proponente ed eventualmente, in caso di più proposte, attraverso un'analisi comparativa dei differenti progetti al fine di pervenire ad una dichiarazione di fattibilità e all'approvazione del progetto selezionato (art. 193, commi 1 e 2).⁴³

In questo contesto, il ruolo centrale è di certo posto nel contenuto del piano economico finanziario ai fini del trasferimento del rischio dove, nella disciplina sull'impiantistica sportiva, assume contorni molto articolati in riferimento alla natura dell'intervento e alle correlate possibilità di un sussidio pubblico, diretto e indiretto, che - come vedremo - trova il proprio limite esterno nell'evitare una sterilizzazione dell'assunzione del rischio unitamente ad un limite interno, nell'assicurare la sostenibilità anche gestionale del progetto proposto.

42 Come affermato chiaramente nella Relazione di accompagnamento al Codice "è il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato, sia in 'corporate financing', sia in 'project financing'; Cons. Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" III, Relazione agli articoli e agli allegati, 7 dicembre 2022, pag. 203.

43 La valutazione di fattibilità non implica la necessaria rispondenza della proposta all'interesse pubblico, in quanto una proposta può risultare fattibile solo sotto il profilo tecnico, economico, giuridico, gestionale ma non essere di pubblico interesse se comparata ad una diversa proposta, riguardante la realizzazione della medesima opera pubblica, che appare maggiormente di pubblico interesse sotto almeno uno dei profili indicati dalla norma (perché per esempio prevede tariffe più basse per l'utenza, una migliore accessibilità al pubblico, una qualità progettuale superiore ecc.); M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urb. app.*, 2023, p. 416.

Quanto invece al procedimento di gara, questo trova pieno accoglimento da parte del D.Lgs n. 38/2021, sicché per non duplicare l'analisi si rinvia a quanto successivamente descritto in merito alle condizioni di svolgimento della procedura selettiva e di garanzia riconosciuta al soggetto proponente. Con riferimento a quest'ultimo profilo, merita un breve cenno al dibattito insorto sulla portata del diritto di prelazione in capo all'operatore proponente. La sua previsione è stata intesa come ostacolo alla partecipazione di operatori terzi alla fase di gara, tanto che Anac ha denunciato l'esistenza di "una sostanziale posizione di monopolio del promotore"⁴⁴. Secondo il Consiglio di Stato, nella Relazione al Codice, si sarebbe potuto prevedere che l'ente concedente potesse disporre in fase di bando, in alternativa al diritto di prelazione, un riconoscimento al promotore di un punteggio premiale (c.d. sistema alla cilena)⁴⁵. Tale soluzione è stata tuttavia scartata dal testo definitivo del Codice, per cui la previsione attuale non presenta soluzioni di continuità con quella del Codice dei contratti pubblici precedente.

3. Le convergenze del D.Lgs n. 38/2021 verso il principio di risultato

Il D.Lgs. n. 38/2021 si inserisce quindi in una manovra complessa e generale di riassetto dell'ordinamento sportivo, e mira a dettare una disciplina organica "in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi" (epigrafe del Decreto), assumendo per la prima volta il compito di fornire una chiara e sistematica cornice

⁴⁴ Comunicato del Presidente ANAC del 12 gennaio 2022. Di contrario avviso, il parere di chi considera lo strumento della prelazione rivestire ancora nel nuovo Codice "un ruolo fondamentale per garantire l'effettività dell'istituto del *project financing* e incentivare la presentazione di proposte progettuali innovative"; L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in *Giur. dir. amm.*, 2024, 259.

⁴⁵ Relazione agli articoli e agli allegati, 7 dicembre 2022, pag. 231, in ALBERTO GIOVANNINI, cit., 13.

di norme per la “costruzione, ristrutturazione, gestione e sicurezza degli impianti sportivi, compresi quelli scolastici” (art. 1)⁴⁶.

L’obiettivo di avviare una programmazione costante concernente il rinnovo degli impianti sportivi ha quindi trovato un quadro normativo che in parte riunisce le precedenti disposizioni (nel frattempo abrogate dal Decreto) ed in parte innova e precisa ulteriormente la disciplina, fornendo un assetto organico di regolazione principalmente su (i) nuove misure di contenimento dei termini (rispetto alla previgente disciplina) per le varie fasi di autorizzazione degli interventi di ammodernamento o costruzione degli impianti sportivi, (ii) forme semplificate delle modalità di svolgimento della Conferenza di servizi (iii) incentivi per assicurare la sostenibilità sul piano economico-finanziario le iniziative di investitori privati.

Come di seguito spiegato, la sintesi ottenuta porta ad una disciplina con molti tratti di specialità, pur mantenendo, in ragione, tra l’altro, del centrale coinvolgimento sin dal momento della progettazione di un operatore economico, forti collegamenti (e a volte espressi richiami) al Codice dei contratti, in particolare al Titolo IV in materia di finanza di progetto (artt. 193 e ss.)⁴⁷. Con riferimento a quest’ultimo, è stata avanzata una ricostruzione, come già richiamata, concernente il contenuto del pubblico interesse e la gerarchizzazione delle sue dimensioni rilevanti mediante un’attività ermeneutica di tipo dogmatico⁴⁸. La lettura proposta sui principi che ispirano il Codice porta all’emersione di un criterio di graduazione (o di bilanciamento ulteriore alla regola generale della

46 Tra le prime analisi dedicate al Decreto, si segnalano: G. L. PIETRANTONIO, *Il project financing pubblico quale strumento metodologico per l’edificazione di nuovi impianti calcistici? Profili, scenari e prospettive*, cit.; M. C. POLLICINO, *Gli impianti sportivi*, cit., p. 136; A. CONTE, *L’affidamento diretto degli impianti sportivi: un bilanciamento complesso*, in *Urb. app.*, 2024, p. 302.

47 Sulle modalità di elaborazione in termini di programmazione e progettazione, risultano ancora attuali le riflessioni in A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 2018, I.

48 Il rilievo assume particolare pregnanza anche perché la legislazione dei contratti pubblici previgente non ha mai indicato espressamente la causa funzionale del potere, vale a dire il contenuto del pubblico interesse che i procedimenti ad evidenza pubblica debbono essere preordinati a conseguire; L. R. PERFETTI, *Articolo 1*, in ID. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 6 ss.

ragionevolezza) che definisce, mediante la posizione d'apice del principio di risultato, gli elementi di orientamento interpretativo per le attività corrispondenti alle fasi di preparazione, di selezione del contraente ed esecuzione del contratto⁴⁹.

Si perviene così ad affermare il nucleo di interesse pubblico che caratterizza l'attività selettiva e valutativa nonché lo scopo della formalizzazione negoziale dell'intervento, che consiste nell'interesse realizzativo da parte dell'amministrazione⁵⁰.

Non si fatica a cogliere un diretto collegamento con le finalità espresse all'interno del Decreto, laddove il risultato finale (che si articola nella realizzazione di un impianto o nell'ammodernamento di uno esistente e nella gestione di un servizio efficiente ed economicamente sostenibile) si colloca in una posizione apicale e prioritaria rispetto agli altri principi ed obiettivi espressi o contenuti in discipline che intersecano il settore dell'edilizia sportiva.

Per quanto il Decreto sia precedente al Codice e non menzioni espressamente il principio di risultato, non si fatica a cogliere come la *ratio* della disciplina converga verso quest'ultimo punto di orientamento, in quanto rappresenta la sintesi legislativa del soddisfacimento dei bisogni primari legati al “valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico della pratica sportiva” (art. 33 Cost.): ogni attività di valutazione del progetto, di approvazione e di esecuzione negoziale manifesta una chiara convergenza verso lo scopo pre-

49 L. R. PERFETTI, *Articolo 1*, cit., p. 7 ss.; altri autori, invece, pur riconoscendo nella centralità del principio di risultato “un cambio di paradigma politico, ideologico, assiologico, persino filosofico” del nuovo codice, ritengono che il risultato non sia un vero e proprio principio, “ma semmai la conseguenza del rispetto di altri principi, quali quello del buon andamento e dei tre corollari dell'efficacia, efficienza ed economicità, come espressamente enunciato dal comma III [dell'art. 1], che devono presiedere il perseguimento dell'interesse primario nella ponderazione con altri interessi secondari pubblici e privati: sicché il risultato rappresenta, più che un principio, “un modello organizzativo”; D. DIMATTEO – M. PROTTO, *Articolo 1*, in F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 4 ss.

50 In termini, L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., p. 9, e più diffusamente ID., *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Edit. Scientifica, 2020, p. 143 ss.

dominate di pubblico interesse “reificato” nella realizzazione dell'intervento edilizio sportivo.

3.1. L'ambito oggettivo

La rilevanza degli obiettivi individuati e l'urgenza del loro raggiungimento si riverberano sin dalla elezione dell'ambito oggettivo, connotato da confini molto estesi: all'art. 1, difatti, viene espresso un ampio perimetro di operatività della disciplina, per cui, nella direzione segnata dalla legge delega n. 86 del 2019, il Decreto si rivolge, per la prima volta, all'intero ciclo di vita degli impianti sportivi. Gli interventi contemplati infatti concernono sia operazioni circoscritte - come la costruzione e la ristrutturazione -, che fasi dinamiche e continuative come la gestione (con la correlata manutenzione) e la sicurezza dell'impiantistica sportiva, compresa anche quella scolastica.

Il perimetro applicativo si estende, inoltre, ad ogni tipologia di impianto sportivo, sia quelli di proprietà pubblica che quelli di proprietà privata. Per questi ultimi, non vi sono particolari vincoli funzionali né sulla titolarità né sulla gestione (fatte salve le comuni regole di sicurezza da rispettare), mentre se la loro realizzazione beneficia di forme di sussidio pubblico, possono essere previste misure che ne condizionano la libera disponibilità⁵¹.

Per tali ragioni, si precisa sin d'ora che l'analisi che segue sarà improntata sul regime delle operazioni economiche concernenti impianti sportivi pubblici, salvo alcuni specifici ed espressi riferimenti alla peculiarità del regime privatistico delle strutture e della loro gestione.

Gli impianti pubblici vengono inquadrati nella categoria dei beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 826 c.c., in quanto destinati, come osservato da costante giurisprudenza, al vincolo funzionale in favore dell'utilizzo indifferenziato da parte dei cittadini⁵². Per questi beni, la costituzione di diritti reali di godimento (come il diritto di superficie e il diritto di usufrutto) non ri-

⁵¹ M. C. POLLICINO, *Gli impianti sportivi*, cit., p. 136. Per una disamina sulla classificazione degli impianti sportivi e sulle relative forme di gestione, V. PORZIA, *Gli impianti sportivi pubblici*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, 1, p. 99 ss.

sulta incompatibile con il regime della indisponibilità, atteso che va garantito sempre lo specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico⁵³.

Il Decreto conferma il suo approccio "olistico" anche nella nozione giuridica fornita per impianto sportivo: all'art. 2, difatti, si intende ogni "struttura, all'aperto o al chiuso, preposta allo svolgimento di manifestazioni sportive, comprensiva di uno o più spazi di attività sportiva dello stesso tipo o di tipo diverso, nonché di eventuali zone spettatori, servizi accessori e di supporto" (lett. d)⁵⁴.

Le strutture sportive vengono classificate in relazione alla loro capienza di spettatori ed è possibile ricavare dal Decreto tre tipologie dimensionali, che incidono – come vedremo – sugli aspetti normativi di gestione (anche commerciale dell'area) oltre che sulle tecniche progettuali di sicurezza. La forma più ridotta prevede una capienza minima di 500 posti al coperto e di 2.000 posti allo scoperto fino a 5.000 posti complessivi (comma 15, art. 4); segue una struttura "media" che può vantare una capienza tra i 5.000 e i 16.000 posti (comma 3, art. 4); infine le strutture grandi assicurano una capienza superiore a 16.000 posti (comma 3, art. 4).

Il dimensionamento dell'impianto sportivo riveste un'ulteriore e delicata implicazione in relazione a quella suddivisione che solitamente si applica ai progetti realizzabili generalmente tramite PPP. Come già richiamato, questi ultimi vengono classificati secondo tre principali tipologie: opere "calde", "fredde" e "tiepide", in base alla redditività dell'intervento e alla capacità remunerativa ge-

52 Da ultimo, Cons. St., sez. V, 5.02.2021, n. 1089 per cui "gli impianti sportivi di proprietà comunale appartengono al patrimonio indisponibile dell'ente, ai sensi dell'art. 826, ultimo comma, c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive, e la loro gestione può essere effettuata dall'Amministrazione pubblica competente in forma diretta oppure indiretta, mediante affidamento a terzi individuati con procedura selettiva".

53 Pur rappresentando, per la giurisprudenza, una fattispecie complessa di concessione, "la deliberazione del comune, di concedere, su aree costituenti il proprio patrimonio indisponibile, un diritto di superficie (...) istituiscono tra concedente e concessionario un rapporto unitario"; Cass. civ., SS. UU., 4 ottobre 2000, n. 1055.

54 Viene così ripresa la perimetrazione della definizione già indicata nel d.m. 18 marzo 1996 e d.m. 6 giugno 2005.

nerato dalla gestione⁵⁵. L'odierna disciplina supera quella obiezione sollevata in merito alla precedente disciplina, secondo cui, tra le varie limitazioni anche sistemiche, ometteva la previsione di un regime differenziato tra gli impianti di medie dimensioni rispetto a quelli grandi; in altri termini, si riconduceva ogni struttura sportiva all'interno di un'unica disciplina senza un'opportuna e necessaria distinzione tra quelle che abbiamo visto consistere in opere "tiepide" (e quindi bisognose di sostegno pubblico) e opere "calde" (potenzialmente remunerative dell'investimento complessivo)⁵⁶. La flessibilità del progetto, sotto il profilo della sostenibilità economico-finanziaria, permette al proponente, nell'attuale cornice normativa, di usufruire di svariate misure di supporto che vanno dai tradizionali strumenti di contribuzione pubblica a forme più strutturate a sostegno della realizzazione e della gestione dell'impianto (opere complementari, sfruttamento delle aree pertinenti, agevolazioni fiscali, utenze calmierate). In questo senso, le numerose e cumulabili forme di agevolazione e

⁵⁵ Le opere pubbliche cosiddette "calde" sono quelle per le quali è possibile imporre prezzi e tariffe all'utente e generare così flussi di cassa in misura tale da rendere il progetto remunerativo dell'investimento richiesto. La sostenibilità economico-finanziaria porta alla previsione di ricavi derivanti dalla gestione di tali opere che consentono un integrale recupero dei costi di investimento nell'arco della vita della concessione e la remunerazione dei capitali privati attivati. Tra queste, si annoverano oltre ad opere concernenti la viabilità ed i trasporti, l'energia, impianti di smaltimento di rifiuti solidi urbani ed industriali, gli impianti sportivi che tuttavia, in base al loro dimensionamento e collocazione possono rientrare in alcuni casi nella categoria seguente di opere "tiepide".

Queste ultime, difatti, richiedono una componente di contribuzione pubblica per garantire l'equilibrio economico-finanziario del progetto, ma che possono, comunque, generare un flusso di capitali tale da risultare appetibili per l'operatore privato. In questi casi, la contribuzione pubblica ha un ruolo accessorio rispetto alla remunerazione dell'opera da parte dei proventi della gestione.

Le opere cosiddette "fredde" si connotano, invece, per la predominanza della valenza sociale, con esclusione dell'applicazione di prezzi e tariffe - se non in misura irrisoria- tali da consentire una redditività del progetto per far fronte ai bisogni dell'utenza. Queste opere non sono in grado di generare un flusso di cassa tale da consentire il rimborso degli investimenti effettuati (si pensi alla costruzione di carceri, scuole, uffici o ospedali). Qualora la gestione venga esternalizzata, si procede solitamente con un rapporto concessorio in cui il privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione, sicché la remunerazione viene tratta esclusivamente (o principalmente) da pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione; P. CARRIÈRE, *Finanza di progetto (Project financing) (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 599.

⁵⁶ Si evidenzia come il legislatore non abbia colto "le oggettive diversità di questi due tipi di infrastrutture"; G. L. PIETRANTONIO, *Il project financing pubblico quale strumento metodologico per l'edificazione di nuovi impianti calcistici? Profili, scenari e prospettive*, cit., p. 845.

contribuzione pubblica rappresentano un'ampia gamma di misure per compensare la "temperatura" dell'opera, in quanto assicurano nei diversi gradi di intensità del beneficio pubblico, una pregnante sostenibilità degli investimenti richiesti, con il solo limite, come già visto, della gestione dei rischi che vanno allocati in capo al soggetto proponente e che ovviamente non possono essere "sterilizzati" dai benefici complessivamente riconosciuti dall'amministrazione.

3.2. Il "criterio di riparto" della disciplina maggiormente semplificata nei rapporti Stato-Regioni

Il settore dell'impiantistica sportiva complessivamente inteso afferisce a numerose competenze ripartite tra Stato e Regioni e presenta, in sede applicativa, non poche possibilità di contrasto con le previsioni urbanistiche di contenimento del consumo del suolo che in modo sempre più diffuso si riscontrano nelle normative regionali.

Nella sua accezione più puntuale, la disciplina delle strutture sportive rientra, secondo l'orientamento della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Carta, nella materia dell'ordinamento sportivo di cui all'art. 117, terzo comma Cost.⁵⁷

Il Decreto si occupa del coordinamento legislativo all'art. 3, a riprova del fatto che il settore dell'impiantistica sportiva si regge su un delicato equilibrio di competenze e che un loro contrasto potrebbe vanificare gli sforzi uniformanti e propulsivi che si prefigge la riforma⁵⁸. La lettura della disposizione, tuttavia, necessita di un'operazione ermeneutica che, se condivisa, può rappresentare un criterio di appianamento di ogni possibile contrapposizione.

⁵⁷ Sui rapporti legislativi in materia tra Stato e Regione, la Suprema Corte ha chiarito che "non è dubitabile che la disciplina degli impianti e delle attrezzature sportive rientri nella materia dell'ordinamento sportivo e che in merito alla stessa operi il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni sancito dall'art. 117, terzo comma, della Costituzione"; Corte cost., 29 dicembre 2004, n. 424.

⁵⁸ Lo schema di Decreto aveva peraltro raggiunto la preventiva intesa all'interno della Conferenza unificata del 25 gennaio 2021, con l'accoglimento da parte del Governo delle proposte emendative delle Regioni oltre che di Anci e Upi.

L'art. 3 dichiara di conformare le proprie norme agli ambiti di competenza fissata dall'art. 117 Cost.: le disposizioni vengono ricondotte (senza una netta distinzione e, dunque, in base al loro contenuto) sia all'esercizio della competenza esclusiva statale, in materia di ordine pubblico e sicurezza, sia all'esercizio della competenza concorrente, in materia di ordinamento sportivo e governo del territorio (comma 1, art. 3).

Se nel primo ambito possono certamente ricondursi le previsioni sulla sicurezza degli impianti, che devono evidentemente garantire un'uniformità a livello nazionale, il secondo, invece, mantiene aperta la questione ricostruttiva del raccordo tra fonte statale e regionale⁵⁹.

A tal fine è utile precisare che, a fronte di un contenuto generale della materia "ordinamento sportivo" con ampi spazi di intervento della potestà regionale per la gran parte delle componenti ed attività sportive, si è registrato un orientamento piuttosto "sbilanciato" della giurisprudenza costituzionale in materia di impianti e attrezzature sportive a favore della competenza statale, anche in ragione della conformità a standard internazionali delle competizioni e dell'unitario esercizio dei medesimi *ex art. 118 Cost.*⁶⁰.

⁵⁹ Prima della revisione costituzionale operata dalla l. cost. n. 3 del 2001, la Corte aveva ripartito le competenze legislative sulle attività sportive a seconda della sussistenza o meno del carattere agonistico delle stesse: le prime ricadevano nella materia "ordinamento sportivo", di competenza statale e degli organi dello sport, mentre le seconde erano di attribuzione regionale, in base all'art. 56 del d.P.R. 616: "la vera e unica linea di divisione fra le predette competenze è quella fra l'organizzazione delle attività sportive agonistiche, che sono riservate al C.O.N.I., e quella delle attività sportive di base o non agonistiche, che invece spettano alle regioni. La ripartizione delle competenze sugli impianti e sulle attrezzature è del tutto consequenziale alla precedente distinzione, nel senso che, mentre lo Stato è pienamente legittimato a programmare e a decidere gli interventi sugli impianti e sulle attrezzature necessari per l'organizzazione delle attività sportive agonistiche, le regioni vantano invece la corrispondente competenza in relazione all'organizzazione delle attività sportive non agonistiche" (sent. 17 dicembre 1987, n. 517). Nel 2004 la Corte, come sopra indicato, assume un orientamento differente, riconducendo tutte le discipline suddette all'interno della materia "ordinamento sportivo", con alcune perplessità sollevate per aver incluso "in via generale la disciplina degli impianti sportivi a carattere sociale in una materia che con essi ben poco c'entra"; R. BIN, *Quando la Corte prende la motivazione "sportivamente"*, in *Le Regioni*, 2005, p. 607.

⁶⁰ Sempre secondo la sentenza n. 424/2004, la Corte ha precisato difatti che "lo Stato deve limitarsi alla determinazione, in materia, dei principi fondamentali, spettando invece alle regioni la regolamentazione di dettaglio, *salvo una diversa allocazione, a livello nazionale, delle funzioni amministrative, per assicurarne l'esercizio unitario, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 118 comma 1 cost.*".

Si ponga poi l'attenzione al successivo secondo comma dell'art. 3, a mente del quale il Decreto precisa che “le Regioni a statuto ordinario esercitano nelle materie disciplinate dal presente provvedimento le proprie competenze, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, *nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalla legge 8 agosto 2019, n. 86 e dal presente decreto*”⁶¹.

I principi adottati dalla legge delega ed dal Decreto n. 38/2021, non portano ad una elezione anelastica della normativa prevalente, ma si contraddistinguono per una scelta flessibile e piuttosto inedita della fonte di volta in volta applicabile, peraltro in continuità con le scelte legislative passate⁶².

Il criterio prescelto, piuttosto innovativo, è espresso nel comma 18, art. 4 che dispone: “resta salvo il regime di maggiore semplificazione previsto dalla normativa vigente in relazione alla tipologia o dimensione dello specifico intervento promosso”.

La norma pare voler superare la rigidità della relazione tra le competenze ripartite tra Stato e Regioni, e, senza negare in astratto una competenza concorrente, sembra perseguire l'obiettivo - riconducibile evidentemente al sotteso principio di risultato-, di assicurare, secondo un parametro dinamico e flessibile, la regolamentazione più adeguata al soddisfacimento del prevalente interesse pubblico realizzativo. In altri termini, il principio espresso (che, come noto, vincola il legislatore regionale nella conformazione dell'esercizio della competenza concorrente) focalizza nel risultato finale l'obiettivo della riforma sulla disciplina dell'ammodernamento degli impianti sportivi, ponendo in termini stru-

61 Quanto invece alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, le disposizioni del Decreto, sono applicabili compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione (il comma 3 dell'art. 3).

62 Si ricorda, difatti, come nella prima parte del comma 304, l. n. 147/2013 si esplicitava la *ratio* dell'intervento legislativo nazionale di semplificazione delle procedure amministrative per favorire la costruzione di impianti sportivi, congiuntamente al bilanciamento degli interessi compiuto dall'art. 62 L. n. 96/2017, attraverso gli incentivi edificatori previsti. Al contempo, alla lett. e) del comma 304 si prevedeva che la normativa vigente (vale a dire, nel caso di specie, quella regionale) prevalessesse rispetto a quella speciale nazionale, solamente se risultasse maggiormente semplificata in riferimento alla tipologia o dimensione dello specifico intervento promosso.

mentali la strada normativa e procedimentale con cui si persegue tale finalità, purché venga assicurata nel modo più celere e rapido possibile.

Il richiamo nel comma 18 alla “normativa vigente”, del resto, non può che convalidare la trasversalità della previsione rispetto a discipline (nazionali o regionali) che ineriscono l’oggetto del Decreto, con una valutazione, di fatto, in capo al proponente del percorso procedimentale che intende attivare per il singolo intervento (a cui corrisponde un obbligo dell’amministrazione di non ostacolare la scelta con l’applicazione di normative locali meno conformi alle finalità di semplificazione e concentrazione).

4. I tratti di “specialità” delle procedure di valutazione, di approvazione e di affidamento

Il Capo II del Decreto viene rubricato “Procedimento amministrativo”, anche se la relativa disciplina è contenuta nell’unico e piuttosto complesso articolo 4, mentre le altre disposizioni (artt. 5-7), come vedremo, attengono a profili distinti e autonomi rispetto all’attività procedimentalizzata.

L’art. 4, quindi, contiene al suo interno una lunga e intricata trama narrativa per la disciplina dell’*iter* finalizzato all’affidamento per ammodernare il parco impiantistico sportivo o realizzare nuove strutture sportive.

Sin da subito occorre sottolineare come la disposizione in commento viene rubricata con una triade di criteri che colloca l’intera normativa su un versante di “specialità”, per cui l’intitolazione dell’art. 4 “misure di concentrazione, accelerazione e semplificazione” rivolto alle procedure amministrative indicate, rappresenta il corollario di una decisa volontà nell’obiettivo di non fallire. Non occorre soffermarsi sulla spiegazione di tali criteri, oramai di comune ed immediata comprensione; tuttavia, non si può non rilevare come la loro “coralità” porti a rafforzare non solo il carattere di urgenza dell’intervento legislativo nazionale in ragione di una situazione impiantistica (come visto, gravemente deficitaria), ma soprattutto intende assicurare la conclusione del percorso procedimentale e con esso l’effettiva realizzazione dell’opera, superando

ogni possibile blocco “all’ultimo miglio”. Difatti, come spesso accade nel nostro ordinamento, all’individuazione di un preminente interesse pubblico e alla pressante necessità di perseguirlo (tutti bisogni determinanti la scelta di un criterio di “accelerazione” verso l’intera attività), si contrappongono situazioni normative complesse che rallentano oltre modo o inibiscono le correlate iniziative edificatorie (di qui, l’esigenza di elaborare un modello autonomo e adeguato alle esigenze realizzative) ⁶³.

Per tali ragioni, l’interesse pubblico realizzativo non assume solamente una portata ordinante nell’affermazione di una prevalenza del principio di risultato, bensì definisce, partendo dall’esito finale, il modello procedimentale attraverso una scansione di tempi e attività adeguate e strumentali alla effettiva conclusione dell’intervento materiale.

È necessario, pertanto, inquadrare correttamente il fondamento delle misure “speciali”, che verranno tra poco esaminate.

Ad un primo sguardo, la disciplina sembra riconducibile a quel parametro, lucidamente individuato, che riconduce gli ormai “quotidiani” interventi di semplificazione (originata dalle molteplici attività legate ai programmi del PNRR⁶⁴) tra operazioni necessarie e doverose, per assicurare decisioni conformi ai principi generali dell’agire amministrativo ovvero – all’opposto – tra operazioni dannose, in quanto appianano situazioni complesse in modo inadeguato e sommario⁶⁵.

63 Proprio per questo, la costruzione di un sistema attraverso una gerarchia di principi a partire da quello di risultato, proposta per il Codice dei contratti e – come sostenuto – estendibile al Decreto in esame, vuole proprio evitare situazioni di tensione fra due o più principi in assenza di criteri di ponderazione o prevalenza, con l’effetto di assegnare un significato alle norme da parte della amministrazione o della giurisprudenza in gran parte incontrollabili razionalmente: “infatti, basterà evocare l’interesse pubblico in forma generica ovvero enfatizzare un profilo, per legittimare le più diverse letture di istituti controversi”; L. R. PERFETTI, *Articolo 1*, cit., p. 11.

64 Nella prospettiva di un rinvigorimento del governo pubblico economico, A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del Pnrr*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 441; per una ricostruzione delle problematiche legate ai profili di tutela, A. BARONE, *Il sindacato sugli atti di pianificazione o programmazione, con particolare riferimento al PNRR*, in *Il processo*, 2023, p. 383.

65 Semplificazioni e accelerazioni degradano verso un rischio autoritario qualora non intervengano ad eliminare complicazioni inutili o eliminino sequenze procedurali preordinate alla cura di interessi rilevanti e non derogabili; L. R. PERFETTI, *Derogare non è*

A ben vedere il Decreto presenta una struttura, come già in parte percepito dalle considerazioni svolte, con desinenze che possono inquadrarsi in entrambi gli ambiti sopra indicati: ciò si rinviene, a titolo esemplificativo, nell'intendimento di superare o comunque rendere recessivi i vincoli architettonici per le strutture sportive che necessitano di adeguamento o nuovi standard di sicurezza (come scelta appunto doverosa); o di riduzione, forse eccessiva, dei termini di svolgimento delle procedure con intenti acceleratori implausibili con il fascio di interessi che vanno bilanciati soprattutto per operazioni economiche complesse (quale scelta "dannosa").

Tuttavia, i tratti complessivi di questa disciplina sull'impiantistica sportiva sembrano confermare un modello maggiormente "corale", non pienamente riconducibile al binomio qualificativo proposto tra doverosità e dannosità delle semplificazioni. Difatti, la meccanica decisionale non si alimenta nella lineare applicazione della disciplina (semplificata o derogatoria) con effetti sulla "qualità" delle scelte adottate dall'amministrazione e sui risvolti di tutela che ne conseguono. Il Decreto, come altre discipline proprie del regime di PPP, involge l'utilizzo di ulteriori coordinate che individuano nell'operatore economico privato uno speciale dinamismo nelle procedure e nelle decisioni dell'amministrazione. La collocazione di quest'ultimo non è quella di uno spettatore passivo che riceve una più o meno intensa soddisfazione dei propri bisogni rispetto ad una scelta tra una procedura ordinaria (insoddisfacente) ed una procedura alternativa (semplificata o derogatoria).

Il proponente assume il ruolo di propulsore dell'agire amministrativo, di interprete di un interesse pubblico conciliante con i propri interessi imprenditoriali, di gestore di servizi che derivano spesso da precedenti esperienze pubbliche finanziariamente troppo gravose; in altri termini, si tratta di un posizionamento centrale del privato nelle scelte di sviluppo e di ammodernamento di questo specifico settore, che comporta moduli di analisi e di scelte quanto più

semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici, in Urb. App., 4/2022, p. 442 ss.

flessibili e adeguate alle duttilità proprie del diritto comune. Si tratta, insomma, di trovare una terza via tra la necessità di semplificare i percorsi ordinari non più adeguati e scongiurare il ricorso all'ipocrisia di fittizie soluzioni di snellimento procedurale, inattuabile per scelte intrinsecamente complesse. Questo tentativo non può comunque prescindere da un mutamento di prospettiva, attraverso un differente binomio che vede appunto un assetto procedimentale ordinario ed uno "speciale". Quest'ultimo è la risposta dinamica all'inefficienza statica del primo (in relazione a tempi, elaborazione di scelte e risultati), nel senso che ogni procedura "speciale" (dai procedimenti ai riti processuali) non rappresenta una soluzione alternativa dell'operare amministrativo, bensì indica una direzione di riforma di modelli inadeguati al perseguimento degli interessi pubblici preposti.

Sicché, con una sempre più frequente "sistematicità", la risposta legislativa ad una esigenza di snellimento e velocizzazione di attività già soggette a ordinarie forme di controllo e regolazione amministrativa, passa attraverso l'introduzione di discipline connotate dal carattere di specialità⁶⁶.

E così, anche la normativa sull'impiantistica sportiva, come meglio si vedrà, assume molteplici misure differenziate, che nel loro complesso delineano i tratti di una disciplina singolare. Per quanto la sequenza procedurale, come più volte richiamato, si basa sul paradigma normativo della finanza di progetto di cui al Titolo IV del Codice, si avrà modo di evidenziare le molte semplificazioni che il Decreto introduce nel procedimento disciplinato, anche in ragione della duttilità necessaria dell'operazione economica per ogni tipologia di intervento e di impianto sportivo.

Un primo e significativo tratto di specialità nei termini appena indicati, figura nell'esenzione contenuta nell'unica disposizione della normativa precedente al Decreto non abrogata dall'art. 12, vale a dire i commi 1-*bis* e 1-*ter*

⁶⁶ Sia permesso un rimando alle considerazioni più generali in A. CLINI, *Specialità e ordinarietà nei modelli di riforma del diritto amministrativo*, in *Studi Urbinati*, Nuova serie A, 2021, f. 3-4, p. 173 ss.

dell'art. 62 L. n. 96/2017. Con una scelta non priva di discussioni⁶⁷, ogni intervento su impianti esistenti e destinati ad accogliere competizioni agonistiche di livello professionistico è pressoché sottratto ai limiti di cui al Codice dei beni culturali nonché ai vincoli di valutazione ambientale e di compatibilità paesaggistica⁶⁸.

Venendo ora all'ordito dell'intera procedura, per comodità di analisi è possibile scomporla in tre distinti passaggi, con una parziale simmetria rispetto

67 Si tratta di un contrasto che spesso contrappone il progetto di ammodernamento pensato per ottimizzare la redditività sul piano economico alla "preservazione dei pregi architettonici o storici del bene, il che può rendere l'intervento proposto o non autorizzabile del tutto, oppure autorizzabile ma a condizioni notevolmente diverse rispetto a quanto previsto nel progetto stesso"; G. GARZIA, *L'ammodernamento degli stadi di interesse culturale. Il caso "Meazza" di Milano*, in *Riv. giur. edil.*, 2023, p. 412.

68 L'intervento beneficia di un regime speciale in deroga al procedimento di verifica e alla disciplina sulla dichiarazione dell'interesse culturale e di notevole interesse pubblico previsti nel Codice dei beni culturali; il comma 1-*bis*, art. 62 L. 96/2017 in merito "alle eventuali dichiarazioni di interesse culturale o pubblico già adottate", garantisce tuttavia il "rispetto dei soli specifici elementi strutturali, architettonici o visuali di cui sia strettamente necessaria a fini testimoniali la conservazione o la riproduzione anche in forme e dimensioni diverse da quella originaria". In tal caso, l'individuazione di tali elementi, qualora presenti, è rimessa al Ministero competente, "il quale ne indica modalità e forme di conservazione, anche distaccata dal nuovo impianto sportivo, mediante interventi di ristrutturazione o sostituzione edilizia volti alla migliore fruibilità dell'impianto medesimo". La valutazione ministeriale deve essere adottata entro il termine di 90 gg. "dalla richiesta del proprietario o del concessionario dell'impianto sportivo, prorogabile una sola volta di ulteriori trenta giorni per l'acquisizione di documenti che non siano già in possesso della sovrintendenza territorialmente competente e che siano necessari all'istruttoria. Qualora decorra tale termine senza che si completi la verifica, "il vincolo di tutela artistica, storica e culturale ricadente sull'impianto sportivo viene meno e cessano gli effetti delle dichiarazioni di interesse culturale eventualmente già adottate".

Il termine procedimentale determina quindi una piena consumazione del potere, con l'effetto di "liberare" l'impianto sportivo dal vincolo "relazionale-esterno".

Non solo: anche in sede di esercizio tempestivo della funzione, la valutazione sul valore testimoniale dell'impianto va condotta, secondo il comma 1-*ter*, con una ponderazione recessiva "rispetto all'esigenza di garantire la funzionalità dell'impianto medesimo ai fini della sicurezza, della salute e della incolumità pubbliche, nonché dell'adeguamento agli standard internazionali e della sostenibilità economico-finanziaria dell'impianto". Con estrema chiarezza, l'interesse pubblico preminente va collocato nell'ammodernamento dell'impianto sportivo per il quale i valori di tutela culturale degradano nel bilanciamento complessivo.

Ed infine, con una netta e concisa frase, il comma in commento completa il riconoscimento della specialità della disciplina estendendo il principio di recessività anche in capo ai profili di valutazione ambientale e di tutela paesaggistica: "la predetta esigenza prevalente rileva anche ai fini delle valutazioni di impatto ambientale e di compatibilità paesaggistica dell'intervento"; G. GARZIA, *Gli impianti sportivi di interesse storico e artistico. Regime di tutela e necessità di ammodernamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 2, p. 318.

alla procedura ad iniziativa privata che il Codice detta per la fattispecie del *project financing*⁶⁹.

Si tratta, in altri termini, di tre singoli procedimenti, dotati di una loro autonomia ma funzionalmente corrispondenti allo svolgimento delle tre principali fasi di ogni procedura (iniziativa, istruttoria e decisoria), per cui dal loro coordinamento si determina, pur con caratteristiche proprie e differenti, il complessivo *iter* di valutazione, approvazione e affidamento della realizzazione e gestione dell'impianto sportivo.

Il primo procedimento corrisponde all'iniziativa di un soggetto proponente che sottopone all'amministrazione competente un progetto di intervento edilizio per un impianto sportivo esistente o da realizzare *ex novo*; si tratta di una fase istruttoria che si svolge nella prima Conferenza di servizi definita per l'appunto preliminare.

Il secondo procedimento presuppone il gradimento precedentemente espresso dall'amministrazione destinataria della proposta e si avvia su presentazione del progetto definitivo che, dopo ulteriori attività istruttorie e valutative, potrà essere o meno approvato in una seconda Conferenza di servizi definita decisoria.

Infine, è prevista una procedura competitiva per l'affidamento dell'esecuzione e della gestione dell'impianto sportivo pubblico secondo il regime del Codice dei contratti pubblici in materia di finanza di progetto.

⁶⁹ Nella procedura sul *project financing* prevista dal Codice, come visto, la valutazione si articola in una fase interna dell'amministrazione ricevente la proposta, finalizzata alla eventuale indicazione della gara (la cui disciplina è richiamata nel Decreto sia per le regole di svolgimento che per le garanzie del soggetto promotore). Quanto invece al percorso valutativo, nel Decreto, a differenza del Codice, vengono previste due differenti conferenze di servizi per permettere non solo la conformità urbanistico-edilizia dell'opera, ma altresì il connesso rilascio, attraverso il verbale definitivo della conferenza decisoria, dei titoli edilizi e di tutte le autorizzazioni necessarie alle attività connesse, con particolare riferimento a quelle commerciali e a quelle esercitabili nelle opere complementari.

5. La fase iniziale: i soggetti

L'individuazione dei soggetti pubblici e privati che intervengono nella attività procedimentale può essere dedotta, assieme alla loro legittimazione e competenza, dal testo in commento (in particolare, al comma 1, art. 4).

Lo schema di iniziativa comporta, come normalmente previsto per le due forme generali di PPP di tipo “contrattuale” e di tipo “istituzionalizzato”, l'attivazione di un soggetto privato o di un soggetto istituzionale (in collaborazione con operatori economici e con gli enti pubblici interessati) per la formulazione di una proposta progettuale⁷⁰.

L'avvio procedimentale è riservato alla istanza di parte, sicché un operatore economico, definito “proponente”, presenta un progetto di *project financing* per la realizzazione di un intervento su un impianto sportivo esistente o da realizzare *ex novo*. La disciplina precisa, inoltre, che la proposta può essere avanzata assieme ad una o più associazioni o società sportive dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto sportivo. Queste ultime, definite dal Decreto

70 Tra i proponenti, accanto agli operatori economici privati e alle associazioni e società sportive, vanno pertanto ricompresi anche gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in L. n. 122/2010), i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015 e l'Istituto per il Credito Sportivo, anche in collaborazione con operatori economici e con le Amministrazioni interessate (comma 18-*bis*).

Viene mantenuta anche nel nuovo Codice la distinzione tra PPP di tipo contrattuale e di tipo istituzionale, che si articolano sulla comunanza delle caratteristiche generali previste dall'art. 174. Il primo modello, pur in assenza di una precisa nozione, viene a sua volta suddiviso tra forme tipiche e atipiche. Nel primo senso, corrisponde all'utilizzo di figure negoziali quali la concessione, il contratto di disponibilità e la locazione finanziaria (comma 3, art. 174). Sempre al comma 3, art. 174 viene previsto il principio di atipicità delle forme contrattuali partenariali, sicché la p.a. può procedere a operazioni di PPP anche con schemi contrattuali diversi da quelli espressamente nominati in precedenza.

Appare per la prima volta nel nuovo Codice il PPP istituzionalizzato che, secondo la definizione offerta dal Libro Verde della Commissione europea, implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato mediante la creazione di un “ente di scopo” o “società mista” volti al perseguimento dell'interesse pubblico. Lo schema differisce dal modello precedente proprio perché non si attua la scelta di fondo da parte dell'amministrazione di esternalizzare l'attività (*outsourcing*). La creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica è disciplinato dal D.lgs. n. 175/2016 (“Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica” o “TUSPP”) mediante una gara “a doppio oggetto” per l'individuazione del socio privato operativo della società mista e per l'affidamento del servizio/concessione (art. 17).

come soggetti giuridici affiliati ad una Federazione Sportiva Nazionale, ad una Disciplina Sportiva Associata o ad un Ente di promozione sportiva che svolge, senza scopo di lucro, attività sportiva, nonché la formazione, la didattica, la preparazione e l'assistenza all'attività sportiva dilettantistica (lett. a) comma 1, art. 2) ,possono essere legittimate, se utilizzatrici dell'impianto sportivo, anche ad assumere in autonomia il ruolo di soggetto proponente (comma 12, art. 4).

Qualora l'intervento sia realizzato su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti, viene richiesta un'ulteriore qualificazione per i soggetti proponenti, vale a dire il possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal Codice dei contratti pubblici (comma 6, art. 4)⁷¹.

Il soggetto destinatario della proposta è, in ragione della localizzazione territoriale dell'impianto da ammodernare o realizzare, il Comune competente (in base al luogo individuato per la realizzazione dell'impianto) o altro ente locale o pubblico interessato (nel caso di proprietà di un'Unione di Comuni o di un Consorzio pubblico; il successivo comma 4 menziona anche la Città metropolitana o la Provincia)⁷².

⁷¹ Il richiamo al Codice è principalmente rivolto, in questa parte del Decreto, all'art. 193 che, nel disciplinare le procedure di affidamento dei contratti in concessione, al comma 5 non identifica specifici requisiti, atteso che si limita a precisare che i concorrenti, compreso il promotore, siano in possesso dei requisiti previsti dal bando. Per dare senso al richiamo contenuto nel comma 6, art. 4 del Decreto, non essendo questa una fase ad evidenza pubblica bensì una fase valutativa affidata ad una conferenza di servizi, la qualificazione del soggetto proponente non potrà che essere vagliata attraverso i requisiti di carattere generale che escludono la condanna per una serie di delitti e illeciti professionali, tributari e contributivi (artt. 94 e 95 del Codice dei contratti); G. BRUNO, *Articolo 193*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 1532.

⁷² Per incrementare le conoscenze tecniche dei soggetti pubblici, il comma 18-ter dell'art. 4 prevede che "ai fini di rafforzare la capacità amministrativa delle amministrazioni interessate a perseguire gli obiettivi di ammodernamento e riqualificazione del patrimonio pubblico dedicato alla pratica sportiva anche attraverso le procedure di cui al presente decreto, l'Istituto per il Credito Sportivo è autorizzato a sottoscrivere convenzioni con le amministrazioni richiedenti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di assistenza tecnica". Occorre tuttavia tenere presente, secondo quanto chiarito con il parere Anac n. 9 del 28 febbraio 2024, che "il procedimento di affidamento di un partenariato pubblico-privato deve essere svolto, nel suo complesso, da un soggetto qualificato con un livello di qualificazione specifico per gli enti concedenti, in ragione della complessità e multidisciplinarietà che caratterizza tali tipologie contrattuali, senza possibilità quindi di suddivisione del procedimento stesso in diverse fasi, seguite da stazioni appaltanti distinte in assenza di specifica qualificazione"; pertanto "gli enti concedenti non qualificati o in possesso di una qualificazione di livello basso non possono svolgere direttamente attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di tali contratti e

5.1. Il Documento di fattibilità delle alternative progettuali (DocFAP)

Il testo dell'art. 4, in una intelaiatura tutt'altro che "semplificata" (18 commi), menziona una serie di finalità generali a cui deve tendere complessivamente la proposta. Queste possono riassumersi nell'obiettivo di assicurare, sia per gli interventi di ristrutturazione che di nuova costruzione, l'ammodernamento degli impianti sportivi, con particolare riguardo alla sicurezza degli stessi e dei loro fruitori, nonché, limitatamente ai primi, interventi di riqualificazione per quegli impianti non più adeguati alle loro esigenze funzionali.

Occorre rilevare che, se per un verso la norma non esprime alcuna preferenza in merito alla tipologia di intervento edilizio da adottare, per altro verso predilige operazioni di recupero su impianti esistenti o, per le nuove costruzioni, su impianti localizzati su aree edificate (comma 14, art. 4). Risultano quindi residuali e necessitano di adeguata motivazione quelle iniziative di localizzazione di nuove strutture sportive su zone di espansione urbana, qualora non sia possibile seguire le opzioni preferenziali espresse dal Decreto (ad es. in caso di recupero antieconomico della struttura, di inadeguatezza degli spazi sfruttabili, di migliore localizzazione urbanistica dell'impianto).

Il progetto deve inoltre comprendere un elaborato illustrativo, con la documentazione della proposta iniziale, che si conformi ai principi di sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale nonché valuti l'impatto sociale dell'intervento sul territorio. In altre parole, il proponente deve presentare al Comune interessato (generalmente l'ente pubblico competente) uno studio nel quale indicare gli elementi progettuali essenziali dell'impianto sportivo e la descrizione delle condizioni di sostenibilità dell'operazione, sia in termini di realizzazione che di successiva gestione⁷³.

sono tenuti a rivolgersi ad una centrale di committenza o ad una stazione appaltante qualificata".

⁷³ La giurisprudenza precisa, come logico che sia, che "il Documento di fattibilità delle alternative progettuali (regolamentato dall'allegato I.7 del nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023) deve precedere il documento di indirizzo alla progettazione" per individuare e analizzare "le possibili soluzioni progettuali alternative"; TAR Puglia (Bari), II, 20 giugno 2024, n. 789.

L'elaborazione della proposta iniziale assume una complessità che, sul versante del privato, implica una capacità di analisi e di sintesi molto avanzate per individuare un impianto (esistente o da localizzare) che non comporti scelte alternative, sul quale poi elaborare soluzioni ingegneristiche ed architettoniche per il migliore bilanciamento tra costi (di realizzazione e di gestione) e benefici per la collettività; sul versante pubblico, invece, l'esaustività richiesta al contenuto della proposta, pur rappresentando un'iniziativa preliminare, dovrebbe facilitare il compito nella valutazione della qualità del progetto immediatamente percepibile e attivare, così, l'impegno dell'amministrazione alla fattibilità dell'opera.

Quanto all'apporto documentale della proposta, questo va vagliato alla luce della disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Secondo l'originaria indicazione del comma 1 (riferita alle definizioni e denominazioni contenute nel precedente Codice dei contratti del 2016) la proposta doveva presentare “un documento di fattibilità delle alternative progettuali [di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggggg-quater), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, a valere quale progetto di fattibilità tecnica ed economica, di cui all'articolo 23, commi 5 e 5-*bis* del medesimo decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50], corredato di un piano economico-finanziario, che individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire da un elaborato volto ad illustrare il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento e dell'impatto sociale del medesimo e da un documento recante sintesi dei principali termini e condizioni volti a regolare i rapporti tra soggetto affidatario ed amministrazione”.

Dall'originario testo del comma in commento, sono stati espunti tutti i riferimenti normativi del vecchio Codice ad opera dell'art. 3, comma 1, del D.lgs. 29 agosto 2023, n. 120 (testo compreso all'interno delle parentesi quadre) e

quindi attualmente il Documento di fattibilità delle alternative progettuali risulta puntualmente disciplinato dall'Allegato I.7 al Codice⁷⁴.

Secondo quanto previsto da quest'ultimo, il Documento di fattibilità deve anzitutto individuare, tra più soluzioni messe a confronto, quella che presenta il miglior rapporto tra costi complessivi da sostenere e benefici attesi per la collettività (art. 6, All.)⁷⁵. Il progettista, quindi, deve sviluppare, nel rispetto del quadro "esigenziale" (di esclusiva competenza del committente) adeguate indagini e studi conoscitivi e inserire una serie di relazioni: generale (art. 7, All.), tecnica (art. 8, All.) e archeologica (art. 9 All.). Il DocFAP deve, infine, contenere uno studio di impatto ambientale (art. 10 All.) e di sostenibilità dell'opera (art. 11, All.).

Limitatamente agli interventi da eseguire su impianti preesistenti che risultano dismessi, "il documento di fattibilità può prevederne la demolizione e ricostruzione, anche con volumetria e sagoma diverse, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettere d) e f), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, nel rispetto della disciplina urbanistica vigente sull'area" (art. 4, co. 2); deve inoltre essere consentita, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.

Una specifica modalità di affidamento mediante una "procedura negoziata" viene riservata alle associazioni o società sportive (dilettantistiche o professionistiche), valorizzando il ruolo di principale interlocutore per la gestione del-

⁷⁴ L'art. 2 dell'Allegato I7 non contiene una chiara nozione del DocFAP, ma ne delinea gli aspetti funzionali e caratterizzanti. Viene prevista innanzitutto una sua estensione relazionata all'opera per cui, secondo un parametro di proporzionalità deve avere un livello di approfondimento ed un contenuto differenziato adeguato al tipo e alla dimensione dell'intervento da realizzare. Di conseguenza, la relazione tecnico-illustrativa di cui si compone, in relazione alla specifica tipologia e alla dimensione dell'intervento da realizzare, deve contenere un'analisi dello stato di fatto dell'area d'intervento o dell'opera, un inquadramento territoriale dell'area d'intervento, l'individuazione, tramite elaborati descrittivi, cartografici e grafici, delle possibili alternative progettuali e dei tempi previsti per l'attuazione delle alternative progettuali esaminate, la stima sommaria dei costi (comma 3, art. 2 All.).

⁷⁵ Per queste valutazioni, l'alternativa tra la realizzazione di una nuova costruzione o il recupero di un edificio esistente, ovvero il riutilizzo di aree dismesse o urbanizzate o degradate, deve sempre tendere a contenere ulteriore consumo di suolo (comma 2, art. 2, Allegato I7).

le strutture sportive (comma 12)⁷⁶. Per questi soggetti non è solamente attribuito il riconoscimento di tutte le misure di semplificazione e di incentivazione dell'art. 4, ma beneficiano di particolari facoltà per rafforzare il loro compito di promozione sportiva nell'utilizzo prevalente dell'impianto⁷⁷.

Sicché, qualora uno di tali soggetti assuma la veste di proponente, dovrà presentare il documento di fattibilità ed il progetto di fattibilità tecnica ed economica nel rispetto del Codice dei contratti pubblici: ma l'aspetto premiale, per contribuire al consolidamento patrimoniale delle società e associazioni sportive proponenti, consiste nella possibile cessione, anche a titolo gratuito a fronte del valore dell'intervento, del diritto di superficie o del diritto di usufrutto sull'impianto sportivo o sulle altre aree di proprietà pubblica per una durata fino a novantanove anni o addirittura il trasferimento della proprietà degli stessi.

Risulta quindi assicurato un equilibrio tra il valore dell'investimento per la ristrutturazione o realizzazione dell'impianto e la cessione di un diritto reale di godimento fino al trasferimento dell'intera proprietà.

Le società e le associazioni sportive, inoltre, beneficiano di numerose deroghe per i lavori di ristrutturazione e per la gestione o l'acquisto dell'impianto sportivo. Possono difatti procedere liberamente all'affidamento dei lavori, fatti salvi i limiti imposti dall'Unione europea per le sole opere di urbanizzazione (sempre comma 12)⁷⁸.

⁷⁶ Il riconoscimento nel fenomeno associativo dell'asse portante da cui dipende la diffusione della pratica sportiva ad ogni livello, viene storicamente ricollegato ad uno dei fattori di originalità dell'ordinamento sportivo italiano in contrapposizione ai Paesi di stampo anglosassone, dove queste realtà si sviluppavano prevalentemente nei *Colleges* e presso le Università; R. FRASCAROLI, *Sport (dir. pubbl. e priv.)*, cit., p. 513.

⁷⁷ Anche in ragione di questa centralità del ruolo assunto, la riforma dell'ordinamento sportivo del 2021 ha comportato per le associazioni sportive dilettantistiche una riorganizzazione interna secondo criteri di trasparenza e di tutela delle figure coinvolte nella vita associativa; D. FILOSA, *La riforma dello sport: impatto sulle persone giuridiche*, in M. PROTTO (a cura di), cit., p. 1473 ss

⁷⁸ Nel dettaglio, la norma prevede che "in caso di lavori di importo inferiore a 1 milione di euro ovvero, per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro, qualora le sovvenzioni pubbliche dirette non superino il 50% di detto importo, non trovano applicazione né le previsioni del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, né gli altri riferimenti al codice dei contratti pubblici di cui al presente decreto, e non si applica il

Le società sportive dilettantistiche e professionistiche (ed anche le Associazioni sportive, seppure non menzionate), possono perfino essere invitate dal Comune dove hanno la propria sede o anche da amministrazioni confinanti con essa, per “negoziare il prezzo e le condizioni contrattuali di vendita o di utilizzo di aree del patrimonio disponibile urbanisticamente destinate alla costruzione di impianti sportivi” (comma 13). Si tratta di un’ipotesi in cui la proposta è di iniziativa pubblica, confermata dall’*incipit* del comma 13 che recita “anche in mancanza di previa presentazione della proposta di cui al comma 1 e al comma 12”.

Se l’iniziativa pubblica incontra una pluralità di interlocutori potenzialmente interessati, tra associazioni e società sportive dilettantistiche e professionistiche, viene indetta una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per la vendita o l’utilizzo delle già menzionate aree⁷⁹.

Nell’ipotesi, infine, in cui l’operazione economica non dovesse essere avviata per una qualsiasi ragione non imputabile alla società o associazione sportiva, per cui i lavori non possono essere avviati nel termine di 120 giorni dalla sottoscrizione del contratto o da un termine differente pattuito dalle parti, l’amministrazione può vedersi riconsegnata l’area oltre a dover restituire il corrispettivo ricevuto nonché rimborsare le spese documentate sostenute da controparte (comma 13).

5.2. Il Piano economico-finanziario (Pef)

Tra i documenti che corredano la proposta, figura il Piano economico-finanziario (Pef), strumento che in generale consente la verifica previsionale dei diversi fattori che lo compongono, secondo principi di oggettività e razionalità.

comma 11. Ai fini dell’esecuzione e della successiva gestione degli interventi, e nella prospettiva di agevolare il coinvolgimento di risorse e capitali pubblici e privati, l’associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica ha facoltà di costituire una società di scopo partecipata in misura superiore al 50 per cento” (comma 12).

⁷⁹ In caso di vendita, il comma 13 precisa che nella “determinazione del prezzo le parti tengono conto degli eventuali costi per rimozione di manufatti e bonifiche ambientali”.

La disciplina contenuta nel comma 2, dell'art. 4, sembra enumerare le finalità secondo una graduazione implicita di importanza. Difatti, il principale compito del Pef non può che tendere al raggiungimento del complessivo equilibrio sostenibile dell'iniziativa, comprensiva sia dei probabili costi di realizzazione che quelli di gestione successiva dell'impianto, sia delle utilità economiche e dei ricavi che si trarranno dal suo utilizzo.

Tuttavia, il comma, nell'utilizzo della disgiuntiva "o" ("ai fini del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa o della valorizzazione del territorio in termini sociali, occupazionali, economici, ambientali e di efficienza energetica"), sembra ipotizzare la possibilità di elaborare un Piano che, pur presentando un deficit economico-finanziario, assicuri una valorizzazione del territorio quale espressione indiretta della presenza di un impianto sportivo. In un mondo ideale, si vorrebbe la coniugazione dei due profili con un intervento che garantisca la propria sostenibilità economica e alimenti uno sviluppo del tessuto urbano; in una prospettiva più realistica, è comunque bene chiarirlo, la norma non irrigidisce le condizioni di scelta della proposta, in quanto anche il solo perseguimento di una potenziale crescita dell'indotto e rivalutazione del territorio, in deroga ai parametri aziendalistici di sostenibilità, può renderla "accoglibile" (resta aperta, evidentemente, la scelta discrezionale dell'amministrazione nel valutare i valori di scostamento dei parametri che identificano l'equilibrio economico-finanziario dello specifico intervento)⁸⁰.

Ciò che rileva, alla stregua di tutte le operazioni di PPP, è che ogni rischio dell'iniziativa sia identificato preventivamente e posto in capo al soggetto proponente al quale spetta piena capacità di controllo e di gestione dello stesso⁸¹.

⁸⁰ Lo scrutinio dell'amministrazione sulla preliminare convenienza e fattibilità della proposta va coordinato con la previsione contenuta nel comma 2, art. 175 Codice, per cui la decisione pubblica deve incentrarsi sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private e sulla possibilità di ottimizzare il rapporto costi e benefici, nonché sull'efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale.

⁸¹ F. GASPARI, *Articolo 177*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 1455.

Di conseguenza, sarà soggetto ad una valutazione *ex ante* anche il correlato equilibrio economico-finanziario, per garantire l'intera sostenibilità della proposta compresa la successiva fase gestionale⁸².

In sintesi, si comprende, per quanto ovvio, lo scopo di questa trama normativa che dovrebbe assicurare sin dalla fase preliminare due obiettivi: quello di evitare, da un lato, che si intraprendano iniziative non realizzabili, e dall'altro, che, prendendo in considerazione tutti gli aspetti dell'operazione economica, dette iniziative risultino non convenienti per l'amministrazione⁸³.

Occorre, tuttavia, non scoraggiare l'iniziativa imprenditoriale privata, altrimenti la perfezione dei meccanismi rischia di non avviare il motore del rinnovamento. Per tali ragioni e con lo scopo di incentivare le possibili proposte, il Decreto individua concrete e rilevanti misure di sostegno, tra loro peraltro cu-

82 Difatti, il Codice delinea l'equilibrio economico-finanziario come quella operazione che presenta la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica (la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito) e di sostenibilità finanziaria (la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento; comma 5, art. 177); A. DEODATO, *Il contratto di concessione: il "rischio operativo" e la revisione dell'equilibrio contrattuale*, in *Urb. app.*, 2024, p. 616.

83 Tuttavia, nel regime del Codice previgente, la giurisprudenza aveva comunque assicurato importanti garanzie al concessionario in conseguenza di "perturbazioni" economiche: segnatamente "nel corso di un contratto di concessione allorché si verificano eventi imprevedibili e non imputabili al concessionario, tali da alterare l'equilibrio economico finanziario del contratto, le parti ai sensi dell'art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016 sono tenute ad avviare trattative per la rideterminazione delle condizioni di equilibrio e, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, possono recedere dal contratto. Pertanto, non esiste, e non sarebbe compatibile con i principi generali della materia, un diritto soggettivo della parte privata ad ottenere la quantità di beneficio perseguito ma impedito dall'avvenuta alterazione dell'equilibrio economico finanziario introdotto dall'evento imprevedibile in questione. In sostanza, l'ordinamento non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente. Impone l'onere in capo ai concedenti di avviare trattative sul punto. Trattative che la pa conduce sempre dovendo avere ben presente oltre all'ordine contrattuale civilistico, l'interesse pubblico in questione. La norma prevede la ricerca di un accordo; la mancanza dell'accordo legittima il recesso dal contratto. Non pare possibile individuare, nei principi di correttezza e buona fede oggettiva nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti di durata (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.), una base legale per fondare un obbligo di rinegoziazione di rapporti negoziali sperequati per il verificarsi di circostanze imprevedibili, nell'ipotesi di omessa definizione pattizia delle modalità di gestione delle sopravvenienze"; Cons. St., VII, 24 luglio 2023, n. 7200.

mulabili, che agevolano il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario mediante soluzioni compensative dei costi complessivi⁸⁴.

Tra queste, la misura più rilevante è di certo rappresentata dalla previsione di inserire nel progetto, assieme alla realizzazione dell'impianto sportivo, le c.d. costruzioni complementari: si tratta di una forma di lottizzazione con la presenza di immobili aventi qualsiasi destinazione d'uso ad esclusione di quella sportiva o residenziale, che possano appunto fungere da opere complementari o funzionali al finanziamento o alla fruibilità dell'impianto sportivo. Accanto ai limiti di destinazione d'uso edilizio, la legge prescrive una limitazione di carattere localizzativo di tali immobili, per cui devono essere ricompresi nell'ambito del territorio urbanizzato comunale, mentre non è più richiesto, rispetto alla versione originale del Decreto, che siano anche collocati in aree contigue all'intervento di costruzione o di ristrutturazione dell'impianto sportivo (a seguito della modifica apportata al comma 2 dall'art. 3, comma 1, lettera c), del D.lgs. n. 120/2023)⁸⁵.

Per contribuire al consolidamento patrimoniale del gestore, viene inoltre previsto, sempre nel medesimo periodo del comma analizzato, il pieno sfruttamento delle aree pertinenziali (che variano in relazione al dimensionamento dell'impianto), in tutti i giorni della settimana a fini commerciali, turistici, educativi e ricreativi⁸⁶. Si tratta di servizi accessori organizzati su spazi complemen-

84 Il Codice ne prevede solamente alcune rispetto a quelle introdotte complessivamente dal Decreto: si veda, infatti, in base all'art. 177, comma 6, "l'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti"; F. OLIVERIO, *Articolo 178*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 1456 ss.

85 L'aspetto planivolumetrico degli immobili complementari non trova nella legge un limite all'estensione e alla natura dell'intervento, sicché il parametro di adeguatezza (volumetrico, di destinazione d'uso ecc.) andrà ricercato esclusivamente nell'equilibrio economico-finanziario dell'intera operazione edificatoria.

86 Ai sensi del comma 3, art. 4 "il documento di fattibilità di cui al comma 1, nell'ipotesi di impianti pubblici omologati per una capienza superiore a 16.000 posti, può prevedere che, a far tempo da cinque ore prima dell'inizio delle competizioni ufficiali e fino a tre ore dopo la loro conclusione, entro 300 metri dal perimetro dell'area riservata, l'occupazione di suolo pubblico per attività commerciali sia consentita solo all'associazione o alla società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto sportivo. In tal caso, le autorizzazioni e le concessioni di occupazione di suolo pubblico già rilasciate ad altri soggetti all'interno di dette

tari per attività commerciali o ricreative, non indispensabili seppure connesse con l'evento sportivo, rilevanti per la gestione del bene in quanto capaci di generare reddito e quindi contribuire alla copertura delle spese di gestione (ed in parte di investimento) dell'impianto assieme ai flussi di cassa generati dall'utenza⁸⁷.

A completamento delle misure introdotte per il raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario della proposta, ed in particolare per agevolare un adeguato livello di bancabilità ed il coinvolgimento eventuale di operatori bancari e finanziari (pubblici o privati)⁸⁸, il proponente può individuare nel "documento di fattibilità" (o più precisamente nel Def) forme di sovvenzioni da parte del Comune o di altri soggetti pubblici, che possono consistere in un "prezzo" o nel "rilascio di garanzie" o ancora in "misure di sostegno" non meglio identificate a sostegno dell'intervento.

aree restano sospese nella stessa giornata e per lo stesso periodo di tempo, con oneri di indennizzo a carico dell'associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto sportivo, salvi diversi accordi tra il titolare e la medesima associazione o società sportiva. Nell'ipotesi di impianti sportivi pubblici omologati per una capienza compresa tra 5.000 e 16.000 posti, la disposizione del primo periodo si applica entro 150 metri dal perimetro dell'area riservata, restando ferme e impregiudicate la validità e l'efficacia delle autorizzazioni e delle concessioni di occupazione di suolo pubblico già rilasciate".

Per gli impianti di dimensioni più modeste, il comma 15 dell'art. 4 prevede "fatto salvo il rispetto delle misure di sicurezza antincendio, in caso di ristrutturazione o di nuova costruzione di impianti sportivi con una capienza inferiore a 500 posti al coperto o a 2.000 posti allo scoperto, è consentito destinare, all'interno dell'impianto sportivo, in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti delle regioni e degli enti locali, fino a 200 metri quadrati della superficie utile ad attività di somministrazione di alimenti e bevande, aperta al pubblico nel corso delle manifestazioni sportive ufficiali e durante gli allenamenti, e fino a 100 metri quadrati della superficie utile al commercio di articoli e prodotti strettamente correlati alla disciplina sportiva praticata".

⁸⁷ Sotto una lente di analisi economica, la linea di sviluppo del marketing sportivo ha messo in rilievo oramai da tempo la stretta convergenza tra sport e media, come espressione più ampia dell'intrattenimento e del tempo libero; E. MORELLI, *I diritti audiovisivi sportivi*, Milano, Giuffrè, 2012; S. CHERUBINI, M. CANIGIANI, *Media e co-marketing sportivo*, Milano, Franco Angeli, 2000.

⁸⁸ Il comma 16 dell'art. 4 difatti prevede che "ai fini della promozione degli interventi di cui al presente articolo, il soggetto proponente può avere accesso alle soluzioni di finanziamento offerte dall'Istituto per il Credito Sportivo o da altro intermediario bancario o finanziario operante nel settore nonché, ove possibile, alle agevolazioni offerte a valere sui Fondi speciali gestiti dall'Istituto per il Credito Sportivo e ai servizi tecnici offerti da quest'ultimo. Sono consentite forme di associazione in partecipazione e la costituzione di società miste".

Tali agevolazioni non escludono la possibilità ulteriore di incrementare la sostenibilità dell'impianto che sorge su un terreno pubblico, sicché l'amministrazione proprietaria può concedere il diritto di superficie o il diritto di usufrutto su di essi, rispettivamente per un massimo di 90 anni e di 30 anni⁸⁹. Questa forma di sostegno può riguardare anche altri immobili di proprietà pubblica, ma la concessione di un diritto reale di godimento per tali cespiti appare più complicata, quanto meno sul profilo motivazionale, in relazione (i) alla loro individuazione, (ii) alla loro relazione economico-finanziaria con l'intervento (iii) ed al titolo con cui il preponente occuperà i terreni (presumibilmente sempre pubblici) su cui sorgerà l'impianto sportivo⁹⁰.

5.3. La Conferenza di servizi preliminare

La prima fase si avvia, come anticipato, su iniziativa di un soggetto proponente (operatore economico e associazioni/società sportive, singolarmente o associati tra loro), il quale nel presentare una proposta corredata dai documenti già analizzati, chiede l'indizione da parte del Comune di una Conferenza di servizi preliminare (comma 4, art. 4).

La Conferenza di servizi vede generalmente il Comune come soggetto competente a svolgere la procedura con la presenza, espressamente prevista dal comma 4, del Comando dei vigili del fuoco. Si ritiene possibile l'estensione partecipativa ad altri soggetti pubblici in questa fase propedeutica, rimessa alla volontà del Comune che potrebbe così convocare altri enti che ritiene utile coin-

⁸⁹ Nel Codice dei contratti, invece, la durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario (comma 1, art. 178); mentre per le concessioni ultra quinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale (comma 2); G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, cit., p. 459 ss.

⁹⁰ Si tenga presente che il diritto di superficie deve essere valorizzato e incluso nel PEF se acquisito dall'operatore economico a titolo oneroso. Se il diritto di superficie è attribuito senza corrispettivo, invece, rappresenta un contributo pubblico ed in quanto tale va computato assieme alle altre misure di sostegno pubblico.

volgere sin dalla prima fase di valutazione e bilanciamento degli interessi coinvolti dall'intervento proposto.

Lo svolgimento della Conferenza viene previsto con una forte accelerazione dei tempi (ulteriormente ridotti rispetto alla previgente disciplina), in quanto, nel termine di 60 giorni dalla presentazione dell'istanza del privato, deve essere espressa l'eventuale sussistenza del pubblico interesse della proposta, qualora se ne valutino positivamente i contenuti.

Sin da questa fase preliminare, è imposto alle amministrazioni di confermare nel verbale conclusivo la disponibilità a concedere forme di contributo pubblico richieste nel Piano economico-finanziario del proponente. La richiesta può essere avanzata per contenere l'alto costo dell'intervento o per la natura della struttura sportiva che, come già ricordato, potrebbe non essere pienamente remunerativa (passando, come già rilevato, da "opera calda" a "opera tiepida")⁹¹. Si tenga presente che la previsione di un eventuale contributo pubblico non è più sottoposto nel Codice vigente al limite del 49 per cento del valore dell'investimento (in passato, il divieto era previsto dagli artt. 165, comma 2, e 180, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016), per cui è possibile ora prevedere il superamento di tale soglia con le attenzioni rivolte oltre che alla corretta allocazione del rischio, agli equilibri di contabilità pubblica (ai fini della classificazione *on/off balance* del PPP; art. 175, ultimo comma)⁹². In questo senso, fermo il profilo di natura contabile, l'amministrazione dovrà valutare i complessivi vantaggi richiesti dal proponente, compreso il riconoscimento di un contributo pubblico,

⁹¹ R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato*, in *L'amministrativista*, 2020. Il canone ricognitivo seguito dalla giurisprudenza, avente matrice eurounitaria (art. 57 TFUE), è incentrato sul criterio economico della remuneratività, intesa in termini di redditività anche solo potenziale, cioè di possibilità di coprire i costi di gestione attraverso il conseguimento di un "corrispettivo economico nel mercato"; "peraltro, la redditività di un servizio (e, in particolare, della gestione di un impianto sportivo) deve essere apprezzata caso per caso, con riferimento alla soluzione organizzativa prescelta dall'ente locale per soddisfare gli interessi della collettività, alle specifiche modalità della gestione, ai relativi costi ed oneri di manutenzione, alla struttura tariffaria (libera od imposta) per l'utenza, alla disciplina delle quote sociali, alla praticabilità di attività accessorie etc."; Cons. St., V, 28 gennaio 2021, n. 858.

⁹² La questione del trasferimento del rischio risulta essenziale anche ai fini della qualificazione del contratto da parte dell'Istat *off-balance sheet*, secondo la *Guide to the Statistical Treatment of PPPs*.

per evitare una neutralizzazione del trasferimento del rischio operativo in capo al privato in quanto determinerebbe, sul piano giuridico, la carenza del requisito fondamentale prescritto dall'art. 174 del Codice per le operazioni di PPP.

E dunque, se le declinazioni dei principi di semplificazione, di accelerazione e concentrazione si rinvencono con costante intensità in tutto il corpo del Decreto, nel comma 4 emerge con singolare vigore la convergenza di questi ultimi e delle specifiche disposizioni verso il predominante interesse pubblico realizzativo. Il principio di risultato si coglie declinato in almeno due aspetti di questa fase.

Il primo di questi prescrive alla Conferenza il compito di indicare le condizioni necessarie per ottenere i successivi atti di assenso sul progetto, con l'evidente intento di rafforzare l'affidamento del proponente e di contribuire sin da questa iniziale fase procedurale a garantire il buon esito finale dell'operazione (già qualificata come visto dalla dichiarazione di sussistenza del pubblico interesse). Sotto un ulteriore profilo, l'effetto di tale doverosa indicazione porta a limitare anche la discrezionalità degli enti pubblici, una volta esplicitati gli aspetti integrativi per l'approvazione del progetto: sicché, in astratto, ogni amministrazione non potrebbe confutare successivamente quanto sostenuto dalla medesima in sede di Conferenza preliminare, mentre eventuali specificazioni o modifiche, introdotte sempre dallo stesso ente in sede di Conferenza decisoria, troverebbero comunque un solco già tracciato (e limitativo) nel verbale conclusivo della Conferenza preliminare⁹³.

Vi è poi un secondo impulso che si rinviene in questa direzione di rafforzamento e garanzia del risultato procedurale: lo si coglie nella facoltà del Comune prevista dalla norma (ma dovrebbe essere piuttosto un "dovere") di avviare un rapporto dialettico con il proponente, per permettere l'inserimento di

⁹³ Nel Codice, invece, la Finanza di progetto assegna alla p.a. la propria discrezionalità amministrativa fino alla fine della procedura, vale a dire "anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera e l'individuazione del privato, potendo quindi non dare corso alla gara per l'affidamento della relativa concessione anche una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta"; L. PERFETTI, M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, cit., p. 711.

modifiche progettuali necessarie al fine di superare in modo dinamico e rapido le eventuali lacune o criticità della proposta sin dalla Conferenza di servizi preliminare.

Il Legislatore ha poi previsto una forma di salvaguardia a favore del proponente anche nell'ipotesi in cui la Conferenza di servizi preliminare si dovesse chiudere con un diniego al riconoscimento dell'interesse pubblico del progetto. L'ultimo periodo del comma 8, difatti, prevede che “nel caso in cui la Conferenza di servizi decisoria, ovvero la Conferenza di servizi preliminare non si concluda con la valutazione favorevole del progetto, il soggetto proponente, sulla base delle motivate osservazioni espresse nel verbale conclusivo della Conferenza, può ripresentare una proposta modificata. In tale ipotesi, si procede direttamente a nuova convocazione della Conferenza di servizi decisoria”. Preme qui sottolineare il fatto che la Conferenza non può limitarsi a rigettare la proposta, ma deve congruamente motivare le ragioni in modo tale da poter formulare un nuovo progetto che le possa assolvere e soddisfare. Quindi sussiste, in caso di esito sfavorevole, un duplice limite per l'amministrazione, attuale e futuro: il primo, nella formulazione di una motivazione non superficiale o apodittica, ma adeguatamente approfondita e “costruttiva”; il secondo, nel condizionamento della successiva determinazione secondo l'apparato motivazionale già espresso, qualora venga presentato direttamente in sede di Conferenza di servizi decisoria un progetto che superi i rilievi critici di rigetto dell'iniziale proposta. Va considerato, inoltre, l'evidente vantaggio temporale per la reiterazione della proposta che sarà valutata direttamente in sede di Conferenza di servizi decisoria, con l'obbligo, tuttavia, di presentazione di un progetto conforme ai contenuti richiesti per l'approvazione quale opera di pubblica utilità.

Dopo aver illustrato le forme di incentivazione a ricevere proposte qualificate per l'edilizia sportiva, il comma 4 si preoccupa di allargare la platea dei potenziali soggetti interessati, utilizzando per il vero una narrativa non molto chiara.

La norma, difatti, contiene una fattispecie di *favor participationis* non pienamente illustrata, in quanto postula che in sede di Conferenza preliminare possano essere esaminati eventuali istanze concorrenti (specificando una graduazione dello scrutinio in base all'ordine cronologico di protocollazione), al fine di individuare quella proposta da dichiarare di interesse pubblico e da ammetterla alla Conferenza di servizi decisoria.

Ora, non si fatica a comprendere come l'iniziativa di un operatore che intenda realizzare un'operazione immobiliare anche complessa (come nel caso di un impianto sportivo nuovo e di immobili complementari) difficilmente sarà oggetto di concorrenti proposte, per l'evidente ragione dell'intuizione imprenditoriale e delle capacità molto specifiche che occorrono per formulare una simile proposta. A ciò si aggiunga che il termine (di certo tassativo) per la decisione assunta dalla Conferenza di servizi preliminare decorre dalla presentazione della proposta, sicché appare improbabile che vi sia un'analisi congiunta di più proposte, salvo che queste non siano state (improbabilmente) depositate tutte nella medesima data. Pertanto, la fattispecie allude ad un'ipotesi veramente difficile da riscontrare nella realtà, a meno che l'amministrazione non si attivi con la previa pubblicazione di una manifestazione di interesse a seguito della quale raccogliere (entro una data prestabilita) progetti per uno specifico intervento di rinnovamento o realizzazione di un impianto sportivo (l'ipotesi, tuttavia, non trova alcuna conferma nel Decreto)⁹⁴.

Il comma 4, poi, si conclude con la precisazione della scansione procedimentale dei tempi di svolgimento della Conferenza. Segnatamente, il sindaco ha il compito di convocare la Conferenza entro 7 giorni dalla presentazione dell'istanza del proponente, individuando una data non successiva a 15 giorni. Per scongiurare qualsiasi inerzia procedimentale, la disposizione in commento

⁹⁴ Si potrebbe, in via analogica, considerare l'inserimento di un impianto sportivo nel programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato, specificando se l'iniziativa vada finanziata in tutto o in parte con risorse private (previsto dal comma 1, dell'art. 175, Codice): in questa ipotesi, difatti, le proposte vengono presentate su sollecitazione pubblica a seguito di pubblicazione di avviso da parte dell'amministrazione (art. 193, comma 11).

prevede una forma di avocazione su impulso del privato interessato che, qualora siano decorsi inutilmente i predetti termini senza alcuna convocazione della Conferenza, è legittimato a presentare una richiesta di convocazione della Conferenza di servizi al presidente della Regione o all'assessore delegato in materia di sport, il quale, sentito l'ente pubblico competente, provvede alla convocazione della Conferenza per una data non superiore a 15 giorni dalla data di ricezione della richiesta.

Infine, la decisione assunta va resa nota per cui, in conformità al principio di pubblicità, il verbale conclusivo della Conferenza di servizi preliminare deve essere pubblicato nel sito internet istituzionale del comune e nel Bollettino Ufficiale della Regione.

6. La fase decisoria: il progetto di fattibilità tecnica ed economica

La seconda fase (cd. decisoria) si apre con il deposito del successivo progetto definitivo da parte del soggetto proponente, definito progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Secondo quanto previsto dal comma 5, art. 4, il progetto deve conformarsi ad una serie di prescrizioni indicate dalla norma, che condizionano sia il contenuto che la complessa documentazione da allegare al medesimo.

Quanto al contenuto, va innanzitutto assicurata continuità alla sequenza procedimentale e di conseguenza il progetto deve tener conto delle condizioni indicate in sede di Conferenza di servizi preliminare: il comma 5 esordisce, difatti, con un richiamo alla fase precedente (“sulla base della dichiarazione di pubblico interesse della proposta di cui al comma 4”). Questa condizione, tuttavia, non assume la valenza di un requisito di ammissibilità del progetto, sicché il proponente potrebbe in astratto sempre derogarvi o discostarsi dalla proposta iniziale motivando adeguatamente la propria scelta⁹⁵. Logicamente, le amministrazioni decideranno di conseguenza, potendo ritenere insuperabili e non

⁹⁵ In ogni caso il progetto non potrebbe divergere dalle procedure di prevenzione incendi di cui al Dpr n. 151/2011 e al codice dei contratti pubblici.

eludibili le indicazioni formulate nel verbale di conclusione della Conferenza preliminare; invece, qualora il progetto fosse pienamente conforme alle indicazioni già impartite, residuerebbero strettissimi margini per le amministrazioni per rigettare il progetto, che potrebbero sussistere, sempre supportati da congrua motivazione, sulla base di circostanze fattuali successivamente emerse (come ad es. per aspetti geo-morfologici precedentemente ignorati o per l'intervento di nuove fonti normative che condizionano il contenuto della proposta).

In merito invece agli allegati al progetto di fattibilità, la norma elenca una serie di documenti che lo corredano ed in particolare sono menzionati una bozza di convenzione ed un ulteriore Piano economico-finanziario che chiameremo “definitivo” (rispetto a quello presentato assieme al DocFAP).

6.1. La bozza di convenzione

La bozza di convenzione, prevista al comma 5, lett. a) dell'art. 4, viene predisposta dal proponente verso l'amministrazione competente (Comune, Città metropolitana o Provincia) e si assume che si conformi alla struttura di una comune convenzione urbanistica⁹⁶. La norma, tuttavia, precisa alcuni aspetti, per lo più di interesse pubblico a valenza patrimoniale, che non possono essere ignorati dal negozio pubblico. Segnatamente, deve garantire la realizzazione delle opere di urbanizzazione, le quali debbono precedere o quantomeno risultare contestuali alla realizzazione dei lavori di ristrutturazione o di nuova edificazione dell'impianto sportivo.

Vanno inoltre indicati in modo specifico i criteri generali di esecuzione dei lavori nonché la loro durata⁹⁷.

⁹⁶ Anche sotto tale profilo si trova una differenza rispetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici: difatti, la bozza di convenzione è richiesta quale documento obbligatorio soltanto in questa fase, mentre nella procedura ad evidenza pubblica del Codice, tale documento rappresenta il contenuto necessario della proposta ai fini della sua dichiarazione di fattibilità.

⁹⁷ Secondo la Relazione parlamentare sullo schema del Decreto, la bozza di convenzione “dovrà riconoscere al soggetto proponente il più ampio grado di autonomia sulla progettazione, costruzione, gestione e utilizzo dell'impianto sportivo, ferme restando le norme in materia di salute, sicurezza, ordine pubblico e tutela del patrimonio culturale. Nella bozza di convenzione, inoltre, dovrà essere presente la determinazione del canone o del prezzo

Viene poi menzionato, per aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti, il titolo di utilizzo che deve contenere le varie condizioni contrattuali concernenti la specifica tipologia individuata (diritto di superficie, usufrutto ovvero compravendita), nonché la specificazione delle caratteristiche e dei criteri generali dei servizi e della gestione dell'impianto (comma 6, art. 4).

Quanto all'aspetto patrimoniale corrispondente al pagamento di somme di denaro, da parte del privato come controprestazione o dell'amministrazione come forma di contributo, queste vanno commisurate alle complessive incidenze che l'impianto riveste nel tessuto urbano e sociale del territorio. Più precisamente, la norma dispone che “nella determinazione del canone o del prezzo eventualmente dovuto per la cessione dei diritti o per il trasferimento della proprietà e delle altre condizioni contrattuali, così come dell'eventuale concessione di un contributo pubblico o di altre misure di sostegno pubblico, le parti tengono conto dei costi e dei benefici dell'intervento per l'associazione o società sportiva, per la comunità territoriale di riferimento anche in termini di crescita economica, integrazione sociale e riqualificazione urbanistica, nonché di efficienza energetica”.

Il bilanciamento degli interessi coinvolti conduce, quindi, ad una sorta di calmierazione dei rapporti economici con l'effetto, da un lato, di considerare e valorizzare il complessivo impatto dell'insediamento sportivo e, dall'altro, scongiurare eventuali e successive responsabilità per un'apparente sottostima dei valori economici relativi ai rapporti di dare/avere. Ciò trova espressa conferma sempre nella lett. a) del comma 5, nella parte in cui si precisa ulteriormente che “i benefici dell'opera di riqualificazione o rigenerazione comprendono anche voci non suscettibili di immediata valutazione economico-patrimoniale, quali ad esempio, i vantaggi sociali diretti e indiretti derivanti dall'ospitare l'impianto

eventualmente dovuto per la cessione dei diritti in questione, nonché l'indicazione della concessione di un contributo pubblico o di altre misure di sostegno che dovranno tenere conto dei benefici dell'intervento per la società sportiva e per la comunità territoriale nel suo complesso in termini di crescita economica, integrazione sociale e riqualificazione urbanistica dell'area” (pag. 22-23).

sportivo utilizzato dall'associazione o società sportiva e l'importanza del radicamento dell'associazione o della società sportiva presso la comunità locale”.

Un'ulteriore previsione premiale, introdotta da ultimo dall'art. 1, comma 1, lett. a) D.Lgs. n. 120/2023, estende all'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 4, le forme di agevolazioni che possono essere riconosciute per il raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa. La norma, nel ripetere la possibilità di concedere, come già descritto, contributi pubblici e altre forme di sostegno pubblico, menziona per la prima volta anche la possibilità di riconoscere al proponente “specifiche esenzioni, deroghe o misure di favore comunque denominate al prelievo tributario di competenza comunale sull'impianto sportivo e le aree e attività economiche connesse”.

6.2. Il Piano economico-finanziario “definitivo”

Il progetto di fattibilità va inoltre corredato da un nuovo (rispetto alla proposta iniziale) Piano economico-finanziario.

La lett. b) del comma 5, richiede difatti che questo sia asseverato (da un istituto di credito o società di servizi da quest'ultimo costituite e autorizzate o da una società di revisione⁹⁸) e che predisponga un *business plan* nel quale siano almeno indicati: (i) l'importo delle spese di predisposizione della proposta ed i costi sostenuti per la predisposizione del progetto di fattibilità tecnica ed economica (ii) l'effettiva copertura finanziaria dei costi di realizzazione e di gestione dell'impianto⁹⁹.

Qualora l'intervento sia realizzato su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti, il piano economico-finanziario va asseverato secondo

⁹⁸ L'asseverazione va redatta da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del D. Lgs n. 385/1993, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della legge n. 1966/1939 e dovrà attestare, tra le altre, la congruenza dei dati espressi nel PEF con la bozza di convenzione.

⁹⁹ La funzione dell'asseverazione, nell'ambito di una procedura ed evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni con il sistema della finanza di progetto, deve garantire, come precisato dalla giurisprudenza, che il piano economico-finanziario sia in grado di dimostrare “la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale richiesto dal bando”; Cons. Stato, Sez. V, 02/09/2019, n. 6015.

quanto disposto in materia di finanza di progetto, ai sensi dell'art. 193 del Codice dei contratti pubblici (co. 6, art. 4).

Il documento, quindi, assume una importanza fondamentale, sia perché consiste in elemento significativo della proposta in termini realizzativi, sia perché deve dimostrare la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente la gestione per l'intero arco temporale coperto dall'affidamento, garantendo la costante sostenibilità degli obblighi del concessionario¹⁰⁰.

6.3. La Conferenza di servizi definitiva

Ai sensi del comma 7, art. 4, con il deposito del Progetto e degli allegati, viene indetta la Conferenza di servizi decisoria dal Comune o dalla Regione, qualora l'intervento coinvolga competenze spettanti a quest'ultima.

I soggetti pubblici che sono chiamati a partecipare vengono individuati in relazione alla titolarità delle competenze in ordine al progetto presentato.

Come già anticipato, in tale sede non può essere rimesso in discussione il progetto approvato dalla Conferenza preliminare; tuttavia, la disciplina vuole permettere un'interazione con il proponente per affinare il progetto, qualora presenti alcuni aspetti che ne pregiudichino l'approvazione. In un delicato gioco di bilanciamento tra richieste di integrazioni e affidamento consolidato del privato proponente nel conformare il progetto alle risultanze del verbale definitivo di cui alla Conferenza preliminare, la norma delinea una linea di bilanciamento nel prescrivere in due periodi distinti (per un probabile refuso) la possibilità di richiedere "le modifiche al progetto strettamente necessarie ai fini della

¹⁰⁰ Le indicazioni unitarie fornite dalla giurisprudenza confermano difatti come il Pef sia un documento che per sua natura esprime, anche dinamicamente, la sintesi e la matrice economico-finanziaria del rapporto concessorio assicurandone la costante sostenibilità e redditività (Cons. St., V, 20 luglio 2020, n. 4636); il Pef, in particolare, rappresenta e definisce i ricavi attesi ed i relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di gestione stimati e ne spiega la sostenibilità nell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione (Cons. Stato, III, 22 novembre 2011, n. 6144) la funzione del Pef è volta a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico - finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo (Cons. Stato, V, 13 aprile 2018, n. 2214).

valutazione positiva del progetto o necessarie per superare tempestivamente eventuali lacune o criticità”.

In riferimento alla disciplina del procedimento, in conformità ai vigenti criteri di semplificazione e concentrazione, la Conferenza decisoria deve seguire la forma semplificata e asincrona prevista all'art. 14-*bis* comma 1, della l. 241/1990 (comma 8, art. 4).

Anche per la fase decisoria vengono previsti termini accelerati, per cui il procedimento va concluso entro 60 gg dalla presentazione del progetto se la competenza è infraregionale, altrimenti se la decisione comporta l'adozione di atti di competenza regionale il termine è maggiore (90 gg).

Viene altresì previsto un meccanismo di garanzia dell'avvio procedimentale, mediante il ricorso, anche in questa sede, ad una forma di avocazione delle competenze. Qualora decorrano 15 gg dalla presentazione del progetto definitivo, può essere presentata un'istanza di convocazione al Presidente del Consiglio dei ministri (o ad altra autorità in materia di sport delegata da quest'ultimo); questi, sentito il Sindaco o il presidente della Regione, provvede entro 30 gg. dalla ricezione dell'istanza alla convocazione della Conferenza, da tenersi entro i successivi 20 gg. In caso di inerzia, ha potere di nomina di un commissario *ad acta* (co. 10, art. 4).

Il rafforzamento che la norma intende apportare al risultato finale, superando l'eventuale inerzia delle amministrazioni competenti, sembrerebbe depotenziato nella previsione espressa della legittimazione a presentare l'istanza di convocazione al Presidente del Consiglio; difatti vengono menzionate le sole associazioni e società sportive dilettantistiche o professionistiche, mentre non viene indicato il soggetto preponente, vale a dire l'operatore economico che potrebbe anche associarsi con una delle prime (come previsto dal comma 1, art. 4) e che di certo risulta lo sviluppatore degli interventi economici più rilevanti. Il dubbio viene fugato dal comma 10 dove troviamo una riesplorazione della legittimazione anche a favore del soggetto imprenditore. Confermando

una trama legislativa non proprio impeccabile, quest'ultima norma prevede che in caso di superamento dei termini sia nella Conferenza di servizi preliminari che di quella decisoria, il proponente (da intendere quindi in termini generali) può rivolgere un'istanza al Presidente del Consiglio dei ministri o all'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, perché assegni al Comune o all'ente locale o pubblico interessato o alla Regione, senza indugio e comunque non oltre 15 giorni dalla ricezione dell'istanza, un termine massimo di 30 giorni dalla data di comunicazione per adottare i provvedimenti necessari. In caso di permanenza dell'inerzia, il Presidente del Consiglio o l'Autorità da esso delegata, sentito il presidente della Regione interessata, nomina un commissario *ad acta* con il compito di adottare, entro il termine di 30 giorni, sentito il Sindaco del Comune interessato, i provvedimenti necessari.

Il provvedimento finale che, come noto, accorpa tutti i pareri dei soggetti competenti in base agli interessi coinvolti, ivi compresi quello dei Vigili del fuoco (per gli immediati effetti autorizzatori che dalla decisione conseguono), “sostituisce ogni autorizzazione o permesso comunque denominato necessario alla realizzazione dell'opera e costituisce la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell'opera medesima, ivi compresi gli interventi, sia pubblici, sia privati, da realizzare nelle aree pertinenti” (comma 7)¹⁰¹. La valenza giuridica del verbale finale viene ribadita al comma 8 dove si ripete che esso “costituisce dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell'opera” con l'ulteriore precisazione che tale efficacia risulta “comprendente anche gli immobili complementari o funzionali di cui al comma 2”.

Quanto al contenuto autorizzatorio, la disciplina del Decreto non si sottrae a previsioni disorganiche della disposizione ricavabili nei vari commi nonché a ripetizioni che appesantiscono la trama normativa.

¹⁰¹ In materia di impianti sportivi sin dall'art. 1 comma 2 del RDL n. 302/1939 l'approvazione del progetto equivale a dichiarazione di pubblica utilità, con l'effetto che “l'ente che promuove la dichiarazione di pubblica utilità deve dimostrare come l'interesse pubblico verrà soddisfatto attraverso l'opera proposta”; G. LANDI, *Impianti sportivi*, cit., p. 262.

Come abbiamo già visto, al comma 7 è disposto che il verbale finale della conferenza decisoria “sostituisce ogni autorizzazione o permesso comunque denominato necessario alla realizzazione dell'opera”. Lo scopo è ben evidente: evitare che, una volta conclusasi la procedura, il proponente debba richiedere nuovi e ulteriori provvedimenti autorizzatori per poter avviare le attività o la realizzazione delle opere.

La garanzia della “omnicomprensività” autorizzatoria del verbale finale viene nuovamente ribadita dal comma 9 dell'art. 4, a mente del quale “in caso di approvazione del progetto, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione, permesso o nulla osta comunque denominato, finalizzato alla messa in esercizio dell'impianto o all'avvio delle attività complementari o funzionali di cui alla proposta, se non ricompreso già nel verbale conclusivo di approvazione del progetto, è sostituito da una segnalazione dell'interessato all'amministrazione competente ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ferme restando le esclusioni e le limitazioni stabilite nel medesimo articolo”. Il combinato disposto del comma 9 con il penultimo periodo del comma 7, si preoccupa della messa in esercizio dell'impianto, sicché viene richiamata, ovviamente, l'attivazione delle procedure di agibilità degli immobili e di rilascio del Certificato prevenzione incendi ai sensi del Dpr n. 151/2011; invece, in termini residuali, qualora fosse stata omessa una qualsiasi autorizzazione nel verbale di approvazione del progetto finale, il regime per l'ottenimento della medesima è individuato esclusivamente con la disciplina della Segnalazione certificata di inizio attività di cui all'art. 19 della l. n. 241/1990.

Il verbale finale è sottoposto al requisito formale inerente alle consuete operazioni di pubblicità, tra cui la pubblicazione sul sito istituzionale del Comune e sul Bollettino ufficiale della Regione.

L'esigenza di non frustrare la presentazione di proposte per un diffuso sviluppo edificatorio sportivo si conferma, come già visto nel caso di Conferenza preliminare negativa, anche per quella decisoria qualora assuma anch'essa

un contenuto sfavorevole al progetto. Difatti, l'ultimo periodo del comma 8 prevede che nel caso in cui la Conferenza di servizi decisoria non si concluda con la valutazione favorevole del progetto, "il soggetto proponente, sulla base delle motivate osservazioni espresse nel verbale conclusivo della Conferenza, può ripresentare una proposta modificata. In tale ipotesi, si procede direttamente a nuova convocazione della Conferenza di servizi decisoria".

Si coglie nettamente, sotto il profilo di esercizio della funzione discrezionale, una forma di vincolo (autovincolo) per l'amministrazione, la quale a fronte di un nuovo progetto che tenga conto delle osservazioni espresse nel verbale di rigetto non potrebbe addurre nuove e ulteriori (o quanto meno reiterare le precedenti) motivazioni ostative al progetto. Al tempo stesso, sotto il profilo procedimentale, vi è una elisione della fase preliminare, atteso che il progetto andrebbe discusso in sede di Conferenza decisoria, evitando quindi il passaggio prodromico della procedura preliminare.

6.4. La dichiarazione di pubblica utilità e la variante urbanistica

La dichiarazione di pubblica utilità rappresenta storicamente, fin dal compiersi dell'unità nazionale (l. n. 2359/1865), il presupposto fondamentale per il legittimo esercizio dell'espropriazione¹⁰², con cui la pubblica amministrazione valuta, con potere discrezionale, i contrapposti interessi ed accerta la corrispondenza dell'intervento al fine primario individuato dalla legge (utilità pubblica dell'opera)¹⁰³.

Nel contesto qui richiamato va intesa prevalentemente come rafforzamento del preminente interesse pubblico (peraltro già anticipato con la dichia-

¹⁰² U. ARDIZZONE, *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Enc. dir.*, XII 1964, Milano, Giuffrè, p. 391; essa rappresenta il momento centrale del procedimento, la condizione essenziale per potere dare corso all'iniziativa ablatoria secondo un'impostazione riflessa nell'art. 834 c.c.

¹⁰³ Quanto agli effetti giuridici della dichiarazione di pubblica utilità concernente un'opera pubblica da costruire, è stato opportunamente precisato che in tale evenienza si tratta di "un bene futuro e meramente potenziale (perché l'opera può non essere costruita)" sicché "l'effetto giuridico è la creazione di uno status giuridico del bene interessato" per cui "il bene futuro e potenziale è l'oggetto mediato e finale mentre oggetto immediato della d.p.u. è il bene destinato ad assolvere, a seguito di trasformazione, una funzione pubblica"; G. MORBIDELLI, *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *D. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, p. 60.

razione espressa nel verbale conclusivo della Conferenza preliminare) alla realizzazione dell'impianto sportivo¹⁰⁴.

Non a caso, il carattere della pubblica utilità si estende all'intero intervento inclusi, laddove previsti, gli immobili complementari o funzionali, per rafforzare e garantire la loro costruzione e, quindi, il raggiungimento economico-finanziario dell'impianto sportivo¹⁰⁵.

La Conferenza decisoria può prevedere anche una modifica degli strumenti di pianificazione e attribuire al soggetto promotore funzioni ablatorie per realizzare l'intervento.

Al contrario, qualora il piano generale comunale contenga sull'area (evidentemente nel caso di un intervento edificatorio) un vincolo di destinazione per attrezzature e servizi, quali gli impianti sportivi, tale previsione sfugge allo schema ablatorio e alle connesse garanzie costituzionali in termini di alternatività fra indennizzo e durata predefinita, poiché quest'ultimo non costituisce vincolo espropriativo, bensì soltanto conformativo, vale a dire funzionale all'interesse pubblico generale¹⁰⁶.

104 La valutazione di pubblica utilità verso la proposta di un operatore economico privato non deve trarre in inganno sulla natura dell'intervento. Difatti, non va confusa la formula di "opera di pubblica utilità" con quella di "opera pubblica", esprimendo la prima categoria assai più ampia di interventi. Sicché, "opera pubblica è quella eseguita dallo Stato o da un ente pubblico (...) e destinata alla soddisfazione di interessi pubblici. Se è vero che l'opera pubblica è di pubblica utilità non è altrettanto vero che ogni opera di pubblica utilità sia un'opera pubblica. L'opera di pubblica utilità, infatti, può essere eseguita da un privato per scopi privati, ma nello stesso tempo avere il carattere della pubblica utilità, essendo idonea a soddisfare un interesse pubblico"; U. ARDIZZONE, *Dichiarazione di pubblica utilità*, cit., p. 391.

105 Mentre il comma 8 assume un contenuto espresso di inclusione delle opere complementari, a ben vedere a tale conclusione si poteva pervenire anche dal tenore letterale del comma 7, in riferimento agli interventi "privati, da realizzare nelle aree pertinenziali di cui al comma 2".

106 In termini, Tar Campania, II, 23 giugno 2017, n. 3436; difatti, "La destinazione di un'area di proprietà privata a verde pubblico attrezzato ha natura conformativa e non comporta un vincolo preordinato all'esproprio, in quanto non comporta né l'ablazione dei suoli né il sostanziale svuotamento dei diritti dominicali di natura privata insistenti su di essi; infatti, detta disciplina consente significativi e consistenti interventi edificatori, sia pure limitati a particolari tipologie di opere (p.es. impianti sportivi) e previa predisposizione di piani particolareggiati, allo scopo di assicurare la coerenza dell'edificazione privata con la generale zonizzazione intesa al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, ciò che è sufficiente per escludere che possa trattarsi di vincoli espropriativi"; Cons. St., IV, 30 luglio 2012, n. 4321.

Invece, al comma 8 si dispone che, previa acquisizione dell'assenso del rappresentante del Comune a ciò delegato, qualora il progetto non sia conforme alle previsioni del Piano comunale la decisione finale “costituisce [...] variante allo strumento urbanistico comunale ai sensi e per gli effetti dell’art. 10, comma 1”, di cui al Dpr n. 327/2001 (fermo restando in tale ipotesi il rispetto delle garanzie partecipative previste in materia nonché il conferimento al promotore di eventuali oneri espropriativi). Il richiamo va inteso come adozione dell’iter semplificato ivi previsto, con cui – su iniziativa dell’interessato (o anche dell’amministrazione competente all’approvazione del progetto) – viene indetta una Conferenza di servizi (nel caso di specie, decisoria) “che in base alla legislazione vigente comporti la variante al piano urbanistico” (ultimo periodo comma 1, art. 10, Dpr n. 327/2001)¹⁰⁷. In altri termini, alla menzionata disposizione del T.U. Espropri è riconosciuto un effetto particolarmente incisivo sulla pianificazione territoriale, in quanto non solo è possibile l’imposizione di un vincolo preordinato all’esproprio mediante una conferenza di servizi (anziché con un tradizionale atto di pianificazione) ma soprattutto, per quanto qui interessa, permette di assumere una decisione idonea a produrre gli effetti di variante ai piani comunali¹⁰⁸. Del resto, un simile approdo ermeneutico trova conferma anche negli orientamenti prevalenti della giurisprudenza, per cui “ai sensi dell’art. 10 d.P.R. n. 327 del 2001, il vincolo preordinato all’esproprio può essere apposto mediante una conferenza di servizi che ha anche effetto di variante dello strumento urbanistico qualora se ne dia espressamente atto”¹⁰⁹. La fatti-

107 C. PARISE, *Il procedimento espropriativo*, in B. BRUNO, F. FRENI, A. MAZA LABOCCETTA (a cura di), *Espropriazione per pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 228.

108 L. MARUOTTI, *art. 10*, in G. DE MARZO, L. MARUOTTI, F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS (a cura di), *L’espropriazione per pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 125 ss.; G. DE NITTO, *art. 10*, in F. PITERÀ (a cura di), *La nuova disciplina dell’espropriazione*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 79.

109 TAR Piemonte, I, 9 settembre 2008, n. 1875; ed ancora “l’art. 10, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 consente di predisporre una variante tramite la conferenza di servizi soltanto in presenza di una puntuale previsione normativa che abiliti in tal senso il predetto modello; invero, la locuzione “secondo la legislazione vigente”, collocata nella parte terminale della norma accomuna, ai fini dell’apposizione del vincolo preordinato all’esproprio necessario per la realizzazione dell’opera non prevista dal piano urbanistico generale, tutti gli elencati moduli procedurali (accordo di programma, intesa ovvero un altro atto, anche di natura

specie normativa rappresenta quindi un'eccezione alle procedure standard di approvazione delle varianti, permessa solamente se prevista dalla "legislazione vigente" rappresentata, per il Decreto sull'impiantistica sportiva, dalla espressa dicitura nel comma 8 per cui il verbale conclusivo "costituisce [...] variante allo strumento urbanistico comunale".

Il verbale conclusivo sarà quindi trasmesso al Sindaco che, per mera opportunità formale, lo potrà sottoporre all'approvazione del Consiglio comunale (per una deliberazione che dovrebbe consistere in una sorta di "ratifica" della decisione assunta in Conferenza di servizi)¹¹⁰.

7. La gara pubblica per l'affidamento

La procedura ad evidenza pubblica si inserisce come terza ed ultima fase della articolata procedura per l'ammodernamento dell'impiantistica sportiva.

In forza del principio di imparzialità, il Decreto prevede, al comma 11, che per gli interventi che si sviluppano su aree pubbliche o per impianti pubblici, il progetto di fattibilità tecnica ed economica approvato venga posto a base di procedura di affidamento, indetta dall'amministrazione che ha convocato la Conferenza decisoria (Comune o Regione) sullo schema di gara previsto dal Codice dei contratti pubblici per la finanza di progetto (comma 11)¹¹¹.

territoriale)", Tar Lazio (Latina), I, 15 marzo 2010, n. 268.

110 Difatti, questa tipologia di variante (approvazione del progetto in variante) non va confusa con lo speciale strumento della c.d. variante semplificata per attività produttive, di cui all'art. 5 del D.P.R. n. 447/1998. Questa riveste carattere eccezionale e derogatorio in quanto rappresenta uno schema di semplificazione procedimentale, sicché l'eventuale esito positivo della Conferenza di servizi non è in alcun modo vincolante per il Consiglio Comunale, il quale, siccome organo titolare della potestà pianificatoria, resta pienamente padrone della propria autonomia e discrezionalità. L'organo assembleare può in tale ipotesi discostarsi dalla proposta di variante e respingerla senza alcun dovere di motivazione puntuale o rafforzata, in quanto la determinazione conclusiva della Conferenza costituisce una mera "proposta" di variante, e non interferisce, quindi, con l'ordinario assetto dei rapporti fra proposta e approvazione in sede di pianificazione urbanistica, laddove è appunto al Consiglio Comunale che è riconosciuta la valutazione globale e definitiva anche in ordine alle complessive scelte di governo del territorio (Cons. Stato, II, 12 aprile 2021, n. 2941; Id., IV, 21 maggio 2021, n. 3949).

111 Si osserva difatti che in relazione alla tipologia delle opere pubbliche, come già analizzato, quelle inquadrare tra le "calde", come per la maggior parte degli impianti sportivi, prediligono il finanziamento attraverso lo strumento del *project financing*, per poi essere solitamente affidate in concessione ai privati. Per le "opere fredde" invece, si utilizza prevalentemente il contratto di *leasing* per l'utilizzo diretto da parte dell'amministrazione in

Il criterio di aggiudicazione segue quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo; al riguardo, in relazione alla specifica tipologia di impianto, l'ente concedente tiene conto, tra i criteri di aggiudicazione, della quota d'investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica. Il promotore, come detto, gode del cd. diritto di prelazione e della facoltà di esercitare tale diritto deve essere indicata espressamente nel bando di gara.

Anche per questa fase, il legislatore si preoccupa della tempistica e indica un termine di 120 giorni per lo svolgimento della procedura a decorrere dalla data di approvazione del progetto definitivo.

Alla gara è invitato anche il soggetto proponente, che assume la veste di promotore. Per il ruolo svolto nello sviluppo dell'iniziativa e nell'elaborazione di un progetto poi approvato, il comma 11 conferma l'opzione a favore del promotore con l'obbligo di inserimento nel bando della prelazione a vantaggio di quest'ultimo nell'ipotesi in cui non risulti aggiudicatario¹¹². L'opzione va esercitata nel termine 15 giorni dall'aggiudicazione definitiva con l'impegno di adempiere alle obbligazioni contrattuali e alle condizioni contenute nella offerta dell'aggiudicatario.

In caso contrario, saranno comunque a carico dell'aggiudicatario le spese sostenute dal promotore per la predisposizione della proposta, comprensive peraltro anche dei diritti sulle opere dell'ingegno con un limite complessivo

quanto improduttive; A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, in *Riv. giur. ed.*, 2024, p. 5 e ss.

112 La disciplina ricalca quanto previsto dall'art. 193 del Codice: anche in tale ipotesi, poiché la procedura si attiva in forza dell'attività svolta dal soggetto privato proponente in merito all'opera da realizzare ovvero al servizio da offrire all'amministrazione, l'onere progettuale del privato promotore viene compensato dal diritto a essere preferito al miglior offerente (nel caso di esercizio di tale facoltà entro quindici giorni dalla comunicazione di aggiudicazione della gara) con l'obbligo di adeguamento della propria offerta alle migliori condizioni offerte dall'aggiudicatario. Nel caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, il promotore ha il diritto di ricevere, da parte dell'aggiudicatario, il pagamento dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta nei limiti di cui all'art. 193, co 8 del Codice; ai fini dell'immutabilità dell'offerta aggiudicata rispetto all'esercizio del diritto di prelazione, L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, cit., 253.

pari al 2,5% del valore dell'investimento desumibile dal progetto di fattibilità posto a base della gara¹¹³.

7.1. L'affidamento diretto per le Associazioni e Società sportive senza fini di lucro

Come già visto in merito alla procedura ulteriormente semplificata nella presentazione del DocFAP (§ 5.1), la legittimazione a soggetto proponente spetta in generale anche alle associazioni e società sportive associandosi o meno con un operatore economico. L'art. 5 del Decreto riserva alle associazioni e società sportive senza fini di lucro, la possibilità di “presentare all'ente locale, sul cui territorio insiste l'impianto sportivo da rigenerare, riqualificare o ammodernare, un progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria per la rigenerazione, la riqualificazione e l'ammodernamento e per la successiva gestione con la previsione di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile”.

La norma introduce un “procedimento semplificato”, che si avvia mediante la presentazione di un'istanza di riqualificazione per un intervento limitato a impianti esistenti (per impianti quindi da rigenerare con l'esclusione della costruzione di nuove strutture), che corrisponda ai requisiti soggettivi e alle finalità di gestione sopra descritti¹¹⁴. Se l'amministrazione riconosce l'interesse pubblico del progetto, può affidare direttamente la gestione dell'impianto all'associazione o alla società sportiva per una durata proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento. La gestione sarà quindi gratuita e l'affidamento non potrà essere inferiore a cinque anni.

La sinergia tra organizzazioni sportive e impianti viene considerata dal legislatore uno degli snodi più significativi per assicurare la pratica sportiva, tanto che accanto alle forme di utilizzo della struttura pubblica consuete (diritto di

¹¹³ L'aggiudicatario diverso dal preponente sarà inoltre tenuto a subentrare negli accordi di cui al comma 1 dell'art. 4 (come nel caso di intese con associazioni o società sportive).

¹¹⁴ Si tratta, come evidenziato, di un ulteriore procedimento estremamente semplificato, mediante il quale si attua una forte accelerazione per addivenire all'affidamento di un impianto sportivo; A. CONTE, *L'affidamento diretto degli impianti sportivi: un bilanciamento complesso*, cit., p. 304.

superficie o di usufrutto) è previsto anche il trasferimento della proprietà delle medesime¹¹⁵. Si tratta presumibilmente di ipotesi riguardanti fattispecie di strutture sportive di piccole dimensioni, con capacità remunerative altrettanto limitate e con un investimento comunque consistente per i bilanci di associazioni e società sportive locali.

In ogni caso, la vendita di un bene appartenente al patrimonio indisponibile pone alcune questioni che la giurisprudenza ha avuto modo di affrontare e risolvere.

Occorre premettere un dato condiviso secondo cui un bene non appartenente al demanio necessario può rientrare nel patrimonio indisponibile dell'Ente pubblico in presenza di un doppio requisito: sotto il profilo soggettivo, la manifestazione di volontà dell'Ente stesso di destinare il bene a un pubblico servizio, e sotto il versante oggettivo l'effettività e attualità di tale destinazione¹¹⁶; in questo senso, occorre che la destinazione a finalità pubbliche sia concreta, sussistendo la necessità che si stringa un solido ed effettivo legame tra lo scopo collettivo e le oggettive caratteristiche del bene¹¹⁷.

Come più volte ricordato, con riferimento agli impianti sportivi di proprietà comunale, secondo una posizione uniforme della giurisprudenza, questi risultano appartenere al patrimonio indisponibile ai sensi dell'art. 826 ultimo comma del c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse proprio dell'intera collettività allo svolgimento delle attività sportive, che in essi hanno luogo. Non di meno, è comunque possibile il passaggio di tali impianti dal pa-

¹¹⁵ Si ricorda, come già analizzato, che per questi soggetti sportivi l'iniziativa può essere anche assunta direttamente dall'amministrazione comunale pur di assicurare la valorizzazione dell'impiantistica (comma 13, art. 4).

¹¹⁶ Cass. civ., Sez. un., 27 maggio 2009 n. 12251; 25 marzo 2016 n. 6019. Pertanto, l'appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile di un Ente territoriale si stabilisce in relazione alle caratteristiche funzionali ed oggettive del bene stesso, e ciò presuppone non solo che il bene sia di proprietà del Comune ma anche una concreta destinazione dello stesso ad un pubblico servizio (Cass. civ., II, 28 agosto 2017 n. 20442).

¹¹⁷ TAR Lazio (Roma), II, 19 settembre 2011 n. 7416.

trimonio indisponibile a quello disponibile, assumendo una decisione che illustri il venir meno delle ragioni di pubblico interesse al loro mantenimento¹¹⁸.

In breve, quindi, la proprietà privata di un impianto sportivo “non risulta incompatibile con la conservazione della fruizione collettiva, previa garanzia della finalità di intrattenimento e svago, attraverso attività sportive di livello professionistico aperte agli appassionati del gioco”¹¹⁹.

Ulteriori agevolazioni per conseguire un efficientamento delle spese di gestione vengono previste all'art. 7, per cui i gestori possono aderire alle convenzioni Consip o di altro centro di aggregazione regionale per la fornitura di energia elettrica, di gas o di altro combustibile al fine di garantire la gestione dello stesso impianto (comma 1)¹²⁰.

8. Il regime gestorio degli impianti sportivi

Il Decreto si occupa dell'uso e della gestione degli impianti sportivi all'art. 6 e conferma, al comma 1, la natura di servizio pubblico dell'attività motoria ricorrendo all'elemento essenziale della “offerta indifferenziata all'utenza: il diritto di fruizione generale viene difatti precisato come l'uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali aperto a tutti i cittadini e garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive¹²¹.

118 Del resto, i provvedimenti di sdemanializzazione, così come quelli recanti il trasferimento di beni dal patrimonio indisponibile a quello disponibile, sono caratterizzati da un'ampia discrezionalità (Cons. St., V, 22 dicembre 2014 n. 6195).

119 La vicenda è stata oggetto di una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 3 maggio 2024, n. 4057), il quale ha confermato la ricostruzione appena compiuta, precisando che la privatizzazione dell'impianto continuerà ad assolvere la funzione di soddisfacimento dell'interesse collettivo allo svolgimento di attività sportive o di intrattenimento sportivo sicché non preclude il passaggio al patrimonio disponibile in vista della futura alienazione.

120 Nel caso in cui la gestione sia affidata a società o associazione sportiva dilettantistica, ente di promozione sportiva, disciplina sportiva associata o federazione sportiva nazionale, viene riconosciuto al contratto di fornitura dell'acqua l'applicazione delle tariffe per uso pubblico del bene e non quelle per uso commerciale (comma 2, art. 7).

121 La natura di servizio pubblico è costantemente riconosciuta anche dalla giurisprudenza che, anche di recente, precisa come “nel caso della gestione di impianti sportivi comunali si tratta, in particolare, di un servizio pubblico locale, ai sensi dell'art. 112 del D.Lgs. n. 267 del 2000, per cui l'utilizzo del patrimonio si fonda con la promozione dello sport che, unitamente all'effetto socializzante ed aggregativo, assume in ruolo di strumento di miglioramento della

La gestione comprende tutte quelle mansioni e quei mezzi che consentono una corretta fruizione degli spazi attrezzati per le pratiche sportive da parte dell'utenza (organizzazione delle attività sportive e ricreative), unitamente alle garanzie sulla sicurezza dell'impianto e alla manutenzione necessaria (espletamento delle attività tecnico-amministrative).

Le nuove forme di gestione, concernenti gli impianti realizzati o ristrutturati, dovrebbero inoltre assicurare, come già spiegato, una valenza polifunzionale della struttura, diversificando quindi le attività di intrattenimento e commerciali per incrementare le fonti di reddito e garantire così una maggiore sostenibilità operativa del rapporto concessorio.

Va ancora ricordato come questo regime giuridico sia dettato per le operazioni economiche concernenti gli impianti sportivi pubblici, mentre le strutture private non sono soggette a particolari discipline né in riferimento alla proprietà né alla gestione¹²².

Il rapporto di gestione pubblica dell'impianto sportivo prevede comunemente due modalità distinte in base alla scelta dell'amministrazione di assumersene direttamente la cura ovvero di esternalizzarla mediante lo svolgimento di una gara pubblica per l'individuazione del gestore¹²³.

qualità della vita a beneficio non solo per la salute dei cittadini, ma anche per la vitalità sociale della comunità (culturale, turistico, di immagine del territorio, etc.). Ne discende che, sotto il profilo considerato, l'affidamento in via convenzionale di immobili, strutture, impianti, aree e locali pubblici - appartenenti al patrimonio indisponibile dell'ente, ai sensi dell'art. 826 c.c., quando siano o vengano destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive - non è sussumibile nel paradigma della concessione di beni, ma struttura, per l'appunto, una concessione di servizi"; da ultimo, TAR Lombardia (Milano), V, 4 gennaio 2024, n. 26, per l'inquadramento delle problematiche, S. TORRICELLI, *La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, p. 319.

122 Per gli impianti privati si rinvia ai profili di regolazione pubblica riguardanti aspetti legati alla gestione come forme di controllo regionale sulle attività sportive (come nel caso della necessaria previsione di un istruttore qualificato) o l'assistenza sanitaria per l'utenza (come nel caso di visite mediche preventive); M. C. POLLICINO, *Gli impianti sportivi*, cit., p. 137.

123 Non sussistono ostacoli derivanti dalla natura degli impianti sportivi di proprietà comunale quali beni appartenenti al patrimonio indisponibile dell'ente né dalla loro funzione di soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive, perché la loro gestione possa essere "effettuata dall'Amministrazione pubblica competente in forma diretta oppure indiretta, mediante affidamento a terzi individuati con procedura selettiva"; Cons. St., V, 5 febbraio 2021, n. 1089; Id., 27 febbraio 2018, n. 1172.

La gestione diretta è un'ipotesi che si ricava dalla norma in conformità a quanto previsto per la disciplina generale in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica (art. 14, co. 1, lett. c) e d), D.Lgs n. 201/2022) e prevede la possibilità di gestione in economia o attraverso una società *in house*. La scelta di una gestione “municipalizzata” non viene certamente incoraggiata, atteso che la proprietà pubblica è forse una delle condizioni di criticità più volte ricordata per il rilancio e ammodernamento dell'impiantistica sportiva, condizionata dal fatto di sottrarre al mercato il servizio che necessita di operatori economici specializzati e comporta per l'ente locale un onere economico rilevante di gestione (il più delle volte insostenibile per gli interventi di ristrutturazione o sviluppo).

Quanto alla gestione indiretta, la selezione del gestore può avvenire con un'unica gara nella quale viene assegnata la realizzazione dell'impianto ed il relativo affidamento in gestione (nell'ottica in cui la gestione risulti parte integrante dell'equilibrio economico-finanziario dell'intervento); se invece si dovesse procedere alla sola selezione dell'affidatario, la tipologia della procedura ad evidenza pubblica sarà condizionata dalla rilevanza economica dell'impianto sportivo, vale a dire dalla capacità di produrre utili per l'erogazione di servizi sportivi all'utenza¹²⁴.

In questo senso, la scelta di *outsourcing* del servizio sportivo darà vita ad un rapporto concessorio (concessione di servizi), con allocazione *ex ante* dei rischi in capo al gestore¹²⁵.

124 In tal caso, la redditività di una struttura implicherà un canone a favore dell'amministrazione proprietaria, salvo l'imposizione di una forma tariffaria (o prezzo calmierato) convenzionalmente pattuita, che potrà ridurre o eliminare il corrispettivo di utilizzo dell'impianto.

125 Più precisamente, gli impianti sportivi pubblici “possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati perché ne facciano un uso ben determinato solo mediante concessione amministrativa, la quale, anche quando si configuri come « concessione-contratto » — vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della p.a. e di una convenzione attuativa (contratto) — implica pur sempre l'attribuzione al privato di un diritto condizionato che può essere unilateralmente soppresso dall'amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico”; TAR Emilia-Romagna (Bologna), II, 25 novembre 2020, n. 761.

Per completezza di analisi, qualora sia data in affidamento una struttura sportiva che per ragioni sociali, sanitarie o altro ancora risulti priva di alcuna rilevanza economica (che presenta quindi solo passività per i costi della conduzione), si procederà con un rapporto bilaterale tra gestore e amministrazione, regolato invece da un contratto di appalto di servizi (con il pagamento delle prestazioni, come noto, a carico del soggetto pubblico proprietario).

Anche nella previsione della gestione degli impianti viene ribadita la premialità che l'amministrazione deve assicurare verso le associazioni e società sportive, per cui la selezione dell'affidatario può trovare una serie di adattamenti per la natura e le caratteristiche delle organizzazioni che solitamente, a livello locale, si impegnano nel portare avanti le attività motorie¹²⁶. Viene, difatti, espresso un *favor* nei confronti di queste ultime, per cui “la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari” (comma 2)¹²⁷.

Questo orientamento viene messo in discussione dalle recenti indagini sulla natura giuridica della concessione amministrativa, secondo cui l'iniziale qualificazione interamente pubblicistica può da tempo ritenersi abbandonata. Più precisamente, l'elemento pubblicistico dovrebbe essere contenuto nella decisione amministrativa al ricorso della concessione come strumento per il perseguimento del pubblico interesse. Una volta che questa decisione sia assunta, il rapporto concessorio si dovrebbe svolgere in un ambiente puramente contrattuale. Al contrario, la reviviscenza dell'interesse pubblico nella fase esecutiva abilitando i poteri di revoca della concessione da parte dell'amministrazione, come diffusamente riconosciuto dalla giurisprudenza, viene criticato in quanto ritenuto difficilmente compatibile con il principio di legalità e poco coerente con le direttive comunitarie; L. PERFETTI, M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, cit., p. 707 ss.

126 Sulle modalità di gestione indiretta, l'indirizzo preferenziale verso le organizzazioni sportive si rinveniva già nella nota delibera n. 1300/2016 dell'ANAC, secondo cui “nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva...”.

127 Un'ulteriore agevolazione a società e associazioni sportive dilettantistiche aventi sede nel medesimo comune in cui ha sede l'istituto scolastico o in comuni confinanti consiste nel mettere a disposizione le palestre, le aree di gioco e gli impianti sportivi scolastici, compatibilmente con le esigenze dell'attività didattica e delle attività sportive della scuola (comma 4).

9. Conclusioni: dal conseguimento del risultato la costruzione di un modello procedurale

Si è tentato di dimostrare, attraverso una puntuale disamina degli istituti e delle fasi di svolgimento delle attività procedimentali, l'identificazione di un modello autonomo, plasmato sulle molteplici esigenze tese a superare la stagnazione in cui versa il settore dell'impiantistica sportiva. Un modello che non si esaurisce in parametri di semplificazione rispetto alla disciplina del partenariato pubblico-privato e della finanza di progetto né che tenta di aggirare le complessità procedurali attraverso formule derogatorie delle normative contenute nel Codice dei contratti pubblici.

Si tratta, dunque, di un modello specifico al settore dell'impiantistica sportiva, che complessivamente presenta una morfologia che abbiamo definito, per queste ragioni, "speciale". La specialità della procedura rifugge un confezionamento dall'alto dei paradigmi delle attività di valutazione e di approvazione di un progetto, in quanto sviluppa la propria genetica proprio dal risultato, verso il quale convergono o, meglio si diramano le linee di un percorso decisionale. Non a caso, uno dei tratti di assoluta rilevanza è ravvisabile nel posizionamento del privato che, in qualità di proponente, assume il ruolo di propulsore dell'agire amministrativo; egli difatti è chiamato a interpretare l'interesse pubblico conciliandolo con i propri interessi imprenditoriali, a supplire ad una gestione pubblica inefficiente con una economicamente sostenibile, a farsi interprete di scelte di sviluppo anche laddove non previste dagli strumenti di programmazione pubblica.

Di qui, l'importanza di svelare un orizzonte comune alla prospettiva assunta dal medesimo Codice dei contratti pubblici nell'archetipo individuato dal principio di risultato.

La preminenza dell'interesse pubblico realizzativo, che non si fatica a cogliere nella narrazione dell'intero Decreto, è la chiave ricostruttiva per dare vita ad un sistema giuridico del settore edilizio sportivo, attraverso il quale assicurare un ordine e un equilibrio ai singoli istituti interni ed esterni alla disciplina.

L'assetto delle regole che ne consegue, per come si è cercato di spiegare, fissa un preciso obiettivo nel soddisfacimento di un bisogno della collettività all'esercizio fisico e alla pratica sportiva, espressioni del valore costituzionale del benessere sociale e di tutela della salute dell'individuo.

Il principio realizzativo non è più (solamente) parametro di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, come corollario del buon andamento, ma diviene l'intersezione di un riallineamento di tutti i principi e regole secondo un preciso orientamento delle scelte discrezionali. La posizione d'apice del principio di risultato, come ben spiegato per il Codice dei contratti¹²⁸, si rinviene anche nella *ratio* del D.Lgs n. 38/2021 come criterio interpretativo destinato a guidare - e rendere quindi razionalmente controllabile - l'attività della pubblica amministrazione nei suoi percorsi di adozione delle scelte discrezionali, per massimizzare il godimento dei diritti dei singoli e della collettività secondo i valori espressi dall'art. 33 Cost.

Ne consegue che tutti i restanti profili di interesse pubblico (di natura urbanistico-edilizia, di tutela architettonica, di regolazione commerciale e via dicendo) non potranno che risultare bilanciati nella funzionalizzazione al risultato finale dell'interesse realizzativo.

128 L. R. PERFETTI, *Articolo 1*, in ID. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., p. 6 ss.

MICHELE TRIMARCHI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza
dell'Università di Foggia
michele.trimarchi@unifg.it

**PERCHÉ DEROGARE AL CODICE CIVILE
NELL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

**WHY DEVIATE FROM THE CIVIL CODE IN THE EXECUTION
OF PUBLIC CONTRACTS**

SINTESI

L'articolo passa brevemente in rassegna la disciplina dell'esecuzione dei contratti pubblici contenuta nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 per individuare le ragioni sottostanti alle principali deroghe alle disposizioni del codice civile. Una volta individuate queste, l'Autore osserva che la disciplina derogatoria alcune volte si trattiene all'interno del diritto privato, costituendo al più un diritto privato speciale, mentre altre volte, in relazione ad altri specifici istituti, comporta l'incursione di poteri amministrativi in un ambito, quello dell'esecuzione dei contratti pubblici, che rimane generalmente governato dal diritto privato. L'Autore formula alcune ipotesi sulle ragioni sottostanti al ricorso al potere amministrativo e, per finire, prende in considerazione, discostandosene, la proposta di una rilettura in chiave integralmente pubblicistica dell'esecuzione dei contratti pubblici.

ABSTRACT

This paper briefly reviews the regulations governing the execution of public contracts as set forth in Legislative Decree No. 36 of March 31, 2023, aiming to identify the underlying reasons for the main exceptions to the provisions of the Civil Code. Upon identifying these reasons, the Author observes that, in certain cases, the exceptional rules remain within the realm of private law, constituting at most a specialized form of private law. However, in other instances, with regard to specific legal institutions, these exceptions entail the incursion

of administrative powers into the execution of public contracts—a domain generally governed by private law. The Author proposes several hypotheses concerning the rationale behind the use of administrative authority and, finally, considers—while ultimately distancing himself from it—a proposal to reinterpret the execution of public contracts entirely through a public law perspective.

PAROLE CHIAVE: esecuzione, contratto, appalto, diritto privato, diritto pubblico.

KEYWORDS: execution, public contracts, private law, public law

INDICE: 1. L'esecuzione dei contratti pubblici secondo la concezione bifasica: il diritto pubblico come deroga. – 2. Le ragioni della deroga al codice civile. – 3. Le deroghe che si trattengono nell'ambito del diritto privato (speciale). – 4. Le deroghe che danno luogo all'incursione di poteri amministrativi nell'esecuzione dei contratti pubblici. – 5. Le ragioni del potere amministrativo. – 6. Sulla rilettura pubblicistica dell'esecuzione. Conferma dell'impostazione tradizionale.

1. L'esecuzione dei contratti pubblici secondo la concezione bifasica: il diritto pubblico come deroga

Secondo la diffusa ricostruzione dualistica della contrattazione pubblica, tutta l'attività della stazione appaltante che precede la stipula del contratto (dall'indizione della procedura per la scelta del contraente fino all'aggiudicazione) è attività amministrativa di diritto pubblico, mentre dalla stipula del contratto in avanti trova applicazione il diritto privato¹.

Naturalmente questa impostazione non nega che nell'esecuzione del contratto pubblico siano coinvolti interessi pubblici; piuttosto, considera l'applicazione del diritto privato all'esecuzione come la prova del fatto che gli interessi pubblici possono essere curati alternativamente con strumenti pubblicistici e privatistici².

¹ Tale concezione è quantomeno risalente a Cass., sez. un., 24 giugno 1897, Ditta Trezza c. Caterini, Ruocco e altri, in Foro it., 1897, I, 1363 che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sul ricorso d'impugnazione del decreto prefettizio di esecutorietà di un contratto di appalto, proposto al chiaro fine (*causa petendi*) di ottenere l'annullamento del contratto.

La distinzione tra le due fasi non è, per così dire, a compartimenti stagni. Come rileva M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, 65, infatti, “si è sempre ritenuto che le vicende pubblicistiche refluiscano in linea di principio sulle sorti del contratto già concluso”.

² Di recente afferma la “piena fungibilità tra diritto privato e diritto amministrativo ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici” G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 440, mentre M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 20, fatica a condividere questo “estremo assunto” in quanto “potrebbe significare che il legislatore sia abilitato con tutta facilità a rinunciare alle superiori garanzie del diritto pubblico”. Osserva “quanto lontane dalla realtà effettuale siano le

Muovendo da questi presupposti, la corposa disciplina dell'esecuzione contenuta agli articoli 113 e ss. del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), di recepimento delle direttive europee del 2014, si configura inevitabilmente come un complesso di deroghe alla regola, costituita dall'applicazione del codice civile³.

La tesi che nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione il diritto privato è la regola, mentre il diritto pubblico la deroga, trova diverse conferme nella legislazione vigente.

In primo luogo, l'art. 1, comma 1-*bis*, legge n. 241 del 1990, per il quale “La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”.

Notoriamente è discusso cosa si debba intendere per “atti di natura non autoritativa”, ma non occorre entrare nel dibattito per ritenere che siano tali quantomeno gli atti squisitamente consensuali, cioè appunto i contratti della pubblica amministrazione: per essi pertanto l'applicazione del diritto privato è la regola, mentre il diritto pubblico è eccezionale e derogatorio.

In secondo luogo, l'art. 12 codice appalti, recante la disciplina del “rinvio esterno” prevede che “per quanto non espressamente previsto nel codice: a)

rappresentazioni di un diritto privato come luogo di sterili antagonismi tra primordiali egoismi patrimoniali” da ultimo G.D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. ec.*, 2024, 16 (già interessanti spunti in questo senso sono in F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1964, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 85 ss..

3 Con ciò non si intende affermare che il diritto amministrativo in sé sia un diritto derogatorio rispetto al diritto privato, perché tale affermazione, come rileva M. MAZZAMUTO, *op.cit.*, 23, non “considera il valore sistematico del diritto amministrativo e dei suoi principi”. Tuttavia è chiaro che l'operatività di regole di diritto pubblico in un ambito materiale ordinariamente soggetto al diritto privato, quale è l'esecuzione dei contratti pubblici secondo la c.d. tesi bifasica, non può che apprezzarsi in termini di deroga al diritto privato. Pare si possa trovare conferma di ciò in Corte cost., n. 53/2011, laddove si osserva che, sebbene la fase successiva alla stipula del contratto sia in linea di principio disciplinata da norme che devono essere ascritte all'ambito materiale dell'ordinamento civile, “ciò non significa, tuttavia, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, in particolare, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva”.

alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”.

L'interpretazione piana di questa disposizione – ancorché, come vedremo, ne siano state avanzate di altre, che pervengono ad esiti opposti – è che le procedure di affidamento costituiscono attività amministrativa, sicché, per quanto non previsto nel codice dei contratti pubblici, si applica la legge n. 241 del 1990; mentre la stipula del contratto e l'esecuzione dello stesso, non costituendo attività amministrativa, sono soggette al codice civile per tutto quanto non espressamente disposto.

L'art 12 ult. cit. sembra così saldarsi armonicamente con la regola che si trae dall'art. 1, comma 1-*bis*, legge n. 241 del 1990.

A conferma della prevalente ambientazione privatistica, vi è infine che la Corte costituzionale, chiamata a decidere sul riparto delle competenze legislative ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, colloca l'esecuzione dei contratti pubblici nella materia “ordinamento civile”, attribuita alla competenza legislativa dello Stato⁴.

2. Le ragioni della deroga al codice civile

Le ragioni per cui, nel disciplinare l'esecuzione, il Codice dei contratti pubblici dispone in deroga al codice civile possono essere individuate organizzando in gruppi le disposizioni più rilevanti.

A) Una prima ragione di deroga consiste nella tutela della concorrenza e delle libertà economiche che impongono di scegliere il contraente attraverso la gara. In particolare, questa è la *ratio* del principio di tendenziale immodificabilità del contratto pubblico, che si desume *a contrario* dai limiti posti allo *jus variandi* della stazione appaltante (art 120 del Codice, che recepisce l'articolo 72 della

⁴ Così, ad es., Corte cost., n. 43/2011.

direttiva Ue n. 24/2014)⁵. La modifica unilaterale del contratto è infatti rigorosamente limitata per evitare che la stessa dia luogo a un contratto sostanzialmente diverso, il quale risulterebbe stipulato con l'originario aggiudicatario in elusione delle regole di concorrenza attinenti alla scelta del contraente⁶.

B) Un secondo gruppo di disposizioni ridimensiona la portata del principio di immodificabilità del contratto dotando la stazione appaltante di facoltà

5 L'art. 120 del Codice è disposizione di non agevole lettura; per l'individuazione delle modifiche consentite è utile fare contestualmente riferimento all'art. 72 della direttiva n. 24/2014. Sinteticamente, sono ammesse:

a) le modifiche che non alterano la natura generale del contratto (secondo la dizione della legge italiana, quelle che non alterano "la struttura del contratto o dell'accordo quadro" o "l'operazione economica sottesa") e che siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili (art. 72, par. 1, lett. a); art. 120, comma 1, lett. a));

b) le modifiche che non alterano la natura generale del contratto (secondo la dizione della legge italiana, quelle che non alterano "la struttura del contratto o dell'accordo quadro" o "l'operazione economica sottesa") e che siano di valore inferiore alle soglie indicate dalla legge (art. 72, par. 2, art. 120, comma 3);

c) le varianti in corso d'opera che non alterano la natura generale del contratto (secondo la dizione della legge italiana, quelle che non alterano "la struttura del contratto o dell'accordo quadro" o "l'operazione economica sottesa") e che siano state imposte da circostanze imprevedibili dalla stazione appaltante secondo l'ordinaria diligenza, sempre che l'eventuale aumento di prezzo non sia superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro (art. 72, par. 1, lett. c); art. 120, comma 1, lett. c) e comma 2);

d) le modifiche derivanti dalla sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previste nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e al contempo comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi, sempre che l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro (art. 72, par. 1, lett. b); art. 120, comma 1, lett. b) e comma 2)

e) la sostituzione dell'aggiudicatario, se tale possibilità sia prevista in clausole chiare, precise e inequivocabili, oppure se all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, oppure se la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori (art. 72, par. 1, lett. d); art. 120, comma 1, lett. d));

f) le modifiche che, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali (art. 72, par. 1, lett. e); art. 120, comma 5). Il codice esclude espressamente che siano sostanziali le modifiche al progetto, proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore, che assicurano risparmi da utilizzare in compensazione alla variazione in aumento dei costi delle lavorazioni o realizzano soluzioni equivalenti e migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera (art. 120, comma 7). Per il resto, la nozione di modifica non sostanziale si ricava *a contrario* dalla definizione della modifica sostanziale, identificata in quella che "altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa" (art. 72, par. 4; art. 120, comma 6). In ogni caso, la modifica è sostanziale quando:

utili alla gestione delle sopravvenienze (variazione dei costi delle prestazioni, mutamento dello stato dei luoghi, etc.): l'obiettivo è di evitare che queste incidano sulla qualità delle prestazioni offerte, a svantaggio dell'interesse pubblico, e contemporaneamente alterino l'equilibrio contrattuale, a danno dell'impresa.

È questo, innanzitutto, il risvolto delle menzionate disposizioni che regolano lo *jus variandi*: le quali, se per un verso lo limitano per ragioni di tutela della concorrenza, per altro verso lo legittimano proprio per le ragioni da ultime considerate.

Ratio analoga è sottesa all'art. 60, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, che obbliga a introdurre negli atti di gara la clausola per la revisione dei prezzi in corso d'esecuzione⁷: regola che non trova corrispondenza nel codice civile.

introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; oppure cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro; o, infine, estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro (art. 72, par. 4; art. 120, comma 7).

Il divieto di apportare modifiche sostanziali al contratto fa comunque salve le modifiche espressamente ammesse, cioè quelle indicate sopra dalla lettera a) alla lettera d).

Le modifiche comportano ordinariamente l'aumento del costo dell'appalto. Tuttavia, se i documenti di gara iniziali lo prevedono, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, alle condizioni originariamente previste. Si tratta di un diritto potestativo dell'amministrazione: l'appaltatore non può rifiutarsi, né può richiedere l'adeguamento delle condizioni economiche del contratto o far valere il diritto alla risoluzione (art. 120, comma 9).

Se ritiene che l'esecuzione del contratto sia divenuta inopportuna o impossibile in ragione di una sopravvenienza, e il problema non si presta ad essere risolto attraverso una modifica ammessa dall'art. 120, la stazione appaltante può sempre verificare se sussistono le condizioni per disporre la risoluzione del contratto e lo svolgimento di una nuova gara.

6 Così già Corte giust. Ue, 29/4/2004, C-496/99. Nella giurisprudenza interna soprattutto Cons. Stato, ad. plen., n. 10/2020: "l'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa)". Cfr. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325.

7 Cfr. S. SPUNTARELLI, *Art. 60 – Revisione prezzi*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 306, laddove, richiamando la giurisprudenza prevalente, si rileva che "l'istituto della revisione di prezzi, in particolare, ha la finalità di salvaguardare

Più in generale, mentre il codice civile prevede che “nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto” (art. 1467 cod. civ.), il codice dei contratti pubblici si discosta da questa impostazione prevedendo che la parte che ha subito un’alterazione rilevante dell’equilibrio contrattuale ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni, sempre che l’alterazione dipenda da circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all’ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, e che la parte non abbia volontariamente assunto il relativo rischio (art. 9, rubricato “principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale”)⁸.

L’alternatività del rimedio manutentivo, che ricorre anche nella legislazione speciale di diritto privato, risponde qui alla medesima *ratio* dell’obbligo di inserire negli atti di gara la clausola di revisione dei prezzi o di consentire entro certi limiti la modifica al contratto: s’intende salvaguardare l’equilibrio economico del contratto compromesso dalle sopravvenienze, a tutela dell’impresa; e, al contempo, favorire la continuità del rapporto e il mantenimento della qualità delle prestazioni, a tutela della stazione appaltante.

C) Altre deroghe si spiegano in ragione della valutazione legislativa di preminenza di taluni interessi pubblici, di cui è portatrice la stazione appaltante, rispetto all’interesse del contraente privato, rivolto alla stabilità del rapporto.

Questa valutazione è sottesa, ad esempio, all’art. 122, d.lgs. n. 36/2023, che conferisce alla stazione appaltante la facoltà di risolvere unilateralmente il

l’interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa e al contempo essa è posta a tutela dell’interesse dell’impresa a non subire l’alterazione dell’equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l’arco del rapporto”.

⁸ Sulla rinegoziazione da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici, G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 25 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024.

contratto senza necessità di una previa pronuncia del giudice, in deroga rispetto al principio generale di vincolatività del contratto sancito dall'art. 1372 c.c.

Le cause di risoluzione lasciano emergere gli interessi pubblici giudicati prevalenti dalla legge. Oltre che nell'ipotesi ordinaria, costituita dall'inadempimento, la risoluzione è infatti prevista a tutela della concorrenza (nel caso in cui il contratto abbia subito una modifica sostanziale, ovvero modifiche e varianti in corso d'opera che abbiano comportato il superamento della soglia: ipotesi nelle quali la risoluzione prelude all'indizione di una nuova gara); a tutela degli interessi presidiati dai requisiti di ordine generale previsti come motivi di esclusione automatica dall'art. 94 (nel caso in cui al momento dell'aggiudicazione l'impresa si sia trovata priva di uno di questi requisiti); a tutela della legalità euro-unitaria, gravemente minacciata dall'operato della stazione appaltante (quando in sede di aggiudicazione sia stata commessa una grave violazione del diritto europeo, riconosciuta nell'ambito di una procedura di infrazione); quando fatti sopravvenuti abbiano inciso sull'affidabilità dell'aggiudicatario, e dunque sia venuta meno la fiducia in lui riposta dall'amministrazione⁹.

⁹ Ai sensi dell'art. 122, c. 1, le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto di appalto, senza limiti di tempo: a) quando si verifica una modifica sostanziale del contratto, che richiede una nuova procedura di appalto (i casi in cui la modifica non richiede una nuova procedura sono indicati all'art. 120); b) quando le modifiche contrattuali previste dall'art. 120, c. 1, lett. b e c del codice (rispettivamente, le modifiche dovute a sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, oppure a varianti in corso d'opera) comportano un aumento di prezzo superiore al 50% rispetto al prezzo iniziale e quando le modifiche previste dall'articolo 120, c. 3, superino le soglie indicate nella medesima disposizione; c) quando l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni che comportano l'esclusione automatica ai sensi dell'art. 94 del codice nell'ambito della disciplina dei requisiti di ordine generale; d) quando l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

In questi casi, secondo l'opinione prevalente, ma non univoca, l'amministrazione non ha l'obbligo, ma solo la facoltà di risolvere il contratto, circostanza che sarebbe desumibile dall'impiego del verbo potere.

L'art. 122, c. 2, prevede invece due ipotesi di risoluzione obbligatoria. Il contratto è risolto qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione e dichiarazioni mendaci o sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia o delle relative misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/2011, ovvero una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al

Ad una *ratio* di garanzia dell'interesse pubblico e della legalità risponde anche la posizione della giurisprudenza che ammette l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione illegittima ai sensi dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, anche dopo la stipula del contratto, contratto che perde automaticamente effetto in ragione del nesso di presupposizione che sussiste tra il medesimo (atto presupponente) e l'aggiudicazione (atto presupposto)¹⁰.

Ancora, non ha altra finalità, se non quella di rendere il disimpegno dal contratto meno gravoso per l'amministrazione rispetto al committente privato, sul presupposto che a suo fondamento vi sia un interesse pubblico, la previsio-

Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II del codice.

In questi casi la risoluzione si impone poiché, indipendentemente dalla corretta esecuzione del contratto, i fatti sopravvenuti incidono sull'affidabilità dell'aggiudicatario e quindi minano la fiducia in lui riposta dall'amministrazione.

Il comma 3 prevede che il contratto può essere risolto per il grave inadempimento dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, e il comma 4 contempla l'ipotesi in cui l'esecuzione delle prestazioni sia ritardata per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto: in tal caso il direttore dei lavori assegna all'appaltatore un termine ordinariamente non inferiore a dieci giorni per eseguire le prestazioni, scaduto il quale, se l'inadempimento permane, la stazione appaltante risolve il contratto.

10 Si v. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2022, n. 590; Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 938; Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14). Tra gli argomenti a sostegno di questa soluzione è stato addotto anche il dato testuale dell'art. 21 *nonies*, c. 1, l. n. 241/1990, che, riferendosi ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, non potrebbe non comprendere anche l'affidamento di una pubblica commessa (Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310).

Autorevole dottrina ritiene però che questo orientamento attribuisce alla stazione appaltante una generale posizione di privilegio, in violazione dei principi di vincolatività del contratto e parità dei contraenti nella fase esecutiva e, al contempo, determina l'elusione della disciplina in materia di risoluzione e di quella (121 ss., c.p.a.) che riserva all'autorità giudiziaria la decisione sull'efficacia del contratto in conseguenza di vizi della procedura (G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 186 s.). In ogni caso, è ragionevole ritenere che, dopo la stipula del contratto, l'annullamento d'ufficio della aggiudicazione possa esser pronunciato solo nel rispetto dei termini perentori previsti dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, mentre la risoluzione per le specifiche illegittimità previste dall'art. 122 può essere disposta in ogni tempo.

Se l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione dopo la stipula del contratto è ammesso, esclusa è invece la revoca per fatti sopravvenuti. In proposito, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 14/2014 ha chiarito che dopo la stipula del contratto la stazione appaltante non ha più il potere di revocare l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990, ma solo il potere di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 123 del codice, in quanto la norma che prevede il potere di recesso è speciale rispetto a quella che prevede la revoca. Del resto, una diversa soluzione comporterebbe la sostanziale inutilità del recesso, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca. Il punto è pacifico anche nella giurisprudenza civile: per esempio Cass. civ., ss.uu., n. 391/2011.

ne in base alla quale la stazione appaltante che recede dal contratto è tenuta a corrispondere solo un indennizzo forfettario da lucro cessante (art. 123), mentre il committente privato che recede ai sensi dell'art. 1671 c.c. deve tenere indenne l'appaltatore del danno emergente e del lucro cessante.

D) Infine, alcune deroghe hanno la funzione trasversale di ridurre l'arbitrarietà delle scelte dell'amministrazione o comunque di assicurare che le stesse scaturiscano da una istruttoria consapevole, preferibilmente svolta in contraddittorio.

A tal fine, ad esempio, l'esercizio del diritto di recesso dall'appalto pubblico è sottoposto a regole procedurali e formali non previste per l'appalto privato¹¹: l'art. 123 prevede, in particolare, che il recesso è esercitato mediante una comunicazione scritta da inviarsi all'appaltatore con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali produce i suoi effetti e la stazione appaltante può prendere in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettuare il collaudo definitivo o verificare la regolarità dei servizi e delle forniture.

Particolarmente accentuata è la proceduralizzazione della risoluzione. L'art. 122 del codice e l'art. 10 dell'allegato II.14 prevedono due articolati procedimenti, in contraddittorio con l'appaltatore, nei casi di risoluzione per grave inadempimento (comma 3) e di ritardo nell'esecuzione (comma 4). La *ratio*, qui, è non solo di consentire il contraddittorio, ma anche e soprattutto di mettere in condizione l'appaltatore di rimediare all'inadempimento o al ritardo: tanto che il procedimento non è previsto se la risoluzione è disposta ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 122, che prevedono ipotesi in cui la risoluzione non può essere evitata dalla condotta dell'aggiudicatario¹². In ogni caso la volontà di risolvere il contratto deve essere espressa in via formale dall'amministrazione con atto motivato.

¹¹ F. FOLLIERI, *Recesso*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 1000; A.M. GIAMPAOLINO – F. GOGGIAMANI, *Risoluzione e Recesso*, in M.A. SANDULLI - DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2019, 377 ss.

¹² Per la descrizione di queste ipotesi, v. *supra* nota 9.

Anche la rinegoziazione è procedimentalizzata. Ai sensi dell'art. 120, comma 8, la richiesta va avanzata senza ritardo; essa non sospende l'esecuzione del contratto, ma assegna al RUP il compito formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi; se non si perviene al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata "può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione".

Per le modifiche e varianti in corso di esecuzione l'art. 120, comma 13, prevede che esse devono essere autorizzate dal RUP secondo le modalità previste dalla stazione appaltante. È comunque necessario il consenso dell'appaltatore mediante l'approvazione di un atto aggiuntivo al contratto. Se non è disponibile ad assoggettarsi alla modifica richiesta dalla stazione appaltante, l'appaltatore ha un diritto soggettivo alla risoluzione del contratto.

Procedimenti e formalità sono previste anche per la sospensione (art. 107) e la proroga del contratto (art. 120, comma 10)¹³.

3. Le deroghe che si trattengono nell'ambito del diritto privato (speciale)

Sembra a questo punto interessante mettere in rilievo che la deroga al codice civile in alcuni casi comporta la qualificazione pubblicistica dell'istituto, mentre altre volte questo non accade.

La prima situazione ricorre laddove la legislazione speciale conferisce alla stazione appaltante veri e propri poteri amministrativi esercitabili durante l'esecuzione che si estrinsecano in provvedimenti eventualmente lesivi di interessi legittimi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

La seconda situazione ricorre in tutti i casi in cui le regole sull'esecuzione dei contratti pubblici, pur derogando al codice civile, non attribuiscono all'amministrazione poteri amministrativi, bensì facoltà contrattuali che si esprimono attraverso atti negoziali incidenti su diritti soggettivi, rispetto ai quali la giurisdizione è in capo al giudice ordinario.

¹³ Sull'eccezionalità della proroga, di recente, Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 8292 del 2023.

Ad esempio:

A) Pur trattandosi di disciplina derogatoria¹⁴, il recesso previsto dall'art. 123 per diffusa opinione ha natura privatistica¹⁵, e anche la Relazione allo Schema definitivo del Codice dei contratti pubblici del Consiglio di Stato parla di “un atto negoziale non autoritativo, posto in essere *iure privatorum*”¹⁶. Dalla natura privatistica del potere di recesso discende l'attribuzione delle relative controversie al giudice ordinario.

B) Anche la disciplina della rinegoziazione esprime una deroga al codice civile, ma non una sostituzione del diritto privato col diritto pubblico. Infatti i presupposti in presenza dei quali sussiste il diritto alla rinegoziazione ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 36/2023, sono sostanzialmente gli stessi in presenza dei quali può essere disposta la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1467 c.c. L'interessato ha a disposizione il rimedio demolitorio e quello manutentivo: si tratta di due fattispecie privatistiche concorrenti, con sottostanti diritti soggettivi dell'aggiudicatario; la rinegoziazione non è oggetto di un potere dell'amministrazione, la quale, se si rifiuta di assentirla in presenza dei presupposti, può essere evocata in giudizio davanti al giudice ordinario¹⁷.

14 Il recesso disciplinato dall'art. 123 è per certi versi accostabile a quello previsto dall'art. 1671 c.c. nell'appalto privato, il quale dispone che il “committente può recedere dal contratto, anche se è iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute dei lavori eseguiti e del mancato guadagno”, in quanto entrambe le disposizioni prevedono un diritto potestativo non subordinato al ricorrere di specifici presupposti, ma prevalgono le differenze poiché, mentre il committente privato che recede deve tenere indenne l'appaltatore del danno emergente e del lucro cessante, l'amministrazione che recede è tenuta solo ad un indennizzo forfettario da lucro cessante (v. *supra*, par. 2). Un'ulteriore differenza è che l'esercizio del diritto di recesso dai contratti di appalto pubblico è sottoposto a regole procedurali e formali non previste per l'appalto privato (v. *supra*, par. 2).

15 Cass, sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23600; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n. 2562. Cfr., *ex multis*, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Torino, 2020, 1510; A.M. GIAMPAOLINO – F. GOGGIAMANI, cit., 380 ss.; G. TAGLIANETTI, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 626.

16 D. SATULLO, *Art. 123 – Recesso*, in R. GIOVAGNOLI - G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, 1168.

17 Come già notato da B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in G. MORBIDELLI, a cura di, *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, p. 120; negli stessi termini, F. GOISIS, P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. Amm.*, 1, 2023, 130.

C) La risoluzione per inadempimento del contratto pubblico, secondo l'opinione prevalente, conserva natura privatistica in quanto sostanzialmente assimilabile sotto il profilo causale alla risoluzione di diritto comune.

Di conseguenza, le controversie aventi ad oggetto la risoluzione anticipata disposta dall'amministrazione a causa dell'inadempimento sono devolute al giudice ordinario, in quanto incidenti sul diritto soggettivo dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto, e ciò indipendentemente dalla veste formalmente amministrativa che talvolta l'atto assume¹⁸.

4. Le deroghe che danno luogo all'incursione di poteri amministrativi nell'esecuzione dei contratti pubblici

In altri casi, come si accennava, la disciplina dell'esecuzione dei contratti pubblici attribuisce all'amministrazione poteri autoritativi che si estrinsecano in atti amministrativi incidenti su interessi legittimi, rimessi alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Ad esempio:

A) Vi sono considerevoli spazi per il diritto pubblico nell'ambito della disciplina della risoluzione. Infatti, mentre la risoluzione per inadempimento, come si è visto, è fattispecie privatistica, la giurisprudenza nelle maglie dell'art. 122 individua diverse ipotesi di "risoluzione pubblicistica", ossia una figura *sui generis* di un potere pubblicistico di autotutela.

Tale è considerata, innanzitutto, la risoluzione disposta per un vizio originario della procedura particolarmente grave (in particolare, perché l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto privo dei requisiti di ordine generale o perché l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione accertata dalla Corte di giustizia UE: rispettivamente 122, comma 1, lett. c) e d))¹⁹.

¹⁸ V. tra le altre Cass., sez. un., 31 ottobre 2022, n. 32148; Cass., sez. un., 10 gennaio 2019, n. 489; Cass., sez. un., 3 maggio 2017, n. 10705. Nello stesso senso il giudice amministrativo: v. tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543.

¹⁹ R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1499.

Si tratta di ipotesi che senz'altro potrebbero dar luogo all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e al conseguente travolgimento contratto: e che vengono ricondotte alla risoluzione per consentire alla stazione appaltante di intervenire in ogni tempo, quindi anche dopo la scadenza dei limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

Risoluzione pubblicistica, almeno secondo la tesi prevalente, è anche quella disposta laddove la prosecuzione dell'esecuzione sarebbe in contrasto con la tutela della concorrenza perché il contratto ha subito una modifica non ammessa oppure una modifica che comporta il superamento delle soglie: rispettivamente art. 122, comma 1, lett. *a)* e *b)*. Qui la causa della risoluzione è sopravvenuta, ma si riflette sulla procedura di aggiudicazione perché è come se il contratto scaturente dalla modifica sia stato stipulato senza previa gara²⁰.

Pubblicistica è anche la risoluzione obbligatoria prevista dall'art. 122, comma 2, per il caso in cui sia intervenuta nei confronti dell'appaltatore la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione e dichiarazioni mendaci o sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia o delle relative misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/2011, ovvero una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II del codice.

In questo caso depone per la qualificazione pubblicistica che i casi di risoluzione per perdita dei requisiti di affidabilità e moralità del contraente sono analoghi a quelli che nella fase di gara determinano l'esclusione del concorrente²¹. Il carattere pubblicistico del potere attribuito all'amministrazione induce la giurisprudenza ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, in alcu-

20 R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1499. Secondo alcuni, però, la risoluzione conseguente ad una modifica sostanziale del contratto (art. 122, c. 1, lett. *a)* e *b)*) ha natura privatistica in quanto costituisce un recesso motivato e giustificato da presupposti oggettivi, in cui l'appaltatore non ha diritto al ristoro del mancato guadagno (G. GALLONE, *L'annullamento d'ufficio nel nuovo codice dei contratti pubblici: riflessioni a prima lettura*, in *itappalti.it*, 2016, 9).

21 M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 80.

ni casi previa riqualificazione dell'atto di risoluzione in annullamento d'ufficio e conseguente caducazione del contratto²².

B) Espressione di potere pubblico è, evidentemente, anche l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione a seguito della stipula del contratto.

C) La stessa qualificazione spetta, secondo l'opinione dominante, alla particolare figura di recesso prevista agli artt. 88, co.4-ter, e 92, co. 4, del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs.06.09.2011, n. 159, richiamata e fatta salva dall'art. 123 del codice.

Queste disposizioni prevedono che l'amministrazione recede dal contratto se dopo la stipula emergono cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 o siano accertati tentativi di infiltrazione mafiosa. Si tratta di un recesso doveroso, avente natura pubblicistica e per questo sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo. Può essere evitato solo se l'opera è in corso di ultimazione o se il soggetto che fornisce i beni o i servizi non possa essere sostituito in termini rapidi. Per entrambe le ipotesi, previste dall'art. 94, co. 3, è richiesta specifica motivazione²³.

Queste caratteristiche del recesso previsto dalla normativa antimafia valgono anche a distinguerlo sotto il profilo del regime da quello previsto dalla disposizione in commento, che è facoltativo e, secondo l'impostazione prevalente, ha natura privatistica ed è soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario.

D) Infine, come esempio di sostituzione di schemi pubblicistici a schemi privatistici, è significativa la giurisprudenza sulla modifica del contratto in corso di esecuzione.

Tale vicenda ben potrebbe essere ritenuta espressione dello *ius variandi* della stazione appaltante nell'ambito di un rapporto paritetico. La giurisprudenza

²² Così Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2022, n. 590. In ogni caso, spettano al giudice ordinario le controversie dirette non a contestare l'*an* della risoluzione, ma attinenti a questioni patrimoniali conseguenti all'esercizio del diritto di risoluzione, venendo in rilievo situazioni di diritto soggettivo e non essendo prevista la giurisdizione esclusiva per le controversie relative alla fase esecutiva.

²³ V. tra le altre Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2021, n. 3078; Id., sez. III, 11 gennaio 2021, n. 338; Id., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319.

za amministrativa però osserva che, quando il ricorrente deduce l'illegittimità della modifica del contratto, in quanto modifica sostanziale che ne altera il contenuto in modo significativo, egli sostanzialmente denuncia che la stazione appaltante ha aggirato l'obbligo della gara pubblica procedendo di fatto ad un affidamento diretto. La lesione riguarda l'interesse legittimo della ricorrente a partecipare alla gara e ricade pertanto nella giurisdizione del giudice amministrativo.

In altre parole, “il contratto non viene in rilievo di per sé, ma in quanto, ove risultasse illegittima la modifica contrattuale disposta, verrebbe a configurarsi l'affidamento diretto in violazione dei principi della gara pubblica; ciò comporta che, qualora si faccia valere (da parte di soggetto titolare di una posizione differenziata) la illegittimità del ricorso alla trattativa privata nella scelta del contraente, per contrarietà a norme che avrebbero richiesto il ricorso a procedimenti di evidenza pubblica, trattandosi della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, la posizione del privato è di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo”²⁴.

5. Le ragioni del potere amministrativo

Conclusivamente, la disciplina dell'esecuzione contenuta nel d.lgs. n. 36/2023 contiene deroghe al codice civile che danno luogo a un diritto privato speciale (*supra*, par. 3) e deroghe che danno luogo ad incursioni di poteri amministrativi in un settore regolato dal diritto privato generale e speciale (*supra*, par. 4)²⁵.

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2023, n. 6797.

²⁵ Similmente, del resto, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 724, con riferimento ai contratti a evidenza pubblica.

L'osservazione che la disciplina derogatoria non dà sempre luogo a poteri amministrativi conferma, se mai ve ne fosse bisogno, che per qualificare la fattispecie in termini pubblicistici non è determinante il carattere pubblico dell'interesse perseguito, né la procedimentalizzazione dell'esercizio del medesimo potere, in quanto tutta l'attività dell'amministrazione, compresa quella di diritto privato, deve essere infatti preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico ed anche i poteri privatistici possono essere procedimentalizzati a tutela di altre parti del rapporto privatistico (si pensi esemplificativamente al licenziamento). Lo ricorda, da ultimo, D. SATULLO, *Art. 122 – Risoluzione*, in R. GIOVAGNOLI - G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 1159.

I poteri amministrativi sono previsti per rimediare a vizi della fase pubblicistica emersi durante l'esecuzione (illegittimità dell'aggiudicazione) o quando una vicenda del rapporto determini l'elusione *a posteriori* di una regola attinente alla fase pubblicistica (è il caso, ad esempio, delle modifiche sostanziali intervenute durante l'esecuzione) o, ancora, quando durante l'esecuzione sia venuto meno un presupposto positivamente valutato in seno alla stessa (ad es., i requisiti di ordine generale)²⁶.

In queste ipotesi la decisione di attribuire alla stazione appaltante un potere amministrativo è segno che la legge non intende lasciare all'autonomia privata del contraente pubblico la scelta di intervenire o meno per la cura dell'interesse pubblico. In altre parole, la previsione del potere amministrativo si spiega perché la legge considera l'interesse pubblico talmente rilevante da rendere doveroso l'intervento dell'amministrazione sul contratto in esecuzione.

La doverosità comporta che l'amministrazione deve attivare il procedimento per la verifica dei presupposti dell'esercizio del potere, che il procedimento deve concludersi nei termini di legge e che il provvedimento eventualmente adottato deve essere rivolto alla cura in concreto dell'interesse pubblico individuato dalla norma attributiva (principio di tipicità).

Con la doverosità così intesa sono compatibili poteri discrezionali e poteri vincolati; ed in effetti nella disciplina speciale dell'esecuzione dei contratti pubblici ricorrono gli uni e gli altri.

Ad esempio, secondo l'opinione prevalente e preferibile, l'utilizzo del verbo "può" nell'art. 122, comma 1, indica che nelle ipotesi ivi previste l'amministrazione non ha l'obbligo, ma solo la facoltà di risolvere il contratto²⁷: più esattamente, vista la configurazione pubblicistica della risoluzione in questione, si dovrà dire che il relativo potere è discrezionale. La configurazione del potere come potere discrezionale comporta che, nella valutazione se disporre la risolu-

²⁶ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 74 s.

²⁷ Riassume i termini del dibattito sul punto D. SATULLO, *Art. 122 - Risoluzione*, cit., 1154.

zione o meno, la stazione appaltante deve tenere in considerazione l'affidamento del contraente alla stabilità del rapporto.

Diversamente, come si desume anche dal tenore letterale dell'art 122, comma 2, la risoluzione in presenza della perdita dei requisiti di affidabilità e moralità da parte del contraente è obbligatoria: corrisponde cioè a un potere amministrativo vincolato.

La seconda ragione del ricorso al potere amministrativo, del resto collegata alla precedente, è il risvolto garantistico del regime del provvedimento amministrativo²⁸.

Il provvedimento, come noto, è atto per definizione impugnabile da chiunque sia titolare di una posizione differenziata, qualificabile in termini di interesse legittimo, e vi abbia interesse; è soggetto all'obbligo di motivazione; è sindacabile nel suo contenuto dal giudice amministrativo tramite la tecnica dell'eccesso di potere.

Così, ad esempio, la risoluzione del contratto pubblico, eccetto il caso che sia disposta per inadempimento della controparte, richiede motivazione ed è sindacabile dal giudice; mentre il recesso, cui si riconosce natura privatistica, è liberamente esercitabile dalla stazione appaltante, non va motivato e l'eventuale motivazione non è comunque sindacabile in sede giudiziale²⁹.

Osservazioni analoghe valgono in relazione all'orientamento giurisprudenziale che qualifica in senso pubblicistico la modifica del contratto in corso di esecuzione. Non vi sono ragioni letterali o di diritto sostanziale per assegnare a questa vicenda natura giuridica diversa da quella del recesso, che è pacificamente privatistica. La giurisprudenza considera atto amministrativo quello che dispone la modifica del contratto per configurare la titolarità dell'interesse legittimo.

²⁸ *Amplius*, nella materia dei contratti, M. Mazzamuto, *op. cit.*, 15.

²⁹ Sull'insindacabilità del recesso v. di recente Corte cass., sez. I, 2 maggio 2023, n. 11361, che evidenzia tale elemento del recesso in contrapposizione alla sindacabilità della risoluzione; v. anche Corte Cass., sez. I, 7 luglio 2022, n. 21574; CC, sez. II, 17 ottobre 2018, n. 26009). Criticamente, sulla insindacabilità del recesso, è favorevole per questo a una costruzione dello stesso in chiave pubblicistica, E. GUARNIERI, *Riflessioni sulla (in)sindacabilità dell'atto di recesso dal contratto di appalto pubblico*, in *Munus*, 2019, 47 ss.

timo in capo all'impresa terza, la quale contesti che la stazione appaltante attraverso la modifica ha sostanzialmente aggirato l'obbligo di indire la gara, impedendole di concorrere per l'aggiudicazione. La qualificazione in senso pubblicistico qui non è tanto funzionale alla doverosità dell'azione amministrativa, quanto a garantire l'accesso al giudice all'impresa che si trova nella suddetta posizione. Se l'atto che dispone la modifica avesse natura privatistica, produrrebbe effetti solo *inter partes* e il terzo non sarebbe legittimato all'impugnativa.

6. Sulla rilettura pubblicistica dell'esecuzione. Conferma dell'impostazione tradizionale

Le precedenti considerazioni si muovono nel solco dell'impostazione tradizionale, e tuttora prevalente, secondo la quale l'esecuzione dei contratti pubblici è soggetta di regola al codice civile, sicché quanto previsto nel codice di contratti pubblici è per definizione derogatorio.

In alcune recenti indagini si è però osservato che scelta del contraente, stipula del contratto e sua esecuzione configurano un'operazione amministrativa sostanzialmente unitaria, in quanto rivolta alla cura di un interesse pubblico concreto. A fronte di questa unitarietà sostanziale della vicenda, sarebbe arbitrario distinguere recisamente tra fase pubblicistica, soggetta al diritto pubblico, e fase privatistica, soggetta al diritto privato.

Nell'ambito delle dottrine che si orientano in questo senso vi sono peraltro differenze sostanziali: vi è una corrente che si può definire pan-privatistica, in quanto tende a concepire la fase di scelta del contraente come una trattativa precontrattuale e ritiene opportuna l'introduzione di elementi di flessibilità nella scelta a discapito dei vincoli pubblicistici³⁰; e una corrente che si può definire pan-pubblicistica, in quanto recupera l'unitarietà dell'operazione amministrativa

³⁰ M. M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Milano, 2021, 25 ss., *passim*; G.D. COMPORI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 234; ID., *La rinegoziazione*, cit., 17 s.

appunto sul versante del diritto pubblico, contestando che l'esecuzione dei contratti sia soggetta effettivamente al diritto privato³¹.

In particolare, si è osservato che l'esecuzione del contratto pubblico, essendo rivolta alla soddisfazione dell'interesse pubblico concreto individuato nel procedimento di scelta del contraente e sotteso alla stipula, è attività funzionalizzata, cioè intimamente amministrativa³². In questo quadro concettuale le disposizioni qui sopra prese in considerazione non possono essere considerate deroghe al codice civile: esse, piuttosto, costituiscono punti di emersione di una disciplina affatto autonoma da quella del diritto privato e costituita dai principi della funzione amministrativa³³.

Tale ipotesi ricostruttiva oggi non può essere liquidata frettolosamente poiché, come attestano anche i paragrafi precedenti, la disciplina dell'esecuzione dei contratti delle pubbliche amministrazioni è considerevolmente diversa da quella del contratto in generale³⁴: e, quanto più la differenza tra le due discipline cresce, tanto più la teoria dualistica può esser posta in discussione; ed esser ripresa in considerazione, per l'inquadramento di queste fattispecie, la teoria dei contratti pubblici o diritto pubblico, secondo la quale accanto al contratto di diritto privato, avremmo un contratto di diritto pubblico, ciascuno dei quali con regole proprie³⁵.

31 E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, *passim*, ma anche, sia pur in una diversa prospettiva teorica, F. D'ANGELO, *Profili teorici dell'esecuzione degli appalti pubblici*, in *Foro amm.*, 2022, 1494 ss. Favorevole a una lettura pubblicistica dell'esecuzione, ma concretamente attento a distinguere aspetti privatistici e pubblicistici, appare M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 72 ss.

32 E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione*, cit., 187 ss. Una decisa critica a quest'ordine di idee in G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 13 ss.

33 E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione*, cit., 200. *Contra* G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 14 ss.

34 M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 72 s.: "il settore dei contratti pubblici è quello che appare maggiormente segnato da una pressione giuspubblicistica sulla fase di esecuzione, specie a confronto di quanto avviene nell'impiego pubblico privatizzato": esso è infatti caratterizzato da "momenti di assorbente qualificazione pubblicistica che investono direttamente gli atti di svolgimento del rapporto, con entrata in campo della giurisdizione amministrativa".

35 Il riferimento è da intendersi alla teoria di Laband e di G. Jellinek, secondo cui "il contratto è una categoria generalissima" che "si caratterizza essenzialmente per il profilo strutturale, in quanto espressione della concorde volontà di due soggetti": così F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 9 ss., cui si rinvia per l'esame e la discussione critica della tesi secondo

A ciò si aggiunga che, secondo un'autorevole opinione, l'amministrazione contraente non è titolare di autonomia privata, bensì di discrezionalità³⁶, poiché il regolamento contrattuale si forma nell'ambito di procedure pubbliche e risente di innumerevoli auto-vincoli derivanti dalla progettazione, dalla programmazione e dagli atti presupposti, tali da escludere che lo stesso possa considerarsi "liberamente determinato dalle parti"³⁷. Se alle differenze riscontrate nella disciplina dell'esecuzione si somma questo, cioè che l'amministrazione contraente non è titolare di autonomia privata bensì di discrezionalità, è quasi inevitabile chiedersi cosa resti del contratto di diritto privato e se non sia più opportuno riprendere la tesi del contratto di diritto pubblico.

Sotto un altro profilo v'è da considerare che, vista la presenza di regole pubblicistiche nell'esecuzione del contratto, l'impostazione tradizionale è inevitabilmente fonte di incertezze qualificatorie che si riflettono sul riparto della giurisdizione; in ogni caso, essa comporta la concorrenza di giurisdizioni nell'esecuzione del contratto, il che può dar luogo all'erogazione di tutele diverse dal punto di vista contenutistico. La soluzione pan-pubblicistica semplificherebbe il quadro e risolverebbe molti problemi, innanzitutto d'ordine pratico, in

cui, posta questa premessa, si potrebbe distinguere tra contratto di diritto pubblico e di diritto privato.

Va comunque considerato che la teoria del contratto di diritto pubblico elaborata in Germania non si riferisce ai contratti di appalto, allora ritenuti figure strettamente privatistiche, bensì a fattispecie come la concessione di cittadinanza o la costituzione del rapporto di pubblico impiego, nelle quali l'amministrazione appare come autorità: l'ambito della figura corrisponde cioè ai contratti ad oggetto pubblico, di cui parla M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 737 ss., ed, eventualmente, agli accordi tra amministrazione e privati previsti dall'art. 241 legge n. 241 del 1990).

Diversamente, la categoria francese del *contrat administratif*, elaborata al fine di giustificare l'attrazione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa, riguarda anche i contratti di appalto e potrebbe dunque attagliarsi alle fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 36 del 2023 qualora si dimostrasse (e sembra dimostrazione ardua) che la loro disciplina forma, anche con riguardo alla esecuzione, un sottosistema normativo autonomo e indipendente dal codice civile.

36 Da ultimo F.G. COCA, Massimo Severo Giannini, *la teoria generale del diritto e la teoria del provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2024, 47 ss.

37 Saremmo dunque lontani dall'autonomia contrattuale descritta dall'art. 1322 cod. civ., ai sensi del quale "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative" (comma 1). Sul punto vds. anche V. CERULLI IRELLI, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Contr. e impr.*, 2023, ora in ID., *Costituzione e amministrazione*, Saggi II, Torino, 2024, 79.

quanto avrebbe quale sua principale conseguenza l'attribuzione delle controversie relative all'esecuzione del contratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Malgrado la ricostruzione in chiave unitaria dell'intera vicenda contrattuale, comprensiva dell'esecuzione, abbia più d'una ragione a suo sostegno, resta il fatto che il diritto positivo accoglie la concezione bifasica della contrattazione pubblica.

Ciò è provato, in particolare, dall'art. 12 codice appalti, dove si legge che “per quanto non espressamente previsto nel codice: a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”.

La disposizione non è priva di incongruenze, come è stato rilevato. In particolare, non sembra corretto escludere in assoluto che la legge n. 241 trovi applicazione nella fase di esecuzione, per il semplice fatto che anche in questa fase la stazione appaltante è titolare di alcuni poteri amministrativi³⁸: così, ad esempio, non è ragionevole escludere l'applicazione della legge n. 241 all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione in corso d'esecuzione o anche alla risoluzione pubblicistica.

Tuttavia non sembra possibile aderire all'interpretazione secondo cui l'esecuzione andrebbe considerata come una delle “altre attività amministrative” menzionate dall'art. 12, lett. a), alle quali trova applicazione la legge n. 241/1990³⁹. Ed infatti, l'espressa considerazione dell'esecuzione nell'art. 12, lett. b), che contiene il rinvio esterno al codice civile, impedisce di ricondurla alle “altre attività amministrative”, per le quali è disposta l'applicazione sussidiaria della legge n. 241, e conferma l'accoglimento della teoria bifasica.

³⁸ S. VALAGUZZA, Art. 12 – *Rinvio esterno*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, 62.

³⁹ Tesi esposta da E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione*, cit., 199, in relazione al previgente art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Su questa premessa sembra prudente ribadire che le disposizioni sull'esecuzione dei contratti pubblici contenute nel codice di settore costituiscono deroghe alla regola, che è l'applicazione delle disposizioni del codice civile, e conseguentemente non ne è ammessa l'interpretazione estensiva o analogica⁴⁰.

Sembra poi utile precisare che la deroga in alcuni casi configura un diritto privato speciale, mentre in altri comporta l'incursione del potere amministrativo nell'esecuzione dei contratti pubblici. Si conferma così che il diritto privato è compatibile con la cura di interessi pubblici, senz'altro presenti nell'esecuzione dei contratti pubblici; e che, al contempo, possono esservi ragioni particolari (riconguibili alla doverosità dell'intervento della stazione appaltante o a esigenze di tutela) che giustificano la previsione di puntuali poteri amministrativi incidenti sull'esecuzione del contratto.

⁴⁰ Per questa impostazione, per tutti, G. GRECO, *op. cit.*, 1 ss., 29 s.

EDOARDO CARUSO
Ricercatore in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università
degli Studi di Ferrara
edoardo.caruso@unife.it

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA CONDIVISA: TERZO SETTORE, CONTRATTI, SERVIZI

“SHARED” PUBLIC ADMINISTRATION: THIRD SECTOR, PUBLIC PROCUREMENT AND SERVICES

SINTESI

Il saggio si articola in due sezioni, corrispondenti a distinti, ma interconnessi, obiettivi di analisi.

Nella prima sezione, si esamina l'evoluzione degli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo Settore (co-programmazione, co-progettazione e convenzioni), e il loro rapporto con le logiche di mercato che informano il diritto dei contratti pubblici. Tale analisi si distanzia sia dagli approcci pan-concorrenziali – esemplarmente rappresentati dal parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato – sia dalle prospettive che, nel valorizzare il favor per il non profit, concepiscono un'alternatività assoluta e non graduata tra diritto del Terzo settore e diritto dei contratti pubblici. In questa prospettiva “mediana”, l'analisi degli istituti previsti dagli artt. 55 e ss. del Codice del Terzo settore è condotta attraverso un confronto con il diritto dell'Unione Europea e le sue categorie. In particolare, si esplora la relazione tra questi istituti e i modelli dell'in house providing e della cooperazione pubblico-pubblico (par. 1 e 1.1), evidenziandone il comune riferimento al principio di auto-organizzazione della pubblica amministrazione, inteso quale sviluppo del principio costituzionale di buon andamento e del principio del risultato.

Nei paragrafi successivi (2 e 2.1), si analizzano gli effetti dell'equilibrio, realizzato a livello europeo tra i valori della concorrenza e della solidarietà, e i riflessi di tale bilanciamento nell'ordinamento nazionale. Il paragrafo 3 è invece dedicato alla c.d. co-progettazione realizzativa, istituto di amministrazione condivisa in

cui si manifesta con maggiore intensità la tensione tra il diritto europeo dei contratti pubblici e il diritto del Terzo settore. L'analisi si propone di valorizzare la natura collaborativa e non sinallagmatica dell'istituto, ponendo in evidenza le oggettive differenze rispetto alle tradizionali modalità di esternalizzazione. A tale proposito, si critica l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che individua nella gratuità o non onerosità del rapporto un elemento distintivo: il paragrafo 4 è appunto dedicato alla dimostrazione dei limiti di tale impostazione e all'individuazione nella "genuinità" del rimborso spese dell'elemento costitutivo dei rapporti riservati tra p.a. e Terzo settore.

La seconda sezione del saggio elabora una ricostruzione teorica di questo nuovo modo di amministrare (l'amministrazione condivisa), con l'intento di approfondirne la funzione e le implicazioni sistematiche sul piano dell'azione amministrativa. Muovendo dall'inquadramento della co-progettazione realizzativa quale strumento organizzativo per l'erogazione di funzioni e servizi pubblici (par. 5), si analizzano le conseguenze di tale ricostruzione sul regime giuridico delle attività degli enti del Terzo settore. Nei successivi paragrafi (6 e 6.1), gli istituti oggetto di studio sono esaminati in relazione a determinate teorie sul rapporto tra Stato e società civile, cercando di rispondere ai seguenti quesiti: quali corollari della sussidiarietà orizzontale emergono nella co-programmazione e co-progettazione? Quali sono i punti di contatto con la tesi dell'amministrazione obbiettivata?

Nel paragrafo conclusivo (7), si fornisce una sintesi del percorso svolto e si sviluppano alcune notazioni critiche nei confronti dell'impostazione, sostenuta anche dalla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, che considera l'amministrazione condivisa e i contratti pubblici come due universi distinti. Tale approccio, sebbene diffuso, non appare soddisfacente né dal punto di vista operativo né teorico: esso sembra suffragare il ritorno a una visione dicotomica dei rapporti tra concorrenza e solidarietà, nonché trascurare la comune finalità

della co-progettazione e delle soluzioni tradizionali di esternalizzazione, ossia quella di dare attuazione ai diritti sociali sanciti dalla Costituzione.

ABSTRACT

The essay is structured into two sections, corresponding to different objectives of analysis, interconnected.

The first section examines the evolution of the institutions governed by Title VII of the Third Sector Code (co-programming, co-planning, and conventions), and their relationship with the market-driven logic underpinning public procurement law. This analysis departs both from pan-competitive approaches – admirably represented by Opinion no. 2052/2018 of the Council of State — and from perspectives that, in emphasizing the preferential treatment for non-profit entities, see an absolute and non-graded dichotomy between third sector law and public procurement law. From this "middle ground" perspective, the analysis of the institutions established by articles 55 and subs. of the Third Sector Code is conducted through a comparison with European Union law and its categories. In particular, the essay explores the relationship between these institutions and the models of in-house providing and public-public partnerships (paragraphs 1 and 1.1), highlighting their shared reliance on the principle of self-organization of the public administration, as an extension of the constitutional principle of good governance and the principle of result.

In the subsequent paragraphs (2 and 2.1), this essay analyses the effects of the balance achieved at the European level between the values of competition and solidarity and its implications on the domestic legal system. Paragraph 3 focuses on “co-planning for implementation”, an form of shared administration that demonstrates more intensely the tension between European public procurement law and Third Sector law. The analysis seeks to emphasize the collaborative and non-synallagmatic nature of this institution, highlighting its objective differences from traditional outsourcing mechanisms. In this regard, the essay criticizes the administrative case law which identifies the gratuitous or non-

onerous nature of the relationship as a distinctive feature: paragraph 4 is precisely dedicated to demonstrating the limitations of this approach and to identifying the “authenticity” of expense reimbursement as the constitutive element of the privileged relationships between public administration and the Third Sector.

The second section of the essay develops a theoretical reconstruction of this new way of administration (shared administration), with the aim of deepening its function and its systematic implications on the administrative action plan. Starting from the framing of the co-planning for implementation as an organizational tool for the delivery of public functions and services (paragraph 5), the essay examines the consequences of this reconstruction for the legal regime governing the activities of Third Sector Entities. In the subsequent paragraphs (6 and 6.1), the institutions under study are analysed in relation to specific theories regarding the relationship between State and civil society, addressing questions such as: what corollaries of horizontal subsidiarity emerge in co-programming and co-planning? And what are the points of contact with the conception of “objective administration”?

In the concluding paragraph (7), a synthesis of the argumentative trajectory is provided, along with critical observations regarding the approach — endorsed by decision no. 131/2020 of the Constitutional Court — that considers shared administration and public procurement as two separate worlds. Although widespread, this approach appears unsatisfactory both operationally and theoretically, since it seems to support the return of a dichotomous vision of the relationship between competition and solidarity and it neglects the shared objective of co-planning and traditional outsourcing solutions: the implementation of social rights enshrined in the Constitution.

PAROLE CHIAVE: amministrazione condivisa, co-progettazione, Terzo settore, contratti pubblici, servizi pubblici

KEYWORDS: shared administration, co-planning, Third Sector, public procurement, public services

INDICE: Sezione I. Regole di mercato e Terzo settore: lo spazio per una “terza via”. 1. Una “questione di confine”: le indicazioni di metodo desumibili dall'*in house providing* e dalla cooperazione pubblico-pubblico. - 1.1. Il principio di autorganizzazione quale corollario del principio del risultato. - 2. Dal “sistema delle convenzioni” alla “dottrina Spezzino”: un nuovo paradigma nei rapporti tra p.a. e privato *non profit*. - 2.1. Le ritrosie a livello nazionale nel cogliere il rilievo del *case law* Ue sul Codice del Terzo settore. - 3. La “co-progettazione realizzativa” e la sua natura collaborativa alla luce degli artt. 6 d.lgs. n. 36/2023 e 18 d.lgs. n. 201/2022. - 4. La genuinità del rimborso quale elemento costitutivo dei rapporti tra p.a. e Terzo settore. Sezione II. Profili ricostruttivi dell'amministrazione condivisa. 5. Ruolo e funzioni della co-progettazione c.d. realizzativa. Il regime dell'attività del Terzo settore. - 6. Amministrazione condivisa e sussidiarietà orizzontale. - 6.1. Amministrazione condivisa, sussidiarietà sociale e amministrazione obiettivata. 7. Notazioni conclusive e ulteriori prospettive di indagine.

Sezione I

Regole di mercato e Terzo settore: lo spazio per una “terza via”

1. Una “questione di confine”: le indicazioni di metodo desumibili dall'*in house providing* e dalla cooperazione pubblico-pubblico

I principi del nuovo Codice si prestano a diverse classificazioni, tra cui quella desumibile dall'art. 4, tra principi-valore (artt. 1-3) e principi-regole (artt. 5-11)¹, che suggerisce di considerare in modo congiunto gli articoli 6 (*Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore*) e 7 (*Principio di auto-organizzazione amministrativa*), definiti in dottrina quali “principi recinto” per rimarcare la comune finalità di «segnare il perimetro entro il quale le norme del codice sono destinate a trovare applicazione»². Proprio questa *ratio* richiede di rivolgere lo sguardo all'ordinamento europeo, cui di norma spetta l'ultima parola sulla risoluzione delle “questioni di confine”³; e quindi di “rispettarne” – in nome della *primauté* comunitaria – approcci metodologici e categorie giuridiche.

Un percorso tra loro simile hanno avuto l'*in house providing* e la *cooperazione pubblico-pubblico* disciplinati all'art. 7 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito, Codice dei contratti pubblici o CCP): elaborati dal *case law* Ue (rispettivamente

1 G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 287 ss.

2 M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023 2 ss.

3 Spetta infatti all'ordinamento Ue riempire di contenuti quelle nozioni, quali appalto pubblico e operatore economico, da cui dipende l'ambito applicativo delle direttive di settore.

nelle note cause *Teckal* e *Amburgo*), entrambi gli istituti sono poi stati positivizzati dalle direttive Ue del 2014 e dal Codice del 2016. A ben vedere, nel farli transitare dai “*Principi comuni in materia di esclusioni*” (cfr. art. 5 d.lgs. n. 50/2016) ai “*Principi generali della materia*”, l’art. 7 segue e implementa un’impostazione già rintracciabile nelle richiamate direttive che – seppur con alcuni limiti di sistematicità – hanno consacrato il *principio di libera amministrazione* delle autorità pubbliche, il cui “nucleo duro” consiste appunto nel riconoscere la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di individuare *il modo migliore* per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, scegliendo tra esternalizzazione, autoproduzione e collaborazione pubblico-pubblico⁴. In altri termini, si dà rilievo alla libertà (*rectius*, discrezionalità) delle amministrazioni nella scelta della soluzione organizzativa migliore, in quanto più adatta per soddisfare, nel caso concreto, i bisogni strumentali e/o finali della p.a. in conformità ai canoni di buon andamento e imparzialità⁵. Quanto appena osservato porta a ritenere per certi versi fisiologica l’affermazione del principio di auto-organizzazione in un testo normativo (il nuovo Codice) nel suo complesso incentrato – per rimarcare la discontinuità con il passato⁶ – sui principi del risultato e della fiducia e sul ruolo strumentale della concorrenza⁷.

4 Cfr. da ultimo G. URBANO, *L'autonomia organizzativa e negoziale delle amministrazioni*, M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

5 Il che trova riscontro già nel quadro regolatorio europeo; cfr. art. 2 direttiva 2014/23/UE: «Tali autorità sono libere di decidere il *modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici*» (corsivo per enfasi).

6 A. SANDULLI, *Il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit.

7 Sui principi del nuovo Codice, seppur con sfumature diverse, v. anche AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, Torino, Giappichelli, 2024; G. TROPEA, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Principio del risultato*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, Pacini Giuridica, 2024; S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, 669 ss.; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Urb. app.*, 2023, 1955; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir.*

Sulla correlazione tra il binomio risultato/fiducia e il principio di (auto)organizzazione si tornerà a breve, dovendosi prima evidenziare come *in house providing* e *cooperazione pubblico-pubblico* costituiscano entrambi espressione di operazioni di bilanciamento realizzate dalla CGUE tra obiettivi sovranazionali ed esigenze nazionali tra loro in potenziale conflitto. Nello specifico, viene in rilievo, da un lato, l'obiettivo di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza che ha portato la CGUE a elaborare nozioni ampie di amministrazione aggiudicatrice, operatore economico e appalto pubblico, come pure il principio di parità concorrenziale tra imprese pubbliche e imprese private (che sarebbe stato senz'altro pregiudicato da un'incondizionata libertà di affidare direttamente le commesse pubbliche alle prime)⁸. Dall'altro, il *principio di autonomia istituzionale* delle p.a. nazionali⁹ che rileva sotto una pluralità di profili: ad esso possono infatti ricondursi, oltre la (libertà di) scelta degli strumenti (privatistici e/o pubblici) da utilizzare per l'espletamento dei propri compiti, la scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione nonché la possibilità di non provvedere singlar-

ec., 1, 2023, 141 ss.; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 829 ss.; ID., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, 84 ss.; F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2023; G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI (a cura di), *Commento sub art. 1*, in *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, 39 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 287 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 5 ss.; ID., (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 2 gennaio 2023; M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (diretto da), *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 49 ss., spec. 66 ss.; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *Giustamm*, 11/2023. Sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 863 ss.

8 Cfr. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2023, 1283 ss. che osserva come *in house providing* si collochi «all'incrocio di due tematiche importanti, distinte ma connesse: quella del rapporto tra pubblici poteri e attività d'impresa e quella della scelta dell'altro contraente nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione».

9 M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017; da ultimo, M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice*, cit. e F. ROTA, *Il principio di autorganizzazione*, R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 173 ss.

mente alle proprie funzioni ma di operare in cooperazione con altri soggetti pubblici. Il quadro degli interessi sottesi ai due modelli organizzativi di cui all'art. 7 presenta, quindi, una tendenziale omogeneità¹⁰, potendosi rintracciare nell'*in house pluri-partecipato o congiunto* – inquadrabile quale forma di “autoproduzione in collaborazione” – il “*traid d'union*” tra i due istituti.

Questi profili di comunanza non devono però far perdere di vista le differenze che ne rendono opportuna una trattazione disgiunta. Come ben noto, l'*in house providing* si sostanzia in un affidamento diretto a un soggetto sostanzialmente pubblico con cui l'amministrazione aggiudicatrice ha un peculiare legame che, ad avviso di chi scrive, può presentare natura (non strutturale ma) *funzionale*¹¹. Alla luce di tale inquadramento si ritiene di poter risolvere positivamente quei dubbi, rintracciabili già a livello Ue, circa la configurabilità di un vero rapporto contrattuale tra p.a. e soggetto *in house*: invero, le stesse ragioni che inducono a ritenere non più attuali letture del rapporto *in house* in termini di relazione gerarchica e/o interorganica e di assenza di alterità soggettiva dovrebbero – in combinato con alcune indicazioni ricavabili dal dato positivo¹² – consentire di ravvisare un vero e proprio contratto tra due soggetti distinti (socio pubblico e prestatore)¹³; con ciò senza negare le peculiarità di tale rapporto che si discosta sotto vari profili dai rapporti propriamente sinallagmatici, innanzitutto per l'assenza di una effettiva negoziazione e di una contrapposizione di interessi tra le parti¹⁴. Ed è proprio la peculiarità del rapporto a giustificare

10 Cfr. Tar Veneto, sez. III, 7 febbraio 2022, n. 235.

11 Sul punto sia consentito rinviare a E. CARUSO, *Per una rilettura funzionale del rapporto in house: riflessi sul controllo analogo*, in *Giur. comm.*, 1, 2024, p. 126 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., SU, 28 giugno 2022, n. 20632.

12 E invero le direttive le del 2014 non hanno qualificato il rapporto tra ente affidatario e soggetto *in house* «*outside the directive's concept of a "contract"*», ma, più coerentemente, hanno escluso queste fattispecie convenzionali dal loro ambito applicativo; il corsivo è di S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the Eu and UK*, vol. I, Londra, Sweet & Maxwell, 2014, 580.

13 *Ibidem*.

14 R. CAVALLO PERIN, *Il modulo derogatorio: in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA, G. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, Giappichelli, 2011, 123, ma v. pure R. CAVALLO PERIN, R. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss., spec. 69 e 97. Da ultimo v. B.G.

l'esclusione del contratto tra amministrazione e affidatario *in house* dall'ambito di applicazione delle direttive e, quindi, «a “confinare” l'affidamento del contratto dentro il perimetro dell'autonomia organizzativa dell'amministrazione aggiudicatrice, senza investire il mercato e le sue esigenze»¹⁵.

Un diverso ragionamento vale, invece, per la cooperazione pubblico-pubblico ove è invece il “contenuto dell'accordo” (ancora prima della natura sostanzialmente pubblica delle parti) a determinarne l'esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina sui *public procurement*. Esso, infatti, deve risultare tale da distinguere queste fattispecie dai tradizionali contratti di appalto e di concessione, attestandone la natura genuinamente cooperativa e non sinallagmatica del rapporto: in tal senso, si ritiene, vadano intese le principali condizioni “costitutive” dell'istituto, ora (meglio) enucleate dall'art. 6, co. 4 del nuovo Codice, su tutte la convergenza sinergica su attività di interesse comune e il “coinvolgimento attivo” di tutte le parti della cooperazione nello svolgimento delle attività oggetto di cooperazione¹⁶.

A ben vedere, tale differente ragione giustificativa dell'esclusione si riflette sul *range* di prestazioni materiali che possono formare oggetto dei due istituti.

MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 1289 secondo il quale «l'idea che l'organismo *in house* formuli una proposta contrattuale all'amministrazione controllante, come se godesse di un'effettiva autonomia da essa e avesse perfino una contrapposizione di interessi con essa, è un po' la negazione dei presupposti su cui si basa l'esenzione di questi affidamenti dall'obbligo di gara».

15 Così H. BONURA, *La cooperazione pubblico-pubblico*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit.

16 Gli elementi costitutivi della cooperazione pubblico-pubblico sono il raggiungimento di obiettivi comuni, la partecipazione di tutte le parti – seppur con ruoli diversi – allo svolgimento delle attività oggetto della cooperazione, l'assenza di rapporti sinallagmatici (e quindi la limitazione dei trasferimenti monetari al rimborso delle spese) e infine la convergenza sinergica su attività di interesse comune (pur potendo divergere le finalità perseguite dalle diverse parti, è necessario che la collaborazione non sia rivolta al perseguimento dell'interesse istituzionale di una sola delle parti). La diversa formulazione dell'art. 7, co. 4 rispetto all'art. 5, co. 6 del previgente Codice non comporta, ad avviso di chi scrive, novità sostanziali: la nuova disposizione è frutto di un recepimento più attento e completo del diritto Ue: mentre il Codice del 2016 si limitava a recepire meccanicamente il testo degli artt. 12 della direttiva appalti e 17 della direttiva concessioni, il legislatore del 2023 ha opportunamente considerato anche i contenuti dei considerando di tali direttive (in molti casi, riproduttivi delle posizioni della CGUE sul tema).

Quanto alla cooperazione pubblico-pubblico, l'elemento costitutivo e al tempo stesso discrezionale dell'istituto – la natura cooperativa del rapporto – sembra tale da circoscrivere la tipologia di *prestazioni materiali* che possono formare oggetto della cooperazione: queste dovrebbero invero concernere attività riguardanti direttamente l'espletamento di un pubblico servizio o, comunque, attività inerenti la missione istituzionale dell'amministrazione; la cooperazione potrebbe riguardare anche attività ausiliarie o di supporto, purché contribuiscano alla effettiva realizzazione del servizio o della missione¹⁷. Queste indicazioni, coerenti con la *ratio* dell'istituto, trovano conferma a livello europeo, mentre a livello nazionale il profilo in esame (cioè la tipologia di attività che possono essere svolte in cooperazione tra soggetti pubblici) presenta maggiori ambiguità. Per un verso, infatti, una parte della giurisprudenza amministrativa, anche di recente ripresa dall'ANAC, ha inteso in termini particolarmente restrittivi le attività sussumibili negli accordi e ciò, si ritiene, nell'ottica di estendere gli affidamenti competitivi (in coerenza con la logica pan-concorrenziale che a lungo ha pervaso il settore e che solo il Codice del 2023 ha provato ad arginare in modo deciso)¹⁸. Per altro verso, gli innegabili punti di contatto e di intersezio-

17 Cfr. considerando n. 33 direttiva appalti e Corte giust. 28 maggio 2020, C-796/18, *ISE mbH*, p. 59 ss. secondo cui non possono essere oggetto della cooperazione attività “meramente accessorie” al servizio o alla missione. *Amplius* sull'argomento, G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi.it*, 18/2015, 1 ss.-

18 Si fa riferimento alla massima secondo cui potrebbero essere oggetto degli accordi di cooperazione solamente quelle «attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva appalti 2004/18/CE; il contenuto e la funzione elettiva di tali accordi è quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti»: così Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849, poi ripreso dalla giurisprudenza successiva tra cui Con. Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130; 6 agosto 2019, n. 5581. V. pure, *ex multis*, ANAC parere del 17 gennaio 2024, n. 66; 27 luglio 2022, n. 40. Se ben si è inteso, tale massima ha avuto origine da Corte giust., 19 dicembre C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* e, nello specifico, da quei passaggi ove il giudice europeo ha dato rilievo al fatto che l'oggetto dell'accordo comprendeva una serie di «materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica» (p. 37). In realtà, con tale passaggio la CGUE ha inteso escludere – non rileva se a torto o a ragione – che l'attività oggetto dell'accordo fosse riconducibile alle competenze originarie dell'Università (individuata nella ricerca scientifica); e, alla luce di ciò, ha ritenuto insussistente nel caso di specie la condizione della finalizzazione dell'accordo all'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune ai due partecipanti. Questa lettura della sentenza in esame sembra confermare nelle conclusioni dell'Avvocato generale relative alla medesima causa, p. 77 ma anche in Corte giust., 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH*,

ne, in combinato con la diffusa tendenza a letture «"domestiche"» o «"addomesticate"» delle categorie europee¹⁹, hanno indotto a una automatica e immediata assimilazione tra la cooperazione pubblico-pubblico di cui all'art. 7, co. 4 CCP e gli accordi tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990²⁰. Si tratta, tuttavia, di un'operazione di sistematizzazione non del tutto convincente poiché porta a "trascurare" le differenze tra i due istituti e le relative discipline, innanzitutto sotto il profilo dell'ambito applicativo, sia soggettivo che oggettivo²¹.

Per quanto qui di interesse, rileva il profilo oggettivo, e in particolare il fatto che mentre l'art. 15 della l. n. 241/1990 può riguardare tutte le «attività di interesse comune», incluso l'esercizio di funzioni amministrative in senso stretto, la cooperazione pubblico-pubblico può avere a oggetto solamente le attività potenzialmente sussumibili in un contratto di appalto o di concessione (le quali, tuttavia, in presenza di uno "spirito cooperativo" e delle altre condizioni di legge, sono escluse dall'ambito di applicazione delle direttive). Altrimenti detto, la non applicazione del diritto dei contratti pubblici alle fattispecie di cui l'art. 7, co. 4 CCP ha fondamento e ragioni differenti rispetto alla totale estraneità dalle direttive (e dal Codice) che invece caratterizza gli accordi tra amministra-

p. 39 secondo cui «il fatto che un'attività rientrante nella competenza di un'autorità pubblica costituisca un servizio previsto dalla suddetta direttiva (2014/18/Ce) non è sufficiente, di per sé, a rendere la stessa applicabile, in quanto le autorità pubbliche sono libere di decidere di ricorrere o meno al mercato per l'espletamento dei compiti di interesse pubblico ad esse incombenti». In dottrina, cfr. M.E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una «teoria unificata» delle deroghe all'applicazione della normativa europea sugli appalti?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2013, 298 ss. Pare quindi potersi concludere che oggetto di tali accordi di cooperazione, che in realtà nella logica europea sono dei veri e propri contratti (come testimonia il tenore letterale dell'art. 12 della direttiva appalti), potrebbero essere anche attività contendibili sul mercato in quanto deducibili in ordinari contratti di appalto; solo che, in presenza di determinate condizioni, questi vengono esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive alla luce della natura genuinamente cooperativa che li contraddistingue, fermo restando l'assenza di indebite posizioni di vantaggio riconosciute a imprese private.

19 Così R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 314.

20 Cfr. ANAC, del. 4 luglio 2018, n. 619; parere 7 ottobre 2015, AG 70/2015/AP e det. 21 ottobre 2010, n. 7. Nella giurisprudenza amministrativa, Tar Piemonte, sez. I 29 marzo 2019, n. 363; Cons. Stato, sez. III; 18 ottobre 2018, n. 5968; parere sez. II, 22 aprile 2015, n. 1178.

21 Il tema è stato da ultimo affrontato da H. BONURA, *op. loc. ult. cit.*

zioni aventi ad oggetto l'esercizio congiunto (e/o il trasferimento) di funzioni amministrative in senso stretto²².

Per sintetizzare, configurando nei termini suddetti il rapporto tra diritto dei contratti pubblici e accordi tra p.a. ex art. 15 l.n. 241/1990, possono aversi:

- i. accordi tra p.a. ex art. 15 l.n. 241/1990 del tutto estranei dal CCP;
- ii. accordi tra p.a. esclusi dall'ambito di applicazione del CCP ai sensi dell'art. 7, co. 4;
- iii. accordi tra p.a. non compatibili con il diritto dei contratti pubblici in quanto non rispettosi delle condizioni di cui all'art. 7, co. 4 CCP.

Diverso invece il discorso con riguardo all'*in house providing*: Le condizioni del controllo analogo, dell'attività parvente e della partecipazione pubblica appaiono maggiormente "svincolate" rispetto alla natura e alla tipologia delle prestazioni oggetto dell'affidamento diretto, di guisa che l'istituto presenta un ambito oggettivo di applicazione potenzialmente più esteso; e ciò ancorché, come è stato condivisibilmente osservato, difficilmente gli affidamenti *in house* hanno a oggetto attività squisitamente amministrative ovvero quelle genuinamente imprenditoriali e/o concorrenziali, riguardando principalmente «l'ampia area grigia delle attività che le pubbliche amministrazioni a volte decidono di assumere come propria responsabilità e a volte decidono di lasciare a operatori privati, dai quali acquisiscono le prestazioni»²³.

Per concludere l'analisi "comparativa" dei due istituti, va osservato che un ulteriore aspetto comune consiste nella loro riconducibilità al criterio della

²² Cfr. art. 1, par. 6 direttiva appalti e Corte giust., 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH*, incluse le interessanti conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi.

²³ Così B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 1295, Pare possibile osservare, in aggiunta, da un lato, che la lettura "funzionale" del controllo analogo e, quindi, del rapporto *in house*, dovrebbe portare a escludere che la società *in house* possa legittimamente svolgere attività imprenditoriale "pura" (cfr. *supra sub* nt. 11). Dall'altro, che un limite alle attività che possono essere oggetto di affidamento *in house* nel nostro ordinamento non è ricavabile dall'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016 e dal c.d. "vincolo di attività" ivi previsto: ciò dal momento che è possibile il ricorso a questa soluzione organizzativa anche attraverso strumenti diversi da quello societario (del resto, il fatto che l'art. 7 del d.lgs. n. 36/2023 prenda in considerazione solamente le società non pare sufficiente a escludere che l'autoproduzione possa realizzarsi mediante moduli organizzativi differenti).

“natura delle cose” in termini corrispondenti a quanto Fabio Merusi ha evidenziato con riguardo all’organismo di diritto pubblico: l’*in house providing* e la cooperazione pubblico-pubblico non costituiscono categorie giuridico-formali di matrice Ue, essendo espressione di un processo di armonizzazione incentrato sui fatti e sulla sostanza dei fenomeni²⁴; e invero la “disattivazione” delle regole di mercato è subordinata al rispetto di condizioni che, per quanto presentino inevitabilmente una dimensione giuridica, rilevano nella loro *dimensione materiale*. Peraltro, mentre la nozione di organismo di diritto pubblico ha avuto origine dalla *voluntas legis* di estendere l’ambito di applicazione del diritto Ue dei contratti pubblici, la matrice pretoria dei due istituti in esame riflette la propensione dell’ordinamento sovranazionale ad “aprirsi” a soluzioni organizzative affermatesi negli Stati membri, anche quando ciò richieda nuove operazioni di bilanciamento tra logiche di mercato ed esigenze di interesse generale. In questa prospettiva si può osservare che, seppur mediante soluzioni argomentative e giuridiche differenti, l’attività della CGUE rende “mobile” il confine tra legittimità e illegittimità eurounitaria, favorendo processi di *cross fertilization* frutto della combinazione tra approcci *top-down* e approcci *botton-up*.

1.1. Il principio di autorganizzazione quale corollario del principio del risultato

Si è già accennato al legame tra principio di autorganizzazione e principio del risultato. A ben vedere, esso è preso in considerazione anche a livello europeo (cfr. art. 2 direttiva concessioni), sebbene gli si dia rilievo più sul piano economico che su quello strettamente giuridico, dal momento che l’efficienza dell’attività contrattuale della p.a. (il c.d. *value for money*) non rientra tra le finalità su cui si fonda l’intervento Ue sul settore dei contratti pubblici²⁵. È quindi fi-

24 F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 1997, 39 ss.; v. pure G. TACCOGNA, *op. loc. cit.* con riguardo alla cooperazione pubblico-pubblico.

25 Cfr. A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali*, in *Merc. conc. Reg.*, 1, 2015, 181 ss. e C. BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot-Brookfield, Routledge, 1998, p. 5 ss. il quale distingue, in relazione all’intervento comunitario sul settore, tra un approccio giuridico e uno

siologico che a tale correlazione venga data maggiore evidenza e pregnanza a livello nazionale, come si evince dalla Relazione alla bozza del d.lgs. n. 36/2023²⁶ e, seppur con alcune ambiguità, anche dall'art. 7, co. 2 nella parte in cui richiede alle p.a. di rispettare il risultato nel ricorso all'affidamento *in house*²⁷. In ogni caso, la stretta correlazione tra principio del risultato (e della fiducia)²⁸ e principio di auto-organizzazione sembra presentare una dimensione quasi ontologica, trovando fondamento a prescindere dal dato positivo e dal suo riconoscimento da parte del legislatore.

Viene in tal senso alla mente il pensiero di Marco Cammelli il quale, a proposito dell'amministrazione di risultato, ha osservato che «(n)on si tratta solo di operare in base ai principi di efficienza, efficacia e economicità (...) ma di riconoscere all'amministrazione la responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque la possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate, espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali»²⁹. Posizione in evidente continuità con quanto in precedenza osservato da Mario Nigro secondo cui il criterio di efficienza, inteso quale sinonimo del buon andamento, sul piano giuridico si risolve «in un principio di elasticità o puntualità dell'azione amministrativa» di cui l'Autore individua due possibili linee di sviluppo: «(c)on riferimento al *contenuto* dell'attività amministrativa o con riferimento al suo *modo di farsi*. Sot-

economico. Sul tema sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *questa Rivista*, 1, 2022, 284 ss.; E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2021.

²⁶ Secondo cui «La disposizione si ricollega ai principi della fiducia e del risultato» (pg. 21).

²⁷ Si ritiene infatti foriero di possibili confusioni il richiamo, oltre ai principi del risultato e della fiducia, a quello di accesso al mercato che dovrebbe risultare (sempre) recessivo nei casi di ricorso legittimo all'*in house* (conforme quindi ai primi due principi).

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571.

²⁹ M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, 650 s. il quale aggiunge, che in tal modo, si incide «in profondità sul processo decisionale perché, rispetto all'assetto tradizionale, si traduce in una diversa dislocazione dei poteri normativi, di indirizzo e di organizzazione tale da permettere, in ordine crescente, la flessibilità o l'autonomia gestionale o la vera e propria capacità di autorganizzazione dell'amministrazione e degli apparati, e dunque da innovare il ruolo e lo statuto di questi ultimi».

to il primo profilo, dà vita alla *discrezionalità*, sotto il secondo al *potere di autorganizzazione*³⁰.

Queste posizioni dottrinali dovrebbero chiarire perché si è ritenuta quasi fisiologica l'affermazione del principio di autorganizzazione in un testo normativo che individua nel risultato amministrativo la sua «stella polare» e che ad esso funzionalizza tutti gli altri principi, incluso il super-principio dell'accesso al mercato³¹. Va comunque precisato che lo spostamento assiologico verso il risultato amministrativo e la conseguente valorizzazione del principio di autorganizzazione non sembrano porsi in disaccordo rispetto alla conferma in capo alla p.a. di un *surplus* motivazionale per il ricorso all'*in house* e, quindi, alla parità (solo) tendenziale tra autoproduzione ed esternalizzazione ricavabile dall'art. 7.

In tal senso rileva innanzitutto il fatto che il legislatore del 2023, nel delineare contenuti e struttura dell'onere motivazionale aggiuntivo per il ricorso all'autoproduzione, ha inteso discostarsi da quella parte della giurisprudenza che, dalla formulazione dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, aveva ricavato una «preferenza per il mercato»³²; e che, in tale prospettiva, aveva subordinato il ricorso all'*in house* a una specifica dimostrazione sul «fallimento del mercato» (inclusa l'impossibilità di poter conseguire tramite una adeguata costruzione degli atti di gara quei vantaggi – in termini di universalità socialità, economicità, qualità del servizio, etc. – che giustificano l'opzione per l'autoproduzione). E invero l'art. 7, co. 2 del nuovo Codice sembra recepire quel (diverso) filone giuri-

30 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 86 e 88. Sul principio di flessibilità quale criterio di organizzazione v. da ultimo A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2024, 155 ss. Su tali aspetti era già tornato D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 279 ss.

31 Il virgolettato è di F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 13.

32 Invero l'art. 192, co. 2 del codice del 2016 richiedeva alle stazioni appaltanti di dar conto, tra gli altri, «delle ragioni del mancato ricorso al mercato». Tra le principali pronunce riconducibili all'indirizzo richiamato nel testo, v. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 23 marzo 2021, n. 280; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 681. Sui «limiti» di tale lettura giurisprudenziale, v. da ultimo B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., 1303.

sprudenziiale, sviluppatosi sempre in vigenza del d.lgs. n. 50/2016, che ha inteso la specifica motivazione sull'*in house* quale “presidio” di trasparenza e di buona amministrazione, volto a impedire un ricorso poco soppesato e ponderato, o financo irragionevole se non proprio clientelare, alla soluzione interna (pur troppo per nulla estraneo alla prassi amministrativa nazionale)³³.

Nella stessa direzione rileva poi il fatto che tale motivazione sia richiesta solo per il ricorso all'*in house* e non anche per la cooperazione pubblico-pubblico. Certamente possono aver inciso in tal senso le differenze tra i due istituti, innanzitutto l'ambito oggettivo di applicazione più esteso nel caso dell'*in house* (*supra*, par. 1); tuttavia, se il *surplus* motivazionale fosse espressione di una preferenza per il mercato e per l'espansione delle regole concorrenziali, esso avrebbe dovuto essere previsto anche dall'art. 7, co. 4 CCP dal momento che anche questa disposizione legittima la “disattivazione” delle regole (e delle logiche) di mercato.

Da quanto osservato pare conseguire che, anche alla luce del quadro normativo vigente, la p.a. non possa prescindere da un confronto con il mercato e, quindi, da una comparazione tra vantaggi e svantaggi di esternalizzazione ed autoproduzione: solo così, infatti, la scelta per una soluzione organizzativa in luogo di un'altra può “depurarsi” da elementi di autorità risultando invece coerente col rapporto di necessaria funzionalizzazione dell'amministrazione alla soddisfazione degli obiettivi costituzionali e dei bisogni sociali. Altrimenti detto, il confronto con il mercato e l'onere motivazionale, nell'ambito della scelta sul modello organizzativo, possono essere intesi quali adempimenti che “tengo-

33 Oltre ad esser stato eliminato tale riferimento, nell'art. 7 del nuovo Codice si è opportunamente distinto l'onere motivazionale in base al carattere finale e strumentale della prestazione. In dottrina v. A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house “convenzionali”*, in *Federalismi.it*, 29/2023, 38 ss. Quanto alla giurisprudenza che aveva inteso l'art. 192, co. del Codice del 2016 quale presidio di trasparenza e buona amministrazione, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351; sez. II, 10 maggio 2021, n. 3682; sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596 (su cui v. il commento di E. CARUSO, *I servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di M. DE DONNO, G. GARDINI, M. MAGRI, Rimini, Maggioli, 2022 372 ss.); sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028; sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456.

no vivo” il legame tra amministrazione e società e che, quindi, contribuiscono all’obiettivizzazione della funzione amministrativa nei termini che saranno illustrati nel corso del lavoro (spec. par. 6.1)³⁴.

2. Dal “sistema delle convenzioni” alla “dottrina Spezzino”: un nuovo paradigma nei rapporti tra p.a. e privato *non profit*

In termini simili a quanto già osservato per il principio di autorganizzazione, anche il rapporto tra diritto dei contratti pubblici e diritto del terzo settore è stato diversamente configurato rispetto al passato: l’art. 6 del nuovo Codice, se per un verso ha confermato il regime di esclusione degli istituti di cui al Titolo VII del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (di seguito, Codice del terzo settore o CTS) già introdotto nel 2020, per altro verso ha “elevato” tra le disposizioni di principio quella che consente alle p.a. di far ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa, in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale³⁵.

L’effettiva portata di questa novità dipende da come verrà intesa la locuzione «modelli organizzativi di amministrazione condivisa» che può essere oggetto di letture differenti (su cui *infra*, par. 3). In ogni caso, non si può mettere in dubbio l’intenzione dei redattori del Codice di dar seguito alle indicazioni della Corte costituzionale (sent. n. 131/2020) nel senso della “stabilizzazione” degli strumenti di amministrazione condivisa, così da rendere il loro utilizzo una soluzione ordinaria e, di contro, da impedirne la “marginalizzazione” cui sembravano destinati dopo il noto parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato. In questo senso, d’altronde, depongono anche l’art. 18 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 in tema di “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di

34 Con ciò senza negare che sia fondato il rischio, paventato da B.G. MATTARELLA, *op. loc. ult. cit.*, che l’onere motivazionale si trasformi in un adempimento inutile (oppure utile solo per i consulenti).

35 Oltre all’art. 6, cfr. pure artt. 127, 173 del Codice del 2023. Il rapporto di esclusione tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore è stato introdotto tramite le modifiche apportate dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 (di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2010, n. 76) agli artt. 30 co. 8, 59 e 140 del d.lgs. n. 50/2016. Cfr. A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021, p. 113 ss.

rilevanza economica”, il quale, come si vedrà, presenta contenuti nella sostanza molto simili alla disposizione in esame³⁶; come pure le recenti normative settoriali in materia di assistenza sociale e/o sanitaria che hanno valorizzato il ricorso agli strumenti di cui al Titolo VII CTS per il raggiungimento dei relativi obiettivi di *welfare*³⁷.

In aggiunta alla suddetta *ratio* di “stabilizzazione”, all’art. 6 del Codice dei contratti pubblici e all’art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 sembra potersi attribuire una funzione ulteriore, fin qui non oggetto di particolare attenzione in letteratura: rafforzare la compatibilità con il diritto europeo del ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa³⁸, in linea con le indicazioni di quella parte della dottrina, minoritaria ma preferibile, che anche dopo la sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale ha evidenziato la necessità di approcci gradualistici (e non radicali) nel ritenere escluse dall’applicazione del diritto dei contratti pubblici le forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore di cui al d.lgs. n. 117/2017³⁹. Per giustificare e meglio chiarire questa affermazione è necessario

36 M. CROCE, *Rapporti di partenariato con Enti del Terzo Settore*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 317 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, A. SANTUARI, *Gli enti del terzo settore e i rapporti di partenariato con gli enti pubblici locali. Profili giuridici e possibili evoluzioni nell’organizzazione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce del d.lgs. n. 201/2022*, in *Ist. fed.*, 4, 2023, p. 983 ss.

37 Ad esempio, con riguardo agli interventi socio-assistenziali a favore delle persone anziane, si v. i commi 159-171 (spec. 162) dell’art. 1, l. 30 dicembre 2021, n. 234 (“finanziaria 2022”) e l’art. 25, d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29 (“Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane”). Anche la regolazione del settore sanitario, ove il ricorso agli ETS è tradizionalmente meno radicato, si sta muovendo in questa direzione, avendo preso atto il legislatore che il passaggio da un’impostazione marcatamente ospedalocentrica a un modello organizzativo di assistenza sanitaria incentrato sulla territorialità (cfr. Missione 6 del PNRR) difficilmente potrà prescindere dall’apporto degli ETS (cfr. d.m. n. 77/2022 recante «Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell’assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale» che opera esplicito riferimento a soluzioni di co-progettazione).

38 Non distante appare la prospettiva di F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit. secondo cui il senso dell’art. 6 «pare essere quello di inserire una clausola generale che consente alle pubbliche amministrazioni di definire spazi di relazione con i terzi sottratti al Codice dei contratti, *seppure a precise condizioni*» (corsivo per enfasi).

39 Cfr. in particolare, i lavori di D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, Giappichelli, 2022, 380 e 422 ss.; A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del Terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 27/2022; A. MAGLIARI, *Servizi sociali di interesse generale e appalti pubblici: concordia*

uno sforzo ricostruttivo che, concernendo questioni ampiamente trattate in letteratura, può esser circoscritto agli aspetti e ai passaggi essenziali⁴⁰.

Le critiche al modello del *Welfare State*, di cui si è suggerito il superamento a favore di soluzioni di *Welfare Mix*⁴¹, hanno portato all'adozione, tra gli anni '90 e '00, di quello che può definirsi "sistema delle convenzioni", ovvero di normative che consentivano alle p.a. la stipula di convenzioni con i soli soggetti del privato sociale, in molti casi sulla base dell'*intuitu personae* e in assenza di qualunque forma di concorsualità⁴². La deroga all'evidenza pubblica veniva ri-

discors?, in *Munus*, 2, 2019. Da ultimo, v. B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Note a margine della giurisprudenza e della normativa recenti in tema di rapporti fra primo e terzo settore (nella cornice del secondo)*, in 3° Rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del Terzo settore in Italia - Terzjus Report 2023, *Dalla regolazione alla promozione una riforma da completare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 91 ss. Sia infine consentito rinviare sul punto a E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO (a cura di), *Commentario*, cit.

40 F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*; N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024 e ID., *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistemativi e profili innovativi*, in *P.A. – Pers. amm.*, 2, 2023, p. 813 ss.; B. GILIBERTI, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel terzo settore tra autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, in *Annuario 2023 AIPDA, Lo spazio della pubblica amministrazione vecchi territori e nuove frontiere*, Atti del convegno annuale Napoli, 29-30 settembre 2023, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 321 ss.; M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa per l'attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 105 ss.; L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, Giappichelli, 2022. Sull'art. 55 del CTS v. R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra stato, mercato e terzo settore*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p. 155 ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021; D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 139 ss.; L. GALLO, *Art. 55*, in A. FICI, E. ROSSI, G. SEPIO, P. VENTURI (a cura di), *Dalla parte del Terzo Settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Roma-Bari, Laterza, 2020, 280 ss.; S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. ed enti del Terzo settore*, in *Munus*, 2019, 2, 545 ss. G. LEONARDI, *Riforma del Terzo settore e autonomie locali*, Torino, Giappichelli, p. 51 ss.

41 Cfr. L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: dal Welfare State alla Welfare Society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1999, p. 99 ss.; più di recente, v. M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 587 ss.

42 Senza alcuna pretesa di esaustività, v. art. 7, l. quadro sul volontariato 11 agosto 1991 n. 266; art. 5, l. 8 novembre 1991, n. 381 recante la disciplina delle cooperative sociali; d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 sulle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale; art. 30, l. 7 dicembre 2000, n. 383 sulle associazioni di promozione sociale. In dottrina, P. MICHARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, IERE, 2005; F. PELLIZZER, G. SANTI, *La convenzione con gli enti no profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in F. CARINCI (a cura di), *Enti no profit e volontariato*, Milano, Ipsoa, 1999; più di recente, M. TIBERII, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2, 2019, 575 ss. Più in generale, sull'evoluzione della legislazione sul Terzo settore v. L.

condotta alle *peculiarità soggettive* del privato sociale il quale, secondo un'opinione diffusa, mal si adatterebbe «alla concorrenza e alla competizione tipica dei mercati»⁴³. Nello stesso senso rilevavano, inoltre, le *peculiarità oggettive* delle prestazioni sussunte in tali convenzioni, prevalentemente riconducibili ai *servizi sociali* (in senso lato), ovvero ad attività rispetto alle quali si registrava una forte ritrosia degli Stati membri a inquadrarle nei tradizionali schemi economico-contrattuali e a sottoporle alle dinamiche concorrenziali⁴⁴.

Con riguardo a tale impostazione si può osservare che, per un verso, sono difficilmente negabili diverse problematicità che la classica gara pone quando viene utilizzata per l'affidamento a terzi delle prestazioni socio-assistenziali le quali, infatti, sono state a lungo qualificate come prive di rilevanza economica e, quindi, sottratte all'applicazione delle regole europee sul mercato interno e sulla concorrenza⁴⁵. Per altro verso, che tanto il ricorso ai regimi di riserva al privato sociale quanto la disattivazione di forme di evidenza pubblica non richiedevano all'amministrazione alcuna valutazione circa la loro positiva incidenza sulla qualità e sulla efficienza economica del servizio; in altre parole, dalle peculiarità soggettive e oggettive sopra richiamate si ricavava una sorta di presunzione (di fatto) assoluta sulla “inadeguatezza del mercato”, tale da giustificare il regime derogatorio. Il che consente di attribuire al “sistema delle convenzioni” una *ratio* ulteriore, di promozione e di sostegno del settore del privato privo di scopo lucrativo, di fatto avulsa da ogni forma di verifica concreta

VIOLINI, *Il Terzo settore nei suoi aspetti legislativi e giurisprudenziali*, in F. BASSASINI, T. TREU, G. VITTADINI (a cura di), *Comunità intermedie, occasione per la politica*, Bologna, Il Mulino, 2023, 171 ss.

43 M. MATTALIA, *Operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 468 ss.

44 A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 89 ss.

45 Cfr. P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 3, 2020, 531 ss.; P. MICHARA, *Le attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i “regimi particolari” nel d.lgs. 50/2016*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 224 ss., spec. 231. Per ulteriori notazioni in tal senso sia ancora consentito rinviare a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, p. 1115 ss., spec. 1169 s.

circa la maggiore adeguatezza del ricorso al terzo settore per l'erogazione delle prestazioni sociali dedotte in convenzione⁴⁶. A ben vedere, tale conclusione è confermata dal fatto che il ruolo dell'ente *non profit* nell'ambito del rapporto convenzionale di norma non presentava differenze qualitative e/o strutturali rispetto a un "ordinario" erogatore di servizi, venendo il contenuto delle prestazioni interamente predeterminato dalla p.a.⁴⁷.

La progressiva espansione dell'ambito di applicazione delle logiche e delle regole di mercato ha fatto sì che la suddetta impostazione abbia finito per risultare non più compatibile con l'ordinamento sovranazionale. Limitando l'attenzione al diritto dei contratti pubblici, è sufficiente richiamare, in primo luogo, la sentenza *Commissione c. Italia* del 2007 che ha definitivamente consacrato una nozione estesa di *operatore economico* (che comprende qualunque soggetto che svolge attività economica offrendo beni o servizi sul mercato, a prescindere dalla natura giuridica, pubblica o privata, e dal perseguimento o meno di un fine lucrativo), chiarendo, in tal modo, che anche i rapporti tra p.a. e associazioni di volontariato costituiscono appalti pubblici sottoposti al rispetto delle libertà di circolazione previste dal TFUE e del diritto derivato⁴⁸.

In secondo luogo, va richiamato il processo – avviato dalla giurisprudenza e portato a termine dalle direttive del 2014 – all'esito del quale i *servizi sociali*⁴⁹ sono "transitati" da servizi esclusi a servizi assoggettati al diritto dei contratti

46 Su vantaggi e inconvenienti del ricorso a enti non profit si sofferma D. SIMEOLI, *Teoria e definizione giuridica del "Terzo settore"*, in C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, LaTribuna, 2019, 8.

47 Con riguardo al profilo relativo al *quantum* del corrispettivo economico, se da un lato non vi erano differenze di regime giuridico rispetto agli appalti di servizi, non rintracciandosi specifiche disposizioni volte a garantire la non onerosità del rapporto (*i.e.* l'assenza di lucro oggettivo), dall'altro era diffusa la prassi delle p.a. di prevedere importi a base d'asta esigui, inidonei talvolta anche a coprire i costi della manodopera (cfr. P. MICHARA, *Le convenzioni*, cit., 60 e 333 ss.).

48 Corte just., 20 novembre 2007, C-119/06, *Commissione c. Italia*.

49 Individuati mediante richiamo ai Codici CPV da 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 o 73430000-5 che corrispondono ai seguenti servizi: servizi di ricerca e sviluppo nonché servizi di consulenza affini; servizi di ricerca e sviluppo sperimentale; servizi di ricerca; servizi di laboratorio di ricerca; servizi di ricerca marina; servizi di sviluppo sperimentale; progettazione e realizzazione di ricerca e sviluppo; studi di prefattibilità e dimostrazione tecnologica; collaudo e valutazione

pubblici, ancorché sottoposti a un regime c.d. *alleggerito*, ben più snello di quello ordinario⁵⁰. A tal proposito preme sottolineare che tale regime differenziato di affidamento può considerarsi espressione del criterio della *natura delle cose* nei termini in precedenza individuati: esso riflette l'intenzione di tener in considerazione le *peculiarità oggettive* dei servizi alla persona di cui all'allegato XIV della direttiva appalti, da cui discende una «dimensione limitatamente transfrontaliera» (e quindi una rilevanza limitata nell'ottica del mercato unico) come pure una particolare rilevanza sociale, solidaristica e culturale, verso cui il legislatore Ue ha mostrato una particolare deferenza. Diversamente, come ha recentemente precisato la CGUE⁵¹, nessuna rilevanza l'ordinamento sovranazionale riconosce, sul punto, ad aspetti giuridico-formali, quali l'inquadramento del rapporto pubblico-privato in termini, ad esempio, di convenzione, accordo pubblicistico, accordo o patto collaborativo: tutte queste fattispecie sono infatti potenzialmente riconducibili nell'ampia nozione di “appalto pubblico” i cui confini non possono in alcun modo essere circoscritti a livello nazionale sulla base di approcci formali o comunque meramente nominalistici.

Per completezza, va precisato che anche le *peculiarità soggettive* del privato sociale sono state tenute in considerazione dal legislatore europeo del 2014 che ha implementato i regimi particolari – di esclusione e di riserva – destinati a operatori economici diversi da quelli *for profit*⁵². Il che, se per un verso costitui-

50 Sul tema sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, cit.

51 Corte giust., 14 luglio 2022, C-436/20, *ASADE* e le relative conclusioni del 3 febbraio 2022.

52 Al riguardo vanno richiamati:

- il considerando n. 28 e l'art. 10, par., 1, lett. *b* della direttiva 2014/24/Ue che stabiliscono la non applicazione delle direttive per alcuni servizi di emergenza se forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro alla luce del «carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva»;

- il considerando n. 36 e l'art. 20 (“Appalti riservati”) che ampliano, rispetto alla disciplina previgente, i confini del regime di riserva (della procedura o dell'esecuzione) che gli Stati membri possono prevedere a favore di lavoratori protetti e operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione di persone con disabilità o svantaggiate;

- il considerando 118 e l'art. 77 che prevede una ipotesi di *procedura riservata* (e quindi di «competizione limitata» a determinati soggetti) applicabile ai soli servizi sanitari, sociali e

sce una delle plurime manifestazioni del rinnovato bilanciamento – all’insegna della coabitazione più che del conflitto – tra interessi di mercato e altre esigenze/valori alla base del processo di riforma del 2014, per altro verso conferma che nell’impostazione europea la *natura non lucrativa* del prestatore – così come la sua natura *pubblicistica* (*supra*, par. 1 sulla cooperazione pubblico-pubblico) – non costituisce ragione *ex sé* sufficiente per derogare alle regole sui *public procurement*. D’altronde, anche le *procedure* (comparative ma) *riservate* al privato sociale si pongono in potenziale contrasto con il principio cardine di equo trattamento: in tale ipotesi, infatti, agli operatori *for profit* viene negata la possibilità stessa di partecipare alla gara ancorché essi si trovino, rispetto alla possibilità di erogare prestazioni a favore o per conto della p.a., in una *comparable competitive position* con gli operatori *non profit*.

Un vero e proprio momento di svolta, anch’esso riconducibile al rinnovato equilibrio tra concorrenza e solidarietà espresso nelle direttive del 2014, si è avuto con la sentenza *Spezzino* dell’11 dicembre 2014, poi confermata dalla sentenza *Casta* del 21 marzo 2016⁵³. In entrambe le cause la CGUE si è confrontata con il “sistema delle convenzioni” venendole posta la questione della compatibilità con il diritto Ue di normative italiane che consentivano l’affidamento del servizio di trasporto sanitario in via prioritaria e diretta (*i.e.* in assenza di qualsiasi forma di pubblicità) ad associazioni di volontariato le quali ricevevano, quale corrispettivo, il mero rimborso delle spese sostenute.

A ben vedere, tali pronunce hanno per certi versi consolidato il processo di inclusione nei confini applicativi del diritto dei contratti pubblici degli affidamenti di servizi sociali nonché dei rapporti tra p.a. ed enti *non profit*, aderendo a una nozione molto estesa di “contratto oneroso”: e invero, superando alcune

culturali puntualmente individuati tramite richiami ai codici CPV si cui si tornerà nel prosieguo della ricerca.

⁵³ Corte giust. 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*; 28 gennaio 2016, C-50/15, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA)*.

incertezze derivanti dalla sentenza *Commissione c. Italia* del 2007⁵⁴, nelle pronunce in esame – sempre confermate dal successivo *case law* – la Corte ha chiarito che, ai fini della configurabilità di un appalto pubblico, è del tutto irrilevante il fatto che il corrispettivo sia limitato al rimborso delle spese⁵⁵. È di tutta evidenza come a una nozione così estesa di “appalto oneroso” e di “corrispettivo” faccia da contraltare una nozione particolarmente circoscritta di gratuità e di “appalto a carattere non oneroso”. Alla luce di ciò si può sostenere che la categoria del “*servizio non economico di interesse generale*” (cfr. considerando n. 6 direttiva 2014/24/Ue) nel settore dei contratti pubblici presenta confini piuttosto circoscritti, dovendosi riconoscere la rilevanza economica anche a servizi in cui il corrispettivo è limitato al rimborso delle spese o, financo, non risulta nemmeno sufficiente per coprire tutti i costi necessari per la sua erogazione (*amplius*, par. 4)⁵⁶.

Da quanto osservato emerge che, nel ritenere compatibili con il diritto Ue le misure contestate, le sentenze *Spezzino* e *Casta* non hanno in alcun modo circoscritto il perimetro applicativo del diritto dei contratti pubblici; altrimenti detto, a differenza di quanto talvolta sostenuto dalla dottrina italiana, tali pronunce non hanno elaborato nozioni più restrittive di appalto pubblico, di contratto oneroso e di operatore economico, né hanno ritenuto non rilevanti nel caso di specie le libertà di circolazione previste dal TFUE. Diversamente, la grande novità della c.d. “*eccezione o dottrina Spezzino*” consiste nell’aver dato rilie-

54 In questa sentenza, in precedenza citata, la CGUE sembrava ritenere – seppur implicitamente – che la “genuinità” del rimborso spese (*i.e.* il suo *quantum* non superiore ai costi effettivamente sostenuti) fosse idonea a escludere il carattere oneroso del rapporto convenzionale.

55 Cfr. Corte giust. 28 gennaio 2016, C-50/14, *Casta*, p. 52 ove si afferma che «un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto». Si ricorda che, ai sensi della legislazione Ue, per “appalti pubblici” si intendono tutti i «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

56 D. PALAZZO, *Pubblico e privato*, cit., 419 ss. Si v. anche E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, cit.

vo alla funzionalità delle soluzioni organizzative contestate rispetto ai principi di universalità e solidarietà⁵⁷ e di efficienza economica⁵⁸, valorizzando l'importanza che a tali principi è riconosciuta anche dall'ordinamento Ue. Il tutto al fine di ritenere giustificabili, alla luce del “*sistema delle deroghe*”, e nello specifico dei *motivi imperativi di interesse generale*, misure nazionali che la CGUE ha inevitabilmente ritenuto restrittive delle libertà di circolazione e in contrasto con la disciplina sui *public procurement*.

Al riguardo va ricordato come la CGUE abbia nel tempo «procedimentalizzato» il ricorso a tale deroga così che le misure nazionali restrittive, per poter essere giustificate, devono per un canto soddisfare ragioni imperative di interesse generale (nel caso di specie, universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio); per altro canto, risultare rispettose del principio di proporzionalità e, nello specifico, risultare idonee rispetto allo scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento⁵⁹. È in quest'ultima prospettiva che vanno inquadrati quei passaggi in cui la CGUE, anche al fine di escludere la configurabilità di un “abuso del diritto”, ha dato rilievo al fatto che il rimborso spese sia effettivo (non forfettario), che le associazioni non traggano profitto dalle convenzioni né per loro né per i loro membri, non perseguano obiettivi diversi e che usino solo quei lavoratori necessari al loro regolare funzionamento.

Per completare l'analisi della “dottrina *Spezzino*”, occorre precisare che sulla decisione di legittimità hanno inciso specifici profili caratterizzanti il caso concreto. Quanto al piano soggettivo, la Corte di giustizia ha valorizzato la particolare connotazione solidaristica delle associazioni di volontariato, senz'altro più marcata rispetto ad altri soggetti parimenti operanti senza scopo di lucro (es. cooperative, imprese sociali)⁶⁰. Quanto al piano oggettivo, la Corte ha inve-

57 I.e. l'accesso sufficiente e permanente a una gamma equilibrata di cure sanitarie di qualità

58 Come pure di equilibrio economico e controllo dei costi.

59 G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. intern.*, 2015, 828 ss., spec. 836 ss.

60 A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 41.

ce dato rilievo alla tipologia delle prestazioni oggetto delle convenzioni: nel trasporto sanitario vengono in rilievo beni giuridici – la tutela della salute e della persona – che di norma la spingono ad «ammorbidire» il controllo sulla giustificabilità delle deroghe in ragione dell'importanza che tali beni rivestono a livello di trattati e dell'ampia libertà che le stesse fonti primarie Ue riconoscono agli Stati membri nel decidere il livello di tutela e le modalità per raggiungerlo⁶¹.

2.1. Le ritrosie a livello nazionale nel cogliere il rilievo del *case law* Ue sul Codice del Terzo settore

Quanto sopra osservato sulla “dottrina Spezzino”, così come formulata nelle sentenze *Spezzino* e *Casta*, costituisce un imprescindibile riferimento per comprendere il quadro normativo nazionale: si ritiene, infatti, che con gli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017 il legislatore nazionale abbia sfruttato gli spazi riconosciuti agli Stati membri da queste due sentenze⁶² e che diverse incertezze interpretative e applicative derivino proprio dalla non sempre adeguata attenzione al suddetto legame tra la dottrina Spezzino e gli artt. 56-57 CTS. Limitando l'attenzione all'art. 56 (che si pone in un rapporto di *genus a species* con l'art. 57), appare pertanto opportuno soffermarsi su tre profili meritevoli di ulteriori approfondimenti.

Da ultimo, B.L. BOSCHETTI, N. BERTI, G. MACDONALD, *L'amministrazione condivisa tra modelli normativi e operativi*, in B.L. BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 111 ss.

61 Nei settori in esame non solo si riscontra un minor rigore del sindacato di proporzionalità ma, a differenza di altri settori, ove la CGUE è ferma nell'escludere che tra motivi imperativi di interesse generale possano rientrare ragioni di natura puramente economica [cfr. J. SNELL, *Economic Aims as Justifications for Restrictions of Free Movement*, in A.A.M. SCHRAUWEN (a cura di), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, 37 ss.; M. LOTTINI, *Il mercato pubblico europeo*, Napoli, Jovene, 2010, 195 ss.], si ammette che «non solo un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale può costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, ma, inoltre, l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute» (CGUE, *Spezzino*, p. 57).

62 A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 1, 2019, 139 ss.

In primo luogo, sull'*ambito di applicazione* dell'art. 56, delimitato sul *piano soggettivo* alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale, mentre sul *piano oggettivo* alle «attività o servizi sociali di interesse generale». Evidenti sono le connessioni con la dottrina Spezzino di guisa che non convincono né le letture che, in termini critici, attribuiscono a tale limitazione soggettiva una compressione del principio pluralista⁶³, né tantomeno quelle letture che fanno nella sostanza coincidere l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 56 CTS con le attività di interesse generale di cui all'art. 5 CTS (molte attività richiamate in tale elenco, infatti, non presentano alcuna immediata connessione con le esigenze di tutela della persona)⁶⁴.

In secondo luogo, sono diffuse le posizioni che tendono ad assimilare l'art. 56 (e l'art. 57) all'art. 55, considerandoli entrambi strumenti di amministrazioni condivisa⁶⁵. In realtà, come ha chiarito autorevole dottrina⁶⁶, le convenzioni non si discostano significativamente dal tradizionale *paradigma bipolare*, distinguendosi dai tradizionali strumenti di esternalizzazione esclusivamente per la peculiare natura soggettiva del prestatore (che non opera per finalità di lucro ma per il perseguimento dell'interesse generale) e, talvolta, per l'assenza di lucro oggettivo nel singolo affidamento (che però non implica necessariamente assenza di sinallagmaticità); del resto, il “sistema delle convenzioni” non

63 D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018, 22

64 Negli stessi termini F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, 2, 2019, 516 che richiama, in termini non adesivi, la posizione di A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non profit*, 2017, 4, 177. Va detto che, in alcune circostanze, anche la giurisprudenza amministrativa considera l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 56 CTS più ampio dei servizi sociali (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2024, n. 7020; Tar Toscana, sez. I, 1° giugno 2020, n. 666; diversa e più condivisibile sul punto è Cons. Stato, sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199).

65 Cfr., tra i tanti, N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, loc. cit.; A. FICI, *I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti*, cit., 78 ss. Lo stesso approccio si rintraccia nella legislazione regionale: cfr. l.r. Emilia Romagna, 13 aprile 2023, n. 3.

66 G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti*, cit., 26; nello stesso senso v. M. CROCE, *Rapporti di partenariato con Enti del Terzo Settore*, cit., 317 ss.

si fonda su rapporti genuinamente cooperativi e al privato non è richiesto quel ruolo attivo/co-ideativo che è invece elemento costitutivo dei rapporti di co-programmazione e co-progettazione (*infra*).

In terzo e ultimo luogo, si ha l'impressione che a livello nazionale si faccia fatica ad abbandonare assunti tradizionali, ancorché non in linea con le più recenti evoluzioni ordinamentali indotte dal processo di integrazione europea. Si fa riferimento alla convinzione che le relazioni tra p.a. ed enti del Terzo settore siano prive di rilevanza economica, risultando quindi del tutto estranee alle logiche e alle regole del mercato⁶⁷. E soprattutto all'idea che specifiche qualificazioni giuridico-formali (ad es. della convenzione quale accordo pubblicistico ex art. 11 oppure dell'erogazione economica quale contributo ex art. 12 l. 241/1990), come pure il ricorso ad approcci nominalistici (ad es. coniare, di norma muovendo legge n. 241/1990, espressioni differenti da quelle utilizzate dal d.lgs. n. 36/2023 per esprimere gli stessi concetti) possano in qualche modo incidere sull'ambito di applicazione del diritto Ue dei contratti pubblici e, quindi sulla risoluzione delle c.d. "questioni di confine". L'incompatibilità di tali approcci con l'impostazione funzionalista su cui si fonda il processo di integrazione europea, reso possibile proprio dalla svalutazione delle differenze definitorie rintracciabile nei singoli ordinamenti degli Stati membri, è talmente evidente da non richiedere ulteriori approfondimenti.

Ancora, non pare coerente con l'impostazione europea neppure la tesi secondo cui l'affidamento di un servizio a un ETS – in deroga al principio di parità di trattamento tra operatori economici lucrativi e non – possa trovare *esclusiva legittimazione* nella peculiare natura soggettiva del prestatore: dalla dottrina Spezzino, di recente confermata dalla sentenza *Asade* (su cui *infra* par. 3), emerge infatti che un regime di *favor* per il privato sociale dovrebbe sempre prevedere un momento di verifica "in concreto" (*i.e.* rimesso all'amministrazione)

⁶⁷ Questo profilo è ben evidenziato da D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., 379 e A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, cit., 31 ss. e 42 ss.

circa l'effettiva idoneità della soluzione organizzativa implicante il ricorso al settore *non profit* a contribuire al raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio. Detto altrimenti, il ricorso agli enti del Terzo settore deve produrre «valore aggiunto nella soluzione di problemi di interessi generale»⁶⁸, ovvero ricadute ed esternalità di natura obiettiva rilevanti in termini di interesse generale, ma comunque connesse all'erogazione dei servizi oggetto della convenzione e al relativo sistema di *welfare*⁶⁹. È proprio in questa prospettiva, d'altronde, che si ritiene di dover interpretare l'inciso dell'art. 56 CTS secondo cui il ricorso alle convenzioni è subordinato al fatto che esse risultino «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato»⁷⁰: seppur con una formulazione non felicissima, il legislatore nazionale sembra richiedere alle p.a. di verificare che dal ricorso al diritto del Terzo settore in luogo del diritto dei contratti pubblici discendono, nel caso concreto, “esternalità positive” in termini di universalità e accessibilità dei servizi, solidarietà ed efficienza di bilancio del settore di *welfare*. Il che, a ben vedere, trova conferma nelle prevalenti posizioni, istituzionali e dottrinali, secondo cui l'aspetto della riduzione dei costi del servizio è solo uno dei profili che l'amministrazione deve considerare nell'ambito di una valutazione omnicomprensiva, complessa e articolata, non appiattita sulla sola dimensione economico/finanziaria⁷¹.

Una notazione conclusiva appare opportuna.

68 L'espressione è di F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, cit.

69 Ciò, ovviamente, vale al di fuori dei casi tassativi in cui è normativamente ammessa una differenziazione esclusivamente sulla base della natura non lucrativa del prestatore (es. le procedure riserva di cui alle direttive del 2014).

70 Nello stesso senso v. F. GIGLIONI, *op. ult. loc. cit.*

71 Cfr. “Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (Codice del Terzo settore)”, approvate con d.m. n. 72/2021 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali secondo cui non si tratta «di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle P.P.A.A.» richiedendosi invece una verifica sintetica e complessiva sulla «effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina»; v. pure art. 15, co. 2, l.r. Toscana, 22 luglio 2020, n. 65. In giurisprudenza v. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 30 dicembre 2019, n. 2049; Tar Piemonte, sez. I, 29 dicembre 2021, n. 1226; 20 agosto 2022, n. 719; Tar Napoli, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 123; 31 maggio 2023, n. 3327. *Contra*, Tar Marche, sez. I, 7 dicembre 2021, n. 850. In dottrina v., per tutti, A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore*, cit., 160 ss.

L'impostazione suggerita, nel condizionare il ricorso alle convenzioni *ex art. 56 CTS* a una valutazione sull'idoneità a produrre esternalità positive "obiettive", dovrebbe rafforzare il ricorso a tale strumento quale soluzione organizzativa *ordinaria* nella misura in cui finisce per ricondurre tali strumenti nel prisma del binomio *autonomia organizzativa/risultato amministrativo*⁷². Il che porta a ritenere a tal riguardo irrilevante l'interessante dibattito dottrinale sui caratteri identificativi del Terzo settore a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 117/2017 e, nello specifico, sul "ruolo" dell'assenza del fine di lucro. Com'è noto, alcuni ritengono tale condizione sufficiente per ottenere la qualifica di ente del Terzo settore; altri, invece, a partire dal tenore letterale dell'art. 4 CTS [secondo cui gli ETS sono «costituiti per il perseguimento (...) di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale»], ritengono necessario anche l'elemento teleologico inteso quale meritevolezza del fine perseguito, da considerare alla luce dei valori e dei principi costituzionali⁷³. In ogni caso, le indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo e la logica del risultato amministrativo non dovrebbero consentire di omettere la verifica sulle esternalità obiettive derivanti dal ricorso al diritto del Terzo settore; altrimenti detto, questa verifica non può ritenersi assorbita nella funzionalizzazione quasi ontologica degli ETS al perseguimento dell'interesse generale che discende dalla seconda delle due tesi succintamente esposte.

3. La "co-progettazione realizzativa" e la sua natura collaborativa alla luce degli artt. 6 d.lgs. n. 36/2023 e 18 d.lgs. n. 201/2022

Nei precedenti paragrafi è emerso che il rapporto di esclusione tra le convenzioni di cui all'art. 56 CTS e il diritto dei contratti pubblici non va inteso in termini di estraneità *incondizionata* ed *assoluta* (per assenza di rilevanza economica del rapporto, per inconfigurabilità di un appalto pubblico e di un operatore economico, etc.). Diversamente, la compatibilità di queste convenzioni con il

⁷² Cfr. L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. app.*, 1, 2018 che evidenzia le somiglianze tra l'art. 56, co. 2 CTS e l'art. 192, co. 2 del d.lgs. n. 50/2016 sulla motivazione per il ricorso all'*in house*.

⁷³ D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 150 ss. spec. 153.

diritto Ue è conseguenza di un'operazione di bilanciamento tra concorrenza e solidarietà realizzata dalla CGUE che, tramite la deroga basata sui motivi imperativi di interesse generale, ha riconosciuto uno spazio agli Stati membri per soluzioni organizzative incentrate sul principio di solidarietà, preoccupandosi però di definire le condizioni che possono giustificare tale deroga⁷⁴.

Il discorso è in parte diverso per l'art. 55 che, fino ad ora, non ha trovato “copertura” né nel diritto derivato né nel *case law* europeo. La compatibilità con il diritto Ue va quindi “costruita” proattivamente tramite approcci “gradualisti”, “caso per caso” che devono “rispettare” le categorie giuridiche europee e risultare coerenti con le indicazioni metodologiche della CGUE, a partire dal criterio della natura delle cose; occorre sfruttare, in altri termini, l'attitudine dell'ordinamento sovranazionale ad “aprirsi” a soluzioni organizzative che richiedono nuove operazioni di bilanciamento tra concorrenza e solidarietà. In questa prospettiva non appare certo irrilevante l'attenzione che, da ultimo, le Istituzioni Ue hanno riservato alla promozione dell'economia sociale, come pure il fatto che i *public procurement* siano stati annoverati tra gli strumenti per raggiungere questo obiettivo di *policy*⁷⁵. In ogni caso, si tratta di tendenze che saranno presumibilmente prese in considerazione durante il processo di riforma delle direttive del 2014 che rientra tra gli Orientamenti politici della prossima Commissione europea 2024-2029⁷⁶.

Va poi precisato che questa esigenza di compatibilizzazione riguarda in particolare la co-progettazione c.d. realizzativa (quella cioè estesa alla *eventuale*

⁷⁴ Sul punto, in modo puntuale, D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 378-380.

⁷⁵ Cfr. Raccomandazione del Consiglio del 27 novembre 2023 sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale, C/2023/1344; v. pure la Comunicazione della Commissione “Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale”, Bruxelles, 9 dicembre 2021 COM(2021) 778 final. In dottrina, G. GOTTI, *La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 8/2024, 51 ss.; M. LANOTTI, *La prospettiva europea e nazionale sul Terzo settore, quale modello alternativo al mercato*, *ivi*, 9/2024, 135 ss. V. pure A. FICI, MARIO RENNA, *La legislazione sul Terzo settore in Europa: il quadro attuale e le prospettive future*, in Fondazione Terzjus ETS (a cura di), *Verso un diritto europeo del terzo settore. 1° rapporto sul quadro giuridico dell'economia sociale in Europa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 15 ss.

⁷⁶ U. VON DER LEYEN, *Political guidelines for the next european commission 2024–2029* del 18 luglio 2024.

fase di «realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento»⁷⁷ dal momento che, tra gli strumenti di amministrazione condivisa di cui all'art. 55 CTS, è quello che maggiormente si presta a indebite sovrapposizioni con il diritto dei contratti pubblici; di contro, quando la co-progettazione ha una funzione “meramente progettuale”, il tema del rapporto con il diritto dei contratti pubblici assume contorni molto meno problematici.

Come anticipato, è in questa prospettiva “armonizzante” che si ritiene di dover considerare sia l'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica sia l'art. 6 del nuovo Codice.

Prima di procedere all'analisi di queste disposizioni occorre dar brevemente conto di un'ulteriore evoluzione nel bilanciamento tra concorrenza e solidarietà rintracciabile a livello Ue. Si fa riferimento alla sentenza *Asade* del luglio 2022 ove la CGUE ha chiarito che quelle previste dal diritto derivato non sono le uniche ipotesi in cui gli affidamenti di servizi sociali di cui all'allegato XIV della direttiva appalti possono essere riservati a talune categorie di operatori economici⁷⁸. La Corte ha in aggiunta illustrato le condizioni che, in assenza di un espresso riconoscimento a livello normativo, un regime di riserva per il privato sociale (non solo quindi per le associazioni di volontariato) deve rispettare per risultare conforme al diritto Ue: per un verso, deve riguardare i soli servizi sociali soggetti al regime di affidamento c.d. alleggerito e deve contemplare una selezione comparativa tra gli operatori economici *non profit* caratterizzata da

⁷⁷ Cfr. L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione*, cit., 98-99.

⁷⁸ La questione riguardava una procedura comparativa riservata ad enti privati senza scopo di lucro, non rispettosi delle condizioni di cui all'art. 77 della direttiva appalti, avente a oggetto l'affidamento di servizi alla persona mediante *accordi di azione concertata* (espressamente qualificati quali «strumenti organizzativi di natura extracontrattuale») a fronte del rimborso dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio. Ricondotti tali accordi alla nozione di appalto pubblico, e quindi nei confini operativi delle direttive, la Corte ha dapprima evidenziato l'ampia discrezionalità rimessa agli Stati membri nell'organizzazione dei propri sistemi assistenziali e nella scelta dei prestatori dei servizi oggetto del regime alleggerito, per poi procedere ad analizzare gli accordi controversi alla luce dei principi di *parità di trattamento e trasparenza*, richiamati dall'art. 76. Cfr. il commento di S. PELLIZZARI, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza*, *Ist. fed.*, 4, 2022, p. 1038 ss.

forme di pubblicità e trasparenza di livello europeo; per altro verso, il trattamento differenziato tra operatori economici *profit* e *non profit*, per non comportare una lesione del principio di parità di trattamento, deve contribuire al raggiungimento degli obiettivi del sistema di assistenza sociale, nello specifico dei principi di universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio. Come è evidente, non tutte le condizioni alla base della “dottrina Asade” trovano riscontro nell’art. 55 CTS di guisa che, al momento del riordino della disciplina dei servizi pubblici locali e dell’adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, permaneva l’esigenza di quello “sforzo di armonizzazione” che si intende attribuire agli artt. 18 d.lgs. n. 201/2022 e 6 CCP⁷⁹.

a. Ambito oggettivo di applicazione (tipologia delle prestazioni)

Il primo profilo affrontato dalle disposizioni in esame concerne la tipologia di prestazioni oggetto del rapporto tra p.a. e ETS. L’art. 18 d.lgs. n. 201/2022 si limita a richiedere che si tratti di «progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al SPL di rilevanza economica»: il *range* di attività oggetto dei rapporti di partenariato è pertanto rappresentato dalle attività di interesse generale di cui all’art. 5 CTS, ferma restando la necessità di una connessione funzionale con un atto istitutivo di un servizio pubblico⁸⁰. Diver-

79 Invero l’art. 55 del CTS non prevede forme di pubblicità di livello europeo e ha un ambito oggettivo di applicazione più esteso rispetto al regime alleggerito previsto dall’art. 76 della direttiva appalti (ciò in quanto l’elenco di attività di interesse generale di cui all’art. 5 del CTS è più ampio di quello di cui all’allegato XIV della direttiva).

80 Dalla formulazione del primo periodo dell’art. 18 («progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al SPL») e, soprattutto, dal mancato inserimento del partenariato con gli ETS tra le modalità di gestione del servizio pubblico locale di cui all’art. 14 d.lgs. n. 201/2022, si potrebbe ricavare che la co-progettazione non costituisca un modello organizzativo e gestionale del tutto alternativo a quelli tradizionali, bensì uno strumento cui è possibile far ricorso per attività accessorie al servizio pubblico locale. Si tratta di una soluzione interpretativa possibile ma non obbligata, considerato anche che non trova alcun riscontro nella “Scheda di lettura” della previsione contenuta nel Dossier parlamentare del 22 novembre 2022. In ogni caso, anche a volerla ritenere ostantiva alla considerazione della co-progettazione quale modello gestionale ordinario dei SPL, la tipicità (e tassatività) delle forme di gestione di cui all’art. 14 riguarda solamente i servizi di livello locale (non quindi la maggior parte dei servizi sanitari) e, ad avviso di scrive, non dovrebbe interessare i servizi dalla rilevanza economica “incerta” quali quelli socio-assistenziali per i quali il legislatore statale e regionale ha tradizionalmente previsto soluzioni organizzative ulteriori e differenti rispetto a quelle di cui all’art. 14.

samente, l'art. 6 CCP si focalizza sulle attività materiali oggetto del rapporto, ma tramite una locuzione così generica («attività a spiccata valenza sociale») che non appare idonea né a circoscrivere né ad ampliare l'elenco di attività di cui all'art. 5 CTS il quale, pertanto, finisce per delimitare i confini applicativi di ambedue le disposizioni⁸¹.

b. Ambito oggettivo di applicazione (tipologia del rapporto pubblico-privato)

Mentre l'art. 18 d.lgs. n. 201/2021 prende in considerazione, in modo «chirurgico», la sola co-progettazione realizzativa⁸² (cioè il «punto» di possibile frizione con il diritto Ue), il primo periodo dell'art. 6 CCP presenta una portata più generale. Ciò ha portato attenta dottrina a considerarlo riferibile a «istituti ulteriori a quelli previsti dagli art. 55-57 del CTS» (ad esempio i patti di collaborazione), come pure ad attribuirgli la funzione di «consacrare l'amministrazione condivisa come un vero e proprio modello organizzativo», esprimendo «un contenuto che va anche ben oltre il Codice dei contratti pubblici e afferma un principio che può valere per l'intero ordinamento»⁸³.

Per quanto coerenti con il tenore letterale della disposizione, queste letture non convincono del tutto. Come si ricava anche dalla Relazione alla bozza di Codice dei contratti pubblici⁸⁴ e soprattutto dall'ambito soggettivo di applicazione limitato agli enti del Terzo settore iscritti al RUNTS⁸⁵, i «modelli organiz-

81 Alla medesima conclusione è giunta la prevalente dottrina: F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*; M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa*, cit.

82 «In attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, gli enti locali possono attivare con enti del Terzo settore rapporti di partenariato, regolati dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica».

83 V. rispettivamente N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice*, cit., 833 e F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, cit. Simile la lettura di G. GOTTI, *La co-programmazione*, cit., 69. Sul ruolo dell'amministrazione condivisa nella gestione dei beni comuni, v. da ultimo D. DONATI (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi. Un'analisi interdisciplinare*, Milano, FrancoAngeli, 2024.

84 Ove a pg. 18 ss. si osserva che tramite l'art. 6 «si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore».

85 Profilo disciplinare che la Corte cost., nella sentenza n. 131/2020, p. 2.2. e 2.3 *Considerato in diritto*, ha inteso in termini stringenti, osservando che in tale specificità soggettiva risiederebbe «la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e la effettiva

zativi di amministrazione condivisa» cui fa riferimento il primo periodo dell'art. 6 CCP dovrebbero essere i soli istituti di cui al Titolo VII del d.lgs. n. 117/2017; d'altronde, è rispetto a questi istituti che trovano giustificazione le due *rationes* che si sono attribuite alla disposizione in esame: *i.* conferma del rango di soluzioni organizzative ordinarie (*i.e.* non sussidiarie rispetto alle tradizionali forme di esternalizzazione) loro riconosciuto da Corte cost. n. 131/2020 e, al tempo stesso, *ii.* volontà di precisarne i requisiti costitutivi rispetto alla loro disciplina contenuta nel CTS, nell'ottica di rafforzare la compatibilità con il diritto Ue. Se si considera poi che solo l'art. 55 CTS disciplina istituti effettivamente riconducibili all'amministrazione condivisa (*supra*, par. 2.1), non pare azzardato affermare che l'art. 6 CTS, primo periodo, e l'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 sono assimilabili per ciò che concerne la tipologia di strumenti di amministrazione condivisa presi in considerazione⁸⁶.

c. Natura collaborativa del rapporto quale elemento discreitivo rispetto al diritto dei contratti pubblici

L'art. 6 CCP precisa che i modelli organizzativi di amministrazione condivisa, attuativi dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, devono essere «privi di rapporti sinallagmatici» e «fondati sulla condivisione della funzione amministrativa», riprendendo in tal modo alcuni passaggi di Corte cost. n. 131/2020 certamente rilevanti nell'ottica della presente analisi⁸⁷.

“terzietà” (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano», e troverebbe giustificazione, quindi, la stretta connessione con «i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica». Alla luce di tale posizione, i legislatori regionali intervenuti sulla materia hanno altrimenti valorizzato il ruolo del privato sociale non iscritto a RUNTS, ad esempio riconoscendogli un ruolo “accessorio” e “di supporto”.

⁸⁶ Né pare potersi attribuire particolare rilievo alla mancata considerazione della co-programmazione da parte dell'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022, venendo in rilievo la previsione generale di cui all'art. 55 CTS.

⁸⁷ Corte cost. n. 131/2020: «Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la “co-programmazione”, la “co-progettazione” e il “partenariato” (...) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di

Prendendo le mosse dalla nozione civilistica di “sinallagmaticità” (che, come noto, implica un rapporto di corrispettività tra le prestazioni convenute dalle parti, ovvero un particolare legame di interdipendenza tra le stesse), è possibile ravvisare l'elemento discreitivo di tali rapporti nella non rispondenza alla logica del *do ut des* o *do ut facies*; tuttavia, rispetto alla nozione civilista, la non sinallagmaticità nel contesto in esame implica un *quis pluris* che, tradotto in positivo, può dirsi costituito dalla natura genuinamente cooperativa o collaborativa del rapporto, il quale deve sempre essere rivolto al soddisfacimento di interessi comuni delle parti⁸⁸.

Questa conclusione trova conferma nell'art. 18, co. 2, d.lgs. n. 201/2022, ove si richiede una motivazione in ordine alla «sussistenza delle circostanze che, nel caso concreto, determinano la *natura effettivamente collaborativa del rapporto*» la quale rappresenta, pertanto, l'elemento costitutivo dei partenariati inerenti alla co-progettazione. Nella medesima prospettiva si può poi richiamare l'art. 7, co. 4 CCP che, tra le condizioni costitutive della cooperazione pubblico-pubblico, richiama la «effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, *in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni*»⁸⁹. Va precisato come tale accostamento tra amministrazione condivisa e cooperazione pubblico-pubblico, che trova riscontro anche nella Relazione al Codice⁹⁰, sia tutt'altro che avventato: e invero la natura privata degli ETS e dell'interesse generale da loro perseguito⁹¹

risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

88 Interessante, e certamente meritevole di ulteriori approfondimenti, la prospettiva che riconduce tali rapporti di partenariato ai contratti con comunione di scopo; cfr. A. FICI, *I “presupposti negoziali”*, cit., 62 ss. N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice*, cit., 837 ss.

89 Corsivo per enfasi.

90 Relazione alla bozza di Codice, p. 20: «Il modello in questione è coerente, infine, con il modello del partenariato pubblico-pubblico (...) fondato sulla collaborazione tra amministrazioni per la realizzazione di attività di interesse comune in mancanza di un rapporto sinallagmatico che preveda uno scambio di prestazioni».

91 Nella prospettiva europea difficilmente possono trovar spazio impostazioni «organicistiche» che ravvisano una sorta di commistione tra Terzo settore e settore pubblico:

(che rimane comunque distinto dall'interesse pubblico⁹²), come pure il differente sostrato assiologico e valoriale sotteso agli artt. 7, co. 4 e 6 del Codice, non impediscono di ravvisare un significativo grado di coerenza tra i due strumenti, derivante appunto dalla comune natura cooperativa di rapporti volti alla miglior cura di un interesse generale condiviso tra le parti dell'accordo⁹³.

A ben vedere, tale accostamento rafforza la convinzione che l'assenza di sinallagmaticità di cui all'art. 6 CCP non possa essere intesa in termini assoluti dal momento che con la stipula della convenzione sorgono tra le parti obbligazioni reciproche che trovano ragion d'essere l'una nell'altra: diversamente opinando, infatti, il ricorso ai modelli organizzativi di amministrazione condivisa precluderebbe all'amministrazione di vincolare i soggetti coinvolti all'adempimento degli impegni assunti in convenzione, con il rischio di pregiudicare il buon andamento dell'azione amministrativa e, nello specifico, il risultato cui è funzionalizzata la scelta organizzativa della p.a.⁹⁴.

come chiarito dall'Avvocato generale Mengozzi e dalla Corte nella causa C-574/12, *SUCH*, gli interessi perseguiti dagli ETS hanno di norma natura diversa rispetto agli obiettivi di interesse pubblico di titolarità delle p.a., presentando «elementi propri dell'interesse privato», con conseguente necessità di tenere ferma la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata. In dottrina, cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato*, cit., 21 ss. e 352 ss.

⁹² Sul punto si rinvia alle convincenti considerazioni di C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 5 ss. secondo cui il privato sociale persegue un interesse generale, ma pur sempre general-privato.

⁹³ Va segnalata al riguardo la tesi – diversa da quella proposta nel testo seppur con alcuni punti di contatto – di N. BERTI (in B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Note a margine*, cit., 135 ss.) che ravvisa negli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990 il paradigma di riferimento dei rapporti convenzionali instaurati, ex Titolo VII CTS, tra p.a. e ETS. Tale posizione si basa, nello specifico, su una nozione “oggettivata” di pubblica amministrazione, nonché sulla convinzione che i tratti distintivi dell'art. 15 (spec. lo «svolgimento in collaborazione di attività» e l'aspetto causale del perseguimento di «un interesse comune») sarebbero in effetti maggiormente in grado, rispetto agli accordi pubblico-privato di cui all'art. 11, di tener conto della «reale natura del rapporto collaborativo fra enti pubblici ed ETS, come fondato non già su un avvicinamento “incidentale” volto a dirimere un conflitto di interessi nell'esercizio di un potere discrezionale, bensì su un movimento congiunto e parallelo rivolto alla miglior cura dell'interesse condiviso». Altra dottrina considera invece la co-progettazione quale procedura di affidamento *sui generis* di un contratto di partenariato pubblico-privato (cfr. A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, cit., 30, *passim*).

⁹⁴ Così M. INTERLANDI, L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa*, cit., 121-122; nello stesso senso pure N. VETTORI, *op. ult. cit.*, 840 che osserva come nella sent. n. 131/2020 la Corte cost. non esclude del tutto l'esistenza di profili sinallagmatici.

Inoltre, il confronto con la cooperazione pubblico-pubblico rafforza l'idea che *l'assenza di lucro oggettivo* costituisce elemento costitutivo dei rapporti di amministrazione condivisa in esame, ancorché tale assenza di remuneratività non sia espressamente prevista dall'art. 6 CCP (ma solo dall'art. 18, co. 3 del d.lgs. n. 201/2022). E invero, ancorché sinallagmaticità e onerosità siano due categorie non coincidenti, nella prospettiva della CGUE – con cui occorre confrontarsi quando si tratta di definire i confini del diritto dei contratti pubblici – emerge una stretta connessione tra la natura genuinamente collaborativa del rapporto e l'assenza di remuneratività (che non significa gratuità, come si chiarirà nel successivo paragrafo).

Quanto sostenuto circa l'affinità “operativa” tra strumenti di amministrazione condivisa e cooperazione pubblico non trova smentita nel riferimento di cui all'art. 6 alla «*condivisione della funzione amministrativa*» da cui, in tesi, si potrebbe ricavare una netta divergenza tra i due strumenti (ciò in quanto, come sopra ricordato, la cooperazione pubblico-pubblico non può avere ad oggetto l'esercizio congiunto o il trasferimento di funzioni amministrative in senso stretto). Tale conclusione trova fondamento nella convinzione che la formulazione dell'art. 6 CCP sul punto sia equivoca e impropria: come ben chiarito da chi ha teorizzato questo modello, nell'amministrazione condivisa ad essere oggetto di condivisione è la *modalità di svolgimento della funzione* (e le relative risorse e responsabilità), non invece la funzione in sé o il potere, che rimangono di esclusiva titolarità del soggetto pubblico⁹⁵.

Alla luce di quanto osservato si può affermare che l'elemento costitutivo dei rapporti di amministrazione condivisa di cui agli artt. 6 CCP e 18 d.lgs. n. 201/2022 (e quindi il fondamento giustificativo dell'esclusione dal diritto dei contratti pubblici e di soluzioni organizzative riservate agli ETS) va rintracciato

⁹⁵ G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, cit., 28; ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 50; ID., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlam. pol. cost.*, 3-4, 1997, 45; v. pure F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 78.

nel contenuto dell'accordo che deve riflettere una relazione caratterizzata *ab origine* da uno spirito cooperativo e dalla convergenza di obiettivi per il perseguimento di interessi comuni; di contro, la riconduzione delle convenzioni sottoscritte all'esito della co-progettazione agli accordi pubblicistici *ex art.* 11 l. n. 241/1990, sostenuta da una parte dottrina, non è in alcun modo idonea a incidere sul confine tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore, potendo al più costituire una "conseguenza" della collocazione del rapporto pubblico-privato nell'ambito dell'uno o dell'altro contesto disciplinare⁹⁶.

Seguendo questa prospettiva, e prendendo spunto dalle Linee guida del Ministero del lavoro di cui al d.m. n. 72/2021⁹⁷, sembra possibile enucleare alcuni "fattori" la cui presenza attesta la natura collaborativa (e quindi non sinallagmatica) del rapporto.

i. Il ruolo attivo e co-ideativo degli enti del Terzo settore quali soggetti che mettono a disposizione della p.a., oltre alla propria capacità organizzativa e di intervento, dati informativi sui bisogni del contesto sociale di un determinato territorio, soluzioni innovative, etc.; altrimenti detto, il ruolo del privato nel rapporto sussidiario non può limitarsi a quello di passivo esecutore e/o erogatore di servizi definiti a monte dall'amministrazione, dovendo sempre esservi spazio per qualcosa da co-progettare⁹⁸. D'altronde, nelle "forme" più pure e genuine di co-progettazione, la logica prestazionale dovrebbe rimanere in secondo piano rispetto alla primaria funzione di dare risposta a un bisogno complesso.

⁹⁶ Si tratta di posizione diffusa in dottrina (e non solo) che ha trovato una compiuta trattazione in F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in P. PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, ESI, 236 ss.; *contra*, V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo italiano*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 29.

⁹⁷ «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (Codice del Terzo settore)» adottate con d.m. del Lavoro e delle Politiche Sociali del 31 marzo 2021, n. 72.

⁹⁸ Cfr. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, cit., *passim*, spec. 67 ss. In questa prospettiva, si dovrebbe escludere che un servizio "affidato" mediante co-progettazione possa, al termine della convenzione, essere "ri-affidato" tramite lo stesso strumento qualora la p.a. intenda confermare i "contenuti" di quel servizio e non avverta l'esigenza di una nuova fase progettuale; cfr. A. DONATO (a cura di), *L'affidamento dei servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 104 ss.

A bene vedere, quella in esame costituisce una condizione necessitata per evitare che il ricorso all'amministrazione condivisa non si trasformi in un "appalto camuffato"⁹⁹. In questa prospettiva, ancorché non vi sia attualmente un preciso obbligo normativo in tal senso, si dovrebbero preferire esperienze di co-progettazione precedute dall'espletamento dell'attività di co-programmazione: il coinvolgimento *ab origine* degli ETS, a partire dal momento della lettura e individuazione dei bisogni, agevola l'effettivo inverarsi della suddetta logica co-ideativa e fa sì che la convergenza di obiettivi tra amministrazione ed ETS non resti un dato meramente formale.

i. La partecipazione ai costi da parte del privato che contribuisce alla co-progettazione mediante l'apporto di risorse. Al riguardo occorre chiarire, per un verso, che le risorse non sono solo quelle finanziarie, ma anche quelle umane, strumentali, la messa a disposizione di beni, etc.; per altro verso, che questo elemento non deve esser inteso quale requisito di partecipazione, traducendosi cioè in una sorta di barriera d'accesso: in quest'ottica, è anche possibile che l'impegno dell'ETS (o degli ETS) sia quello di attivarsi per la ricerca, insieme alla parte pubblica, di ulteriori risorse da mettere a disposizione della co-progettazione.

ii. La natura circolare della co-progettazione che può essere riattivata nei casi in cui la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico concreto oggetto della convenzione richieda di modificare oggetto e condizioni del rapporto.

iii. La logica collaborativa risulta senz'altro accentuata, ancorché dinamiche simili caratterizzino anche il settore dei contratti pubblici, nei casi di proposte presentate da più ETS aggregati in un'associazione temporanea di scopo (la c.d. "rete di ETS"), con l'eventuale coinvolgimento di ulteriori soggetti profit o

⁹⁹ Sul punto v. F. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, cit. secondo cui «l'ideazione originale di progetti che costituiscono l'oggetto di co-progettazione deve essere reale e apprezzabile e non confusa con modalità tipiche del contratto di appalto, come sarebbe il caso in cui la selezione dell'ente del terzo settore è concepita sulla base di allegati molto puntuali predisposti dall'amministrazione».

non profit (il c.d. partner di progetto)¹⁰⁰; come pure allorquando la co-progettazione abbia a oggetto più attività di cui all'art. 5 CTS, essendo quindi rivolta a dare risposta a una pluralità di bisogni.

iv La responsabilizzazione della p.a. anche rispetto alla fase esecutiva, così da marcare le differenze rispetto alle soluzioni di mera esternalizzazione, in linea con la considerazione dell'amministrazione condivisa quale “via di mezzo” tra il *make* e il *buy*.

v. La valorizzazione del rapporto di fiducia tra p.a. e ETS nella “costruzione” della convenzione, ad es. evitando quelle condizioni contrattuali (clausole risolutive, penali, etc.) che maggiormente riflettono la natura sinallagmatica e corrispettiva del rapporto¹⁰¹.

Ad eccezione del primo, gli altri fattori elencati possono essere intesi quali elementi sintomatici o, financo, veri e propri “*indici*” della natura collaborativa del rapporto, cui dar rilievo per distinguere una co-progettazione realizzativa da un tradizionale contratto pubblico, soprattutto nelle ipotesi di co-progettazione in cui è più marcata la logica prestazionale di erogazione di servizi. Essi perdono invece rilevanza quando tale logica assume un ruolo più marginale e, ancor più, nei casi in cui il tema del rapporto tra diritto del Terzo settore e dei contratti pubblici nemmeno si pone, ad esempio allorquando l'ente pubblico, accentuando al massimo la dimensione collaborativa dell'amministrazione condivisa, opta per una “co-progettazione con progetto unitario”, così da rendere la procedura priva di carattere selettivo (o, meglio, caratterizzata da assenza di selezione comparativa¹⁰²).

100 Cfr. art. 4, co. 3, Delib. 29 dicembre 2023, n. 987 della Regione Lazio con cui sono approvate le “Linee guida della Regione Lazio in materia di co-programmazione e co-progettazione”.

101 Cfr. S. PELLIZZARI, *Forme di collaborazione*, cit., 1038 ss.; A. LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A.*, cit., 45 ss.

102 Sulla non applicazione del diritto dei contratti pubblici per “assenza di una selezione di carattere comparativo”, sia consentito rinviare a E. CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, cit.

d. Logica del risultato e ricorso ai modelli organizzativi di amministrazione condivisa

Quanto fin qui osservato porta a ritenere quasi “fisiologico” l’inserimento dell’inciso di cui all’art. 6 CCP secondo cui il ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa deve avvenire «sulla base del principio del risultato», se con questo richiamo si intende che l’amministrazione, nello scegliere tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore, deve farsi guidare dalla logica del risultato amministrativo, optando cioè per la soluzione che meglio consenta di soddisfare gli interessi dei cittadini cui l’attività è rivolta¹⁰³. Depongono in tal senso, da un lato, l’inquadramento dell’art. 6 quale norma volta a mettere a disposizione delle amministrazioni pubbliche modelli organizzativi, ulteriori a quelli tradizionali, per il perseguimento dei loro compiti (sul punto si tornerà nella seconda parte del lavoro), pienamente riconducibile quindi nel prisma del binomio “principio di autorganizzazione/principio del risultato”¹⁰⁴. Dall’altro, depone in tal senso anche quanto osservato al par. 2.1. con riguardo al punto di vista dell’ordinamento Ue nel senso che, al di fuori delle eccezioni positivizzate, l’arretramento del diritto dei contratti pubblici può trovare giustificazione solo

103 Non distante la posizione di N. VETTORI, *L’amministrazione condivisa*, cit., 848 e F. GIGLIANI, *op. ult. cit.*, il quale osserva che il «modello della collaborazione con gli enti del terzo settore è prioritariamente scelto in ragione del risultato più efficace, efficiente ed economico che esso è in grado di produrre». Per la riconduzione della co-progettazione all’amministrazione di risultato v. pure A. BERETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, cit., 30. Quanto sostenuto nel testo trova riscontro in Tar Liguria, 2 maggio 2024, n. 310 secondo cui la p.a. non avrebbe «fatto buon governo delle regole che presiedono alla scelta ed all’utilizzo delle procedure del codice del terzo settore», non avendo adeguatamente motivato le ragioni che, nel caso concreto, giustificavano il ricorso a tale strumento e la limitazione della *par condicio*, tanto più che nel caso di specie non appariva «immediatamente percepibile il valore aggiunto del privato sociale». Su tale pronuncia si veda il commento di E. FREDIANI, *Il buon governo della co-progettazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, spec. 705.

104 Pare possibile ravvisare una *duplice implicazione del principio di autorganizzazione* in relazione al ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa: una “esterna” che rileva rispetto alla scelta tra i diversi modelli organizzativi a disposizione della p.a. (e quindi in alternativa all’autoproduzione, all’esternalizzazione e alle varie forme di partenariato pubblico-pubblico o pubblico-privato convenzionale o istituzionalizzato); una “interna” cui si riferisce l’incipit dell’art. 55 CTS [«In attuazione dei principi di (...) autonomia organizzativa e regolamentare»] che, come chiarito dalle Linee guida n. 72/2021, consente all’ente pubblico di «dare attuazione alle disposizioni del Titolo VII tenendo conto del proprio assetto organizzativo, ma più in generale delle scelte statutarie, nonché utilizzare i regolamenti esistenti (...) o approvarne di nuovi».

se il ricorso a soluzioni organizzative attuative del principio di solidarietà (e di sussidiarietà orizzontale) produca esternalità positive e valore aggiunto nell'erogazione dei servizi ai cittadini. Al richiamo al principio del risultato nell'art. 6 CPP può pertanto riconoscersi, nella sostanza, lo stesso significato dell'art. 18, co. 2 d.lgs. n. 201/2022 che richiede agli enti locali di motivare con specifico riferimento «agli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio». A ben vedere, entrambe le previsioni suggeriscono di valorizzare la predisposizione di sistemi di *valutazione di impatto sociale* delle attività svolte dagli ETS, ovvero meccanismi di valutazione qualitativa e quantitativa degli effetti – sul breve, medio e lungo periodo – delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato¹⁰⁵.

La prospettiva seguita si basa, ovviamente, su una concezione dinamica e adattativa (non statica) del risultato amministrativo¹⁰⁶, che riconosce e tutela lo spazio della pubblica amministrazione nel “conformarlo” e “adattarlo” in base al settore di intervento e agli obiettivi in concreto perseguiti. Essa, inoltre, porta a ritenere ineludibile una comparazione tra il ricorso all'amministrazione condivisa e le tradizionali soluzioni di esternalizzazione: la p.a. è infatti sempre tenuta a verificare se, alla luce dei bisogni da soddisfare, delle attività da porre in essere e delle circostanze del caso concreto, i benefici dell'amministrazione condivisa¹⁰⁷ permettano di meglio soddisfare le esigenze dei destinatari delle prestazioni, in conformità ai canoni di qualità e universalità delle prestazioni, efficienza, efficacia, economicità¹⁰⁸. Nell'ambito di questa valutazione di ade-

105 In tal senso le Linee guida n. 72/2021, ma v. pure le Linee guida n. 17 recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali» adottate da ANAC con delibera n. 382 del 27 luglio 2022, p. 7.5.

106 Cfr. E. GUARNIERI, *Il principio di risultato*, cit., 829 ss. e E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori*, cit., 863 ss. e 893 ss. In giurisprudenza questa prospettiva ha da ultimo trovato riscontro in Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

107 In termini di maggior conoscenza dei problemi e delle esigenze prive di risposta, di capacità tecnico-organizzative e di intervento, di apportare risorse, di individuare soluzioni innovative.

108 Contra, L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, in *Cantiere Terzo Settore*, 12 gennaio 2023.

guatezza obiettivi ulteriori – quali il *favor* per il privato sociale, la valorizzazione della sua «vocazione politica»¹⁰⁹ o anche quel *quid pluris* in termini di partecipazione democratica che consegue al ruolo attivo degli ETS (*infra*) – assumono carattere strumentale (o al più succedaneo) rispetto all'interesse primario di erogare il miglior servizio agli amministrati¹¹⁰.

e. Rispetto dei principi dell'evidenza pubblica

Sia l'art. 6 CCP che l'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 richiedono che il ricorso ai modelli organizzativi di amministrazione condivisa e ai partenariati con gli ETS avvenga in conformità ai principi dell'evidenza pubblica¹¹¹ il cui rispetto, in ogni caso, è già imposto dalle disposizioni di cui al Titolo VII del CTS¹¹². Il tema verrà ripreso al paragrafo conclusivo, ove ci si soffermerà in termini critici sulla distinzione, da più parti condivisa, tra un'evidenza pubblica volta a garantire il principio di concorrenzialità e un'evidenza pubblica incentrata sul principio interno di concorsualità.

f. La co-progettazione quale strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa

La Relazione illustrativa del Governo sullo schema di CTS, ripresa sul punto dalle Linee guida n. 72/2021, sottolinea come, con l'adozione del Codice nel 2017, la co-progettazione sia diventata un *modello organizzativo ordinario*, «non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato». Con la sent. n. 131/2020, la

109 Vocazione politica che, secondo parte della dottrina sociologica, sarebbe stata inaridita dalle politiche pubbliche che hanno spinto il Terzo settore sul piano della competizione per la produzione e offerta di servizi; così G. MAROCCHI, *La coprogrammazione: punti di forza, criticità, dibattito*, in U. DE AMBROGIO, G. MAROCCHI (a cura di), *Coprogrammare e coprogettare. Amministrazione condivisa e buone pratiche*, Bari, Carocci Editore, 2023, 69; v. pure L. FAZZI, *La co-progettazione tra management amministrativo e politica sociale: un vademecum operativo*, in *Impresa sociale*, 4/2023, 9 ss.

110 In tal senso pure N. VETTORI, *op. ult. cit.*, 848

111 L'art. 6 CCP richiede che il ricorso agli strumenti di amministrazione condivisa contribuisca «al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente», mentre l'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 richiede il rispetto «dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento».

112 Anche grazie alle precisazioni contenute, soprattutto con riguardo alla co-programmazione, nelle Linee guida ministeriali n. 72/2021.

Corte costituzionale ha confermato e per certi versi rafforzato tale qualificazione, nella misura in cui ha chiarito che si tratta di strumenti di amministrazione non residuali rispetto alle tradizionali forme di esternalizzazione disciplinate dal diritto dei contratti pubblici.

Quanto fin qui osservato suffraga tali conclusioni ma, al tempo stesso, suggerisce una precisazione: la qualificazione della co-progettazione quale strumento ordinario di amministrazione non significa che ad esso le amministrazioni possa sempre far ricorso in luogo dei modelli organizzativi tradizionali, dovendo sempre trovare effettivo riscontro in quelle condizioni sopra esaminate (limiti soggettivi, limiti oggettivi, natura collaborativa, etc.) che rendono legittimo il ricorso a tale strumento.

4. La genuinità del rimborso quale elemento costitutivo dei rapporti tra p.a. e Terzo settore

Nel precedente paragrafo si è richiamata, tra gli elementi costitutivi della co-progettazione realizzativa, la natura genuinamente collaborativa dei rapporti tra p.a. e ETS e si è inoltre osservato come siffatta natura implichi l'assenza di lucro oggettivo e, quindi, che l'erogazione economica corrisposta all'ETS non vada oltre il rimborso dei costi sostenuti per erogare il servizio. Detto altrimenti, la genuinità del rimborso spese costituisce condizione necessaria per il legittimo ricorso allo strumento in esame, in quanto corollario della natura collaborativa che deve contraddistinguere i rapporti di amministrazione condivisa. Questa conclusione poteva già essere desunta, in via interpretativa, dalla giurisprudenza Ue sui rapporti di cooperazione pubblico-pubblico che, come si è detto, presentano caratteristiche simili ai rapporti pubblico-privato oggetto di analisi; e, forse, anche dalla matrice teorica di questi strumenti, rintracciabile nei principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale¹¹³. Tuttavia, data l'incer-

¹¹³ Con riguardo al principio di sussidiarietà orizzontale tale conclusione è però tutt'altro che pacifica; nel senso indicato nel testo cfr. D. DONATI, *Il paradigma sussidiario, Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013, 206.

tezza generata dall'assenza di una previsione in tal senso nell'art. 55 CTS¹¹⁴, ben ha fatto il legislatore, in sede di riordino della normativa sui servizi pubblici locali, a esplicitare tale aspetto: l'art. 18, co. 3 d.lgs. n. 201/2022 esclude infatti il ricorso ai partenariati con gli ETS «nelle ipotesi in cui le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato».

Va in aggiunta osservato che la genuinità del rimborso spese è uno degli elementi cui ha dato rilievo la CGUE per ritenere giustificabili regimi nazionali di *favor* per il settore *non profit* che, di norma, rappresentano restrizioni alle libertà di circolazione. In particolare, all'assenza di lucro oggettivo, anche indiretto, si è dato rilievo: nelle sentenze *Spezzino* e *Casta* per ritenere giustificabile, sulla base dei motivi imperativi di interesse generale, l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato; nella sentenza *Asade* per ritenere sussistenti quelle ragioni obiettive che giustificano il trattamento differente di situazioni analoghe e, dunque, per ritenere compatibile con il principio di parità di trattamento (nella sua accezione sostanziale) la riserva per il privato non lucrativo¹¹⁵. Dal punto di vista del giudice europeo, l'assenza

114 Tra i tanti, sembra ritenere ammissibile un'erogazione economica superiore al rimborso spese, v. S. FREGO LUPPI, *L'affidamento e la gestione dei servizi di interesse generale*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 9 ss. Si ritiene di poter richiamare in tale direzione anche A. SANTUARI, *Co-progettazione e il sistema giuridico amministrativo impermeabile al cambiamento*, in *welfareforum.it*, 21 maggio 2024. Nello specifico, non è ben chiaro se nell'affermare che «in alcuni specifici ambiti di intervento, quali, per esempio, i servizi e le prestazioni socio-assistenziali e socio-sanitarie, l'impegno degli Enti del Terzo settore non può limitarsi a prevedere un "mero" rimborso delle spese», l'A. intenda affermare che il quantum dell'erogazione economica debba andar oltre il rimborso delle spese oppure semplicemente intenda criticare la posizione della giurisprudenza amministrativa ripresa nel successivo paragrafo.

115 Al p. 95 della sentenza *Asade* si osserva che «il principio della parità di trattamento (...), autorizza gli Stati membri a riservare il diritto di partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi sociali di assistenza alla persona agli enti privati senza scopo di lucro, compresi quelli che non sono enti di volontariato in senso stretto, purché, da un lato, gli eventuali benefici derivanti dall'esecuzione di tali appalti siano reinvestiti da tali enti al fine di raggiungere l'obiettivo sociale di interesse generale da essi perseguito (...).» Tale passaggio, nel far riferimento al reinvestimento di eventuali benefici, sembra ammettere la possibilità di un

di lucro oggettivo è necessaria innanzitutto per evitare situazioni di “abuso del diritto” dal momento che l’arretramento della logica concorrenziale e la giustificabilità di un regime di *favor* per il privato sociale trovano giustificazione nel principio di solidarietà; tale arretramento, inoltre, è ammesso per ragioni di efficienza di bilancio e di garanzia di un *welfare* equilibrato e accessibile a tutti che, difficilmente, troverebbero effettivo invero qualora l’ente pubblico si facesse carico di garantire agli ETS anche un utile (oggettivo) per la prestazione svolta.

E infatti nelle tre sentenze esaminate la CGUE si è focalizzata sul *quantum* del rimborso spese, che deve essere limitato al rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli/permanenti (potendo quindi ricomprendere anche i costi generali/indiretti e, si ritiene, le spese di investimento), nonché sulle *modalità* del rimborso, escludendo soluzioni forfettarie che potrebbero celare un “utile mascherato”¹¹⁶.

Per riassumere, l’arretramento del diritto Ue dei contratti pubblici presuppone la *genuinità* del rimborso spese che dipende da aspetti sostanziali e riconducibili alla natura delle cose, quali il *quantum* dell’erogazione economica e le modalità del rimborso che non devono “occultare” un utile. Se così è, perde di significato – quantomeno nella prospettiva di delineare i confini tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore – un’altra qualificazione diffusa in dottrina e ripresa dalla Linee guida n. 72/2021: al pari di quanto osservato rispetto alla riconduzione dei partenariati tra p.a. e ETS agli accordi pubblicistici, anche la riconduzione dell’erogazione economica corrisposta dalle p.a. alle ETS

lucro, quantomeno oggettivo; in realtà, non è questa la posizione della CGUE, come si può ricavare dai pp. 89 e 90 della medesima sentenza dove sono richiamati quei passaggi delle pronunce *Spezzino* e *Casta* che condizionano l’ammissibilità della deroga al fatto che il corrispettivo sia limitato al rimborso dei costi variabili, fissi e permanenti. In tal senso cfr. B.L. BOSCHETTI, N. BERTI, G. MACDONALD, *L’amministrazione condivisa*, cit., 102-103.

¹¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217 e 5218; Tar Campania, Napoli, sez. V, 2 maggio 2023, n. 2621; Tar Campania, Napoli, sez. V, 1° aprile 2021, n. 2227.

alla categoria del “contributo” *ex art. 12 l. n. 241/1990*¹¹⁷ appare inidonea a giustificare, *ex se*, un arretramento delle regole di mercato di matrice Ue.

A questo punto del discorso occorre ribadire che la nozione di *rimborso spese genuino* è distinta e non sovrapponibile ai concetti di *gratuità* o *non onerosità* del rapporto come pure al *carattere non economico dell'attività* svolta dal privato sociale. Tanto che, come già anticipato, in tutte e tre le sentenze esaminate la CGUE non ha negato la natura onerosa dei rapporti tra p.a. ed ente *non profit*, qualificati infatti quali appalti pubblici, e ha anzi affermato che «ha scarsa rilevanza accertare» se il rimborso copra «unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali»¹¹⁸. Questa impostazione è stata fedelmente recepita con l'art. 18, co. 3 del d.lgs. n. 201/2022 sopra riportato, ma ancora prima con l'art. 56 CTS che individua nella genuinità del rimborso spese una delle condizione legittimanti il ricorso alle convenzioni, prevedendo in modo espresso che tale rimborso possa andar oltre le c.d. “spese vive” e ricomprendere, quindi, anche i costi generali e/o indiretti¹¹⁹.

Si fa pertanto fatica a rintracciare il fondamento giuridico della differente posizione seguita dalla prevalente giurisprudenza amministrativa che, non prestando sufficiente attenzione alla distinzione tra la *gratuità del rapporto* e la diver-

117 Sull'istituto v., da ultimo, S. FRANCA, *Misure di sostegno pubblico e vantaggi economici per gli enti del Terzo settore nel Codice del Terzo settore*, in *Munus*, 2, 2019, 719 ss. e F. GIGLIONI, *art. 12*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017.

118 CGUE, *Spezzino*, p. 37.

119 Ai sensi del co. 2 dell'art. 56 «de convenzioni di cui al comma 1 *possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate*»; il co. 4, tra i contenuti delle convenzioni, include anche «i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso *fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, (...) nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione*» (corsivo per enfasi).

sa nozione di *genuinità del rimborso spese*, considera la prima elemento costitutivo per il legittimo ricorso agli strumenti previsti dal diritto del Terzo settore¹²⁰.

Questa discutibile posizione aveva trovato un primo riconoscimento nel noto parere n. 2052/2018 ove il Consiglio di Stato, enfatizzando la distinzione tra “spese vive” (o “correnti”) e “spese di investimento”, aveva nella sostanza negato la genuinità di un rimborso spese tale da remunerare tutti i fattori della produzione, finendo così per assimilare il rimborso dei costi indiretti/generali a una vera e propria remunerazione¹²¹. Ad avviso di chi scrive, ancor meno comprensibile è il fatto che questa posizione venga pedissequamente seguita dalla giurisprudenza successiva. Ciò vale, in particolare, per le pronunce posteriori alla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale e ai successivi interventi normativi che, come si è visto, hanno “stabilizzato” il ricorso al diritto del Terzo settore, riconoscendogli il carattere di soluzione organizzativa ordinaria, dando così avvio a una linea evolutiva antitetica rispetto a quella emersa nel parere del 2018¹²². Invero, in diverse pronunce – la maggior parte delle quali ri-

120 Tale notazione critica dipende dal fatto che, come già osservato, nella prospettiva europea queste due nozioni comportano conseguenze giuridiche differenti: la gratuità esclude a monte l'operatività del diritto dei *public procurement* (l'appalto pubblico è infatti un “contratto oneroso”); diversamente la genuinità del rimborso spese può consentire di “giustificare” una misura nazionale *latu sensu* restrittiva delle libertà di circolazione. Peraltro, il parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato e la giurisprudenza amministrativa che ad esso si rifa finiscono per dilatare il concetto di gratuità rispetto al *case law* Ue nella misura in cui considerano non onerosi (*i.e.* privi di rilevanza economica) affidamenti che prevedono un rimborso delle spese a piè di lista limitato alle spese vive/correnti. Diversamente, nell'impostazione UE la «semplice “non lucratività” (...) non esclude l'economicità del servizio», come ben rilevato da B.L. BOSCHETTI, N. BERTI, G. MACDONALD, *op. ult. cit.*, 101.

121 L. GALLI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 29 ss. Al riguardo si può osservare che se per un verso il rimborso dei costi indiretti e, più in generale, dei costi diversi dalle spese vive/correnti difficilmente si presta a forme di rendicontazione a piè di lista, è altrettanto vero che possono individuarsi ulteriori modalità di rendicontazione (quali quelle previste dall'art. 56 CTS) tali da assicurare la genuinità del rimborso spese ed evitare, quindi, una remunerazione mascherata e surrettizia.

122 Come del resto riconosciuto da Cons. St., sez. cons. att. norm., 3 maggio 2022, n. 802, secondo cui «sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione» del diritto del terzo settore».

guardanti rapporti di co-progettazione *ex art. 55 CTS*¹²³ – i giudici amministrativi hanno ritenuto che solamente se l'ente del Terzo settore gestisce in perdita il servizio può ritenersi rispettata la condizione della gratuità, (erroneamente) qualificata quale «element(o) costitutiv(o) della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici»¹²⁴.

Sulla base di quanto fin qui osservato, si può affermare, per un verso, come questa posizione sia sproporzionata poiché non necessaria per assicurare il rispetto del diritto Ue. Non lo è certamente in relazione agli art. 56-57 CTS che trovano fondamento nella dottrina Spezzino, né in relazione ai rapporti di co-progettazione riguardanti i servizi sociali sottoposti al regime alleggerito, per i quali viene ora in rilievo la “dottrina Asade”. Ma si ritiene sproporzionata anche rispetto ai rapporti di amministrazione condivisa che non trovano diretta copertura nel diritto Ue (le procedure riservate di co-progettazione riguardanti attività di cui all'art. 5 CTS ma non riconducibili ai servizi sociali): se “presi sul serio”, gli elementi cui si è dato rilievo nel precedente paragrafo, a partire dalla natura genuinamente collaborativa del rapporto, appaiono infatti tali da attestare l'alternatività degli istituti in esame rispetto ai tradizionali strumenti dell'appalto e della concessione, come pure tali da favorire il perseguimento di

123 Con riguardo alla co-progettazione v. Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540; 26 maggio 2023, n. 5217 e 5218; 7 settembre 2021, n. 6232; Tar Sicilia, Catania, sez. V, 15 marzo 2024, n. 1047; Tar Liguria, sez. I, 3 maggio 2024, n. 310; Tar Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2022, n. 44; Tar Toscana, sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260. Con riguardo alle convenzioni *ex art. 56 CTS*, v. Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2024, n. 7020. Sempre con riguardo alle convenzioni (*ex artt. 56 o 57 CTS*), diversa e più condivisibile è la posizione di Tar Molise, sez. I, 9 giugno 2023, n. 189; Tar Campania, Napoli, sez. V, 31 maggio 2023, n. 3327; 1° aprile 2021, n. 2227; Cons. Stato, sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199. Si può pertanto affermare che l'approccio più rigoroso ed “economicista” trova applicazione sistematica con riguardo all'art. 55, mentre è meno frequente nelle decisioni concernenti le convenzioni *ex art. 56 e 57 CTS*. Tale differenza può dipendere tanto dal fatto che mentre le convenzioni possono essere stipulate solo con le associazioni di volontariato e di promozione sociale, gli istituti di cui all'art. 55 possono riguardare anche ETS capaci di perseguire utile come le imprese sociali; quanto dal fatto che la qualificazione della gratuità quale “elemento costitutivo” contrasta con il tenore letterale dell'art. 56, co. 4 CTS.

124 Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217.

obiettivi di universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio, così da prestarsi a nuove operazioni di bilanciamento da parte dei giudici europei¹²⁵.

Per altro verso, l'approccio "più realista del re" dei giudici amministrativi sembra porsi in contrasto anche con la logica del risultato amministrativo che dovrebbe invece permeare tutte le scelte organizzative delle amministrazioni, incluso il ricorso agli strumenti in esame: pare invero innegabile che assumere la categoria della gratuità quale elemento costitutivo del ricorso al diritto del Terzo settore significa porre in secondo piano il tema della qualità del servizio e del continuo miglioramento delle prestazioni erogate ai cittadini. In aggiunta, tale posizione appare in contrasto con il dato normativo nazionale da un duplice punto di vista: uno "micro" che emerge dal confronto con gli artt. 56 co. 2 e 4 del CTS e 18, co. 3 del d.lgs. n. 201/2022, i quali danno rilievo alla genuinità del rimborso spese e non alla gratuità/non onerosità del rimborso; uno "macro" dal momento che questa giurisprudenza finisce inevitabilmente per marginalizzare il ricorso agli strumenti di cui al Titolo V CTS (in particolare alle soluzioni di amministrazione condivisa di cui all'art. 55 CTS¹²⁶) che, invece, il legislatore ha in più occasioni mostrato di voler valorizzare.

Per concludere, se, come sembra ricavarsi alle sentenze da ultimo citate, la giurisprudenza amministrativa considera in contrasto con il diritto europeo la scelta del legislatore statale di configurare la co-progettazione quale modello organizzativo ordinario, l'unica strada percorribile appare quella di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia; altre soluzioni, inclusa la margi-

125 Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2024, n. 7020 ha mostrato particolare attenzione a quest'ultimo profilo, ritenendo però che l'obiettivo di efficienza e sostenibilità finanziaria dei sistemi di assistenza non possa ritenersi effettivamente perseguito quando il ricorso agli ETS preveda la copertura totale dei costi da questi enti sostenuti per erogare il servizio. Oltre a non essere imposta dal *case law* Ue, questa posizione non appare coerente con quella giurisprudenza nazionale che, nel valutare la legittimità del ricorso all'autoproduzione in luogo dell'esternalizzazione, ha fatto rientrare il risparmio sull'utile del fornitore tra le ragioni che possono giustificare la scelta per l'affidamento *in house*; cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444; 23 febbraio 2021, n. 1596.

126 Si consideri che l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 55 ricomprende soggetti, quali le cooperative e soprattutto le imprese sociali, che difficilmente possono operare in perdita.

nalizzazione “di fatto” che si sta attualmente tentando di percorrere, non appaiono conformi ai limiti esterni e, più in generale, al ruolo istituzionale della giurisprudenza amministrativa.

Sezione II

Profili ricostruttivi dell'amministrazione condivisa

5. Ruolo e funzioni della co-progettazione c.d. realizzativa. Il regime dell'attività del Terzo settore

Nella prima sezione del lavoro sono state affrontate le principali questioni attinenti al rapporto tra diritto del Terzo settore e diritto dei contratti pubblici, ovvero uno degli aspetti che ha fin qui maggiormente frenato il ricorso agli strumenti di cui al Titolo VII del CTS. In linea con questa prospettiva di indagine, si è focalizzata l'attenzione su struttura e tratti caratterizzanti la co-progettazione, in particolare quella c.d. “realizzativa” che può rappresentare il punto di maggiore tensione tra i due sub-sistemi regolativi. In questa seconda sezione si procederà a un inquadramento teorico dell'istituto e delle ricadute sistematiche del suo utilizzo sull'agire amministrativo; nel far ciò si seguirà un approccio *induttivo*, che se per un verso tiene conto della predominante prospettiva datane a livello normativo e di diritto vivente (evitando quindi letture eccessivamente soggettivistiche), per l'altro si prefigge di rilevare eventuali incongruenze, tali da richiedere aggiustamenti discreti sul piano normativo e/o interpretativo.

Nella co-progettazione è senz'altro rinvenibile quel “tratto comune” a tutti gli strumenti di amministrazione condivisa, indicato in dottrina quale elemento discrezionale di questo nuovo modo di amministrare rispetto ai modelli tradizionali (in specie l'amministrazione consensuale e l'amministrazione secondo

il diritto privato)¹²⁷: si fa riferimento alla posizione del soggetto privato che, nell'esercizio della sua libertà solidale e in posizione paritaria con la p.a. (che non implica però identità dei ruoli¹²⁸), collabora e partecipa attivamente al perseguimento dell'interesse generale, apportando le proprie competenze, conoscenze, professionalità e risorse. Tuttavia, tra le plurime classificazioni cui si presta la co-progettazione (procedimento amministrativo, nuovo rapporto pubblico-privato, nuova forma di cittadinanza, etc.), l'analisi fin qui svolta consente di inquadrarla, pur con tutte le precisioni fatte, (anche) quale soluzione organizzativa di funzioni di prestazione e di servizi pubblici, alternativa rispetto alle soluzioni tradizionali, su tutte l'esternalizzazione e l'autoproduzione¹²⁹.

Questa conclusione non è scontata, ragione per cui nel prosieguo del lavoro si tenterà di suffragarla ulteriormente. Tuttavia, qualora la si condivida occorre confrontarsi con le conseguenze che da essa discendono. Invero, il fatto che nelle situazioni esaminate l'attività dell'ETS «s'iscriv(a) dentro a un modulo a responsabilità pubblica» suggerisce (e forse impone) di distinguere tale istituto da altri strumenti di amministrazione condivisa, quali ad esempio le forme di “cittadinanza attiva o praticata” (ad esempio i patti di collaborazione), di norma riguardanti attività sottese «a bisogni emersi nel tessuto sociale e che, tuttavia,

127 V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa*, cit., 21 ss., spec. 25 ove l'A. osserva come «la posizione del terzo non è più la posizione di colui che difende interessi propri, ma di colui che partecipa, collabora, nell'elaborazione, in concreto, dell'interesse generale (...) il suo interesse (non è più non è più) solo un interesse di natura economico-patrimoniale o comunque di difesa legittima di posizioni individuali (...) ma diventa un interesse che viene a coincidere con l'interesse la cui cura concreta sarebbe definizione di competenza dei pubblici poteri».

128 *Infra* par. successivo.

129 Tale inquadramento della co-progettazione, che trova già riscontri nel tenore letterale dell'art. 55 CTS («de amministrazioni pubbliche (...) nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5 (...)») e nella prassi amministrativa, pare ora confermata sia dall'art. 18 d.lgs. n. 201/2022 che, seppur con precisazioni svolte *supra*, *sub* nt. 80, sembra inquadrare la co-progettazione quale modalità di gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica; sia dal Codice dei contratti pubblici, tanto nel richiamare tali istituti tra i principi generali della materia, quanto nella misura in cui, nel delineare un rapporto di esclusione con il Codice del terzo settore, li configura quali strumenti alternativi per l'affidamento di servizi sociali. Una lettura differente, riferita all'art. 55 CTS, si rintraccia in E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico*, in *Amministrare*, 2, 2018, 254.

non risultano ancora considerati e tutelati dagli apparati pubblici nell'esercizio delle rispettive prerogative»¹³⁰.

Tale differenziazione funzionale tra co-progettazione e forme di “cittadinanza attiva o praticata” potrebbe innanzitutto fornire una giustificazione al più limitato ambito soggettivo di applicazione dell'art. 55 CTS (e quindi degli artt. 6 CCP e 18 d.lgs. n. 201/2022), che la stessa Corte costituzionale ha inteso in termini rigorosi¹³¹. Inoltre, e per quanto di maggior interesse ai nostri fini, essa appare foriera di ricadute in termini di regime giuridico cui è sottoposta l'attività del privato. Il tema, particolarmente complesso, si presta ad essere affrontato da prospettive diverse; una di queste suggerisce di prendere le mosse dall'art. 1 co. 1-*ter*, della l. n. 241/1990 e dai suoi confini applicativi, com'è noto oggetto di letture distinte.

Secondo alcuni Autori, che fanno propria una visione marcatamente obiettivata della funzione amministrativa, questa disposizione ricomprenderebbe anche le attività esercitate dai privati sulla base della loro autonoma iniziativa, indipendentemente da un momento di “preposizione” (sia esso costituito da un titolo legislativo, provvedimento o convenzionale)¹³². A ben vedere, questa posizione priverebbe di rilevanza la distinzione, sopra suggerita, tra le differenti forme di amministrazione condivisa, finendo per equiparare i relativi regimi giuridici. Si tratta tuttavia di una tesi che non trova significativi riscontri in giurisprudenza, minoritaria in dottrina e che risulta, peraltro, poco convincente sia sul piano teorico sia per le conseguenze che ne derivano¹³³. In questa sede, nell'ottica di prenderne le distanze, è sufficiente dar rilievo agli esiti che

130 Il corsivo è rispettivamente di F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2, 2016, 325-326 e E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Questa Rivista*, 2, 2019, 352-353.

131 Cfr. *supra sub* nt. 85.

132 Così P. DURET, *La giustizia nell'«amministrare». Riflessioni preliminari nel solco della sussidiarietà*, in *Jus*, 3, 2009, 549.

133 Rimane peraltro sempre attuale l'insegnamento di C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, cit., 92 che osserva come il mantenimento della separazione tra pubblico e privato è «indispensabile condizione di garanzia (costituzionale) per entrambi i protagonisti».

possono derivare da una lettura così estensiva dei confini operativi dell'art. 1, co. 1-*ter*, l. n. 241/1990. E invero tale lettura conduce a esiti analoghi alla tesi – anch'essa non persuasiva – del regime amministrativo quale “paradigma o statuto unitario” dell'agire delle pubbliche amministrazioni¹³⁴: estendendo ai soggetti privati che autonomamente perseguono l'interesse generale «il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni» in forza della l. n. 241/1990, si finisce per individuare un “regime pubblicistico minimo” cui, per evidenti ragioni di coerenza, si deve conformare anche l'agire dei soggetti pubblici quando operano *iure privatorum*. Diversamente, chi scrive ritiene che, in assenza di un regime speciale imposto *ex lege*, il rispetto dell'art. 97 Cost. – immanente anche all'attività di diritto privato della p.a. – non debba necessariamente inverarsi tramite le medesime garanzie previste dalla legge sul procedimento. Ragionando diversamente, infatti, si legittima quell'estensione del regime pubblicistico in via interpretativa che ha caratterizzato diversi settori dell'agire amministrativo (società pubbliche, responsabilità erariale, pubblico impiego, etc.); altrimenti detto, si finisce per sottrarre al legislatore, al di fuori dei “canali” consentiti dall'ordinamento, la possibilità di scegliere tra diritto pubblico e diritto privato e, in ultima istanza, di bilanciare imparzialità e buon andamento¹³⁵.

Sussistendo quindi diversi elementi che consentono di discostarsi dalla lettura più estensiva dell'ambito operativo dell'art. 1, co. 1-*ter*, non è necessario domandarsi se la suddetta previsione riguardi solo le funzioni *strictu sensu* amministrative (*i.e.* quelle destinate a concludersi con l'adozione di un provvedimento), ovvero anche i servizi pubblici¹³⁶: se, come si ritiene, molte esperienze con-

¹³⁴ V., per tutti, F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002, 95 ss.

¹³⁵ Si veda, in proposito, quanto rappresentato in E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., 19 ss.; ID., *Per una rilettura funzionale del rapporto in house: riflessi sul controllo analogo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2024, 157.

¹³⁶ Ritengono applicabile ai servizi pubblici l'art. 1, co. 1-*ter* R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 231; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 104 ss. Sul tema v. pure E.

crete di co-progettazione possono essere ricondotte alla categoria del “pubblico servizio” (comprensiva anche dei servizi sanitari e sociali), trova applicazione il relativo regime giuridico che dovrebbe presentare, in ogni caso, un’intensità pubblicistica maggiore rispetto al regime cui è sottoposta l’attività privata autonoma, anche quando questa è favorita e/o sussidiata da un soggetto pubblico *ex art. 118, co. 4 Cost.*¹³⁷.

Nello specifico, il *quid pluris* della disciplina del pubblico servizio va ravvisato nella *continuità* della sua erogazione e, quindi, nella *doverosità* delle prestazioni, entrambi connotati essenziali della categoria in quanto riflettono quella «responsabilità di risultato» nei confronti dei cittadini che è inerente al ruolo del soggetto pubblico¹³⁸ e che trova espressione nella valutazione politica «sull’esistenza del bisogno sociale» e nella conseguente «determinazione della misura dell’attività»¹³⁹. Di guisa che dalla scelta volontaria dell’ETS di far parte

ZAMPETTI, *Riflessioni*, cit., 345 ss. Più restrittiva è la posizione di A. MALTONI, *Condizioni che consentono di ‘equiparare’ un’organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell’esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell’organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici ‘essenziali’*, in *questa Rivista*, 1, 2020, 167. Si tratta di considerazioni che si intrecciano con il più generale discorso sul perimetro dell’organizzazione amministrativa su cui si vedano le riflessioni, a partire dal pensiero di Domenico Sorace, di M. MONTEDURO, *L’organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *questa Rivista*, n. 1/2020, p. 545 ss. Per completezza, va precisato che nella nozione di attività di interesse generale *ex art. 5 CTS* (e art. 118, co. 4 Cost.) non dovrebbero rientrare le funzioni amministrative in senso tecnico; cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. XII, 2004, 1 ss.; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 272. Sulla distinzione tra funzioni e servizi pubblici, G. CAIA, *Servizi pubblici*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2005, 131.

137 E. ZAMPETTI, *op. ult. cit.*, 358. La questione è affrontata pure da A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 81.

138 Il virgolettato è di G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, II, 2005, 1762 il cui pensiero è ripreso e sviluppato da P. DURET, *L’«amministrazione della società» e l’emersione del principio di sussidiarietà sociale*, in *Amministrare*, 2, 2018, 228 il quale osserva come Pastori abbia ben presente il «dato oscuro» della sussidiarietà, «il problema dell’invadenza del sociale», ovvero (...) della “resa totale al corporativismo o allo spontaneismo sociale” della “fungaia dei corpi sociali”, ma rintraccia l’antidoto nella prospettiva costituzionale dei diritti e quindi nella prospettiva della responsabilità che è al cuore della dinamica sussidiaria. Al sistema istituzionale rimarrebbe, quindi, una responsabilità «ultima, di chiusura e di garanzia».

139 Il virgolettato è ripreso da R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, 1993, 62 ss. spec. 68, ma v. pure ID., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, *Dir. amm.*, 2000, 1, 56. Sulla centralità della doverosità, quale elemento che «differenzia il servizio pubblico, il vero servizio pubblico, da un’attività anche oggettivamente analoga, ma che tale non possa essere considerata», è

di un sistema di prestazioni di servizi pubblici consegue il suo assoggettamento al relativo regime giuridico che va garantito anche in caso di ricorso allo strumento della co-progettazione¹⁴⁰. A ben vedere, doverosità e continuità sono principi inconciliabili con l'autonoma iniziativa degli ETS che, pur quando sussidiata da soggetti pubblici, rimane espressione di libertà e non perde la connotazione prettamente privatistica e i caratteri della spontaneità e dell'autonomia, anche con riguardo alle modalità di svolgimento dell'attività e alla decisione di interromperla¹⁴¹.

Da quanto appena osservato potrebbero ricavarsi ulteriori profili di differenziazione tra le diverse forme (o estrinsecazioni) dell'amministrazione condivisa.

Se si concorda sul fatto che il ricorso alla co-progettazione avvenga, almeno di norma, per l'organizzazione e l'erogazione di funzioni (di prestazione) e/o di servizi pubblici¹⁴², non può negarsi che in questi casi l'amministrazione debba pretendere dagli ETS garanzie di adeguatezza e idoneità nella sostanza equivalenti a quelle richieste ai prestatori privati nell'ambito dei tradizionali modelli di esternalizzazione di tali funzioni/servizi¹⁴³. I profili che dovrebbero rendere peculiare i rapporti di amministrazione condivisa (es. comune vocazione di p.a. e ETS al perseguimento di finalità di interesse generale, relazione di carat-

d'obbligo richiamare A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 4, 1994, 472.

140 Così D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del Terzo Settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 529 ss. spec. 533.

141 D. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 532; cfr. pure G. ARENA, *Amministrazione e società*, cit., 46.

142 Cfr. M. CLARICH, B. BOCHETTI, *Ai confini del terzo settore (e del suo diritto)*, in A. FICI, L. GALLO F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti*, cit. 99 secondo cui in quanto concorrono alla co-programmazione e co-progettazione di attività proprie delle p.a., gli ETS «mettono un piede» in un ambito squisitamente pubblicistico». Inoltre, gli Autori osservano come il diritto del Terzo settore sia un diritto ambivalente, in parte confliggente con la natura privatista degli ETS e con il loro essere espressione più alta della società civile; ciò vale soprattutto per la disciplina sui controlli che trova giustificazione nel *favor* loro riconosciuto dagli art. 55 ss. nella relazione con gli enti pubblici che «ha molto di pubblicistico» (103).

143 In questa prospettiva si spiega, ad esempio, l'applicazione (anche parziale) alla co-progettazione realizzativa della disciplina sui requisiti di partecipazione, generali e speciali, di cui al Codice dei contratti pubblici; cfr. Linee guida n. 72/2021 nonché le leggi regionali intervenute in materia. Sul punto v. pure l'art. 56, co. 3 CTS sui requisiti di cui devono esser in possesso organizzazioni di volontariato e APS per poter stipulare le convenzioni.

tere fiduciari/collaborativo, etc.) non possono certo tradursi in un arretramento di tutela per i cittadini e/o in un decremento qualitativo delle prestazioni sociali loro garantite dai poteri pubblici in attuazione degli artt. 2 e 3, co. 2 Cost.

In parte diverso è il discorso per l'attività autonoma degli ETS che non si inserisce in un modulo a responsabilità pubblica. In realtà, anche in questi casi l'attività del privato sociale – specie se favorita *ex* art. 118, co. 4 Cost., in particolare mediante elargizione di risorse pubbliche – deve conformarsi al principio di adeguatezza, con conseguente dovere di verifica da parte dei soggetti pubblici tramite appositi strumenti di controllo¹⁴⁴. Tuttavia, in questa seconda ipotesi i principi di ragionevolezza e proporzionalità, e in particolare l'esigenza di evitare un'eccessiva pubblicizzazione del settore *non profit* e di un'attività che rimane di titolarità privata, dovrebbero limitare l'incidenza sull'autonoma iniziativa dei privati; detto altrimenti, la garanzia di adeguatezza del servizio va rapportata e adattata alla natura, agli effetti, alla portata e alla continuità dell'azione svolta dal privato sociale sussidiato¹⁴⁵. Per riassumere, il principio di adeguatezza dovrebbe giustificare un differente grado di conformazione dell'attività dei privati a seconda che questa si inserisca, o meno, in un ambito squisitamente pubblicistico¹⁴⁶.

Un ragionamento non dissimile sembra potersi svolgere con riguardo al principio di imparzialità, in relazione soprattutto alle prestazioni di *carattere relazionale*, rivolte “al volto della persona”¹⁴⁷. Nelle ipotesi di “cittadinanza attiva o praticata” o comunque di attività autonoma del privato sociale finanziata e/o favorita dai soggetti pubblici, questo principio dovrebbe concretarsi in un do-

144 Sull'adeguatezza dell'attività dei sussidiati cfr. E. ZAMPETTI, *op. ult. cit.*, 358; V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 6. Da ultimo sul tema v. L.R. PERFETTI, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *questa Rivista*, 1, 2021, 41.

145 Così D. DONATI, *op. ult. cit.*, 347.

146 In termini simili a quanto avviene, ad esempio, nel settore sanitario.

147 Cfr. F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici* e V. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. econ.*, 1, 2004, rispet. 41 ss. e 95 ss.; V. BERLINGÒ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2012, 143 ss.

vere minimo di accessibilità e non discriminazione (per ragioni di genere, razza, orientamento sessuale, religione, età, etc.) che non dovrebbe ostare a una connotazione culturale, etica, ideologica, etc. dell'attività, risultando anzi tale connotazione coerente con istanze di libertà e di pluralismo. Diversamente, per i servizi alla persona erogati nell'ambito di moduli a responsabilità pubblica vengono in rilievo quelle criticità, ben rilevate in dottrina, del pluralismo realizzato mediante «mera giustapposizione» di “visioni” differenti: in queste situazioni, quindi, appare imprescindibile un più intenso grado di imparzialità, ovvero un servizio strutturalmente neutrale, non connotato da alcun orientamento¹⁴⁸.

Si ritiene opportuna una considerazione conclusiva.

Condivisibile o meno, l'inquadramento proposto della co-progettazione c.d. realizzativa quale soluzione organizzativa di funzioni e servizi pubblici è frutto dell'approccio induttivo seguito in questa ricerca, risultando perciò scervro da qualunque valenza assiologica o prescrittiva. Non si intende quindi porsi in contrapposizioni con quelle letture che, rifiutando il connubio *Welfare State*/garanzia dei diritti sociali, pongono l'attenzione sul fatto che questi ultimi possano trovare adeguata soddisfazione anche al di fuori di un sistema a responsabilità pubblica e, quindi, di un rapporto obbligato con i poteri pubblici¹⁴⁹. Si tratta di letture che non persuadono pienamente, specie se si conviene sul fatto che “la responsabilità di risultato” non può che rimanere in capo ai poteri pubblici: queste tesi, infatti, per un verso non sembrano chiarire fino in fondo come coordinare le iniziative autonome dei privati con il ruolo e attività comunque rimessi alle istituzioni pubbliche a garanzie della suddetta responsabili-

148 Come ben chiarito da A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007, 255 ss. da cui è ripreso il virgolettato. Sul punto si v. pure le considerazioni di F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 12 che mette in evidenza gli effetti limitativi sull'autonomia delle formazioni sociali derivanti dalle tesi della sussidiarietà sociale e dell'amministrazione obiettivata richiamate nei successivi paragrafi.

149 Per questa prospettiva v. G. PASTORI, *Diritti e servizi. Oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1081 ss. e G. BERTI, *Diritto e Stato: Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, 86 ss. e 122. V. pure L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, Cedam, 2001, *passim*, spec. 158 ss. e, da ultimo, E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali*, cit., *passim*.

tà¹⁵⁰; per altro verso rischiano di tradursi in un assiologico e generalizzato *favor* per soluzioni implicanti l'arretramento dell'intervento pubblico (nell'*an* o in relazione alle relative modalità), in termini non dissimili, nella sostanza, a quanto auspicato dai sostenitori dell'ideologia neoliberale. In ogni caso, non è obiettivo di questa ricerca prendere posizione in modo compiuto sull'argomento.

Né tantomeno si intende negare che lo stesso rapporto di co-progettazione possa svilupparsi al di là del servizio pubblico, svolgendo così ruoli/funzioni differenti¹⁵¹. Anzi, con riguardo a quest'ultimo profilo sembra possibile dar rilievo a un'ulteriore distinzione "interna" all'istituto della co-progettazione e alla sua disciplina, che porta a considerare l'art. 55 del CTS quale paradigma normativo *generale* di riferimento di uno strumento che può essere utilizzato sia all'esterno sia all'interno del servizio pubblico (in questa seconda ipotesi, nel rispetto delle indicazioni ricavabili dagli artt. 6 CCP e 18 d.lgs. n. 201/2022). All'obiezione secondo cui questa distinzione non trova (completo) riscontro nelle disposizioni esaminate¹⁵² si può rispondere che, in attesa della sua più nitida emersione sul piano normativo, anche regionale¹⁵³, essa potrebbe comunque essere presa in considerazione dalle amministrazioni pubbliche le quali, nell'esercizio sempre più frequente della loro l'autonomia organizzativa e regolamentare sul tema, ben potrebbero adeguare il quadro regolatorio alle differenti funzioni della co-progettazione¹⁵⁴.

150 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., 9.

151 V. E. CODINI, *op. ult. cit.*, 254 secondo cui «l'introduzione a livello legislativo del riferimento alla co-progettazione può essere un passo avanti lungo la via di un'adeguata regolazione del rapporto pubblico-privato nella tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico».

152 Cfr. art. 14 co. 2, l.r. Emilia Romagna n. 3/2023 che però sembra formulato nell'ottica di assicurare il rispetto della disciplina Ue in tema di aiuti di Stato.

153 Sul contributo delle Regioni nell'implementazione dell'amministrazione condivisa, cfr. G. CASILLI, *"Quello che resta da fare": l'apporto regionale nell'implementazione dell'amministrazione condivisa*, in M. BARONE, A. DE NICOLA, A. STEVANATO (a cura di), *Rivista Gruppo di Pisa, Atti della Undicesima Giornata annuale dei Dottorati del Gruppo di Pisa*, fasc. spec., n. 7, 2024, 101 ss.

154 Si condivide quanto sostenuto da G. MULAZZANI, *L'attualità del principio di sussidiarietà da mero principio statico a modello dinamico alla luce della legislazione e della giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 28/2023, p. 140 secondo cui l'apparente genericità dell'art. 55 CTS «in realtà disvela una precisa scelta di politica legislativa (di) riconoscimento dell'autonomia e delle competenze a livello regionale in relazione alle attività e servizi».

6. Amministrazione condivisa e sussidiarietà orizzontale

Per espressa previsione legislativa, co-programmazione e co-progettazione costituiscono attuazione, tra gli altri, del principio di sussidiarietà orizzontale. Tra le tante variegate ricostruzioni teoriche di questo principio “polisenso”¹⁵⁵, molte non si adattano a quanto in precedenza osservato sull'amministrazione condivisa e, nello specifico, sulla co-progettazione realizzativa. Per valorizzare tale legame, in linea con il metodo induttivo fin qui seguito, si seguirà un approccio *bottom up*, sintetizzabile nella seguente domanda: di quale sussidiarietà orizzontale (o, meglio, di quali corollari di tale principio) sono attuazione gli istituti esaminati?¹⁵⁶

Questo approccio obbliga a prender le mosse dall'inquadramento teorico dell'amministrazione condivisa fornito dalla dottrina più attenta che l'ha descritta quale nuovo strumento per (o modo di) fare amministrazione, diverso da quelli tradizionali poiché caratterizzato dalla collaborazione attiva del privato in tutte le fasi dell'agire amministrativo, ma rivolto al medesimo obiettivo di fondo indicato dall'art. 3, co. 2 Cost.¹⁵⁷; nuovo modo di amministrare che non comporta un arretramento del pubblico, né limita e circoscrive ruolo, prerogative, funzioni, strumenti e risorse dei pubblici poteri ma, al contrario, finisce

155 Sul rischio che la sussidiarietà orizzontale si trasformi in uno «slogan *bon à tour faire*», una sorta di uno “slogan” dall’ “elevato tasso di equivocità, di imprecisione e di ambivalenza», v. R. BIN, *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti privati*, in *Ist. feder.*, 1, 1999, 5 ss.

156 Sul principio di sussidiarietà orizzontale la letteratura è sterminata; oltre agli Autori citati in nota, si v. anche, senza pretesa di esaustività, T.E. FROSINI, voce *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. Annali II*, Giuffrè, Milano, 2008; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002; G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, 381 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001; G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2001; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.; L. VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, in G. VITTADINI (a cura di), *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Milano, Etaslibri, 1998, 58 ss. Da ultimo, sul rapporto tra sussidiarietà orizzontale e libertà di iniziativa economica, B. CELATI, *Sussidiarietà orizzontale e attività di rilevanza economica. Beni comuni, servizi pubblici locali e impresa*, in D. DONATI (a cura di), *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi*, cit., 311 ss.

157 G. ARENA, *Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 286 ss.

per espanderli e arricchirli¹⁵⁸. Un rapido confronto con la *dinamica* di co-progettazione e co-programmazione è sufficiente per confermare la bontà di queste considerazioni.

Nei casi di ricorso a tali istituti, le funzioni rimangono in capo ai soggetti pubblici, venendo condiviso con gli ETS solamente il loro svolgimento (analisi dei bisogni, individuazione delle risorse attivabili, elaborazione ed eventuale esecuzione dei progetti e dei servizi, etc.); peraltro, a differenza delle principali soluzioni di esternalizzazione, la co-progettazione consente alla p.a. di mantenere, oltre alla titolarità della funzione o del servizio, anche un ruolo esecutivo/gestionale (v. *supra*, par. 3). Ancora: dal punto di vista del “nuovo cittadino”, questi strumenti rappresentano, rispetto alla mera partecipazione procedimentale, un passo successivo nella prospettiva del rafforzamento dell'amministrazione paritaria, della libertà attiva e della demarchia¹⁵⁹; ciò non implica, tuttavia, alcuna confusione e/o parificazione dei ruoli tra le parti, rimanendo in capo all'autorità amministrativa la competenza e la responsabilità – formale e sostanziale – ad adottare la determinazione conclusiva dei relativi procedimenti. Parimenti rilevante è il fatto che il ricorso alla co-programmazione e alla co-progettazione è sempre frutto di una “scelta” del soggetto pubblico alla cui valutazione politico-discrezionale è rimessa la decisione di quale modello di amministrazione utilizzare, anche in base al tipo di funzione e al conte-

¹⁵⁸ Cfr. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti*, cit., 68 secondo cui con l'amministrazione condivisa le risorse dei cittadini (in termini di conoscenze, saperi, tempo, capacità) entrano nei sistemi pubblici in funzione servente e diventano una risorsa per amministrare; tutto ciò «non ha a che vedere con l'esternalizzazione di funzioni e servizi, ma presuppone modelli di governo co-gestiti della complessità sociale».

¹⁵⁹ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio Editori, 1994, *passim*. Ma v. pure ID., In re: *Stato del benessere V. benessere di Stato*, in *Dir. soc.*, 1, 1984, 11 ss. ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, V, 3825 ss. Le differenze tra amministrazione condivisa e partecipazione sono state *ab origine* delineate da G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., 45. Diversa al riguardo è la posizione di S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. ec.*, 3, 2021, 83 ss. secondo cui negli istituti di cui al Titolo VII CTS non ci sarebbe concreta co-gestione o co-esercizio della funzione, ma al più forme di partecipazione o comunque il contributo dei cittadini nella erogazione dei servizi.

sto in cui essa va esercitata¹⁶⁰; anzi, lungi dall'essere doveroso, il ricorso alla co-progettazione realizzativa richiede un *surplus* motivazionale circa l'idoneità della scelta alla produzione di esternalità obiettive e di valore sociale aggiunto (*supra*, par. 2.1. e 3).

È bene precisare che quanto osservato non trova alcuna deroga nei casi di co-programmazione o co-progettazione a istanza degli ETS¹⁶¹. In queste ipotesi, infatti, la p.a. non solo deve sottoporre le proposte programmatiche e/o progettuali dei privati alle medesime verifiche di opportunità e adeguatezza tecnica svolte nei casi di iniziativa d'ufficio; ma, in aggiunta, deve verificare la coerenza delle proposte con gli indirizzi politici e scelte programmatiche e, in caso di esito positivo di queste valutazioni, dovrebbe aggiornare strumenti e atti di pianificazione/programmazione, finendo così per estendere i confini dell'intervento pubblico.

Alla luce di questo breve *excursus* è possibile confrontarsi con alcune tassonomie sviluppate in dottrina sul principio di sussidiarietà orizzontale.

Prendendo le mosse dalla distinzione tra *dimensione costituzionale e amministrativa* della *sussidiarietà orizzontale*¹⁶², è indubbia la riconducibilità degli strumenti in esame alla seconda che, a differenza della prima, non pone pubblico e privato in posizione antinomica ma in un rapporto di integrazione: non si fa inve-

160 Sul punto G. Arena richiama gli studi di G. GUARINO, *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970, 6 ss. V. pure B. VIMERCATI, *Pubblica Amministrazione e Terzo Settore: un rapporto imprescindibile*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2, 2023, 15 secondo cui «(l)a PA, nella convivenza di molteplici moduli di interazione, viene lasciata libera di far agire la propria discrezionalità nella scelta di quale tipo di strumentario accogliere», venendo così «sollecitata a riflettere altresì su quale ruolo ritenga necessario di volta in volta assumere». Sembra invece ravvisare un dovere della p.a. di mettere a disposizione degli ETS le proprie strutture specializzate quando i cittadini scelgono autonomamente di attivarsi per contribuire a risolvere problemi di interesse generale M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 120; si tratta però di una notazione non specificatamente riferita agli istituti in esame.

161 Sull'ammissibilità di co-programmazione e co-progettazione ad iniziativa di parte, pur in assenza di riferimenti legislativi, v. L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urb. app.*, 1, 2022, 25 ss.

162 I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003, 41 ss.

ro questione della titolarità delle funzioni e dei compiti amministrativi, ma delle modalità attraverso cui questi devono essere esercitati, richiedendo che siano «preferite tutte le forme di partecipazione degli amministrati nell'organizzazione e nell'esercizio delle funzioni amministrative» così da «allargare la dimensione comunitaria e la legittimazione democratica dei poteri pubblici al di fuori del circuito politico rappresentativo»¹⁶³.

Sempre nell'ottica di “affinare” il rapporto tra sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa, possono richiamarsi gli Autori che hanno distinto l'accezione *positiva* o *cooperativa* del principio, cui va ricondotta l'amministrazione condivisa, da differenti declinazioni teoriche dello stesso (*sussidiarietà negativa* o *economica* e *sussidiarietà sociale*), tra loro differenti per matrici culturali, esiti sperati e interessi perseguiti, ma unite dalla comune aspirazione a un arretramento del pubblico (quantomeno soggettivamente inteso) a favore del paradigma dello Stato sussidiario¹⁶⁴.

La distanza con la sussidiarietà economica di matrice liberale emerge già da quanto sopra osservato, non essendovi traccia nell'amministrazione condivisa di quel “dovere di astensione” da parte dei pubblici poteri che rappresenta il “nucleo duro” di questa accezione di sussidiarietà orizzontale. Più nel dettaglio, l'affermarsi dell'amministrazione condivisa non subordina l'intervento pubblico a una previa verifica sul fallimento del mercato, anzi finisce per ampliarlo; allo stesso modo, non favorisce soluzioni di liberalizzazione economica e/o di esternalizzazione di funzioni e servizi pubblici ma, al contrario, offre alle p.a. una soluzione organizzativa aggiuntiva, per certi versi alternativa al ricorso al

163 Così I. MASSA PINTO, *op. utl. cit.*, 44, 51, 62 e 135 con riferimento alla c.d. “sussidiarietà orizzontale amministrativa”. L'Autrice richiama l'espressione di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze-Antella, Passigli Editore, 1997 dello «Stato osmotico», caratterizzato da un doppio circuito rappresentativo: «uno elettorale-partitico e uno non elettorale di parti sociali e gruppi di interesse».

164 F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà*, cit., *passim*, spec. 7, 13 e 33. Questa impostazione è stata da ultimo ripresa da N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice*, cit., 826-831. Sulle differenze tra la notazione di sussidiarietà orizzontale offerta dal pensiero cattolico e dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica, cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 57 ss.

mercato. A ben vedere, questa differenza trova concretizzazione nel d.lgs. n. 201/2022 in tema di riordino dei servizi pubblici locali, ove si rinvencono entrambe le accezioni della sussidiarietà orizzontale: quella *cooperativa* all'art. 18 sul partenariato con gli ETS e quella *economica* che trova espressione negli artt. 10 e 12 che, nel disciplinare il momento dell'istituzione del servizio pubblico, subordinano l'intervento pubblico diretto a una verifica sulla inadeguatezza del mercato a soddisfare i bisogni degli utenti, così come definiti dall'ente locale.

6.1. Amministrazione condivisa, sussidiarietà sociale e amministrazione obbiettivata

Più articolato è il rapporto tra gli strumenti di amministrazione condivisa in esame e l'accezione *sociale* della sussidiarietà orizzontale che trova il suo fondamento nella dottrina sociale della Chiesa e nei principi di solidarietà e pluralismo sociale e che si caratterizza per il sommarsi, alla componente *negativa* (la non ingerenza dei soggetti pubblici in attività che possono essere svolte dai privati), di una componente positiva consistente nel dovere di intervento dei pubblici poteri per sostenere e supportare l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati¹⁶⁵. Si tratta infatti di un rapporto non configurabile in termini di reciproca esclusione, alternandosi tratti comuni ed elementi di estraneità. Ciò vale, a maggior ragione, in virtù del fatto che questa accezione sociale della sussidiarietà orizzontale si è legata, nella dottrina italiana, alla nozione obbiettivata di amministrazione quale esito della transizione, a partire dalla Carta costituzionale, da una concezione soggettivo-istituzionale a una concezione oggettivo-funzionale.

Secondo questa tesi l'amministrazione non è concentrata nelle sole strutture pubbliche, ma sarebbe diffusa nella società con la conseguenza che la qualità di pubblico non indicherebbe l'aspetto formale della titolarità di una determinazione funziona in capo a un soggetto pubblico, bensì il suo essere rivolto

165 A. ALBANESE, *op. ult. cit.*, 66.

ad obiettivi pubblici in quanto riferiti alla collettività e alla realtà sociale¹⁶⁶. L'oggettivizzazione si estende, quindi, al concetto di interesse pubblico che perderebbe ogni connotazione soggettivistica, sia nel senso che non può più essere inteso quale interesse delle istituzioni di governo («*ministerial interest*») dovendo essere necessariamente riferito alla collettività («*public interest*»)¹⁶⁷, sia nel senso che le «sue finalità sono indicate in Costituzione e non definite dall'autorità, di volta in volta, riempiendo di contenuto la clausola generale dell'interesse pubblico»¹⁶⁸. Inoltre, secondo questa visione l'integrazione dei soggetti privati nell'azione dei pubblici poteri presenterebbe tratti di doverosità che impedirebbero di considerare solo eventuale o sussidiario il concorso dei privati, dovendo il soggetto pubblico operare in funzione sussidiaria rispetto ai privati (e non il contrario)¹⁶⁹.

Già quest'ultimo aspetto denota la divergenza di queste tesi rispetto alla disciplina e agli istituti esaminati, nei quali il coinvolgimento attivo dei privati

166 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit.; ID., *Aspetti di diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrazione in cammino*, 2007. Per una completa ricognizione dei principali Autori che, con diverse declinazioni, hanno seguito un'impostazione volta alla tendenziale oggettivizzazione dell'amministrazione, si v. da ultimo A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, n. 17/2024, 39 ss. e ID., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, 243 ss. In questa sede ci si limita a segnalare i fondamentali lavori di F. BENVENUTI (tra cui *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, II, 1117, ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., 3467 ss.; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici*, XLIX 1978-1979, III, Milano, Giuffrè, 1980, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., 3583 ss.) e G. BERTI (tra cui *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968 e ID., *Amministrazione e Costituzione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti XXXIX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 16-18 settembre 1993, Milano, Giuffrè, 1995, 11 ss.). Come noto, l'impostazione oggettivistica è stata ripresa da un filone dottrinale che ha messo la persona umana al centro dell'organizzazione pubblica; cfr. L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa Rivista, 1, 2019, 8 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299 ss.

167 G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati tra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, 1305 ss.

168 Così L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, 15.

169 G. PASTORI, *op. ult. cit.*, 1760-62.

non presenta alcun tratto di doverosità, rimanendo sempre rimesso alla scelta del soggetto pubblico il ricorso a questo modello. E invero l'amministrazione condivisa non contende agli enti pubblici né la titolarità né l'esercizio dei compiti pubblici¹⁷⁰, ma si limita a offrire loro uno strumento ulteriore per la realizzazione di tali compiti¹⁷¹; né presuppone quella tendenziale parificazione tra strutture pubbliche e strutture private, e quindi tra amministrazione professionale e amministrazione a titolo volontario¹⁷², che, se ben si è inteso, è parte integrante dell'idea di un'amministrazione oggettivata, diffusa nella società.

Anche le caratteristiche e la natura della scelta in merito al ricorso all'amministrazione condivisa, che le Linee guida ministeriali n. 72/2021 definiscono «conseguenza di un'opzione politica della p.a.», non sembra allo stato attuale corrispondere a una visione del tutto obiettivata dell'amministrazione e, più in generale, del potere pubblico. Così come non c'è nulla di oggettivo nell'apprezzamento politico sull'esistenza di un bisogno nella collettività¹⁷³, allo stesso modo anche la scelta sullo strumento tramite cui soddisfare tali bisogni presenta una valenza politico-valoriale che non può essere disconosciuta. Si ritiene, per vero, che l'opzione tra amministrazione condivisa e altri modelli di amministrazione implichi, ancor più delle scelte tradizionali (es. tra esternalizzazione e autoproduzione, tra partenariato istituzionalizzato e contrattuale), significativi margini di soggettività: non solo la numerosità e la complessità degli elementi da considerare (dati fattuali e giuridici, interessi, etc.) è tale da rendere

170 Non si condivide, quindi, la posizione di B. GILBERTI, *commento sub art. 6*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2023 che, nel commentare l'art. 6 CCP, osserva come a seguito dell'introduzione di tale previsione «potrebbe derivare la profonda limitazione dei compiti pubblici alla sola disciplina dell'attività dei privati e dovere di intervento nei casi in cui dall'autonoma organizzazione della società non consegua l'interesse generale».

171 Come osservato da A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, cit., 192, l'amministrazione condivisa costituisce una risorsa «che non si limita ad aggiungere qualcosa all'amministrazione dell'interesse collettivo, né può o devo sostituire l'istituzione (responsabile), ma può trasformarla, migliorarla, espanderla, arricchirla».

172 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 18-19.

173 Apprezzamento ovviamente propedeutico alla decisione sull'intervento pubblico e quindi sullo spazio da lasciare ai privati; quanto osservato nel testo è ben chiarito da F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., 24.

dilatati e tra loro difficilmente scindibili i margini di opinabilità e opportunità di tali valutazioni; ma, inoltre, non pare revocabile in dubbio come questa opzione risulti fisiologicamente condizionata dalle differenti scelte di indirizzo politico¹⁷⁴. Risulterebbe quindi artificioso neutralizzare l'apporto soggettivo dell'autorità decidente, negando completamente un ruolo "costruttivo" e proattivo al soggetto democraticamente legittimato nella scelta e nella ponderazione tra i valori e gli interessi in conflitto, asserendo invece l'esistenza di una scelta valoriale già compiutamente svolta che va semplicemente ricavata o estrapolata dall'ordinamento giuridico e/o dai valori costituzionali¹⁷⁵.

Come anticipato, tuttavia, la sussidiarietà sociale e la sussidiarietà cooperativa non costituiscono due rette parallele prive di punti di contatto, potendosi ravvisare nella co-programmazione e nella co-progettazione diversi elementi in comune con la visione obiettivata dell'amministrazione e del potere pubblico, a partire dal superamento del modello bipolare e dell'approccio dicotomico tra i soggetti pubblici, cui spetterebbe l'esclusiva nel perseguimento dell'interesse generale, e quelli privati mossi sempre da interessi lucrati o, comunque, da fini egoistici. Ancora, pur non presupponendo una completa perdita di rilevanza dei profili soggettivo-istituzionali e la conseguente parificazione tra enti pubblici e privati, l'amministrazione condivisa implica certamente la «diffusione della funzione nei nervi e nei gangli della società civile», come pure una tendenziale immedesimazione funzionale degli ETS nell'esercizio (non nella titolarità) di alcune funzioni¹⁷⁶, nonché quel passaggio da un sistema fondato sulle "competenze" a uno basato sui "compiti" richiamato tra i tratti caratterizzanti di un

174 Sul rapporto politica-amministrazione v., da ultimo, E. N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2020; F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 109 ss.

175 Così A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive*, cit., 251 e ID., *Considerazioni generali*, cit., 42, in linea con le considerazioni di A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. Univ. Messina*, 1981, 435 ss. spec.

176 Così P. DURET, *L'amministrazione della società*, cit., 223, riprendendo il pensiero di G. Pastori.

modello obiettivato di amministrazione, alla luce della parabola indotta dalla sussidiarietà sociale¹⁷⁷.

D'altronde, affini sono gli obiettivi di fondo e le criticità cui i principi, le nozioni e gli istituti in esame intendono dare risposta: l'insostenibilità del tradizionale modello di *Welfare State* (legata alle sue disfunzioni ma anche all'evoluzione dei bisogni, che le amministrazioni pubbliche non riescono più ad intercettare prima ancora che a soddisfare), la crisi della legalità-indirizzo (stante l'inidoneità della legge a individuare, ordinare e graduare obiettivi e mezzi) e, più in generale, della democrazia rappresentativa: al pari della concezione oggettivata di amministrazione, anche il modello dell'amministrazione condivisa contribuisce a compensare l'inidoneità delle procedure elettorali e della rappresentanza politica nel garantire una effettiva legittimazione democratica del potere pubblico¹⁷⁸.

Una precisazione conclusiva va infine riservata a quanto sopra osservato circa natura e caratteristiche delle scelte che il ricorso alla co-programmazione e alla co-progettazione pone ai soggetti pubblici. Per un verso, in quanto soluzione organizzativa ulteriore rispetto a quelle tradizionali, l'amministrazione condivisa finisce per accrescere il peso e l'effettività del loro potere di autorganizzazione e, quindi, per ampliare lo spazio per un apporto originale e soggettivo dell'autorità decidente nel confronto e nella scelta tra i diversi modelli. Per altro verso, questo potere di autorganizzazione e il suo esercizio sono stati interessati

177 P. DURET, *La giustizia nell'«amministrare»*, cit., 558 che svolge interessanti considerazioni sul legame tra sussidiarietà orizzontale e amministrazione di risultato (legame che emerge anche dalla sua natura di principio procedurale, non sostanziale, ben chiarita da G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 12 ss.). Sulle ricadute sull'organizzazione amministrativa del riconoscimento del ruolo attivo del privato, v. M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Ist. fed.*, 3, 2022, 573.

178 Per tutti, G. BERTI, *Diritto e Stato*, cit., *passim*; ID., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992m 3 ss.; ID., *Principi del diritto e sussidiarietà*, cit., 381 ss. Da ultimo cfr. C. NAPOLITANO, *L'amministrazione condivisa: note sparse su co-progettazione ed enti del Terzo Settore* in E. ZAMPETTI, A. CARBONE, F. APERIO BELLA (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo*, Roma, RomaTre-Press, 2020, p. 282 secondo cui l'art. 118, co. 4 Cost. costituirebbe una «norma vivificatrice del sistema dei rapporti Stato-società che può rispondere alle insufficienze del sistema democratico».

da un progressivo processo di obiettivizzazione di cui sono espressione gli oneri motivazionali previsti dalle normative esaminate, inclusa la subordinazione del ricorso alla co-progettazione realizzativa, alla produzione di esternalità positive e di valore pubblico e più in generale, alla logica del risultato amministrativo nei termini sopra illustrati (cfr. par. 1.1, 2.1 e 3, lett. d). Per quanto ampie e flessibili restino le valutazioni e le ponderazioni inerenti all'esercizio di tale potere, e per quanto restino numerosi e variegati i criteri, i parametri e gli elementi da considerare¹⁷⁹, si è assistito a una loro progressiva precisazione e puntualizzazione (con conseguente gerarchizzazione), così da ancorarli in termini sempre più stringenti ai bisogni sociali e alle finalità indicate in Costituzione. Un percorso che, anche per le ricadute in termini di maggiore effettività e intensità del sindacato giurisdizionale, risulta del tutto coerente con le finalità dell'oggettivizzazione dell'amministrazione.

7. Notazioni conclusive e ulteriori prospettive di indagine

Le ultime considerazioni consentono pure di giustificare la struttura di questo lavoro, nello specifico l'aver dedicato all'*in house providing* e alla cooperazione pubblico-pubblico i primi paragrafi di una ricerca incentrata sull'amministrazione condivisa e sulla co-progettazione realizzativa. Si tratta di una soluzione coerente con la più volte richiamata necessità di seguire approcci gradualistici nell'inquadrare il rapporto tra diritto dei contratti pubblici e diritto del Terzo settore, considerando anche il Titolo VII del CTS alla luce delle categorie e delle nozioni di matrice europea. Vero è che co-programmazione e co-progettazione hanno una matrice domestica ma, come si è cercato di chiarire nella prima sezione del contributo, l'ordinamento sovranazionale finisce, seppur indirettamente, per conformarne contenuto e disciplina, nella misura in cui ha

¹⁷⁹ Sulla natura discrezionale (non politica) di tali scelte v. E. FIDELBO, *L'affidamento dei servizi di interesse generale agli enti del Terzo settore*, in *Labsus.org*, 1 ottobre 2021, prendendo le mosse da TAR Campania, Salerno, 19 gennaio 2021, n. 158. Da ultimo v. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 1° ottobre 2024, n. 2533 che considera tale scelta connotata da una «amplissima discrezionalità».

l'ultima parola sulle “questioni di confine”. L'iniziale confronto con l'*in house providing* e la cooperazione pubblico-pubblico è risultato pertanto funzionale a introdurre un quadro metodologico, concettuale e nozionistico che si ritiene rilevante anche per gli istituti di cui all'art. 6 CCP.

In questa prospettiva si sono prese le distanze da quelle posizioni che intendono in termini netti ed assoluti il rapporto di esclusione tra diritto del Terzo settore e diritto dei contratti pubblici. Si può in aggiunta osservare come tali approcci appaiano poco rispettosi della “natura delle cose” nonché forieri di conseguenze sistemiche poco commendevoli.

Si ritiene invero a tratti artificiosa e non rispondente al vero la rigida separazione – “costruita” anche per il tramite di meticolose distinzioni nominalistiche (*supra*, par. 2.1 e 3) – tra l'universo dei contratti pubblici, incentrato su scambi utilitaristici e sinallagmatici e dominato dal principio di libera concorrenza; e un distinto universo, quello del Terzo settore, ove il principio di concorrenza lascia posto ai principi di imparzialità e parità di trattamento, che si reggerebbe esclusivamente sui principi di solidarietà sociale e sussidiarietà orizzontale come pure su rapporti privi di sinallagmaticità, non riconducibili al paradigma bipolare¹⁸⁰.

A tal proposito, si è già osservato come le convenzioni di cui agli artt. 56 e 57 CTS rientrino pienamente nella nozione europea di appalto pubblico, pur caratterizzandosi per un “arretramento” delle regole Ue per ragioni di interesse generale e solidarietà sociale; il tutto, a ben vedere, in termini non dissimili da quanto avviene per diversi istituti che costituiscono parte integrante del diritto

180 Tale approccio trova riscontro anche nel d.m. n. 72/2021 ove si afferma che la scelta tra la amministrazione condivisa e i modelli tradizionali costituisce la «conseguenza di un'opzione politica propria della P.A., tesa a valorizzare il principio della tutela della concorrenza degli operatori economici all'interno di un mercato pubblico regolato o, in alternativa, il principio di sussidiarietà orizzontale, unitamente ai principi dell'evidenza pubblica, propria dei procedimenti amministrativi». Di questo passaggio non convince nemmeno il fatto che si attribuisce valenza finalistica, considerandoli come l'obiettivo della scelta politica, a un “strumento” (la concorrenza) nonché a un principio procedurale (cfr. *supra* sub nt. 177) quale è la sussidiarietà orizzontale. Sul superamento del paradigma bipolare v. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601 ss.

dei contratti pubblici (contratti riservati, appalti riservati, affidamenti di servizi sociali). Ma è soprattutto la raffigurazione di tale disciplina quale luogo caratterizzato dal dominio del principio di libera concorrenza a non convincere: a prescindere dalle più recenti indicazioni del legislatore nazionale (nel senso della «demitizzazione» della concorrenza e del suo ruolo strumentale al risultato amministrativo), rileva in tal senso la riconducibilità delle dinamiche concorrenziali promosse dalle direttive Ue sui *public procurement* alla garanzia delle libertà di circolazione e principi da queste derivanti di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. A ben vedere, si tratta nella sostanza degli stessi principi che vanno rispettati nei rapporti tra p.a. e ETS ai sensi del Titolo VII CTS¹⁸¹.

Con tale considerazione non si intende certo negare o sminuire le differenze tra una procedura di affidamento di un appalto di lavori o di servizi sopra soglia nei settori ordinari e una procedura aperta riguardante l'affidamento al volontariato o alle APS di una convenzione *ex art. 56 CTS*; tali differenze attingono non solo al piano delle regole dell'evidenza pubblica e della loro pregnanza e rigidità ma, prima ancora, a quello dei principi: si pensi, in via esemplificativa, al diverso peso rivestito dal principio di proporzionalità nella seconda situazione ove, peraltro, assume un ruolo marginale (se non irrilevante) l'obiettivo del *favor participationis*. Tutto ciò, tuttavia, non sembra giustificare la suddetta (rigida) separazione tra diritto dei contratti pubblici e del Terzo settore che trova riflesso nella distinzione – proposta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018 e poi ampiamente ripresa in dottrina e giurisprudenza – tra due differenti tipologie di evidenza pubblica: incentrata l'una sul principio di libera concorrenza di cui alle direttive Ue e al CCP, l'altra sul mero principio di parità di trattamento, o al più «sul principio interno di concorsualità», rintracciabile nelle procedure comparative previste dal CTS in conformità all'art. 12, l. n. 241/1990. Il tema, certamente delicato, merita analisi ulteriori e più approfondite, risultando qui solamente possibile riferirsi a un paradosso cui conduce tale

181 Si è avuto modo di soffermarsi su tali profili nei contributi citati *supra sub* nt. 25.

distinzione: essa finisce per ravvisare una differenza ontologica tra regimi di evidenza pubblica – ad esempio, quello “alleggerito” previsto dalle direttive Ue per l’affidamento di servizi sociali da un lato e quello di cui al Titolo VII del CTS dall’altro – che sembrano invece assimilabili tanto nei principi fondanti quanto nelle regole. Non vi è la possibilità di indugiare oltre sul punto, ma quanto osservato sembra sufficiente a mettere in discussione il carattere assoluto di tale distinzione e, più in generale, la possibilità di trarre dalla analiticità e dalla rigidità delle regole procedurali di affidamento differenze valoriali e assiologiche¹⁸².

Va poi evidenziato come tale distinzione (tra universo della concorrenza e universo della solidarietà, tra evidenza pubblica concorrenziale ed evidenza pubblica concorsuale) finisca per riproporre visioni fortemente dicotomiche e conflittuali del rapporto tra solidarietà e concorrenza, proprio in una fase storica in cui anche la regolazione europea dei *public procurement* ha ormai stabilmente intrapreso strade differenti, caratterizzate da visioni più armoniche incentrate sul concorso e la coesistenza di tali valori. Non pare casuale, del resto, che tali visioni dicotomiche abbiamo trovato diffusione *bipartisan* (sia tra i fautori della libera concorrenza sia tra “gli amici del terzo settore”), in un momento peculiare, caratterizzato da un aspro dibattito riguardante la compatibilità con il diritto Ue del Titolo VII del CTS e, quindi, la stessa “ammissibilità” dell’amministrazione condivisa.

Una volta che questo nuovo modello di amministrazione è in fase di stabilizzazione (pur con gli ostacoli e le reticenze esaminate nella prima sezione del lavoro) sembra giunto il momento per “deporre l’ascia di guerra” e seguire

182 Conferme di quanto si sostiene sembrano rintracciarsi in Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2024, n. 6826 e, da ultimo, in Tar Lombardia, n. 2533/2024, cit. Con riguardo alla seconda pronuncia, seppur il giudice lombardo non si discosti da una concezione rigida della separazione tra contratti pubblici e co-progettazione (e quindi tra procedure competitive e procedure collaborative), gli esiti della sentenza sembrano confermare la tesi sostenuta nel testo, facendo emergere come i punti di contatto tra le procedure ad evidenza pubblica relative ai due modelli siano inevitabili e significativi (sul punto v. il commento di A. CRISMANI, *Co-progettazione vs. appalti*, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2024, spec. par. 6).

visioni più concilianti che, ad avviso di scrive, dovrebbero portare a ridurre la distanza tra questi due settori regolativi, se non proprio a favorire soluzione di integrazione e ibridazione; anche in questa prospettiva va intesa la seconda sezione dello scritto che rappresenta un tentativo di ricostruzione dell'amministrazione condivisa coerente con la sua funzione di modalità ordinaria dell'agire pubblico.

D'altronde, sarebbe strano il contrario se si crede nell'amministrazione condivisa quale nuova modalità per rispondere ai bisogni sociali e inverare l'art. 3, co. 2 Cost., soprattutto in questa fase storica in cui ha trovato stabilizzazione la funzione "sociale" e "di governo" dei contratti pubblici, sempre più considerati quale strumento per la creazione di valore pubblico/sociale¹⁸³, incluso il sostegno all'economia sociale¹⁸⁴.

In questa prospettiva, non pare azzardato aggiungere che la concorrenza da un lato e la solidarietà e la sussidiarietà orizzontale dall'altro presentano una dimensione strumentale che, se oltremodo enfatizza, rischia di lasciare sullo sfondo la comune funzione dei contratti pubblici e dell'amministrazione condivisa. Certamente la peculiare posizione del privato e dell'interesse da lui perseguito¹⁸⁵ e la natura collaborativa dei rapporti di amministrazione condivisa non risultano neutri, incidendo sul modo in cui si perseguono gli interessi pubblici/generali e, quindi, sui risultati dell'agire amministrativo. Va tuttavia considerato che, per un verso, la lettura armonizzante che si propone non intende obliterare le differenze tra questi due modelli di amministrazione: si è invero precisato come essa vada considerata dalla pubblica amministrazione per scegliere, nell'esercizio del suo potere di autorganizzazione, lo strumento più adatto alla luce dei bisogni, dell'attività e delle caratteristiche rilevanti nel caso concreto. Per altro verso, non si può pensare a tale differenza come ad un ele-

183 Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

184 E invero dai documenti citati sub nt. 75 emerge come secondo le Istituzioni Ue la promozione dell'economia sociale debba avvenire "per il tramite" degli appalti pubblici.

185 Cfr. la dottrina citata *sub* nt. 127

mento dato, astratto e sempre immutabile: lo stesso paradigma collaborativo e le connesse istanze di flessibilità, d'altronde, lungi dall'essere prerogativa esclusiva dei rapporti tra p.a. e gli ETS, stanno trovando sempre maggiore spazio nell'ambito dell'attività contrattuale della p.a., come denotano l'importanza riconosciuta al principio della fiducia dal nuovo Codice dei contratti pubblici e, da ultimo, la possibile positivizzazione dell'accordo collaborativo da parte del decreto correttivo che modificherà il d.gs. n. 36/2023¹⁸⁶.

¹⁸⁶ E invero, nel testo approvato dal consiglio dei Ministri del "Correttivo 2025 - Codice dei contratti", si prevede l'introduzione, tramite l'art. 82-bis, dell'istituto dell'«Accordo di collaborazione» che consente alle p.a. di inserire nei documenti di gara «lo schema di un accordo di collaborazione plurilaterale con il quale le parti (...) disciplinano le forme, le modalità e gli obiettivi della reciproca collaborazione al fine di perseguire il principio del risultato di cui all'articolo 1, mediante la definizione di meccanismi di esame contestuale degli interessi pubblici e privati coinvolti finalizzati alla prevenzione e riduzione dei rischi e alla risoluzione delle controversie». Sul punto va però segnalato il giudizio negativo del Consiglio di Stato che, nel parere del 2 dicembre 2024, n. 1463, ha suggerito di eliminare tale previsione. In dottrina sul tema cfr. S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi nel settore pubblici: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, in *Dir. ec.*, 2, 2019, 255 ss.; ID., *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019. Da ultimo sul principio di collaborazione tra p.a. e privati, v. M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, 651 ss., spec. 663 ss.

FABIO SAITTA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza,
Economia e Sociologia dell'Università *Magna Graecia* di Catanzaro
fsaitta@unicz.it

LA CONTINUITÀ DEI REQUISITI TRA PROCEDURA DI GARA E FASE ESECUTIVA

CONTINUITY REQUIREMENTS BETWEEN TENDERING PROCEDURE AND EXECUTION PHASE

SINTESI

Il saggio* intende indagare sul fondamento normativo del principio secondo cui i requisiti, generali e speciali, di partecipazione alle gare devono essere ininterrottamente posseduti dagli operatori economici dal momento della presentazione delle offerte fino al completamento dell'esecuzione del contratto. La fonte di tale principio è unanimemente individuata in svariate decisioni dell'Adunanza Plenaria, il cui *dictum* sarebbe stato recepito dal legislatore in una disposizione del codice dei contratti pubblici del 2016, poi riprodotta nel codice attualmente vigente. La prima ricaduta del principio di continuità nel possesso dei requisiti è, *de plano*, che il fatto che durante la procedura di gara esista un momento in cui l'amministrazione deve verificare la sussistenza effettiva dei requisiti dichiarati dal concorrente, non esclude che la prima debba e possa continuare l'indagine anche in altre fasi del procedimento, visto che in qualsiasi momento dello stesso deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione. La giurisprudenza, in realtà, va ben oltre, affermando che la stazione appaltante può verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati persino durante il rapporto negoziale: in questo senso, dunque, per ciò che concerne la perenne assoggettabilità alla verifica dei requisiti di partecipazione, la posizione dell'aggiudicatario e quella del contraente non si distinguerebbero da quella degli altri concorrenti poiché tutti sarebbero sempre soggetti alla predet-

* Testo, rielaborato e aggiornato, della relazione svolta al Convegno su: «Concorrenza e politiche sociali nella nuova contrattualistica pubblica per principi» - Napoli, 7 giugno 2024.

ta verifica nel corso delle fasi che li riguardano. Nella parte conclusiva del saggio, si spiega perché una così lapidaria affermazione suscita invero qualche perplessità.

ABSTRACT

The paper aims to investigate the legal basis of the principle that tender requirements, general and special, must be held by the economic operators without interruption from the time of submission of bids until completion of the execution of the contract. The source of this principle is unanimously identified in several decisions of the Plenary Assembly, whose dictum would have been incorporated by the legislator in a provision of the 2016 public procurement code, then reproduced in the currently applicable code. The first implication of the principle of continuity in the fulfilment of requirements is that the fact that during the tender procedure there is a moment when the administration must verify the actual existence of the declared requirements by the competitor, does not exclude that the former should and can continue the investigation also in other stages of the procedure, since at any time of it the constant possession of these admission requirements must be required. The case law goes much further, stating that the contracting entity can verify whether the requirements declared are actually met even during the execution phase: in this sense, the position of the successful tenderer and that of the contractor would not differ from that of the other competitors since all would always be subject to this verification during the stages. In the concluding part of the essay, it is explained why such a lapidary statement does indeed cause some perplexity.

PAROLE CHIAVE: requisiti, continuità, gara, esecuzione

KEYWORDS: requirements, continuity, tendering, execution

INDICE: 1. Il c.d. «principio di continuità nel possesso dei requisiti» e il suo fondamento normativo. – 2. La continuità dei requisiti nell'elaborazione giurisprudenziale: *a)* le prime decisioni dell'Adunanza Plenaria. – 3. *Segue: b)* le (poche) pronunce precedenti. – 4. *Segue: c)* le (tantissime) pronunce successive (raggruppate per tipologie di requisiti e/o di concorrenti). – 5. L'ambito applicativo del principio di continuità e le relative deroghe in ossequio al canone di proporzionalità. – 6. Continuità dei requisiti ed esecuzione del contratto. – 7. Rilievi critici e spunti ricostruttivi: per la rilettura (o, meglio ancora, riscrittura) di un principio oggetto di eccessive generalizzazioni.

1. Il c.d. «principio di continuità nel possesso dei requisiti» e il suo fondamento normativo

In un recentissimo manuale di diritto dei contratti pubblici, prima di entrare nel merito della disciplina codicistica in materia di requisiti, generali e speciali, di partecipazione alle gare, si premette che i requisiti stessi «devono essere ininterrottamente posseduti dagli operatori economici dal momento della presentazione delle offerte fino al completamento dell'esecuzione del contratto»; ciò – si spiega – «[i]n virtù del c.d. principio di continuità del possesso dei requisiti», in base al quale, «nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. [...] L'assenza, anche solo temporanea, dei requisiti rende, dunque, l'operatore economico “ineleggibile” quale controparte contrattuale dei soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici»¹.

La fonte di tale principio è unanimemente individuata in svariate decisioni dell'Adunanza Plenaria, il cui *dictum* sarebbe stato recepito dal legislatore in una disposizione del codice dei contratti pubblici del 2016, poi riprodotta nel codice attualmente vigente: in una pronuncia di un anno fa, si parla del «principio di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 80 D.Lg.vo n. 50/2016, *statuito* dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le Sentenze n. 8 del 20.7.2015 e n. 8 del 20.5.2012 e poi recepito nell'ultimo periodo

1 P. PROVENZANO – M. TRIMARCHI, *L'operatore economico e la dinamica di gara*, in G. TROPEA (a cura di), *Lineamenti di Diritto dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 207-208. Analoga affermazione si trova in F. DALLARI – S. PELLIZZARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO – G. PIPERATA (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2024, 323, e in V. PAMPANIN, *Art. 100*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, Pacini Giuridica, 2024, 507.

dell'art. 80, comma 4, D.Lg.vo n. 50/2016, come sostituito dall'art. 10, comma 1, lett. c), n. 2, L. n. 238/2021»².

Il legislatore, in sostanza, avrebbe recepito l'anzidetto principio, di derivazione giurisprudenziale, nell'art. 80, comma 6, del codice del 2016, secondo cui «[l]e stazioni appaltanti escludono un operatore economico *in qualunque momento della procedura*, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 [situazioni, cioè, che costituiscono motivi di esclusione dalla gara: *n.d.r.*]»³.

Tale disposizione, che riproduceva l'art. 57, par. 5, della direttiva 2014/24/UE, è stata a sua volta «ripropo[sta], immutata»⁴, nell'art. 96, comma 1, del codice vigente⁵.

Peraltro, come vedremo nel prosieguo⁶, il principio di continuità nel possesso dei requisiti, che la «granitica giurisprudenza»⁷ ritiene «indiscusso [...] in quanto principio generale del procedimento di gara»⁸, «pietra miliare della ma-

2 T.A.R. Basilicata, Sez. I, 12 aprile 2023, n. 236, in www.giustizia-amministrativa.it (il corsivo nel testo è nostro), che menziona, però, il comma 4 dell'art. 80, che riguardava specificamente l'esclusione dell'operatore economico non in regola con il pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali.

3 F. CARINGELLA (diretto da), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 733; nel senso che «il legislatore ha positivizzato al comma 6 dell'art. 80 il principio» in parola, anche A. MAURO, *Selezione delle offerte (artt. 77-82)*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, 335. Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2023, n. 8481, in www.giustizia-amministrativa.it (il corsivo nel testo è nostro).

4 Così nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 36/2023.

5 T. TORNIELLI, *Art. 96*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, 485-486. Tale disposizione, dunque, muove dal principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti (S. FANTINI, *Art. 96*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, La Tribuna, 2023, 497), di cui «costituisce, pertanto, corollario» (M. DENICOLÒ, *Art. 96*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, Wolters Kluwer, 2023, 644).

6 *Infra*, § 3.

7 Così Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8021, in www.giustizia-amministrativa.it; analogamente, di «principio [...] granitico» parla T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, 20 aprile 2023, n. 6800, *ibidem*.

8 Cons. Stato, Sez. III, 24 giugno 2021, n. 4844, in www.giustizia-amministrativa.it; in dottrina, A. CIAFARDONI, *Svolgimento delle procedure e requisiti dei partecipanti (artt. 77-106)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2023, 319. Anche la Relazione illustrativa del codice parla di «principio generale che “regola” tutte le cause di esclusione».

teria»⁹, rinviene un ulteriore fondamento normativo anche nell'art. 17, comma 5, del codice, che, stabilendo espressamente che il competente organo, «dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace», contribuisce – unitamente alla Relazione illustrativa dello stesso codice, che valorizza a tali fini il positivo riscontro del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ai fini dell'aggiudicazione, prevedendo che solo all'esito di tale riscontro sia possibile procedere alla stipula del contratto – a «esplicitare l'obbligo per la stazione appaltante di svolgere gli opportuni accertamenti in ordine al reale possesso dei requisiti di partecipazione, prima dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto»¹⁰.

2. La continuità dei requisiti nell'elaborazione giurisprudenziale: a) le prime decisioni dell'Adunanza Plenaria

Viste le origini del principio in esame, l'indagine non può che muovere dalle prime decisioni dell'Adunanza Plenaria, costantemente richiamate dalla giurisprudenza successiva e dalla dottrina.

Ancorchè, come vedremo subito dopo¹¹, qualche avvisaglia ci fosse già stata, il primo arresto significativo risale al 2011.

Dopo essersi soffermata a lungo sull'annoso problema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, la Plenaria afferma in modo lapidario che «nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva (non rileva in questa sede, afferendo a momento successivo alla gara, la questione del possesso dei requisiti al momento della stipulazione)»¹². Poiché dalla documentazione in atti risultava che la mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese aveva la qualificazione per deter-

9 Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401, in www.giustizia-amministrativa.it.

10 A.N.AC., par. funz. cons. 15 novembre 2023, n. 57, in www.anticorruzione.it.

11 *Infra*, § 3.

12 Dec. 7 aprile 2011, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it.

minate categorie solo a una certa data, mentre successivamente alla data dell'aggiudicazione provvisoria e della verifica dei requisiti tale qualificazione era in una classe inferiore, inidonea in relazione all'importo dei lavori assunti, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che il raggruppamento dovesse essere escluso dalla gara. E' stata, dunque, condivisa la conclusione cui erano pervenuti i giudici di prime cure, «secondo cui, in materia di accertamento dei requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti di lavori pubblici, vige il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità». L'organo della nomofilachia osserva che «si tratta di un principio rispondente ad evidenti esigenze di certezza e di funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici. D'altro canto, le stazioni appaltanti non possono essere esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, della qualificazione SOA, o della qualificazione prevista per i settori speciali. Pertanto, l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve dimostrare di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando».

La Plenaria ritorna sull'argomento un anno dopo, in un caso concernente la verifica, attraverso il d.u.r.c., della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara.

Premesso, da un lato, che «[i]l d.u.r.c. regolare [...] è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo», e, dall'altro, che «il recesso dell'impresa componente

di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente», quanto alla questione del momento in cui deve sussistere la regolarità contributiva e della possibile sanatoria dell'irregolarità in corso di gara, la Plenaria richiama la propria giurisprudenza, secondo cui «l'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare la esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma. L'impresa infatti deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura. Costituisce principio pacifico che poiché il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale non può comportare *ex post* il venir meno della causa di esclusione»¹³.

3. Segue: b) le (poche) pronunce precedenti

Prima delle surriportate pronunce dell'Adunanza Plenaria, la giurisprudenza, specie di primo grado, aveva avuto comunque modo di affrontare la tematica in esame.

Nel marzo del 2009, in presenza di un ricorso in cui si lamentava che la stazione appaltante, violando le norme e i principi in materia di modificazione

¹³ Dec. 4 maggio 2012, n. 8, in *Urb. e app.*, 2012, 905, con commento di H. D'HERIN, *La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto*. Nella pronuncia, si richiama anche Corte Giust. U.E., 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04, secondo cui la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva, la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara.

soggettiva dell'offerente, aveva preteso di accertare i requisiti di affidabilità economica e morale di partecipazione alla gara in capo ad una determinata società anziché al nuovo soggetto nato dalla scissione della prima società e intervenuto nelle more della stipula del contratto, i giudici avevano ritenuto estraneo alla disposizione contenuta nell'art. 51 del codice dei contratti pubblici del 2006 «l'intento [...] di limitare la fase accertativa del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara nei riguardi della sola impresa subentrante (nella specie: società beneficiaria della scissione) e di escludere la necessità di operare la medesima verifica nei riguardi dell'impresa, soggetta a vicenda modificativa (nella specie: società scissa)», osservando che «intuitive ragioni di ordine logico, prima che giuridico, conducono pianamente a ritenere che la verifica non può essere obliterata con riferimento alla fondamentale fase iniziale della procedura concorsuale, in cui le imprese vengono ammesse alla gara sulla base del possesso dei requisiti autodichiarati»¹⁴. Ad avviso del collegio, da tale ordine di considerazioni consegue – *«in osservanza dell'evidente principio della necessaria continuità e/o permanenza del possesso dei requisiti di partecipazione a una procedura concorsuale - che, in caso di modificazioni soggettive riguardanti il soggetto partecipante alla gara, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione a quest'ultima deve essere posseduta, e quindi accertata, sia nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa che dell'impresa subentrante»; diversamente, opinando, «potrebbe partecipare alla gara, sulla base di autocertificazione, una società priva di tali requisiti che, solo in un secondo momento e preso atto della propria manchevolezza ed al fine di ovviare alla possibile esclusione, potrebbe generare un secondo soggetto che abbia i requisiti richiesti, traslando sullo stesso gli effetti positivi dell'avvenuta aggiudicazione, ma depurando lo stesso soggetto degli elementi negativi ai fini dell'aggiudicazione definitiva (perdite di esercizio notevolissime, causa di scioglimento potenziale, irregolarità previdenziali, ecc.)»¹⁵.*

14 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, 5 marzo 2009, n. 2279, in www.giustizia-amministrativa.it.

15 Il corsivo nel testo è nostro.

Un paio di mesi dopo, in un caso in cui, al momento della verifica della documentazione prodotta da una ditta per la partecipazione alla gara, l'attestazione SOA valida al momento della presentazione della domanda di partecipazione risultava scaduta e non era in corso alcun procedimento di rinnovo, i giudici hanno ritenuto che si fosse «verificata una soluzione di continuità nella fase compresa tra la aggiudicazione provvisoria [...] e la fase di verifica della documentazione, nella quale la [ditta] non risultava più in possesso della attestazione per le categorie e classifiche richieste nel bando di gara», mentre essa «avrebbe dovuto possedere il requisito in argomento per tutta la durata della gara e, quindi, anche nella fase, determinante per la stipulazione del contratto, di verifica del possesso dei requisiti»¹⁶.

Una pronuncia analoga è stata emessa qualche mese dopo, in un caso in cui, pur essendo in possesso di certificazione in corso di validità alla scadenza del bando, una ditta partecipante non si era attivata, nei tre mesi antecedenti la data di scadenza, a richiederne il rinnovo, pur essendo inverosimile che tutte le procedure di gara si sarebbero potute esaurire nella residua settimana di validità dell'attestazione posseduta; da qui la legittimità dell'impugnata esclusione, essendo «evidente che la ricorrente non risultava in possesso dei requisiti di qualificazione in corso di validità alla data in cui è stata esclusa dalla gara»¹⁷.

Già a quell'epoca, insomma, era stato più volte affermato il principio generale poi consacrato nella prima decisione della Plenaria, cioè che «la perdita di un requisito di partecipazione durante lo svolgimento delle fasi intermedie della procedura di evidenza pubblica, ovvero al momento dell'adozione dell'atto di aggiudicazione o della stipula del contratto, rappresenta una circostanza preclusiva della possibilità di conseguire l'appalto»¹⁸. E già allora era stato osservato che «[d]etto principio risponde ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte de-

16 T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 5 maggio 2009, n. 856, in www.giustizia-amministrativa.it.

17 T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. III, 12 marzo 2010, n. 732, in www.giustizia-amministrativa.it.

18 Così T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 14 aprile 2010, n. 1334, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 8 novembre 2011, n. 791, *ibidem*.

gli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire lavori pubblici.

Le stazioni appaltanti non possono essere esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, della qualificazione SOA: quindi l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve curarsi di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando»¹⁹.

E sin d'allora un fondamento normativo del principio era stato ravvisato nella disposizione che impone alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario della gara. Nell'affermare che «i requisiti dichiarati dal concorrente ai fini della partecipazione ad una procedura di appalto devono essere posseduti fino al momento di stipulazione del contratto», sicchè «[l]a loro mancanza, sia originaria che sopravvenuta prima della stipulazione, non può che impedire l'aggiudicazione poiché il loro venir meno mette in discussione l'esecuzione del programma contrattuale, e con ciò la realizzazione dell'interesse pubblico connesso», si era, infatti, notato che «[t]ale concetto è anche stabilito normativamente [...] dall'art. 48, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 a norma del quale la stazione appaltante, prima della stipulazione del contratto, deve verificare il possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti dichiarati in ordine alla propria capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando di gara.

La mancata comprova degli stessi comporta l'aggiudicazione del contratto ad un altro concorrente»²⁰.

19 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 7 luglio 2010, n. 16607, in www.giustizia-amministrativa.it.

20 T.A.R. Toscana, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 6693, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, in conclusione, «il possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa deve permanere anche successivamente alla presentazione dell'offerta, fino alla stipulazione del contratto».

Non è casuale, dunque, che già i commentatori dell'art. 38 del primo codice dei contratti pubblici affermassero che la sopravvenienza di motivi di esclusione all'esito della selezione preclude la stipula del contratto²¹.

Si riteneva, infatti, che i requisiti di partecipazione cc.dd. «generali» dovessero permanere in quanto il comma 1 di tale disposizione «scandisce due precisi momenti della procedura ad evidenza pubblica “... sono esclusi dalla partecipazione” e “... non possono stipulare i relativi contratti”. Inoltre gli artt. 135 e 136 disciplinano – prevedendo la risoluzione contrattuale [...] – il caso in cui i requisiti generali vengano meno in corso di esecuzione del contratto. Dal citato panorama normativo appare corretto ritenere che i requisiti di partecipazione – a partire dai “generali”, ma le medesime considerazioni possono essere mutate per quelli “speciali” – devono essere posseduti dal concorrente sin dalla risposta al primo atto di indizione della gara fino alla completa esecuzione dell'appalto»²².

4. *Segue: c) le (tantissime) pronunce successive (raggruppate per tipologie di requisiti e/o di concorrenti)*

La casistica giurisprudenziale successiva alle due pronunce dell'Adunanza Plenaria fin qui richiamate è sterminata, per cui riteniamo opportuno raggruppare le numerose sentenze reperite (ovviamente, senza alcuna pretesa di completezza) per tipologie di requisiti e/o di concorrenti.

Innanzitutto, vanno menzionate, a partire da una terza pronuncia della Plenaria che si trova frequentemente citata, le decisioni che hanno individuato *la ratio del principio di continuità nel possesso dei requisiti*, esponendo le ragioni a suo sostegno.

Nel confermare espressamente la propria sentenza del 2011, ribadendo che «nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti

²¹ Così R. PROIETTI, *Art. 38*, in S. BACCARINI – G. CHINÈ – R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, 451-452.

²² A. VALLETTI, *Cessione d'azienda e requisiti di partecipazione: i difficili rapporti tra cedente e cessionario*, in *Urb. e app.*, 2011, 208.

generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità²³, l'organo della nomofilachia ha più diffusamente argomentato il proprio convincimento.

Ha osservato, innanzitutto, che, «per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8 ed all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006. Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A.». Quest'ultima affermazione si ritrova in numerosissime sentenze successive, anche assai recenti²⁴.

²³ Dec. 20 luglio 2015, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ Cfr., ad es., T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 1 febbraio 2024, n. 1998, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Molise, Sez. I, 21 luglio 2020, n. 207, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 17 marzo 2020, n. 640, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 19 maggio 2018, n. 5582, *ibidem*.

La Plenaria ha, poi, rilevato che «tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti [...] non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore “operatore economico” (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici».

Nel condividere l'orientamento del massimo Consesso, recente giurisprudenza di primo grado ha notato che, alla luce dell'art. 80, comma 6, del codice dei contratti pubblici del 2016, che prevede l'esclusione dell'operatore economico che risulti sfornito di un requisito di partecipazione «in qualunque momento della procedura», «non può ritenersi [...] che all'Amministrazione sia inibito – in una fase diversa e successiva rispetto a quella ove ne sia stata deliberata l'ammissione alla procedura – di effettuare un controllo dei requisiti generali e speciali richiesti all'operatore economico, semplicemente perché questi sono stati già vagliati ai fini del suo preliminare accesso alla gara. Portata alle sue estreme conseguenze, la tesi [...] condurrebbe infatti al risultato ultimo di legittimare omissioni, in sede di controllo, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali verrebbero a porsi in aperto contrasto, oltretutto con la lettera del suddetto art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, con il necessario perseguimento dell'interesse pubblico cui deve mirare una qualsivoglia procedura competitiva, il quale deve essere salvaguardato financo a tutto il periodo di esecuzione del contratto e che risulterebbe evidentemente compromesso ove la gestione di un bene demaniale, come nel caso di specie, sia data in concessione ad un soggetto che non abbia o perda i requisiti per prendere parte alla gara»²⁵.

²⁵ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 22 gennaio 2024, n. 272, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini analoghi, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 20 febbraio 2024, n. 174, *ibidem*.

Si ritiene, pertanto, che il principio di continuità nel possesso dei requisiti abbia «come corollario che l'Amministrazione precedente è sempre legittimata, anzi tenuta, a controllare la permanenza dei requisiti medesimi in capo alle imprese concorrenti, le quali, specularmente, sono onerate di comunicare le eventuali variazioni della propria situazione proprio per consentire all'Amministrazione di effettuare le doverose verifiche circa l'affidabilità e serietà degli operatori economici in gara. A garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa e in ossequio al principio di buona fede e di leale collaborazione, l'onere dei concorrenti di aggiornare le proprie dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara sorge al momento stesso della sopravvenienza di circostanze potenzialmente incidenti sul possesso dei requisiti di partecipazione e, come tali, oggetto di obbligatoria comunicazione alla Stazione appaltante»²⁶.

Nel 2013, l'Adunanza Plenaria ha applicato il principio di continuità nel possesso dei requisiti nell'ipotesi di *violazione degli obblighi tributari*.

Si trattava di stabilire se, ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici del 2006, fosse sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, fosse stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario oppure occorresse che il relativo procedimento si fosse concluso con un provvedimento favorevole. La Plenaria ha ritenuto di risolvere la questione in conformità al prevalente indirizzo interpretativo affermatosi in materia, che ha subordinato l'ammissione alla procedura alla condizione che l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un

²⁶ Così T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 8 marzo 2022, n. 1559, in www.giustizia-amministrativa.it.

requisito in data futura²⁷. La bontà di tale tesi troverebbe riscontro nella conformazione della disciplina della rateizzazione fiscale di cui all'art. 19 del d.p.r. n. 602 del 1973, istituto che, sul versante tecnico, «si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-costitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria. [...] La configurazione del meccanismo novativo fa sì che, nell'arco di tempo che precede l'accoglimento della domanda, resta in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo. Il debito che grava sul contribuente prima dell'accoglimento dell'istanza, in caso di istanza di rateizzazione non ancora accolta all'atto della scadenza dei termini di presentazione delle domande di partecipazione, è quindi unicamente quello originario, in quanto tale certo (tanto nella sua esistenza quanto nel suo ammontare), scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dal comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici».

L'inidoneità della mera presentazione dell'istanza di dilazione a soddisfare il requisito della regolarità contributiva è poi corroborata – secondo la Plenaria – dalla considerazione che l'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma, atto dovuto, dovendo l'Amministrazione valutare discrezionalmente la «obiettiva difficoltà economica» che costituisce presupposto per la concessione del beneficio. «Ne deriva che l'ammissione alla procedura del concorrente che non abbia ancora ottenuto il provvedimento favorevole, oltre a sancire una deroga atipica al principio secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare vanno verificati al momento della scadenza dei termini fissati per la presentazione delle domande, innesterebbe nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica il fattore di incertezza legato all'accertamento di un requisito *in fieri*, collegato alla variabile della valutazione discrezionale dell'amministrazione tributaria».

²⁷ Decr. 5 giugno 2013, n. 15 e 20 agosto 2013, n. 20, in www.giustizia-amministrativa.it.

La giurisprudenza successiva ha ribadito che, in applicazione del principio su cui stiamo indagando, il requisito della regolarità fiscale deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara e non può avere rilievo sanante la richiesta di rateizzazione del debito tributario proposta dal concorrente dopo la scadenza di tale termine²⁸.

Soltanto un mese e mezzo fa, infine, l'Adunanza Plenaria, muovendo sempre dalla premessa che – come si desume anche dall'art. 80, comma 6, del codice dei contratti pubblici del 2016 – «i requisiti di partecipazione devono sussistere per tutta la durata della gara e sino alla stipula del contratto (e poi ancora fino all'adempimento delle obbligazioni contrattuali)», dal che «discende, *de plano*, il dovere della stazione appaltante di compiere i relativi accertamenti con riguardo all'intero periodo», ha affermato che, «con specifico riguardo al requisito concernente l'assenza di debiti tributari, la certificazione rilasciata dall'amministrazione fiscale competente [...] deve coprire l'intero lasso temporale rilevante, ovvero quello che va dal momento di presentazione dell'offerta sino alla stipula del contratto»²⁹.

Con quest'ultima sentenza, nel confermare le statuizioni delle precedenti pronunce, la Plenaria chiarisce altri aspetti altrettanto importanti: dall'obbligo di informazione delle sopravvenienze a carico del concorrente, all'obbligo per l'amministrazione di verificare la regolarità fiscale in ogni fase della procedura, anche su impulso di altro concorrente interessato all'aggiudicazione.

Con riguardo al primo aspetto, è stato evidenziato come – ad avviso dell'organo della nomofilachia – tale ampio dovere informativo del contraente

²⁸ In tal senso, *ex plurimis*, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I-*quater*, 17 novembre 2017, n. 11384, in *Urb. e app.*, 2018, 237, con commento di M. GIOVANNELLI, *Partecipazione a gare di appalto e requisiti di regolarità fiscale*. Più recentemente, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 6 dicembre 2023, n. 6752 e 16 luglio 2018, n. 4707, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 19 agosto 2022, n. 41, *ibidem*.

²⁹ Dec. 24 aprile 2024, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, su cui A. PETRONELLI, *L'irregolarità fiscale sopravvenuta, che può essere provata con ogni mezzo, determina l'esclusione dalla gara*, in www.giustamm.it, n. 6/2024.

privato nel settore degli appalti pubblici, con effetti per lui potenzialmente pregiudizievoli, non si fonda su una specifica disposizione del codice dei contratti pubblici, ma sul recente inserimento dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo, sicuramente applicabile al settore dei contratti pubblici, secondo cui «[i] rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»: nell'ambito dei contratti pubblici, dunque, la collaborazione e la buona fede in senso oggettivo, cioè intesa come dovere di reciproca correttezza e lealtà, impongono agli operatori economici che negoziano con l'amministrazione di informarla subito di tutte le circostanze sopravvenute idonee a modificare in negativo la propria condizione in ordine al possesso dei requisiti generali, con conseguente esclusione del partecipante che, con il proprio comportamento omissivo, dimostri di essere inaffidabile, precludendo alla stazione appaltante i relativi accertamenti³⁰.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Plenaria puntualizza che l'inderogabile continuità nel possesso dei requisiti dev'essere accertata dall'amministrazione, ove necessario, anche più volte durante il periodo ritenuto: l'art. 80, comma 6, del previgente codice dei contratti pubblici, riproposto nell'art. 96, comma 1, del codice attuale, configura, infatti, in termini di doverosità la funzione di controllo e non predetermina tassativamente le fonti conoscitive della stazione appaltante che possono attivarla («qualora risulti»), ragion per cui il concorrente che impugni l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, *ab origine*, della regolarità fiscale, sia che egli l'abbia persa in corso di gara³¹.

A sua volta, l'operatore economico, «laddove la vicenda tributaria abbia rilievo in una procedura ad evidenza pubblica, [...] deve fare tutto quello che è nelle sue possibilità per “recuperare” i requisiti di partecipazione alla procedura

30 G.C. FIGUERA, *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale*, in *Urb. e app.*, 2024, 663; M.G. VENIER, *Appalti pubblici e requisito di regolarità fiscale: a margine di Cons. Stato, ad. plen.*, 24 aprile 2024, n. 7, in www.giustamm.it, n. 11/2024, § 3.

31 G.C. FIGUERA, *ibidem*; in giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, ord. 11 settembre 2024, n. 7518, in www.lexitalia.it, n. 9/2024.

di gara (perduti o messi a rischio dalla vicenda tributaria), e questo non già perché [...] debba sacrificare il diritto di difesa, ma perché nella procedura ad evidenza pubblica emergono interessi altrettanto rilevanti di cui sono titolari tanto la stazione appaltante quanto gli altri concorrenti»³².

Ulteriori decisioni dell'Adunanza Plenaria si sono registrate in materia di *violazione degli obblighi previdenziali*.

Si tratta di tre pronunce intervenute nel 2016. Con le prime due, sostanzialmente identiche, l'organo della nomofilachia ha chiarito che il principio già espresso nella propria sentenza n. 8 del 2012, secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante e restando, dunque, irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, non risulta superato dalla norma introdotta con l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013³³. Tale disposizione, infatti, «non può interpretarsi nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale [...] alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che nonostante tale invito perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi».

La Plenaria ha ritenuto, infatti, che «la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara». A tali conclusioni il massimo Consesso è pervenuto sulla base di una pluralità di argomenti di carattere letterale, storico e sistematico, tra cui in questa sede mette conto evidenziare quello secondo cui «l'esclu-

³² T.A.R. Marche, Sez. I, 1 giugno 2024, n. 542, in www.lexitalia.it.

³³ Dec. 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6, in *Foro amm.*, 2016, 278 e in *Foro it.*, 2017, III, 263.

sione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara: i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità e il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara».

Tale argomentazione non è parsa convincente a certa dottrina, secondo cui «[m]anca del tutto una confutazione del ragionamento contenuto nell'ordinanza di remissione la quale, non a torto vista la lettera della legge, rilevava che l'esclusione è comminata dall'art. 38 per violazioni “definitivamente accertate”. Partendo dal presupposto che la richiesta di regolarizzazione non si applichi al DURC richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice il ragionamento ha una sua consequenzialità. Ma come si è detto, l'argomentazione svolta sul presupposto non convince. Su tale base, richiamare precedenti che si basavano su una situazione normativa diversa (l'istituto della richiesta di regolarizzazione non aveva rango legislativo) non importa la convinzione»³⁴.

L'argomento è stato, invece, ribadito tre mesi dopo dalla Plenaria, alla quale è parso «evidente [...] che, consentire la partecipazione ad una gara ad operatori che non possiedono, in materia di contributi previdenziali, i requisiti necessari a prendere parte alla procedura comparativa, ma ne autodichiarano il possesso, comporta due conseguenze evidenti: da un lato, l'operatore potrebbe integrare un requisito indispensabile alla partecipazione solo dopo aver preso parte alla gara ed in seguito al suo esito favorevole, a differenza degli altri concorrenti; dall'altro lato, l'autodichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta sarebbe viziata da una intrinseca falsità, di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura. Inoltre, consentire una regolarizzazione postuma dei requisiti di partecipazione alla gara urterebbe con la impossibilità, affer-

³⁴ R. CARANTA, *La regolarizzazione dei debiti contributivi: la soluzione della Plenaria*, in *Urb. e app.*, 2016, 796.

mata anche dalla sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2015, di perdere i requisiti neanche temporaneamente nel corso della procedura»³⁵.

Al principio affermato dall'organo della nomofilachia si è conformata la giurisprudenza successiva³⁶, che anche di recente ha evidenziato che tale soluzione interpretativa trova conferma nell'art. 80, comma 6, del codice dei contratti pubblici del 2016, il quale «non consente di distinguere tra omissioni di pagamenti di contributi precedenti o sopravvenute all'inizio della procedura, né, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto di appalto»³⁷.

E' stato, inoltre, precisato che l'istanza di rateizzazione dei contributi previdenziali presentata prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte vale, in virtù dell'art. 80, comma 4, del codice dei contratti pubblici del 2016, a certificare e cristallizzare il possesso del requisito a quel momento, «ma non può supplire all'emissione di un DURC certificante l'irregolarità contributiva in una data successiva alla suddetta scadenza. Nemmeno può supplirvi un successivo DURC positivo, stante il principio di necessaria continuità del possesso dei requisiti sancito dall'art. 80, comma 6»³⁸.

La Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi anche sull'esclusione delle imprese che si trovino in *concordato preventivo con continuità aziendale*.

Già prima, la Corte costituzionale, nel dichiarare in parte inammissibili e in parte infondate talune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 38, com-

³⁵ Dec. 25 maggio 2016, n. 10, in *Urb. e app.*, 2016, 1240, con commento di S. CALVETTI, *Regolarizzazione del DURC negativo: giurisdizione e ammissibilità*.

³⁶ Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3384, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui il requisito di regolarità contributiva costituisce una condizione di partecipazione alla gara e, «in quanto tale, deve essere posseduto ininterrottamente dal momento di presentazione dell'offerta e per tutta la durata della procedura di aggiudicazione»; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 14 settembre 2022, n. 5711, *ibidem*.

³⁷ Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2023, n. 6409, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini, anche id., 11 ottobre 2023, n. 8858 e 9 aprile 2024, n. 3234, *ibidem*.

³⁸ T.A.R. Piemonte, Sez. II, 18 luglio 2023, n. 701, in www.giustizia-amministrativa.it.

ma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici del 2006 e dell'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare, sollevate dal T.a.r. Lazio e dal Consiglio di Stato, aveva evidenziato il sistema che poggia sulla regola generale di esclusione dalle procedure di affidamento di imprese sottoposte a procedure concorsuali, nell'evidente preminenza dell'interesse alla realizzazione dell'opera e alla tutela della stazione appaltante, che potrebbero essere lesi dalla partecipazione alla procedura di assegnazione di un'impresa economicamente instabile³⁹.

Veniva in evidenza, in particolare, la fattispecie relativa all'impresa in concordato preventivo che partecipa a una gara pubblica in raggruppamento o in forma individuale, soggetta a disciplina differenziata rispetto al caso di impresa che sia già appaltatrice al momento dell'assoggettamento a procedura. Per le imprese già titolari di un contratto di appalto individuale o in raggruppamento al momento dell'assoggettamento a concordato in continuità, infatti, soccorreva la disciplina che si reggeva sulla previsione del comma 3 del succitato art. 186-*bis*, in termini di non risolubilità dell'appalto per effetto dell'apertura della procedura e, quale presupposto per la prosecuzione del rapporto, dell'avvenuta attestazione, *ex art. 67* della legge fallimentare, da parte di professionista indipendente sulla sostenibilità finanziaria e imprenditoriale dell'impegno contrattuale (sotto specie di «ragionevole capacità di adempimento»).

In sostanza, «nel concordato in continuità la prosecuzione dei contratti in essere costituisce lo snodo fondamentale per il risanamento dell'impresa e il soddisfacimento dei creditori. Viceversa, per la partecipazione a nuove gare muta la prospettiva, dovendo essere preminente la tutela dell'interesse pubblico e segnatamente della stazione appaltante, a fronte dell'interesse dei creditori della società assoggettata a concordato preventivo in continuità»⁴⁰. Di ciò v'era eloquente dimostrazione nell'insieme della disciplina dettata dall'art. 110, commi 4 e 5, del codice dei contratti pubblici del 2006 e dall'art. 186-*bis*, commi 4,

39 Sent. 7 maggio 2020, n. 85, in *Foro it.*, 2020, I, 3003.

40 G. BRANCADORO, *Il difficile esercizio di equilibrio della Corte costituzionale in tema di concordato con continuità aziendale e appalti pubblici*, in *Giur. cost.*, 2020, 1118.

5 e 6, della legge fallimentare. La partecipazione alle gare era consentita all'impresa in concordato preventivo in continuità, ma con una serie di previsioni tarate sull'esigenza di tutela della stazione appaltante, sicché l'art. 110, comma 4, del codice rinvia *in toto* all'art. 186-*bis* della legge fallimentare, ma precisando che era necessario l'avvalimento qualora l'impresa avesse solo depositato la domanda di concordato in continuità e fosse in attesa del decreto di apertura della procedura di concordato (che avrebbe portato al voto dei creditori e all'eventuale successiva omologazione della proposta). Per la partecipazione alla gara, si richiedeva anche l'autorizzazione del tribunale – non prevista, invece, per tutte le altre attività tipiche dell'impresa – e il parere dell'attestatore sulla conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento al contratto in caso di assegnazione, nonché dichiarazione di avvalimento.

Il che confermava che la partecipazione a una nuova gara (benché rientri nell'attività tipica dell'impresa in concordato con continuità aziendale) «sposta l'asse del bilanciamento degli interessi dal ceto creditorio dell'impresa (come accade nella prosecuzione di rapporti già in atto) alla tutela degli interessi pubblici del committente»⁴¹.

Proprio nell'ottica della preminenza dell'interesse pubblico, e non più del bilanciamento di tale interesse con quello dei creditori dell'impresa debitrice, andava letta la disciplina posta al comma 6 dell'art. 186-*bis*, allorquando l'impresa partecipasse a una gara pubblica non più in forma individuale, bensì in raggruppamento temporaneo: tale disposizione, infatti, escludeva che l'impresa assoggettata a concordato preventivo in continuità potesse assumere il ruolo di mandataria del raggruppamento, ben potendo parteciparvi come mandante dello stesso o in forma individuale. In ciò non si rilevava alcuna disparità di trattamento e/o profili di irrazionalità proprio perché si trattava di fattispecie tra loro dissimili, tali da non postulare identità di disciplina, con «diverse pro-

41 G. BRANCADORO, *ibidem*.

spettive di bilanciamento dell'interesse pubblico della committente con l'interesse dei creditori sociali dell'impresa assoggettata a concordato»⁴².

Un anno dopo la pronuncia della Consulta, era stato chiesto all'Adunanza Plenaria:

a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco *ex art.* 161, comma 6, della legge fallimentare dovesse ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare per perdita dei requisiti generali ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisse la partecipazione alle gare, quantomeno ove essa contenesse una domanda prenotativa per la continuità aziendale;

b) se la partecipazione alle gare dovesse ritenersi atto di straordinaria amministrazione e si potesse, quindi, consentire alle imprese che avessero presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti ovvero se detta autorizzazione dovesse ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione;

c) in quale fase della procedura di affidamento dovesse intervenire tale autorizzazione giudiziale affinché potessero ritenersi legittime la partecipazione alla medesima procedura e l'aggiudicazione della gara.

L'organo della nomofilachia aveva, innanzitutto, notato come del nesso molto forte tra concordato con continuità e contratti pubblici il legislatore del 2012 si fosse mostrato subito consapevole, non solo nella disciplina dell'istituto racchiusa nell'art. 186-*bis* della legge fallimentare, che già allora in diversi punti faceva menzione dei contratti pubblici per garantirne la prosecuzione e quindi la stabilità o per permetterne a determinate condizioni la stipula di nuovi, ma anche nella coordinata modifica dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici del 2006, in forza della quale alla tradizionale e risalente regola dell'esclusione delle imprese in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo s'introduceva la novità di un'eccezione esplicita per il caso di cui all'art. 186-*bis*.

42 G. BRANCADORO, *op. cit.*, 1119.

Al 2012 – aggiungeva la Plenaria – «risale anche, mutuata dall'esperienza nordamericana, la prima previsione del concordato in bianco o con riserva, introdotto all'art. 161, comma 6 [della legge fallimentare: *n.d.r.*], con il quale l'imprenditore può depositare un ricorso contenente una domanda di concordato, avente comunque un contenuto minimo, riservandosi di procrastinare di sessanta o centoventi giorni la presentazione del piano e della proposta di concordato, così da anticipare i tempi dell'emersione della crisi, ma avendo uno spazio maggiore per elaborare una via d'uscita dalla stessa, e nel frattempo beneficiare degli effetti "protettivi" di cui all'art. 168 nei confronti delle iniziative di terzi, con la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione e anche, purché urgenti, di straordinaria amministrazione su autorizzazione del tribunale, come anche di assicurare la prededuzione ai nuovi creditori. Il concordato in bianco o con riserva – in cui autorevole dottrina ha scorto una scissione tra il profilo volitivo (la domanda di apertura del concordato), quello propositivo (la proposta) e quello argomentativo (il piano) – ha conosciuto sin dai primi mesi di applicazione un significativo successo ricevendo, anche per questo improvviso e largo utilizzo, valutazioni discordanti, in specie per i temuti rischi di abuso (sui quali v. Cass. Sez. Un., n. 9935/2015). Il legislatore è quindi presto tornato sull'art. 161, comma 6, con alcuni correttivi significativi, il principale dei quali è consistito nel prevedere la possibilità che il tribunale – nel fissare il termine entro il quale l'imprenditore deve presentare la proposta e il piano di concordato nonché depositare la documentazione – nomini subito un commissario giudiziale affinché vigili sull'impresa nel tempo, che potrebbe anche essere non breve, compreso tra la presentazione della domanda di concordato e l'ammissione alla procedura, e dove maggiori sono i timori di un uso dilatorio dell'istituto. Del commissario giudiziale e della sua funzione di vigilanza è fatta menzione anche all'art. 186-*bis*, a proposito del concordato con continuità aziendale, in particolare al comma 4 inserito nel 2013 e da allora rimasto sostanzialmente immutato, dove si è previsto che successivamente al deposito del ricorso, ovve-

ro alla domanda di concordato con esso proposta, “la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato”». Mentre gli artt. 161 e 186-*bis* della legge fallimentare, dal 2013 in poi si sono stabilizzati e sono poi stati trasfusi nel codice della crisi d’impresa del 2019, sono più volte cambiate le disposizioni di cui agli artt. 80, comma 5, lett. *b*), e 110 del codice dei contratti pubblici del 2016, il che – osservava ancora la Plenaria – «ha reso il coordinamento tra le prime e le seconde sicuramente meno agevole».

Dopo questo *excursus* normativo, l’organo della nomofilachia è pervenuto alla conclusione che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non potesse considerarsi causa di automatica esclusione né inibisse la partecipazione alle gare, non potendosi ritenere che la presentazione di tale domanda «comporti per ciò solo la perdita dei requisiti generali di partecipazione – il cui eventuale successivo recupero in caso di buon esito della procedura non varrebbe neppure ad elidere una simile cesura, in ragione del noto principio di continuità sempre ribadito da questo Consiglio (Cons. St. AP n. 8/2012 e 8/2015) – ostando a tale ricostruzione, oltre che la lettera dell’art. 186-*bis*, la veduta e ribadita funzione prenotativa e protettiva dell’istituto del concordato con riserva che, come spiegato nella relazione ministeriale all’art. 372 del codice della crisi d’impresa, da strumento di tutela non può tradursi nel suo contrario, ossia in un ostacolo alla prosecuzione dell’attività imprenditoriale in quanto proprio tale prospettiva postula che resti consentito, per quanto “vigilato”, l’accesso al mercato dei contratti pubblici»⁴³.

La Plenaria aveva precisato che tale conclusione, che subordinava la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, valeva sia per l’ipotesi in cui l’impresa avesse già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui era indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, sia per il caso in cui, all’inverso, la domanda di concordato seguisse

⁴³ Dec. 27 maggio 2021, n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it.

temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. Qualora l'impresa presentasse la domanda di concordato dopo avere già presentato la domanda di partecipazione alla gara, dovrebbe chiedere al tribunale di essere autorizzata a (continuare a) partecipare alla procedura e, sebbene la legge non indicasse un termine *ad hoc* per la presentazione di tale istanza di autorizzazione, «era del tutto ragionevole ritenere che, secondo un elementare canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza [dovesse] essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione ed essere [...] nella condizione utile di poterla trasmettere alla stazione appaltante con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso».

Così definita la prima questione, la Plenaria ha ritenuto che il secondo quesito, relativo alla natura di atto di ordinaria o straordinaria amministrazione della partecipazione alla gara, non rilevasse, atteso che la citata normativa impone, per la partecipazione alle procedure di gara, l'espressa autorizzazione del tribunale.

Per fornire un quadro completo dei complessi risvolti della questione in esame, essa ha, infine, risposto al terzo quesito, specificando che «[l']autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve dunque intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale».

Tali conclusioni sono apparse condivisibili ai primi commentatori, i quali hanno osservato che «la procedimentalizzazione dell'accesso alla procedura concorsuale garantisce che l'autorizzazione, quale ultimo atto di una fattispecie a formazione progressiva, avvenga in tempo utile. La soluzione individuata dal Legislatore e specificata dal Consiglio di Stato, non comporta, a ben vedere, una deroga al principio fondamentale della continuità del possesso dei requisiti. È semmai la mancata autorizzazione della partecipazione a determinare un ef-

fetto risolutivo, facendo venir meno un elemento costitutivo della fattispecie descritta dalla norma»⁴⁴.

Come evidenziato da attenta dottrina, dalla fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale e dell'Adunanza Plenaria «emerge con chiarezza come il terreno della collaborazione tra imprese, sia pure di natura occasionale e durata limitata nel tempo, in quanto finalizzata alla partecipazione per l'affidamento di contratti pubblici, può costituire la base di identificazione e valutazione degli interessi sottesi a un nuovo scenario di mercato, che deve porsi necessariamente quale nuovo paradigma ermeneutico di riferimento. I raggruppamenti temporanei rispondono, in tal senso, a una logica proconcorrenziale, poiché favoriscono l'accesso al mercato dell'affidamento dei contratti pubblici attraverso il cumulo dei requisiti, in modo da ampliare la platea dei concorrenti. Essi però soddisfano anche l'interesse della stazione appaltante alla migliore realizzazione dell'appalto, valorizzando l'unione delle risorse, delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie delle imprese, con conseguente ampliamento delle garanzie per il committente, essendo tutte le imprese associate responsabili a vario titolo verso quest'ultimo. Orbene, se per l'impresa autonoma questi principi permettono di indulgere nel consentire la partecipazione a gare pubbliche, o la continuazione dei contratti pubblici in essere, [...] diverso è il caso del raggruppamento, per il quale la norma previgente (art. 186-*bis*, comma 6, l. fall.) e anche la norma attuale del CCII (art. 95, comma 5, D.Lgs. n. 14/2019) prevedono che "l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale". Viene imposta cioè una doppia limitazione per l'impresa proponente: - che essa rivesta la

44 E. CAMPAGNANO, *La crisi d'impresa e la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Il concordato con riserva al vaglio dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Contr. e impr.*, 2022, 182-183.

qualità di mandataria; - e, se tale condizione è soddisfatta, comunque che non sussista un'altra impresa del r.t.i. sottoposta a procedura concorsuale»⁴⁵.

Occorre tenere presente che la mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese «è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante (con funzioni essenzialmente di garanzia) per l'esecuzione di tutte le prestazioni, anche di quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti, ove previste dal bando di gara, oltre a dover rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali. Da questo angolo visuale, la partecipazione alla gara della mandataria in concordato preventivo con continuità si potrebbe rivelare pregiudizievole non soltanto per la stazione appaltante, esposta al rischio del fallimento dell'unico debitore solidale, ma anche per i creditori dell'impresa in concordato, a fronte della sopravvenienza di crediti prededucibili sorti da inadempimenti di soggetti diversi dal debitore. [...] Sebbene, dunque, il legislatore esprima un *favor* per la partecipazione alle gare dei raggruppamenti temporanei di imprese, nei riguardi della stazione appaltante sembra (oggi) prevalere la necessità del coordinato e completo adempimento delle obbligazioni di tutte le imprese riunite. La difficoltà di gestire un rapporto contrattuale frammentato tra diversi soggetti giuridici impone quasi di preservare il ruolo (*rectius*, la solvibilità e la efficienza) del capofila quale interlocutore unitario. La disciplina vigente, pertanto, intenderebbe sintetizzare gli interessi in gioco, da un lato, consentendo a un r.t.i. di partecipare alle procedure di affidamento in posizione paritaria rispetto a chi concorre in forme diverse, e, dall'altro lato, apprestando alcune cautele specifiche a tutela della stazione appaltante. L'efficacia di tale particolare disciplina, appunto non necessaria nel caso di partecipazione in forma individuale o autonoma, potrebbe risultare vanificata proprio in caso di crisi dell'impresa mandataria, conclamato dalla sua

45 D. LATELLA, *Concordato in continuità e contratti pubblici: note a margine del CCII, in vista del nuovo Codice degli appalti*, in *Fall.*, 2023, 473-474.

soggezione a concordato preventivo: da ciò la scelta legislativa di sottrarla al regime di favore»⁴⁶.

La giurisprudenza successiva aveva affermato che dagli artt. 80, comma 5, lett. *b*), e 110, comma 3, del codice dei contratti pubblici del 2016, in combinato disposto con l'art. 104, comma 7, della legge fallimentare, «emerge linearmente come la sottoposizione di un operatore economico a fallimento determina l'esclusione da una gara per l'affidamento delle commesse pubbliche. La *ratio* della disposizione è evidente: consentire alla stazione appaltante, fino a che è ancora in corso la procedura ad evidenza pubblica, di escludere i concorrenti che, in quanto attinti da una procedura concorsuale, non diano più garanzia di massima affidabilità nell'esecuzione di una commessa pubblica. La regola generale dell'incompatibilità tra procedure concorsuali e procedure ad evidenza pubblica subisce un'unica eccezione, normativamente prevista, per l'ipotesi del concordato preventivo con continuità aziendale, nel vigore del quale si consente all'impresa di partecipare alle procedure di gara, a determinate condizioni (cfr. artt. 161, comma 6 e 186-*bis* della legge fallimentare). All'impresa ammessa all'esercizio provvisorio, viceversa, è consentita solo l'esecuzione dei contratti già stipulati»⁴⁷. Si è, quindi, ritenuto che sia «priva di fondamento la tesi [...] secondo cui l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa [...] possa dispiegare effetto retroattivo a far data dalla sentenza di fallimento, in quanto nessuna norma di legge [...] supporta tale conclusione», e che il decorso di «un lasso temporale (ben 15 giorni) tra il fallimento e l'autorizzazione all'esecuzione della commessa [avesse] determinato la violazione del principio di necessaria continuità dei requisiti, il quale, come noto, esige che gli stessi siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi del procedimento e che la loro perdita, ancorché temporanea, impone l'esclusione del concorrente dalla gara».

46 D. LATELLA, *op. cit.*, 474.

47 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV, 11 aprile 2023, n. 6227, in *Urb. e app.*, 2023, 361, con commento di A. DI MARIO, *Gli effetti del fallimento dell'impresa dopo l'aggiudicazione*.

Era stato, tuttavia, precisato che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimessa al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186-*bis*, comma 4, della legge fallimentare la valutazione della compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale⁴⁸.

L'esclusione per liquidazione giudiziale è stata, infine, riportata all'art. 94, comma 5, lett. *d*), del vigente codice dei contratti pubblici, relativo alle cause di esclusione automatiche, e dev'essere, quindi, letta alla luce del successivo art. 96, che – come si è visto⁴⁹ – dovrebbe rappresentare l'attuale fondamento normativo del principio di continuità nel possesso dei requisiti.

L'anzidetta disposizione codicistica conferma il regime precedente con riferimento sia all'esclusione dalla gara dell'impresa fallita o soggetta a liquidazione giudiziale sia all'impossibilità del liquidatore di farsi autorizzare alla partecipazione alla gara.

L'art. 124, comma 4, del codice, però faculta il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, a stipulare il contratto su autorizzazione del giudice delegato «qualora l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale», in tal modo superando definitivamente l'effetto escludente della liquidazione giudiziale del contraente, anche in raggruppamento temporaneo, se si verifica dopo l'aggiudicazione.

48 Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2023, n. 5403, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV, 6 marzo 2023, n. 3736, *ibidem*; da ultimo, nel senso che, ove sussista la tempestiva autorizzazione del tribunale fallimentare alla partecipazione e la positiva valutazione della stazione appaltante sulla possibilità per il concorrente di eseguire i lavori, è legittima l'aggiudicazione della gara a un operatore economico sottoposto a procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 31 maggio 2024, n. 389, in www.lexitalia.it.

49 Cfr. *supra*, § 1.

La Relazione al codice osserva che «[s]i tratta di una situazione in cui la partecipazione e l'aggiudicazione sono avvenute quando l'imprenditore era ancora *in bonis*, del tutto legittimamente, e manca soltanto l'aspetto formale della stipulazione. Merita tutela l'aspettativa della curatela alla stipula, in vista della tutela della consistenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale e delle ragioni dei creditori, sotto sorveglianza del curatore e del giudice delegato per verificare la sostenibilità da parte della società fallita dell'esecuzione del contratto».

Ad avviso dei primi commentatori, la nuova norma, dal punto di vista fallimentare, introduce un'eccezione (almeno formale) alla regola secondo la quale il commissario liquidatore non è autorizzato a svolgere nuova attività d'impresa, ma solo a concludere l'attività in corso, mentre, dal punto di vista amministrativo, «induce a ritenere che la gara si concluda con l'aggiudicazione. Essa quindi farà molto discutere in quanto, equiparando la stipulazione del contratto alla sua esecuzione, in sostanza porta acqua alla tesi della Cassazione [...], secondo la quale la procedura di gara si conclude con l'aggiudicazione e non con la stipulazione del contratto, con tutte le conseguenze del caso in punto di giurisdizione»⁵⁰.

All'Adunanza Plenaria è stata, altresì, sottoposta la questione della continuità dei requisiti in caso di *cessione di un ramo d'azienda*.

La giurisprudenza aveva già avuto modo di affermare che, avendo l'istituto dell'avvalimento portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, «con riguardo al possesso dei requisiti tecnici, in caso di cessione, sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività pro-

50 A. DI MARIO, *op. cit.*, 367.

pria del ramo ceduto (Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550). Tanto comporta che, in caso di modificazione soggettiva degli operatori economici che concorrono alla gara mediante cessione, anche se antecedente alla gara sussiste comunque l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione, non solo nei riguardi dell'impresa subentrante, ma anche, nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, in osservanza del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale»⁵¹.

Era stata, poi, ritenuta «insostenibile l'interpretazione secondo cui si possono dare cessioni di rami d'azienda senza perdita del diritto dell'attestazione relativa. In simili casi, pertanto, il soggetto cedente che resti, per avventura, in dotazione di requisiti sufficienti per una determinata qualificazione deve chiedere a una Società Organismo di Attestazione quell'attestazione di qualificazione che costituisce condizione necessaria e sufficiente per l'affidamento di lavori pubblici»⁵².

In ordine alla perdita del requisito quale effetto automatico del contratto di cessione di un ramo d'azienda (financo nell'ipotesi in cui, a seguito della verifica triennale da parte della SOA, i requisiti di qualificazione siano confermati), si registrava un contrasto giurisprudenziale.

Alcune sentenze avevano sostenuto la tesi dell'automatismo, secondo la quale, nel caso di cessione di ramo d'azienda, il cedente perde automaticamente le qualificazioni, ancorché resti “per avventura” in dotazione di requisiti sufficienti per una determinata qualificazione, poiché ciò non lo esonera dal chiedere a una SOA l'attestazione di qualificazione⁵³. Secondo questo orientamento, non potrebbe darsi rilievo alla conferma *ex post* dei requisiti operati dalla SOA

51 Cons. Stato, Sez. V, 17 novembre 2012, n. 5803, in www.giustizia-amministrativa.it.
52 Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 813, in *Giur. it.*, 2016, 2479, con nota di G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*.
53 Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, nn. 811, 812 e 813, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2296 e 12 novembre 2014, n. 5573, *ibidem*.

in sede di verifica triennale, poiché essa giammai potrebbe avere un effetto sanante, stante l'effetto traslativo della cessione. Al contempo, l'importanza e l'entità del compendio ceduto non potrebbe essere accertata mediante verifica *ex post*, ma dovrebbe essere necessariamente sottoposta a specifica valutazione *ex ante* da parte della SOA.

Secondo altre pronunce, invece, è ammissibile la verifica in concreto dell'entità dei beni e rapporti trasferiti con il negozio traslativo al fine di accertare se si sia trattato di vero e proprio trasferimento di ramo d'azienda ovvero piuttosto di trasferimento di singoli cespiti; al contempo, alla verifica triennale positiva di validità dell'attestazione SOA, successiva al negozio traslativo, deve riconnettersi non già l'effetto di una rinnovazione *ex nunc* della validità del precedente certificato, ma piuttosto l'attestazione della sua perdurante validità, senza soluzione di continuità⁵⁴. Secondo questa tesi, deve, pertanto, escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio, come poi accertato in sede di verifica triennale⁵⁵.

Sulla base di una pluralità di argomenti, di ordine letterale, logico-sistematico e teleologico, la Plenaria ha ritenuto preferibile quest'ultima tesi, definita «sostanzialistica», e, per quanto qui d'interesse, ha interpretato la propria pregressa giurisprudenza in materia di continuità dei requisiti nel senso che, «[s]e la normativa intende garantire l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione, non può contraddittoriamente fissare una presunzione di perdita dei requisiti in virtù della cessione di un ramo d'azienda. La perdita automatica delle qualifica-

54 Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2016, nn. 4347 e 4348, in www.giustizia-amministrativa.it.

55 In tal senso, Cons. Stato, Sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente»; nello stesso senso, Sez. V, 17 dicembre 2015, n. 5706, *ibidem*.

zioni disegnerebbe, infatti, una presunzione assoluta, che, non soltanto non è esplicitata dalla legge, ma si porrebbe in conflitto con la giurisprudenza costituzionale in materia, la quale in numerose circostanze ha affermato il principio generale secondo cui “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*. In particolare, l’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa” (Corte costituzionale, sentenze n. 139 del 1982, n. 333 del 1991, n. 41 del 1999, n. 225 del 2008, n. 139 e 265 del 2010, n. 231 e 164 del 2011, n. 172 del 2012, etc.)⁵⁶.

Da qui la conclusione che «la cessione del ramo d’azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell’atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell’oggetto del trasferimento».

Al secondo quesito deferitole la Plenaria ha, conseguentemente risposto che «[i]n ipotesi di cessione di un ramo d’azienda, l’accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell’impresa cedente, comporta la conservazione dell’attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità».

La regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell’ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell’offerta, sia intervenuto un contratto di *affitto di un ramo d’azienda*, con la conseguente legittimità della verifica del

56 Dec. 3 luglio 2017, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it.

possesso dei requisiti generali di partecipazione, anche soggettivi, in capo all'affittuaria dell'azienda offerente.

Anche di recente, con riguardo ad una fattispecie disciplinata dall'art. 51 del codice dei contratti pubblici del 2006⁵⁷, il Consiglio di Stato ha ribadito che «[l]'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale; l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente, atteso che sono certamente riconducibili al patrimonio della società o dell'imprenditore cessionari. I requisiti posseduti dal soggetto cedente devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo o dell'azienda ceduta (Consiglio di Stato sez. III, 17/03/2017, n. 1212). In caso di subentro di una società ad altra a seguito di affitto di azienda opera la presunzione di continuità in quanto sia pure mediante percezione del canone per la durata dell'affitto, il locatore si giova dei risultati economici dell'azienda conseguiti dalla successiva gestione e l'affittuario a sua volta si giova delle referenze del complesso aziendale acquisito (Consiglio di Stato sez. V, 21.8.2017, n. 4045). Come afferma Adunanza Plenaria n. 10 del 4.5.2012, la continuità dell'attività imprenditoriale ben può verificarsi in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda a titolo particolare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia. Il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze sullo stesso pia-

⁵⁷ Secondo cui, «qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal codice».

no delle eventuali responsabilità del cedente. Pertanto, senza alcun dubbio, la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto»⁵⁸.

In un caso concernente un'irregolarità fiscale riscontrata nella cedente di un ramo d'azienda, recente giurisprudenza ha evidenziato che «[c]iò che non può essere ammesso è la scomparsa dal fuoco del controllo dei requisiti del soggetto cedente o locatore dell'azienda, altrimenti mediante la trasmissione dell'azienda si porrebbe a disposizione degli operatori economici un comodo strumento per eludere il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle selezioni pubbliche. In altre parole, la irregolarità fiscale riscontrata nei confronti della [...] cedente del ramo di azienda [...] refluisce inevitabilmente sulla posizione della cessionaria [...] – subentrata in corso di procedura giovandosi dei requisiti della cedente – determinandone così l'esclusione dalla medesima procedura [...], poiché la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto (cfr. Cons. Stato, sent. n. 5517/2021). L'esigenza sottesa ad una simile interpretazione, secondo la condivisibile giurisprudenza, è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto (come nella fattispecie) e non di cessione dell'azienda, “dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti...”. A tale specifico riguardo (contratto di affitto di azienda) è stato affermato proprio che: “non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprat-

⁵⁸ Sez. III, 22 luglio 2021, n. 5517, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel senso che i principi affermati con specifico riferimento alla cessione di azienda sono estensibili anche al caso dell'affitto di azienda, ravvisandosi, in entrambe le fattispecie, una modifica soggettiva dell'azienda, anche Sez. V, 18 agosto 2021, n. 5916, *ibidem*.

tutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022, cit.; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470, cit.)»⁵⁹.

Solo tre mesi fa, tale orientamento è stato ribadito dal Consiglio di Stato, assai chiaro nell'affermare che «in caso di affitto di azienda (anche dopo la verifica del possesso dei requisiti in capo all'affittante e all'affittuaria con subentro di quest'ultima alla prima) devono permanere i requisiti di partecipazione in capo all'impresa affittante. [...] In base al principio generale *ubi commoda ibi incommoda*, [...] il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente (in tal senso: Cons. Stato, sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331; Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022; Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470; Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 10). Quindi, in definitiva, risulta necessaria la verifica del possesso dei requisiti [...] sia in capo all'affittante che all'affittuario di un'azienda, onde evitare che il ricorso a tale strumento negoziale possa costituire strumento per eludere il principio del possesso necessariamente continuativo dei requisiti di partecipazione (Cons. Stato, 6706/2021; 8081/2021)»⁶⁰.

Ovviamente, la continuità dei requisiti non poteva non essere richiesta relativamente ad **attestazioni SOA e certificazioni di qualità**, che, per costante giurisprudenza, devono essere mantenute «per l'intero periodo corrente dalla

59 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 5 luglio 2023, n. 4011, in *Foro amm.*, 2023, II, 1124 e in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2023, 107, con nota di E. RIZZI, *L'esclusione dalla gara per mancata continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'affittante l'azienda*; nello stesso senso, Sez. VIII, 3 luglio 2023, n. 3968, in *Foro amm.*, 2023, II, 1141.

60 Sez. III, 4 marzo 2024, n. 2089, in www.giustizia-amministrativa.it.

data di scadenza della domanda di partecipazione alla gara fino alla conclusione dei lavori o alla completa esecuzione del contratto»⁶¹.

Già nella vigenza del d.p.r. n. 207 del 2010, tuttavia, per non penalizzare con l'esclusione dalla gara il concorrente che si fosse tempestivamente attivato in presenza di un'attestazione SOA prossima alla scadenza, si riteneva sufficiente ai fini della continuità del requisito che l'impresa avesse presentato istanza di rinnovo dell'attestazione entro novanta precedenti alla scadenza della stessa, «atteso che il rilascio di una nuova certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, mantenendoli anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità»⁶².

Diversamente, «[l]a presentazione della domanda di rinnovo oltre i predetti 90 giorni non precluderà di per sé il rilascio dell'attestazione, che dovrà però considerarsi nuova ed autonoma rispetto a quella ormai scaduta, e comunque decorrente, quanto ad efficacia, dalla data del suo effettivo rilascio (anziché retroagire al momento di scadenza della prima)»⁶³.

La situazione non è cambiata con l'avvento del nuovo codice.

Meno di un mese fa, infatti, è stata dichiarata illegittima l'aggiudicazione di un appalto di lavori disposta in favore di un operatore economico che aveva partecipato alla gara in virtù di una SOA per la categoria prevalente scaduta in pendenza della procedura di gara, non aveva chiesto tempestivamente all'organismo di attestazione (stipulando all'uopo il relativo contratto d'incarico) di procedere alla verifica della sua posizione e di provvedere al conseguente "aggiornamento" (o "rinnovamento") dell'attestato ed aveva ottenuto il rilascio di

⁶¹ In tal senso, *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 21 maggio 2020, n. 1029, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 24 marzo 2017, n. 132, *ibidem*.

⁶² Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2020, n. 7178 e 3 aprile 2018, n. 2051, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 286, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 3 luglio 2018, n. 1404, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 20 aprile 2018, n. 1060, *ibidem*.

⁶³ Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2018, n. 4148, in www.giustizia-amministrativa.it.

un nuovo certificato SOA – ancorché recante una classifica superiore rispetto a quella precedentemente posseduta e presentata per la partecipazione alla gara – ben oltre il termine di novanta giorni antecedenti la data di scadenza dell'attestazione, previsto dall'art. 16, comma 5, All. II.12 al vigente codice dei contratti pubblici⁶⁴. In tal caso, è stato rilevato che il contratto di rinnovo dell'attestazione SOA non poteva consentire l'ultrattività della “vecchia” SOA: in altri termini, la nuova SOA non poteva che avere un'efficacia *ex nunc*, così determinandosi una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti specifici di partecipazione.

Già prima, il Consiglio di Stato aveva inequivocabilmente affermato che la perdita dell'attestazione SOA non può essere recuperata attraverso dichiarazioni postume della società di attestazione, ai sensi delle quali l'impresa sarebbe rimasta in possesso, senza soluzione di continuità, dei requisiti d'ordine speciale⁶⁵.

Sempre in applicazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti, è stata ritenuta legittima l'esclusione dalla gara di un operatore economico disposta a causa della temporanea perdita, durante lo svolgimento della procedura, del requisito di partecipazione relativo all'**iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali**, richiesto dalla *lex specialis*.

Tale iscrizione è «un requisito di natura soggettiva relativo alla idoneità professionale degli operatori [...] e costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività di raccolta e trasporti dei rifiuti pericolosi e non, sì che “il relativo possesso determina quindi l'abilitazione soggettiva all'esercizio della professione e costituisce pertanto, un requisito che si pone a monte dell'attività di gestione dei rifiuti, pacificamente rientrando nell'ambito dei requisiti di partecipazione e non di esecuzione” (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6032), risultando poi la presenza soggettiva di siffatto requisito per poter con-

64 T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 10 maggio 2024, n. 325, in www.lexitalia.it.
65 Sez. V, 12 gennaio 2023, n. 434, in www.giustizia-amministrativa.it.

correre a gare aventi ad oggetto dette attività “conforme all’immanente principio di ragionevolezza e di proporzionalità - in specie, quanto a necessità e adeguatezza (Cons. Stato, V, 19 aprile 2017, n. 1825)»⁶⁶.

Anche la giurisprudenza penale ha affermato che «[l]a sospensione dell’iscrizione comporta il venir meno, per tutto il periodo della durata, dell’efficacia del titolo necessario per poter esercitare le attività per le quali l’impresa è stata iscritta. Sicché lo svolgimento *medio tempore* dell’attività (in questo caso) di trasporto di rifiuti deve ritenersi effettuato in mancanza di autorizzazione, dovendosi aver riguardo, a tal fine, non alla mancanza fisica dell’iscrizione, bensì agli effetti autorizzatori connessi all’iscrizione, sospesi (e dunque mancanti) per tutta la durata del relativo provvedimento»⁶⁷.

In applicazione del principio di continuità, è stato, dunque, ritenuto che la sospensione dell’iscrizione all’Albo dei Gestori Ambientali, richiesta dalla *lex specialis*, seppur temporanea, determini uno iato nel possesso dello specifico requisito di idoneità professionale e giustifichi, conseguentemente, l’esclusione dalla gara⁶⁸.

Il problema della continuità dei requisiti si pone anche nel caso di ***impresa attinta da informazione interdittiva antimafia***.

Secondo la giurisprudenza formatasi nella vigenza del codice dei contratti pubblici del 2006, l’interdittiva antimafia non era un requisito di ordine generale, ovvero una caratterizzazione soggettiva dell’impresa, ma produceva gli effetti di una misura di prevenzione finalizzata a negare l’accesso alle commesse pubbliche alle imprese sospettabili di connessione con la criminalità organizzata. Ove gli effetti di un tale sospetto, formalizzati nel provvedimento interdittivo, fossero venuti meno, sarebbe cessata la ragione stessa dell’inabilitazione e la sua (temporalmente) circoscritta previgenza non avrebbe precluso la stipula del

66 Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2019, n. 3727, in www.giustizia-amministrativa.it.

67 Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 2015, n. 14273, in *CED Cassazione penale*, 2015.

68 T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 18 gennaio 2022, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it.

contratto né, a maggior ragione, imposto l'esclusione o la revoca dell'aggiudicazione. Del resto, il non essere stato destinatario di un'interdittiva antimafia non era condizione che la legge elevasse a requisito generale di qualificazione alle procedure di evidenza pubblica. Conseguentemente, si riteneva che non vi fosse spazio per invocare il principio di continuità dei requisiti generali e speciali⁶⁹.

Tale orientamento giurisprudenziale, tuttavia, era stato superato da un altro, secondo il quale «l'emissione dell'informazione antimafia, ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, rientra tra le cause di esclusione dalla gara e comporta ineluttabilmente l'impossibilità di stipulare i contratti con la pubblica amministrazione [...], in quanto, secondo la previsione dell'art. 116, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, i richiami alle disposizioni della l. n. 1423 del 1956 e alla l. n. 575 del 1965 si devono intendere riferiti al d.lgs. n. 159 del 2011 e, in particolare, agli artt. 67 e 84 del codice antimafia, che contemplano le due misure di prevenzione amministrative della comunicazione antimafia e dell'informazione antimafia, entrambe ad effetto interdittivo ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011, senza che possa distinguersi sul punto»⁷⁰.

Successivamente, l'art. 80, comma 2, del codice dei contratti pubblici del 2016 ha previsto espressamente tra le ipotesi di esclusione dell'operatore economico dalla gara la comunicazione di misure interdittive antimafia, per cui la giurisprudenza successiva è stata chiamata piuttosto a stabilire che effetti abbia sul provvedimento di esclusione da una gara disposto nei confronti di un'impresa attinta da un'informazione antimafia interdittiva la sopraggiunta ammissione della stessa al controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del decreto legislativo n. 159 del 2011.

Ebbene, la giurisprudenza ha univocamente affermato che, in virtù del principio generale dell'efficacia solo per l'avvenire, l'ammissione al controllo giudiziario non incide sul pregresso provvedimento di esclusione e consente,

69 Così Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2017, n. 1677, in www.giustizia-amministrativa.it.

70 Così Cons. Stato, Sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5963, in www.giustizia-amministrativa.it, seguita da id., 24 ottobre 2018, n. 6052, *ibidem*.

quindi, all'impresa soltanto di partecipare in situazione di controllo a future procedure di gara⁷¹, ma non anche di essere reintegrata nell'esecuzione dei lavori affidatili nel periodo in cui era operante nei suoi confronti l'interdittiva⁷².

Tale orientamento è stato condiviso da recente dottrina, ad avviso della quale, «[a]mmettendo la soluzione della retroattività, verrebbe ad essere violato altresì il principio *tempus regit actum*, in quanto la misura interdittiva accerta in un dato momento il pericolo d'infiltrazioni mafiose, cristallizzandone in un dato momento gli effetti che non possono essere vanificati *ex tunc* mediante l'ammissione al controllo giudiziario»⁷³.

Inoltre, se si generalizzasse l'effetto retroattivo dell'ammissione al controllo giudiziario, molte imprese sarebbero indotte a partecipare “al buio” alle procedure di gara, confidando sul fatto che, sia pure colpite da interdittiva antimafia, un'eventuale ammissione al controllo giudiziario farebbe loro riacquistare la capacità di contrattare con la pubblica amministrazione, di cui non erano in possesso al momento dell'affidamento dell'appalto⁷⁴, con evidente elusione degli obiettivi di prevenzione antimafia⁷⁵.

Last but not least, se retroagisse, la misura del controllo giudiziario finirebbe per avere un effetto caducante, e non semplicemente inibitorio, sull'interdittiva antimafia, il che sarebbe in netto contrasto con l'art. 113, comma 3, della Costituzione, secondo cui il legislatore determina quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione e con quali effetti⁷⁶: il

71 Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez IV, 1 agosto 2022, n. 1831, *ibidem*.

72 Cons. Stato, Sez V, 6 ottobre 2022, n. 8558, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. IV, 1 maggio 2022, n. 1219, *ibidem*.

73 G. IUDICA, *Brevi osservazioni sui rapporti tra controllo giudiziario ex art. 34 bis, comma 7, d.lgs. n. 259 del 2011 ed effetti della sospensione dell'interdittiva antimafia*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 452.

74 Sull'incapacità *ex lege* dell'impresa attinta da interdittiva antimafia anche in relazione all'art. 67, comma 1, d.lgs. n. 159/2011, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it.

75 In tal senso, T.A.R. Campania-Napoli, Sez I, 28 ottobre 2021, n. 6793, in www.giustizia-amministrativa.it.

76 G. IUDICA, *op. cit.*, 453.

tribunale della prevenzione, infatti, non può sindacare l'interdittiva, pena l'indebita invasione della sfera riservata all'amministrazione⁷⁷.

Sul punto, è recentemente intervenuta l'Adunanza Plenaria, affermando chiaramente che l'istituto del controllo giudiziario «non ha effetto caducante sulla interdittiva antimafia – la cui esistenza, al contrario, necessariamente presuppone – ma determina solo la sospensione delle conseguenze inibitorie per tutto il periodo di durata della misura»⁷⁸.

La giurisprudenza successiva ha ribadito il principio «secondo cui il controllo giudiziario [...] può solamente sospendere in modo temporaneo gli effetti della misura interdittiva, ma non già eliminare quelli nel frattempo prodotti dall'interdittiva stessa nei rapporti in corso. [...] La tesi contraria ammetterebbe una interpretazione non conforme alla *ratio legis* della disposizione invocata, atteso che in riferimento ai provvedimenti di esclusione [...], gli effetti del tentativo di infiltrazione mafiosa non si esauriscono solo nell'ambito della procedura di gara, ma riguardano anche la fase di esecuzione del contratto. Diversamente opinando verrebbe meno la finalità dell'interdittiva antimafia, ossia tutelare il rapporto con l'amministrazione da eventuali e probabili forme di infiltrazioni mafiose che inquinano l'economia legale, alterano il funzionamento della concorrenza e costituiscono una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica: il controllo giudiziario [...] può quindi sospendere gli effetti dell'interdittiva, ma non già eliminare quelli già prodotti dall'interdittiva stessa, da cui è stata attinta l'impresa in ragione del riscontrato pericolo di infiltrazione mafiosa nel peculiare periodo temporale in corso. [...] L'ammissione (o anche solo la richiesta in tal senso) al controllo giudiziario [...] non ha dunque alcuna conseguenza sui provvedimenti di esclusione [...], i cui effetti contestualmente si producono e si esauriscono in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara intera-

⁷⁷ P. MAGLIONE, *Prevenzione patrimoniale al crocevia tra giudice penale e prefettura: lo "strano caso" del controllo giudiziario volontario*, in www.federalismi.it, n. 6/2021, 112.

⁷⁸ Dec. 13 febbraio 2023, n. 8, in www.lexitalia.it.

mente considerata, di modo che non vi è possibilità di un ritorno indietro per via della predetta ammissione»⁷⁹.

In sostanza, per quanto qui d'interesse, può concludersi che, «in assenza di una disposizione che esplicitamente riconosca alla sospensione degli effetti interdittivi dell'antimafia conseguente all'ammissione al controllo giudiziario efficacia derogatoria nei confronti del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, la perdita in corso di gara del requisito dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa non può considerarsi sanata, ai fini della partecipazione, dall'ammissione alla misura di prevenzione di cui all'art. 34-*bis* del D.lgs. n. 159/2011»⁸⁰.

Adesso, va, però, considerato che l'art. 94, comma 2, del vigente codice dei contratti pubblici sancisce l'irrelevanza della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario entro la data dell'aggiudicazione.

Il legislatore ha, in tal modo, «inteso ampliare la portata del controllo giudiziario come strumento di “bonifica”, riconoscendo così all'operatore economico più ampie possibilità di riconduzione ad economie sane», e contribuendo a fare chiarezza in ordine al controverso rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario⁸¹.

La continuità nel possesso dei requisiti entra in gioco anche con riguardo agli ***obblighi di assunzione di soggetti disabili***.

79 Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2023, n. 8481, in www.giustizia-amministrativa.it.

80 A.N.AC., delib. 26 gennaio 2022, n. 29, in www.anticorruzione.it; nel senso, in presenza di un'ammissione al controllo giudiziario disposta quando la procedura di gara è già ultimata, «da pur ammessa efficacia paralizzante del controllo giudiziario non sani il difetto del requisito di partecipazione, condizione che si produce ed esaurisce in maniera definitiva nell'ambito della procedura di gara [...], interamente considerata», T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 29 novembre 2023, n. 6559, in www.giustizia-amministrativa.it.

81 R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Cause di esclusione non più escludenti: continuità del possesso dei requisiti, informazione interdittiva antimafia e controllo giudiziario (nota a sentenza Consiglio di Stato, V sez. n. 8481 del 2023)*, in www.giustiziainsieme.it, 21 febbraio 2024, § 3.

Un paio di mesi fa, il Consiglio di Stato ha affermato che, in presenza di un'impresa che aveva autodichiarato la propria condizione di regolarità in una data in cui certamente il termine di cui all'art. 9, comma 1, della legge n. 68 del 1999 era già scaduto⁸², e, nel contempo, non aveva ancora né formulato richiesta di assunzione nominativa né sottoscritto la convenzione di cui all'art. 11, la condizione di inottemperanza a tale momento deve considerarsi conclamata, a nulla rilevando che in tale momento l'impresa fosse ancora nei termini per l'invio del prospetto informativo e che questo sia stato poi regolarmente trasmesso, dal momento che tale invio afferisce solo a una possibile modalità di inoltro della richiesta di assunzione e non esclude affatto che l'impresa, già in un momento anteriore, fosse obbligata all'assunzione di un soggetto disabile (*ex art. 3*) e fosse anche già inottemperante a tale obbligo (*ex art. 9, comma 1*)⁸³. Tale condizione di inosservanza, riscontrata alla data della presentazione dell'offerta, è stata ritenuta «di per sé sufficiente a legittimare la doverosa esclusione dalla procedura selettiva, rendendo ultronee le ulteriori considerazioni svolte [...] – in ossequio al principio della continuità del possesso dei requisiti – con riferimento anche al successivo periodo di svolgimento della gara».

Per completezza, non posso esimermi dall'affrontare, ovviamente in modo rapido e con esclusivo riguardo al principio di continuità nel possesso dei requisiti, anche l'ipotesi dell'*illecito professionale grave*, che pur forma oggetto di un'apposita relazione.

Ed infatti, «[i]n coerenza con l'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata della gara pubblica e successivamente alla sua conclusione, il Consiglio di Stato indica un momento preciso della procedura in cui l'operatore è tenuto ad aggiornare la propria dichiarazione e comunicare tutte le vicende, anche so-

⁸² Secondo il succitato art. 9, comma 1, la regolarità dell'impresa ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dalla l. n. 68/1999 permane per i primi sessanta giorni dal momento dell'insorgere dell'obbligo di assunzione; tale regolarità deve sussistere ed essere dichiarata al momento della partecipazione alla gara d'appalto.

⁸³ Sez. III, 5 aprile 2024, n. 3167, in www.giustizia-amministrativa.it.

pravvenute, relative alla propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di compiere un'adeguata valutazione di affidabilità [...]. Il dovere comunicativo si ritiene violato laddove, a seguito dell'evento rilevante, si tengano sedute pubbliche di gara e in tale occasione l'operatore manchi di aggiornare la dichiarazione resa precedentemente»⁸⁴.

In sostanza, dev'essere l'amministrazione – com'è noto – a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore e ciò deve avvenire alla luce del principio di continuità nel possesso dei requisiti⁸⁵. Da qui la sussistenza, in capo ai partecipanti alle procedure d'appalto della pubblica amministrazione, dell'obbligo di comunicare a quest'ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, *anche sopravvenute*, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentirle di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla loro reale affidabilità, morale e professionale⁸⁶.

E', dunque, in virtù del principio di continuità nel possesso dei requisiti che la giurisprudenza afferma, ad es., che «non è rilevante, agli effetti dell'obbligo di effettuare la dichiarazione, la circostanza per cui la sentenza di condanna sia intervenuta nel corso del procedimento di gara, e successivamente alla dichiarazione resa a corredo della domanda di partecipazione»⁸⁷.

84 Cons. Stato, Sez. III, 20 agosto 2021, n. 5967, in *Urb. e app.*, 2022, 337, con commento di L. BATTARINO, *Sull'obbligo dichiarativo dei fatti sopravvenuti in corso di gara pubblica*; nello stesso senso, id., 26 ottobre 2020, n. 6530 e 13 giugno 2018, n. 362, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260, *ibidem*.

85 T.A.R. Emilia Romagna-Parma, Sez. I, 6 giugno 2023, n. 197, in www.giustizia-amministrativa.it.

86 T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 13 giugno 2023, n. 205, in www.giustizia-amministrativa.it (il corsivo nel testo è nostro); in termini, A.N.AC., delib. 12 luglio 2023, n. 327, in www.anticorruzione.it.

87 T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 22 marzo 2021, n. 731, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8021, *ibidem*; Sez. III, 1 luglio 2015, n. 3274, *ibidem*.

Per analoghe esigenze di completezza, occorre dar conto dell'applicazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti a **raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi**, anch'essi oggetto di una relazione *ad hoc*.

Già l'art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici del 2016 consentiva la sostituzione dell'impresa ausiliaria che avesse perso uno o più requisiti di partecipazione. Come evidenziato dalla giurisprudenza, si tratta di un «istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), rispondendo all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso»⁸⁸. In considerazione di ciò, esso è stato inizialmente ritenuto di stretta interpretazione e non applicabile, quindi, alla diversa ipotesi della perdita del requisito da parte della capogruppo mandataria di un costituendo raggruppamento⁸⁹.

Tre anni fa, tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha affermato che anche «[l]a consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione [...] dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione»⁹⁰.

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini, T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 27 dicembre 2019, n. 2272, *ibidem*.

⁸⁹ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 5 maggio 2020, n. 951, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰ Dec. 18 marzo 2021, n. 5, in *Urb. e app.*, 2021, 525, con commento di A. GIACALONE – A. PELOSO, *I requisiti dei consorzi stabili e l'avvalimento "di riserva" di matrice pretoria*, ad avviso dei quali la lettura "evolutive" dell'istituto dell'avvalimento e della connessa possibilità di sostituire l'impresa ausiliaria proposta dalla Plenaria era «suscettibile di trovare applicazione estensiva anche in altre ipotesi di aggregazione tra operatori economici» (*ivi*, 534).

Alcuni mesi dopo, della possibilità di sostituzioni soggettive nei raggruppamenti temporanei di imprese è stata chiamata ad occuparsi la Corte di Giustizia dell'Unione europea⁹¹, che è parsa non considerare in alcun modo la diversità del ruolo assunto in gara da un'ausiliaria rispetto ad un'impresa riunita ed ha richiamato la propria precedente giurisprudenza secondo la quale le amministrazioni aggiudicatrici devono sempre disporre della facoltà di imporre la sostituzione del soggetto che risulti carente dei requisiti, financo nell'ipotesi in cui questi abbia reso una falsa dichiarazione⁹².

Un mese dopo, la Sez. V del Consiglio di Stato ha nuovamente rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, già *incidenter tantum* affrontata con le sentenze nn. 9 e 10 del 2021, relativa alla possibilità di modificare i raggruppamenti temporanei di imprese in corso di gara (e non solo in fase di esecuzione) in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti di partecipazione⁹³.

L'organo della nomofilachia ha ritenuto che, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte del mandatario o di una delle mandanti, la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese sia consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, e che in siffatta ipotesi la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, debba interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda riorganizzare il proprio assetto per poter riprendere la partecipazione alla gara, assegnargli un congruo termine per provvedere all'incombenza⁹⁴.

La Plenaria – che ha interpretato i commi 17, 18 e 19-*ter* dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici del 2016 «nel senso di consentire, ricorrendone i presupposti, esclusivamente la modificazione “in diminuzione” del raggruppa-

⁹¹ Grande Sez., 7 settembre 2021, in causa C-927/2019, *Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras c. UAB Ecoservice Klaipėda e altri*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

⁹² Così D. BRACCI, *I raggruppamenti temporanei tra esclusioni e sostituzioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia europea 7 settembre 2021, n. C-927/19*, in *Riv. trim. app.*, 2022, 131-132, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁹³ Ord. 18 ottobre 2021, n. 6959, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁴ Dec. 25 gennaio 2022, n. 2, in *Giur. it.*, 2022, 1934, con nota di M. FAVIERE, *Le modifiche soggettive di un R.T.I. in corso di gara*.

mento temporaneo di imprese, e non anche quella cd. “per addizione”, che si verificherebbe con l’introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno»⁹⁵ – ha osservato «come una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti *ex art. 80* in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata; per altro verso, perverrebbe ad un risultato irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, poiché sarebbe consentita la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerate più gravi – secondo criteri di disvalore ancorati a valori costituzionali che l’ordinamento deve tutelare, come certamente quello inerente a casi previsti dalla normativa antimafia - rispetto a quelli relativi alla perdita di requisiti di cui all’art. 80. Inoltre, si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese in sé “incolpevoli”, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di “responsabilità oggettiva”, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di *culpa in eligendo*. In sostanza, «una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti *ex art. 80*, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di *par condi-*

⁹⁵ In tal senso, appena due settimane dopo, anche Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2022, n. 899, in *Giur. it.*, 2022, 2476, con nota di I. PAGANI, *La modifica del R.T.I. in fase di gara o di esecuzione del contratto pubblico*, il quale, tuttavia, si chiede «fino a che punto il rigore con cui si è preclusa la modifica “in addizione” in concreto tuteli ogni profilo meritevole di protezione. La modifica del R.T.I. solo “per sottrazione” potrebbe infatti ledere altri interessi, tanto della committenza quanto degli altri operatori che si interfacciano con l’affidatario nell’esecuzione del rapporto: per la riduzione dei corresponsabili per la corretta esecuzione; per la necessità (stante il divieto di eterointegrazioni del R.T.I.) di proseguire nell’affidamento, con derivata necessità di una nuova gara che dilata i tempi d’esecuzione e fors’anche i costi. Tutto ciò, a fronte di un’attività – la verifica dei requisiti oggettivi, soggettivi e antimafia – che potrebbe comunque essere fatta (in fase di gara o d’esecuzione) nel momento in cui si verifica l’addizione: non molto diversamente da quanto dispone per i subappaltatori l’art. 105, 12° comma, del Codice. Il tutto, certo escludendo – per rispetto della *par condicio* e a presidio della concorrenza – il subentro di soggetti già offerenti e non rimasti aggiudicatari, perché mai si potrebbe consentire ad un operatore di concorrere due volte per la medesima commessa» (*ivi*, 2480).

cio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici). Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall'ordinanza di rimessione, «nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione *ex art.* 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della *par condicio* dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato».

Come evidenziato in dottrina, l'apertura operata dalla Plenaria, pur ritenuta condivisibile, richiede dei «contro-limiti individuati soprattutto nella necessità che il soggetto subentrante possieda i requisiti di carattere generale e speciale richiesti dalla stazione appaltante per la partecipazione alla gara. In altri termini le vicende modificative che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verifichino nel corso del procedimento non si traducono in automatiche cause di esclusione, a ciò ostando il principio – di derivazione comunitaria – di massima libertà di organizzazione delle imprese. Le stazioni appaltanti però possono ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi comunque in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione. Tale sistema di contro-limiti risulta peraltro coerente con il [...] principio della continuità del mantenimento dei requisiti generali e speciali di gara»⁹⁶.

⁹⁶ M. FAVIERE, *op. cit.*, 1341.

Sotto altro profilo, è stato, altresì, rilevato che «[n]on è da escludere che, a seguito della sentenza della Plenaria, la giurisprudenza sia chiamata ad interrogarsi proprio sul momento in cui un requisito di partecipazione può dirsi "perduto"» e, in attesa «di un futuro intervento chiarificatore da parte del giudice amministrativo ovvero dello stesso legislatore», si è aggiunto che «*prima facie* sembrerebbe ragionevole riscontrare una mancanza originaria dei requisiti ed il conseguente divieto di modificazione soggettiva qualora già prima della presentazione dell'offerta sussistano delle cause obbligatorie di esclusione di uno degli operatori. Viceversa, si dovrebbe parlare di una mancanza sopravvenuta che giustifica la sostituzione interna ovvero il recesso dell'operatore in presenza sia di cause obbligatorie di esclusione intervenute in corso di gara, sia dell'applicazione di cause facoltative di esclusione a prescindere dal fatto che l'esclusione si fondi su condotte assunte prima o dopo la presentazione dell'offerta»⁹⁷.

Il principio affermato dalla Plenaria è stato comunque ritenuto «applicabile anche ai consorzi stabili; pertanto, in caso di successiva perdita del requisito da parte di una consorziata designata, il consorzio può manifestare alla stazione appaltante che lo interPELLI la volontà di proseguire la fase di gara ovvero quella esecutiva con le altre consorziate»⁹⁸.

La stessa giurisprudenza ha, però, affermato che «[d]iverso discorso va fatto con riguardo al possesso dei requisiti di partecipazione all'atto di presentazione dell'offerta. In tal caso non è consentita la successiva modifica soggettiva dell'operatore economico in fase di gara ovvero in fase di esecuzione, poiché ciò rappresenterebbe una sorta di sanatoria *ex post* della carenza originaria di un requisito e si porrebbe in contrasto con la *ratio* antielusiva degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016. La modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma pluri-

97 C. CATALDI – L. GOLISANO, *La perdita in corso di gara dei requisiti di partecipazione e le modifiche soggettive dei raggruppamenti*, in *Riv. trim. app.*, 2022, 514-516.

98 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-ter, 13 ottobre 2023, n. 15185, in www.giustizia-amministrativa.it; già prima, Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2023, n. 3615, *ibidem*; da ultimo, T.A.R. Toscana, Sez. I, 16 aprile 2024, n. 449, *ibidem*.

soggettiva presuppone pur sempre il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3615/2023; n. 2397 del 2020). La concorde giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato ha chiarito le differenze tra consorzi ordinari e consorzi stabili, precisando che questi ultimi hanno natura di soggetti collettivi autonomi rispetto alle consorziate (Cassazione civ., sez. I, sent. n. 1192/2018; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 9762/2022). La dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale da parte della consorziata designata per l'esecuzione dell'appalto è finalizzata ad impedire che essa possa giovare della copertura del consorzio quale ente distinto, eludendo le verifiche di competenza della stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 6777/2023)».

La surriportata pronuncia ha, infine, precisato che «[l]a stazione appaltante deve accertare che l'estromissione della consorziata dalla procedura risponda ad esigenze organizzative derivanti dalla perdita sopravvenuta dei requisiti e non sia invece finalizzata ad eludere l'esclusione dalla procedura per carenza originaria degli stessi. La modifica in sostituzione, inoltre, non inficia la natura del consorzio, trattandosi, come si è detto, di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, naturalmente se il consorzio stabile rimane nella sua totalità in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*. Ciò in quanto la modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone, pur sempre, il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda (Consiglio di Stato, sez. V, n. 779/2023)».

In definitiva, la pronuncia della Plenaria «estende alla fase di gara la possibilità di modificare il raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione, senza tuttavia includere la diversa ipotesi della carenza *ab origine* degli stessi. [...] Una diversa soluzione, volta a sanare *ex post* una situazione originaria di preclusione alla partecipazione alla

gara, determinerebbe infatti una evidente violazione della *par condicio* tra i concorrenti».

Il principio dell'immodificabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese è stato, infine, superato dal legislatore: l'art. 97 del vigente codice dei contratti pubblici stabilisce, infatti, regole profondamente innovative per gli operatori economici che partecipano alla gara in raggruppamento temporaneo (e in consorzio ordinario o stabile)⁹⁹.

In particolare, il comma 2 di tale articolo prevede che se un partecipante del raggruppamento sia colpito da una causa di esclusione (sia automatica che non), il raggruppamento stesso può non soltanto estrometterlo e provvedere ad una riorganizzazione interna, ma anche sostituirlo con un soggetto esterno munito dei necessari requisiti, purchè tale ricambio avvenga facendo «salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata», così da assicurare la parità di trattamento dei concorrenti.

Il nuovo codice ha anche risolto un annoso contrasto giurisprudenziale circa la perdita dei requisiti di partecipazione, «prevedendo in modo esplicito che il *deficit* sanabile con l'estromissione/sostituzione può riguardare anche qualsiasi requisito di ordine speciale. [...] Quindi, si può far fronte alla perdita di uno o più requisiti speciali (compreso il peculiare requisito costituito dall'attestazione SOA [...]) in capo alla raggruppata esclusa attraverso un accrescimento dell'apporto dei requisiti speciali da parte delle imprese superstiti o (nel caso di ATI additiva) attraverso i requisiti speciali che porta l'impresa che entra a far parte della compagine associativa»¹⁰⁰. Inoltre, «[l]a modificazione è ammessa sia per le cause espulsive che insorgono dopo la presentazione dell'offerta e prima dell'aggiudicazione, sia per quelle già occorse in precedenza se, in sede di formulazione dell'offerta, il RTI comunica la situazione escludente e dimostra

⁹⁹ L. FELLETTI, *Requisiti di partecipazione alle gare e novità in materia di esclusione*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 866.

¹⁰⁰ G. FISCHIONE, *Self cleaning, estromissione, sostituzione e recesso nel contesto dell'ATI: le nuove frontiere del codice di cui al d.lgs. n. 36 del 2023*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 1346 e 1351.

l'impossibilità di farvi fronte antecedentemente. In proposito, la Relazione illustrativa evidenzia che si è scelto di "sacrificare" colui che, pur potendolo fare, non ha rimediato tempestivamente all'evento patologico, per *par condicio* rispetto agli altri partecipanti»¹⁰¹.

Resta ferma l'impossibilità di avvalersi del meccanismo rimediabile di cui all'art. 97 per far fronte alla carenza già *ab origine* dei requisiti di ordine speciale del raggruppamento¹⁰².

Per concludere la carrellata, un cenno all'ipotesi dell'**avvalimento**, della quale ci eravamo occupati incidentalmente trattando dei raggruppamenti e dei consorzi.

Notoriamente, l'impresa ausiliaria riveste un ruolo qualificato nell'affidamento dell'appalto poiché è grazie ai suoi requisiti speciali di cui il concorrente si avvale per partecipare alla gara che questi può aspirare a divenire contraente con l'amministrazione. La giurisprudenza, da sempre orientata nel senso che i requisiti generali di partecipazione sono inderogabili, indisponibili e devono essere posseduti dal momento della partecipazione alla gara fino all'esecuzione del contratto, è, pertanto, assai chiara nell'affermare che i requisiti stessi «devono essere posseduti non solo in via diretta dai concorrenti, ma anche in via diretta dalle imprese ausiliarie di cui il concorrente si avvale e devono essere mantenuti, da entrambi, durante il predetto arco temporale»¹⁰³.

Nella vigenza del codice dei contratti pubblici del 2006, la conseguenza dell'accertamento del mancato possesso dei requisiti generali, anche in capo all'ausiliaria, era l'esclusione del concorrente: si trattava di conseguenza senza alternativa, in quanto non era previsto che il concorrente, per evitare di incorrere nell'esclusione, potesse sostituire l'ausiliaria rimasta priva dei requisiti.

101 L. FELLETTI, *op. cit.*, 868.

102 Sul punto, da ultimo, T.A.R. Molise, Sez. I, 9 maggio 2024, n. 144, in www.giustizia-amministrativa.it.

103 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 14 marzo 2023, n. 4524, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il meccanismo della sostituzione è stato, infatti, introdotto soltanto dal codice del 2016, che all'art. 89 ha recepito sul punto l'art. 63 della direttiva 2014/14/UE: è soltanto per le gare disciplinate dal suddetto codice, quindi, che «non v'è più motivo per discorrere, in relazione a tale peculiare fattispecie, di necessaria continuità del possesso dei requisiti del concorrente che si avvale dell'apporto claudicante di terzi, a pena di esclusione»¹⁰⁴.

Tale possibilità è poi stata confermata dall'art. 104, comma 6, del codice vigente, il quale prescrive che la stazione appaltante consenta all'operatore economico di sostituire le ausiliarie che non siano onorabili o tecnicamente affidabili¹⁰⁵.

Come per i raggruppamenti e i consorzi stabili, se ciò non fosse consentito, si ammetterebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva dell'operatore economico per un fatto dell'ausiliaria cui non ha concorso¹⁰⁶; tuttavia, qualora dai documenti prodotti in gara e/o dall'istruttoria processuale emergesse che il concorrente aveva fatto ricorso all'avvalimento pur essendo a conoscenza dell'assenza dei requisiti in capo all'ausiliaria, il meccanismo sostitutivo non potrebbe operare¹⁰⁷.

5. L'ambito applicativo del principio di continuità e le relative deroghe in ossequio al canone di proporzionalità

Il rigore della giurisprudenza nell'applicare il principio di continuità trova conferma in una pronuncia del Consiglio di Stato nella quale si afferma che anche quando la procedura di affidamento dell'appalto è strutturata in due fasi (come nel caso della procedura ristretta), di cui la prima consiste nell'individuazione dei soggetti da invitare (c.d. «fase di prequalifica») e la seconda nella valutazione delle offerte presentate dagli operatori selezionati, il possesso dei requisiti di partecipazione e dei requisiti speciali eventualmente richiesti deve sussistere

104 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2021, cit.

105 A. BONAITI, *Art. 104*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *op. cit.*, 758.

106 Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 368, in www.giustizia-amministrativa.it.

107 T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 7 giugno 2022, n. 831, in www.giustizia-amministrativa.it.

stere fin dalla fase iniziale della procedura, ossia, appunto, fin dalla c.d. «prequalifica»¹⁰⁸. Nella specie, il requisito consisteva nella produzione del contratto di avvalimento, che era avvenuta nell'ambito della procedura ristretta, cioè al momento dell'invio dell'offerta, quindi nella seconda fase della procedura. I giudici di primo grado avevano considerato tale produzione rituale, mentre il Consiglio di Stato ha ritenuto che «il principio di continuità nel possesso dei requisiti [...] postuli in via necessaria che i requisiti di partecipazione – ivi compreso il necessario possesso delle richieste qualificazioni – siano posseduti senza tendenziale soluzione di continuità sia nelle fasi preliminari, che per tutto il seguito della procedura. [...] Il T.A.R. ha rilevato che una deroga sostanziale al richiamato principio potrebbe essere affermata nelle ipotesi in cui (come nel caso in esame) il tempo particolarmente lungo trascorso fra la fase di prequalifica e l'avvio della procedura ristretta abbia modificato – e in modo comprensibile – gli originari assetti di fatto, inducendo la capogruppo a stipulare nuovi contratti di avvalimento con nuove e diverse imprese ausiliarie. Il Collegio osserva tuttavia che neppure nelle circostanze rappresentate può risultare giustificata l'originaria carenza di validi contratti di avvalimento (e, in via mediata, dell'effettivo possesso dei necessari requisiti di partecipazione). E' infatti evidente che il decorso del tempo (e la necessità, a talune condizioni, di sostituire le imprese ausiliarie) non possa rappresentare una circostanza idonea a giustificare *ex post* l'originaria validità del contratto di avvalimento (e, con essa, il possesso di requisiti di carattere indefettibile)».

Come evidenziato dai primi commentatori, «[l]a *ratio iuris* del “principio di continuità nel possesso dei requisiti”, applicato al contratto di avvalimento, risiede nel fatto che, se tale contratto non venisse prodotto già nella c.d. “fase di prequalifica”, la stazione appaltante non acquisirebbe mai la certezza in ordine alla concreta possibilità del partecipante di eseguire, mediante appunto l'avvalimento di un'impresa ausiliaria, le prestazioni oggetto del contratto (nel

108 Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543, in www.giustizia-amministrativa.it.

caso in cui egli divenisse aggiudicatario). Potrebbe, infatti, accadere che, nella fase di prequalifica, il partecipante produca non già il contratto di avvalimento bensì la sola dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria (oppure depositi un contratto di avvalimento il quale però non specifica nel dettaglio i requisiti prestati), garantendo comunque che produrrà lo stesso contratto in sede di invio dell'offerta (nel caso in cui dovesse essere a tal fine selezionato), e poi la stazione appaltante sopra, al momento in cui lo stesso partecipante viene invitato a formulare l'offerta, che egli in realtà non può più fare ricorso all'avvalimento (p. es. perché nel frattempo l'ausiliaria si è resa indisponibile oppure non ha specificato analiticamente i requisiti messi a disposizione). In casi simili verrebbe vanificata tutta quanta la procedura, in quanto la stazione appaltante ha invitato un soggetto che poi si scopre – causa sopravvenuta impossibilità di ricorrere all'avvalimento – non essere in grado di eseguire la prestazione. Sostanzialmente, quindi, l'affermata necessità che il partecipante ad una procedura ristretta depositi, già fin dalla fase iniziale (“prequalifica”), il contratto di avvalimento, è funzionale a garantire il rispetto del principio di economicità del procedimento, ed anche di efficacia del medesimo intesa come necessità di avere certezza circa l'effettiva idoneità ad eseguire il contratto»¹⁰⁹.

La stessa dottrina ha, tuttavia, manifestato talune perplessità nei riguardi di tale pronuncia, notando che «[l]a violazione del principio di economicità del procedimento deve essere valutata anche alla stregua di un criterio di proporzionalità, e quindi va esaminata tenendo conto dello stato a cui si trova il procedimento stesso. Una lesione sostanziale, considerevole, del suddetto principio si verifica senza dubbio quando la stazione appaltante dapprima adotta il provvedimento di aggiudicazione, e, dopo l'aggiudicazione, scopre che l'aggiudicatario non era in possesso dei requisiti previsti [...]. Diverso però è il discorso per la procedura ristretta: anche nel caso in cui il partecipante non abbia prodotto il contratto di avvalimento né nella fase iniziale (“prequalifica”) né nella fase fina-

109 S. TADDEUCCI, *La continuità del possesso dei requisiti nella procedura ristretta*, in www.italiappalti.it, 29 marzo 2018.

le (invio dell'offerta), comunque l'accertamento dell'assenza del requisito avviene prima ancora della determina di aggiudicazione, ossia dell'atto terminativo del procedimento. In tale ipotesi, quindi, una lesione del principio di economicità del procedimento potrà tutt'al più consistere nel fatto che è stato invitato a formulare l'offerta un soggetto che già in fase di "prequalifica" non aveva il suddetto requisito».

Si consideri, inoltre, che, «nella procedura ristretta, può accadere che un requisito – che il partecipante, nella fase di "prequalifica", ancora non possiede o possiede in modo non conforme a quanto richiesto (vedi contratto di avvalimento) – potrebbe comunque essere posseduto pienamente nella fase dell'invio dell'offerta, ovvero nella seconda fase. Pertanto, escludere dalla procedura un soggetto soltanto perché questi, nella fase di "prequalifica", non aveva un requisito, significa precludergli la possibilità di entrare in possesso del requisito stesso al momento in cui verrà invitato a formulare l'offerta (l'impresa ausiliaria potrebbe, nella fase di "prequalifica", rilasciare una dichiarazione di impegno generica od incompleta, e poi, nella fase dell'invito ad offrire, stipulare con il partecipante un contratto di avvalimento dettagliato e quindi pienamente rispondente alle esigenze dell'appalto). Una simile esclusione, quindi, non soltanto appare contraria al principio di proporzionalità [...], ma sembra anche lesiva del principio di concorrenza: l'essenziale, infatti, è che l'operatore economico dimostri di essere in possesso dei requisiti al momento dell'invio dell'offerta, in quanto è sostanzialmente questa, nella procedura ristretta, la fase nella quale la stazione appaltante valuta l'effettiva idoneità del soggetto a diventare affidatario; ritenere che il soggetto debba essere escluso già nella fase iniziale ("prequalifica") perché, in tale momento, non era in possesso del requisito, conduce ad una violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione nella loro dimensione sostanziale».

In un altro caso, sono stati, invece i giudici di Palazzo Spada a ribaltare il verdetto del t.a.r. e circoscrivere l'ambito applicativo del principio di continuità.

Mentre in prime cure era stato affermato che l'anzidetto principio «non può non applicarsi ad ogni genere di procedura selettiva (salvo le precisazioni e i limiti della materia e della *lex specialis*) in quanto è inerente all'obbligo di parità di trattamento, che a sua volta è canone essenziale anche della programmazione e delle sovvenzioni UE, pure con riguardo alle procedure in cui proponenti siano soggetti pubblici»¹¹⁰, il Consiglio di Stato ha detto che «tale principio atiene alla materia dell'appalto di lavori e non alle procedure comparative per il finanziamento. Nella specie, invece, la norma è chiara nello stabilire che la condizione prevista dal bando deve essere assolta al momento della presentazione della domanda; trattandosi di una condizione per l'accesso alla procedura di finanziamento, la stessa deve sussistere al momento della presentazione della domanda»¹¹¹.

Proprio il principio di proporzionalità, invocato dalla surriportata dottrina, giustifica poi, in combinazione con quello di ragionevolezza, alcuni temperamenti.

Il principio di continuità, infatti, «in quanto principio generale del procedimento di gara (necessariamente destinato, quindi, ad essere adattato alla specificità della fattispecie che venga di volta in volta in rilievo), deve essere inteso ed applicato in coerenza con i concorrenti principi di ragionevolezza e proporzionalità, aventi rango non subordinato ai fini della disciplina (per gli aspetti non compiutamente regolamentati in via legislativa) del procedimento selettivo. Corollario di tale rilievo è che la pur accertata discontinuità nel possesso del requisito, tanto più laddove esso non appartenga all'ambito dei presupposti soggettivi di partecipazione legislativamente tipizzati, non è suscettibile di determinare l'esclusione del partecipante alla gara, quando – vuoi per la durata dell'interruzione, vuoi per altre ragioni – essa non abbia concretamente deter-

110 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-*bis*, n. 6800/2023, cit.

111 Sez. VII, 11 ottobre 2023, n. 8873, in www.giustizia-amministrativa.it.

minato alcun *vulnus* all'esigenza dell'Amministrazione di instaurare rapporti contrattuali con soggetti affidabili e qualificati»¹¹².

Applicando le suesposte coordinate interpretative alla fattispecie oggetto di giudizio, il Consiglio di Stato ha osservato che la discontinuità nel possesso del requisito di partecipazione in capo all'impresa poi risultata aggiudicataria, determinata dall'emissione nei suoi confronti di un'interdittiva antimafia, aveva avuto una durata poco più che mensile, essendo stati i relativi effetti interdittivi inibiti per effetto del provvedimento giudiziario con cui era stata disposta, per sei mesi, la misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria, alla quale devono attribuirsi pieni effetti ripristinatori della legittimazione dell'impresa interessata a partecipare alla gara. Non avendo poi l'impresa, nel corso del breve periodo di efficacia della misura interdittiva, posto in essere atti giuridicamente rilevanti, la cui adozione fosse suscettibile di subire gli effetti contaminanti aventi la loro origine nel pericolo infiltrativo cui essa era soggetta, nelle more della nomina degli amministratori giudiziari, i giudici d'appello hanno ritenuto che «l'esclusione dell'impresa che si sia rivelata meritevole dell'aggiudicazione sulla scorta di una offerta presentata prima dell'adozione dell'interdittiva ed allorquando, per effetto dell'intervento giudiziario, sia venuto meno il rischio di condizionamento mafioso finirebbe per frustrare le finalità cui quegli istituti sono preordinati, senza che sia dimostrato un pregiudizio effettivo per la libertà di concorrenza ed i principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa».

La tesi del necessario contemperamento del principio di continuità nel possesso dei requisiti generali e speciali con i principi di ragionevolezza e proporzionalità è stata ribadita circa sei mesi fa in un caso in cui la misura interdittiva cautelare che aveva colpito l'aggiudicataria era stata in vigore per soli sei

¹¹² Cons. Stato, Sez. III, 24 giugno 2021, n. 4844, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV-ter, 15 maggio 2024, n. 9614, in *Urb. e app.*, 2024, 666, con commento adesivo di I. PAGANI, *Il temperamento del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche*.

giorni e poi immediatamente sospesa, con la contestuale applicazione di misure correttive prontamente poste in essere dalla società in esecuzione del comando giudiziale. Anche in quel caso, il Consiglio di Stato ha affermato che «ritenere che tale temporalmente brevissima inibizione alla stipulazione dei contratti con la pubblica amministrazione possa comportare, in virtù della rigorosa applicazione del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali, l'esclusione [...] da tutte le procedure di gara in corso durante tale limitatissimo periodo, appare irragionevole e contrario al principio di proporzionalità, in assenza di qualsivoglia prova, dall'angolazione quivi esaminata, di una concreta compromissione dell'esigenza dell'amministrazione di instaurare rapporti contrattuali con soggetti affidabili e qualificati. Ne consegue che, in una fattispecie concreta quale quella data, i sopra ricordati principi, declinati congiuntamente e sistemicamente, inducono a ritenere che l'aggiudicataria non sia incorsa nella causa di esclusione»¹¹³.

La giurisprudenza, infine, ha affermato in più occasioni che il presupposto perché la continuità nel possesso dei requisiti «possa porsi a base di un giudizio di affidabilità [...] pregno di rilevanza ed effetto, risiede nell'esistenza di un rapporto fra impresa ed amministrazione, dapprima caratterizzato da un momento procedimentale in cui l'impresa formula l'offerta e si impegna a mantenerla ferma nei suoi requisiti oggettivi e soggettivi, per tutta la durata della gara, e poi da un momento contrattuale in cui l'impegno si traduce in concrete obbligazioni reciproche. Quando, tuttavia, la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei con-

113 Sez. III, 19 dicembre 2023, n. 10994, in www.giustizia-amministrativa.it.

fronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione. E' pur vero che nelle ipotesi in cui l'amministrazione decida legittimamente di scorrere la graduatoria non vi è l'indizione di una nuova selezione concorsuale, né formulazione di nuove offerte, ma ciò non vale ad elidere l'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, i.e. l'aggiudicazione, e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento, c'è una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge limita nel tempo), tant'è che le stesse devono essere "confermate" in sede di interpello. In ogni caso sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione»¹¹⁴.

In siffatte ipotesi, soccorre, dunque, la recente indicazione giurisprudenziale secondo cui la composizione delle tensioni deve lasciarsi guidare dal canone della proporzionalità, che, al cospetto di indicazioni normative dubbie o evasive, prescrive di operare un bilanciamento tra i principi confliggenti, suscettibile di condurre ad equilibri variabili, secondo le specificità delle transazioni in gioco¹¹⁵.

6. Continuità dei requisiti ed esecuzione del contratto

Come riferito sin dall'inizio della presente indagine, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che, in base al principio di continuità, i requisiti generali e speciali debbano essere posseduti dai candidati non soltanto dall'inizio alla fine della procedura di affidamento, ma anche al momento della stipula del contrat-

¹¹⁴ Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2017, n. 1050, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, Sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4470, *ibidem*; da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. IV-ter, 15 maggio 2024, n. 9614, *ibidem*.

¹¹⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 96, con commento di M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*.

to e per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità¹¹⁶.

Vedremo in seguito se tale affermazione, nella sua generalissima portata, può essere condivisa¹¹⁷. Per il momento, osserviamo che la sua prima ricaduta è, *de plano*, che «il fatto che durante la procedura di gara esista un momento [...] in cui l'amministrazione deve verificare la sussistenza effettiva dei requisiti dichiarati dal concorrente, non esclude che la prima debba e possa continuare l'indagine anche in altre fasi del procedimento, visto che in qualsiasi momento dello stesso deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione»¹¹⁸.

Coerentemente, a fronte di una modifica societaria comportante il subentro di un nuovo operatore economico in luogo dell'originario partecipante, è stato affermato che «la stazione appaltante è chiamata ad una rinnovata attività di verifica avente ad oggetto, oltre al possesso dei requisiti in capo al subentrante, anche il possesso dei requisiti di partecipazione del subentrato al fine di accertare che l'operazione non sia diretta ad eludere l'applicazione del Codice. Se non esercitato al momento della ricezione della comunicazione dell'atto di riorganizzazione aziendale, il potere amministrativo di controllo non si consuma e può (*rectius*, deve, trattandosi dell'esercizio di un potere doveroso) essere

116 Sulle orme di Cons. Stato, Ad Plen., n. 8/2015, cit., tra le più recenti, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. V, 5 luglio 2023, n. 11302, in *Foro amm.*, 2023, II, 1119; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 14 marzo 2023, n. 1669, *ibidem*, II, 488; Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 5 dicembre 2022, n. 3479, *ibidem*; T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Trento, Sez. I, 5 dicembre 2022, n. 203, in *Foro amm.*, 2022, II, 1614; Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 447, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 14 ottobre 2021, n. 6462, in *Foro amm.*, 2021, 1549; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 24 febbraio 2021, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 386, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 23 ottobre 2020, n. 10822 e 3 giugno 2020, n. 5892, *ibidem*; T.A.R. Toscana, Sez. III, 28 settembre 2020, n. 1117, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, n. 951/2020, cit.; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4529, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443, 14 aprile 2020, n. 2397 e 17 marzo 2020, n. 1918, in *Foro amm.*, 2020, 809 e in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 56, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 538, *ibidem*.

117 Cfr. *infra*, § 7.

118 A. GIACALONE, *Fase di esecuzione e onere di continuità del possesso dei requisiti*, in *Urb. e app.*, 2016, 98.

esercitato successivamente, anche nella fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipula»¹¹⁹. Si afferma, quindi, che, «[i]n assenza di una specifica disciplina del procedimento di comunicazione e di verifica dei requisiti a seguito di cessione o affitto, trova infatti applicazione il principio [...] secondo cui, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, per cui può avvenire in tutti i momenti della procedura, a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati. Nel caso in cui le verifiche accertino l'insussistenza dei presupposti per l'autorizzazione del subentro, l'aggiudicazione rimane improduttiva di effetti (art. 32, comma 7), e l'amministrazione è tenuta ad escludere il concorrente risultato privo del possesso continuativo del requisito di partecipazione».

Non solo. La giurisprudenza va ben oltre, affermando che la stazione appaltante può verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati «persino durante il rapporto negoziale»¹²⁰; «[i]n questo senso, per ciò che concerne la perenne assoggettabilità alla verifica dei requisiti di partecipazione, la posizione dell'aggiudicatario e quella del contraente non si distingue da quella degli altri concorrenti poiché tutti sono sempre soggetti alla predetta verifica nel corso delle fasi che li riguardano»¹²¹.

Una così lapidaria affermazione suscita invero qualche perplessità.

Se, infatti, può convenirsi con l'Adunanza Plenaria allorquando collega l'esigenza di persistenza dei requisiti in fase di esecuzione a principi di ragione-

119 A.N.A.C., delib. 20 dicembre 2022, n. 614, in www.anticorruzione.it.

120 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 12 dicembre 2022, n. 7740, in *Foro amm.*, 2022, II, 1670; nel senso che «da verifica sul possesso dei requisiti da parte della stazione appaltante può avvenire in qualsiasi momento», anche T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 16 marzo 2020, n. 475, in www.giustizia-amministrativa.it.

121 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 9 aprile 2021, n. 4190, in *Foro amm.*, 2021, 668.

volezza e certezza del diritto, nonché ad irrinunciabili esigenze di legalità¹²², non può sottacersi che l'indagine condotta con riguardo ai codici dei contratti pubblici succedutisi nel tempo porta a constatare che «tutte le volte (a dire il vero poche) in cui il legislatore ha voluto accertarsi che un determinato requisito persistesse durante la fase di esecuzione, lo dice esplicitamente»¹²³.

Disposizioni in tal senso non sono rinvenibili nella disciplina codicistica concernente, ad es., la presenza o meno di successive condanne penali, l'apertura di procedure concorsuali o, con riguardo ai requisiti di ordine speciale, la revoca o non verifica positiva delle attestazioni SOA.

La giurisprudenza sulla continuità nel possesso dei requisiti sembra, poi, non tenere conto della differenza tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione: questi ultimi «attengono all'oggetto dell'appalto, rilevando quanto alle modalità di esecuzione del servizio ed agli obiettivi che con esso persegue la stazione appaltante»¹²⁴. In altri termini, «sono gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio e si distinguono dai requisiti di partecipazione alla gara, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità [...] e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione»¹²⁵. I requisiti di esecuzione, in altri termini, sono «condizioni soggettive ed oggettive dell'appaltatore, previsti onde assicurare il puntuale adempimento di obbligazioni inerenti al contratto pubblico per cui è stata indetta gara; in tal senso, essi sono esigibili non in capo al concorrente, e quindi fin dal momento della gara, ma solo dall'appaltatore ed al momento della stipulazione, essendo solo tale soggetto colui che deve assicurare la corretta esecuzione delle presta-

122 In tal senso, con riguardo alla dec. n. 8/2015, A. GIACALONE, *op. cit.*, 100.

123 A. GIACALONE, *ibidem*, che fa l'esempio dell'art. 6, comma 8, d.p.r. n. 207/2010 in ordine al possesso del requisito di regolarità contributiva, dove «il legislatore esprime l'esigenza di una verifica, richiedendo l'attivazione dell'amministrazione, e riconnette alla stessa effetti eventualmente risolutivi del contratto, evidenziando dunque come un requisito già richiesto in fase di partecipazione assuma valenza effettiva anche in fase di esecuzione».

124 Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2024, n. 8443, in www.lexitalia.it, n. 10/2024.

125 Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2024, n. 5691 e 26 ottobre 2023, n. 9255, in www.giustamm.it, n. 6/2024; in *Foro amm.*, 2023, II, 1297 e in *Giur. it.*, 2024, 28; Sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481, in www.giustizia-amministrativa.it.

zioni contrattuali; [...] invero, costituirebbe un onere eccessivo imporre a chi è semplice concorrente il possesso di condizioni e requisiti che si rivelerebbero privi di concreta utilità in caso di mancata aggiudicazione; in tal senso, in giurisprudenza si è ritenuto adeguato imporre al concorrente in fase di partecipazione il mero impegno all'acquisizione di mezzi e beni necessari per l'eventuale esecuzione del contratto»¹²⁶.

Invero, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito come l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente *stricto sensu* alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale, dunque dell'offerta, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni richiedenti caratteristiche operative peculiari¹²⁷. Tale esigenza «è tuttavia controbilanciata dal principio secondo cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere tali operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza»¹²⁸.

Se a ciò si aggiunge che, in alcuni casi, nella fase di esecuzione sono richiesti requisiti che si collocano solo in quella fase¹²⁹, ci si accorge di come cer-

126 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 1529, in www.giustizia-amministrativa.it.

127 Sez. I, 8 luglio 2021, in causa C-428/19, *OL e altri c. Rapidsped Fuvarozási és Szállítmányozási Zrt*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

128 Cons. Stato, Sez. III, n. 9255/2023, cit.

129 Così è, ad es., per i criteri ambientali minimi (CAM), che «non costituiscono requisito soggettivo di partecipazione, bensì un parametro di riferimento tecnico cui i capi devono corrispondere e qualora ciò non sia comprensibile dall'offerta tecnica e dalle schede tecniche (come nel caso di specie), l'O.E. offerente ha quantomeno l'onere di dichiarare la conformità dei beni ai suddetti criteri» (Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 334, in www.giustizia-amministrativa.it). Analogamente, «[l]e abilitazioni di cui alla l. n. 46 del 1990 sono requisiti di esecuzione e non di partecipazione ad una gara e sono, pertanto, irrilevanti ai fini della partecipazione ad una gara ed alla conseguente aggiudicazione della stessa; tali abilitazioni rilevano, peraltro, al momento della conclusione del contratto, che potrà essere concluso solo

te generalizzazioni in punto di continuità nel possesso dei requisiti siano eccessive.

La giurisprudenza amministrativa più recente ha, tuttavia, chiaramente affermato che i requisiti di esecuzione, pur essendo, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto, possono ben «essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale»¹³⁰.

Un ulteriore aspetto da analizzare è quello concernente le conseguenze della perdita dei requisiti di partecipazione sulla sorte del contratto in corso di esecuzione¹³¹.

Vigente il codice del 2016, il cui art. 108, comma 1, lett. c), individuava la mancanza dei requisiti generali in sede di aggiudicazione quale causa di risoluzione del contratto, la giurisprudenza aveva affermato che «[l]a mancanza originaria dei requisiti si riverbera sul rapporto contrattuale senza richiedere il preventivo ritiro dell'aggiudicazione. Il principio di continuità nella titolarità dei requisiti risente della sopra delineata scansione temporale fra fase anteriore alla stipulazione del contratto e fase successiva alla medesima. Nella fase di gara il possesso dei requisiti costituisce una condizione per la partecipazione la cui mancanza determina l'esclusione del concorrente con un provvedimento autoritativo, così eliminando uno dei concorrenti alla "vittoria". Il requisito di qualificazione costituisce, pertanto, uno dei criteri di selezione dell'aggiudicatario. La

ove l'aggiudicatario si sia procurato le suddette abilitazioni ai fini esecutivi o si sia impegnato a procurarsele prima dell'inizio dei lavori» (T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 27 ottobre 2008, n. 858, *ibidem*; in termini analoghi, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 29 maggio 2008, n. 1108, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 19 ottobre 2005, n. 3394, *ibidem*).

130 Cons. Stato, Sez. III, n. 5691/2024, cit.. In applicazione di tale principio, è stato, ad es., affermato che le abilitazioni previste dal d.m. n. 37/2008 per la realizzazione di impianti di produzione, trasformazione, trasporto, distribuzione e utilizzazione dell'energia elettrica, nonché di impianti di altro genere, possono intendersi mero requisito di esecuzione non tanto per regola generale, quanto piuttosto avuto riguardo alle peculiarità della fattispecie, quindi alla luce della legge di gara: Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2024, n. 5507, in www.lexitalia.it, n. 6/2024.

131 Della perdita dei requisiti nella fase di approvazione della proposta di aggiudicazione ci occuperemo *infra*, § 7.

mancanza, infatti, va a vantaggio degli altri concorrenti, i quali hanno una pretesa qualificata al controllo di quel requisito. Dopo l'aggiudicazione, con la stipulazione del contratto è ormai individuato il soggetto tenuto all'esecuzione dell'appalto. Su questi grava, così come espressamente affermato dalle [note] Adunanze Plenarie, l'obbligo di possedere i requisiti di qualificazione con continuità. Nondimeno l'obbligo si inserisce in una fase del rapporto ormai informata alla parità delle parti (salve le ipotesi legislativamente determinate). Esso, pertanto, non può che convertirsi in un obbligo imposto autoritativamente al privato con un meccanismo di eterointegrazione del contratto. Ciò almeno allorquando il requisito trova una fonte in una disposizione normativa prevista dal codice dei contratti pubblici (combinato disposto dell'art. 83, comma 2 e dell'art. 216, comma 14), come la qualificazione SOA. Se si ritenesse diversamente il principio di continuità opererebbe in modo affatto particolare. Esso presuppone infatti, di norma, che il possesso della qualificazione, accertato in sede di gara, sia mantenuto fino al termine dell'esecuzione contrattuale. Nel caso di specie, in sede di aggiudicazione non sono stati mossi rilievi al raggruppamento in punto di qualificazione professionale. Successivamente, invece, tali rilievi sono stati contestati. Se il principio di continuità può operare anche in mancanza di quei requisiti, alla sola condizione che la situazione qualificatoria dell'affidatario sia stata accertata attraverso un'aggiudicazione efficace, ciò comporta che la mancanza dei requisiti in sede di gara, non rilevata (illegittimamente) in sede di aggiudicazione (comunque efficace), si possa trascinare fino alla fase esecutiva, consentendo l'esecuzione del contratto da parte di chi non è adeguatamente titolato. Condizionare, in fase esecutiva, la stazione appaltante a rilevare la mancanza attuale del requisito al previo esercizio del potere di autotutela sull'aggiudicazione (allorquando la qualificazione è mancante sin dall'inizio), oltre a non rispondere ai principi tipici dell'autotutela, [...] vorrebbe dire affidare la contestazione della mancanza di SOA adeguata all'esercizio di un potere altamente discrezionale, che potrebbe pertanto condurre a non ritirare

l'aggiudicazione. Ciò contrasta con la funzione dell'attestazione SOA, che non costituisce soltanto una delle modalità di selezione dell'impresa aggiudicataria, ma anche una garanzia di serietà e competenza nell'esecuzione del contratto. Non può pertanto ritenersi che il principio di continuità possa "coprire" la mancanza originaria del requisito nella successiva fase esecutiva. Piuttosto, l'inadempimento dell'obbligo di possedere la qualificazione stabilita dalla legge non si riflette sull'aggiudicazione producendo effetti nell'ambito del segmento temporale (quello esecutivo) nel quale si verifica. [...] Gli effetti della carenza della qualificazione si riflettono sul rapporto esistente fra le due parti contrattuali potendo costituire una causa di risoluzione del contratto per inadempimento o comunque di estinzione del rapporto contrattuale. Che, altrimenti, in assenza di una previsione specifica di legge, l'obbligo di possedere il requisito in fase esecutiva, sancito dall'Adunanza Plenaria, rimarrebbe privo di uno strumento di tutela»¹³².

Qualora la perdita dei requisiti di ordine generale o di ordine speciale intervenga, invece, in corso di esecuzione del contratto, si riteneva che la stazione appaltante fosse semplicemente «tenuta a valutare l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto d'appalto ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016. Si osserva[va] al riguardo che la disposizione citata, dettata in recepimento dell'art. 73 della direttiva 2014/24, ancorché non chiarisca tale profilo, sembra non rivestire carattere tassativo quanto ai casi in cui è ammesso lo scioglimento del vincolo contrattuale da parte della stazione appaltante. Ciò tenuto conto da un lato delle previsioni del comma 1 della disposizione, contemplanti la possibilità per la stazione appaltante di risolvere il contratto d'appalto ("le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia") nelle ipotesi ivi previste (al contrario del comma 2 contemplante invece l'obbligo di risoluzione nelle fattispecie espressamente e tassativamente indi-

¹³² Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 26 giugno 2020, n. 483, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 29 gennaio 2024, n. 317, *ibidem*.

cate nella norma); la facoltatività dell'azione risolutoria da parte della stazione appaltante, sembra lasciare spazio anche ad altre ipotesi, oltre a quelle previste, per l'esercizio della stessa. Dall'altro lato, il carattere non tassativo della norma appare coerente con la necessità di assicurare sempre e comunque la rispondenza dell'azione amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto; interesse pubblico che potrebbe ritenersi compromesso dall'impossibilità di risolvere un contratto d'appalto in casi come quello in esame, nei quali l'affidabilità dell'appaltatore risulta fortemente compromessa da un procedimento penale a carico dello stesso. Il contratto d'appalto, quindi, può validamente essere mantenuto in vita solo in assenza di eventi e circostanze che lo rendano non più idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico per il quale è stato stipulato, incluso il caso in cui l'affidabilità morale e professionale dell'appaltatore risulti – a giudizio della stazione appaltante – compromessa da fatti penalmente rilevanti, integranti una fattispecie di grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 del Codice, nel senso sopra illustrato»¹³³.

Va pure considerato che i vari codici dei contratti pubblici succedutisi nel tempo non hanno puntualmente disciplinato tutte le ipotesi di perdita dei requisiti nella fase di esecuzione del contratto, tanto che a volte alcune stazioni appaltanti inseriscono nei capitolati dei contratti clausole che prevedono la loro facoltà, *ex art. 1456 c.c.*, di procedere alla risoluzione del contratto, senza che l'appaltatore possa pretendere risarcimenti o indennizzi di alcun genere, in caso di perdita dei requisiti di ordine generale e professionale¹³⁴.

Ad es., in materia di D.U.R.C. irregolare in corso di esecuzione, né l'art. 7, comma 8, del d.p.r. n. 207 del 2010¹³⁵ né l'art. 30, comma 5, del decreto legi-

¹³³ A.N.A.C., par. 11 gennaio 2023, funz. cons. 69/2022, in www.anticorruzione.it.

¹³⁴ Lo riferisce I. DEMURO, *Self cleaning e organizzazione della impresa societaria*, in *Riv. soc.*, 2021, 886, anche in nota.

¹³⁵ Su cui v. R. GRECO – F. PIGNATIELLO – A.G. PIETROSANTI – M. NUNZIATA – V. DI IORIO – G.A. GIUFFRÈ, *Requisiti generali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, II, 815-816.

slativo n. 50 del 2016¹³⁶ né, infine, il vigente art. 11, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023 prevedono il potere della stazione appaltante di risolvere il contratto.

In sostanza, come ben evidenziato in dottrina, «l'accertata carenza di un requisito in sede di esecuzione del contratto non porta sempre alla risoluzione del contratto stesso, considerato che il Codice prevede l'effetto risolutivo *ope legis* solo in casi puntuali»¹³⁷.

Si tratta, per quanto qui d'interesse, dell'art. 122, comma 1, secondo cui «le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto di appalto senza limiti di tempo, se si verificano una o più delle seguenti condizioni: [...] c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 94, comma 1 [concernente la causa di esclusione di un operatore economico condannato con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per i reati ivi menzionati: *n.d.r.*] e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara»; del comma 2 del medesimo articolo, secondo cui «[l]e stazioni appaltanti risolvono un contratto di appalto qualora nei confronti dell'appaltatore: a) sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci; b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro».

E', peraltro, controverso se – come sembrerebbe evincersi dal tenore letterale delle surriportate disposizioni – si sia in presenza di un'ipotesi di risoluzione facoltativa (quella di cui all'art. 122, comma 1, lett. c), in cui si legge «pos-

136 Su cui v. F.A. CAPUTO, *Vademecum sugli appalti pubblici – 4*, Roma, C&C Communications, 2021, 453-455.

137 G. FISCHIONE, *op. cit.*, 1353.

sono risolvere») e di altre due ipotesi di risoluzione obbligatoria (quelle di cui all'art. 122, comma 2, lett. *a*) e *b*), in cui si legge «risolvono»¹³⁸ oppure la lettera dell'art. 122 sia ingannevole e le risoluzioni previste da tale disposizione siano tutte obbligatorie¹³⁹.

7. Rilievi critici e spunti ricostruttivi: per la rilettura (o, meglio ancora, riscrittura) di un principio oggetto di eccessive generalizzazioni

Solo tre mesi fa, è stato ribadito che l'art. 96, comma 1, del vigente codice dei contratti pubblici, «in continuità con quanto disposto dal previgente art. 80, comma 6 del d.lgs. 50/2106, attua il c.d. principio di continuità nel possesso dei requisiti e non consente di distinguere tra atti compiuti o omessi precedenti o sopravvenuti all'inizio della procedura, né, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, consente di distinguere i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto»¹⁴⁰.

Con riguardo alla disciplina dettata dal codice del 2016, la giurisprudenza aveva recentemente evidenziato che «il fatto che la verifica del requisito di partecipazione debba essere effettuata al momento dell'aggiudicazione non toglie che il requisito in esame debba essere posseduto fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino alla stipula del contratto»¹⁴¹.

Siano consentite al riguardo alcune considerazioni.

138 Così L. FOLLIERI, *L'esecuzione dei contratti (artt. 113-126) e delle concessioni (artt. 188-190)*, in V. FANTI (a cura di), *op. cit.*, 437; A. BENEDETTI, *L'esecuzione del contratto*, in S. FANTINI – H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023, 335; G. COCCO, *Art. 122*, in G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI (a cura di), *op. cit.*, 631; G. D'ANGELO, *Art. 122*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, 631.

139 In questo senso, L.R. PERFETTI, *Art. 122*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 1034-1036.

140 F. FICHERA, *Le cause di esclusione automatiche e non automatiche degli operatori economici* (Relazione al Convegno su: «Il Codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma» - Roma, 4-6 marzo 2024), in www.giustizia-amministrativa.it, § 5.

141 T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II-bis, 22 gennaio 2024, n. 1210, in www.giustizia-amministrativa.it.

La prima attiene al fatto che, vigente il codice dei contratti pubblici del 2016, qualsivoglia ricostruzione muoveva «dall'esame dell'art. 32, comma 7, [...], secondo cui “[l]’aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”. Il momento finale della procedura di gara, dopo il quale si apr[iva] la fase della stipulazione del contratto di appalto (art. 32, comma 8, cit.), si identifica[va] con la conclusione della fase di verifica dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* e con la conseguente efficacia dell’aggiudicazione»¹⁴².

Invero, l'art. 32, comma 7, di quel codice «rimanda[va] la verifica del possesso dei requisiti alla fase successiva all'aggiudicazione, quale condizione integrativa dell'efficacia di quest'ultima»¹⁴³. In sostanza, alla verifica del possesso dei requisiti si procedeva «dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione ed il provvedimento di aggiudicazione»¹⁴⁴. Ne derivava che «il manifestarsi di una causa di esclusione prima della stipula del contratto determina[va] l'impossibilità di dotare di efficacia l'aggiudicazione, con conseguente impossibilità di stipulare il contratto per fatto imputabile all'operatore economico»¹⁴⁵.

Oggi, l'art. 17, comma 5, del codice vigente prevede che «[l]’organo competente a disporre l’aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all’interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all’offerente, dispone l’aggiudicazione, che è immediatamente efficace». La collocazione temporale della verifica del possesso dei requisiti è, quindi, mutata: «nella nuova disciplina, sarà possibile adottare la determina di aggiudicazione soltanto a seguito del positivo espletamento della verifica dei requisiti in capo all’offerente»¹⁴⁶.

142 Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949, in www.giustizia-amministrativa.it.

143 T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, Sez. I, 16 maggio 2023, n. 430, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2022, n. 6012, in *Foro amm.*, 2022, II, 945; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 11 maggio 2021, n. 3116, in www.giustizia-amministrativa.it.

144 Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 5 ottobre 2020, n. 4223, *ibidem*.

145 T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 14 ottobre 2021, n. 6462, in www.giustizia-amministrativa.it.

146 A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 17*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *op. cit.*, 145.

Stando così le cose, la perdita di un requisito che si verifichi dopo l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto non dovrebbe più consentire l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione stessa e la conseguente caducazione del contratto, come sostenuto da recente giurisprudenza nella vigenza del precedente codice¹⁴⁷. In siffatta ipotesi, infatti, la perdita del requisito avviene dopo che la verifica del possesso del requisito stesso è già stata espletata con esito positivo prima di disporre l'aggiudicazione, la quale risulta, quindi, del tutto legittima.

Un'ulteriore considerazione va fatta con riguardo al tenore letterale dell'art. 96, comma 1, del codice vigente.

Si è visto che, ancorché la fonte del principio di continuità nel possesso dei requisiti sia unanimemente individuata in svariate decisioni dell'Adunanza Plenaria, la stessa giurisprudenza afferma che tale *dictum* giudiziale sarebbe poi stato recepito – in conformità alle previsioni dell'art. 57, par. 5, della direttiva 2014/24/UE – nell'art. 80, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016¹⁴⁸, poi riprodotto, appunto, nell'art. 96, comma 1, del decreto legislativo n. 36 del 2023.

Orbene, quest'ultima disposizione, limitandosi a prevedere che «[l]e stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto [...]», sembra alludere esclusivamente al procedimento ad evidenza pubblica, cioè alla gara per l'affidamento della commessa. Ne resterebbero, pertanto, estranee le successive fasi della stipula e dell'esecuzione del contratto, con riguardo alle quali, del resto, non avrebbe senso parlare di esclusione dell'operatore economico.

¹⁴⁷ Si allude a T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 7 marzo 2023, n. 340, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «l'accertamento – ancorché avvenuto in un momento successivo alla stipulazione – della perdita dei requisiti già in una fase antecedente ad essa, legittima l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, dal quale deriva, come effetto, la caducazione del contratto nel frattempo stipulato per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso».

¹⁴⁸ T.A.R. Basilicata, Sez. I, n. 236/2023, cit.

In altri termini, il riferimento temporale contenuto nella norma («qualunque momento *della procedura d'appalto*») va, a rigore, circoscritto alle fasi del procedimento che vede l'esame delle domande e la selezione dell'offerta migliore, culminante con l'aggiudicazione che assegna all'*iter* pubblicistico compiuto un carattere di definitività¹⁴⁹.

Del resto, sotto il profilo sistematico, l'art. 96 si colloca nel Titolo IV del decreto legislativo n. 36/2023, rubricato «Requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti», e riguarda, dunque, un ben definito ambito, da cui esorbita la previsione di un potere di esclusione che vada oltre il vaglio delle offerte e consenta in qualunque momento (anche dopo l'aggiudicazione) di rivedere la posizione dei concorrenti¹⁵⁰. Inoltre, come l'art. 80 del codice del 2016 disciplinava i requisiti di ordine generale, l'art. 96 del codice vigente è collocato nel Capo II del Titolo IV, rubricato «I requisiti di ordine generale», mentre il principio di continuità è stato sancito dalla Plenaria n. 8 del 2015 con riguardo alle attestazioni SOA, che non rientrano tra i suddetti requisiti¹⁵¹.

Milita, poi, in tal senso un argomento che può trarsi da una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁵², dalle cui statuizioni deriva che è demandata all'amministrazione aggiudicatrice la valutazione sull'esclusione, che abbia riguardo all'attività commissiva od omissiva dell'operatore economico «prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto» (par. 31), da effettuare «nella fase della selezione degli offerenti» (par. 34). Ciò coerentemente alla direttiva 2014/24/UE, il cui considerando 102 afferma che l'operatore economico deve poter vantare la possibilità di adottare e chiedere che siano esami-

149 «La procedura di gara si conclude [...] con l'aggiudicazione definitiva, con cui la stazione appaltante afferma quale sia la concreta scelta del contraente: la convergenza tra offerta dell'aggiudicatario e invito dell'amministrazione è destinata poi ad essere a base della stipulazione del contratto d'appalto, ma intanto già realizza alcuni effetti stabili già prima del contratto»: Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2019, n. 107, in www.giustizia-amministrativa.it.

150 In tal senso, con riguardo all'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 20 ottobre 2020, n. 4637, in www.giustizia-amministrativa.it.

151 Dobbiamo l'osservazione a E. CASALE, *Una lettura alternativa a margine della giurisprudenza sulla continuità del possesso dei requisiti di partecipazione*, in *Riv. trim. app.*, 2021, 479, nt. 26.

152 Sez. IV, 19 giugno 2019, in causa C-41/18, *Meca S.r.l. c. Comune di Napoli*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

nate le misure opportune, «ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione», con ciò sottintendendosi che l'esclusione deve precedere l'ammissione alla gara ovvero essere disposta fintantoché quest'ultima sia in corso, sino all'aggiudicazione.

Del tutto condivisibili – ed applicabili, *de plano*, all'art. 96, comma 6, del vigente codice – ci sembrano, poi, le considerazioni in ordine al tenore complessivamente equivoco dell'art. 80, comma 6, del codice del 2016: entrambi mettono in relazione il fattore tempo prima con l'atto di verifica dei requisiti («in qualunque momento della procedura») e poi con i fatti che determinano la sanzione espulsiva («a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura»), senza prevedere in modo chiaro un principio di mantenimento del requisito durante l'*iter* procedimentale: da qui la sensazione che «i lapidari rinvii a orientamenti giurisprudenziali non siano sufficienti al consolidamento del principio di continuità, da applicare indistintamente a tutti i requisiti di partecipazione»¹⁵³.

E' di tutta evidenza, infine, che la rigorosa lettura di tale principio orientata al formale rispetto del possesso dei requisiti, in modo continuativo, per tutto il “ciclo di vita del contratto” non si pone certo in linea con i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10 del codice), i quali, a differenza del principio di continuità dei requisiti, definito «fondamentale» solo dalla giurisprudenza che l'ha coniato¹⁵⁴ ma nemmeno contemplato dal codice, sono principi generali per esplicita scelta del legislatore.

Da qui l'opportunità di una rilettura (o, meglio ancora, riscrittura) del principio di continuità che tenga conto delle diverse caratteristiche dei singoli requisiti di partecipazione modulando di conseguenza le reazioni dell'ordinamento alla loro sopravvenuta perdita, così scongiurando automatismi giurisprudenziali sovente ingiustificati¹⁵⁵.

153 E. CASALE, *op. cit.*, 479-480.

154 Cfr., ad es., Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 5/2016 e 6/2016, *citt.*

155 E. CASALE, *op. cit.*, 500.

ALESSANDRA AMORE
Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Palermo
alessandra.amore@unipa.it

**IL GIUDIZIO DI ANOMALIA DELL'OFFERTA NELLA
NUOVA "STAGIONE" DEI PRINCIPI DELLA
CONTRATTUALISTICA PUBBLICA: IL VALORE DEL
PRINCIPIO DI RISULTATO E LA METAMORFOSI DEL
SINDACATO GIURISDIZIONALE (?)**

**THE JUDGMENT OF ANOMALY OF THE OFFER IN THE NEW
"SEASON" OF THE PUBLIC PROCUREMENT: THE VALUE OF
THE PRINCIPLE OF RESULT AND THE METAMORPHOSIS OF
JUDICIAL REVIEW (?)**

SINTESI

Sullo sfondo della cornice del nuovo codice dei contratti pubblici il lavoro riflette intorno ai seguenti interrogativi: la nuova stagione dei principi della contrattualistica pubblica - in particolare la positivizzazione del principio di risultato - implica una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa? L'accertamento in ordine al corretto conseguimento del risultato implica un sindacato penetrante in sede di giudizio di anomalia dell'offerta? Per provare a rispondere a tali quesiti, è necessario ragionare in ordine alla qualificazione della violazione del principio di risultato e al rapporto tra principio di risultato e principio di legalità.

ABSTRACT

Against the background of the framework of the new code of public procurement, the work reflects on the following questions: does the new season of the principles of public contracts - in particular the positivization of the principle of result - imply a metamorphosis of the discretionary nature of the measure of exclusion from the tender for abnormally low bid? To try to answer this question, it is necessary to reason about the classification of the violation of

the principle of result and the relationship between the principle of result and the principle of legality.

PAROLE CHIAVE: offerta anomala - principio risultato - rapporto principi - sindacato giurisdizionale.

KEYWORDS: offer anomaly - result principle - principles report - judicial review.

INDICE: 1. Inquadramento del tema. -2. Il giudizio di anomalia dell'offerta nello scenario del nuovo Codice dei contratti pubblici. -3. Il principio di risultato come valore dominante dell'interesse pubblico da perseguire. -4. La dimensione piramidale dei principi e la (in)certa posizione sovra ordinata del principio di risultato: quali implicazioni giuridiche? -5. Il principio di risultato e l'eco ridondante di un sindacato più penetrante: breve lettura della prima giurisprudenza in tema di giudizio di anomalia. -6. Il risultato qualificato come causa dell'atto amministrativo (?): se e come cambia il sindacato giurisdizionale in sede di anomalia dell'offerta? -7. Considerazioni conclusive: la riemersione del valore (?) della ctu e della verifica per la valutazione dell'anomalia dell'offerta.

1. Inquadramento del tema

La consapevolezza di confrontarsi su temi centrali in un settore caratterizzato da un ampio contenzioso - qual è quello degli appalti pubblici, con particolare riferimento ai provvedimenti di esclusione dalla gara di appalto per anomalia dell'offerta - suggerisce allo studioso di riflettere sulle criticità per individuare soluzioni da rimettere, con atteggiamento prudentiale, alla successiva sperimentazione della giurisprudenza.

Uno degli aspetti maggiormente dibattuti in dottrina e giurisprudenza affinisce il sindacato giurisdizionale c.d. debole in tema di anomalia dell'offerta¹.

1 In generale sulle distinzioni tra sindacato "debole-estrinseco" e sindacato "forte-sostitutivo", F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. St.*, 2000, 2, p. 2371 ss.; Id., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 986 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 80 ss. In generale, per ulteriori approfondimenti in tema di discrezionalità amministrativa, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: U. FORTI, *Contributo alla teoria della responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, II, p. 444; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939 (oltre a *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 486). Inoltre: E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1910, 4, p. 16 ss.; R. ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della p.a.*, in *Foro amm.*, 1935, 4, p. 65; P. DEL PRETE, *La discrezionalità della p.a. nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari, 1941, p. 46 ss.; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig.it.*, V, Torino, 1960, p. 1098 ss.. Di recente: A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 401 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, p. 488 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 2, p. 3165 ss.; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità* in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e*

Com'è noto, la valutazione dell'offerta anormalmente bassa è espressione della discrezionalità tecnica di cui la p.a. è titolare per il perseguimento dell'interesse pubblico affidatole dalla legge: detta valutazione non è oggetto di sindacato di legittimità, salvo sia manifestamente inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà².

In tali casi, dunque, la verifica del carattere anomalo si sostanzia nel mero accertamento dell'attendibilità e affidabilità dell'offerta, ossia in una valutazione

controllo giudiziario, Milano, 1998, p. 113; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 150; F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, p. 212 ss.; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Diz. dir. pub.*, (diretto da) S. CASSESE, Milano, 2006, p. 1993 ss.; F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2008, p. 471 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 3; L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausola generale e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 299; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017; S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Milano, 2018, p. 1 ss. Sulla discrezionalità tecnica, cfr.: P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95 ss.; A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Studi in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, 3, p. 293 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. SALVIA, *Attività amministrativa e valutazioni tecniche*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1998. Di recente: E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 2, p. 61 ss.; S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminazione della norma e opinabilità del fatto da sussumere*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, p. 349 ss.; A. GIUSTI, *Discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, 5, p. 1211 ss.; F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, p. 597 ss.; P. CARPENTIERI, *La discrezionalità tecnica e il suo sindacato, da un punto di vista logico*, in *Dir. e soc.*, 2022, 3, p. 489 ss.; A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 1, p. 87 ss.; A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica?* Recensione al volume curato da A. MOLITERNI, "Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministratore e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento", in *Il dir. proc. amm.*, 2022, p. 761 ss.; E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2023, 3, p. 558 ss.

² M. NUNZIATA, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico - scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, p. 350.

globale e sintetica, in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; senza focalizzarsi sulle singole voci del prezzo³.

Per svolgere tale accertamento, il giudice amministrativo non può condurre alcuna attività valutativa di carattere sostitutivo, potendo ricorrere alla verifica solo per acquisire competenze correlate ad accertamenti tecnici privi di natura valutativa⁴.

Tuttavia, nel corso del tempo proprio la ritrosia del giudice ad avvalersi del mezzo istruttorio della verifica o consulenza tecnica, nel rispetto della riserva di amministrazione, e il rischio che il sindacato c.d. debole possa compromettere la piena ed effettiva giustiziabilità dell'atto amministrativo impugnato e, di riflesso, il diritto di difesa e il giusto processo, hanno accresciuto la necessità di ri-tratteggiare i confini di una discrezionalità amministrativa mediata dalla tecnica che non si traduce né nell'abbandono del pieno accesso al fatto né nella riserva di irragionevoli ambiti di privilegio per l'amministrazione.

D'altronde, lo stesso Giannini nell'opera *"Potere discrezionale e pubblica amministrazione"* affermava che: *«la discrezionalità non può equivalere affatto a insindaca-*

³ Va altresì rilevato che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, *«la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse»*, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2002, n. 5945, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 2396; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007 n. 4694, in *Foro amm. CDS*, 2007, 9, p. 2473; Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4978, in *Red. giuffrè* 2017; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430, in *Red. giuffrè* 2018; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690; T.A.R. Roma, sez. II, 26 settembre 2023, n.14269; Cons. Stato sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589; *«Ius receptum la valutazione in ordine alla sospetta anomalia dell'offerta implica, dunque, una valutazione d'insieme dell'offerta nonché un bilanciamento interno tra le diverse voci, essendo evidente che l'analisi delle singole voci è servita alla stazione appaltante a maturare il convincimento relativo alla complessiva inattendibilità dell'offerta per aver eccessivamente inciso al ribasso sul costo della manodopera per l'esecuzione dell'appalto»*; T.A.R. Trento, sez. I, 7 agosto 2023, n. 13, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2021, n. 6533, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

bilità, e che troppo spesso si abusa del concetto di discrezionalità per eludere con imprecisione di linguaggio giuridico ogni tutela giurisdizionale»⁵.

E di ciò, il giudice amministrativo ha acquisito maggior consapevolezza nel corso degli anni quando afferma che «il sindacato sulla discrezionalità tecnica non possa risolversi in un semplice accertamento di macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte (imposte) dall'Amministrazione»⁶; pertanto, occorrerà accertare se la scelta amministrativa sia quella dotata di maggiore attendibilità e non dunque semplicemente quella ascrivibile alle svariate opzioni possibili.

Così chiarito, sullo sfondo della cornice del nuovo Codice dei contratti pubblici la riflessione ruota intorno ai seguenti interrogativi: la nuova stagione dei principi - in particolare la positivizzazione del principio di risultato, art. 1, co. 1, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - implica una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa: da discrezionalità tecnica a mista? Come è stata qualificata la violazione del principio di risultato? Qual è il possibile impatto prodotto dal suddetto principio sul terreno del sindacato giurisdizionale in tema di giudizio di anomalia dell'offerta? Il giudice amministrativo lungo quali binari condurrà il sindacato? L'accertamento in ordine al corretto conseguimento del risultato implica un sindacato penetrante?

5 M. S. GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p.170.

6 Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 7 novembre 2005, n. 6152: «La discrezionalità tecnica non gode di uno statuto peculiare di impermeabilità al sindacato del giudice ma va sindacata in relazione alla natura del giudizio tecnico espresso nel caso particolare ed allo stato epistemologico della scienza applicata (il che comporta la necessità di modulare il controllo giudiziario in modo più o meno penetrante a seconda della controllabilità del giudizio, secondo i dettami della scienza applicata), in guisa che si avrà un sindacato forte, in presenza di una discrezionalità tecnica ordinaria, e un sindacato debole, a fronte di una discrezionalità tecnica pura o assoluta (quest'ultima riconducibile a cd. merito amministrativo). Da ciò deriva che se quella discrezionalità - che si manifesta attraverso i giudizi espressi in base alle cd. scienze sociali, connotate da un'ampia componente di giudizi valoriali opinabili - comporta un necessario self restraint da parte del giudice amministrativo (che può solo verificare la logicità, congruità e ragionevolezza delle statuizioni amministrative e correttezza della loro motivazione, ma non sostituire con i propri giudizi di merito le valutazioni effettuate in sede amministrativa), non v'è dubbio che tale limite non sussiste nei confronti dei giudizi tecnici, per loro natura, connotati da un maggior grado di estrinseca controllabilità», in www.giustizia-amministrativa.it.

2. Il giudizio di anomalia dell'offerta nello scenario del nuovo Codice dei contratti pubblici

Chiarito l'obiettivo dell'indagine, pare opportuno richiamare brevemente le principali norme che costituiscono il fondamento di diritto positivo del tema oggetto di analisi.

Il giudizio di anomalia dell'offerta è disciplinato dall'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità della offerta che in base a elementi specifici, indicati nel bando di gara, inclusi i costi, appaia anormalmente bassa. Individuata l'offerta anormalmente bassa l'amministrazione aggiudicatrice richiede per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnandogli un termine non superiore a 15 gg⁷.

Come si legge nella Relazione al Codice la *ratio* sottesa alla norma precisata poggia sull'idea che la concorrenza tra offerte competitive a basso prezzo, nonostante consenta risparmi economici significativi, potrebbe essere indice sintomatico di un comportamento spregiudicato di alcuni operatori economici;

7 Ai sensi dell'art. 110, co. 3, d.lgs. n. 36 del 2023: «Le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.4. Non sono ammesse giustificazioni: a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge; b) in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.5. La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014; b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119; c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13». Per ulteriori approfondimenti in ordine al procedimento di verifica delle offerte anomale, cfr.: D. CAPOTORTO, *L'anomali dell'offerta: criteri di individuazione delle offerte sospette e incumbenti concernenti gli oneri per la sicurezza*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI (a cura di) *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, p. 492 ss.; F. CAPUTI IAMBRENGHI, *Le novità in tema di anomalia dell'offerta*, in *Il correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 289 ss.; D. IARIA - I. MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 738 ss.

i quali, nonostante i molti presidi a tutela della serietà delle offerte, offrirebbero uno scarso rapporto qualità-prezzo.

Pertanto, in linea di continuità con quanto asserito dalla giurisprudenza europea sin dal 2001, qualsiasi operatore economico sospettato di aver presentato una offerta anomala può presentare giustificazioni in ordine ai vari elementi dell'offerta in un momento - che si colloca necessariamente dopo l'apertura di tutte le buste - in cui egli ha conoscenza non solo della soglia di anomalia applicabile all'appalto di cui trattasi nonché del fatto che la sua offerta è apparsa anormalmente bassa, anche dei punti che hanno suscitato perplessità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice⁸.

Detto diversamente, secondo la Corte di giustizia europea la stazione appaltante deve: anzitutto, individuare le offerte sospette; in secondo luogo, consentire agli operatori economici interessati la serietà dell'offerta, attraverso la presentazione di osservazioni che ritengono opportune; in terzo luogo, valutare la pertinenza dei chiarimenti forniti dagli interessati per pronunciarsi da ultimo circa l'accoglimento o il rigetto di tali offerte⁹.

Ebbene, solo ove siano state compiute tali fasi si ritengono soddisfatti tutti i requisiti inerenti al carattere del contraddittorio procedimentale e scongiurata l'esclusione di offerte che, in quanto più basse, meglio si inseriscono in una logica della concorrenza e del mercato¹⁰.

La verifica dell'anomalia, quindi, da un lato presuppone l'instaurazione di un contraddittorio tra le parti; dall'altro, riserva alla stazione appaltante poteri istruttori per condurre un accertamento efficace, secondo canoni di correttezza e imparzialità.

⁸ Corte di giustizia europea, 27 novembre 2001.

⁹ Pertanto, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione, al fine di garantire una sana concorrenza, tutti gli elementi pertinenti con riferimento a tale prestazione (v., segnatamente, sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punti 29 e 30, nonché del 18 dicembre 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punto 50).

¹⁰ Corte di giustizia europea, 27 novembre 2001.

L'operatore economico, invece, ha la possibilità di fornire spiegazioni in ordine all'attendibilità dell'offerta presentata, fermo restando il divieto del comma 4 dell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 di addurre giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.

Il comma 5 statuisce che la stazione appaltante può escludere dalla procedure di gara l'offerta sottoposta a verifica di anomalia solo se le spiegazioni fornite dall'operatore economico non giustificano adeguatamente il livello dei prezzi e dei costi proposti.

Se l'instaurazione del contraddittorio procedimentale rappresenta la regola generale a cui ricorrere, prima di escludere dalla gara le offerte anormalmente basse, l'art. 54 del d.lgs. n. 36 del 2023, invece, prevede alcune ipotesi derogatorie.

La disposizione precitata - che recepisce l'art. 1, co. 3, del d.l. 16 luglio del 2020, n. 76 (conv. in l. 11 settembre del 2020, n. 120) - stabilisce, difatti, al primo comma che, ove i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea relativi ad appalti di lavori o servizi - e non dunque alle forniture - siano aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e non presentino un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga all'art. 110 cit., prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, *«qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»*.

Tale scelta - come affermato dal Consiglio di Stato nella Relazione al Codice - si prefigge di celerizzare e semplificare il processo di gestione del rischio di anomalia, con riferimento a quelle procedure con un numero di offerte sufficientemente elevato (pari a 5), per cui *«il processo di valutazione dell'anomalia in contraddittorio sarebbe più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti»*.

Volgendo lo sguardo, invece, all'ultimo periodo del comma 1, l'art. 54 cit. riserva all'amministrazione aggiudicatrice il compito di valutare la congruità delle offerte presentate, anormalmente basse alla luce di alcuni elementi. Tale facoltà, già prevista dall'art. 97, co. 6, del d.lgs. 18 aprile del 2016, n. 50 si riferisce alla c.d. verifica facoltativa della congruità dell'offerta, manifestazione di discrezionalità tecnica, e, dunque, sindacabile solo per macroscopica irragionevolezza¹¹.

Tuttavia, come affermato dallo stesso Consiglio di Stato, il vero apporto innovativo afferisce il successivo comma 2, il quale introduce l'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli atti di indizione della procedura da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, oltre alla citata opzione per l'esclusione automatica delle offerte, anche il metodo matematico di determinazione della soglia di anomalia, individuato - a scelta delle medesime stazioni appaltanti - tra uno dei tre indicati nell'allegato II.2 dello stesso d.lgs. n. 36/2023.

Tratteggiato il quadro normativo in cui si collocheranno le considerazioni di seguito esplicate, il *focus* si pone sui principi cristallizzati nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

3. Il principio di risultato come valore dominante dell'interesse pubblico da perseguire

Come già anticipato in premessa, la codificazione dei principi inaugura una nuova stagione della contrattualistica pubblica.

Nel rispetto dell'art. 4 d.lgs. n. 36 del 2023 le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, per qui di interesse gli artt. 54 e 110 cit., si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2, e 3 cit.

Da un'attenta lettura delle disposizioni precitate si coglie come il nuovo Codice dei contratti pubblici abbia disegnato - secondo la dottrina - una gerar-

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604: «*Gli elementi specifici utilizzati ai fini di siffatta verifica facoltativa non devono necessariamente essere preindicati nel bando di gara in quanto, il comma 2 limita la necessaria preventiva indicazione ai criteri di cui all'allegato II.2. La differenza con la previgente disciplina sta, dunque, nel fatto che oggi la verifica facoltativa della congruità dell'offerta che opera a prescindere dalle soglie di anomalia, è prevista solamente negli appalti sottosoglia*», in www.giustizia-amministrativa.it.

chia tra principi, ossia tra le norme in cui gli stessi sono racchiusi, in cui il risultato si pone in una posizione sovra-ordinata rispetto agli altri¹².

Proprio la positivizzazione e la gerarchizzazione di tali principi rappresentano una grande svolta, poiché la mera definizione ed enunciazione degli stessi - sì come prevista nel d.lgs. n. 50 del 2016 - sarebbe continuata a essere fonte di incertezza interpretativa, di spazi incontrollabili del potere amministra-

12 F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, p. 33, la funzione prioritaria del principio di risultato si ricaverebbe da un'attività interpretativa. «(...) l'art. 1, richiamato dal cit. art. 4, ha cura di precisare che la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile, mentre l'art. 2, del pari richiamato dall'art. 4 (...), dispone che il principio della fiducia guida le valutazioni e le scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni "secondo il principio di risultato": emerge dunque il riconoscimento di una posizione prioritaria del risultato anche sotto il profilo dell'operazione ermeneutica rimessa agli interpreti». Per ulteriori approfondimenti in tema di principio di risultato: R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 1. Principio del risultato*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Pisa, 2024, p. 8, secondo cui «dal principio di risultato nulla viene aggiunto (né tolto) alla fisiologica ponderazione sulla base dei principi cui l'agire dell'amministrazione deve attendersi», fino a far scomparire «l'idea che il risultato costituirebbe il criterio prioritario ordinante la valutazione discrezionale»; E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi*, in V. Fanti (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, 2023, p. 1; F. CINTIOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3, il quale pur ritenendo il risultato come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», lo qualifica come un ampliamento della discrezionalità amministrativa; G. D. COMPORTE, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. econ.*, 2024, p. 11; S. VALAGUZZA, *I principi (artt. 1 – 12) Un nuovo asse portante per le procedure di evidenza pubblica: i principi guida liberano la discrezionalità delle stazioni appaltanti e responsabilizzano il legame con gli operatori economici*, in F. DALL'ACQUA, A. MEOLA, A.S. PURCARO (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Pisa, 2023, p. 49. In giurisprudenza, la terza sezione del Consiglio di Stato con le sentenze del 15 marzo 2023, n. 9812 e del 26 marzo 2024, n. 286, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, ha affermato: «anche se il principio in commento è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, tale principio era già "immanente" al sistema della c.d. amministrazione di risultato (che la dottrina ha ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa, già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023)». In via generale, per ulteriori approfondimenti sul tema dell'amministrazione di risultato si v.: S. CASSESE, *Presentazione del volume* di D. OSBORNE e T. GAEBLER, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano, 1995; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, p. 299 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, p. 57 ss.; Id., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, p. 38 ss. Ancora, R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 101 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, p. 127 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, p. 107 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per*

tivo e quindi oggetto di sindacato tendenzialmente debole¹³: nelle more della procedura di gara la p.a. doveva perseguire l'interesse fiscale, oppure quello di individuare il contraente più affidabile al prezzo più basso, o a condizioni economicamente più convenienti, ovvero quello a garantire la più ampia ed effettiva concorrenza di mercato?

A quanto sin qui affermato rileva, poi, che proprio tali gravi incertezze, unitamente alle interpretazioni giurisprudenziali, «(...) sono state il frutto di una

risultati”, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invalità e risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 79 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 36 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 87 ss.; E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 295 ss.; F. FIGORILLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato*, 210 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 230 ss.; S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 234 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003. In ordine agli altri principi positivizzati dal Codice dei contratti pubblici, invece, si rinvia a: F. SAIITA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-insieme.it; D. IARIA, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 1 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 288 ss.; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un “diritto amministrativo”)*, in www.giustizia.amministrativa.it; G. MORBIDELLI, *I principi nel codice dei contratti pubblici*. Introduzione al Convegno Studi organizzato dalla fondazione cesifin su I principi del codice dei contratti pubblici, Firenze, 14 aprile 2023; E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi generali (artt. 1-12)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, cit., p. 1 ss.; C. CONTESSA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici: alcuni spunti di riflessione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024, p. 33 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Principi e autonomia nella disciplina dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, cit., p. 44ss.; R. URSI, *La “trappola della fiducia” nel codice dei contratti pubblici*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 44 ss.; R. DI PACE, *Principio dell'accesso al mercato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., 85 ss.; F. DI LASCIO, *I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento nel nuovo codice appalti*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 115 ss.; F. ROTA, *Il principio di auto-organizzazione*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 173 ss.

13 L. R. PERFETTI, *Art. 1 D.Lgs. 31.03.2023, n. 36 – Principio del risultato*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Bologna, 2023.

mancata definizione dei principi generali e, con essi, del pubblico interesse che l'amministrazione è tenuta a perseguire, ma soprattutto, sono la conseguenza della mancata gerarchizzazione dei principi»¹⁴.

Da quanto sopra, ne è derivato che in ipotesi di «*tensione tra due o più di essi, in assenza di un criterio di prevalenza, la generica evocazione di principi tra loro in parte contrastanti conduce ad assegnazione di significato alle norme in gran parte incontrollabilmente razionalmente. Infatti, basterà evocare l'interesse pubblico in forma generica ovvero enfatizzarne un profilo, per legittimare le più diverse letture di istituti controversi*» proponendo così soluzioni che, «*pur motivate da esigenze di giustizia nel caso singolo, vanno oltre la legge*»¹⁵.

Senonché, al riguardo un cambiamento sarebbe determinato proprio dal principio di risultato, che - assolvendo una posizione prioritaria - è inteso come criterio normativo esegetico sia per l'attività valutativa compiuta dalla p.a. sia per quella interpretativa del giudice¹⁶.

14 L. R. PERFETTI, *o.n.c.* Sul punto, per ulteriori approfondimenti si v. a: L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gara*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, pp. 151-153 e 154: «(...) la costruzione dogmatica non consente da sola di stabilire quale sia la funzione della gara, quale gerarchia di obiettivi l'amministrazione debba perseguire». «(...) non emergono criteri di valutazione circa la gerarchia dei diversi obiettivi che l'amministrazione può perseguire - e che vengono qualificati come interesse pubblico; sicché ne deriva, che sia le stazioni appaltanti che la giurisprudenza (c) possono, caso per caso, scegliere la declinazione preferita dell'interesse pubblico, senza alcuna possibilità di adeguato controllo razionale di questa scelta». «(...) Si tratta dell'interesse fiscale, oppure di quello ad individuare il contraente più affidabile al prezzo più basso, o a condizioni economicamente più convenienti, ovvero di quello a garantire la più ampia ed effettiva concorrenza di mercato o, ancora, ad assicurare che l'amministrazione non agisca in modo corrotto o corruttibile ed i suoi contraenti, al tempo stesso, siano esenti da ogni possibile ombra? Siccome la normativa protegge tutti codesti profili di pubblico interesse, resta da chiarire quale prevalga in caso di conflitto o alla luce di quale parametro oggettivo e conoscibile essi vadano bilanciati».

15 L. R. PERFETTI, *o.n.c.*

16 Per ulteriori approfondimenti in tema di amministrazione di risultato si rinvia a: F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, p. 57 ss.; Id., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, p. 38 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 101 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, p. 813 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, p. 127 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Analisi*

Ciò detto, la lettura delle norme sin qui svolta troverebbe fondamento nelle prime pronunce giurisprudenziali: il principio del risultato - già immanente al sistema della c.d. amministrazione di risultato, ricondotto al principio *ex art. 97 Cost.* - può essere adottato dal giudice amministrativo quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte della procedura ad evidenza pubblica¹⁷.

L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, trattandosi di un «*principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire (...) e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale (...)*». Detto principio, si concretizza nell'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, ma anche la qualità della prestazione, aggiudicando l'appalto all'offerente che riesca meglio a tutelare i diversi interessi pubblici sul piano dell'affidabilità e dell'economicità¹⁸.

Nello specifico, quindi, il principio di risultato è inteso per un verso, come l'interesse primario del Codice stesso, affinché l'affidamento del contratto e la sua esecuzione avvengano con la massima tempestività ed il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza¹⁹; per altro come risultato economico volto a realizzare

economica del diritto e "amministrazione di risultato", in *Dir. amm.*, 2007, 1, p. 63, ss.; Id., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o.u.c., p. 79 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o. u. c., p. 36 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o. u. c., p. 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, o.u.c., p. 87 ss. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, p. 1 ss.

17 Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812; Cons. Stato, 26 marzo 2024 n. 286; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024 n. 1924, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

18 Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre del 2022, n. 8773, in www.giustizia-amministrativa.it.

19 T.a.r. Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959, in www.giustizia-amministrativa.it: «La massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo costituiscono, dunque, le due declinazioni principali del principio in parola, cui sono funzionali gli altri elementi indicati nei successivi commi: la concorrenza tra gli operatori economici, funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento e

l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto²⁰.

E tale considerazione sarebbe ragionevolmente condivisibile nell'attuale scenario normativo in cui il contratto di appalto è inteso sia come mezzo per consentire alla p.a. di procurarsi beni e servizi da erogare alla collettività, sia come "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente²¹.

nell'esecuzione dei contratti, e la trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nell'applicazione delle disposizioni del Codice»; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924: «L'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto», in www.giustizia-amministrativa.it.

20 Addentrandoci nella disamina della disposizione normativa, l'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 statuisce: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza». Ne deriva che «il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea» (co.3), il principio del risultato non può che divenire «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto», vale a dire criterio direttivo per le scelte discrezionali e per l'attività interpretativa, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Bari, sez. III, 13 marzo del 2023, n. 484, in *Red. giuffrè* 2024.

21 Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre del 2023, n. 11322 la quale richiama la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076: «A partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, è acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività (secondo la logica del contratto pubblico come strumento a plurimo impiego). La positivizzazione di tale principio è scolpita nella direttiva 2014/24/UE laddove si prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che «le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità» (art. 58, paragrafo 4), confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara (nello stesso senso le successive sentenze nn. 6829, 6831, 6834, 6835, 6837 e 6839 del 2021)», tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In generale, sulla funzione sociale del contratto di appalto, si v.: E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, 2020, Napoli.

4. La dimensione piramidale dei principi e la (in)certa posizione sovraordinata del principio di risultato: quali implicazioni giuridiche?

La gerarchizzazione, ossia la dimensione verticale - piramidale, dei principi e dunque delle norme che li racchiudono suggerisce di riflettere in ordine ai seguenti quesiti: siamo davvero certi che si possa parlare di gerarchizzazione? Quale tipologia di gerarchia si configurerebbe? In altri termini, come risolvere eventuali antinomie tra principi-norme, i.e.: tra principio di risultato e principio di fiducia; tra principio di risultato e concorrenza; per qui di interesse, tra principio di risultato e principio di legalità? La fondatezza normativa di tale gerarchizzazione quali implicazioni produrrebbe sul piano del sindacato giurisdizionale?

Procedendo con ordine, l'attenzione si pone *sic et simpliciter* sulle differenti tipologie di gerarchia: materiale o assiologica²².

Nella prima tipologia tra le disposizioni normative (D1 e D2) intercorrere una relazione, in cui una norma non può porsi in contrasto con l'altra, per espressa previsione di una terza disposizione (D3), pena la sua invalidità.

E allora, così come nella Costituzione si distinguono principi costituzionali comuni e principi costituzionali supremi, questi ultimi prevalenti sugli altri, all'interno del Codice dei contratti pubblici, ove volessimo sposare la tesi propensa alla cd. gerarchizzazione dei principi, il principio del risultato si porrebbe in una posizione sovra-ordinata rispetto agli altri²³ e “come antagonista” del principio di legalità, art. 23 Cost.²⁴.

²² Sul punto, per ulteriori approfondimenti si rinvia a: G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, pp. 131-158.

²³ Sul punto si rinvia alle considerazioni condotte nel paragrafo precedente.

²⁴ La letteratura in tema di principio di legalità è vastissima, si rinvia a: R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, p. 175 ss.; Id., *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 49 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 904 ss.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962, p. 150 ss. Nella letteratura recente: F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, p. 25 ss.; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1975, p. 679 ss.; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 1355 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982, p. 49 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*,

Purtuttavia, tale considerazione non sarebbe esente da critiche per le considerazioni di seguito esposte. Anzitutto, nel d.lgs. n. 36 del 2023, il legislatore, pur tratteggiando una gerarchia tra principi, non conferisce alcun carattere prevalente ad alcune disposizioni, da applicare in ipotesi di contrasto tra principi-norme.

In tal senso, la Corte dei conti ha asserito: «*In ogni caso, nessuna di tali disposizioni, ivi comprese quelle di cui ai primi tre articoli, è dotata di una forza normativa particolare e, dunque, le stesse possono essere facilmente derogate da altre norme aventi una fonte normativa di pari grado*»²⁵.

A considerazioni differenti, invece, si perviene sfogliando le pagine della Relazione al Codice dei contratti pubblici, laddove si afferma «*la disposizione in esame evidenzia la natura fondante dei primi tre principi, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare. Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici*».

Se così è: qual è il valore della suddetta Relazione? Qual è la sua qualificazione giuridica? Cosa accadrebbe se la stazione appaltante agisse in violazione della medesima? Quali sarebbero le implicazioni giuridiche per la decisione amministrativa: illegittima?

XVIII, Roma, 1990, p. 4; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa*, Napoli, 2000, p. 10 ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 140 ss.; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., annali*, VI, 2013, Milano, p. 371 ss.; A. BARONE, *La scienza "incerta" davanti al giudice amministrativo riflessioni introduttive*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2-3; M.A. SANDULLI, *Il principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo Sandulli*, in *Dir. e società*, 2015, 4, p. 649 ss.; M.C. CAVALLARO, *Principio di legalità e giusto procedimento: per una diversa lettura del rapporto tra legge e amministrazione*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là*, cit., p. 247 ss.

²⁵ Corte dei Conti, Contributo scritto su Atto Governo n. 19. Codice dei contratti pubblici, Comunicazione nella Seduta n. 18 del 31 gennaio 2023, Senato della Repubblica, pp. 5-6.

Sul punto, nella premessa della Relazione si legge: essa «(...) si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle linee guida non vincolanti» dell'Anac²⁶.

Senonché, la scelta di conferire alla Relazione la funzione di indirizzo rivestita dalle Linee guida produrrebbe le implicazioni giuridiche di seguito esplicate.

Prima di tutto, deve rilevarsi come la Relazione possa considerarsi alla stregua di “atti amministrativi generali”, analoghi cioè a circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento.

E tale considerazione non è di poco conto. La riconducibilità alla categoria delle Linee guida a carattere non vincolante - difatti - consente alla stazione appaltante - previa adeguata motivazione - di discostarsene. L'assenza di motivazione, in quest'ultimo caso, determinerebbe l'illegittimità dell'atto esecutivo principalmente sotto il profilo dell'eccesso di potere.

La seconda implicazione, invece, attiene la sindacabilità della Relazione: occorre in tal senso distinguere tra l'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice si discosti dalla Relazione e quella in cui decida di conformarsi alla stessa. La scelta di non applicare la Relazione può scaturire da due diverse valutazioni. In primo luogo, la stazione appaltante può ritenere la Relazione non applicabile laddove appuri la sussistenza di elementi di fatto, diversi rispetto alla previsione di cui alla Relazione, e tali da conferire alla fattispecie concreta carattere speciale. Pertanto, in caso di sindacato giurisdizionale, l'organo decidente sarà tenuto a considerare legittimo l'atto adottato.

²⁶ Per ulteriori approfondimenti in tema di Linee guida dell'Anac, cfr.: G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, p. 273; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 503; M.P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 436; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo, Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017, 2; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e app.*, 2017, 6, p. 763 ss.; V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. e app.*, 2018, 2, p. 145 ss.

In secondo luogo, a indurre la stazione appaltante a non applicare la Relazione potrebbe essere una valutazione riguardante l'adeguatezza-fondatezza della medesima. In questo caso, il sindacato si sostanzierà nello svolgimento di un iter logico-giuridico volto ad appurare la fondatezza della valutazione dell'Ente appaltante in ordine a un possibile vizio di eccesso di potere.

Tuttavia, la scelta di propendere per una c.d. gerarchia materiale sarebbe opinabile, anche perché trascurerebbe la circostanza che, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, i rapporti tra le fonti del diritto sono continuamente rivisti e rimessi in discussione dall'operare di un secondo tipo di gerarchia c.d. assiologica.

Questa ultima implica una relazione tra due norme, tale che una delle due è considerata prevalente rispetto all'altra.

Diversamente dalla c.d. gerarchia materiale, quindi, quella assiologica non determina l'invalidità della norma gerarchicamente subordinata, ma la mera disapplicazione della disposizione meno importante in luogo di quella preminente²⁷, in virtù dell'attività interpretativa condotta dal giudice amministrativo sulla base della maggiore forza precettiva da attribuire ad alcune norme rispetto ad altre, alla luce dei valori, principi e dottrine etico-politiche su cui si erge il sistema giuridico²⁸.

Se così è, allora, qual è il ruolo del principio di risultato? Si qualifica come antagonista, frizione del principio di legalità²⁹? In altri termini, cosa acca-

²⁷ Pertanto, in tale caso, ove dovesse riscontrarsi un contrasto tra norme (il provvedimento amministrativo è stato adottato conformemente a quanto disposto dagli artt. 54 e 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, ma potrebbe essere illegittimo per violazione dell'art. 1 cit.) nessuna di essa potrà essere dichiarata invalida.

²⁸ D'altronde lo stesso Berti, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1990, p. 824, affermava: «(...) la ratio iuris della norma è indispensabile per accertare in qual misura essa abbia subito modificazioni col sopravvenire di mutamenti nell'ambiente sociale o di nuovi orientamenti nell'ordine giuridico: giacché solo attraverso il tramite di essa, e non già immediatamente, è legittimo procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, e bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale».

²⁹ Invero, ancor prima della codificazione dei principi, parte della dottrina ha affermato che: «Da un punto di vista teorico la scelta della stazione appaltante dovrebbe essere diretta al miglior conseguimento dell'obiettivo della procedura - e, quindi, del pubblico interesse - e, tuttavia, essendo questo il riassunto dei

drebbe se il provvedimento amministrativo fosse legittimo per conformità a una disposizione del Codice (i.e. agli artt. 54 e 110 d.lgs. n. 36 del 2023, in tema di anomalia dell'offerta), ma potenzialmente lesivo del principio di risultato, ex art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023?

Sul punto, secondo la giurisprudenza amministrativa il principio di risultato non si pone in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una “potenziale frizione”; *«al contrario (...) il risultato concorre a integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad “ampliare” il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell’area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenesse-ro al merito e fossero come tali insindacabili»*³⁰.

Proprio tale argomentazione consente, da un lato, di superare la contraddizione prospettata tra risultato e legalità, nel rispetto di quel rapporto di intima connessione, di reciproca dipendenza tra principi stessi, ex art. 1, co.1, del Codice dei contratti pubblici ³¹.

molteplici profili di pubblico interesse senza che sia precisata la gerarchia tra essi ed il loro effettivo contenuto, in concreto finisce per essere una scelta libera dell'amministrazione pubblica - in contrasto con il principio di legalità e con la stessa esigenza dell'uguaglianza tra i partecipanti o, per meglio dire, con il dovere di imparzialità fissato all'art. 97 in Costituzione e con la pienezza del sindacato sulle scelte operate, previste dall'art. 24 Costituzione», cfr.: L. R. PERFETTI, Per una teoria dell'interesse pubblico, in A. MALTONI (a cura di), cit., p. 155..

30 Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 28, secondo il quale il principio di risultato «non deve essere inteso nella prospettiva logica aziendalistica e isolatamente strettamente intesa (...) Il risultato non autorizza forzature del principio di legalità, nel cui perimetro rientrano anche i principi costituzionali e il formante normativo eurounitario».

31 In generale sul rapporto di interdipendenza tra principi, in giurisprudenza si rinvia a: Cons Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Id., sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Ancora, il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2, specie commi 1 e 2, del Codice «afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile», cfr.: T.a.r. Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959, cit. Il principio del risultato, inoltre, costituisce «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la “concorrenza”, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in “difesa” dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento».

Dall'altro, di preservare l'idea dello Stato costituzionale di diritto, secondo cui ogni potere deve trovare fondamento nella Carta costituzionale ed esser esercitato nel rispetto del principio di stretta legalità. D'altronde, lo Stato di diritto presume proprio un modello ove tutti i poteri - ivi compreso quello amministrativo - sono esercitati secondo la legge, con contestuale adozione di atti, dunque, rispettosi dei limiti e vincoli di carattere non solo formale (c.d. principio di legalità formale), ma anche sostanziale (c.d. principio di legalità sostanziale).

Volendo trarre alcune conclusioni, quindi, ancora una volta la mancanza di una gerarchizzazione c.d. sostanziale e la contestuale "inter-dipendenza" tra i principi - norme o gerarchia assiologica, inviterebbero il giudice, come si proverà ad argomentare nelle pagine seguenti, a ricorrere alla tecnica di bilanciamento, per «(...) stabilire la validità definitiva di una norma sulla base di ragioni e di principi in collisione alla luce di circostanze determinate»³².

E per individuare la legge da applicare alla fattispecie concreta - come affermava Berti - occorre condurre due operazioni diverse, ma logicamente connesse: a) l'accertamento della disposizione normativa e la categoria di interessi dalla stessa tutelati; b) «la ulteriore elaborazione della massima richiesta per la decisione del caso: (...) che ha il carattere di una operazione complementare (...), subordinata alle valutazioni legislative previamente accertate»³³.

I principi, intesi come enunciati normativi che inglobano valori, quindi, continuano a rappresentare la stella polare che orienta la scelta della stazione appaltante nonché l'attività interpretativa del giudice all'interno di una struttura connotata dall'interazione di numerosi plessi normativi. E così, bilanciare i principi significa individuare le rispettive relazioni di preferenza e di compatibilità per determinare la norma applicabile al caso concreto.

32 L. DI CARLO, *Bilanciamento e sistema delle fonti. Sulla teoria della convergenza razionale* (a cura di), Torino, 2020, p. 29.

33 E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 819

Le argomentazioni condotte dal giudice per la risoluzione della fattispecie dipenderanno, dunque, da come il sistema dei valori verrà interpretato e applicato alla fattispecie *sub iudice*.

Dalle considerazioni sin qui svolte il bilanciamento giudiziale, condotto alla luce dei principi di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 e in assenza di una c.d. gerarchizzazione materiale, si connota per una elevata creatività interpretativa giurisprudenziale: confermando probabilmente - questo si potrà riscontrare solo nel corso del tempo - quell'attribuzione di significato alle norme, in gran parte incontrollabile razionalmente, tipica del previgente Codice dei contratti pubblici.

5. Il principio di risultato e l'eco ridondante di un sindacato più penetrante: breve lettura della prima giurisprudenza in tema di giudizio di anomalia

Argomentate le ragioni per le quali si ritiene di escludere la c.d. gerarchizzazione tra principi, la riflessione prosegue per comprendere se la positivizzazione del principio di risultato abbia comportato una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa.

Sul punto, nella logica della preminenza del principio di risultato - come precedentemente accennato -, il sindacato giurisdizionale non è più volto all'accertamento della difformità o meno del provvedimento al parametro normativo, ma si sostanzia nell'appurare se l'atto impugnato consente di conseguire anche correttamente il risultato, ossia quel bisogno qualificato come pubblico da una norma, alla cui cura è preposta la stazione appaltante³⁴.

³⁴ Sulla base di detto principio, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, «nell'analisi dei casi concreti va quindi privilegiata l'esigenza di garantire il conseguimento dell'obiettivo dell'azione pubblica (con il riconoscimento del prioritario interesse al pronto raggiungimento delle finalità dell'appalto), essendo destinati a recedere quei formalismi ai quali non corrisponda una concreta ed effettiva esigenza di tutela del privato», cfr. T.a.r. Campania, sez. I, 15 gennaio 2024, n. 37, in www.giustizia-amministrativa.it. M. S. GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 47, Giannini afferma: «(...) il pubblico interesse di cui si parla in sede di discrezionalità (amministrativa), non può appartenere a quella sfera di interessi pubblici che non sono giuridicamente rilevanti, e neanche può essere generico, ossia indeterminato: ma sarà specifico, determinato dal diritto (nominato) secondo categorie di variabile ampiezza (di solito sempre decrescente), sia indirettamente con l'ordinamento dei pubblici uffici, sia direttamente con l'attribuzione di un atto amministrativo alla sfera di attività di un'autorità determinata».

Nello scenario del nuovo codice degli appalti, quindi, per garantire il corretto perseguimento dell'interesse pubblico non è sufficiente aver individuato un operatore economico idoneo a garantire una corretta esecuzione del contratto di appalto, ma occorre piuttosto valutare se la scelta amministrativa sia effettiva attuazione delle politiche pubbliche.

Il principio di risultato si concretizza in un dovere della stazione appaltante di ispirare le scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare.

In altri termini, la declinazione del principio di risultato racchiusa nel comma 4 dell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle p.a., soprattutto con riguardo all'interpretazione e applicazione delle regole di gara *«dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica»*³⁵.

Il giudice verifica - quindi - la valutazione della stazione appaltante, ponendo al centro il risultato, ossia la stretta funzionalizzazione tra il medesimo e l'agere amministrativo, la coerenza e la congruenza delle fasi procedurali.

E tale interpretazione giudiziale c.d. teleologica la si coglie nitidamente tra le righe della sentenza del Tar Catania, secondo cui il "miglior rapporto" non è stato raggiunto nella gara in oggetto, poiché *«la stazione appaltante, addivendo alla propria decisione di aggiudicare l'appalto in favore delle due società controinteressate sulla base di una valutazione che appare largamente basarsi sul maggior ribasso praticato dalla stessa, ha disatteso, irragionevolmente, ogni potenziale verifica in ordine ai presidi di qualità ed efficienza del servizio che quest'ultima è chiamata a svolgere, finendo per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere»*³⁶.

Nello specifico, ad avviso del Collegio, *«l'Amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità ampliata dai principi della fiducia e del risultato, avrebbe dovuto disporre*

³⁵T.a.r. Napoli, o.n.c.

³⁶ T.a.r. Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n.478, in www.giustizia-amministrativa.it.

il giudizio di anomalia nei confronti della parte controinteressata, nell'ottica di assicurarsi di compiere la scelta più funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara»³⁷.

Dall'iter logico-giuridico sopra esposto si possono trarre le seguenti considerazioni; il giudice amministrativo è tenuto ad accertare: a) se la scelta della stazione appaltante abbia o meno garantito il corretto conseguimento del risultato, cristallizzato nella norma di legge ovvero nella *lex specialis*; b) se la valutazione condotta dalla commissione di gara abbia tenuto conto del principio del risultato al momento della valutazione dell'offerta anomala; c) se la scelta a cui è pervenuta l'amministrazione sia ragionevole e coerente con il procedimento istruttorio condotto; d) se il principio di risultato sia stato adottato come criterio da bilanciare con gli altri principi coinvolti; e) se nelle more della valutazione delle offerte anomale la stazione appaltante nell'esercizio dell'attività discrezionale abbia considerato ed eventualmente disapplicato il principio di risultato in luogo di altri criteri.

Ciò detto, l'attenzione si pone sugli obiettivi del lavoro: la codificazione del principio del risultato determina una metamorfosi della natura discrezionale del provvedimento di esclusione dalla gara per offerta anormalmente bassa? Come è stata qualificata la violazione del principio di risultato? Il giudice amministrativo lungo quali binari condurrà il sindacato?

Procedendo con ordine, l'aggiudicazione dell'appalto in favore di un'impresa che non riesca a garantire il risultato c.d. virtuoso sarebbe illegittima

³⁷ T.a.r. Catania, *o.m.c.* Ciò, in conformità anche alla sentenza della Corte di giustizia europea, sez. IV, 15 settembre 2022, n. 669, in *Foro amm. (I)*, 2022, 9, II, p. 1081: «(...) qualora un'amministrazione aggiudicatrice non abbia avviato una procedura di verifica in merito all'eventuale carattere anormalmente bassi di un'offerta, in quanto ha ritenuto che nessuna delle offerte presentate avesse un carattere siffatto, la sua valutazione può formare oggetto di un controllo giurisdizionale nell'ambito di un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto». Per ulteriori approfondimenti in ordine al fenomeno di ampliamento della discrezionalità della stazione appaltante, cfr.: L. CARBONE, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici* (a cura di) C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO, Napoli, 2023, p. 12; M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *www.federalismi.it*, 2023, p. 24.

per violazione dell'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023; pertanto, il principio di risultato si qualificherebbe come parametro di legittimità³⁸.

Tuttavia, come più volte accennato, il sindacato giurisdizionale potrebbe consistere in un bilanciamento tra principi “pariordinati” (risultato e legalità), con contestuale ricorso al criterio di proporzionalità.

Tale tipologia di criterio si articola in tre fasi; esso è indirizzato ad accertare se la misura sotto esame sia: a) idonea a perseguire lo scopo prefissato dalla legge; b) “necessaria”, ossia insostituibile con un'altra, più efficace per perseguire l'obiettivo e meno incisiva per gli interessi contrapposti; c) proporzionata “in senso stretto”, in quanto non impone all'interesse antagonista un sacrificio eccessivo se confrontato con il vantaggio conseguito dall'altro³⁹.

In tale sede non si tratterà del terzo *step* per una duplice ragione: nel presente lavoro la riflessione ruota intorno al bilanciamento di principi e non di interessi (pubblici e privati, come richiesto nell'ultima fase del *test* di proporzionalità); in questa fase il confronto riguarda i benefici e i sacrifici rispettivi; pertanto, mancando un parametro normativo utile per riscontrare la correttezza del bilanciamento il merito amministrativo resterebbe invalicabile.

Ciò precisato, nel tema in esame il criterio di proporzionalità si arresterebbe alla prima fase, ossia il giudice dovrebbe riscontrare se la scelta della sta-

38 F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 25, secondo l'A. il principio di risultato «è anche elemento di cui il giudice dispone per verificare la validità della scelta, posto che esso è ora immesso nel perimetro della legalità».

39 Per ulteriori approfondimenti in tema di principio di proporzionalità, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 210 ss.; Id., voce *Proporzionalità* nel *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano, 2006, p. 4643; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Il Foro amm TAR*, 2007, 2, p. 603 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità- Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 296 ss.; G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: “relazione pericolosa” o “attrazione fatale”?*, in *Il dir. proc. amm.*, 2012, 2, p. 717 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi e processo amministrativo*, Torino, 2012; Id., *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 4, p. 871 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 361 ss.; A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, 3, p. 567 ss.

zione appaltante sia o meno idonea garantire il corretto conseguimento del risultato virtuoso.

Se solitamente la verifica dell'idoneità dello scopo non genera problemi in ordine ai limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, le difficoltà affiorano in sede di valutazione della relazione tra mezzo e scopo, poiché il giudice potrebbe sindacare la scelta amministrativa solo se manifestamente errata, irragionevole o eccessiva. Ma anche tale obiezione sarebbe superata, laddove il criterio di proporzionalità consente al giudice di riscontrare se la scelta della stazione appaltante apporti o meno un vantaggio per lo scopo individuato dal legislatore.

In senso contrario, invece, vi è chi sostiene che per appurare se la scelta della stazione appaltante garantisca il risultato occorre accertare la c.d. necessità della misura (seconda fase), ossia se vi sia o meno una misura sostituibile (meno incisiva per gli interessi privati contrapposti), ma pur sempre parimenti efficace rispetto al risultato virtuoso⁴⁰.

Nel tema in esame, dunque, l'operatività del principio di proporzionalità richiederebbe un sindacato giurisdizionale c.d. diretto, relativo alle differenti fasi di cui si compone il procedimento logico: nel dettaglio, mentre nella fase centrale - nella quale si esaurisce la verifica di proporzionalità, per qui di interesse - il parametro di riferimento è l'obiettivo, il risultato, art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023; nella fase relativa alla c.d. necessità, invece, gli altri interessi coinvolti sono considerati non sotto il profilo della loro meritevolezza, ma per la maggiore estensione dei sacrifici cui la decisione impugnata li sottopone, rispetto a quella che ne deriverebbe ove si ricorresse a misure alternative, ma comunque efficaci per perseguire lo scopo.

In conclusione, l'operatività del principio di proporzionalità c.d. diretto non implica l'interferenza del giudice nella discrezionalità amministrativa (c.d. sconfinamento della riserva di amministrazione), poiché per verificare se la

40 E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 4, p. 846.

scelta dell'amministrazione aggiudicatrice sia conforme o meno al principio di risultato il giudice non attribuisce una qualità alla decisione amministrativa oggetto di sindacato, ma ricava la medesima (qualità) dal confronto condotto sulla base dell'obiettivo indicato dal legislatore, a prescindere dalla complessità delle indagini richieste per definire i termini del confronto.

6. Il risultato qualificato come causa dell'atto amministrativo (?): se e come cambia il sindacato giurisdizionale in sede di anomalia dell'offerta?

Il mancato conseguimento del risultato si potrebbe qualificare non solo come violazione del parametro di legittimità, ma anche come vizio della causa. In tale ultima circostanza in capo al giudice si configurerebbe l'onere di riscontrare se l'atto amministrativo risponda o meno all'interesse pubblico specifico, e l'eventuale non corrispondenza si qualifica come mancanza di causa.

E allora se la scelta discrezionale amministrativa incide su differenti interessi, solo un numero limitato dei quali è disciplinato dalla legge (c.d. interessi principali), è senz'altro vero che la discrezionalità amministrativa è vincolata al rispetto della norma. Quella norma che se da un lato, disciplina le modalità dell'*agere* amministrativo, dall'altro è preposta alla tutela di un interesse essenziale.

Tale tutela deve essere efficiente ed efficace, ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 3, d.lgs. n. 36 del 2023 e art. 1 della l. n. 241 del 1990, e garantire il maggior grado possibile di realizzazione dell'interesse principale.

Se così è, dunque, la libertà di apprezzamento dell'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe libera, ma vincolata all'aderenza agli interessi normativamente qualificati rappresentanti della ragion d'essere delle funzioni a essa attribuite.

In altri termini, la discrezionalità amministrativa nel tema in esame sarebbe in parte vincolata, con contestuale onere per il giudice di valutare il fatto og-

getto della scelta amministrativa con l'interesse specifico (il risultato, *ex art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023*) da perseguire.

Sicché, la decisione amministrativa sarà sempre sindacabile sotto il profilo della causa, ogniqualvolta sia messa in discussione la sua idoneità a realizzare gli interessi normativamente qualificati a cui esso è funzionale.

D'altronde, come affermato già da Giannini: *«attraverso la causa si pone in evidenza, il modo con cui un atto amministrativo provvede a una situazione specifica di pubblico interesse, poiché tra l'atto e il pubblico interesse essenziale che forma il centro della ponderazione d'interessi viene a porsi un nesso, che (...) non può mai scomparire del tutto»*⁴¹.

E allora, punto cruciale della riflessione è il seguente: come la p.a. nell'emanare un atto, muove dal fondamento di una norma di legge, allo stesso modo il giudice- interprete, in sede di sindacato, deve individuare la norma applicabile e accertare come la p.a. abbia interpretato e applicato la medesima (disposizione) al caso concreto⁴². Detto diversamente, il dover essere di cui si parla implica un confronto tra l'attività amministrativa cristallizzata nell'atto impugnato e la norma di riferimento⁴³. Solo così, difatti, si riescono a individuare gli elementi astratti dell'atto amministrativo, utili per l'interpretazione dell'atto e per un corretto sindacato sulla discrezionalità:

*«se l'interpretazione della legge è la chiave per comprenderne l'applicazione compiuta dall'autorità, essa è il mezzo fondamentale per l'interpretazione dell'atto amministrativo»*⁴⁴.

41 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 285.

42 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo, o.u.c.*, conoscere la norma è logicamente *«necessario per intendere ogni atto concreto, essendo i requisiti di ogni atto disciplinati da leggi»*.

43 Sul punto, S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in *Scritti in onore di F. Salvia*, Napoli, 2023, p. 410 ss.: *«(...) Il risultato, nella sua dimensione ontologica, non è un principio. Non siamo di fronte a un interesse (quello del risultato) che costituisce il fondamento di un diritto (...). I principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole sono norme idonee a guidare il comportamento umano. Invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obiettivo da perseguire. La loro applicazione non è diretta. La loro applicazione implica la deduzione da essi, sulla scorta di un'attività ermeneutica, di una regola da applicare al caso concreto»*.

44 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo, cit.*, p. 303. Inoltre, per ulteriori approfondimenti in ordine alle differenti tipologie di interpretazioni elaborate da Giannini, si v.: In ipotesi di interpretazione di merito, *«l'interprete dovrà conoscere la legge, averla interpretata, per possedere tutto il sistema dei fini-motivi e delle norme tecniche»*. Ulteriori forme di operazione

In tali casi, il sindacato giurisdizionale verterà sul nesso tra l'interesse essenziale e contenuto dell'elemento discrezionale dell'atto; e dunque sulla conformità del provvedimento impugnato al risultato, sì come previsto dalla legge.

In altri termini, il giudice amministrativo svolgerebbe un'indagine sulla causa, che, esulando dalla valutazione degli interessi secondari, non si sostanzia in un controllo indiretto del merito⁴⁵ e pertanto in uno sconfinamento del prin-

interpretativa sono quella c.d. piena e quella c.d. meramente qualificatoria, nelle quali «l'interprete è costretto a ripetere l'interpretazione della legge quale fu compiuta dall'autorità che emanò l'atto, al fine di poterlo comprendere. È questo abbastanza semplice finché si tratta di atti presi in esercizio di attività vincolata: ma non in quelli presi in esercizio di attività discrezionale, in cui si tratta di trovare quegli elementi dell'atto che restano indeterminati, specie gli elementi teleologici, che raramente sono espressamente indicati dalla legge». Nel dettaglio, per quanto concerne «l'interpretazione meramente qualificatoria esiste indipendentemente dall'essere l'atto amministrativo discrezionale o vincolato, oggetto di accertamento principale, o di questione pregiudiziale o altro. (...) La sua caratteristica fondamentale, l'incertezza della qualificazione giuridica dell'atto, benché possa apparire strana a prima vista, si spiega solo che si rifletta sull'organizzazione dell'amministrazione e dello svolgersi della di lei attività, ossia alle sfere di competenza e al principio della nominatività dell'atto amministrativo. (...) L'altra condizione perché si abbia interpretazione meramente qualificatoria, oltre l'incertezza della qualificazione, è, com'è logico, la certezza della ricostruzione del fatto», pp. 297 e 304.

⁴⁵ Né si potrebbe obiettare sul punto che in tale ipotesi il giudice svolgerebbe un sindacato di merito. D'altronde lo stesso Giannini affermava che il problema del sindacato di merito, «si può concepire sia come un semplice controllo dell'esattezza dell'apprezzamento comparativo di vari interessi, sia anche come controllo della completezza o della sufficienza dello schema degli interessi presi in esame come secondari, cui quindi seguirebbe un integramento dell'incompleto giudizio dell'autorità che ha emanato l'atto. Il sindacato di merito ha così diversa ampiezza: nella sua forma meno ampia esso può stranamente avvicinarsi a quello di legittimità di puro diritto, quando l'apprezzamento comparativo degli interessi compiuto dall'autorità risulti ex actis, non richiedendo alcun'altra indagine, e gli stessi atti offrano elementi sufficienti per controllare e procedere nuovamente a quell'apprezzamento», *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 180. Per ulteriori approfondimenti sul merito amministrativo, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; P. G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagine storiche*, Milano, 1958, p. 50 ss.; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Atti del IV Seminario della Sezione Umbra C.I.S.A. (Perugia, 1968), Firenze, 1969, p. 101. Di recente: A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Scritti in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, p. 1437 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Milano, 2013; R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri della giurisdizione nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 981 ss.; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017; G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, 2017; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, *ivi*, 2018, p. 219 ss.; A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2018, p. 263 ss.; F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de "Il merito dell'atto amministrativo": Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, p. 49 ss.; F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*,

cipio di separazione dei poteri⁴⁶. Quest'ultimo profilo rappresenta indubbiamente lo snodo interpretativo più delicato, con le conseguenze che ne scaturirebbero sul piano della profondità del sindacato giurisdizionale e dell'effettività della tutela⁴⁷. Difatti, nel nuovo scenario dei contratti pubblici, il risultato, entrando nella valutazione, «trasforma qualsivoglia forma di valutazione tecnica in discrezionalità pura, nel senso che la valutazione deve essere effettuata anche alla luce di un interesse pubblico indicato dalla legge»⁴⁸.

Ne deriva che, in tema di anomalia dell'offerta, il giudice non dovrebbe limitarsi solo a verificare la correttezza, la serietà e l'attendibilità del percorso valutativo condotto dalla stazione appaltante, ma dovrebbe condurre una disamina compiuta sulla fattispecie controversa, senza sconfinare nella riserva di amministrazione, che tenga conto del risultato, art. 1, co. 1, d.lgs. n. 36 del

in *Dir. amm.*, 2021, 1, p. 29 ss.

46 Per ulteriori approfondimenti in tema di separazione dei poteri, cfr.: A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XXIII, p. 1; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 20 ss.; L. ROSSI, *Potere (divisione dei)*, in *Noss. dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 100; S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1958, p. 1147; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 372. Non si prescinda da G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985. Di recente, cfr.: G. TROPEA, *L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 965 ss.; M. TRIMARCHI, *“Problema dell'amministrazione” e “problema del giudice”: principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione della pubblica amministrazione”*, Milano, 2011, p. 179 ss.; G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 1, p. 1 ss.; S. CASESE, *La nuova discrezionalità (Rapporti tra politica e amministrazione)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 6, p. 725 ss.; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 1, p. 393; A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di “ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri” di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 1, p. 235 ss.

47 T.a.r. Napoli, sez. VIII, 9 dicembre 2010, n. 27136, in *Foro amm. TAR* 2010, 2, 3995, sul punto si rammenta, come precisato più volte nel corso del lavoro, che «Il sindacato del giudice amministrativo in materia si compendia nell'accertare se il potere dell'amministrazione appellante sia stato esercitato con l'utilizzazione delle regole tecniche conformi a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti e dunque se le valutazioni tecniche operate siano attendibili, non potendo invece consistere nell'integrale ripetizione delle operazioni valutative compiute dell'Amministrazione, ciò comportando un'inammissibile violazione del principio di separazione dei poteri», in *Foro amm. TAR* 2010, 12, 3995. Ancora, Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2007, n. 4933, in *Foro amm. C.d.s.* 2007, 9, 2546; Cons. Stato, 18 settembre 2008, n. 4494, in *Foro amm. C.d.s.* 2008, 9, 2427; T.a.r. Napoli, sez. I, 8 ottobre 2009, n. 5207, in *Foro amm. TAR* 2009, 10; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3769, in *Foro amm. C.d.s.* 2009, 6, 1482.

48 F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 38.

2023. In altri termini, come già accennato nel precedente paragrafo, si dovrà riscontrare: a) se la scelta della stazione appaltante abbia o meno garantito il corretto conseguimento del risultato, cristallizzato nella norma di legge ovvero nella *lex specialis*; b) se la valutazione condotta dalla commissione di gara abbia tenuto conto del principio del risultato al momento della valutazione dell'offerta anomala; c) se nelle more della valutazione delle offerte anomale la stazione appaltante nell'esercizio dell'attività discrezionale abbia considerato ed eventualmente bilanciato o disapplicato il principio di risultato in luogo di altri criteri.

In tali circostanze il giudice-interprete indaga il reale accertamento dei fatti, quali emergono dal contesto dell'atto, e valuta come la p.a. li abbia qualificati⁴⁹.

E allora, nonostante il provvedimento in tema di giudizio di anomalia dell'offerta sia manifestazione di discrezionalità amministrativa - richiamando Giannini - « *l'interprete accetta la soluzione scelta dall'autorità, come se essa sia la migliore possibile, limitandosi a vedere come il fatto qualificato in questo elemento possa rientrare nel disposto dalla legge relativo all'elemento stesso nell'uno o nell'altro atto; qui l'opera dell'interprete è veramente una riqualificazione dei fatti*»⁵⁰.

In altri termini, il giudice è chiamato a interpretare la disposizione normativa, attraverso l'accertamento del fatto e la valutazione del dato tecnico richiamato. In tale ultima circostanza, non si può certamente affermare che il giudice vada a esprimere un giudizio riservato al potere dell'amministrazione. Il

49 A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in F. MANGANARO, A. R. TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 9: «*Il fatto rappresenta il punto di origine di qualsiasi vicenda giuridica: la qualificazione sulla base di una norma riguarda sempre un fatto. Di conseguenza il fatto è sempre rilevante, nella relazione giurisdizione e amministrazione: riservare il fatto all'amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale. L'equilibrio fra giurisdizione e amministrazione esige che il fatto sia conoscibile e valutabile da parte del giudice di merito; la ricostruzione del fatto deve essere verificata, e non può rappresentare un postulato demandato all'amministrazione; l'insostenibilità delle concezioni che attribuivano al giudice amministrativo una giurisdizione solo di diritto è stata dimostrata ormai da lungo tempo*».

50 M. S. GIANNINI, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. 306.

giudice, difatti, se compie un'indagine piena e diretta sulla valutazione tecnica, dà semplicemente esecuzione della norma, a garanzia degli artt. 24 e 113 Cost.

Da tale tipologia di sindacato giurisdizionale, quindi, riemerge l'importanza e il valore del ricorso alla consulenza tecnica o alla verifica da parte del giudice amministrativo⁵¹; così, difatti, quest'ultimo potrebbe svolgere un maggior controllo formale ed estrinseco dell'iter logico condotto dalla stazione appaltante nell'esprimere le proprie valutazioni, senza sconfinare nel merito, e verificare l'attendibilità delle valutazioni tecniche poste in esse nonché la correttezza quanto ai criteri tecnici applicati e il corretto perseguimento del risultato, interesse pubblico individuato dal legislatore⁵².

51 Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2017, n.4848: «ai sensi dell'art. 67 d.lgs. n. 104 del 2010, la consulenza tecnica si estrinseca in una valutazione - e quindi in un giudizio - alla stregua della discrezionalità tecnica, il consulente non si limita infatti ad un'attività meramente ricognitiva e circoscritta ad un elemento o fatto specifico ma, utilizzando le proprie specifiche cognizioni tecniche, prende in carico situazioni ed oggetti complessi al fine di elaborare un proprio giudizio e, di conseguenza, rispondere al quesito ritenuto dal giudice utile ai fini del decidere con una soluzione tecnicamente idonea alla stregua di un "giudizio di valore"; invece, al contrario, la verifica, di cui all'art. 66 c.p.a., è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento diretto ad individuare, nella realtà delle cose, la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali; la verifica si estrinseca, quindi, in un giudizio di risultato che, come tale, non richiede un momento di contraddittorio; come la giurisprudenza ha affermato, il contraddittorio concerne esclusivamente gli sviluppi e le risultanze della verifica», in Red. giuffré, 2017; Cons. Stato, sez. III, 18 marzo 2013, n. 1571, in *Foro amm. C.d.s.* 2013, 3, p. 639 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 682, in *Foro amm.(I)*, 2014, 2, p. 503; Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5552, in *Foro amm. (I)* 2014, 11, p. 2808; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, in *Foro amm. (I)*, 2016, 5, p. 1498; T.a.r. Palermo, sez. II, 17 gennaio 2018, n.139: «Nelle gare pubbliche gli apprezzamenti in ordine all'idoneità tecnica delle offerte, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la insussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle dette valutazioni tecnico-discrezionali; comunque, incombe sul soggetto che contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare e specificare gli elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole, ovvero sia basata su fatti erronei o travisati, atteso che il sindacato del giudice rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto. Pertanto, non può essere accolta la richiesta del ricorrente di disporre l'esecuzione di una consulenza tecnica d'ufficio o di una verifica al fine di accertare l'effettiva rispondenza del prodotto offerto in gara alle caratteristiche tecniche previste dal capitolato di gara, qualora le valutazioni di natura tecnico-discrezionale poste a fondamento delle cause di esclusione non appaiono manifestamente irragionevoli o affette da errori di fatto», in Red. giuffré 2018.

52 A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 9: «(...) in tutti i casi in cui la valutazione di ordine tecnico dell'amministrazione non sia convincente, il giudice deve poterla disattendere. Un ordinamento che privilegia la valutazione tecnica peggiore, solo perché essa proviene dall'amministrazione, condanna un Paese al declino, perché rinuncia a ricercare e a premiare la soluzione tecnicamente migliore».

In conclusione, quindi, le argomentazioni sin qui condotte consentono di asserire che il giudice, anche in tema di giudizio per anomalia dell'offerta, sia, grazie anche alla positivizzazione del principio del risultato, tenuto ad analizzare il procedimento effettuato dalla p.a. e i relativi esiti valutativi, per riscontrare l'eventuale presenza dei tre vizi di illegittimità, limiti della discrezionalità amministrativa o tecnica; secondo un apprezzamento interpretativo «vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica e assiologica che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità»⁵³.

7. Considerazioni conclusive: la riemersione del valore (?) della ctu e della verifica per la valutazione dell'anomalia dell'offerta

Le considerazioni condotte nel corso del lavoro consentono di meditare sull'effettiva gerarchizzazione in senso c.d. sostanziale dei principi nonché sulle eventuali implicazioni che la medesima produrrebbe in tema di giudizio di anomalia dell'offerta.

Da un'attenta lettura delle prime pronunce emesse dalla giurisprudenza amministrativa emerge come tra i principi del nuovo Codice vi sia un rapporto di interdipendenza, più che di supremazia. Ancora una volta, dunque, il Codice dei contratti pubblici si qualificherebbe come fonte di incertezza in cui il giudice assolverebbe l'arduo compito di bilanciare i differenti principi coinvolti per sagomare l'operatività della norma alla fattispecie concreta.

Nel dettaglio, il giudice è chiamato a valutare la serietà e l'attendibilità complessiva del giudizio di anomalia nonché a comprendere se la scelta adottata dalla stazione appaltante sia idonea a garantire il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, qual è il risultato.

In tale scenario, come accennato in premessa, il compito dello studioso si sostanzia nel rivedere la natura discrezionale del giudizio di anomalia che, da

⁵³ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 822. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091, in *Foro amm. CDS* 2010, 11, p. 2374; Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7262, in *Foro amm. CDS* 2010, 10 p. 2119; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2012, n. 1369, in *Foro amm. CDS* 2012, 3, p. 628; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1085, in *Red. giuffrè* 2014; T.a.r. Trentino Alto Adige, 11 febbraio 2015, n. 60, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

espressione di discrezionalità tecnica potrebbe qualificarsi come da discrezionalità mista, grazie proprio alla funzione di parametro di legittimità assoluta dal principio di risultato.

Tale metamorfosi, però, non sarebbe priva di implicazioni giuridiche: mentre la discrezionalità tecnica e amministrativa comportano entrambe giudizi il cui contenuto non si deduce da un parametro normativo definito; differiscono, invece, in ordine all'oggetto dei giudizi: nella discrezionalità tecnica rileva la qualificazione dei fatti; diversamente, nella discrezionalità amministrativa invece il sindacato verte sull'assetto di interessi.

Ciò detto, volgendo lo sguardo sul tema in esame, si configurerebbe una discrezionalità c.d. mista e pertanto il giudice sarà tenuto ad accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, ivi compresi i processi conoscitivi seguiti dall'amministrazione aggiudicatrice che coinvolgono apprezzamenti di natura tecnica.

Nello specifico, il giudice non dovrebbe tener conto delle massime d'esperienza appartenenti al sapere comune, ma, avvalendosi del c.t.u., è chiamato ad acquisire tutte le conoscenze tecnico-specialistiche necessarie per una completa conoscenza dei fatti⁵⁴.

In conclusione, dunque, se il risultato è il preminente interesse pubblico garantito dalla p.a. sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione, il giudice rappresenta l'ago della bilancia proprio di quel rapporto economico in cui è parte la p.a.

54 In tale ultima evenienza il Collegio non recepirebbe acriticamente le risultanze della consulenza tecnica, ma le utilizzerebbe per ripercorrere le argomentazioni poste a fondamento della scelta amministrativa e avvalorare la propria decisione. Ancora, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 129, che con riferimento alla consulenza tecnica chiarisce che: «(...) il mancato ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non permette una ricostruzione dei fatti posti a fondamento della valutazione medesima, il che, a sua volta, impedisce, prima ancora che la sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione, la semplice verifica dell'attendibilità scientifica della decisione amministrativa assunta».

Pertanto, la scelta di avvalersi di verificatori o consulenti tecnici nella fase istruttoria processuale per decidere in ordine al carattere anomalo dell'offerta, risulta indispensabile per arricchire le conoscenze tecniche del giudice.

In senso contrario, come affermato da Autorevole dottrina, «ogni area di apprezzamento tecnico, che sia riservata all'amministrazione, e non sia quindi verificabile in giudizio, comporta una lesione (una compressione) del principio di piena e generale tutela giurisdizionale, fissato in via generale dall'art. 24, e ribadito, con riferimento puntuale all'azione delle amministrazioni pubbliche, dall'art. 113 della Costituzione»⁵⁵.

⁵⁵ Cfr.: F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero del Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2000, p. 1066 ss. Sul punto si rinvia anche a: N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 489 ss: «in applicazione dell'art. 24 e 113 Cost. [...] deve affermarsi il principio che non c'è sfera dell'attività amministrativa, diversa da quella realmente ed effettivamente discrezionale, che possa sfuggire ad un sindacato pieno e diretto da parte del giudice». Per ulteriori approfondimenti in tema di diritto di difesa e giusto processo si rinvia a: A. POLICE, *Commento all'art. 24 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Milano, 2006, p. 502 ss.

MARIACONCETTA D'ARIENZO

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli
"Parthenope"
mariaconcetta.dariento@uniparthenope.it

**DEMITIZZAZIONE DELLA CONCORRENZA E PRINCIPIO
DEL RISULTATO NELLA CONTRATTUALISTICA
PUBBLICA***

**COMPETITION DEMYSTIFICATION AND THE RESULT
PRINCIPLE IN PUBLIC CONTRACT REGULATION**

SINTESI

Nel D.Lgs. 36/20023 il risultato non si risolve nella soddisfazione di un unico interesse primario, ma va bilanciato con altri principi e valori codificati che rappresentano valori neutri della materia e nelle fattispecie in cui doverosità comportamentale e doverosità di risultato coesistono.

Su tale premessa l'indagine si focalizza sull'impatto del risultato nel bilanciamento tra solidarietà e concorrenza nelle procedure di affidamento dei servizi per "attività a spiccata valenza sociale" ove il "risultato" si declina non solo in chiave "concorrenziale", ma anche "solidaristica" responsabilizzando così l'Amministrazione nella scelta degli strumenti "equiordinati" da utilizzare per il raggiungimento del risultato e gli ETS su cui incombono precisi obblighi strutturali, formativi e competenziali e responsabilità per violazione del principio di buona organizzazione, il cui accertamento è oggetto di verifica nell'ambito di un sindacato di legittimità esteso al merito.

ABSTRACT

In Legislative Decree 36/20023 the result does not consist of a unique primary interest satisfaction. Rather, it has to be balanced with other codified and non-codified principles representing neutral values of the subject and in cases in which behavioral duty and result duty coexist.

On this premise, the investigation focuses on the impact of the result in the balance between solidarity and competition in the service award procedures devoted to “activities with strong social value” where the “result” is expressed not only in a “competitive” key, but also in a “solidaristic” one. Thus, the Administration is made responsible for choosing the “equiordinate” tools to be used to achieve the results and on the Third Sector bodies being charged with specific structural, training, and competence obligations and liabilities for violation of the principle of good organisation. The scrutiny on this principle is subject to verification in the ambit of a legitimacy review extended to opportunity and adequacy of the choice.

PAROLE CHIAVE: Tutela della concorrenza e principio del risultato – Le molteplici declinazioni del risultato nel Codice dei contratti pubblici – Appalti “riservati” agli ETS: affidamenti in deroga alle regole dell’evidenza pubblica – Doverosità comportamentale, doverosità di risultato e obblighi organizzativi – Sindacato giurisdizionale.

KEYWORDS: Protection of competition and the principle of the result - The multiple declinations of the result in the Code of public contracts - Contracts "reserved" for the ETS: assignments in derogation of the rules of public evidence - Behavioral duty, result duty and organizational obligations - Jurisdictional review.

INDICE: 1. L'impostazione e il metodo della Riforma dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e obblighi di risultato – 2. Centralizzazione del risultato in chiave (non più solo concorrenziale bensì) solidaristica nell'elaborazione dottrinale e nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa – 3. L'affidamento dei servizi a spiccata valenza sociale e le “deroghe” alle regole dell’evidenza pubblica: spunti di riflessione per la ricerca di nuovi obiettivi ed equilibri tra fonti e principi – 4. Conclusioni.

1. L'impostazione e il metodo della Riforma dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e obblighi di risultato

Tra le riforme abilitanti previste dal PNRR quella del Codice dei contratti pubblici¹ è stata senza dubbio tra le più attese e per questo caricata di notevoli aspettative che hanno suscitato sensazioni contrastanti: curiosità, speranze, ma anche timori delle novità in parte ridimensionate da vecchie e nuove criticità.

¹Lo scritto costituisce una versione rielaborata, ampliata e annotata della relazione al Convegno “Concorrenza e politiche sociali nella nuova contrattualistica pubblica” TAR Campania – Napoli, 7 giugno 2024.

D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 in attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78 recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” in vigore dallo scorso aprile, ma le cui disposizioni ed allegati sono efficaci dal 1° luglio 2023 dopo una fase transitoria di perdurante vigenza del D.lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii., formalmente abrogato applicabile ai soli procedimenti in corso.

Salutata con favore dai primi commentatori come antidoto contro la burocrazia e l'ipertrofia normativa – considerate, a ragione, tra le principali cause dell'insuccesso delle precedenti riforme in conseguenza della crisi della legge e del ruolo dell'amministrazione acuitesi nel corso dell'emergenza sanitaria, ad oggi la disciplina si mostra “fluida” e piuttosto instabile a causa della incertezza delle regole di un *corpus* normativo ancora “provvisorio” ed incompleto², ma non per questo anche parziale, superfluo e non durevole nel tempo.

Il Codice - definito “autoesecutivo” - vuole essere un supporto e una guida per le amministrazioni e gli operatori economici dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto e per il G.A. chiamati ad orientarsi nella vasta materia attraverso i “Principi generali” vecchi e nuovi codificati nella prima parte del nuovo Codice e che costituiscono la prima vera novità per le implicazioni e/o potenzialità - per ora implicite o inesprese - della “prevalenza” di uno o alcuni di essi.

In una materia la cui disciplina è caratterizzata da elevato tecnicismo, come si avrà modo di chiarire in seguito, la formulazione espressa nel Codice di principi generali assume un significato esplicito ed espresso nei rapporti “con” e “tra” i principi della materia, con le disposizioni codicistiche e nell'attività dell'interprete vincolato alla qualificazione legislativa.

In generale, i principi codificati nella I parte del testo si integrano e si completano a vicenda al fine di garantire la correttezza dello svolgimento delle gare e del risultato (l'affidamento del contratto alle condizioni più favorevoli per la realizzazione dell'interesse pubblico, nel rispetto della cd. “regola del caso” concreto) a tutela degli interessi delle amministrazioni e delle imprese, in considerazione della importanza decisiva che il settore riveste nell'ambito del

² In attesa della pubblicazione delle nuove direttive europee e del recepimento statale (entro il 2026), nonché dell'adeguamento del testo alla giurisprudenza della CGUE e della Corte costituzionale al fine di «evitare l'avvio di procedure d'infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate» (cfr., Legge delega del 21.6.2022, n. 78).

sistema economico nazionale ed europeo, e di superare la proverbiale diffidenza nei confronti dei funzionari e degli operatori economici.

Ciò al netto di alcune criticità della disciplina la quale – nel sottolineare che il risultato è sempre «*perseguito nell'interesse della comunità*» (art. 1, c. 3)³ – sollecita la discussione e la riflessione sulla diversa cognizione che può aversi dell'interesse pubblico (in quanto pertinente alla collettività, nella fase di gara ed alla parte pubblica nella fase esecutiva).

Ancora, analizzando l'art. 1, comma 4 e l'art. 2, comma 1 del Codice non si può fare a meno di rilevare che il legislatore per la prima volta ha fatto riferimento al potere facendo emergere, altresì, un'inedita correlazione che lega il risultato e la fiducia, configurati come criteri di esercizio e di attribuzione del (solo) potere.

E poiché risultato e fiducia non possono essere di certo costretti nella (sola) fase di affidamento, l'impianto codicistico parrebbe paventare «una sorta di unitarietà statutaria delle vicende contrattuali, non apparendo più certo che al potere (di regola), non possa essere concesso terreno anche nella fase esecutiva»⁴ (laddove la tradizione lo vuole invece costretto a sparute ed intermittenti comparizioni)⁵.

Ancora, la precisazione secondo la quale il principio di risultato «costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento» (art. 1, c. 2) intercetta - senza fornire una chiave di lettura risolutiva - il dibattito sui reciproci rapporti e sul bilanciamento tra i principi di imparzialità e

3 Vedi sul punto, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, 228 ove afferma «l'amministrazione appare, fondamentalmente, come una organizzazione del tutto priva di interessi propri, attributaria invece di interessi altrui, denominati interessi pubblici in quanto imputati, quanto all'appartenenza sostanziale, all'intera collettività».

4 In questi termini, E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. Amm.*, 4/2023, 829.

5 Id., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, BUP, 2022.

buon andamento⁶, omettendo di chiarire tuttavia se essi formano «un'endiadi rigorosamente equi ordinata»⁷, oppure, come è preferibile ritenere, gli stessi siano «abbastanza agevolmente componibili, tenendo conto del diverso dosaggio che può essere compiuto fra l'una e l'altra esigenza in rapporto alla diversa connotazione sostanziale-funzionale dei vari poteri amministrativi»⁸.

Ciò nonostante, il D.Lgs. n. 36/2023 persegue l'obiettivo primario di eliminare i fattori che hanno portato nel tempo alla costruzione di un sistema farraginoso dal punto di vista sia normativo che procedurale che si è rivelato inefficiente e foriero di contenzioso.

Da questo punto di vista, il Codice dei contratti pubblici, rinnovato nella forma e nella sostanza, realizza una vera e propria rivoluzione copernicana nella impostazione e di approccio alla materia del *public procurement* rispetto alla disciplina previgente improntata alla regola del sospetto a scapito della libertà di iniziativa, responsabilizzando le stazioni appaltanti, gli operatori economici e, in ultima istanza, il G.A., in una prospettiva diversa volta a rilanciare il Paese sfruttando le opportunità del PNRR.

Ed infatti, oltre al “programma di scopo o le dichiarazioni d'intenti” che permeano di sé l'impianto normativo e ai richiami ai principi già presenti nella disciplina previgente (cfr., art. 1, comma 1, legge n. 109/1994; artt. 4,5,29 e 30 D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii.), nel Codice il principio del risultato⁹ – gerarchica-

6 Sul rapporto tra imparzialità e buon andamento si rimanda al contributo di P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 387 ss.

7 Così D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 14/2023, 47 ss., spec. 54.

8 G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989, 29 ss., spec. 49.

9 Senza anticipare nulla di quanto si dirà in seguito, è tuttavia opportuno fin d'ora evidenziare che ai sensi dell'art. 1 del Codice il principio del (o interesse pubblico primario al) risultato, intimamente connesso al principio della fiducia e ai suoi corollari (considerati principi

mente sovraordinato al principio della fiducia e del libero mercato – segna un cambio di rotta decisivo che vuole essere uno sforzo di disciplinare l'assetto di tutti gli interessi in gioco e un tentativo di costruire un sistema più adeguato ad una realtà che muta rapidamente e che, soprattutto, presenta esigenze di effettività e di rapidità di tutela degli interessi.

L'onere e la responsabilità del risultato – finora per lo più affidata a soluzioni ermeneutiche a volte ardite, sovente originali e contestualizzate, di matrice prevalentemente giurisprudenziale¹⁰, stante la riconosciuta capacità dei giudici di leggere ed interpretare i mutamenti sociali cogliendo il senso e la portata delle dinamiche evolutive delle norme – grava innanzitutto sulla P.A. come la responsabilità delle scelte da cui dipende il grado di soddisfazione del cittadino-utente, specie di quelli più fragili e vulnerabili, per la tutela dei diritti e delle situazioni giuridiche soggettive che ad essi fanno capo, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e non discriminazione.

L'indagine, propone una peculiare interpretazione del principio del risultato ed analizza i rapporti tra P.A. e gli ETS negli affidamenti degli appalti di opere, servizi e forniture allo scopo di fornire una chiave di lettura inedita alla luce dei principi, dei rapporti tra il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo Settore e dei riflessi dell'applicazione della disciplina sul sindacato del G.A.

complementari o ancillari della buona fede e dell'affidamento incolpevole), riguarda l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, rispetto al quale essi si pongono in rapporto di mezzo a fine (comma 2). Esso attua il principio del buon andamento rappresentando il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché il criterio di valutazione della responsabilità dei funzionari e dei tecnici in tutte le fasi di svolgimento della procedura e ai fini dell'assegnazione degli incentivi in base agli obiettivi raggiunti «nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

10 M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023.

2. Centralizzazione del risultato in chiave (non più solo concorrenziale bensì) solidaristica nell'elaborazione dottrinale e nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa

Nel D.lgs. 36/2023 la scelta di una «legislazione per principi»¹¹ esprime una tendenza più generale che risponde all'esigenza di garantire l'interpretazione evolutiva della disciplina codicistica. Tale caratteristica, riferita al “principio” del risultato assume una valenza del tutto peculiare conformemente allo scopo perseguito ed al significato di esso che, infatti, tra tutti i principi si rivela quello più idoneo a coprire la distanza «tra mutamento sociale e sistema delle regole giuridiche»¹², colmando i “vuoti” e/o le “frammentazioni” della disciplina¹³.

11 Mutuando l'espressione utilizzata da M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 11.

L. CARBONE, *La scommessa del “Codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*, Relazione introduttiva al convegno “*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*”, Roma, 27 gennaio 2023, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

Tale scelta non rappresenta una novità assoluta rispetto all'impostazione del D.Lgs n. 163/2006 e del successivo D.Lgs. n. 50/2016 che tuttavia si limitavano a una mera enunciazione degli stessi apparentemente slegata dalla disciplina, circostanza questa che ha contribuito a rafforzare l'opinione generale circa l'inadeguatezza della normativa (V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative e i contratti pubblici*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Jovene, 2022, 45).

Sulla portata innovativa dei principi anche in ragione della loro collocazione nella disciplina codicistica, cfr., R. CARANTA, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, 1950 ss.; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb e app.*, 1/2023, 5; M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it (21 dicembre 2022) G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, 287 ss.; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it

12 P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 123.

13 Sebbene «tecnicamente non sia un principio né un interesse che costituisce il fondamento del diritto» (S. PERONGINI – B. MEROLA, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, passim), esso «esprime valori e criteri di valutazione immanenti all'ordinamento giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esse riconducibili» rappresentando, altresì, un criterio guida per l'interprete ai fini della individuazione della scelta più ragionevole, proporzionata e coerente soprattutto allorquando essa è frutto dell'esercizio di un potere discrezionale (cfr., Relazione agli articoli e agli allegati del Codice, nonché art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 36/2023). Invero, sulla nozione è sorto un dibattito molto vivace che, sebbene di origini remote, è stato tramandato nel corso degli anni e di recente attualizzato dal Codice. Senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia ai contributi di A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; Id., *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, 63, ss.; Id., *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 1 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in

Il risultato, in quanto espressione del principio di buon andamento e buona amministrazione, spicca per il suo carattere plurifunzionale e polisenso¹⁴ assurgendo, al contempo, a criterio prioritario di bilanciamento con altri principi (tra cui quello della proporzionalità e adeguatezza senza sovrapporsi né confondersi con essi) ai fini della individuazione del caso concreto e criterio interpretativo delle singole disposizioni del Codice, rispetto al quale il principio di concorrenza, trasparenza, ecc. assumono un ruolo strumentale pur condividendo la natura e la funzione¹⁵.

Emerge chiaramente, quindi, una considerazione assiologicamente “arricchita” del principio del risultato e la volontà di non confinarlo entro una declinazione valoristicamente spuria, ovvero sia quale mero interesse all’esecuzione del contratto, al netto della qualità: si rifugge, pertanto, da una deplorable sterilizzazione pratica del concetto di risultato.

Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Presentazione* del volume di D. OSBORNE – T. GAEBLER, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano 1995; V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 79 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall’amministrazione” alla “libertà dell’amministrazione”*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 15 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell’amministrazione del mercato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 36 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell’azione amministrativa*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 87 ss.

14 Il concetto di “risultato” rappresenta la “derivazione evoluta” del buon andamento, il criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della “regola del caso concreto”, oltretutto per valutare le responsabilità e per attribuire gli incentivi. Sulle origini e l’evoluzione del risultato quale declinazione del buon andamento, cfr., M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2014, 18 ss. Sulla esigenza di conformazione dell’uso della discrezionalità al caso concreto, cfr. L. MARUOTTI, *Discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

15 Sulle declinazioni e la tutela del principio di concorrenza, cfr., M. RAMAJOLI, *Concorrenza* (tutela della), in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (diretto da), *I tematici*, III-2022, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 292 ss. A. BARONE – R. D’AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56)*, Napoli, 2017, 273 ss. B. CARAVITA DI TORITTO, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017.

L'appalto pubblico progressivamente è stato oggetto di un processo di funzionalizzazione ad una tale molteplicità di interessi pubblici che il risultato non si risolve più nella soddisfazione di un solo ed unico interesse primario¹⁶.

A corredo dell'interesse primario si sono così integrati altri interessi (secondari per l'ente, ma altrettanto primari per lo strumento negoziale adoperato) che, compendiandosi nell'interesse pubblico concreto, hanno unitariamente delineato scenari inediti di produzione di valore aggiunto sotto i profili ambientali e sociali.

L'appalto pubblico è quindi divenuto anche strumento di stabilità occupazionale (clausole sociali), di sostenibilità ambientale (criteri ambientali minimi) e di inclusione e democrazia, concretizzandosi un «mutamento della sua connotazione funzionale: da fattore decisivo per assicurare una concorrenza effettiva, sia per il mercato che nel mercato, a strumento per la tutela e la valorizzazione di altri interessi pubblici»¹⁷, come dimostrato dal fatto che anche nel momento di massima sollecitudine il legislatore ha comunque previsto clausole a favore dell'inclusione dei giovani e della promozione della parità di genere nel settore delle commesse pubbliche (cfr., art. 47, d.l. 77/2021).

Se ne deduce, quindi, che esso non va affatto massimizzato, tant'è vero che il bilanciamento risponde all'esigenza di evitare la sistematica soccombenza dell'uno a vantaggio dell'altro, ammettendo soltanto, a seconda dei casi, l'arretramento di uno dei due rispondente a «una logica chiaroscurale di applicazio-

¹⁶ Sul punto, si richiama l'interessante contributo di S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, 252 ss.

¹⁷ Così, M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 285 ss., spec. 294 ss.; G. DELLA CANANEA, *Dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: gli appalti pubblici nei servizi di comunicazione elettronica*, in Atti del convegno "Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni", Firenze, 2005. Sulla concorrenza quale metodo e strumento per il perseguimento di interessi pubblici e obiettivi di sviluppo sostenibile ambientale, culturale, sociale, ecc., cfr., M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, cit., 294 ss.; E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2022, 302; A. MASSERA – F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2/2021, 590. Sostenibilità sociale e ambientale sono gli obiettivi che devono guidare i processi decisionali delle PP.AA. nei rapporti con gli ETS in base al principio del risultato.

ne, sebbene entro certi limiti»¹⁸, giustificando così l'enfasi sui principi che «oggi rappresentano valori neutri, forieri non più di assidue distinzioni, ma piuttosto di valide ricomposizioni entro la medesima materia»¹⁹, in cui doverosità comportamentale e doverosità di risultato, il cui fondamento costituzionale si rinviene negli artt. 54 e 97 Cost., costituiscono due facce della stessa medaglia.

La prima integra una situazione giuridica soggettiva primaria ed originaria in capo alle pubbliche amministrazioni; un *prius* logico rispetto all'esercizio della funzione amministrativa; una regola di comportamento vincolante per la P.A. quale che sia l'obiettivo da perseguire a garanzia del buon andamento e della buona amministrazione²⁰. La doverosità del risultato costituisce un corollario del principio generale di buona amministrazione ex art. 41 della Carta di Nizza vincolante per gli Stati membri²¹ che assurge a parametro di legittimità, anche costituzionale, della disciplina codicistica e valore aggiunto delle singole disposizioni sia dal punto di vista delle garanzie procedurali (imparzialità, ragionevole durata del procedimento, diritto al contraddittorio, diritto di accesso, obbligo di motivazione, risarcibilità dei danni da illegittimo esercizio della

18 CGUE, sentenza 10 luglio 2014 (in C-358/12).

19 Così, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, 2022, 18.

20 In argomento, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a completezza a A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3/2002, 425 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, *ivi*, 3-4/2005, 819 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, tomo I, II ed., Milano, 2007, 49 ss.; 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.*, 3/2010, 601 ss.; L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2010, 789 ss.; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta Europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 3/2011, 537 ss.; C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Dir. econ.*, 3/2016, 669 ss.; P. PIVA, *Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 756 ss.; E.N. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, n. 5, 825 ss.

21 CGUE, Sez. IV, 8 maggio 2014 (in C-604/12), § 49; Sez. I, 22 settembre 2022 (C-159/21), § 35.

funzione amministrativa), che dal punto di vista contenutistico e/o dell'organizzazione.

In quest'ottica, infatti, l'una e l'altra seguono «un approccio unico alla fattispecie problematica che ponga al centro il cittadino destinatario della funzione e dunque del servizio»²². Il che indubbiamente vale a confermare lo stretto legame esistente tra i suddetti principi, che contribuiscono a definire i parametri del sindacato sull'uso della discrezionalità amministrativa, sottolineando che l'obiettivo dell'azione amministrativa non consiste (soltanto) nel rispetto di precetti normativi (quale strumento di garanzia di effettività della tutela), ma anche e soprattutto nel conseguimento del risultato utile in tutti i settori, specie in quelli in cui si imbatte più di frequente in diritti fondamentali e quelli propri delle discipline di materie sensibili rispetto alle quali l'ancoraggio al principio del risultato si rivela un fondamentale ed ineludibile riferimento giuridico²³ anche per l'interprete.

Una conferma in tal senso si evince dalla giurisprudenza di TAR e Cds formatasi all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice che – ponendosi sulla scia dell'interpretazione e dell'applicazione del risultato considerato pressoché unanimemente il principio ispiratore della materia, valore dominante dell'interesse pubblico e criterio ermeneutico-orientativo del G.A. per tutta la durata della vigenza del D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii. e anche oltre – conferma il carattere immanente al sistema della cd. amministrazione di risultato²⁴ nel signi-

22 S. DETTORI, *Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento (a proposito di un recente saggio di Massimo Monteduro)*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1/2021.

23 In quest'ottica il Codice ha inteso promuovere di una nuova “cultura della responsabilità” e della “motivazione” e una diversa sensibilità giudiziaria che dovrebbero comportare «un “irrobustimento” della legalità intesa non solo come adeguamento alla legalità intesa non solo come adeguamento dell'attività amministrativa alla prescrizione normativa, ma anche come effettivo conseguimento del bene curato dall'amministrazione» (M.R. SPASIANO, op. cit.).

24 Cfr., Cons. Stato, Sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896; 15 novembre 2023, n. 9812; Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Sez. III, 26 marzo 2024, n. 286. TAR Lazio – Roma, Sez. I, 20 novembre 2024, n. 20613. Il concetto esprime qualcosa di più e di diverso della mera amministrazione di risultato quale forma di aziendalizzazione della P.A., asseritamente votata ad un'efficienza esautorata dal principio di buon andamento, certamente non incline ad assecondare il baratto tra rapidità e qualità del risultato. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 74; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziasieme.it* (8 giugno 2023)

ficato innanzi esposto, a prescindere dalla disciplina concretamente applicabile al caso di specie.²⁵

L'obiettivo dichiarato è il raggiungimento del miglior risultato nel più breve tempo possibile preservando il legame inscindibile con la concorrenza ed il mercato «la cui tutela (tuttavia) non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, confermandone il carattere di strumentalità».²⁶

La codificazione del principio del risultato e il ricorso sempre più frequente da parte dell'interprete a tale criterio ermeneutico sancisce la netta prevalenza e priorità della sostanza sulla forma, ossia dell'efficienza, efficacia e tempestività del raggiungimento dell'obiettivo finale sul rispetto delle regole procedurali e formali quando esso non sia correlato ad una concreta ed effettiva esigenza di tutela.

Tale impostazione risponde all'esigenza di responsabilizzare soprattutto le stazioni appaltanti al fine di "educarle" alla rapidità, all'economicità, all'efficacia, all'efficienza e alla qualità delle prestazioni rese all'utenza²⁷ in base al risultato bilanciando tali esigenze con il principio di legalità, con l'effetto di «ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo», ma piuttosto trasferendo «nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità,

sottolineano che nel passaggio dal D.Lgs. 50/2016 al nuovo Codice dei contratti pubblici il principio di concorrenza ha abdicato il ruolo di «principio guida su cui si basa l'intera disciplina degli appalti pubblici»; «valore ... bene ... fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza» in favore del risultato. L'espressione tra virgolette è di G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 3/2002, 985.

²⁵ TAR Campania – Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377. Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; TAR Lazio – Roma, Sez. II, 12 marzo 2024, n. 5004. In precedenza TAR Lombardia – Milano, Sez. II, 28 settembre 2023, n. 2171.

²⁶ TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738 le cui statuizioni sono state successivamente riprese e sviluppate da Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, cit. Il virgolettato è tratto da Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812.

²⁷ Cfr., TAR Trento, 15 novembre 2023, n. 181. Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812, cit.; TAR Sicilia – Catania, 12 dicembre 2023, n. 3738, cit. TAR Campania – Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, cit.; 25 marzo 2024, n. 1910.

opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili»²⁸.

Così si spiega la proliferazione delle sentenze di accoglimento dei ricorsi per l'accertata illegittimità dei provvedimenti adottati in violazione o falsa (errata) applicazione degli artt. 1 e 2 del D.Lgs. n. 36/2023²⁹.

Invero, da diverso tempo ormai la giurisprudenza ha varcato la soglia del tradizionale vaglio di legittimità in termini di coincidenza tra fattispecie concreta ed astratta approdando ad un metodo nel quale «la quantificazione di invalidità dipenda più che dalla difformità rispetto a un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'autorità»³⁰.

Il che è anche, se vogliamo, un monito per le stazioni appaltanti, auspicandosi per il futuro che l'uso opportuno, appropriato, responsabile e motivato della scelta operata (frutto di valutazioni delle circostanze di fatto legate al tipo di attività da svolgere ed al soggetto che eroga le prestazioni e i servizi acquisite nel corso dell'istruttoria)³¹ sindacabile alla luce del principio del risultato, conferisca all'azione amministrativa maggiore flessibilità e “resilienza”, a garanzia del risultato e delle ragioni giustificatrici dell'amministrazione, coniugando al meglio legalità e risultato per la cura più efficace degli interessi coinvolti.

28 Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, cit. Da questo punto di vista, il nuovo Codice dei contratti pubblici piuttosto che una trasgressione dell'irrinunciabile principio di legalità dell'azione amministrativa è un commendevole tentativo di recuperare quote di discrezionalità amministrativa, attraverso un aggravamento della motivazione all'esito di un'istruttoria particolarmente approfondita. L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 1/2023, 9 ss.

29 TAR Reggio Calabria, 12 febbraio 2024, n. 122.

30 Cfr., TAR Campania – Napoli, Sez. V, 17 maggio 2019, n. 2616. Di conseguenza, «il giudice non è chiamato a dedurre, bensì a valutare solo se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto», verificando eventualmente la sussistenza delle condizioni che legittimino il giudice amministrativo ad affiancare alla tutela ripristinatoria quella riparatoria.

31 Per un approfondimento delle valutazioni rimesse al GA nella giurisdizione di legittimità e dell'esame delle applicazioni giurisprudenziali, cfr., F. LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Napoli, ES, 2009.

Tale approccio valorizza il principio di legalità a fondamento dell'azione amministrativa che è stato messo a dura prova dalla crisi della legge e dall'incertezza delle regole le quali hanno favorito il protagonismo e il formante giurisprudenziale dimostratosi «più in grado di esprimere una regolazione del convivere civile conforme al pluralismo giuridico voluto dalla Costituzione»³² al punto da «acquisire ... un carattere “polifunzionale”».³³

Diversamente, esso rischierebbe di risultare recessivo e fungibile.

Ed infatti, a dispetto della (apparentemente chiara) previsione codicistica, la progressiva “erosione” della centralità del principio di legalità a favore del risultato amministrativo – su cui il D.Lgs. n. 36/2023 pone una particolare enfasi «divenendo la magnifica ossessione del legislatore»³⁴ nella prassi applicativa della nuova disciplina – potrebbe dar luogo a storture sistemiche e conseguenze imprevedibili dell'esercizio del potere amministrativo discrezionale se il principio di legalità non fosse più in grado di governarlo e controllarne gli effetti attraverso la funzione direttiva e garantista sua propria, ai sensi dell'art. 97 Cost. nel significato di buon andamento e buona amministrazione.

Interpretazioni relativizzanti che si rinvergono nelle indicazioni neanche troppo implicite della normativa (cfr., artt. 1, comma 1 e 2, comma 4 del Codice) e della giurisprudenza³⁵ finiscono per dequotare l'importanza del principio *de quo* svelando criticità persistenti sul piano della effettività e vincolatività dello stesso che invece occorre «valorizzare ... sul versante della sua consistenza e a monte della sua rilevanza»³⁶.

32 G. URBANO, *La legge “oscura” e il potere amministrativo*, in *Giur.comm.*, 3/2024, 623.

33 Mutuando l'espressione e l'aggettivo da S. Valaguzza, *La polifunzionalità delle sentenze del giudice amministrativo, orientamenti giurisprudenziali e scelte delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir.proc.amm.*, 2/2024, 425.

34 A. GIUSTI, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2/2024, 557.

35 TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

36 G. URBANO, *op. cit.*

In quest'ottica, e sul presupposto che legalità sostanziale e risultato possono e devono coesistere³⁷ «sia per evitare ...zone franche nell'attività amministrativa *discrezionale*, sottratte cioè al vaglio di legalità»³⁸, sia perché «l'amministrazione di risultato procede all'interno di quanto stabilito dalla legge ma avendo presente l'obiettivo al quale deve giungere»³⁹, l'obbligo di motivazione rafforzata (ragionevole e trasparente) – riferita tanto all'attività quanto all'organizzazione amministrativa ed ai relativi atti espressione di scelte ben precise e l'istituzione della “regola del caso” – mira a favorire il ripristino del «clima di fiducia del sistema»⁴⁰ da parte del legislatore e dei cittadini.

37 D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it* n. 14/2023. A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere “amministrativo”*, in *Jus*, 2-3/2020, passim.

38 F. VETRÒ, *Spunti introduttivi alla sistematica dei principi e delle regole dei contratti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2/2024, 379.

39 C.E. GALLO, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 4/2023, 767. Tra l'altro, com'è stato acutamente osservato in dottrina «l'appalto pubblico è stato via via funzionalizzato ad una tale molteplicità di interessi pubblici che il risultato non è più stato risolto nella soddisfazione di un solo ed unico interesse primario. A corredo dell'interesse primario si sono così integrati interessi (secondari per l'ente, ma altrettanto primari per lo strumento negoziale adoperato) che, compendiandosi nell'interesse pubblico concreto, hanno unitariamente delineato scenari inediti di produzione di valore aggiunto sotto i profili ambientali e sociali (E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4/2023, 829).

In tal modo un risultato positivo e apprezzabile è (o sarebbe) che «il diritto dei contratti pubblici (fosse o diventasse) un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. Cura concreta degli interessi pubblici, non tutela della competition; felicità dei cittadini, non benessere degli operatori economici; realizzazione, non procedura; diritto sostanziale, non gergo procedimentale; anelito, non regolamentazione» (F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: uno sguardo d'insieme*, in www.italiappalti.it).

40 Cfr., F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia.amministrativa.it. M.R. SPASIANO, op. cit.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, ES, 2023. B.N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la “fiducia” nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, 2/2023.

Infatti, come si è osservato, è ampia la discrezionalità in nome di una rinnovata fiducia nei pubblici uffici (M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Riv. Dir. dell'econ.* 2021, 2, 25 ss.) valorizzandosi l'autonomia dell'amministrazione come stazione appaltante: del resto, l'autonomia è da considerarsi un postulato dell'azione del potere esecutivo e la discrezionalità amministrativa ne è «l'espressione più eclatante» (così, R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, § 6, 1165, in linea con la posizione assunta A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 30; Id., *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrare*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 489) in netta controtendenza con una radicata avversione del legislatore verso la discrezionalità (cfr., S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberaldemocratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 478) che si estrinseca in una riduzione e sottrazione degli

Non è affatto escluso, tuttavia, che l'assolvimento degli obblighi riferiti tanto all'attività che all'organizzazione possa risultare particolarmente difficile e oneroso per la P.A. in assenza di un piano straordinario di formazione professionale per i funzionari addetti alle stazioni appaltanti comportando il collasso delle attività connesse all'affidamento degli appalti e all'esecuzione dei contratti.

Di conseguenza, dall'immediata precettività del principio del risultato nei confronti della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale nel significato a suo tempo chiarito dal Consiglio di Stato⁴¹ si percepisce chiaramente il rischio di rallentamenti e/o inerzia suscettibili di innescare un vero e proprio "cortocircuito giurisdizionale", oltre a quello di abusi da parte dei funzionari della stazione appaltante che intanto potrebbero essere evitati solo con l'introduzione di meccanismi di verifica *ex post* dell'attività e dei risultati raggiunti che investino la convenienza dello stesso e la correttezza dell'esecuzione delle prestazioni da parte della ditta aggiudicataria.

Tale constatazione dovrebbe guidare il G.A. all'atto della verifica giurisdizionale compatibilmente con i tempi di attuazione del processo di digitalizzazione e di formazione dei funzionari, della interoperabilità delle banche dati e dell'operatività del fascicolo virtuale dell'operatore economico, a scopo di trasparenza, al netto di ulteriori ritardi ed errori che erano e restano le principali cause di contenzioso⁴².

spazi di bilanciamento tra interessi da compiersi a valle nel procedimento amministrativo, retrocedendo il tutto nella costruzione di fattispecie normative assorbenti dette ponderazioni tra i vari interessi in gioco (per un approfondimento sul tema, si rinvia al recente contributo di F. ZAMMARTINO, *Legge provvedimento e tutela dei diritti. Aspetti e problematiche nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023), considerata una delle principali cause dell'inefficienza amministrativa, della perdita di legittimazione e dell'incertezza rispetto ai mercati.

41 Di recente, Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; TAR Campania – Napoli, Sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959.

42 *Amplius*, sul tema, G. MONTEDORO, *Intervento dello Stato e trasformazioni dell'amministrazione*, in *www.giustiziainsieme.it* (4 maggio 2023).

3. L'affidamento dei servizi a spiccata valenza sociale e le “deroghe” alle regole dell'evidenza pubblica: spunti di riflessione per la ricerca di nuovi obiettivi ed equilibri tra fonti e principi

Al netto di tali criticità, ci si interroga sull'impatto del risultato nel bilanciamento tra solidarietà e concorrenza nelle procedure di affidamento dei servizi sociali per “attività a spiccata valenza sociale” ex art. 6 del Codice dei contratti pubblici (in luogo delle “attività di interesse generale” di cui all'art. 5 del CTS) in convenzione con gli Enti del Terzo Settore e, quindi, sulla relazione tra questi e la P.A.

Tali tematiche hanno catalizzato l'attenzione della dottrina prima dell'avvento dell'attuale disciplina nel tentativo di trasformare un'apparente dicotomia in complementarità⁴³ superando le difficoltà di approccio al problema aggravate dall'indebita incursione da parte del Codice dei contratti «che entra(ndo) nel merito degli istituti di amministrazione condivisa (genera) notevole confusione e (dimostra) poca conoscenza dei termini della questione»⁴⁴.

Ciò anche a causa dell'infelice formulazione della norma che induce a confondere e a sovrapporre le attività di rispettiva pertinenza, benchè la nota sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020 avesse chiarito in tempi non sospetti che il mercato da un lato e amministrazione condivisa, sussidiarietà, solidarietà e collaborazione dall'altro sono retti da logiche diverse che ne condizionano i reciproci rapporti⁴⁵, rimettendosi all'amministrazione la scelta tra le

43 G. ARENA, *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *nonprofitonline.it*, 2019. Id., *Su alcuni aspetti dell'autonomia del Terzo settore. Controllo, promozione, modelli di relazione con il potere pubblico*, in *AIC*, 3/2022, 36 ss. A. S. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 1/2019. Id., *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Ist.fed.*, n. 3/2022, 635 ss.; M. RENNA, *La dimensione contrattuale nel Codice del Terzo settore italiano*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* No 16, febrero 2022, pp. 1800-1817. M. INTERLANDI – L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa per l'attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 109.

44 Così, G. MAROCCHI, *Codice degli appalti: che confusione sull'amministrazione condivisa!*, in *www.rivistaimpresa sociale.it*.

45 Di recente TAR Molise, Sez. I, 9 giugno 2023, n. 189 ha chiarito il concetto precisando che nelle procedure ad evidenza pubblica rette dal D.Lgs. n. 117/2017 e dalla legge n. 241/90 (art.1)se, indubbiamente, deve escludersi in favore delle organizzazioni qualsiasi forma di

due discipline codicistiche, sulla scorta delle indicazioni fornite dalle linee guida approvate con DM 31 marzo 2021, n. 72 e i chiarimenti forniti dall'ANAC nel luglio 2022. Soluzione, questa, che ribaltando il parere negativo del Consiglio di Stato dallo stesso successivamente superato⁴⁶ è stata confermata dall'art. 6 del D.Lgs. n. 36/2023 in attuazione dei principi di solidarietà sociale per il perseguimento delle finalità sociali ammette il ricorso a modelli di amministrazione condivisa (ovvero la chiamata in sussidiarietà) per l'affidamento dei servizi sociali e lo svolgimento di attività di interesse generale («nei settori definiti dall'art. 5 del Codice del Terzo Settore) «sempre che gli enti del Terzo settore contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di parità di trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al risultato...»⁴⁷ e sia assicurata la parità di trattamento tra gli stessi.

remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), è tuttavia ammissibile il rimborso delle «documentate spese vive, correnti incontrate dall'ente» dal momento che il «rimborso “a piè di lista” non costituisce una “overcompensation” della prestazione offerta e non muta la sostanza dell'affidamento e dell'assenza di utili», ma piuttosto consente di garantire «l'effettività» delle spese ammesse». (Sui rapporti tra le discipline codicistiche cfr., in precedenza, TAR Campania – Napoli, Sez. V, 2 maggio 2023, n. 2621. TAR Lazio – Latina, Sez. I, 28 marzo 2022, n. 280; TAR Toscana – Firenze, Sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260). Sulla partecipazione agli appalti pubblici da parte di ETS che svolgono attività non lucrative, cfr., TAR Emilia Romagna – Bologna, Sez. II, 12 maggio 2020, n. 311.

46 Cfr., Cons. Stato, parere 20 agosto 2018, n. 2052; 12 aprile – 3 maggio 2022, n. 802.

47 L'intento dichiarato è quello di «...attribuire portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici» portando a compimento il processo già avviato con il D.L. n.76/2020 conv. in L. n. 120/2020. Sulle origini e gli sviluppi che tale intuizione ha avuto nella disciplina dei contratti pubblici, B. GILIBERTI – L.R. PERFETTI, *Sub. Art. 6*, in L.R. Perfetti (cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato – D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023, 47. Sul ricorso al modello partecipato per lo svolgimento delle attività connesse allo svolgimento di servizi di interesse generale che offre maggiori garanzie di conseguimento del risultato utile (*id est*: l'uguaglianza sostanziale ricostruita sul parametro dei livelli essenziali delle prestazioni) cfr., F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, spec. 53.

N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *PA Persona e Amm.* 2/2023, spec. § 6, 837 ss., 842, nt. 91, sottolinea l'importanza della dimensione organizzativa e la peculiarità del modello e del rapporto di natura collaborativa basato sulla «comunione di scopo» in cui le parti condividono le modalità di esercizio della funzione di cui la P.A. era e resta titolare della stessa assumendo le decisioni sul «come», «quando» e «perché» procedere assumendo su di sé la responsabilità dell'ammissibilità, proporzionalità e adeguatezza della scelta, nonché insieme con i soggetti privati delle fasi di definizione, esecuzione e realizzazione del contratto di collaborazione.

Dal combinato disposto delle citate disposizioni sembrerebbero emergere le caratteristiche delle attività nei settori considerati, come pure la generale attitudine del Codice dei contratti pubblici a riconoscere e ad entrare in rapporto dialettico con il TS espressione di un dilatato concetto di sussidiarietà orizzontale e solidarietà, che sembrerebbe, tuttavia, del tutto slegato dal risultato nonostante l'esplicito richiamo ad esso nell'art. 6 cit.

E in effetti, il riferimento al risultato è stato considerato – a torto – addirittura inappropriato, laddove invece tale è sicuramente la tutela della concorrenza a tutti i costi (come pure del “risultato a tutti i costi”), risultando particolarmente delicata la concreta delimitazione e la verifica dei casi in cui il convenzionamento con gli ETS sia preferibile rispetto al ricorso al mercato che sovente si rivela recessivo. Non va affatto sottovalutata, infatti, l'onerosità dell'attività e la delicatezza della valutazione circa l'opportunità e l'efficacia del coinvolgimento degli ETS nella progettazione ed erogazione dei servizi alla persona in un'ottica di amministrazione condivisa (come ad esempio nell'analisi del fabbisogno al fine di individuare il contenuto prestazionale dell'attività da svolgere) che va condotta in base al principio della concorrenza e sulla scorta del “risultato” da ricondurre all'impatto sociale prodotto dal modello corrispondente.

Nel frattempo cresce la tensione originata da scelte governative poco avvedute e affatto lungimiranti – quale, ad esempio, l'emendamento sul Superbonus che di fatto potrebbe costringere gli ETS ad anticipare le spese per poter beneficiare del contributo penalizzando coloro che non avendo alle spalle un'organizzazione e competenze sufficienti saranno costretti a rinunciare ad interventi già programmati di riqualificazione ed efficientamento energetico o a dover scegliere tra questi e il finanziamento di altre attività sociali, di interesse collettivo.

Ove così fosse, infatti, gli ETS rischierebbero di essere esclusi da una misura che non è affatto inclusiva né competitiva tra gli offerenti difettando a monte la possibilità di un effettivo coinvolgimento di tutti gli interessati in at-

tuazione dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento nelle procedure comparative ad essi riservate.⁴⁸

Ciò al netto dei limiti soggettivi imposti alla stipula delle convenzioni che concernono i rapporti tra P.A. ed Enti del Terzo Settore prediligendo quelli (Odv e Aps) che rivestono una «connotazione di tipo solidaristico più marcata rispetto agli altri (...)»⁴⁹.

La circostanza per cui in Italia il Terzo Settore (sotto forma di associazioni, riconosciute e non, ma anche cooperative sociali, fondazioni, senza dimenticare le “altre forme giuridiche” rappresentate da comitati, società di mutuo soccorso, istituzioni sanitarie o educative) rappresenta una realtà sempre più rilevante, sia dal punto di vista sociale, per la natura dei servizi svolti, che dal punto di vista occupazionale sembra non assumere un peso decisivo nelle scelte del Governo incompatibili con la volontà di «rendere sistematica [...] la collaborazione tra pubbliche amministrazioni e gli ETS, prevedendone la regolamentazione con specifico riferimento agli istituti della co-programmazione e della co-progettazione con l'obiettivo di sostenere le attività degli ETS, promuovendo lo sviluppo e il consolidamento della rappresentanza di settore e valorizzando il ruolo di questi soggetti come agenti attivi di sviluppo e coesione sociale delle comunità locali»⁵⁰.

48 Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217.

49 Cfr., Linee guida approvate con D.M. 31 marzo 2021, n. 72.

50 Sul ruolo preminente riconosciuto a tali enti nell'organizzazione giuridica del pluralismo sociale alla luce dei valori e dei principi della Costituzione, nei rapporti con i pubblici poteri e nei confronti dei cittadini per «essere *essi, altresì*, parte essenziale delle modalità con cui i diritti dei cittadini sono assicurati e protetti», cfr. L. GORI, *L'organizzazione delle libertà sociali e la sua peculiare natura di controlimite* (nota a Corte cost. 15 marzo 2022, n. 72), in *Giur. cost.*, 2/2022, 858. Specie nel settore degli appalti, il coinvolgimento e l'apporto dei soggetti privati oltre che opportuno è essenziale per le amministrazioni «che apprendono, dal contesto sociale in cui agiscono, le modalità specifiche con cui produrre l'interesse pubblico, interagendo con i soggetti sociali per la cura di beni di interesse comune» (F. MANGANARO, op. cit., 62). In tale contesto, quindi, non vi può essere spazio per interpretazioni e decisioni che lasciano poco spazio alla mediazione e alle condivisioni suscettibili di ridurre eccessivamente gli spazi di autonomia sociale (F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti*, in www.labsus.org). In argomento, R. PARISI, *Il coinvolgimento attivo del Terzo settore nella gestione dei servizi sociali*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2022; *Il sistema dei servizi sociali tra Stato, mercato e terzo settore*, Napoli, 2023, spec. 166 ha, tra l'altro, sottolineato che «La coprogettazione ... rappresenta uno strumento di coproduzione “dal basso” dei servizi, che supera il tradizionale rapporto

Per questa via si rischia di mortificarne il ruolo e obliterarne la funzione, rinunciando ai vantaggi del ricorso a un modello organizzativo socialmente responsabile basato sulla convergenza di obiettivi e l'aggregazione di risorse pubbliche e private nelle forme e alle condizioni previste dagli artt. 55 e 56 CTS, in grado di conciliare obiettivi plurimi (crescita economica, incremento occupazionale, inclusione e integrazione sociale) ed esigenze di garanzia dell'effettività dei diritti e delle libertà fondamentali connesse ai servizi pubblici essenziali «rispetto alle quali non è indifferente la natura del soggetto erogatore del servizio, (né il modello organizzativo prescelto)»⁵¹.

Non a caso, esso risulta particolarmente utilizzato dalle PP.AA. per l'affidamento di servizi alla persona⁵² ed è assoggettato a una disciplina del tutto peculiare che sottrae i servizi sociali svolti dagli ETS dal novero delle attività economicamente rilevanti e dalla correlativa disciplina, centrata sul principio di concorrenza⁵³.

A tale soluzione, com'è noto, si è giunti non senza difficoltà superando i dubbi e le perplessità fondate sulla nozione di impresa, sulla funzionalizzazione della stessa⁵⁴ e dell'attività economica che, anche a prescindere dalla ricerca del

pubblico-privato fondato sulla dinamica committenza/fornitura in favore di una relazione paritaria tra i partners idonea a valorizzare le capacità, l'esperienza e le sensibilità degli enti del Terzo settore per l'individuazione e la realizzazione di interventi innovativi e personalizzati».

51 A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, 18.

52 F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 62 ss.

53 Tra i contributi più recenti in materia, cfr., E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, 381 ss., nonché da R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit. A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del Terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 27/2022. Per un'ampia ricostruzione del dibattito sviluppatosi all'indomani del Codice del Terzo settore e nel vigore del D.Lgs. 50/2016 ss.mm.ii. si rinvia ai contributi e alle considerazioni di E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, n. 3/2017. F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in F. Donati, F. Sanchini (a cura di), *Il Codice del Terzo Settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, 2019. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in S. Pellizzari, A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore: confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021.

54 CGUE, 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/ Commissione e Eurocontrol.

profitto, è in grado di eliminare, restringere o distorcere la concorrenza, direttamente o indirettamente, come avviene nella gestione di attività di utilità sociale (mensa per i poveri, servizi di assistenza socio-sanitaria gestita da volontari, ecc.).

Muovendo dal presupposto che essi «costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale»⁵⁵ la concezione di detti enti si trasforma radicalmente nel senso che essa – più che espressione delle esigenze di mercato – accede e aderisce al concetto di “risultato” da intendersi non solo in chiave “concorrenziale” nel significato che esso ha acquisito fino al D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm.aa.ii.⁵⁶ e di quello che ha assunto nel D.Lgs. n. 36/2023 e che sarà chiarito, ma anche solidaristica per le finalità di carattere sociale, civile e culturale perseguite e in attuazione dei principi costituzionali di equità, giustizia ed uguaglianza⁵⁷.

Tali principi codificati e non, generalmente riferiti all'attività amministrativa in quanto destinati a regolare e limitare l'esercizio del pubblico potere⁵⁸, rilevano in questa sede e ai nostri fini quali elementi innovativi che vanno a con-

55 Corte cost. sentenza n. 131/2020, cit. commentata da G. ARENA, *L'amministrazione condivisa e i suoi sviluppi nel rapporto con i cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3/2020, 1449 ss.; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020. M. GALLO, *Esperienze e prassi operative nel rapporto fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, in A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020. E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2020; A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021.

56 M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.* 2004, 705 ss.; G. ROMANO, *Commento all'art. 113*, in A. Romano – R. Cavallo Perin (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007. A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008. R. CAVALLO PERIN – G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2013, 1 ss.; G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 ss.; S. DETTORI, *Commento all'art. 30*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 281.

57 M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2013, 117 ss.

58 L.R. PERFETTI, *Diritto a una buona amministrazione*, cit.

notare il contenuto del diritto della persona a una buona organizzazione strumentale al conseguimento del risultato utile⁵⁹.

Di conseguenza, se è vero come è vero che il risultato non può né deve essere concepito un'*empty box*, ma una culla di valori e di scelte costituzionalmente orientate, poste in correlazione con la vidimazione del peso della concorrenza, nel caso di specie esso potrebbe ritrovare nel principio di sussidiarietà un supporto talvolta più adeguato al raggiungimento dell'interesse pubblico (o degli interessi pubblici) in gioco.

Ciò in quanto, evidentemente, il modello antropocentrico, caratterizzato cioè da un'attenzione costante alla persona in conseguenza dell'assunzione di responsabilità da parte dell'Amministrazione nel rendere effettivo il diritto di accesso alle cure e ai servizi socio-assistenziali, specie dei soggetti vulnerabili⁶⁰, non sarebbe tale se non fosse aperto alla partecipazione da parte degli ETS in una prospettiva di rete sociale di prossimità per il perseguimento dei risultati negli appalti dei servizi sociali e alla persona di cui agli artt. 127 ss. D.Lgs. n. 36/2023.

Abbandonando quindi definitivamente approcci formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità e/o a una tutela fideistica della concorrenza che si realizza mediante la sollecitazione pro-concorrenziale degli interessi economici delle imprese⁶¹, la disciplina responsabilizza l'Amministrazione caricandola del

59 A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione"*, cit., 430 ss.

60 In argomento, cfr., A. PIOGGIA, *La cura nella costituzione*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di) *L'amministrazione condivisa*, Napoli 2022, 57; M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, ivi; G. ARENA, *La società della cura, un progetto fondato sull'empatia*, in <https://www.labsus.org/2018/01/la-societa-della-cura-un-progetto-fondato-sull-empatia>. M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. e soc.*, n. 1/2022.

61 Sul significato del principio e l'oggetto della tutela, M. RAMAJOLI, *Concorrenza* (tutela della), in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (diretto da), *I tematici*, III-2022, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, spec. 292 e 298 ss. e, nella vigenza del D.Lgs. n. 50/2016 A. BARONE – R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso del codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, Napoli, 2017, 273 ss. S. PERONGINI, op. cit., 67 ha chiarito che «nello Stato costituzionale di diritto l'esigenza di conseguire determinate finalità sociali può imporre la necessità di contemperare la tutela della concorrenza con altri valori». Tale concetto è stato recepito nel nuovo Codice nel quale la disciplina della concorrenza è piuttosto eterogenea in quanto caratterizzata dalla compresenza di norme che attuano, limitano e bilanciano il principio.

peso della scelta degli strumenti “equiordinati” da utilizzare per il raggiungimento del risultato all’esito di una adeguata istruttoria⁶², e gli ETS i quali certamente non possono disattendere doveri giuridici e obblighi organizzativi ineludibili che impattano sull’esercizio della funzione amministrativa assicurando la sintesi tra organizzazione e funzione (che si misura con la capacità dell’ente di raggiungere gli obiettivi e il risultato) nei rapporti di collaborazione che intercorrono con la PA per non incorrere in responsabilità e conseguenze anche gravi in violazione del principio di buona organizzazione.

Da tale principio – che qui viene altresì in rilievo quale parametro interposto di legittimità (anche) costituzionale delle singole disposizioni e di tutta la disciplina codicistica e si declina come principio degli adeguati assetti strutturali, organizzativi ed amministrativi – discendono precisi obblighi e responsabilità da *deficit* organizzativo in conseguenza della violazione di una clausola generale ovvero di un principio di rango primario dotato di autonoma precettività che impegna gli amministratori di detti enti oltre che al rispetto dei loro doveri, anche allo svolgimento dell’attività organizzata in presidi operativi e informata a regole e criteri di efficienza ed efficacia per fini di interesse generale.

L’esigenza di soddisfare l’interesse generale è insito nella natura stessa dell’attività esercitata rispetto alla quale l’aspetto organizzativo ne costituisce l’essenza ed assume un rilievo centrale: l’obbligo di adozione di assetti adeguati al raggiungimento del risultato individua, al contempo, un obbligo specifico “*erga omnes*” che assurge, altresì, a criterio generale di condotta dell’azione (*rectius*: attività) ed elemento strutturale dell’ETS il quale, quindi, a prescindere dalle proprie dimensioni, dalla natura propria e dell’attività svolta non potrà

⁶² L’amministrazione ha la facoltà, nella ritrova centralità del decidere, di premiare l’obiettivo di maggiore inferenza sociale dell’azione amministrativa, da cui si traggono vantaggi circolari correlati alla sussidiarietà orizzontale, a discapito di un mero calcolo economico basato sul criterio concorrenziale.

In altre parole, nella motivazione con cui la P.A. delinea la regola del caso potrebbe decidersi di preferire l’opzione dell’amministrare condiviso dacché i benefici, anche esogeni al solo rapporto contrattuale, potrebbero superare le utilità derivanti da una regola del caso fissata sulla scorta di una mera visione utilitaristica.

prescindere dal “farsene carico”, nonché un requisito essenziale ai fini dell'affidamento e dell'espletamento dell'attività e/o del servizio.

Tale constatazione produce importanti riflessi sul ruolo e sulla funzione sociale “rafforzata” del G.A. in conformità con il dettato costituzionale che mira alla certezza del diritto, all'effettività della tutela e alla piena realizzazione della persona umana, escludendo quindi che vi possano essere spazi sottratti al controllo giurisdizionale.

Essa, quindi, sembrerebbe evocare un'ipotesi di *full jurisdiction*⁶³ per giustificare l'esercizio di un più pregnante controllo sull'esercizio del potere discrezionale e, quindi, sulle decisioni che incidono sui diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, con conseguente estensione del sindacato al merito della scelta discrezionale nel suo contenuto intrinseco.

Tale affermazione ripropone la tradizionale distinzione tra sindacato di legittimità e di merito che nel tempo ha conosciuto alterne vicende, e che in alcuni settori è più netta, in tale ambito invece è più sfumata costringendo il G.A. a rimodulare, caso per caso, l'esercizio del potere giurisdizionale e a rivedere l'intensità del sindacato. Ebbene, non è difficile immaginare anche i rischi connessi a tale affermazione che inevitabilmente porta a sovrapporre il piano della cognizione con quello della sostituzione, rivelando l'inappropriatezza del richiamo a un concetto (*full jurisdiction*) che potrebbe risultare fuorviante e dannoso per la certezza del diritto e l'effettività della tutela, fino al punto di dissimulare la *mission* del G.A. e il fine del sindacato sulla discrezionalità legislativa ed amministrativa volti a «drasticamente delimita(rla) e orienta(rla)»⁶⁴, nonché ridimensionare la portata del principio del risultato rivedendone la funzione.

63 Sul tema di recente, F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 29 ss.

Per un inquadramento del problema considerato un problema innanzitutto culturale e la ricerca di una soluzione anche alla luce dell'evoluzione della *full jurisdiction* a livello europeo, cfr., L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2/2018, 237 ss., spec. §§ 3 e 4.

64 G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 48.

A ben vedere, in questa materia il controllo di legittimità per definizione “debole” o “esterno” si confronta con un potere (e un principio) dinamico che confluisce in una scelta la quale rispecchia la complessità del procedimento e delle valutazioni anche organizzative che ampliano inevitabilmente la prospettiva di indagine del GA allargando le maglie del sindacato «la (cui) estensione *di conseguenza* non è misurabile e valutabile *ex ante*, ma *ex post*»⁶⁵ ricomprendendovi anche valutazioni di merito non incompatibili con la giurisdizione di legittimità.

All'interno della stessa, infatti, il GA può effettuare diversi «tipi di riscontro ... nei confronti delle decisioni pubbliche ... ordinati secondo una scala crescente, vuoi di intensità e penetrazione del controllo, vuoi di soggettività della valutazione a tal fine compiuta»⁶⁶.

Giova, in proposito, precisare che il sindacato di legittimità delle scelte nel loro contenuto intrinseco rispetto ai valori da attuare si estende ai profili organizzativi di modo «che la decisione di annullamento (sia) quanto più estesa possibile in relazione all'effetto conformativo in sede di riedizione del potere»⁶⁷, se ed in quanto in questa sede il G.A. abbia la possibilità di effettuare un controllo più pregnante, benchè estrinseco, sull'applicazione dei principi e degli *standard* valutativi in base ai criteri della ragionevolezza e della proporzionalità⁶⁸, e dal momento che il sindacato pieno sul fatto non implica anche il potere di sostituire le proprie valutazioni, in ipotesi più corrette e attendibili, a quelle della P.A. come se si trattasse di un'ipotesi di giurisdizione di legittimità estesa al merito.

65 P. CHIRULLI, *Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada-Bartoli*, in www.giustiziainsieme.it (25 ottobre 2023).

66 Il virgolettato è di A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 2008, 545.

67 L. PERFETTI, op. ult. cit., 259.

68 Su questi temi, già A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001. F. LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Napoli, 2009.

B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 1057; ID., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 291 ss.

Più di recente, Id., *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, 231.

In tale modo si fuga anche il rischio che in conseguenza della «riduzione progressiva della discrezionalità finalizzata alla formazione di un giudicato a ‘spettanza stabilizzata’»⁶⁹, il G.A. possa sostituire provvedimenti amministrativi illegittimi con decisioni arbitrarie e/o irresponsabili, rappresentando tale interpretazione prova evidente e segno incontrovertibile «dell’evoluzione, dell’affinamento progressivo...*ma* anche della sensibilità alle circostanze del caso concreto e...di come il giudice stesso vede il proprio ruolo»⁷⁰ sia in fase di cognizione che di decisione.

Tale circostanza di recente è stata confermata dal Consiglio di Stato che ha altresì chiarito come il risultato contribuisce ad «ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo *attraendo* nell’area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenesero al merito e fossero come tali insindacabili»⁷¹.

Ove così non fosse, si creerebbe una frattura insanabile tra l’interesse pubblico e la massimizzazione del godimento dei diritti e libertà costituzionali incompatibile con «una concezione costituzionalmente orientata ed avanzata dell’esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice amministrativo»⁷² che presuppone pieno accesso al fatto e alle valutazioni rimesse al giudice e condotte sulla scorta dei principi da applicare (anche) nel giudizio di legittimità in funzione della effettività della tutela giurisdizionale all’esito del controllo di legittimità sulle decisioni amministrative discrezionali che involgono anche i profili organizzativi, ad eccezione del solo potere di piena sostituzione.

La capacità espansiva del sindacato giurisdizionale di legittimità “adeguata” alle esigenze di risultato (e di legalità) dell’azione amministrativa è incompatibile con la permanenza di sacche di immunità e altri privilegi della P.A. per

69 Parafrasando il titolo di un lavoro di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la ‘riduzione progressiva della discrezionalità’. Verso un giudicato a ‘spettanza stabilizzata’?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1216.

70 P. CHIRULLI, op. cit.

71 Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024 n. 2866, cit.

72 L.R. PERFETTI, op. cit., 247-249.

lungo tempo “assorbiti” nel merito e per questo considerati incensurabili e insindacabili da parte del G.A.

Il sindacato giurisdizionale nel giudizio di legittimità si sviluppa di pari passo con l'evoluzione dei concetti di legittimità, merito, sindacabilità e insindacabilità⁷³ e del fenomeno della *full jurisdiction*, nonché dei principi e delle garanzie processuali che tuttavia non si sovrappongono a quelli che regolano l'organizzazione e l'esercizio della funzione amministrativa la quale diversamente diventerebbe di appannaggio esclusivo o prevalente del G.A., con conseguente inversione dei ruoli, delle garanzie e delle responsabilità nel procedimento e nel processo.

Al contrario, essa rafforza il convincimento espresso da autorevole dottrina che «il rinvio a principii e a concetti giuridici indeterminati (è in realtà finalizzato ad evidenziare) ... in particolare, il protagonismo del giudice amministrativo (l'unico effettivamente in grado di) rispettare e comprendere il diritto nella sua storicità»⁷⁴ attraverso una «interpretazione conforme a Costituzione (o adeguatrice) dei principii quando essa non entri in conflitto insuperabile con il testo normativo ovvero derogandovi ogni qual volta le caratteristiche del caso concreto segnalino come “ingiusto” l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito»⁷⁵.

⁷³ Tali considerazioni si fondano sulle intuizioni dei Maestri all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241/90 (F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 2013; F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1998. Id., *Potere discrezionale e controllo giudiziario. Introduzione al tema ora in Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, vol. V, 2006, 4514 A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, cit. 532 ss.) poste alla base della revisione e attualizzazione della distinzione tra legittimità e merito, delle caratteristiche del giudizio di legittimità evidenziando i tratti comuni al giudizio di merito, nonché dell'estensione del sindacato di legittimità alla cognizione del contenuto intrinseco della scelta discrezionale.

⁷⁴ P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 4/2014, 954-955.

⁷⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610. Corsivo mio. In senso conforme, di recente, TAR Emilia Romagna – Parma, Sez. I, 29 aprile 2024, n. 98 ha ridimensionato la portata del supremo obiettivo del risultato precisando che «il primo obiettivo assegnato dal legislatore alle stazioni appaltanti è quello dell'affidamento dei contratti di appalto e di concessione in modo tempestivo, efficiente ed economico, dovendo tali risultati pur sempre coniugarsi con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

In quest'ottica, quindi, il sindacato giurisdizionale investirà non solo gli atti esteriori, ma anche i comportamenti e/o le omissioni in relazione alle scelte adottate o tralasciate riguardo alla struttura organizzativa interna dell'Ente. Emerge, infatti, l'esigenza di un effettivo sindacato di merito nel giudizio di legittimità⁷⁶ la cui configurabilità nella specie poggia sulla circostanza determinante che il vaglio sulla proporzionalità non può che condurre al vaglio dell'opportunità dell'azione amministrativa⁷⁷, pur in assenza di sostituzione materiale, attraverso l'analisi della motivazione che esprime la capacità dell'Ente di indirizzare l'organizzazione e l'attività al raggiungimento del risultato, al fine di conformare l'una e l'altra nei rapporti con l'interesse pubblico e nei confronti dei destinatari dei servizi e delle prestazioni.

Vero è che, tuttavia, considerata la estrema varietà di detti Enti quanto alla natura, alle dimensioni e alla tipologia di attività svolta senza scopo di lucro e con finalità sociali ed altruistiche, indubbiamente la valutazione giudiziale del grado di adeguatezza degli assetti organizzativi potrebbe profilarsi più complicata del previsto e, di conseguenza, anche l'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo e la declaratoria giudiziale della responsabilità, in assenza tra l'altro di indicazioni dottrinali e/o giurisprudenziali sul punto.

⁷⁶ Cfr., F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 219 ss. e in *Dir. e proc. amm.*, 1/2019, 22, il quale individua il confine della sindacabilità *ex iudice* dell'atto amministrativo, di diritto positivo di cui agli artt. 31 e 34 del c.p.a., per l'appunto, rispetto alle «scelte veracemente discrezionali» (corsivo mio).

⁷⁷ Fondamentale è l'opera di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Giappichelli, Torino, 2010.

S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, Milano, 2008. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012. F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 107 ss.

Di recente sul tema, M. BIGNAMI, *Noterelle sparse su giudice amministrativo e pubblico potere*, in *Questione Giustizia*, 1/2021, 221-224; B. MARCHETTI, *È tutta questione di proporzionalità: la decisione del caso Weiss*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2020, 488 ss.; L. LA ROSA, *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. e app.*, 6/2019, 779-794; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, 16; M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata*, in *Diritti fondamentali*, 1/2018, 27 ss.

Il che, in ogni caso, non deve paventare il rischio della insindacabilità giudiziaria dei processi decisionali di organizzazione interna degli ETS, per la considerazione che gli assetti organizzativi sono funzionali all'adempimento di un dovere specifico imposto dalla legge, di conseguenza la discrezionalità nella scelta tra i diversi modelli organizzativi non può che essere limitata in quanto condizionata dal valore e dal contenuto peculiare che assume la regola dell'adeguatezza in funzione dell'obbligo specifico di cui si chiede l'adempimento.

Il sindacato giurisdizionale dell'adeguatezza della scelta operata sarà condotto sulla base degli stessi criteri con i quali si valuta il rispetto del principio della buona amministrazione in base ai canoni di razionalità, ragionevolezza e proporzionalità in quanto esso è finalizzato sia a rendere intellegibile il *modus operandi* dell'Ente, sia ai fini della individuazione del modello più idoneo che risulterà più o meno complesso in proporzione alle dimensioni e alla natura dell'ETS.

In ogni caso, esso deve essere in grado di garantire gestioni confacenti alla realtà gestita dallo stesso perché solo in questo caso e a questa condizione potrà ragionevolmente considerarsi rispondente al concetto di adeguatezza che con tutta probabilità, nel prossimo futuro, rappresenterà sempre più il *discrimen* di legittimità/illegittimità della condotta, indice (o criterio) privilegiato di valutazione del raggiungimento del risultato e di accertamento di eventuali responsabilità.

4. Conclusioni

L'intersezione tra concorrenza, solidarietà, legalità e risultato nell'esercizio del potere pubblico offre interessanti spunti di riflessione per lo sviluppo del dibattito sul valore, il significato e la portata del risultato come analizzato dalla dottrina, e che spicca rispetto agli altri principi codificati nel D.Lgs. 36/2023 per la peculiare capacità di adeguare costantemente la norma alla realtà a garanzia di diritti ed interessi che diversamente non sarebbero disciplinati né tutelati.

Evocando il tema dell'amministrazione di risultato (o "di risultati" o "per risultati")⁷⁸ lo scritto richiama l'attenzione sull'affidamento e l'esecuzione dell'appalto in funzione del buon andamento e del risultato dell'azione amministrativa, con particolare riferimento alle attività di interesse generale aventi spiccata valenza sociale di competenza degli enti del Terzo Settore e dei servizi sociali (cfr., art. 5 del CTS), rispetto alle quali le Amministrazioni sono chiamate a valutare preliminarmente se sia più efficace, al fine di soddisfare il bisogno della comunità alla quale sono rivolte, il ricorso al CTS oppure al CCP. E' indiscutibile, infatti, il ruolo di primo piano assunto da tali enti che «conoscono, spesso vivono, i bisogni e le esigenze verso cui indirizzare le funzioni pubbliche e ...possiedono un know how utile dal punto di vista delle individuazioni delle soluzioni e delle tecniche di intervento»⁷⁹ a garanzia dei diritti degli utenti dei servizi erogati.

In base a questa nuova impostazione dei rapporti tra le due normative, in cui i profili di pubblico interesse che vengono in rilievo attengono al «rapporto organizzativo che lega il comportamento di due parti a un comune obiettivo rilevante) in termini di buon andamento, ... non solo *nella* fase di elaborazione della volontà, ma anche nella sua attuazione effettiva»⁸⁰, il rischio da scongiurare è però quello di utilizzare il Codice del Terzo Settore per aggirare il ricorso al Codice dei contratti pubblici, qualora ci si trovi di fronte ad affidamenti per la mera realizzazione di determinati servizi che per la loro ottimale definizione

78 A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 815 ss.; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, ivi, 741; A. Romano Tassone, Sulla formula "amministrazione per risultati", ivi, 813 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss.; M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004 secondo cui la capacità di conseguire risultati utili per la collettività è un nuovo paradigma normativo dell'amministrazione, avente valore costituzionale, un autentico principio istituzionale destinato a incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici.

79 P. CORRADINO, *I diritti sociali: il giudice supplente nella dimensione nazionale e sovranazionale*, in www.ildirittoamministrativo.it.

80 F. D'ANGELO, *Profili teorici dell'esecuzione degli appalti pubblici* (nota a TAR Lazio – Roma, sez. II, 7 settembre 2022, n. 11610), in *Foro amm.*, 11/2022, 1490 ss.

non necessitano del coinvolgimento e della compartecipazione delle risorse del privato sociale⁸¹.

Le scelte della P.A. in questo ambito dovranno infine essere guidate anche dalla volontà (innanzitutto) politica di un cambiamento di prospettiva nei confronti della valorizzazione del Terzo Settore che, come visto in precedenza, rappresenta una realtà molto variegata rispondendo a logiche e *governance* estremamente diverse. Spetterà in ogni caso al G.A. verificare se la scelta effettuata, anziché migliorare la qualità dell'azione amministrativa in relazione ai principi e al risultato, sia stata il frutto di un uso distorto del potere discrezionale nel qual caso la spinta all'uso della discrezionalità introduce un «fattore di rischio criminogeno che non di rado aleggia alla base di imputazioni di responsabilità penale e/o contabile»⁸².

Da questo punto di vista, la “demitizzazione della concorrenza” potrebbe portare a conseguenze imprevedibili se non fosse che essa invece, a mio avviso, è in realtà volta a individuare “una nuova frontiera dell'amministrare e della funzione giurisdizionale”⁸³ ispirata a una rinnovata logica di risultato dal punto di vista dell'organizzazione e in funzione dei servizi alla persona e alla realizzazione dei suoi diritti per il raggiungimento di obiettivi plurimi quali la giustizia sostanziale, la riduzione delle disuguaglianze e delle ingiustizie.

81 V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, n. 23/2023. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, 5. Il modello di “amministrazione condivisa” con i privati si realizza sia non solo in fase di programmazione, ma anche di progettazione ed esecutiva rispondendo a una logica distributiva dell'esercizio di attività di spiccato interesse sociale generale. La peculiarità del modello sta nel fatto che esso «soddisfa l'esigenza di carattere generale che gli interessati intervengano nei processi decisionali che li riguardano, ma non trasforma il rapporto tra i poteri pubblici e i privati in una relazione di sussidiarietà». Esso incarna ed interpreta «(l)lo scopo della sussidiarietà è consentire alla persona, organizzata nelle formazioni sociali intermedie, di partecipare alla vita sociale, esplicitando i bisogni personali e cercando di darvi una risposta in termini di servizi alla collettività» (così, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 53).

82 M.R. SPASIANO, op. cit. Id., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, n. 9/2024, 224.

83 Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5398. In tale pronuncia il Consiglio di Stato preliminarmente ha dovuto constatare la permanente incertezza del concetto sotto il profilo dell'elaborazione teorica, fattore che rendeva inimmaginabile o comunque poco praticabile qualsiasi più profondo e innovativo intervento ermeneutico.

In questa mutata prospettiva che potremmo definire “pro-concorrenziale” dell’organizzazione e del mercato il risultato e la concorrenza sono principi equiordinati e interconnessi in quanto concorrono al soddisfacimento del medesimo interesse realizzativo nel significato predetto⁸⁴.

In tale contesto, la concorrenza “riqualificata” nel nuovo Codice dei contratti pubblici assolve una funzione di garanzia e di promozione e mostra inaspettate potenzialità suscettibili di aprire prospettive inedite anche nel processo amministrativo estendendo il sindacato del G.A. agli assetti strutturali, organizzativi ed amministrativi degli ETS onde verificare in concreto l’adeguatezza al conseguimento del risultato e, a monte, la sussistenza delle condizioni che ragionevolmente hanno indotto la P.A. a propendere per la scelta del modello organizzativo adoperato sorretta da motivazioni che esprimano valutazioni che sia in punto di legittimità che nel merito siano coerenti e consone all’impegno di conseguire il risultato voluto dal legislatore.

Si è evidenziato come l’obiettivo di procedere senza intoppi all’aggiudicazione della gara ed alla esecuzione del contratto di appalto per la realizzazione dell’opera pubblica o dell’espletamento del servizio o dal conseguimento della fornitura “con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità e trasparenza” presuppone la piena consapevolezza delle implicazioni e delle conseguenze delle scelte discrezionali, ovvero l’assunzione di responsabilità da parte dell’Amministrazione e degli ETS su cui grava l’obbligo di conseguire gli obiettivi in tempi ragionevoli

84 L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici Commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Introduzione, XII-XV; Id., *sub art. 1*, Milano, 2023, spec.12-14. Non sono mancate sollecitazioni in tale senso già nel vigore della precedente disciplina. Cfr., G. M. RACCA – S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, 33. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in G. Corso, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia. Atti del Convegno «Quale piano per il futuro dell’urbanistica?»*, Napoli, 2022, 517 ss.; F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Verso una nuova contrattualistica pubblica sostenibile e circolare secondo l’Agenda ONU 2030*, in *Riv. ital.dir.pubbl.com.*, 2-3/2022, 258. G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, Relazione al Convegno “*Il Nuovo Codice degli Appalti*” Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023, in *www.asstrid-online.it*, 2023.

mediante il compimento di scelte prodromiche avvalendosi di risorse e strumenti idonei e adeguati al conseguimento del risultato.

Quest'ultimo, infatti, ha ormai assunto un rilievo centrale ed essenziale che gli è valso il «conferimento del ruolo di stella polare che deve guidare l'interprete alla scoperta del nuovo impianto normativo»⁸⁵.

In questa sede, il risultato si conferma il «parametro di esercizio del sindacato di legittimità, nella considerazione che proprio in quel risultato, inscritto nella legalità, l'amministrazione rinviene la propria legittimazione ad agire»⁸⁶ svelando ulteriori significati ed implicazioni.

Esso, infatti, - pacificamente riconducibile al principio di buona amministrazione che qui si declina come canone di "buona organizzazione" (a garanzia della qualità, nonché della legalità di risultato, della trasparenza e della concorrenza "nel" e "per" il mercato) onera gli ETS di precisi obblighi strutturali, formativi e competenziali necessari all'adozione delle scelte i cui effetti possono ripercuotersi sull'interesse pubblico specifico al risultato, ossia sulla tempistica e/o sull'efficacia delle azioni finalizzate al raggiungimento dell'«obiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una particolare

⁸⁵ S. PERONGINI, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. 58. M. INTERLANDI – L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa per l'attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, 105. M. RENNA, *I Principi*

⁸⁶ M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit. 38. La verifica della conformità del risultato alla legalità dell'azione amministrativa va verificata in concreto, e in quest'ottica quindi, deve escludersi che il Codice abbia voluto riconoscere in astratto priorità al risultato che infatti non va perseguito e applicato a costo di sacrificare «aspetti non sempre coniugabili» con esso (il virgolettato è tratto da F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, Relazione al seminario di studi su "Il diritto dei contratti pubblici alla luce del nuovo Codice" - Cosenza, 16 maggio 2023, in www.giustizia-amministrativa.it), ossia il "rispetto delle regole" che infatti è alla base della condivisione ed è incompatibile con «soluzioni "sostanzialistiche", che in nome del raggiungimento del risultato aprano spazi di "accettabilità" ad un abbassamento delle garanzie di concorrenza, trasparenza e legalità» (R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. il quale ha osservato che in caso contrario «ci si troverebbe di fronte a una criticità del sistema ...tendente a limitare gli spazi riconosciuti all'effettività della tutela giurisdizionale» finendo per mettere in crisi il ruolo finora determinante della giurisprudenza amministrativa ai fini del bilanciamento e dell'adeguamento dei principi. M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024, 8).

tipologia di azione amministrativa» (realizzazione dell'opera pubblica, espletamento del servizio e conseguimento della fornitura).⁸⁷

I pregi (*rectius*: vantaggi) di tale ricostruzione sono molteplici: a) innanzitutto essa consente di fugare definitivamente il rischio di «annacquamento o assimilazione del principio del risultato in altri principi già operanti»⁸⁸; b) fornisce all'Amministrazione, agli ETS e al G.A. un nuovo parametro di legittimità e di sindacabilità delle scelte operate e, rispettivamente, uno strumento di prevenzione e di repressione di atti e comportamenti contrari al risultato (attraverso la declaratoria di inefficacia e/o risoluzione del contratto); c) in caso di grave inadempimento per violazione del principio in commento e degli obblighi assunti nella fase di esecuzione del contratto, a garanzia dell'interesse pubblico al risultato e della tutela della concorrenza, in base alla previsione di cui all'art. 124 del nuovo Codice, il G.A. può disporre che «le stazioni appaltanti interpell(i)no progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile» offrendo garanzie oggettive di tutela della massima concorrenza e nel mercato, raggiungimento del risultato e continuità del servizio. A ben vedere, nella specie, il sindacato di legittimità

⁸⁷ Cfr., S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo dei contratti pubblici*, cit. Tale conclusione appare perfettamente coerente con il significato e la portata del "risultato" precisato di recente dal TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738 quando afferma che «tale obiettivo viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento». Sui reciproci rapporti tra i principi (di fiducia e del risultato) che devono guidare le valutazioni e le scelte dell'amministrazione aggiudicatrice ampliandone i poteri e il sindacato del GA e rilevando, altresì, come "criteri dell'adeguatezza dei rimedi" (A. CASSATELLA, *I rimedi alternativi alla giurisdizione nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4/2023, 799 ss.) cfr., Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571; 27 febbraio 2024, n. 1924; Id., Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866 e TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 4 giugno 2024, n. 2096.

⁸⁸ M.R. SPASIANO, op. ult. cit., 40.

“avanzato”⁸⁹ potrebbe avere dei riflessi significativi sulla effettività dei diritti fondamentali svelando le potenzialità applicative della disciplina e dei principi (nell'esempio considerato, infatti, l'effetto conformativo complessivo dell'assetto degli interessi produce lo stesso risultato della condanna a un *facere specifico* pur non essendo la pronuncia equiparabile a una decisione direttamente costitutiva dell'effetto utile); d) riequilibra i rapporti tra risultato e concorrenza all'esito di un bilanciamento dei principi costituzionalmente orientato⁹⁰ che, com'è auspicabile, possa colmare i vuoti di una legislazione a tratti solo simbolica e priva di reale effettività, in seguito alla degradazione della concorrenza a cui il D.Lgs. 36/2023 ha inteso riconoscere una «funzione meramente evocativa»⁹¹, e il ruolo di criterio ancillare che di fatto ne ha comportato un arretramento della tutela prediligendo il conseguimento del risultato concreto; e) infine, ma non certo per importanza, offre alla dottrina lo spunto per «rielaborare

89 F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit., 229-231.

90 H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia*, cit., 4 ha chiarito «che solo la concorrenza può assicurare il risultato migliore e che senza di essa ci si dovrà accontentare di un risultato minore, per non dire di un risultato qualsiasi ... “un risultato senza qualità”».

91 M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto Europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 86. L'obiettivo è quello di garantire il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza effettiva, in base a un approccio tutt'altro che formalistico e secondo una prospettiva diversa diretta a valorizzare la funzione e la promozione della concorrenza, guardando al risultato e salvaguardando la discrezionalità necessaria al raggiungimento degli obiettivi. Cfr., H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell'esecuzione di un appalto affidato in house*, in *Giur. it.*, 2/2023, 399. In tal modo la concorrenza riacquista una consistenza di principio avente «una valenza prescrittiva rinforzata» quale «criterio interpretativo ed applicativo di tutte le altre disposizioni del codice» (S. PERONGINI, op. ult. cit.) identificando al contempo «un mezzo *ma* anche, prima di tutto, un metodo, oltre che un limite» che ne sottolinea la stretta interdipendenza con il principio del risultato (Il virgolettato è di H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.judicium.it*. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. F. VETRO' - G. LOMBARDO - M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione*, in *Dir. econ.*, 1/2023; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, cit., 855. Sul ruolo del risultato nella disciplina del codice dei contratti pubblici e quale limite all'esercizio del potere discrezionale del G.A., cfr., G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *Federalismi.it*, n. 14/2024, spec. § 4. In un'ottica di risultato deve essere interpretato anche l'istituto del soccorso istruttorio/procedimentale che costituisce un onere procedimentale per la stazione appaltante allorquando esso sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni documentali e necessario al fine di selezionare la migliore offerta (TAR Trentino Alto Adige – Bolzano, Sez. I, 25 ottobre 2023, n. 316).

seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa»⁹² e integrare la disciplina con la previsione di rimedi nei confronti dell'inerzia e delle gravi inefficienze al fine di assicurare adeguati livelli di prestazione e di protezione dei diritti sociali⁹³.

92 S. PERONGINI, cit., 63. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e Pnrr: una proposta per il giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, spec. 15 ss.; Id., *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2022; V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, *Gior. dir. amm.*, 6/2022.

93 L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005. S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Gior.dir.amm.*, 6/2022, 725 ss.

BIAGIO GILIBERTI
Professore ordinario di diritto amministrativo, Universitas Mercatorum
biagio.giliberti@unimercatorum.it

L'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA: CO-PROGRAMMAZIONE E CO-PROGETTAZIONE NEL TERZO SETTORE TRA AUTONOMA INIZIATIVA DELLE FORMAZIONI SOCIALI E POTERI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SHARED ADMINISTRATION: CO-PROGRAMMING AND CO-DESIGN IN THE THIRD SECTOR BETWEEN AUTONOMOUS INITIATIVE OF SOCIAL FORMATIONS AND POWERS OF PUBLIC ADMINISTRATIONS

SINTESI

Il saggio si intrattiene sulle forme di amministrazione condivisa presenti nel Codice del Terzo settore (co-programmazione e co-progettazione) per verificare se in che modo questi istituti innovino rispetto agli schemi classici dei meccanismi decisionali amministrativi, proponendo un superamento degli schemi tradizionali, basilarmente improntati alla unilateralità, specie in sede progettuale.

Si ricerca il fondamento costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale, analizzando quali implicazioni siffatta matrice costituzionale determina nella dinamica operativa di co-programmazione e co-progettazione, in termini di garanzie istruttorie, procedimentali e decisorie.

ABSTRACT

The essay looks at the forms of shared administration present the Codice del Terzo settore (co-programmazione and co-progettazione) to see if in what ways these legal institutes innovate with respect to the classic patterns of administrative decision-making mechanisms, proposing an overcoming of the traditional patterns, which are basilarly marked by unilateralism, especially in planning.

The constitutional foundation is sought in the principle of horizontal subsidiarity, analyzing what implications such a constitutional matrix determines in the operational dynamics of co-programmazione and co-progettazione, in terms of investigative, procedural and decisional guarantees.

PAROLE CHIAVE: principio di sussidiarietà – Terzo settore – co-programmazione – co-decisione

KEYWORDS: horizontal subsidiarity – Third sector – co-programmazione – co-decisione

INDICE: 1. Premessa; 2. Pluralismo sociale e sussidiarietà orizzontale in Costituzione. Introduzione; 2.1. Libertà, autonomia e pluralismo sociale nel disegno costituzionale dell'amministrazione. Pluralismo e sussidiarietà orizzontale; 2.2. Autonomia iniziativa dei cittadini e sussidiarietà orizzontale nell'ordine costituzionale; 2.3. Co-programmazione e co-progettazione quali forme di partecipazione costituzionalmente necessitate; 2.4. Corollari e specificazioni (sulla legge generale sul procedimento; sullo spazio applicativo dell'art. 118, c. 4 Cost., sulla sindacabilità delle scelte in materia di sussidiarietà); 2.5. Ulteriori specificazioni; 3. Forme di amministrazione condivisa nel Codice del Terzo Settore. Introduzione; 3.1. La co-programmazione tra riserva no profit, parità di trattamento, completezza dell'istruttoria e sussidiarietà; 3.2. La co-progettazione; 4. Co-progettazione e co-programmazione quali forme di amministrazione condivisa ai sensi dell'art. 118 Cost.. Conclusioni*.

1. Premessa

L'analisi della capacità di espressioni quali amministrazione condivisa, co-programmazione e co-progettazione di ridiscutere lo “spazio della pubblica amministrazione”, muovendo verso “nuove frontiere” va misurata attraverso l'esame delle specifiche previsioni normative che a queste formule ricorrono. Questa osservazione, evidentemente banale se assunta in termini generali, appare premura necessaria nel contesto di interesse, caratterizzato da soluzioni lessicali – fortemente volute in sede legislativa (*e.g.* art. 55, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) - che, enfatizzando l'idea della compartecipazione dei cittadini ai meccanismi decisionali amministrativi nelle materie di interesse generale, pongono il tema del superamento degli schemi tradizionali, basilarmente improntati alla unilateralità, specie in sede progettuale.

Non vi è dubbio, e si proverà a dimostrarlo nel seguito, che di per sé l'adozione di terminologie così ambiziose e suggestive non sia affatto priva di significati giuridici, eppure in un senso in buona parte diverso da quello che le espressioni in questione, allorquando non assunte in una peculiare dimensione giuridica, di per sé suggeriscano. Un percorso, d'altronde, non dissimile da

quello che, in passato, gli studiosi si sono trovati ad affrontare trattando di sussidiarietà orizzontale, essendo ai più risultato da subito ben chiaro che quanto accolto in Costituzione all'art. 118, co. 4¹, sebbene non necessariamente qualcosa in meno, riproduca con rilevanti peculiarità la nozione di sussidiarietà elaborata, con distinguo, specificazioni e sfumature², dalle diverse costruzioni filosofiche³.

Nel dir ciò, peraltro, si pone in evidenza – nel solco invero di riflessioni semplici e genericamente condivise⁴ – che l'esame della portata giuridica e dell'effettiva e specifica capacità degli istituti della codecisione amministrativa di introdurre novità nei sistemi decisionali esecutivi non possa che essere affrontata proprio alla luce del significato di sussidiarietà orizzontale rinvenibile in Costituzione. È l'analisi stessa della vigente legislazione in materia che suggerisce di muovere in tal senso. Si pensi, in particolare, all'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. Codice del Terzo settore), che collega direttamente co-programmazione e co-progettazione con il principio di sussidiarietà (oltre e significativamente, come si dirà, con numerosi altri principi).

Si tratterà, però, è bene evidenziare da subito, di una analisi che non potrà riposare unicamente sull'art. 118, c. 4 Cost., né sull'idea per cui frammenti di sussidiarietà fossero presenti in Costituzione prima della riforma (istruzione scolastica, istruzione universitaria, assistenza privata, famiglia e confessioni re-

1* Il saggio elabora le riflessioni presentate al convegno nazionale AIPDA “*Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*” del 29/30.09.2023, presso l'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

Cfr. Q. CAMERLENGO, *Art. 118 (Commento)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, p. 2333 ss.; T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di)*, *Enc. Dir.*, annali, 2007, p. 1133.

2 Cfr. S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro. it.*, 1995, V, p. 373: “*Principio ambiguo, con almeno trenta significati, programma, formula magica, alibi, mito, epitome della confusione, foglia di fico: così è stata giudicata l'idea della sussidiarietà*”.

3 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 128; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, II, 2005, p. 1756 ss..

4 Come primario inquadramento G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, 2022, p. 1 ss..

ligiose per tacere degli artt. 2 e 3 Cost.⁵), né ancora sulla convinzione che l'interesse verso il testo costituzionale antecedente e le riflessioni teoriche che su di esso si produssero in ordine ai rapporti tra libertà e amministrazione avrebbero oggi carattere puramente storiografico; ciò a fronte di una previsione (art. 118, c. 4 Cost.), forse tutta da intendere sotto il profilo dell'effettiva portata, eppure capace di offrirsi, nel suo chiaro riferimento alla sussidiarietà, quale istituto autoreferenziale ai fini della costruzione di un nuovo assetto generale dell'ordinamento. Sotto quest'ultimo profilo, occorrerà piuttosto considerare i rischi connessi a che il pluralismo sociale di cui è intrisa la Costituzione (a partire dall'artt. 2 e 3 Cost.), anche solo involontariamente, refluisca nella nozione di sussidiarietà orizzontale, per quanto evidenti si presentino i profili di intersezione. Piuttosto, si tratterà di evidenziare che la sussidiarietà può essere correttamente intesa ed alimentata nel suo significato costituzionale più veritiero proprio attraverso la piena consapevolezza della struttura pluralista della Costituzione italiana, che per quanto ispiri la sussidiarietà orizzontale e ne venga oggi ispirata (traguardandola, per quanto di interesse, negli affari di diritto amministrativo) ne costituisce – non sembri un paradosso - limite.

Riferimenti più o meno espliciti a nozioni riconducibili all'amministrazione condivisa si rinvengono con crescente frequenza nella legislazione (non solo statale) ed in sede amministrativa⁶. Ne consegue – in coerenza con l'impostazione preferita di svolgere osservazioni specifiche – che non potrà essere perlustrato l'intero quadro normativo e regolatorio e, tuttavia, si ritiene sufficientemente rappresentativo degli indirizzi dell'ordinamento soffermarsi sulle previsioni in materia co-programmazione e co-progettazione contenute nel Codice del Terzo settore. Si tratta, infatti, di un episodio della legislazione

⁵ Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, fasc. 1, 2001, p. 24.

⁶ Cfr. AA.VV., *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Atti del convegno svoltosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano 22 giugno 2018, Napoli, 2020; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 80 ss.; V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 162 ss..

assolutamente rappresentativo, per non dire paradigmatico, di quanto il legislatore vuole che l'amministrazione faccia in nome (ma non solo) della sussidiarietà, onde valorizzare l'autonoma iniziativa dei cittadini nel contesto di attività di interesse generale; ciò nell'intento di inverare – nei termini che si osserveranno – l'idea di una società che - allorquando organizzata nelle forme predilette dallo stesso Codice (ed è questo stesso un punto delicato) - partecipa direttamente alla identificazione dei bisogni collettivi e delle forme ottimali per assicurarne la cura, oltre che alla cura medesima.

E' ben noto, peraltro, che tra le questioni sollevate dall'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 ve ne siano alcune specifiche di assoluto rilievo operativo, quale quella dell'assoggettamento di co-programmazione e co-progettazione alla disciplina della pubblica evidenza del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Si tratta di tematiche che, per quanto concorrano alla ricostruzione complessiva del sistema, appaiono solo in minor parte centrali rispetto al tema della verifica dei cambiamenti che sussidiarietà e codecisione amministrativa stimolano rispetto alle usuali sembianze dei processi decisionali di diritto amministrativo, sicché nel prosieguo la riflessione che la dottrina ha già molto puntualmente offerto in materia verrà considerata nella misura strettamente funzionale al discorso di interesse⁷.

2. Pluralismo sociale e sussidiarietà orizzontale in Costituzione. Introduzione

Alla luce di quanto illustrato appare giocoforza dedicare attenzione al testo costituzionale che, come si è detto e si proverà meglio a dire, si pone quale referente giuridico - ma prima ancora politico e culturale - per la corretta rilettura delle disposizioni del Codice del Terzo settore che a co-programmazione e co-progettazione fanno riferimento.

⁷ Non si prescinda, vuoi per le considerazioni svolte, vuoi per la ricostruzione del dibattito da D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, p. 381 ss., nonché da R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra Stato, mercato e terzo settore*, Napoli, 2023, p. 168 ss..

L'ottica vuole essere anzitutto quella di provare a cogliere il respiro costituzionale della sussidiarietà orizzontale, ovverosia il significato giuridico di quell'operazione di innesto di una formula di organizzazione della società su di un impianto originario che, riposto sui pilastri della democrazia rappresentativa e del pluralismo sociale, fisiologicamente concepì e inverò l'idea che amministrazione e libertà privata possono occupare, coesistendo, gli stessi spazi di interesse generale (e.g. istruzione e sanità, *in primis*). Fortuna vuole che la riflessione benefici di una trama di indicazioni ricca e perdurante nel tempo⁸. Sarà così possibile procedere per sia pur articolate puntualizzazioni, onde anzitutto mirare a cogliere i suoi effettivi contorni giuridici dell'amministrazione condivisa del Codice del Terzo settore in rapporto alla sussidiarietà orizzontale, i suoi contorni plausibili di alcune scelte ivi operate, quali ad esempio quella del dialogo privilegiato – che l'art. 55 propone – tra amministrazioni e formazioni sociali tipizzate nel Codice.

Solo così – una volta data ragione di un testo costituzionale che non sposa la versione più ortodossa di sussidiarietà orizzontale⁹, non rinnega il principio rappresentativo¹⁰, né sposta di per sé l'assetto delle competenze amministrative funzionali, individuando piuttosto un compito (ri)organizzativo per procedere alla risistemazione dal basso della cura delle attività di interesse generale¹¹ – diverrà possibile indugiare sull'art. 55 del Codice del Terzo settore,

8 Almeno G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello stato democratico, Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, p. 81; G. BERTI, *Art. 5 (commento)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Roma, 1975, p. 277; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

9 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo - voce)*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, p. 11: “La norma, con la quale si è inteso accogliere, a livello costituzionale (art. 118, 4° comma Cost.), il principio della sussidiarietà c.d. orizzontale, cui già s'è accennato, ne esprime una declinazione almeno apparentemente debole, rispetto a formulazioni più forti, emerse a più riprese nel dibattito costituzionale”.

10 Così A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 1997, p. 608, per il quale il principio di sussidiarietà “si pone in tensione dialettica con uno dei principi fondanti del costituzionalismo moderno e contemporaneo: il principio maggioritario, dal momento che il principio di sussidiarietà è rivolto a salvaguardare l'autonomia dei gruppi minoritari nei confronti della collettività generale e delle maggioranze politiche che in essa si enucleano”.

11 Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 14: “si tratta non di un principio o criterio sostanziale, ma di un principio o criterio procedurale: esso non

onde vagliare se e in che misura si prospettino uno spazio e modalità amministrative ben diverse da quelle del passato ovvero un disegno complessivo che pur concependo innovazioni si muove in continuità con la fisiologia del potere, per come si è avvezzi a conoscerla.

2.1. Libertà, autonomia e pluralismo sociale nel disegno costituzionale dell'amministrazione. Pluralismo e sussidiarietà orizzontale

L'idea che il testo costituzionale vigente ospiti realmente il principio di sussidiarietà non è scontata¹². Si sostiene che l'attesa e le aspettative attorno alla sua introduzione si siano tradotte da una parte, nella ipervalutazione di un testo che invero si limiterebbe ad un generico favore verso l'assegnazione ai cittadini di attività di interesse generale (senza intaccare, dunque, l'impianto previgente, improntato sul principio democratico e sul conseguente riconoscimento di prerogative politiche difficilmente sindacabili), dall'altra, nella ascrizione al principio di sussidiarietà di una serie di istituti molto preziosi quanto a dialogo e concertazione, la cui ricostruzione sistematica sarebbe, però, più corretta ove non ancorata al principio di sussidiarietà¹³.

dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente". Per una prospettiva contenutistica, si veda viceversa A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, Milano, 2001, *passim*.

12 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, p. 12: "La prima domanda che il testo solleva riguarda il significato della parte finale: "sulla base del principio di sussidiarietà" significa che la norma che precede è espressione del principio di sussidiarietà? Considerato il contenuto che è comunemente attribuito al principio, la risposta dovrebbe essere negativa, giacché quel principio comporta la preferenza per le iniziative dei privati, non il generico "favore", nelle svariate forme che questo può assumere. [...] L'espressione "sulla base del principio di proporzionalità" non trasforma dunque il favore delle amministrazioni per le iniziative dei cittadini in qualcosa di diverso, come sarebbe l'obbligo di ricorrere alle imprese private per l'assolvimento dei propri compiti (in particolare dei compiti inerenti ai servizi pubblici)".

13 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 12: "Le considerazioni svolte fin qui mettono in dubbio il fondamento in diritto positivo del principio di sussidiarietà inteso come limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività. Esse mettono in luce altresì la non congruenza del contenuto del principio con l'impiego che viene fatto del principio medesimo quando se ne ravvisa l'attuazione nell'esternalizzazione di attività pertinenti alla sfera pubblica. La critica non si rivolge contro l'indirizzo che promuove la cooperazione tra le istituzioni e le formazioni sociali, nella varietà delle possibili forme, né contro la gestione dei servizi per mezzo delle imprese private. Essa vorrebbe, piuttosto, portare argomenti affinché i fattori rilevanti per le scelte che riguardano l'estensione e i modi dell'intervento pubblico si mostrino per quel che sono, con la forza persuasiva che traggono dai fatti e dal diritto pertinente, in un dibattito i cui esiti non siano pregiudicati dall'autorità del supposto principio di sussidiarietà orizzontale".

A queste considerazioni – che, come ben noto, si isolano da un contesto generalmente propenso a ritenere che nell'art. 118, c. 4 Cost. sia stato recepito il principio di sussidiarietà orizzontale¹⁴ – occorrerà ovviamente prestare la massima attenzione. Ovviamente, nel dir ciò, non può passare in secondo piano che la sussidiarietà è solo richiamata ma non anche definita in Costituzione e che, al tempo stesso, il testo – come osservato¹⁵ – presenti il principio sotto vesti ben diverse da quelle originariamente prospettate nel percorso di approvazione della riforma. In questa prospettiva, diviene allora necessario ritornare alle matrici filosofiche del principio, data anche l'assenza in generale di una perimetrazione giuridica¹⁶.

Ciò, tuttavia, si reputa non conveniente fare immediatamente, perché una formula così complessa, per non dire ambigua¹⁷, quale quella dell'art. 118, c. 4 Cost., può forse esser meglio compresa solo alla luce di un esame più ampio, che interessi il suo rapporto con la Costituzione, almeno nei due distinti referenti dell'organizzazione costituzionale amministrativa e del pluralismo sociale rispetto a quest'ultima.

Si può osservare allora che, prima della riforma dell'art. 118 Cost., il testo costituzionale non contenesse alcun richiamo esplicito al principio di sussidiarietà, men che meno a quello della sussidiarietà orizzontale¹⁸. Si è rilevato, tuttavia, che la sussidiarietà orizzontale campeggiasse in molti luoghi della Costitu-

14 Cfr. G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, cit., p. 1 ss..

15 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo - voce)*, cit., p. 11.

16 Per una diversa impostazione metodologica, si veda G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 15.

17 Si pur pensate per altre (limitrofe) tematiche sono suggestive e pertinenti le osservazioni rinvenibili in G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi del «politico» e «sociale» nell'Italia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie: rapporti tra stato e Società civile*. Firenze, 20-23 settembre 1979, Firenze, p. 22: “per questa fundamentalissima parte, ci accorgiamo di non avere, né una Costituzione da attuare, né una Costituzione di cui celebrare l'attuazione. Abbiamo piuttosto una Costituzione da chiarire e da mettere a fuoco”.

18 Differenti le convinzioni rinvenibili in A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 24: “Al pari dei costituenti tedeschi, infatti, i costituenti italiani, pur non facendo uso della parola «sussidiarietà», hanno adottato una serie di soluzioni ispirate al principio corrispondente. Il quale, quindi, in relazione ad una pluralità di discipline, si presenta come un principio costituzionale non scritto. Ciò è – ad esempio – suffragato dalle norme – ricordate in precedenza – sulle prerogative dei genitori, nell'ambito della famiglia, e sull'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica”.

zione¹⁹, a partire dal diritto di famiglia e da quello alla libertà religiosa e che il nucleo concettuale alla base del principio²⁰ fosse, comunque e da sempre, ospitato in Costituzione, esattamente in quello straordinario statuto di autonomia, libertà e fiducia riconosciuta ai singoli e alle loro formazioni sociali (artt. 2 e 3 Cost.), che porta – convenzionalmente - il nome di pluralismo sociale.

Questa matrice, invero, non appare discutibile, a patto di non rinunciare per un verso al fatto che si tratta di concetti distinti, per altro che sul pluralismo sociale e non sulla sussidiarietà si fondò la prima Costituzione. Ciò non solo a beneficio della corretta ricostruzione delle originarie identità costituzionali ma per poter poi meglio affrontare questioni operative che attengono alla distribuzione tra società e amministrazione delle attività di interesse generale, oggi che la sussidiarietà dell'art. 118 Cost. pare stagliarsi quale fondamentale criterio ordinatore.

La sussidiarietà orizzontale individua, quale ne sia la nozione specifica, un criterio preferenziale di costruzione gerarchica dell'ordinamento; una forma di strutturazione generale della società – e solo dopo dell'ordinamento ammini-

19 Così P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 128: “Se dunque non appare problematico né arbitrario individuare nel dettato costituzionale sia un'ispirazione di fondo, sia specifiche manifestazioni riconducibili alla logica originaria del principio di sussidiarietà, non è revocabile in dubbio che il successivo processo di attuazione costituzionale abbia sostanzialmente sterilizzato queste potenzialità, voi perché, come si è efficacemente sostenuto, l'idea è apparsa «disarmonica rispetto ad una tradizione che considera l'interesse statale non come la semplice sommatoria degli interessi individuali o delle varie comunità particolari, ma come un interesse del tutto autonomo che trascende quelli particolari», vuoi perché questo processo si è prevalentemente incanalato nella direzione – parziale o solo parzialmente percorsa – del decentramento e dell'affrancamento degli enti territoriali dalla tutela statale, così mutilando la complessiva prospettiva costituzionale volta a fare dell'organizzazione pubblica «sempre meno [...] organizzazione dello Stato e dei pubblici poteri e sempre più organizzazione della società che riforma lo Stato»”.

20 Cfr. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, cit., p. 608 che osserva come il principio sia “rimasto fondamentalmente estraneo al dibattito sviluppatosi in *Assemblea Costituente*”, sebbene – significativamente – si rileva anche che non vada sottovalutata la “coincidenza della concezione della persona che emerge dal quadro costituzionale con il presupposto antropologico sul quale il principio di sussidiarietà si fonda”, unitamente alla “caratterizzazione in senso pluralistico, sia associativo che istituzionale, della convivenza sociale”; il tutto nella consapevolezza che “la tematica dei rapporti tra Stato ed il cittadino, nonché i problemi posti sul tappeto dal pluralismo istituzionale e sociale prefigurato dalla Carta costituzionale, sono stati affrontati facendo uso di altre chiavi interpretative, quali: la dialettica autorità-libertà, il ruolo delle c.d. comunità intermedie, la tensione tra principio autonomistico e principio unitario”.

strativo (di cui anzi sollecita a fare il più possibile a meno) - che vuole che ogni qual volta gli apparati pubblici si interessino di una determinata attività, considerandone l'interesse generale, debbano partire dalla presa d'atto che la naturale competenza in merito ad essa è assegnata basilariamente ai singoli e alle loro formazioni sociali e che, pertanto, un'eventuale sottrazione ad essi impartita ha il significato ordinamentale di una "espropriazione". La sussidiarietà orizzontale - ove posta tra i principi costituzionali - genera tensioni dialettiche con il principio rappresentativo, perché ne limita le possibilità organizzative: il legislatore, le assemblee e gli apparati amministrativi troveranno, nei sistemi a sussidiarietà orizzontale, tracciato uno specifico ordine di preferenze, che altrimenti non subirebbero (in disparte per ora rimanendo il tema della giustiziabilità delle scelte²¹).

Il pluralismo sociale, di contro, collocato in Costituzione tra i principi fondamentali, condiziona la rappresentatività democratica in termini diversi da quelli appena osservati. Il pluralismo sociale, infatti, implica, in misura storicamente assai variabile, che non possano darsi soluzioni legislative, né ammini-

21 Onde avere misura della delicatezza e della complessità della questione, non si prescinda da F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 11: "l'intervento è giustificato dall'esistenza di un bisogno che il mercato non soddisfa. Il bisogno non è un'entità obiettiva: stabilire il livello al quale l'aspirazione insoddisfatta ad un bene diviene un bisogno che deve essere soddisfatto mediante l'intervento pubblico è materia di un giudizio politico. La finalità redistributiva dei servizi alla persona introduce nelle decisioni che li riguardano fattori che non si lasciano quantificare in un bilancio che metta a confronto i risultati delle iniziative spontanee della società e quelli dell'azione pubblica"; "Ma il livello al quale l'aspirazione ad un bene diviene un bisogno che deve essere soddisfatto è la risultante di una serie di variabili le quali, in ultima analisi, sono i fattori di una contabilità complessiva nella quale l'entità delle risorse disponibili si confronta con la pluralità delle destinazioni possibili. La singola decisione non si lascia isolare dall'insieme, per divenire oggetto di un giudizio, sia pure nei limiti della ragionevolezza. E non è pensabile che la quantificazione delle poste di una simile contabilità sia suscettibile di verifica da parte di un'autorità terza" (p.13). Si veda altresì G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 32: "Nella comparazione tra attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) privati, e attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) poteri pubblici, soprattutto quando si debbono valutare costi e risultati (perché una viene già svolta e l'altra si propone di svolgerla al posto o ad integrazione della prima), gli elementi da valutare sono così numerosi, gli apprezzamenti possibili così ampi, le ponderazioni dei diversi elementi così necessariamente convenzionali, gli accertamenti così difficili e approssimativi, che in pratica, tranne casi semplici ed evidenti, la conclusione non è mai predeterminabile, e gli unici vincoli nei confronti del potere pubblico, prima di decidere in un senso o nell'altro, stanno nell'onere di argomentare ragionevolmente e di seguire eventualmente le procedure previste, cosicché alla fin fine ogni decisione è politica e spetta alla maggioranza del momento (con scarse o nulle possibilità di riconsiderazione da parte dei giudici, Corte costituzionale compresa)".

strative che intacchino la possibilità delle persone di indirizzare (liberamente e nei limiti di più o meno articolate eppure basilari regole di convivenza) la propria esistenza nella direzione che intendono dargli, anche occupandosi di affari dai connotati e riverberi generali²². Il pluralismo sociale, però, di per sé non impone alcuna riserva di competenza in favore della società ma si connota per una ben più intima matrice di inamovibilità, come reso evidente vuoi dalla sua natura di principio fondamentale (artt. 2 e 3 Cost.), vuoi dal successivo suo richiamo in numerose occasioni costituzionali, ove, nel rimarcare le libertà di individui e loro gruppi sociali, si legge, *e.g.*, che “*l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*”, che “*le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*”, che “*l'assistenza privata è libera*”. Ciò, invero, proprio in contesti, quali quelli appena osservati, che oggi non si esiterebbe a qualificare di interesse generale, come tali attratti nella dialettica relativa alla nozione di sussidiarietà, tanto nella prospettiva immediatamente costituzionale (art. 118, c. 4 Cost.), quanto in quella della legislazione ordinaria (si pensi ancora una volta al già richiamato art. 55).

Nel silenzio costituzionale in ordine al principio di sussidiarietà, ed in nome proprio del pluralismo sociale, l'assetto dei rapporti tra società e amministrazione che emerse in sede costituente fu quello del dualismo organizzativo²³. Un dualismo organizzativo²⁴ che riconobbe per certo, in nome del principio

22 Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “*fin da tempi molto risalenti, del resto, le relazioni di solidarietà sono state all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese. Prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso*”.

23 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 80: “*Prima del 2001, il complesso delle disposizioni costituzionali delineava, con riferimento alle attività di prestazione, un sistema di compresenza tra iniziativa pubblica e iniziativa privata*”.

24 Cfr. G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi*, cit., p. 81: “*Il modello ideale di società e di stato su cui si era giunti all'accordo in sede costituente è certamente quello che presupponeva uno sfaccettato equilibrio di ruoli tra società, partiti e istituzioni, in cui non mancava di essere tenuta presente la continuità dell'un aspetto rispetto all'altro, ma si doveva soprattutto veder crescere l'assetto della società [...] dall'uomo e dal cittadino nelle sue dimensioni più strettamente individuali a quelle progressivamente più ampie e generali di carattere sociale, economico, politico, istituzionale*”.

rappresentativo, che legislatore e amministrazione potessero occuparsi direttamente delle attività di interesse generale, svolgendo politiche attive, anche soggettivamente pubbliche, senza condizionamenti dati dalla sussidiarietà e con l'unico contraltare delle libertà innanzi richiamate²⁵.

Non, dunque, sussidiarietà ma pluralismo organizzativo, sia pur con la fondamentale accortezza ricostruttiva²⁶ di segnalare il continuo andirivieni di tentativi²⁷ da parte del sociale di occupare sempre più consistenti spazi di interesse generale²⁸ ma, soprattutto, la propensione ad una iper-regolazione pubbli-

25 Cfr. G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi*, cit., p. 89: "E' appena il caso di ricordare a questo proposito come sia osservazione comune nei moderni teorici della democrazia che fra le condizioni per l'esistenza e il funzionamento di un sistema democratico debba esserci – per usare ad es. le parole di Matteucci – l'«autonomia dei sottosistemi» ovvero appunto l'autonomia delle formazioni sociali rispetto al potere politico, cosicché esse possano operare realmente in funzione realmente 'espressiva' di interessi collettivi, traendone al contempo vantaggio le formazioni politiche nell'esplicazione del ruolo loro proprio. In mancanza di un'autonomia siffatta, si ha un modo di realizzazione improprio del pluralismo sociale che non può che essere fonte – come è stato anche nel caso italiano – di non poche anomalie e di non pochi pericoli nel funzionamento del potere politico, da una parte, e delle formazioni sociali, dall'altra; il primo venendo in più o meno ampia misura corporativizzato, identificandosi cioè in una somma di interessi collettivi categoriali e le seconde perdendo il proprio naturale carattere di organizzazioni sociali ed esponendosi [...] ad essere assimilate ed assorbite nel resto dell'organizzazione pubblica tout court".

26 Su punto non si prescinda da F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 45 per una indagine sulla dialettica pubblico-privato nella organizzazione amministrativa. Ovviamente, centrale in argomento resta G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991. Si veda altresì F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata*, Torino, 2012.

27 Cfr. G. PASTORI, *Il pluralismo sociale*, cit., p. 91: "Fin dall'avvio della sua attuazione nel primo decennio costituzionale il pluralismo sociale si atteggia dunque in modo da comprendere in sé soluzioni fra di loro assai diversificate che vanno da un massimo di integrazione ad un massimo potenziale di articolazione rispetto al sistema politico-istituzionale. Ma direi che tale diversificazione tende ad accentuarsi nell'esperienza del secondo decennio repubblicano allorché, mentre si rende sempre più evidente il disegno di egemonizzazione della sfera sociale da parte delle forze politiche, si apre per contro il tema della partecipazione, nel suo duplice profilo formale e sostanziale, fino ad acquisire carattere di moto contestativo del sistema verso la fine degli anni sessanta". Cfr. altresì A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 25: "Nella seconda fase – protrattasi per circa un quarantennio – i germi di sussidiarietà presenti nella Costituzione sono stati sistematicamente soffocati. Nel corso di essa, si è venuto consolidando un assetto reale, non solo, privo di riscontro nel disegno costituzionale, ma anche in aperta contraddizione rispetto ad esso, la cui cifra fondamentale può identificarsi nel centralismo".

28 Cfr. G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi del «politico» e «sociale»*, cit., p. 22 che parla di un'"invadenza del sociale".

cistica²⁹, fino alla plausibilità - conseguente anche al limitatissimo, se non nullo significato attribuito all'ultima parte dell'art. 5 Cost.³⁰ sotto il profilo della sussidiarietà orizzontale³¹ - di monopoli pubblici non indotti dalla ristrettezza fisica dei beni o delle infrastrutture di servizio³², per passare alla sostanziale estromissione del cittadino dalla gestione di funzioni (e in misura minore servizi) pubblici³³, fino alla trasfigurazione delle nature private in pubbliche in nome della rilevanza collettiva delle attività svolte³⁴. Tutto questo dovendo solo aggiungere che il pluralismo sociale si basa sull'idea di libertà e, dunque, non ammette che quest'ultima si faccia potere di individui su altri individui, sicché di pluralismo

29 Una simile propensione culturale si rinviene financo nella giurisprudenza della corte Costituzionale; si veda al riguardo, Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75: “Come schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale, il volontariato esige che siano stabilite, da parte del legislatore statale, le condizioni necessarie affinché sia garantito uno svolgimento dello stesso il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale (n.spec. sentt. nn. 49 del 1987, 217 del 1988 e 49 del 1991). E ciò è richiesto - quantomeno in relazione alla connotazione essenziale delle attività e delle organizzazioni operanti in tal campo, nonché in ordine alla definizione del tipo di rapporti che devono intercorrere tra le varie istanze del potere pubblico e le organizzazioni dei volontari e in ordine alla determinazione delle relative modalità dell'azione amministrativa - al fine specifico di garantire l'essenziale e irrinunciabile autonomia che deve caratterizzare le stesse organizzazioni di volontariato e le loro attività istituzionali”.

30 Cfr. G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, 2009, *passim*.

31 Si tratta infatti di un collegamento emerso con chiarezza nelle riflessioni della dottrina solo di recente: F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “L'autonomia introdotta dall'art. 5 Cost. comporta una differenziazione verticale del potere, ma rende necessaria anche una differenziazione orizzontale, che consenta alla società civile di essere parte integrante dell'organizzazione amministrativa indipendentemente dallo strumento giuridico (diritto privato o pubblico) utilizzato”.

32 Cfr. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Milano, 2001, p. 273.

33 Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 18: “il nostro modello continua ad avere per presupposto l'attribuzione esclusiva della gestione della sovranità all'apparato statale [...] mentre il cittadino è solo spettatore”; R. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 124: “Ma se l'art. 2 Cost. appare orientato a promuovere l'affermazione di un modello “sociocentrico”, non può revocarsi in dubbio che sia rimasta per molto tempo inattuata o comunque ampiamente inespressa la direttiva costituzionale che imponeva di dare sviluppo al principio del pluralismo sociale. È mancata, per vero, per quasi un cinquantennio, non tanto la percezione della crescente rilevanza del fenomeno associativo o del ruolo sociale delle formazioni sociali - è stato, infatti, certamente colto il nesso tra la garanzia riconosciuta dall'art. 2 Cost. e le varie specificazioni della libertà associativa, corrispondenti ai diversi contenuti delle attività e degli interessi umani (economici, professionali, politici, religiosi, familiari, ecc.) riconducibili all'art. 18 Cost. - quanto la consapevolezza che queste ultime potevano “sollevare lo stato dai compiti che esse possono soddisfare spesso in modo più efficace e meno dispendiosi””. Non si prescinda da E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, 1989, p. 234 ss..

34 Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2019, p. 71. Per una dettagliata disamina delle fattispecie, R. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 160 ss..

può basilarmente parlarsi unicamente in relazione a prestazioni amministrative in senso stretto e non anche trattando di funzioni, ove a quest'ultimo termine si sottintenda l'idea della unilateralità del potere. Che poi l'amministrazione si presenti oggi oggettivata è altro discorso ed in questa sede è sufficiente rimarcare l'essenzialità costituzionale del principio di legalità rispetto ai poteri amministrativi.

2.2. Autonomia iniziativa dei cittadini e sussidiarietà orizzontale nell'ordine costituzionale

Su questo quadro normativo e storico la riforma costituzionale impianta le previsioni dell'art. 118, c. 4 Cost., stabilendo che 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. La riforma interviene sull'intero art. 118 Cost. ove al c. 1 è stato introdotto il principio di sussidiarietà verticale, tale per cui 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.

Il richiamo che la Costituzione fa al principio di sussidiarietà rende necessario isolare un nucleo concettuale della nozione, onde poterne poi valutare il significato normativo e, conseguentemente, il tipo e la misura di prescrizioni discendenti sul legislatore ordinario e sulle amministrazioni. Diviene allora necessario rifarsi a riflessioni extragiuridiche in assenza, come innanzi osservato, di una definizione normativa espressa. In questo contesto, pare possibile limitarsi a sintetiche indicazioni, disponendosi di ricostruzioni dettagliate e di assoluto pregio³⁵, proprio a partire dalla prospettiva storico-filosofica. Ciò, tuttavia, avendo ben chiaro che per quanto il diritto – per le ragioni appena evidenziate – sia necessariamente tributario di altre scienze, i significati filosofici non si impongono *ipso facto* quali significati giuridici, dovendone la portata esser sempre

³⁵ Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 96.

verificata sistematicamente alla luce delle formule giuridiche prescelte e del raffronto con altri principi e valori dell'ordinamento.

Resta il fatto che, nella sintesi delle diverse sensibilità dei pensieri filosofici in tema di sussidiarietà, il concetto origina non semplicemente dal riconoscimento della naturale propensione umana ad occuparsi di quanto lo circonda ma anche da un'idea di capacità fortemente avvertita, ovverosia dalla convinzione per cui la cura della società spetti ad uomini e comunità in quanto “*propriari delle loro competenze, lavori, saperi, della stessa attitudine alla solidarietà*”³⁶. Questa dimensione genera l'evoluzione della nozione di capacità³⁷ in quella di autonomia-responsabilità e, coerentemente, una peculiare ridefinizione dei compiti dello Stato, centrati sulla funzione di controllo delle libere dinamiche dell'autonomia, fino alle visioni più nette (e solo in parte riconosciute dall'ordinamento) per cui “*il potere serve ai fini che non auto-definisce, ma che riconosce*”³⁸.

La nozione, nei termini in cui la si è appena sinteticamente ricostruita, si compone però di un secondo versante, che è quello della supplenza delle organizzazioni pubbliche. Queste ultime, in quanto portatrici di interessi collettivi, devono poter attrarre a se – avocandolo unicamente nella misura strettamente necessaria³⁹ – l'esercizio di quelle attività di interesse generale che manifestino determinati bisogni che la società non è in grado di soddisfare⁴⁰.

36 Ancora P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 99.

37 Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “*Nella suddetta disposizione costituzionale, valorizzando l'originaria socialità dell'uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese*”.

38 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 103; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “*Se la legalità si concretizza nel soddisfacimento dei bisogni sociali, sono i gruppi intermedi a determinare i fini dell'ordinamento*”.

39 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 3: “*c'è consenso generale sulla sostanza della sussidiarietà, la quale consiste in questo, che l'azione dei pubblici poteri deve essere contenuta entro i limiti di quanto è necessario per supplire all'inadeguatezza dei privati a provvedere ai bisogni sociali*”.

40 Cfr. S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche*, cit., p. 373: “*Prima di procedere, si noti che il principio di sussidiarietà ha, nelle applicazioni canoniche e, poi, in quelle statali, due significati: da un lato, indica la supplenza dello Stato e cioè l'intervento di un organismo più importante, che agisce in caso di carenza di quello più a diretto contatto con la collettività; dall'altro, implica l'idea di sussidio e appoggio, nel senso di un*

Tenendo in disparte per un attimo il tema della selezione di questi bisogni e dei presupposti a che si producano attrazioni di competenze che non siano puro arbitrio⁴¹, va segnalato che tra queste due dimensioni della sussidiarietà orizzontale è possibile isolarne una terza – più confacente se si vuole all'etimologia stessa del principio (*subsidium*) - ovvero sia quella che ascrive allo Stato il compito, solo apparentemente riconducibile ad un *imperium paternale*⁴², di svolgere politiche attive a che l'essere umano sviluppi e perfezioni le sue capacità, in vista dell'obiettivo di una società basata sulla forza data dalla libera autonomia dei cittadini, dalla loro capacità – nutrita collettivamente - di darsi cura delle cose della comunità solidalmente⁴³. In questa prospettiva, la sussidiarietà non costituisce un prodotto finito, quasi che si trattasse semplicemente di attingere per l'organizzazione dello Stato alle naturali capacità rinvenibili nella società. Si tratta, piuttosto, di un progetto di costruzione di un peculiare profilo delle libertà individuali a valere quale obiettivo sociale. Nel prosieguo, si dirà quanto questa visione sembri ispirare il testo costituzionale, fino a far sì che a

intervento di un organismo più potente, che supplisce la debolezza di quello inferiore".

41 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 112, ove si legge, in riferimento alla elaborazione della dottrina sociale della Chiesa, che la sussidiarietà "postula e sollecita ad un tempo la capacità-autonomia e la correlativa responsabilità delle entità (siano esse individui o società di grado inferiore) a beneficio delle quali si predica un self-restraint dei pubblici poteri".

42 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 100: "la supplenza dello Stato, nei limiti in cui è prevista, significa anche «arricchire gli esseri umani tramite la pedagogia dell'autonomia»".

43 Cfr. Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75: "Quale modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente presta personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità".

quest'ultimo possano ascrivere gli stessi istituti della co-decisione e co-progettazione.

“Solidarietà, autonomia, responsabilità, partecipazione da parte dei soggetti privati e funzione essenzialmente regolativa da parte dei poteri pubblici sono dunque le direzioni in cui si ramifica e si manifesta il principio di sussidiarietà come principio di filosofia sociale”⁴⁴.

Quanto di tutto questo possa dirsi presente oggi in Costituzione è necessario specificare, consci del fatto che questo è tema ancora assai arduo non solo perché – come si è visto – il principio di sussidiarietà orizzontale è stato innestato in una struttura pluralista basata su una Carta costituzionale che annovera la libertà individuale quale principio fondamentale ma anche perché quell'innesto produce riverberi direttamente sul principio della rappresentatività democratica, peraltro affidandosi la Costituzione ad altra nozione – quella di attività di interesse generale – dogmaticamente stravagante rispetto alla tradizione nazionale⁴⁵, oltre che mutevole storicamente⁴⁶.

Ciò, invero, non impedisce di ricercare alcuni punti fermi a partire dal significato attribuibile al verbo *“favoriscono”*, al quale – come da subito correttamente osservato⁴⁷ ma con riserva di indugiare ancora sulla questione della sindacabilità delle scelte o delle inerzie e, quindi, sulle correlate posizioni giuridiche soggettive – non può per certo essere attribuito il significato di una mera esortazione o di riconoscimento di una semplice facoltà, mai disconosciuta an-

44 Così P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 114.

45 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 223 ss..

46 Si tenga presente che la mobilità dei confini della nozione risulta già nella Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa “ai servizi del mercato interno”, il cui art. 1 (Oggetto) stabilisce, fra l'altro, che *“La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità con le regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti”*.

47 Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 29: *“Interpretare la parola «favoriscono» come se dicesse «hanno la facoltà di favorire» sarebbe davvero strano: chi mai ha dubitato della possibilità che enti pubblici rappresentativi potessero dare aiuti, in danaro o in altro modo, a cittadini singoli o associati per svolgere attività giudicate di interesse generale? Tale facoltà cioè è sempre esistita; la disposizione dell'art. 118, co. 4, se interpretata come mera attribuzione di facoltà, non direbbe nulla di nuovo, sarebbe una disposizione costituzionale del tutto inutile, perché già presente da sempre nel nostro ordinamento”*.

che prima della riforma. Piuttosto, si tratta di uno specifico (ma da precisarsi) compito costituzionale, assegnato allo Stato e agli enti pubblici indicati al c. 4 dell'art. 118 Cost..

Al tempo stesso, si può propendere verso l'idea che il testo costituzionale (contrariamente alle possibilità offerte dalla nozione filosofica, mai così netta nelle distinzioni⁴⁸) accolga un'idea di sussidiarietà non estesa alle funzioni amministrative in senso tecnico ma limitata alle sole prestazioni di attività di interesse generale⁴⁹.

Ciò può osservarsi alla luce del raffronto tra il primo comma⁵⁰, ove si spende il termine “funzioni” nella distribuzione delle competenze tra ammini-

48 E d'altronde è nota in merito la posizione della Corte Costituzionale. *Cfr.* Corte Cost., 1 luglio 2010, n. 234: “non è fondato il presupposto da cui discende la censura della ricorrente, che sussista, cioè, nel nostro ordinamento un non superabile divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative. Svariati sono i casi in cui ciò è stato previsto proprio da leggi che hanno superato lo scrutinio di costituzionalità ad opera di questa Corte”.

49 *Cfr.* V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 8: “Sembra dunque di dover affermare che il principio, in questa seconda accezione, opera, rendendo in parte elastico l'esercizio dell'amministrazione, non nell'ambito delle funzioni in senso tecnico (salvo quanto si dirà in ordine all'esercizio di poteri sostitutivi), cioè dell'esercizio di poteri amministrativi, ma in quello delle operazioni e prestazioni materiali, dei servizi, dell'attività negoziale, dell'attività di intervento finanziario nonché dell'iniziativa politica a tutela degli interessi della propria comunità. In tutti questi ambiti sicuramente il principio di sussidiarietà diviene operante e consente una notevole elasticità nell'esercizio dell'amministrazione e il sovrapporsi dei diversi livelli di governo nella cura concreta di esigenze collettive laddove queste si presentano”. Così anche G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 19: “la seconda non può mai riguardare la distribuzione di poteri di comando (almeno nel nostro ordinamento), giacché i privati non possono comandare su altri privati e meno che mai usare la forza (nei casi marginali in cui ciò è ammesso i privati divengono per ciò solo esercenti di pubbliche funzioni, e quindi assimilati nei limiti e doveri ad organi e funzionari pubblici); la sussidiarietà orizzontale dunque riguarda la distribuzione tra privati da un lato e pubblici poteri dall'altro dei compiti di erogazione di servizi e benefici, dovendosi stabilire se essi spettano agli uni o agli altri secondo il principio di sussidiarietà (principio che in tal caso, se ritenuto applicabile, dà la preferenza ai privati, salvo che si dimostri che nessun privato è disponibile o riesce a raggiungere i risultati ritenuti ottimali o comunque migliori di quelli raggiunti o raggiungibili dai poteri pubblici)”.

50 *Cfr.* M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. e Soc.*, 2022, p. 105: “Sotto altro profilo, per contrastare il rischio di un arretramento dell'intervento pubblico nell'attuazione dello stato sociale, dovuto alla carenza di risorse, l'amministrazione potrebbe rafforzare il ruolo del terzo settore, ricorrendo alla collaborazione della società, per intercettare e soddisfare le specifiche esigenze dei singoli contesti territoriali. Si che, piuttosto che arretrare, i poteri pubblici dovrebbero riorganizzarsi avvalendosi del contributo della società, per realizzare quel disegno di giustizia sociale che, per carenza di risorse, sarebbe difficilmente perseguibile. In questo modo lo Stato, pur rimanendo titolare della funzione pubblica connessa alla protezione sociale, converte il suo ruolo: da erogatore diretto del servizio a coordinatore delle attività dei privati”.

strazioni e il quarto comma⁵¹, ove si è deciso – deve ritenersi significativamente – di ricorrere per la sussidiarietà orizzontale a quello di “attività”⁵².

La dialettica tra primo e quarto comma – connaturale ad una scelta complessiva che ha introdotto in Costituzione le due diverse forme sussidiarietà⁵³ – consente però un’ulteriore e, per quanto subito si dirà, solo apparentemente banale considerazione: se le funzioni restano ascritte alla competenza delle amministrazioni⁵⁴, a queste, trattandosi di funzione e fatto salvo il potere legislativo, deve essere ricondotta anche la competenza a regolare le attività di rilievo generale ponendo obiettivi di interesse pubblico e, prim’ancora, la facoltà di selezionare quali attività ascrivere tra quelle, specie alla luce del fatto che le attività di interesse generale configurano un concetto giuridicamente flessibile, suscettibile di venir modellato dalle contingenze. In questa limitata prospettiva, lo spazio di concertazione con i cittadini ai fini anzitutto della co-programmazione non potrebbe che ritenersi assai risicato. Lo sguardo rivolto verso il solo primo comma dell’art. 118 Cost. evidenzia, infatti e al netto ovviamente della sussidiarietà verticale, uno stato delle cose più che tradizionale, per cui – in nome del

51 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1758: “E’ un disegno che vede da un lato riaffermata la titolarità delle funzioni in capo alle istituzioni politico-rappresentative locali: d’altronde, a fronte di fini e di scopi che formano oggetto anche di diritti individuali e collettivi costituzionalmente riconosciuti non vi può non corrispondere la responsabilità ultima delle istituzioni pubbliche”.

52 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo - voce)*, cit., p. 14: “Le “attività di interesse generale” sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative di cui al primo comma dell’art. 118, anche se in parte coincidono. Sicuramente le funzioni amministrative sono attività di interesse generale (tutta l’amministrazione lo è per definizione). Ma le attività di cui all’ultimo comma non comprendono funzioni amministrative in senso tecnico, esercizio di poteri amministrativi. Queste infatti sono riservate alla pubblica amministrazione, salvi i casi di munera espressamente previsti dalle leggi”.

53 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “Il rapporto tra sfera pubblica e formazioni sociali è strettamente connesso all’avveramento del sistema autonomistico della Repubblica, previsto già dall’art. 5 della Costituzione e consolidato dalla riforma del 2001. Sussidiarietà orizzontale e verticale si intrecciano e si sostengono a vicenda: l’autonomia delle formazioni sociali e dei livelli istituzionali interagiscono reciprocamente”.

54 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1762: “Il che non toglie che i ruoli siano differenziati: alle istituzioni politico-amministrative in quanto titolari delle funzioni e delle responsabilità verso la collettività viene sempre a spettare un ruolo di regolazione, di programmazione, di controllo anche quando non abbiano la gestione; alle strutture sociali viene a spettare un ruolo che è di iniziativa, di coprogettazione, oltre che primariamente di gestione nel quadro della regolazione, della programmazione e del controllo pubblico”.

principio rappresentativo democratico e dei relativi corollari che permeano la Costituzione – sono le amministrazioni che programmano; una visione, d'altronde, non dissimile da quella rinvenibile all'art. 13 della l. 7 agosto 1990, n. 241⁵⁵. Non può sottovalutarsi, tuttavia, che tra le molte riflessioni in materia, vi sia anche quella che ritiene fisiologico che le due sussidiarietà si incontrino in ciò che quella orizzontale non limiterebbe affatto i compiti dello Stato, né la sua prerogativa a fissarne di nuovi, rivendicandone solo la realizzazione⁵⁶. Per quanto questa costituisca un'indicazione basilare nell'economia delle considerazioni in materia di sussidiarietà, non può essere sopravvalutata in termini giuridici, dal momento che a ben vedere non risulta essere l'idea prediletta in Costituzione. Dal coniugio tra primo comma e quarto comma dell'art. 118 Cost., infatti, emerge una prospettiva molto più simile a quella filosofica di *subsidium* (“*favoriscono*”) che si è visto assegnare alle amministrazioni uno specifico compito, impegnandole – laddove libertà e amministrazione si intersecano (le attività di interesse generale) - a sviluppare, rafforzare e liberare le autonome iniziative dei cittadini.

La Costituzione, infatti, nell'art. 118 Cost. non pare andare alla ricerca di meri esecutori⁵⁷ di prestazioni definite dalle amministrazioni⁵⁸. Il che rende tutto

55 Cfr. R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 159: “la co-programmazione presenta anzitutto una spiccata valenza partecipativa, rappresentando una deroga al divieto di partecipazione dei privati ai procedimenti di pianificazione e programmazione sancito dall'art. 13 della legge n. 241/1990”.

56 Cfr. P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., p. 115 che richiamando il pensiero dell'Hofmann evidenzia che “non vanno limitati i compiti e gli scopi dello Stato in sé, ma la loro realizzazione da parte dello Stato”.

57 Cfr. L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, 2022, p. 298-299: “A fronte di enti del Terzo settore, mossi da intenti solidali, si è affermata l'importanza di non consentire solo forme di coinvolgimento competitive, limitate alla ricerca della migliore offerta, così da non sacrificare gli ulteriori apporti che gli operatori del non profit possono essere disposti a mettere in campo nel perseguimento di interessi coincidenti con quelli affidati alla cura delle pubbliche amministrazioni. Da qui la necessità di leggere e di attuare gli strumenti disciplinati, da ultimo, nell'art. 55 del Codice del Terzo settore come un qualcosa in più degli ordinari meccanismi di partecipazione al procedimento amministrativo, o di esternalizzazione dei servizi assistenziali, assicurando loro la qualifica di istituti di cittadinanza attiva, che consentano agli amministrati di prendere parte alle decisioni amministrative, pienamente legittimati non solo dalla tensione al soddisfacimento dei medesimi fini perseguiti dai soggetti pubblici, ma anche dalla propria volontà di condividere risorse aggiuntive, di apportare conoscenze e competenze legate al vivere quotidiano dei problemi a cui si cerca di dare una soluzione, e dunque di migliorare le condizioni di una collettività di cui si è parte”.

58 Non si prescinda, però, da F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 5: “ci si chiede cosa ne sia dell'inversione del movimento dall'alto verso il basso in movimento dal basso verso l'alto, che la sussidiarietà dovrebbe esprimere, e che è la ragione stessa che giustifica l'assunzione della sussidiarietà a principio: nel momento dell'attuazione, la logica della sussidiarietà è capovolta, e l'apporto dei

molto peculiare, dal momento che le pubbliche amministrazioni, titolari del potere di svolgere politiche in materia di attività di interesse generale (c. 1, art. 118 Cost.), non devono tanto darsi affanno ad assicurare la presenza dei cittadini nella esecuzione di prestazioni di interesse generale, quanto valorizzare, in questi settori, l'autonomia sociale in senso sussidiario (c. 4, art. 118 Cost.). Nel seguito, si dovrà evidenziare come da questa visione discendano precise implicazioni in ordine al valore giuridico degli istituti di co-programmazione e co-decisione, di cui andrà saggiata la dimensione direttamente costituzionale per quanto attiene vuoi ai momenti della compartecipazione alla regolazione delle attività di interesse generale, vuoi alla possibilità di sindacato giurisdizionale su quelle decisioni delle amministrazioni che siffatte peculiarità dovessero trascurare di ossequiare. Al tempo stesso, pure ci si dovrà soffermare su quali strumenti, tra quelli generalmente disponibili alle amministrazioni (abbandono dei sistemi di diritto amministrativo, appalti, concessioni, convenzioni o altre forme di partenariato), meglio si offrano alla realizzazione del disegno costituzionale, fermo restando, fin da ora, che non tutti appaiono parimenti congeniali ma anche che quel disegno – evidentemente basato su di un progetto politico che sebbene contenga in sé l'idea della ritrazione dei regimi di diritto amministrativo non la eleva ad unico parametro organizzativo – consente una certa qual duttilità nell'uso delle forme giuridiche, che viceversa la pura sussidiarietà orizzontale sembra escludere⁵⁹.

privati — la cui spontaneità e originalità sono la ragione della sussidiarietà — si riduce all'esecuzione di progetti altrui?

59 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 12: “Le considerazioni svolte fin qui mettono in dubbio il fondamento in diritto positivo del principio di sussidiarietà inteso come limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività. Esse mettono in luce altresì la non congruenza del contenuto del principio con l'impiego che viene fatto del principio medesimo quando se ne ravvisa l'attuazione nell'esternalizzazione di attività pertinenti alla sfera pubblica. La critica non si rivolge contro l'indirizzo che promuove la cooperazione tra le istituzioni e le formazioni sociali, nella varietà delle possibili forme, né contro la gestione dei servizi per mezzo delle imprese private. Essa vorrebbe, piuttosto, portare argomenti affinché i fattori rilevanti per le scelte che riguardano l'estensione e i modi dell'intervento pubblico si mostrino per quel che sono, con la forza persuasiva che traggono dai fatti e dal diritto pertinente, in un dibattito i cui esiti non siano pregiudicati dall'autorità del supposto principio di sussidiarietà orizzontale?”.

Prima di farlo, tuttavia, appare indispensabile, sempre ai fini delle considerazioni che si vogliono appresso svolgere su co-decisione e co-progettazione, soffermarsi sulle effettive possibilità di cui dispongono gli enti pubblici per la definizione delle proprie programmazioni in materia di attività di interesse generale, in un contesto che – contemplando la sussidiarietà orizzontale – potrebbe portare a ritenere sempre possibile l'avocazione anche di competenze esecutive, ove indotta da comprovate ragioni. Si è detto in più punti che la sussidiarietà orizzontale è stata impiantata nel contesto di un'architettura costituzionale basata su di uno statuto generale di pluralismo sociale (oltre che istituzionale), che trova la sua massima espressione in alcune previsioni costituzionali che rimarkano la natura libera delle attività prese in considerazione. A ciò aggiungasi, nell'ottica di fornire una perimetrazione complessiva degli istituti considerati, che la dottrina – ricorrendo all'esemplificazione dei doveri pubblici in materia di istruzione dell'obbligo – ha dimostrato che le possibilità della sussidiarietà orizzontale incontrerebbero il limite delle competenze amministrative assegnate dalla Costituzione, sicché in siffatte materie non vi sarebbe spazio per alcuna riorganizzazione in senso orizzontale⁶⁰. Vi è, però, che questa logica di trattenimenti deve essere pensata, secondo Costituzione, anche in senso inverso, alla luce di quell'essenza di libertà propria del pluralismo sociale, da concepirsi come immune dai meccanismi ascensionali tipici della sussidiarietà⁶¹. Qui ov-

⁶⁰ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 19: “Se il principio indica il percorso argomentativo che si deve seguire per spostare una competenza da un livello verso un altro livello, o viceversa per impedire questo spostamento se esso non è giustificato come il principio esige, allora non ha senso parlare di applicazione del principio quando il livello è già stato individuato e non può essere modificato”; si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 10: “Quando la Costituzione assegna un compito determinato ai poteri pubblici, non vi è spazio per il principio di sussidiarietà, poiché la valutazione riguardo all'allocazione del compito è stata compiuta dalla Costituzione medesima. L'analisi delle singole disposizioni mostra che il ruolo che la Costituzione assegna ai poteri pubblici per il soddisfacimento dei diritti sociali non è uniforme, cosicché le iniziative dei privati che aspirano al riconoscimento della loro funzione di interesse generale trovano spazi diversi, in corrispondenza con la diversa modulazione dell'intervento pubblico”.

⁶¹ Per V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 13 è impedito “al legislatore, di pubblicizzare, sia sotto il profilo soggettivo (trasformazione di istituzioni private in enti pubblici) sia sotto il profilo oggettivo (sostituzione di attività private con attività delle pubbliche amministrazioni), settori nei quali l'iniziativa autonoma dei soggetti privati sia presente nella gestione di attività di interesse generale”.

viamente non si mette in discussione il potere pubblico di ciascun apparato secondo i mezzi di governo di cui dispone di dettare la disciplina di interesse generale in materie pur ascritte a libertà, quanto piuttosto si vuole solo porre in risalto che la misura della regolazione non dovrebbe spingersi al punto da impedire che il pluralismo – con le sue congenite prerogative di libertà - possa esplicarsi, per essere poi attratto a livelli superiori di governo. Cionondimeno, onde dare contezza di quanto tutto appaia ben più articolato rispetto alla mera sussidiarietà, occorre tornare a rimarcare che il principio rappresentativo democratico, proprio alla luce dell'art. 118 Cost., è stato intaccato dalla riforma costituzionale solo per ciò che attiene all'organizzazione del momento esecutivo (art. 118, c. 4 Cost.), sicché le programmazioni amministrative di attività di interesse generale possono continuare ad esprimere sensibilità specifiche, se si vuole anche politiche. Tutto ciò lascia prospettare un sistema di regolazione a carattere gradualistico, in cui prescrizioni di interesse generale volte ad una conformazione rispettosa delle libertà sociali di un sistema pluralista possano convivere con altre, più invasive anzitutto nei contenuti, prescelte per inverare peculiari programmi pubblici. Queste due dimensioni delle potestà pubbliche presentano evidenti punti di contatto, risultando comune ad entrambe la facoltà di beneficiare di forme di sostegno e l'indole libertaria data dalla autonomia organizzativa di singoli e loro raggruppamenti. I meccanismi ascensionali della sussidiarietà orizzontale (anche nella versione accolta all'art. 118 Cost.) dovrebbero, ove ne ricorresse il caso, interessare solo il secondo tipo di regolazione, fermo restando che le politiche sociali liberamente espresse attraverso queste misure non dovrebbero al contempo poter mai, in fatto o diritto, rendere impraticabile il regime di libertà sociali ascrivibile al pluralismo costituzionale, confermando – in prospettiva, però, ben diversa rispetto al passato – un'organizzazione dualistica della società⁶².

62 Per parte della dottrina, di contro, con sfumature di posizioni, l'originario dualismo non sarebbe stato intaccato, *cf.* D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 83: “secondo l'orientamento che tende a prevalere in dottrina, nei settori speciali il principio di sussidiarietà non potrebbe smentire il principio pluralistico, limitandosi a richiedere un adeguato bilanciamento dell'iniziativa

Emerge, così, quanto complessa possa essere – già solo metodologicamente - l'operazione di costruzione dell'ordinamento alla luce dell'art. 118 Cost., avvinto tra le maglie delle libertà (anzitutto, artt. 2 e 3 Cost.)⁶³ ed il tributo, in ogni caso costituzionalmente imprescindibile, all'autonoma iniziativa dei cittadini (c. 4, art. 118 Cost.), doveroso anche nei luoghi in cui, preservata la libertà del pluralismo sociale, l'amministrazione gode di più ampi margini di visione e programmazione⁶⁴.

2.3. Co-programmazione e co-progettazione quali forme di partecipazione costituzionalmente necessitate

In questo contesto, così innegabilmente intriso di libertà e autonomia, deve allora chiedersi se possa accordarsi un qualche significato giuridico specifico a forme di partecipazione dei cittadini alla definizione dei programmi di interesse generale e alla susseguente loro più specifica progettazione. Tanto si ritiene di dover fare incaricandosi anche della questione della possibilità di configurare co-programmazione e co-progettazione quali momenti di un processo decisionale comunque autoritativo⁶⁵, ovvero – più fedelmente rispetto alla loro

pubblica e privata, così da garantire la libertà d'iniziativa, il diritto di scelta degli utenti e la limitazione dello spreco di risorse pubbliche”.

63 Cfr. D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 36: “*si tratta di libertà sociali che non sono riconducibili né allo Stato né al mercato, bensì a quelle forme di solidarietà che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico e riconosciute alla stessa maniera in cui vengono riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale*”.

64 Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 29: “*È, infatti, ragionevole ritenere che, in un sistema che accolga il principio di sussidiarietà orizzontale, si richieda anche una graduazione attentamente calibrata delle azioni che lo stesso pubblico è legittimato a porre in essere, per rapportarsi sussidiariamente al privato: potendosi ammettere il ricorso a mezzi più forti ed intrusivi, solo negli ambiti e nei casi in cui una strumentazione soft non sarebbe adeguata*”.

65 E' questa la prospettiva che parrebbe sviluppata in V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, cit., p. 189 ss.: “*L'apporto volontario dei cittadini, spesso depositari di importanti informazioni sulla natura dei luoghi, non acquisibili altrimenti o altrettanto rapidamente dall'amministrazione, appare prezioso in una prospettiva di affiancamento nell'esercizio di poteri che rimangono comunque, per loro natura, autoritativi. Gli stessi accordi di fiume del resto vengono approvati con un provvedimento. L'ottimale gestione e preservazione della risorsa idrica, in particolare delle aree fluviali, nonché la protezione del paesaggio, a causa della estrema frantumazione degli interessi e dei poteri coinvolti, necessita, in via integrativa, si ripete, dell'apporto collaborativo dei cittadini, i quali se responsabilizzati possono fare molto, anche in termini di vigilanza per la preservazione di tali ambiti, esercitando una sorta di controllo diffuso sulla risorsa (sentinelle ambientali)*”.

etimologia - quali forme di amministrazione effettivamente condivisa, da svolgersi, per qualche ragione, attraverso moduli convenzionali.

Ciò che, però, si intende vagliare prioritariamente è se l'incontro tra amministrazione e autonomia che l'art. 118 Cost. propone generi – quali che siano - momenti costituzionalmente non rinunciabili di dialogo. È ben noto, a tal riguardo, che la scelta fatta propria dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 sia quella di circoscrivere la partecipazione, che pur si è voluto qualificare come livello essenziale di prestazioni (art. 117, c. 2, lett. m) Cost.), ai soli provvedimenti terminali dell'azione amministrativa, disponendo a tutt'oggi l'art. 13 che le previsioni del III capo (quello dedicato proprio alla partecipazione) non trovano applicazione nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (ferme le particolari norme che ne regolano la formazione). Si è visto, peraltro, che lo stesso art. 118, c. 1 Cost., se isolatamente considerato, presenti un impianto del tutto tradizionale per ciò che attiene all'esercizio delle funzioni amministrative, ascritte a riserva di Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato. Una medesima prospettiva si potrebbe essere indotti a ricavare addirittura proprio dal c. 4, dell'art. 118 Cost. una volta che ci si concentri sull'obbligo posto a carico delle amministrazioni di favorire la ricostruzione dell'ordinamento su base sussidiaria.

Accade, però, e lo si è già posto in luce in precedenza, che le funzioni di programmazione e progettazione in tema di attività di interesse generale intersechino vuoi lo statuto generale di pluralismo sociale di cui è permeata l'intera Carta costituzionale⁶⁶, vuoi l'autonoma iniziativa dei cittadini del c. 4, dell'art. 118 Cost.⁶⁷, sicché – vien da chiedersi - in che misura l'organizzazione delle at-

⁶⁶ Cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2020, p. 553.

⁶⁷ Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 57: “Dunque, seppure la cura concreta degli interessi generali rimane sempre formalmente in capo alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, tuttavia il contenuto sostanziale della decisione può essere compartecipato o determinato da un'organizzazione di tipo privatistico strutturalmente estranea all'organizzazione pubblica, ma comunque intervenuta nel

tività di interesse generale possa realmente riflettere, come di fatto la Costituzione pretende, siffatta complessità e ricchezza, senza che l'amministrazione di turno – proprio nel momento della individuazione dei bisogni e della selezione dei mezzi rispetto agli obiettivi - si sia garantita e abbia garantito la partecipazione dei cittadini alla costruzione di programmi e progetti⁶⁸. Non può darsi – se ne è convinti - altra alternativa al dialogo procedimentale⁶⁹, l'unico in grado di assicurare quel livello di approfondimento e pertinenza delle soluzioni (doveroso in un'indagine destinata alla allocazione di competenze alla luce della logica dell'adeguatezza) che solo con la compartecipazione dei cittadini si può mirare ad ottenere, specie considerando che dette soluzioni devono basilarmente costituire la risultanza dell'autonomo apporto delle iniziative offerte dalla società (le amministrazioni favoriscono l'“*autonoma iniziativa dei cittadini*”, recita l'art. 118, c. 4 Cost.⁷⁰. Allo stesso tempo, la crucialità del dialogo emerge anche dal fatto che, come si è visto, la sussidiarietà è costruzione dal basso e l'avocazione di competenze esecutive da parte dell'amministrazione sottrazione di queste ai cittadini che ne sono i naturali titolari, sicché la partecipazione ai momenti decisionali in cui siffatta sottrazione potrebbe prodursi costituisce presidio di legalità ed appare, anche da questo profilo, imprescindibile.

procedimento di definizione dell'interesse generale”.

68 Cfr. L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2019, p. 7; P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2017, p. 63; L.R. PERFETTI, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2021, p. 15.

69 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 53: “Il trasferimento di funzioni e di servizi alle collettività territoriali in forza della sussidiarietà verticale costringe gli enti territoriali a coinvolgere singoli e formazioni sociali nel pensare e realizzare nuove forme di risposte locali ai bisogni del territorio e, conseguentemente, a creare strutture organizzative a geometria variabile con compiti assegnati ad enti pubblici o a questi ultimi in collaborazione con formazioni sociali oppure integralmente attribuiti a formazioni sociali”.

70 Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “Gli ETS, in quanto rappresentanti della “società solidale”, del resto, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno””.

Alla luce di tutto ciò, non risulta affatto peregrino parlare di co-progettazione e co-programmazione (quale che sia il significato specifico – che andrà perlustrato - da attribuire a ciascuna di queste espressioni) come di strumenti costituzionalmente necessitati di esercizio della funzione amministrativa in materia di attività di interesse generale. Ciò a maggior ragione – ma a patto di non minimizzare l'importanza delle funzioni amministrative di controllo – alla luce di quelle indicazioni in tema di amministrazione condivisa ai sensi dell'art. 118, c. 4 Cost. che evidenziano che il senso più profondo dell'innovazione costituzionale sia quello del superamento del concetto dell'idea di pubblico e privato quali controparti in ontologica divergenza di posizioni, perché la Costituzione, assegnando la cura degli interessi generali non più solo alla pubblica amministrazione, evidentemente configura – raccogliendola dalla società (art. 2 e 3 Cost.) – la possibilità di una convergenza di sensibilità, passioni ed interessi, che supera ogni prospettiva conflittuale, fino ad impedire di pensare, per la disciplina dei rapporti, al tradizionale schema sinallagmatico⁷¹.

2.4. Corollari e specificazioni (sulla legge generale sul procedimento; sullo spazio applicativo dell'art. 118, c. 4 Cost., sulla sindacabilità delle scelte in materia di sussidiarietà)

Queste considerazioni portano con se corollari e specificazioni, che si ritiene opportuno segnalare nella prospettiva di aprire poi le riflessioni sul Codice del Terzo Settore.

Anzitutto, esse mettono in dubbio la perdurante legittimità della scelta effettuata all'art. 13 della l. 7 agosto 1990, n. 241 perché, nei termini in cui la si

⁷¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 25: "E si modifica anche la posizione del terzo, nel senso che il suo interesse (quello che rileva alla stregua dell'ordinamento) non è più, come nei modelli dell'amministrazione tradizionale (anzi, per definizione non è, e non può essere), solo un interesse di natura economico-patrimoniale o comunque di difesa legittima di posizioni individuali; ma in questo tipo di rapporti diventa un interesse che viene a coincidere con l'interesse, la cui cura concreta sarebbe per definizione di competenza dei pubblici poteri. Pertanto, il rapporto che si instaura con l'amministrazione, a differenza che negli altri modelli di amministrazione (nella sede procedimentale secondo il primo modello, nella sede negoziale, secondo gli altri modelli di cui s'è detto), non è più un rapporto di carattere sinallagmatico"; D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 37.

è osservata, la programmazione delle attività di interesse generale deve essere necessariamente partecipata, configurando livello essenziale di prestazioni⁷² e ciò per ragioni non dissimili da quelle che così qualificano la partecipazione procedimentale ai sensi della legge sul procedimento amministrativo. Maturano al momento della programmazione decisioni che possono incidere direttamente su prerogative costituzionali che riguardano i cittadini (avocazione delle attività di interesse generale verso un superiore livello amministrativo), senza mancare di rimarcare nuovamente che la completezza delle ricostruzioni, a fronte di un sistema che deve mirare alla valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini, non può prescindere dall'apporto di questi⁷³.

Sempre nell'ottica di interessarsi poi ad alcune scelte contenute nel Codice del Terzo settore, si aggiunge che il testo costituzionale costruisce il compito pubblico di favorire la presenza autonoma dei cittadini nei servizi di interesse generale in via indiscriminata, oltretutto senza alcuna differenziazione tra categorie di cittadini e nemmeno tra modelli organizzativi⁷⁴, sicché – per quanto il

72 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “la stessa eguaglianza sostanziale, prescritta dalla Costituzione, non può più essere perseguita attraverso l'uniformità di modelli organizzativi fondati sulla supremazia gerarchica come garanzia di trattamenti giuridici uniformi, ma va ricostruita sul parametro dei livelli essenziali delle prestazioni”.

73 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 62: “Invero, la sussidiarietà orizzontale, inestricabilmente connessa con il più prossimo livello territoriale in forza della sussidiarietà verticale, indica una nuova modalità con cui le amministrazioni debbono curare gli interessi generali. In un contesto sociale che ha subito un'evoluzione epocale, cambiano le modalità di soddisfare gli interessi generali ed i bisogni individuali: le amministrazioni non sono più quelle che insegnano, secondo una regola predeterminata dalla norma, le modalità di realizzazione degli interessi, ma sono anche amministrazioni che apprendono, dal contesto sociale in cui agiscono, le modalità specifiche con cui produrre l'interesse pubblico, interagendo con i soggetti sociali per la cura di beni di interesse comune”.

74 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “Ciò non significa relegare il principio di sussidiarietà orizzontale nel limbo delle attività non profit, utili solo a garantire servizi in settori non remunerativi. La dottrina, infatti, ha ben rilevato come si possa far riferimento alla sussidiarietà orizzontale in tutte quelle ipotesi in cui le amministrazioni pubbliche sviluppano con le imprese rapporti di collaborazione, al fine di ottenere da esse prestazioni aggiuntive come conseguenza del sostegno ricevuto dalle amministrazioni. Questo modello, definito come cooperazione sussidiaria, spiega bene la rilevanza del modello sussidiario non limitato alle sole attività di volontariato, ma esteso anche ai rapporti remunerativi. La cittadinanza societaria non si limita, perciò, ad una terza via (il privato sociale) tra Stato e mercato, ma individua una nuova modalità della società attuale, che fornisce al giurista un'utile chiave di lettura di fenomeni non più interpretabili alla luce della dicotomia pubblico/privato o meglio della contrapposizione tra istituzioni pubbliche e società”.

tema riscontri in dottrina diversità di opinioni⁷⁵ – la partecipazione ai momenti della co-decisione parrebbe assicurata in Costituzione tanto agli operatori con impostazione lucrativa che a quelli non curanti del profitto.

Vi è poi da svolgere un ulteriore rilievo, una volta premesso che le seguenti considerazioni attengono precipuamente alla dimensione amministrativa del tema della sussidiarietà, per quanto molte tra queste – al netto dei profili formali di gerarchia dell'ordinamento – parrebbero comuni anche a quella legislativa. È opinione comune quella per cui la decisione in ordine alla opportunità di attrarre a livello di pubbliche amministrazioni l'erogazione di attività di interesse generale, oltre che basata su valutazioni non certamente solo economiche⁷⁶, sarebbe esposta a tante e tali variabili da configurarsi come momento sostanzialmente politico, come tale non sindacabile⁷⁷. Si è visto, tuttavia, che per quanto la decisione attorno ai contenuti delle attività di interesse generale e a chi sia il soggetto più adeguato a prenderle in cura si presti a riflettere disparate sensibilità in nome del principio democratico, deve necessariamente fondarsi su di una convinzione di inadeguatezza dei cittadini a farsene carico; un siffatto giudizio, onde non riflettersi in una mera decisione ideologica, con ciò esautorando lo stesso significato di compito che la Costituzione ha impresso nell'art. 118, non può prescindere da un'apposita istruttoria basata su fatti, riscontri e verifiche dettagliate in ordine alla sussistenza di un'offerta privata – se del caso

⁷⁵ Per una compiuto ricostruzione del dibattito, D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 75 ss..

⁷⁶ Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 18: “Deve, in particolare, sottolinearsi che la maggiore o minore adeguatezza non va misurata in termini esclusivamente economici o di efficienza. Parametri del genere, infatti, se possono essere idonei allo scopo in certi casi (quando si tratti – ad esempio – di verificare la convenienza, o meno, della creazione di una tipografia comunale o di un'impresa pubblica di trasporto), risultano manifestamente inadeguati, ove nel giudizio debbano entrare altre variabili. Si pensi – per mantenerci nell'ambito dei rapporti Stato - mercato – a quelle esigenze di garanzia rispetto alle quali non è indifferente la natura del soggetto erogatore del servizio, come – ad esempio –: la garanzia dell'universalità della tutela del diritto alla salute, quella dell'imparzialità delle forze dell'ordine, la garanzia delle libertà d'insegnamento e di ricerca in ambito universitario”.

⁷⁷ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 29: “alla fin fine ogni decisione è politica e spetta alla maggioranza del momento (con scarse o nulle possibilità di riconsiderazione da parte dei giudici, Corte costituzionale compresa)”.

da sussidiare – in grado di soddisfare appropriatamente le aspettative dell'amministrazione⁷⁸.

Questo agire, amministrativo quanto a provenienza soggettiva, amministrativo – come si è provato a dire - nelle forme procedimentali e inevitabilmente motivato⁷⁹, presenta le sembianze tipiche della decisione discrezionale⁸⁰, come tale sempre verificabile in giudizio⁸¹ da chi ne abbia interesse, in nome – si direbbe oggi per stare al lessico più in voga – della *full jurisdiction*, che impone un metodo di verifica *point by point*, contro ogni *ipse dixit* dell'amministrazione⁸². Il contraltare di questa impostazione è che già in Costituzione può essere rintracciata una posizione soggettiva a valenza giuridica in capo ai cittadini ad agi-

78 Cfr. G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in *www.astrid-online.it*, 2008, p. 20; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni, garanzie*, Bologna, 2013, p. 377 ss..

79 Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 48: “Come si vede, in questo modo sia le leggi, sia gli atti amministrativi, come conseguenza del principio di sussidiarietà orizzontale, quando vertono su attività assistenziali, debbono essere motivati in modo adeguato per gli aspetti sopra indicati, e giudicati illegittimi se la motivazione manca, oppure è insufficiente, o basata su dati erronei. La discrezionalità sia del legislatore che della pubblica amministrazione viene drasticamente delimitata e orientata”.

80 Cfr. L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 635 ss..

81 Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà – ma con precipua attenzione a quello verticale - si veda M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 298 ss.: “Ebbene, in proposito, va senz'altro riconosciuto che svolgere detto sindacato significa sottoporre a scrutinio scelte amministrative – quelle di allocazione delle funzioni amministrative – che, come si è già rilevato, sono spesso caratterizzate da ampie profili di discrezionalità e che, in ogni caso, per loro natura, presentano sempre un nucleo essenziale e insopprimibile di merito politico. Quanto appena osservato non toglie di certo, però, che tali scelte siano sindacabili; e ciò [...] con la possibilità, per il giudice, non soltanto di censurare le violazioni palesi e macroscopiche dei principi considerati, ma anche di effettuare un vaglio più incisivo, benché pur sempre “estrinseco”, sull'applicazione dei medesimi principi, condotto utilizzando i parametri della ragionevolezza e della proporzionalità”. Detto brano è riferito al sindacato sulle leggi, laddove sul tema del sindacato sulle decisioni amministrative – e si ritiene sotto il profilo della sussidiarietà orizzontale – si vedano le pp. 304-305.

82 Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 1057; ID., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013. Cfr. F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, p. 141 ss.; L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction*, cit., p. 405 ss.. Non si prescinde da M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, p. 267 ss.; ID., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569 ss..

re in giudizio per sottoporre a controllo, al ricorrere ovviamente di un interesse attuale e concreto, la qualità delle scelte assunte dalle amministrazioni⁸³.

2.5. Ulteriori specificazioni

Si avverte, infine, la necessità di due ulteriori specificazioni.

La prima consiste in ciò che le formule di co-decisione configurano momenti necessitati dell'azione amministrativa in materia di attività di interesse generale eppure non sembra che da tale loro dimensione costituzionale possa anche discendere l'idea che il coinvolgimento dei cittadini alle decisioni che vada al di là della partecipazione stessa, per quanto da svolgersi in vista di obiettivi del tutto peculiari. L'istruttoria procedimentale volta alla regolazione delle attività di interesse generale mira costituzionalmente alla valorizzazione dell'autonomia iniziativa dei cittadini su base sussidiaria e sottintende l'idea che l'interesse pubblico (a partire dalla stessa possibilità che l'esercizio delle attività si confermi quale competenza dei cittadini) si sveli attraverso una circostanziata indagine sulle capacità che la società offre di inverare le intenzioni programmatiche delle amministrazioni; cionondimeno la funzione programmatica in materia rimane – come in più punti osservato - assegnata alle amministrazioni (art. 118, c. 1 Cost.)⁸⁴, sebbene con il computo precipuo di favorire i cittadini (art. 118, c. 4 Cost.). Alla luce di ciò, e pur consapevoli di quanto il modello della

83 Sulla legittimazione nel processo amministrativo di legittimità, non si prescinda da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019, *passim*; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale, Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, *passim*. Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, 2020. Non si prescinda nemmeno da G. TROPEA, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2021, p. 319 ss.; L. FERRARA – F. ORSO, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, p. 717 ss..

84 Cfr. V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, cit., p. 188 ss.: “La loro natura di beni a “demanialità custodiale”, nel senso indicato dalla migliore dottrina citata nel presente lavoro, presuppone per lo più l'utilizzo di poteri autoritativi -si pensi ad es. all'esercizio della tutela in via amministrativa dei beni demaniali-che ben potrebbero essere integrati, ma non certo sostituiti, dall'intervento dei privati in applicazione del principio di sussidiarietà”.

amministrazione condivisa, specie in settori non lucrativi, costituisca volano e invero di rinnovate visioni nei rapporti tra cittadini e amministrazione⁸⁵ (il punto verrà ripreso e specificato nel seguito⁸⁶), non si ritiene che le posizioni giuridiche soggettive riconosciute ai cittadini in tema di sussidiarietà debbano essere concepite, sotto il profilo considerato, ad una stregua diversa rispetto alla generalità delle altre, allorché interessate da un episodio di esercizio del potere amministrativo (ovverosia quali posizioni suscettibili di subire soccombente a fronte di una decisione amministrativa che può assumere vesti unilaterali).

In secondo luogo, va considerato, specie perché molte delle cose che si evidenzieranno si ritroveranno nella disamina degli artt. 55 ss. del Codice del Terzo settore, che il dialogo tra amministrazioni e cittadini nei settori di interesse generale presenta livelli di interazione e approfondimento differente, sostanzialmente riconducibili – mutuando proprio la sistematica del Terzo Settore - a co-programmazione e co-progettazione (ovviamente tenendo in disparte l'eventualità che il settore delle attività di interesse generale venga conformato alla logica della sussidiarietà più pura, attraverso la minimalizzazione del diritto amministrativo agli schemi basilari delle semplici autorizzatori o delle segnalazioni certificate). Al riguardo, non si è mancato di rilevare che nessuno di questi momenti avrebbe realmente a che fare con la sussidiarietà orizzontale, se immaginata proprio come ritrazione dei regimi di diritto amministrativo in favore delle libertà sociali⁸⁷. Se questo è vero, pare del pari corretto rimarcare che co-

85 Quest'ultima pare la convinzione rinvenibile in R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 160: “Tale impostazione, assunta dalle Linee guida, non pare condivisibile, non solo nella misura in cui relega la co-progettazione a mera fase sub-procedimentale, esautorata dell'autonomia faticosamente conquistata con il Codice del Terzo settore, ma soprattutto perché svilisce la natura collaborativa dell'istituto, disperdendone le potenzialità all'interno di un rapporto procedimentale autoritativo e certamente non paritario”. Fin da subito, per una impostazione sistematica del più intimo significato dell'espressione “amministrazione condivisa”, non si prescinde da G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA - M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, 2022, p. 1 ss..

86 Fin da ora cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 32: “La posizione del terzo non è più la posizione di colui che difende interessi propri, ma di colui che partecipa, collabora, nell'elaborazione, in concreto, dell'interesse generale”.

87 Con riferimento alla co-programmazione cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, p. 5: “La partecipazione dei privati all'elaborazione degli atti di programmazione — che nella rappresentazione dei teorici concilierebbe il carattere autoritativo delle decisioni

programmazione e co-progettazione rispondano allo schema costituzionale di distribuire nella società l'esercizio di attività di interesse generale nella misura in cui il loro utilizzo effettivamente si diriga – come Costituzione impone - verso la valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini⁸⁸. Ciò perché – a ben vedere – quella autonomia pare suscettibile di inverarsi anche mediante il ricorso a strumenti tradizionali del dialogo pubblico-privato, grazie ad una certa qual duttilità delle forme giuridiche, che non precludono l'elaborazione di contenuti conformi agli obiettivi costituzionali. Si è visto, in particolare, che nulla osti e che anzi la Costituzione suggerisca di continuare a configurare la co-programmazione secondo i tratti tipici delle attività unilaterali dell'amministrazione, una volta che si sia rimarcata l'essenzialità della partecipazione procedimentale da parte dei cittadini fin da questo momento e proprio al fine di far emergere il loro apporto costruttivo libero e autonomo. Lo stesso dicasi per la co-progettazione sia pur da altra prospettiva. Al riguardo mette conto considerare che l'indagine sulla progettazione delle attività di interesse generale potrebbe, in astratto, sempre chiudersi con la decisione di trattenere direttamente in capo alla pubblica amministrazione l'erogazione di prestazioni di interesse generale; concettualmente, nulla osta a che il settore considerato venga liberalizzato, ogniquale volta la risposta della società agli interessi dell'amministrazione sia risultata nel complesso adeguata. Allorquando, però, ciò non sia, e le amministrazioni – cui resta imputata la funzione di regolazione degli interessi generali – vogliano assicurarsi il raggiungimento di determinati obiettivi, allora lo schema prediletto non potrà che esser quello della stipula di accordi, secondo la logica dell'approvvigionamento di servizi. In quest'ottica, può immaginarsi uno spa-

in materia di servizi pubblici con le istanze della sussidiarietà — soddisfa l'esigenza di carattere generale che gli interessati intervengano nei processi decisionali che li riguardano, ma non trasforma il rapporto tra i poteri pubblici e i privati in una relazione di sussidiarietà”.

⁸⁸ Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 53: “La varietà di attuazione del principio di sussidiarietà dimostra come esso sia strettamente legato alla visione comunitarista della nostra Costituzione. Lo scopo della sussidiarietà è consentire alla persona, organizzata nelle formazioni sociali intermedie, di partecipare alla vita sociale, esplicitando i bisogni personali e cercando di darvi una risposta in termini di servizi alla collettività”.

zio di amministrazione condivisa, a patto che lo schema negoziale non ripieghi verso il mero appalto ma acceda ad una delle forme del partenariato pubblico privato in cui la convenzione stipulata tra le parti sia il frutto di stimoli e prospettive sociali provenienti dalla società e la sua regolazione operativa rifletta l'autonoma iniziativa di questa⁸⁹.

Ciò, invero, al di là di ogni enfattizzazione circa l'indiscutibile valore sinergico e di collaborazione che – nelle sinergie non lucrative – la sussidiarietà genererebbe, a fronte della propensione, che pare ugualmente non discutibile, a generare posizioni corporative e categoriali anche nei settori a più naturale impatto sociale, per contrastare le quali è necessario rimarcare l'indispensabilità di amministrazioni capaci di verifiche e controlli, a partire ovviamente dall'adempimento delle obbligazioni dedotte in convenzione⁹⁰.

3. Forme di amministrazione condivisa nel Codice del Terzo Settore. Introduzione

L'art. 55 del Codice del Terzo settore annovera tra gli strumenti di dialogo tra amministrazioni e enti *no profit* gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione. Si tratta di figure comunemente ascritte al modello della “*amministrazione condivisa*”⁹¹. È un fatto, in ogni caso, che il coinvolgimento degli enti del Terzo settore non risulta limitato alla mera erogazione di attività di in-

⁸⁹ Così ma con specifico riguardo alla co-progettazione *cf.* R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 166: “La co-progettazione rappresenta un “luogo” – in senso astratto e giuridico – ed un “momento” – in senso procedimentale – di costruzione ed eventualmente realizzazione degli interventi sociali, improntato sul dialogo e sul confronto sinergico tra amministrazione ed enti del Terzo settore, attraverso la messa in comune di idee e di risorse (economiche, umane e materiali). [...] L'istituto de quo, ponendosi in un momento antecedente all'esecuzione delle prestazioni, rappresenta uno strumento di coproduzione “dal basso” dei servizi, che supera il tradizionale rapporto pubblico-privato fondato sulla dinamica committenza/fornitura in favore di una relazione paritaria tra i partners idonea a valorizzare le capacità, l'esperienza e le sensibilità degli enti del Terzo settore per l'individuazione e la realizzazione di interventi innovativi e personalizzati?”.

⁹⁰ *Cfr.* G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi*, cit., p. 97: “Non è chi non veda infatti – già lo si ricordava – come in tutti questi anni la dialettica sociale espressa dal dispiegarsi delle esigenze della partecipazione abbia finito per mettere in rilievo anche la dimensione individualistico-egoistica della partecipazione stessa, producendo l'irrigidimento delle posizioni corporative e categoriali, così da fare spesso della nostra società una società bloccata nei suoi essenziali meccanismi di aggregazione, di coordinamento e di trasformazione?”.

⁹¹ *Cfr.* D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 443, anche per l'ampio richiamo bibliografico.

teresse generale, perché questi ultimi sono chiamati ad un ruolo attivo fin dal momento della definizione dei programmi e dei progetti.

Prima di precisare in che cosa effettivamente si traduca questa compartecipazione, mette conto osservare che l'art. 56 affianca a co-programmazione e co-progettazione la figura della convenzione, che per espressa previsione normativa non è aperta a tutti gli enti del Terzo settore ma alle sole organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale. L'art. 57 regola una ipotesi specifica di convenzione, relativa al servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

La conformazione data dal legislatore a queste due ultime figure le rende, almeno apparentemente, meno interessanti ad una indagine in materia di amministrazione condivisa, perché le sembianze delle convenzioni sembrano richiamare schemi negoziali in cui è l'amministrazione che individua i bisogni ed i propri interessi, senza un apporto costruttivo dei privati, chiamati unicamente ad erogare le prestazioni richieste. Alla luce del quadro normativo che emerge dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. 117/2017 nemmeno parrebbe sufficiente a consentire posizioni differenti la previsione del c. 1 dell'art. 57 che pur evidenzia che l'affidamento diretto deve garantire l'effettiva contribuzione a una finalità sociale e il perseguimento degli obiettivi di solidarietà, troppo timida risultando siffatta dicitura, considerata l'ambivalenza del testo che, nel complesso, si presta a significati che poco hanno a che vedere con l'idea di una fattiva compartecipazione alla costruzione di programmi di interesse generale. Ovviamente, nulla esclude – anzitutto perché non si rinvergono preclusioni espresse ma soprattutto perché l'art. 118, c. 4 Cost. fornisce un chiaro indirizzo di favore verso la valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini – che siffatti istituti, sia pur strutturati secondo i canoni usuali dell'approvvigionamento esterno di prestazioni, possano essere modellati all'uso dell'amministrazione condivisa, ovvero sia attraverso il coinvolgimento degli enti volta a volta legittimati fin dalla fase della programmazione delle necessità e degli obiettivi. Ove rivisti in

questa prospettiva, i due istituti pongono tematiche non dissimili da quelle che si intendono perlustrare trattando di co-programmazione e co-progettazione.

Nel muovere in tale direzione, pare necessario considerare evidentemente densa di significati la circostanza che l'art. 55, nell'assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore nelle attività di co-programmazione e co-progettazione, esordisca proprio con il richiamo al principio di sussidiarietà (oltre e significativamente, come si vedrà, ad altri principi). La norma, invero, non richiama espressamente l'autonoma iniziativa dei cittadini dell'art. 118, c. 4 Cost. eppure al binomio principio di sussidiarietà-coinvolgimento attivo contenuto nell'art. 55 può esser attribuita con sufficiente certezza quella matrice costituzionale. Se questo è corretto, si tratta allora di calare nel contesto di interesse molte delle riflessioni innanzi svolte circa la dimensione costituzionale della sussidiarietà, con l'obiettivo specifico di individuare in che modo e con quali peculiarità questa risulti invertebrata nell'ordinamento del Terzo settore e di comprendere, in particolare, in quale misura, alla luce delle scelte contenute nelle norme sotto esame, possa – come non pare dubitabile – effettivamente parlarsi per co-programmazione e co-progettazione di amministrazione condivisa⁹².

Aleggia, però, su questa impostazione il peso della questione dell'effettiva volontà del legislatore di fare della co-programmazione e co-progettazione una forma di amministrazione condivisa riservata unicamente agli enti del Terzo settore⁹³. È ben comprensibile che una spiegazione soddisfacente – che risulterebbe

⁹² Cfr. Corte Cost., 15 marzo 2022, n. 72: *“In particolare, i tratti caratterizzanti del sistema degli ETS sono il perseguimento del bene comune (art. 1), lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 5) senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), la soggezione a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (artt. da 90 a 97). Ciò radica tale sistema in una dimensione che attiene ai principi fondamentali della nostra Costituzione, in quanto espressione di un pluralismo sociale rivolto a perseguire la solidarietà che l'art. 2 Cost. pone «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico» (sentenza n. 75 del 1992) e a concorrere all'«eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione» (sentenza n. 500 del 1993). Proprio in quanto tale, questo sistema è valorizzato ai sensi del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, Cost., fino a dar vita, nell'art. 55 cod. terzo settore, a un modello di «amministrazione condivisa» tra gli ETS e le pubbliche amministrazioni (sentenza n. 131 del 2020)”*.

⁹³ Problematicamente D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 384: *“Si delinea così il fondamentale problema che attraversa l'intera disciplina degli affidamenti di servizi sociali, ossia l'individuazione di un punto di equilibrio tra il principio di non discriminazione e parità di trattamento tra tutti gli operatori economici europei [...] e l'esigenza di conservare un ruolo centrale al Terzo settore nella*

evidentemente autoreferenziale - non può essere individuata nel fatto che i due istituti sono presi in considerazione nel contesto del Codice del Terzo settore, come tale dedicato alla disciplina delle relative formazioni sociali. La tematica merita, piuttosto, un approfondimento, volto proprio a verificare se effettivamente si ritrovino delle ragioni specifiche, memori del fatto che la Costituzione, di per sé, al netto dell'imparzialità dell'art. 97 Cost., nell'affidare il compito di favorire i cittadini nelle attività di interesse generale, non distingue tra finalità lucrative e non lucrative, né individua formazioni sociali privilegiate; di contro, nel Codice del Terzo settore la scelta della riserva verso gli enti *no profit* dettamente elencati risulta chiara⁹⁴ e così, invero, viene intesa in dottrina⁹⁵.

Cionondimeno in questa sede, nel rinviare all'analisi specifica di ciascuna figura, pare sufficiente definire meglio le questioni e, dunque, precisare che occorrerà appurare se il Codice del Terzo settore ponga *ex lege* una riserva di dialogo (in sede di co-programmazione) e di attribuzione di incarichi specifici (in occasione della co-progettazione) in favore dei suoi enti ovvero se configuri una preferenza, a patto che ciò legittimo sia, o ancora una mera eventualità discrezionale cui le pubbliche amministrazioni possano ricorrere. Ciò fermo restando che in occasione della attribuzione di incarichi specifici, il tema assume una connotazione non solo costituzionale ma anche di diritto dell'Unione, perché detti affidamenti sono interessati dalla questione della applicabilità delle norme europee sulla evidenza pubblica.

Prima di affrontare siffatte questioni mette solo conto di rammentare che, per l'art. 55 d.lgs. 117/2017, la co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da

fornitura dei menzionati servizi, dall'altro”.

94 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 447: “Nel complesso, dunque, la riserva agli ETS della facoltà di partecipare ai procedimenti di co-programmazione e co-progettazione può trovare ragionevole fondamento nella peculiare disciplina applicabile agli stessi, che garantisce la stabilità dell'impegno verso il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, ossia verso la realizzazione del progetto costituzionale di trasformazione sociale”.

95 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 456: “Il legislatore delinea una procedura comparativa riservata agli enti del Terzo settore”. Così in giurisprudenza: Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208.

soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili, mentre la co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti in sede di programmazione.

3.1. La co-programmazione tra riserva no profit, parità di trattamento, completezza dell'istruttoria e sussidiarietà

In precedenza, si sono esplicitate le ragioni che portano a ritenere che le norme costituzionali non riservino ai soli enti *no profit* le previsioni in materia di sussidiarietà orizzontale e che, piuttosto, senza limitazioni di carattere soggettivo, la partecipazione alla formazione degli indirizzi amministrativi relativi alle attività di interesse generale si configuri direttamente quale prerogativa costituzionale. Si è anche posto in evidenza che, in nome del principio democratico, le amministrazioni restano intitolate della possibilità di individuare obiettivi specifici in tema di attività di interesse generale e che, a livello di diritto amministrativo, tale facoltà configura esercizio di discrezionalità. L'art. 55 del Codice del Terzo settore, a propria volta, non esordisce richiamando la sola sussidiarietà ma offre all'amministrazione una vasta serie di altri punti di riferimento per guidarla nella programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di interesse generale (cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare).

Il c. 1 dell'art. 55, tuttavia, assicura la partecipazione alla co-programmazione unicamente agli enti del Terzo settore.

Fosse questo il significato ultimativamente attribuibile alla disposizione, si tratterebbe di una soluzione costituzionalmente poco spiegabile, specie se riletta alla luce delle dinamiche operative che il testo dell'art. 55 sollecita in materia di co-programmazione. L'istruttoria da svolgersi in sede di programmazione

dovrebbe aspirare al massimo della completezza possibile perché è in quella sede che si decide non solo in ordine ai bisogni da soddisfare ed ai relativi standard (in nome del principio democratico e della riserva di funzione amministrativa anche in materia di programmazione - art. 118, c. 1 Cost.) ma soprattutto perché – in nome del principio di sussidiarietà (espressamente richiamato *ab incipit* dall'art. 55) – è lì che si valuta anche l'adeguatezza della scelta di trattenere in capo alla società civile una determinata attività di interesse generale ovvero di avocarla al governo dell'amministrazione pubblica competente. L'istruttoria della fase di programmazione potrebbe portare l'amministrazione a ritenere non adeguata la scelta di regolare una specifica attività di interesse generale secondo la logica dell'affidamento ad enti *no profit*, allorquando – esemplificativamente - i fatti, sia pur nella loro fisiologica ambivalenza ricostruttiva, abbiano dimostrato che le compagini presenti (sul territorio o nello specifico segmento considerato) non siano in grado, per dimensione, organizzazione o esperienza, di assicurare i livelli che l'amministrazione intende raggiungere e che un supporto, anche economico, pur immaginato in loro favore, risulterebbe insostenibile o, con buona probabilità, inefficace⁹⁶. Per giungere a simili conclusioni, tuttavia, l'eshaustività delle conoscenze diviene dirimente. D'altronde, l'art. 55 non contempla alcun meccanismo ascensionale obbligatorio verso gestioni amministrative in senso soggettivo una volta che si sia appurata l'inadeguatezza di solu-

⁹⁶ Per un'attenta e più disamina di quella prospettata nel testo dei profili economici connessi alla ricostruzione della società in senso orizzontale, quale volano di sinergie tra pubblico e privato, non si prescinda da M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, cit., 2022, p. 105: “L'esigenza di trovare sostegno nel terzo settore, creando un'amministrazione condivisa, in cui le parti sociali possano agire con lo scopo di rendere più fruibili e meno difficilmente finanziabili i servizi, si traduce proprio nell'intento di perseguire una equità sociale intergenerazionale, mai raggiunta dalle politiche di welfare sostenute negli ultimi decenni. Ed infatti, come accennato in precedenza, il sistema di welfare misto (in cui pubblico e privato cooperano per l'erogazione dei servizi sociali) ha incontrato i descritti limiti dei vincoli di bilancio imposti dalla normativa sovranazionale, ponendo delle problematiche di finanziamento (pubblico) di tali servizi e della qualità di erogazione degli stessi. Come facilmente intuibile, tali contingenze, oltre ad aumentare la spesa sociale, hanno generato uno scompenso di equità tra generazioni in ordine alla sostenibilità della spesa pubblica, finanziata, come detto, dai prelievi fiscali, nella misura in cui, ai giovani, sarebbe toccato ripianare i debiti prodotti dai più anziani. Gli strumenti individuati dal legislatore tentano, dunque, di porre al centro del sistema organizzativo, dei servizi sociali e di assistenza, gli enti del terzo settore, allo scopo di sgravare le amministrazioni dai costi connessi alla gestione di tali servizi e di riequilibrare il rapporto tra efficienza amministrativa ed effettività dei diritti sociali”.

zioni non lucrative, il che evidentemente rende plausibile, ed anzi imposto dalla Costituzione che pone tutti i cittadini sullo stesso piano rispetto alla sussidiarietà, che l'amministrazione perlustri fin da subito ciò che la società può offrire a tutti i livelli e, dunque, anche la convenienza, rispetto ai propri fini, di soluzioni di mercato provenienti dall'autonoma iniziativa dei cittadini che operano in regime di profitto. In questa prospettiva, è chiaro che non si possono condividere le opinioni espresse in merito dalla Corte Costituzionale⁹⁷, che paiono scontare una visione statica di terzietà rispetto al mercato delle attività di interesse generale e di precauzione verso le finalità di profitto riguardanti queste ultime che si ritiene non così nettamente poste in Costituzione, che nemmeno il Codice del Terzo settore esplicita e che, di contro, dovrebbero essere verificate nell'ambito del giudizio di adeguatezza da svolgersi in sede di programmazione. D'altronde, si deve pur sempre rammentare che uno dei principali precipitati della trasformazione dell'amministrazione in senso sussidiario è la valorizzazione delle funzioni di controllo amministrativo sull'operato delle formazioni sociali.

In quest'ottica, onde non esser indotti laconicamente a lamentare l'incostruzionalità della norma, in quanto contrastante con gli artt. 97 e 118 Cost., può osservarsi che la stessa, nel disciplinare il metodo del procedimento di programmazione, richiama i principi della l. 7 agosto 1990, n. 241 e, tra questi, quelli di efficacia e di imparzialità, i quali possono servire all'uso di porre l'obbligo per l'amministrazione in fase di avvio del procedimento di co-programmazione di perlustrare la sussistenza di enti in regime di profitto idonei ad offrire prospettive di gestione delle attività di interesse generale.

⁹⁷ Si anticipa, però, che secondo Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: *“Agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica. Infatti, la originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall'art. 55 CTS richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva "terzietà" (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano”*.

Spetterà, poi, al momento conclusivo del procedimento di co-programmazione la decisione in merito ai contenuti della programmazione stessa.

In tale prospettiva, va però valutato anche che l'art. 55 esprime un indiscutibile favore verso gli enti privi di finalità lucrative. Sul punto, non può, peraltro, nemmeno trascurarsi che quando il dialogo con questi assume le sembianze di un contratto di interesse per il diritto dell'Unione, è questo stesso che – nei termini stabiliti dalle pertinenti direttive – riconosce regole di pubblica evidenza semplificate, fino alla possibilità, di procedure riservate a specifiche categorie di soggetti (a patto, però, che questa riserva costituisca strumento adeguato e proporzionato per il perseguimento di politiche sociali che i singoli Stati restano intitolati a svolgere⁹⁸).

Le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione offrono spunti di riflessione anche interna. Si è visto, in particolare, che l'impianto del principio di sussidiarietà nel corpo della Carta costituzionale se ha dettato un precipuo ordine organizzativo di favore verso l'autonoma iniziativa dei cittadini⁹⁹, non ha influito sulla prerogativa del legislatore e delle amministrazioni, quali soggetti preposti al governo delle comunità, di esprimere le proprie visioni programmatiche¹⁰⁰; la stessa sussidiarietà – salve le visioni più estreme che riducono lo Stato ad un

98 Cfr. Corte Giust. UE, Sez. V, 6 ottobre 2021, C-598/19: “Ne consegue che l'articolo 20, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 non contiene condizioni tassativamente elencate, ma lascia agli Stati membri la possibilità di adottare condizioni supplementari che gli enti indicati in tale disposizione devono soddisfare per essere autorizzati a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici riservati ai sensi di tale disposizione, purché tali condizioni supplementari contribuiscano a garantire gli obiettivi di politica sociale e di occupazione perseguiti da quest'ultima”. In dottrina, si vedano le considerazioni svolte in D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 454 ss. e 473 ss..

99 Ordine organizzativo che, per parte della dottrina, non avrebbe intaccato l'originario dualismo pubblico-privato: V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 13: “Resta viceversa escluso dal contesto della norma, come s'è accennato, il significato più esteso del principio di sussidiarietà orizzontale che trova riscontri tuttavia nel dibattito politico; quello cioè che impone al pubblico di ritirarsi da determinati interventi di carattere amministrativo laddove questi possono essere più proficuamente realizzati dall'iniziativa privata. Un significato cioè di subordinazione del pubblico al privato; nel senso che il primo non deve operare laddove il secondo possa meglio, più proficuamente, più economicamente, più efficacemente operare”. Diversa parrebbe la posizione di U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 34 ss..

100 Ciò trova conferma nello stesso art. 55, il quale chiaramente, trattando della co-programmazione, pone in evidenza che si tratta di un procedimento in cui è l'amministrazione procedente ad individuare bisogni da soddisfare, modalità di realizzazione degli stessi e risorse disponibili.

ruolo scarso e minimale – non pone in discussione che gli apparati pubblici possano mirare alla realizzazione di indirizzi politici. L'idea di svolgere pratiche di trasformazione sociale volte al rafforzamento della struttura solidaristica e civica della società non sembra esorbitare dal perimetro di simili prerogative¹⁰¹ e, come tale, risulta valido fondamento per discriminare tra soluzioni *profit* e *no profit* in base all'art. 3 Cost.. Il punto, piuttosto, è quello di comprendere se tale discriminazione possa essere posta in via generale ed astratta a livello normativo o se, viceversa, sia da configurare, per qualche ragione, una riserva d'amministrazione¹⁰². Diversi argomenti lasciano propendere per questa seconda prospettiva. Il discriminare tra soluzioni *profit* e *no profit* infatti - intervenendo su di un ordine costituzionale che pone, quanto a sussidiarietà (art. 118, c. 4 Cost.), le formazioni sociali indistintamente sullo stesso piano e che, più in generale, non lascia trapelare una preconcetta diffidenza verso le formazioni sociali lucrative, che possono ascrivere alla stessa matrice di libertà delle altre (artt. 2 e 3 Cost.) - è conveniente che si esprima non quale soluzione astratta, come un sistema di preclusioni generali immaginate *una tantum* come congrue, ma quale riscontro concreto, esito – cioè - di una istruttoria amministrativa approfondita e condivisa, affinché la scelta, comunque discrezionale, si presenti adeguata e proporzionata, come tale in grado di giustificare una distinzione effettivamente destinata alla valorizzazione del *no profit* ma pur sempre foriera di disparità di trattamento tra enti lucrativi e privi di tale scopo. Anche in quest'ottica, pertanto, il coinvolgimento di tutti gli enti in grado di fornire apporti costruttivi utili si manifesta come irrinunciabile, vuoi nell'ottica dell'interesse amministrativo, vuoi quale presidio di tutela di soggetti, presumibilmente destinati a subire una soccombenza.

101 Cfr. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, cit., p. 74: “la sussidiarietà non giustificerebbe alcun “arretramento del ruolo ‘sociale’ dello Stato”.

102 Cfr. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

3.2. La co-progettazione

Per l'art. 55 del Codice del Terzo settore, la co-progettazione mira alla definizione dei contenuti di specifiche iniziative¹⁰³ ma non necessariamente alla loro realizzazione, che la norma si premura di specificare che resta solo eventuale. Come si è visto per la co-programmazione, la norma fa della co-progettazione – come si è visto per la co-programmazione - uno strumento di dialogo riservato agli enti del Terzo settore, da selezionare secondo procedure comparative.

La dottrina, che si è occupata dell'istituto, ha con molta attenzione scandagliato questioni di assoluto rilievo e tra queste, anzitutto, il tema dell'assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica di provenienza europea (oggi rinvenibili nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) del procedimento di selezione degli enti con cui procedere alla co-progettazione. Mantenendosi fedeli alle iniziali indicazioni ed avendo nel precedente paragrafo lambito il tema nei termini in cui lo si è ritenuto rilevante, ci si può esimere da una dettagliata disamina, una volta chiarito che l'orientamento preferibile è quello che assume rispetto al codice dei contratti pubblici una visuale duttile, sicché quest'ultimo potrà trovare applicazione unicamente nei casi in cui la struttura contrattuale prescelta sia effettivamente da ricondurre ad una delle figure ivi espressamente contemplate, restando nei rimanenti casi applicabili solo i principi generali che l'art. 55, c. 4 del Codice del Terzo settore menziona. Ciò con la sola premura di specificare che per poter tenere la co-progettazione nel perimetro delle forme di amministrazione condivisa è necessario che il contratto venga costruito con metodi tali (e.g. dialogo competitivo) da renderlo la risultanza dell'attivo coinvolgimento

103 Cfr. R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit., p. 166: “La co-progettazione rappresenta un “luogo” – in senso astratto e giuridico – ed un “momento” – in senso procedimentale – di costruzione ed eventualmente realizzazione degli interventi sociali, improntato sul dialogo e sul confronto sinergico tra amministrazione ed enti del Terzo settore, attraverso la messa in comune di idee e di risorse (economiche, umane e materiali). [...] L'istituto de quo, ponendosi in un momento antecedente all'esecuzione delle prestazioni, rappresenta uno strumento di coproduzione “dal basso” dei servizi, che supera il tradizionale rapporto pubblico-privato fondato sulla dinamica committenza/fornitura in favore di una relazione paritaria tra i partners idonea a valorizzare le capacità, l'esperienza e le sensibilità degli enti del Terzo settore per l'individuazione e la realizzazione di interventi innovativi e personalizzati?”.

delle formazioni sociali. Che questo sia l'orientamento preferibile, risulta anche alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale che nell'istituto della co-progettazione individua la peculiarità di un mutualismo ed una compartecipazione di intenti che lo renderebbero del tutto peculiare rispetto al sinallagma proprio delle figure negoziali tipiche del codice dei contratti pubblici¹⁰⁴.

Una volta chiarito ciò, non resta che porre in evidenza – al fine di introdurre la questione del se l'ordinamento effettivamente accolga istituti per i quali l'espressione amministrazione condivisa possa un aver senso giuridico compiuto e risultare espressione dell'art. 118, c. 4 Cost. – che la definizione dei bisogni in sede di co-programmazione resta prerogativa dell'amministrazione (art. 55, c. 3), al pari della co-progettazione, ove la norma (art. 55, c. 4) si spinge fino ad evidenziare che è pur sempre l'amministrazione il soggetto cui è ascritto il compito di definire gli obiettivi generali e specifici dell'intervento, la durata e le caratteristiche essenziali dello stesso.

4. Co-progettazione e co-programmazione quali forme di amministrazione condivisa ai sensi dell'art. 118 Cost.. Conclusioni

Non par dubbio, perché le norme appena richiamate offrono un indirizzo chiaro in tal senso, che alla formula co-programmazione non può essere ascritto il significato di rendere le formazioni sociali partecipi del momento decisionale della funzione programmatoria. Lo stesso dicasi per la co-progettazione, con il solo distinguo che mentre l'epilogo della co-programmazione resta

¹⁰⁴ Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: “*Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»; cfr. L. GORI, *La “saga” della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in www.federalismi.it, 2020, p. 179 ss.; F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 94.*

evidentemente strutturato come unilaterale, la co-progettazione pare fisiologicamente destinata a trasfondersi in un contenitore negoziale (contratto, convenzione che sia). Sennonché, sulla scorta di questo solo indicatore, la formula “amministrazione condivisa” non risulta che possa esprimere un qualche significato specifico, se non si vuole estenderla – con il rischio di renderla evanescente - a tutte le ipotesi in cui l'amministrazione contratta. D'altronde, anche in caso di co-progettazione, per espressa previsione di legge, è riconosciuta l'eventualità che le amministrazioni non concludano alcun accordo, perché la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento è concepita solo come eventuale, con ciò confermando che all'amministrazione spetta un ruolo decisorio preminente e pur sempre unilaterale.

Tutto questo appare conforme agli stessi indirizzi costituzionali osservati innanzi, cui è sembrato poter attribuire il significato per cui la funzione programmatica in materia di attività di interesse generale rimane assegnata alle amministrazioni (art. 118, c. 1 Cost.), sia pur con il computo precipuo di favorire i cittadini (art. 118, c. 4 Cost.).

E' evidente allora, che, in questa angusta visione, non vi è modo per concepire uno spazio giuridico di amministrazione condivisa e men che meno una dimensione costituzionale di sussidiarietà (art. 118, c. 4 Cost.), perché la realizzazione di quest'ultima e l'idea di una condivisione non possono dirsi soddisfatte ove le formazioni sociali siano mere destinatarie di compiti. Se, però, è da accettarsi che non vi sia un momento decisionale unitario, il concetto di amministrazione condivisa si riespande, per assumere una propria fisiologia giuridica nel “coinvolgimento attivo” (art. 55, c. 1 Codice del Terzo settore) delle formazioni sociali che altro non è che un percorso¹⁰⁵ comune, intenso, costruttivo e veritiero.

105 Cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, n.c. della Costituzione*, in *Amm. in cammino*, 2004, p. 15: “Quando il principio di sussidiarietà orizzontale trova attuazione l'amministrazione non ha più di fronte un privato che difende i propri spazi di libertà o che reclama la soddisfazione delle proprie esigenze, bensì cittadini che si attivano di propria iniziativa per collaborare con l'amministrazione alla cura di quell'interesse altrui di cui quest'ultima ha avuto finora il monopolio; una pluralità di autonome iniziative si affiancano a quelle che l'amministrazione pubblica deve per legge realizzare e tutte insieme mirano al raggiungimento di risultati che sono nell'interesse generale?”.

ro di individuazione dei bisogni e costruzione delle migliori risposte onde farvi fronte¹⁰⁶. Tutto ciò, invero, si ritrova già nella l. 7 agosto 1990, n. 241, eppure in questa sede rileva che questa dialettica si impone giuridicamente e come si è provato a dire costituzionalmente in luoghi – quello della programmazione – usualmente esclusi dalla partecipazione procedimentale (art. 13 della l. 7 agosto 1990, n. 241).

Se questa anticipazione della partecipazione consente di rimarcare una peculiarità (almeno rispetto alla generalità dei casi) e quindi di prospettare un primo livello di significato per la nozione di amministrazione condivisa, non serve a spiegare in quale misura l'espressione possa essere invocata quale declinazione della sussidiarietà orizzontale per come prospettata dall'art. 118, c. 4 Cost.. A tal fine, infatti, non è sufficiente la mera partecipazione al procedimento programmatico, né che ad esito di esso cittadini o loro formazioni sociali siano destinatarie della esecuzione di compiti amministrativi, perché la Costituzione impone che la risistemazione dell'ordinamento in senso sussidiario non miri ad un coinvolgimento passivo ma stimoli l'autonoma iniziativa dei cittadini¹⁰⁷. Ne consegue, che l'istruttoria in materia di attività di interesse generale deve dirigersi verso la produzione di questo genere di risultati¹⁰⁸, tendenzial-

106 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., p. 53: “Tentando di tradurre queste esperienze in forme giuridiche, si è sostenuto, in altra sede, che le modificazioni intervenute in nome della doppia sussidiarietà portano a configurare una cittadinanza che i sociologi definiscono societaria, ma che ben potrebbe essere detta amministrativa, la cui essenza consiste nel fatto che gruppi sociali di residenti in un certo territorio, più o meno strutturati, partecipano alla vita delle collettività locali, realizzando compiti di interesse generale e confrontandosi con le pubbliche amministrazioni con modalità differenziate, come per esempio: a) partecipando a procedimenti normativamente regolati in cui la decisione spetta agli enti pubblici; b) partecipando a predeterminare con i soggetti pubblici le regole di un settore in cui agiranno soggetti privati e pubblici; c) svolgendo attività di interesse generale non profit a seguito di una gara pubblica; d) svolgendo attività di interesse generale non profit con successivo accreditamento pubblico; e) svolgendo attività di interesse generale non profit di propria iniziativa con o senza sostegni pubblici?”.

107 Cfr. M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 141: “Viene così stimolata la loro capacità di confrontarsi in modo collaborativo con la complessa dinamica degli interessi che la loro azione inevitabilmente viene a intersecare e che l'amministrazione deve sempre considerare in modo imparziale”.

108 Cfr. M. RENNA, *Beni pubblici e diritti d'uso pubblico. La resilienza delle prerogative collettive al mutare dei modelli di sviluppo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2022, p. 689: “È indubbio che l'apertura del sistema amministrativo e processuale alle istanze e alle domande di un pubblico molto ampio è questione complessa e ricca di pericoli, dovendosi salvaguardare al contempo il buon andamento del sistema e la sua capacità di offrire risposte con efficacia ed efficienza. Tuttavia, nel nuovo contesto dominato da una rivalità

mente restando indifferente se ciò accada attraverso la drastica ritrazione dello strumentario amministrativo a livello minimale ovvero mediante stipula di accordi, dal momento che questi dovranno comunque riflettere l'apporto creativo della società. In ciò si ritrova una effettiva peculiarità che connota tipicamente lo spazio di governo dell'amministrazione condivisa, quale bidirezionale¹⁰⁹.

Ciò – certamente - non si traduce nella visione più ortodossa possibile della sussidiarietà¹¹⁰, eppure si ritiene rispondente al significato che, nelle pagine precedenti, si è ritenuto accolto in Costituzione¹¹¹ ed al risultato ivi prefisso di

nell'uso delle risorse senza precedenti storici e dalla necessità di cambiare il modello di sviluppo rendendolo più attento ai bisogni della comunità, è necessario costruire un sistema di tutele più forte attorno alle cose che assicurano alla collettività utilità funzionali ad attuare i diritti dei suoi membri. Un sistema che, certo, non dovrà rinunciare al ruolo dell'amministrazione, ma allo stesso tempo dovrà dare più spazio a ciascun membro della collettività secondo le logiche tipiche della sussidiarietà orizzontale e della partecipazione”.

109 Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 62: “Dalle molteplici forme di intersezioni tra privato e pubblico che si sono rinvenute nel nostro ordinamento si può, invece, dedurre che il principio di sussidiarietà orizzontale abbia natura bidirezionale quanto alla cura degli interessi a protezione necessaria. Per questi interessi, infatti, la sussidiarietà orizzontale interviene in maniera bidirezionale, nel senso che la responsabilità della loro effettiva realizzazione fluisce, senza soluzione di continuità, dalle amministrazioni pubbliche ai privati e viceversa, sempre al fine di garantire livelli essenziali di prestazioni”.

110 Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1752: “il concorso dei privati nell'amministrazione pubblica potrà avere per certo un ruolo, ma sarà un ruolo naturalmente di contrapposizione e di garanzia, e al più potrà essere un ruolo di collaborazione, ma di collaborazione subordinata alla riserva della titolarità e dell'esercizio delle funzioni ai soggetti pubblici [...]: una collaborazione sussidiaria, che è esattamente l'opposto di quanto nel suo nucleo essenziale vorrebbe essere il principio di sussidiarietà”.

111 Cfr. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., p. 72: “Più in generale si può dire che l'amministrazione condivisa è espressione di un paradigma profondamente diverso da quello che accomuna gli altri modelli. Infatti, questi ultimi, pur con qualche variabile al proprio interno, incorporano il paradigma bipolare della separazione tra autorità pubbliche e interessi pubblici, da un lato, e cittadini e interessi privati, dall'altro; l'amministrazione condivisa interpreta quello che è stato definito il paradigma sussidiario, in base al quale l'amministrazione pubblica ridefinisce lo spazio giuridico di azione coinvolgendo direttamente i cittadini per conseguire quegli interessi che non riesce a soddisfare o perché profondamente inadeguata (rispetto all'impatto delle tecnologie, alle esigenze di comunicazione che la co-amministrazione richiede) o perché vi rinuncia in una condizione di risorse limitate. I due paradigmi riflettono alla base due concezioni diverse del rapporto con il principio di uguaglianza. Nel paradigma bipolare la differenza dei cittadini è assunta come condizione iniziale naturale rispetto alla quale è compito della pubblica amministrazione garantire come minimo l'uguaglianza formale, ma anche impegnarsi per realizzare l'uguaglianza sostanziale secondo una modalità d'azione che è prevalentemente standardizzata. Nel paradigma sussidiario, invece, la differenza tra cittadini è vissuta come una ricchezza di cui l'amministrazione può beneficiare soprattutto se, realizzando sé stessi, i cittadini contribuiscono anche al progresso civile, sociale ed economico della comunità: è il prodotto di una combinazione articolata tra art. 2, 3 e 118, ultimo comma, Cost., a cui devono essere naturalmente aggiunti gli articoli dedicati alla pubblica amministrazione generalmente intesa. L'amministrazione condivisa mira a elevare il grado di soddisfazione degli interessi facendo leva sulle differenti capacità e risorse dei cittadini, purché queste siano spese per gli interessi generali e per questo non standardizzata ma incrementa prestazioni per raggiungere

veder esprimersi nel contesto delle attività di interesse generale le autonome capacità dei cittadini¹¹².

Un'ultima annotazione: in Costituzione la sussidiarietà è descritta quale prerogativa dei cittadini anzitutto singoli ma nella legislazione che si è osservata questi scompaiono del tutto. Non solo nella veste di potenziali soggetti interessati alla gestione di attività ma anche in quella di destinatari delle stesse prestazioni di interesse generale. Ciò lascia invero non poco da riflettere; non solo sulla base di quanto innanzi osservato in tema di sussidiarietà ma anche in virtù di recenti approfondimenti che hanno posto in luce la carica immediatamente costituzionale delle pretese individuali al godimento dei diritti sociali¹¹³.

livelli altrimenti inarrivabili?

112 Cfr. G. BERTI, *Art. 5 (commento)*, cit., p. 277.

113 Cfr. C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali*, Napoli, 2022, p. 226 ss..

GEROLAMO TACCOGNA
Professore associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Genova
g.taccogna@unige.it

**TEORIA E PRATICA DELL'INTERESSE PUBBLICO, FRA
DIRITTO E POLITICA**

**THEORY AND PRACTICE OF THE PUBLIC INTEREST, BETWEEN
LAW AND POLITICS**

SINTESI

Lo studio prende le mosse da precedenti lavori, incentrati sulla tesi che il quadro costituzionale vigente reclama una più specifica disciplina giuridica della politica (latamente intesa), in funzione degli effetti che le vicende di quest'ultima producono inevitabilmente sull'amministrazione pubblica, dando vita a contesti e dinamiche non favorevoli ad una funzionalità adeguata al quadro dei principi fondamentali stabiliti dalla Carta e della missione che questa le assegna. Allo stato non è agevole definire in modo univoco e pacifico, in funzione dell'esercizio dei poteri e dell'investimento delle risorse assegnati alle p.a., il concreto atteggiarsi degli interessi pubblici e delle loro interrelazioni, cui il diritto amministrativo guarda in particolare attraverso congegni organizzativi e procedurali. Sennonché detti congegni, quantunque alquanto affinati, danno vita ad una cornice a trama larga, nella quale la politica trova ampi spazi di sfogo, al di fuori di un corpo disciplinare idoneo ad orientarla; corpo che si rivela quindi auspicabile per dare vita nella realtà ad assetti più conformi al disegno costituzionale (impregiudicata ogni valutazione circa eventuali modifiche od aggiornamenti di questo). Il richiamato filone di ricerca sembra avere trovato linfa anche in recenti studi, in particolare dei costituzionalisti, originati dalla proposta di modifica della forma di governo (verso il cd. premierato), cui alcuni autori hanno reagito segnalando come preferibile proprio una riforma dei partiti e della politica, piuttosto che dell'ingegneria dei poteri costituzionali.

Il presente lavoro prosegue dunque nel percorso di ricerca già avviato e così delineato ed in particolare si pone l'obiettivo di convalidarlo alla luce delle risultanze di un caso concreto emerso nella più recente cronaca giudiziaria ed istituzionale, da cui si evince una notevole distanza di fatto fra gli schemi mentali ed i moventi dei titolari di organi pubblici di investitura politica, da un lato, ed i canoni giuridici che presiedono all'esercizio dei poteri pubblici ed al sindacato giurisdizionale relativo, dall'altro lato.

Si conferma quindi la fecondità di uno sforzo, ancora largamente da compiere, riguardo all'individuazione degli aspetti e dei profili della politica meritevoli di una più precisa disciplina giuridica (partiti politici, finanziamento della politica, selezione dei candidati per le elezioni, comunicazione politica, ecc.) ed ai possibili capisaldi di questa, in vista di una maggiore aderenza complessiva dell'attività dei pubblici poteri alla Costituzione, che ne rappresenta il fondamento. Non si tratta istituzionalizzare ciò che nel disegno costituzionale è stato lasciato all'ambito delle libertà, sebbene notevolmente "orientate", quanto di assicurare un maggiore raccordo fra l'esercizio di esse e le conseguenti ricadute sul piano istituzionale ed amministrativo.

ABSTRACT

The study builds on previous work centered on the thesis that the current constitutional framework claims a more specific legal regulation of politics (broadly understood), depending on the effects that the vicissitudes of the latter inevitably produce on public administration, giving rise to contexts and dynamics that are not conducive to an adequate functionality within the framework of the fundamental principles established by the Charter and the mission it assigns to the administration itself. At present, it is not easy to unambiguously and peacefully define, with regard to the exercise of the powers and investment of resources assigned to the p.a., the concrete attitude of public interests and their interrelationships, which administrative law looks at in particular through organizational and procedural devices. However, these devices, albeit somewhat re-

financed, give rise to a wide-ranging framework, of which politics finds ample space to vent, outside of a disciplinary body capable of orienting it; a body that is therefore desirable to give life in reality to arrangements that are more in line with the constitutional design (without prejudice to any evaluation regarding possible modifications or updates of this). The aforementioned strand of research seems to have found sap in recent studies, particularly by constitutionalists, originated by the proposed change in the form of government (toward the so-called premierate), to which some authors have reacted by pointing out as preferable precisely a reform of parties and politics, rather than the engineering of constitutional powers.

The present work therefore continues along the path of research already begun and thus outlined, and in particular aims to validate it in the light of the findings of a concrete case that has emerged in the most recent judicial and institutional chronicle, from which it is clear that there is a considerable factual distance between the mental schemes and motives of the holders of public organs of political investiture, on the one hand, and the legal canons that govern the exercise of public powers and the related jurisdictional review, on the other hand.

This confirms the fruitfulness of an effort, still largely to be made, regarding the identification of aspects and profiles of politics deserving of a more precise legal regulation (political parties, financing of politics, selection of candidates for elections, political communication, etc.) and the possible cornerstones of this, with a view to a greater overall adherence of the activity of public powers to the Constitution, which is its foundation. It is not a matter of institutionalizing what in the constitutional design has been left to the realm of freedoms, albeit considerably “oriented,” but rather of ensuring a greater connection between the exercise of these freedoms and the resulting institutional and administrative fallout.

PAROLE CHIAVE: interesse pubblico – disciplina giuridica della politica

KEYWORDS: public interest – legal regulation of politics

INDICE: 1. Giustificazione dell'abbinamento dello studio teorico con la verifica delle pratiche correnti. – 2. La teoria, quanto all'interesse pubblico. – 3. La pratica, quanto all'interesse pubblico come emergente dal caso giudiziario ligure. – 4. Segue. – 5. Il pasticcio della politica, dell'interesse pubblico e del diritto. – 6. Sviluppo dell'ipotesi di studio di partenza. – 7. Che lo scetticismo non sia un alibi.

1. Giustificazione dell'abbinamento dello studio teorico con la verifica delle pratiche correnti

L'indagine giudiziaria che ha disarcionato il Presidente della Regione Liguria, con molti risvolti di varia natura, offre anche un eccezionale banco di prova, sul versante del diritto amministrativo, per recenti elaborazioni scientifiche di stampo essenzialmente teorico.¹ Alcuni documenti ufficiali della fase dell'indagine penale, diffusi dagli organi di stampa ed in rete, portano linfa a detti studi, mostrandone l'utilità ed inducendo a proseguirne il corso.

E' opportuna una sintetica precisazione metodologica.

La scienza giuridica si sviluppa tradizionalmente sulla base dei cd. formanti specifici del proprio settore, ossia lungo le direttrici del diritto positivo, dell'elaborazione giurisprudenziale e dell'opera degli Autori, ma con la peculiarità di non limitarsi a conoscere l'oggetto del proprio studio (come avviene essenzialmente nelle scienze cd. dure) e di spingersi invece anche a plasmarlo.² Il diritto si sviluppa così in una dimensione propria, secondo punti vista – ad esempio della liceità/illiceità o della validità/invalidità – ad esso interni e specifici.

Benché autonoma e distinta da altre scienze umane, ed in particolare da quelle più propriamente descrittive, quella giuridica ma non tuttavia dovrebbe astrarsi dalla realtà storica o trascurarla significativamente, fino a proporre propri concetti e schemi, relativi al dover essere, privi almeno di un'apprezzabile effettività e così di un riscontro nel funzionamento degli apparati istituzionali e delle dinamiche che li coinvolgono.³ Altrimenti il diritto ed i giuristi perdereb-

1 Si tratta dei seguenti lavori, fra loro connessi: G. TACCOGNA, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione?*, in *P. A., Persona e Amministrazione*, 2/2020, 145 ss.; G. TACCOGNA, *The challenge of complexity and the possible role of public ethics*, *ivi*, 1/2023, 239 ss.

2 In tema cfr. A. CONDELLO, *Il diritto come metodo e la scienza algoritmica*, Pisa, 2022, 30 ss..

3 La sensibilità alla correlazione fra i due piani non manca nella dottrina. Si può richiamare, ad esempio, G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Riv. AIC*, 3/2017, 6 s., il quale

bero la loro funzione al servizio della società – di regolazione dei conflitti sociali⁴ – e verrebbero marginalizzati (se non addirittura percepiti come fonti di fastidiosi ostacoli, rispetto ad obiettivi di interesse della collettività).

Non appare dunque improprio verificare anche aspetti di fatto (di effettiva realtà) a corredo ed in un certo senso per la convalida degli studi teorici dei giuristi.

Talvolta lo si fa implicitamente, per la notorietà del sostrato esperienziale in un determinato ambito dell'elaborazione scientifica (come avviene, ad esempio, nel diritto privato, riguardo alla posizione di debolezza di alcune categorie di contraenti, da cui scaturiscono gli istituti del diritto dei consumatori). In altri casi, anche sul terreno del diritto amministrativo, l'attenzione alle dinamiche reali e la considerazione di esse rivelano un maggiore grado di complessità e fanno breccia nella riflessione scientifica attraverso una vera e propria metodica riconosciuta, consistente nell'analisi economica del diritto.⁵

Invece, per quanto concerne ulteriori aspetti rilevanti a proposito del potere pubblico, la tradizionale separatezza fra il diritto e la politica⁶ e, conseguen-

muove dall'assunto che la prospettiva della scienza politica si risolva nello studio dei fenomeni politici condotto con la metodologia delle scienze e empiriche, incentrata sugli aspetti descrittivi e fattuali, per aggiungervi l'osservazione secondo cui le risultanze di tale approccio, se riversate nella dimensione giuridico-costituzionale, consentono di ragionare su diversi piani. La metodologia indicata dall'Autore muove quindi a sua volta dalla descrizione di un fenomeno politico per passare all'individuazione delle devianze rispetto agli assetti di potere definiti dalla Costituzione e, quindi, dei correttivi che potrebbero rivelarsi opportuni sul piano istituzionale,

4 Cfr. R. BIN, *Stato di diritto e ideologie*, destinato agli Scritti in onore di R. Martucci, in www.robertobin.it/bibliografia.

5 I richiami potrebbero essere infiniti. Sia consentito rinviare all'opera dell'amministrativista che, forse più di altri, si è impegnato sul terreno dell'analisi economica e dunque a M. CAFAGNO, ad esempio in, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. Econ.* 2/2019, 155 ss., con ampi riferimenti alla letteratura internazionale e domestica. Inoltre si può richiamare il volume di AA.VV. – Assoc. ital. Professori di diritto amministrativo, *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo* - Atti del Convegno annuale, Venezia, 28-29 settembre 2006, Padova 2007.

6 Ricorda R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano 2021, 66, che il sistema giuridico e quello politico sono differenziati secondo lo schema voluto dalla Costituzione e reciprocamente "chiusi", ma provvisti di punti di contatto e scambio non occasionali; dati, per esempio, dal fatto, su cui si tornerà nel testo, che la volontà politica può divenire giuridicamente rilevante solo al costo di rispettare le regole procedurali e sostanziali che disciplinano il modo in cui essa può determinare il contenuto politico della legge e, potrebbe aggiungersi, a maggior ragione, degli atti di governo e di amministrazione.

temente, delle scienze corrispondenti, pare avere fornito ad oggi minori occasioni di fruttuoso raffronto fra la teoria e lo scenario fattuale.

E' un terreno, questo, nel quale non vi sono consolidate metodiche di ricerca adeguate alla rilevazione ed alla disamina delle pratiche correnti, nel quadro dell'analisi giuridica. Né appare agevole mutuare quelle di altre scienze, ad esempio sociologiche, basate fra l'altro su questionari, interviste e sondaggi. I protagonisti della vita istituzionale e politica difficilmente vi si presterebbero e, comunque, l'attendibilità delle loro eventuali risposte fornite ad un ricercatore resterebbe tutta da valutare.

Proprio per le esposte ragioni il recente caso giudiziario ligure appare di straordinario interesse dal nostro punto di vista. Eccezionalmente una figura di vertice, come è il presidente di una regione, viene interrogata dal magistrato inquirente e risponde ad una serie di domande le quali, oltre ad essere rilevanti per l'indagine penale (che in questa sede non interessa), vengono a raccordarsi per certi versi paradigmaticamente al filone di quei recenti studi teorici amministrativistici di cui sopra. In modo altrettanto inconsueto il senso delle risposte fornite nell'interrogatorio trapela. Se ne ricava un contributo raro e prezioso circa il punto di vista di un importante attore istituzionale, rispetto al funzionamento reale della politica, con quanto ne consegue, a valle, specialmente intorno al nodo del pubblico interesse,⁷ per l'attività di governo e di amministrazione.

La vicenda penale sembra avviata a concludersi ma, come detto, non è il suo corso ad essere interessante ai nostri fini. Né si tratta, qui, di prendere parte.

⁷ La letteratura, in merito, è vastissima. Si possono richiamare, fra i tanti, con gli ulteriori riferimenti del caso, L. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *P. A. Persona e Amministrazione*, 2/2023; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9^aed., Bologna, 2018, 26 s.; M. Stipo, *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in www.contabilità-pubblica.it, 2/2014; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, 2001, 335; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1972, 1 ss..

Piuttosto si intende estrarre ed isolare soltanto alcuni fotogrammi della complessiva pellicola inerente al caso giudiziario – non necessariamente i più significativi o caratterizzanti sul piano penale o di opinione pubblica – per innestarli su un ordine di ragionamenti relativi al versante pubblicistico, secondo l'impostazione e gli approdi delle recenti riflessioni svolte su quel terreno.

Tale proposito si può opportunamente realizzare muovendo, nel seguente paragrafo, da una sintesi dei nodi pubblicistici di partenza, incentrati sui temi della dimensione anche giuridica della politica e, correlativamente, sulla questione del pubblico interesse – concetto ancora problematico e non certo scontato nei suoi precisi contorni – per poi volgere lo sguardo, nel paragrafo successivo, alla pratica, come si è ad esempio delineata nel caso giudiziario ligure. Si schiude per tale via l'opportunità di studiare un tratto di concreta attività istituzionale ed amministrativa, che pare fluire su binari i quali, al contrario di quanto si dà a credere anche dall'interno del mondo della politica, per larga parte non possono dirsi predeterminati, né organizzati ed ordinati dal diritto, che pure resta pienamente coinvolto.

Il confronto con la pratica agevola l'individuazione concreta di una serie di interrogativi, prospettati nel paragrafo ancora successivo, che incoraggiano a studiare le prospettive di una nuova era, incentrata su una più ampia e profonda disciplina della politica, anche al fine di meglio regolare le politiche e le scelte pubbliche, con le loro ricadute puntuali, piuttosto che concentrare gli sforzi dei giuristi essenzialmente (ed in modo alquanto vano) su queste ultime.

La sfida è ancora del tutto aperta, ma in un apposito ulteriore paragrafo viene ipotizzato, tramite un ingenuo ma intenso sforzo di fantasia e di ottimismo al tempo stesso, come avrebbero potuto dipanarsi le vicende liguri finite al centro del caso giudiziario, se ambientate in un futuribile contesto caratterizzato da una già teorizzata, codificata e praticata disciplina della politica (coerente con l'odierna cornice costituzionale), a monte di quella dell'organizzazione dei soggetti pubblici e dell'esercizio dei loro poteri. Il corrispondente quadro – del

tutto avveniristico, ma *case-oriented* – può contribuire a fornire stimoli e spunti sul prosieguo della ricerca relativa ad una ventura più specifica regolamentazione giuridica della politica.

2. La teoria, quanto all'interesse pubblico

Si diceva, poc'anzi, del tentativo intrapreso in altri studi⁸ di affrontare un coacervo di difficili temi, fra loro strettamente connessi, che si stanno rivelando di interesse anche per la dottrina più recente (sia pure da eterogenee angolazioni) ed in estrema sintesi riguardano: la chiave di legittimazione dei poteri pubblici ed in particolare di quelli amministrativi ai nostri giorni; una più profonda ed aggiornata comprensione del concetto di interesse pubblico, in rapporto a quelli privati; l'opportunità o forse addirittura la necessità di un'evoluzione normativa (ancora in larga misura da mettere a fuoco) che conduca ad una più precisa regolazione del ceto politico e dell'attività politica per vari profili, come quelli della competizione per il consenso democratico; della selezione della classe politica; della leadership; della comunicazione politica, in vista di una più moderna saldatura fra questi aspetti e la vita e l'attività delle istituzioni pubbliche e, correlativamente, con effetti sul tormentato rapporto fra politica ed amministrazione.

Sia consentito di rinviare ai precedenti lavori per una più articolata e precisa disamina delle tematiche indicate e per un quadro della dottrina riguardo ad esse. Ai fini che ora interessano – essenzialmente di confronto fra teoria e pratica – appare sufficiente estrarne e riprenderne alcuni passaggi.

Si muoverà da un primo studio, più risalente.⁹

Il punto di partenza ed il filo conduttore sta nell'idea che la politica, intesa in senso lato,¹⁰ non sia sufficientemente regolata dal diritto, sebbene essa influenzi ed addirittura animi le istituzioni pubbliche, ivi compresi gli organi di

⁸ Si tratta dei lavori richiamati nella nota 1.

⁹ G. TACCOGNA, *Disciplinare, la politica*, cit..

¹⁰ Sulla varietà di significati del termine "politica", cfr. F. Follieri, *Politica e amministrazione*, in *P. A. Persona e amministrazione*, 2019, 111 ss.

governo delle p.a.,¹¹ che invece al diritto dovrebbero obbedire, con inevitabili ricadute sugli apparati pubblici e quindi sugli amministrati.

In altri termini, vi sono serie ragioni per considerare non più sufficiente che il legislatore si sforzi, con vari meccanismi, di tenere l'amministrazione al riparo dalla politica, ritenendo di poter limitare il raggio di azione di quest'ultima (si pensi alle autorità indipendenti e di regolazione, alla riserva dell'attività gestionale agli uffici dirigenziali, al complesso della normativa anticorruzione ecc.), per vedere realizzati gli ideali dell'imparzialità e del servizio esclusivo alla Nazione.

Il percorso dovrebbe piuttosto essere nel senso di giungere ad un modello od una serie di modelli di riferimento, che non costringano a concepire innaturalmente quanto irrealisticamente un'amministrazione troppo separata dalla politica, sottovalutando le inevitabili profonde interrelazioni¹² (e forse soprav-

11 Il fenomeno è ben colto dalla scienza politica che, sia pure da un punto di vista essenzialmente descrittivo, individua tre distinti sottosistemi o facce che contraddistinguono i partiti politici: il partito sul territorio, costituito da militanti ed iscritti; il partito in quanto organizzazione centrale; il partito nelle istituzioni. Cfr. D. R. PICCIO, *La scommessa democratica dei partiti in trasformazione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 61, con richiamo agli studi di R. Katz e P. Mair. Quello che viene così definito il partito nelle istituzioni rappresenta il volto dell'influenza della politica (come tale non sufficientemente regolata dal diritto, secondo la nostra tesi) sugli apparati pubblici e dunque sull'esercizio dei poteri (al di fuori degli schemi modellati a tal proposito dalla scienza giuridica).

12 Il tema è lambito da A. I. ARENA *Indirizzo e coordinamento politico (brevi riflessioni)*, in *Federalismi.it*, 2024, 27, il quale, nell'ambito di una riflessione generale ed attualizzata sul tema dell'indirizzo politico (v. *infra*, nota 14), si interroga sulla possibilità di ricomprendere nell'attività corrispondente anche la cd. fase effettuale, consistente nell'esercizio delle funzioni amministrative. Viene così ad emersione, indirettamente ma univocamente, una delle varie facce del tema relativo al rapporto fra amministrazione e politica che, nel testo, si propone di arricchire attraverso una più precisa disciplina giuridica della politica stessa. Benché l'Autore mostri di ritenere l'idea di comprendere nell'attività di indirizzo politico anche l'esercizio delle funzioni amministrative un'idea incoerente con i principi fondamentali in tema di pubblica amministrazione ed in particolare con quelli di imparzialità e di legalità, non di meno egli si trova nel contempo a dover ammettere che la p.a., secondo l'insegnamento di M. Nigro, è apparato servente e chiamato a portare ad esecuzione l'impulso politico proveniente dal vertice. E' vero, come chiosa Arena, che in un ordinamento liberal-democratico la volontà politica degli organi protagonisti della determinazione dell'indirizzo dovrebbe essere mediata dalla legge, cui la p.a. è chiamata ad attenersi. Ma viene naturale obiettare lo stato di crisi, verosimilmente non (del tutto) reversibile, nel quale la legge oggi versa, appare del tutto evidente, con la conseguenza che un'ampia parte della formazione delle scelte politiche si trova ad essere traslata sull'amministrazione e sul delicato rapporto fra i suoi organi di governo e gestionali. Di qui l'idea, portante nel presente lavoro, che occorra meglio regolare giuridicamente la politica, proprio per la sua presa diretta sulla p.a..

valutando una certa concezione del principio di imparzialità¹³) ed invece portino a coinvolgere pienamente anche la politica in un quadro di genuina (sia pure articolata, dialettica e necessariamente opinabile) inclinazione al bene comune attraverso le categorie giuridiche dell'interesse pubblico e della correlativa funzione di indirizzo.¹⁴

Una disciplina più precisa e stringente della politica, così orientata, non apparirebbe in contrasto con le libertà costituzionali, perché alla politica non corrisponde una sfera di piena ed assoluta libertà ed autoreferenzialità, quanto piuttosto – almeno per l'influenza che spiega sulle istituzioni e sugli apparati pubblici ed amministrativi nel complessivo disegno costituzionale – un ruolo pur sempre di servizio rispetto al principio repubblicano e democratico, alla sovranità popolare,¹⁵ ai diritti fondamentali ed ai valori primari insiti nella Carta.

13 La letteratura sull'imparzialità è amplissima. Si possono menzionare, *ex multis*, I. Piazza, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Osservazioni sul "rapporto complesso" tra cittadini e pubblica amministrazione*, in P. A. *Persona e Amministrazione*; ID, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, 2021; A. MARRA, *L'Amministrazione imparziale*, Torino, 2018; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa fra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.* (Treccani), Roma, 1989; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

14 La ritrovata attualità dell'interesse per il tema dell'indirizzo politico è testimoniata dai recentissimi studi apparsi nella rivista *Federalismi.it*, n. 18/24, fra i quali: A. RUGGERI, *L'indirizzo politico: un personaggio in cerca di autore o uno, nessuno e centomila ?*; G. SORRENTI, *Introduzione; indirizzo politico e sostanza autoritaria del potere ?*; L. D'ANDREA, *L'indirizzo politico tra sfera politica e istituzioni pubbliche: brevi notazioni di sintesi*; A. I. ARENA, *Indirizzo e coordinamento politico (brevi riflessioni)*; G. DONATO, *Politica nazionale, diritto di voto e indirizzo politico: potere decisionale o scelta del decisore ?*, cui si affiancano i noti lavori più classici e datati, ad esempio quelli di G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I tematici, Potere e Costituzione*, vol. V, Milano 2023; B. VERA, *Imparzialità vs indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. Amm.*, 2007; G. GARDINI, *L'Imparzialità*, cit.; A. CERRI, *Imparzialità*, cit.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971.

15 Independentemente da ogni difficoltà in ordine alla precisa definizione della sovranità al giorno d'oggi (con le connesse problematiche relative al tema della rappresentanza), su cui si può rinviare, esemplificativamente, a M. CUONO, *La rappresentanza democratica alla prova di governabilità e governance*, in *Fenomenol. e soc.* 1/2013, 53 ss., appare certo che, dall'angolo visuale giuridico del dover essere, nella politica confluiscono sia diritti (di cittadinanza attiva) sia, anche in funzione di orientamento e limite di tali diritti, una funzionalità (della politica stessa) ai complessivi fini dell'ordinamento e, quindi, al pubblico interesse. In questo senso l'art. 49 Cost. è chiaramente un *quid pluris* rispetto all'art. 18 Cost. sulla libertà di associazione, in quanto indirizza i partiti al concorso democratico dei cittadini alla determinazione della politica nazionale, ossia dell'insieme (ancorché pluralistico) della collettività organizzata nella forma repubblicana.

Regolare la politica in questo senso significa definire come essa debba organizzarsi, funzionare e svolgere il proprio ruolo, che è quello di raccogliere ed interpretare – nel solco della Costituzione, a partire dal suo art. 49¹⁶ – le istanze sociali da far assurgere ad interessi pubblici, nonché di definire e legittimare le strategie ed il quadro giuridico per perseguire detti interessi nel rispettivo ragionevole contemperamento, attraverso i pubblici poteri e le risorse pubbliche. Con impiego degli uni e delle altre (poteri e risorse), secondo un'ampia discrezionalità come è quella spettante al legislatore ed agli organi di governo delle amministrazioni, ma pur sempre in conformità ed aderenza effettiva alla Costituzione. Il che significa, al tempo stesso, riportare e mantenere la questione dell'indirizzo politico entro il recinto del diritto, con i suoi strumenti, regole, rimedi e tutele, ancorché senza elementi di rigidità non compatibili con le caratteristiche del nostro tempo.¹⁷

Ciò postula, tuttavia, un ulteriore sforzo, per meglio chiarire e precisare, o forse sarebbe meglio dire aggiornare, la nozione di pubblico interesse, cui si intende orientare giuridicamente con maggiore precisione la politica.

Un punto nodale si direbbe quello della non ben chiara distinzione fra interesse pubblico ed interessi privati e, correlativamente, delle interferenze o sovrapposizioni dei secondi con il primo entro la moderna società pluriclasse o

16 Secondo G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza*, cit., 7, la struttura ed il funzionamento dei partiti, venutisi a delineare, non corrispondono minimamente al modello democratico di cui ragiona l'art. 49 Cost., a causa del fatto che essi non controllano i *leaders* e sono, all'opposto, sotto il loro dominio; anche A. RUGGERI, *L'indirizzo*, cit., xv, ricorda, considerandola smarrita, la funzione dei partiti di laboratori delle soluzioni politiche di cui la società ha bisogno.

17 Osserva A. RUGGERI, *L'indirizzo*, cit., x, sul piano descrittivo, che l'incedere a *zig-zag* per successive approssimazioni ed improvvisazioni appare uno dei tratti maggiormente salienti delle vicende politiche del tempo presente. Del che non può farsi a meno di tenere conto. Tuttavia, in sede di analisi e ricostruzione, si direbbe che sia utile distinguere, perché fra approssimazioni ed improvvisazioni vi è una grande differenza. Le prime possono considerarsi fisiologiche, se non addirittura auspicabili, nel quadro della complessità del nostro tempo, mentre le seconde si direbbero da classificare fra le conseguenze dell'insufficiente regolazione giuridica della politica e da ritenere indesiderabili, perché in contrasto con un'ampia serie di principi fondamentali; si pensi allo sviluppo della personalità, che postula almeno un certo grado di stabilità e prevedibilità della cornice nella quale si dipana la vita della persona, oppure buon andamento dell'azione amministrativa, con i suoi corollari, a sua volta incompatibili con movenze improvvisate dei pubblici poteri.

la postmoderna società liquida;¹⁸ dinamiche, queste, le quali, a seconda dei casi, possono risultare fisiologiche od invece problematiche.

Che cosa è, dunque, l'interesse pubblico,¹⁹ che deve costituire il riferimento per la politica e, tramite questa, per l'amministrazione, tenuto conto che l'una e l'altra sono chiamate (attraverso le funzioni legislativa, di governo ed amministrativa²⁰) a definirlo, concretizzarlo ed aggiornarlo via via nel tempo ?

Nel ceto dei giuristi prevale una concezione che potrebbe dirsi realistico-scettica, secondo cui l'interesse pubblico non potrebbe essere altro che il prodotto di scelte del legislatore, da desumersi quindi dalla legge (quanto alla sua dimensione astratta), ed in qualche misura da atti normativi o generali dell'amministrazione (ad esempio varie tipologie e specie di piani), nonché (il prodotto) di sequenze e meccanismi procedimentali *ad hoc* svolti in concreto. Sicché l'interesse pubblico verrebbe individuato e legittimato in chiave essenzialmente procedurale e non invece sostanziale od assiologica; anche se non mancano coloro i quali ne sottolineano la necessaria inerenza ed aderenza ad alcuni valori, posti a base della Costituzione.²¹ In effetti, appare innegabile che

18 G. SORRENTI, *Introduzione*, 2, sottolinea l'attuale crisi in cui versano i corpi intermedi e quindi le forze politiche, ed osserva che tale crisi impedisce di tenere ferma la distinzione, ed al tempo stesso la congiunzione, fra la sfera politica e la sfera giuridica costringendo a ripensare profondamente e diffusamente l'indirizzo politico quale categoria teorica che assicurava il coordinamento e l'orientamento finalistico dei pubblici poteri.

19 Porre ancora una volta questo interrogativo non pare fuori luogo se anche autorevolissimi Autori si trovano impegnati ad affrontarlo, come accade con L. PERFETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 46 s. che ancora nel 2024 denuncia l'insufficienza delle teorie tradizionali e di quelle più recenti e dunque concentra i propri sforzi verso ciò che indica (ancora oggi) come il problema di elaborare una teoria giuridica dell'interesse pubblico.

20 Legislazione, governo ed amministrazione sono indubbiamente funzioni diverse fra loro, ma non si è mancato di notare, ad esempio, come l'indirizzo politico-amministrativo si presti ad essere considerato, piuttosto che una funzione in sé, un'attività che si concretizza nell'esercizio di funzioni pubbliche differenti. Lo ricorda ad esempio, A. I. ARENA, *Indirizzo*, cit., 24, richiamando in proposito il pensiero di T. Martines. Alla stessa stregua, e non senza correlazione, si può affrontare il tema dell'interesse pubblico, destinato a sua volta ad intersecare (la tematica dell'indirizzo e) le menzionate funzioni.

21 Cfr., ad esempio, M. STIPO. *Itinerari*, cit., 5 ed ora prepotentemente, con l'idea di un ancoraggio ai diritti fondamentali, L. PERFETTI, *Diritti fondamentali*, cit., *passim*; quest'ultimo critica le concezioni più tradizionali (assimilandole a "feticci con una ontologia presupposta"), per una indefinizione sostanziale del concetto, che darebbe spazio ad una voragine di valutazioni sottratte al diritto in qualunque relazione fra società e Stato e più in generale nelle relazioni disciplinate dal potere (così a pag. 63). In questa visione la legge non può giungere a

un ampio novero di principi e valori costituzionali, se non altro attenuati, almeno in parte, la concezione più strettamente formale o “procedurale” cui si è fatto cenno, ma il carattere eterogeneo di tali formanti, che ben possono trovarsi addirittura in rispettiva contrapposizione, evidenzia tutte le difficoltà di un approccio valoriale al problema.

Un primo aspetto, ormai ampiamente acquisito, è che gli interessi pubblici non siano interessi propri delle istituzioni (soggettivizzate) o degli apparati dell'amministrazione pubblica e, dunque, non debbano essere necessariamente intesi in contrapposizione o comunque in posizione “ontologicamente” superiore e diversa rispetto a quelli che si manifestano entro il corpo sociale²². Si tratta, piuttosto, anche nel caso degli interessi pubblici, di interessi reali, presenti nella collettività plurale che, complessivamente considerata, è il detentore della sovranità ed il principale *stakeholder* delle istituzioni pubbliche. Gli interessi

definire cosa sia l'interesse pubblico nella fattispecie concreta e dunque non rimane che rassegnarsi all'idea che lo stabilisca l'amministrazione (p. 117), ma senza che siano precisati molti elementi, relativi ad esempio al processo di formazione della volontà, al criterio di bilanciamento dei diversi interessi e profili (p. 121), di un profilo deontico della teorica del pubblico interesse (p. 123). Donde la proposta di una concezione innovativa di quest'ultimo, ancorata alla massimizzazione del godimento di tutte le pretese attinenti ai diritti fondamentali in gioco nella fattispecie (p. 132 ss.). Echeggiano qui, e giungono ad ulteriori sviluppi, le teorie dell'ordine sociale direttamente partecipe della sovranità, tramite il ruolo riconosciuto costituzionalmente alle libertà, tanto da superare intermediazioni organizzative e politiche dello Stato, e da rendere l'amministrazione una forma non di quest'ultimo ma della società (cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *ID*, *Diritto amministrativo*, Padova, 2008). Le critiche generalmente mosse a tale ultima dottrina sono state da ultimo sintetizzate e riproposte con efficacia da A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*. 2024, in particolare (p. 42) riguardo al fatto che la stessa neutralizzazione del profilo di autoritarietà del potere, che si vorrebbe raggiungere attraverso un circuito atto a rilevare in maniera obiettiva l'interesse pubblico sotteso alla decisione, con una svalutazione del ruolo dell'autorità decidente, non considera come sia proprio il venir meno di qualsiasi dato soggettivo, o meglio la sua svalutazione in una totale obiettivizzazione della funzione, a rischiare di portare, a causa della sua artificiosità, ad un principio di legittimazione autoritario. Né questo problema potrebbe dirsi risolto, quand'anche si ponessero al centro della ricostruzione le libertà quali espressione dei valori costituzionali in cui si attua l'ordinamento, atteso che questo sviluppo darebbe sì una più compiuta risposta all'esigenza contenutistica sopra descritta, ma non consentirebbe di sottrarsi al rischio di un riferimento a conflitti che si presuppongono già in sé risolti all'interno dell'ordine della società e, quindi, ad una negazione dei conflitti stessi, con l'effetto di una completa svalutazione dello stesso concetto di potere ed alla radicale riduzione dell'organizzazione a schermo dell'ordine sociale (p. 43).

²² Cfr., ad esempio, L. PERFETTI, *L'azione amministrativa fra libertà e funzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 138 s.

pubblici hanno, dunque, la medesima sostanza, anche se non necessariamente il medesimo trattamento giuridico, degli interessi reali che innervano la società.²³ Appare pacifico che gli interessi pubblici non debbano essere per forza interessi suscettibili di essere riferiti nello stesso modo a ciascun membro dell'intera collettività nazionale. Nondimeno vengono riferiti idealmente ad essa, con un processo che fa leva sulla solidarietà, la quale lega i consociati nella Nazione. Per questa via si giunge agevolmente a ritenere che anche interessi propri di gruppi sociali possono assumere la dignità di interessi pubblici; sia pure con l'ulteriore precisazione secondo cui dovrebbe preferibilmente trattarsi di cerchie ampie.²⁴ Va da sé, però, che siffatte considerazioni, rinvenibili nella letteratura giuridica (e che trovano corrispondenza negli studi sulla politica nazionale e l'indirizzo politico²⁵), hanno un carattere alquanto generale e, quindi, scontano un corrispondente grado di imprecisione. Anche perché, a questo fine, i sotto-gruppi sociali non sono definiti ed ogni individuo può fare parte di una pluralità di essi. Inoltre, le misure pubbliche (legislative, di governo ed amministrative) hanno generalmente impatti più ampi rispetto a quello che si produce direttamente in capo ai loro destinatari diretti o più immediati.

Così, ad esempio, quelle dei lavoratori, delle imprese, dei consumatori, degli utenti dei servizi pubblici, dei cittadini che oggi si definiscono fragili, possono certamente costituire categorie rilevanti in questa prospettiva, connotate

23 In tema v. L. PERFETTI, *Diritti fondamentali*, cit.

24 Cfr., ad esempio, M. STIPO, *Itinerari*, cit., 51.

25 G. DONATO, *Politica nazionale*, 65 ss. propone una ricostruzione per cui la politica nazionale è determinata dai cittadini organizzati in gruppi sociali che concorrono con metodo democratico in condizioni di parità ed è, dunque, forgiata dalle istanze così raccolte: talune espressive di interessi collettivi, sostenuti da enti associativi a fini particolari; altre invece paradigmatiche di dottrine politiche che propongono una strada da seguire per la soddisfazione degli interessi generali. In quest'ottica, secondo l'Autore, la ricchezza della politica nazionale risiede, quindi, nella capacità di accogliere una pluralità di vedute che non necessitano di essere conciliate. Entro questo sostrato è destinato ad emergere, prendere forma e trovare definizione l'indirizzo politico. In pratica, la politica nazionale ospita il crogiolo dei possibili indirizzi politici, fra i quali gli elettori effettuano una scelta che si riflette sul piano dell'apparato. Il che dovrebbe condurre, ulteriormente, alla tramutazione delle promesse elettorali in politiche effettivamente perseguite, sicché la contesa per la determinazione della politica nazionale avrebbe, come fine ultimo, la futura definizione dell'indirizzo politico.

dall'essere cerchie ampie. Mentre, per converso, singole imprese o specifici settori produttivi potrebbero apparire portatori di interessi particolari, ma che a ben vedere sono comunque collegabili ad altri più generali come l'occupazione, la politica economica in determinati territori o distretti, l'innovazione, ecc. In quest'ottica pare dunque imporsi un approccio che tenga conto non solo degli interessi, ma anche delle interazioni fra gli interessi, complessivamente attinti dalle leggi, dall'attività di governo e da quella amministrativa, in complicati contesti di multipolarità e di inter-reattività.

Si conferma però la difficoltà, quanto meno allo stato attuale dell'evoluzione del pensiero scientifico, di individuare in modo oggettivo e con sufficiente precisione e concretezza (nello spazio-tempo) gli interessi pubblici con le loro rispettive relazioni, in particolare sul piano dell'intensità e delle priorità, se non dopo che l'azione dei pubblici poteri ha avuto il proprio corso. O, comunque, di farlo con esiti suscettibili di applicazione pratica almeno tendenzialmente univoca.

Ciò conduce ad una notevole difficoltà di individuare (*ex ante*) un parametro sufficientemente preciso per l'attività politica e di governo (non senza riflessi eclatanti su quella amministrativa) all'esito delle quali, e tramite il prodotto delle quali, l'interesse pubblico si lascia realmente conoscere o riconoscere e prende corpo (*ex post*). Tanto è vero che la tradizione ci consegna tecniche di sindacato giurisdizionale e quindi di tutela incentrate non sul contenuto (sul merito) delle scelte pubbliche, quanto piuttosto sul rilievo di eventuali elementi sintomatici di disfunzione o di anomalia dei processi decisionali.

Recentissimi approdi teorici, secondo i quali l'interesse pubblico dovrebbe essere identificato con la massimizzazione del soddisfacimento dei diritti fondamentali,²⁶ da parte degli apparati pubblici, possono contribuire ad affrontare e risolvere le problematiche poc'anzi indicate, ma non sempre l'azione del legislatore e degli organi di governo intercetta in modo immediato e specifico i

26 Così L. PERFETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 134.

diritti fondamentali dei consociati, mentre i problemi della legittimazione delle scelte pubbliche e dell'individuazione del pubblico interesse sussistono anche negli ambiti che si trovano a restare sotto questo profilo scoperti.

Altro fronte di complessità teorica è insito nel modo in cui si devono intendere e concretizzare gli interessi reali che vengono portati al rango di interessi pubblici, fra due poli dati, rispettivamente: (i) dalla sensibilità soggettiva o dall'immaginario concreto prevalente nelle componenti sociali che ne sono portatrici, per un verso, e, per altro verso, (ii) dalla concezione di un ideale "portatore medio" degli interessi in questione, definita da chi vi abbia titolo per una propria particolare qualificazione sapienziale o politica.

Nel momento stesso in cui si supera la prospettiva individuale o categoriale, per riferire un interesse alla collettività intera, una valutazione di carattere obiettivo, quindi legata all'uomo medio, si direbbe quella più appropriata, ma ciò si riflette in modo non lieve sulla portata dei principi personalistico, pluralistico e di partecipazione (artt. 2, 3 e 49 Cost.). È evidente che, per tale via, si apre anche il problema della "chiave di decodifica" da utilizzare per "distillare" dal corpo sociale l'interesse pubblico in concreto. Come si passa dalle persone in carne ed ossa, animate (pregiuridicamente) da certi interessi e da correlative sensibilità ed ambizioni soggettive, non certo irrilevanti o secondarie nella Costituzione, all'uomo-medio titolare di quegli stessi interessi, per così dire, ragionevolmente obiettivati? In fondo echeggia, in questa domanda, la tensione, *in apicibus*, fra le polarità che definiscono e, al loro interno, delimitano la formula dello Stato liberaldemocratico.²⁷

Impostata così la questione, emerge anche l'ulteriore interrogativo, se addirittura un certo gruppo sociale o una certa parte della società possano errare nell'apprezzare e valutare il proprio interesse, nella prospettiva dell'aspirazione a vederlo riconosciuto in un certo modo nel prisma dell'interesse pubblico e,

²⁷ G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza*, cit., 12, individua due essenziali polarità entro cui si collocano le funzioni dei partiti negli assetti democratici, quelle di rappresentanza (il governo del popolo) e di legittimità procedurale (il governo per il popolo).

quindi, reclamare misure pubbliche legislative e/o amministrative non coincidenti con il proprio interesse effettivo. Si tratta, a ben vedere, di un'altra faccia della tematica dell'imprescindibilità ma anche dei limiti della rappresentanza e del ruolo delle *élites* nel sistema democratico.²⁸

Viene così a riproporsi il problema di dare vita a dispositivi funzionali all'identificazione ed alla selezione / al bilanciamento degli interessi reali, in vista della loro vestizione da interessi pubblici secondo i congegni del diritto pubblico ed amministrativo, con quanto ne consegue. A meno di volere riconoscere che il diritto entri in scena solo a valle delle reali scelte politiche e con una non molto profonda potenzialità orientativa o correttiva di esse.

Si può affermare che, allo stato, le plurime esigenze di “decodifica”, di cui sopra, trovino tradizionale soluzione nell'ordinamento giuridico (pubblicistico) tramite la combinazione della rappresentanza democratica, cui corrisponde una legittimazione soggettiva del decisore, e di procedure decisionali, trasparenti e partecipate, cui corrisponde una legittimazione di stampo più oggettivo della decisione stessa.²⁹

28 Anche la letteratura giuridica sulle *élites* è estremamente ampia. Ai nostri fini si possono citare, fra i molti contributi, A. SRTERPA, *Come tenere insieme la “disintermediazione istituzionale” e la rappresentanza della Nazione?* in *Federalismi.it*, 2018; F. PARTRONI GRIFFI, *Elite e partiti politici in Europa: à la recherche di una classe dirigente tra crisi e nuovi modelli di democrazia e di integrazione europea*, ivi; ID, *Elite politiche e amministrative tra crisi della democrazia e riforme dell'amministrazione*, ivi, 2017.

29 G. SORRENTI, *Introduzione*, cit., 1, ricorda come nella dogmatica dello Stato ottocentesco l'indirizzo politico fosse connotato in senso spiccatamente autoritario ed intriso, come tutto il potere pubblico, di sostanza volontaristica e dunque bisognose di rielaborazione per risultare conciliabile con la trama democratica della Costituzione. Anche L. D'ANDREA, *L'indirizzo*, cit., 77 ss. dà risalto al superamento dell'idea di Stato moderno volto a conformare la realtà sociale secondo un coerente ed unitario progetto politico, anche per effetto di un'autoreferenziale chiusura del sistema politico-istituzionale rispetto alla multiforme ed incessante dinamica socio-economica. Una volta pienamente avvertita l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali, prosegue l'Autore, l'unità del sistema deve essere guadagnata non già per via autoritaria, malgrado o contro le differenze ravvisabili nel tessuto della comunità, quanto piuttosto attraverso il contributo partecipativo delle stesse. Così riconosciuti e valorizzati i principi pluralistico e partecipativo, si giunge alla conclusione secondo cui l'indirizzo politico deve essere delineato e ricostruito in termini compatibili con la fisionomia di un sistema che protegge pienamente le libertà negative ed i diritti civili e che viene incessantemente edificato dalla partecipazione di tutti i cittadini, non da ultimo attraverso il pluripartitismo (*id.* p. 79). Analogamente G. SORRENTI, *Introduzione*, cit., 8, osserva come l'attributo della sovranità sia conferito alla totalità dei cittadini, non come realizzazione della volontà popolare convogliata nel canale rappresentativo, bensì quale garanzia della partecipazione di tutti al governo della cosa pubblica e dell'implementazione dei diritti fondamentali.

Altrettanto ovvio ed ineludibile è l'ulteriore problema insito nel fatto che la società odierna e le sue componenti sono attraversate da insiemi di interessi fra loro confliggenti o non pienamente armonizzabili e ciò si riflette sul trattamento degli interessi pubblici che possono essere riconosciuti come tali (sia pure con tutte le incertezze e difficoltà dianzi menzionate). Essi, infatti, non vivono in forma irrelata e sono invece necessariamente destinati a forme di reciproca interferenza e di temperamento da gestirsi, secondo quanto insegna la giurisprudenza costituzionale, nel rispetto dal canone della ragionevolezza-proporzionalità, costituente un limite per il decisore politico (financo nella funzione legislativa), quantunque egli sia portatore di investitura rappresentativa.³⁰

Per quanto concerne il ruolo di tale decisore, in questo quadro, sono immaginabili un atteggiamento simile a quello del mediatore, tale da riflettere ed assecondare le tendenze ed i rapporti di forza che si sviluppano nelle dinamiche sociali o, invece, un diverso atteggiamento più “valutativo”, orientato a determinati valori assunti come unificanti e forieri del bene comune oltre gli interessi particolari, verso i quali indirizzare le anzidette dinamiche storiche.

Ecco, dunque, uno spazio fisiologico della politica, collocabile tuttavia entro una cornice giuridica che può (e dovrebbe) limitarla e la guidarla (quanto meno con la ragionevolezza-proporzionalità e l'incomprimibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, di carattere sia individuale sia civico-politico); cornice che, però, appare in attesa di essere ancora alquanto affinata – in primo luogo probabilmente nella disciplina dei partiti, in attuazione dell'art. 49 Cost.³¹

³⁰ Cfr. Corte costituzionale – Servizio Studi, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, in www.cortecostituzionale.it, nonché, ad esempio, R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento della giurisprudenza costituzionale*, ne *Lo Stato*, 2022, 257 ss.; G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, www.forumcostituzionale.it, 2015; A. Morrone, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2008, II, 185; R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione*, in V. Angiolini (cur), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a Torino 1992, 45 ss. il noto “caso Ilva” ha dato luogo ad ampie riflessioni sul tema del bilanciamento, raccolte nella rivista *Federalismi.it*, n. 15/2013 ed ancora recentemente riprese da A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al ‘caso Ilva’*, in *Federalismi.it*, 2019.

³¹ La necessità di attuare effettivamente l'art. 49 Cost. tramite una normativa sui partiti politici è tornata recentemente al centro dell'attenzione di alcuni Studiosi, dopo che ha preso

– per assolvere a tale ruolo in un modo più preciso ed in ultima analisi utile ed efficace.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, quello spazio, della politica, sebbene non privo di limiti giuridici, si rivela oggi ancora molto ampio ed ambiguo, anche a non volersi considerare l'ulteriore problematica della negoziazione dell'interesse pubblico con quello privato,³² fino alla soglia di quella che è stata definita una relativizzazione della stessa differenza fra la situazione di autonomia (dei privati) e quella della discrezionalità (dell'amministrazione).³³

Se si ragionasse diversamente, e cioè si rinunciassero ad enucleare regole di funzionamento del ceto politico, dei partiti e della politica nel senso indicato, si finirebbe per puntare tutto sulla mediazione (sia pure realizzata tramite procedure disciplinate e partecipate) e dunque si andrebbe tendenzialmente al traino della realtà, che le forme del diritto si limiterebbero a vestire di un ingannevole manto di presunta giustizia. Fra l'altro con l'effetto di sovraesporre tendenzialmente l'amministrazione rispetto alla legislazione. A ben vedere, in una situazione del genere non potrebbe dirsi garantita neppure l'osservanza dei principi

avvio il dibattito scientifico sulla proposta di modifica della Costituzione riguardante il cd. premierato. Talune voci si sono levate nel senso che la prima e non invece la seconda riforma siano da perseguire per affrontare con spirito democratico e nel solco dei valori fondamentali della Carta i problemi della complessità del nostro tempo. In tema cfr., ad esempio, G. SORRENTI, *Introduzione*, cit., 18 ss., per una legge sui partiti che, recuperandone la democraticità interna e l'effettiva capacità rappresentativa, ne inverta il processo di dissoluzione (fermo restando il problema della dissoluzione della stessa società che essi dovrebbero rappresentare); in tema anche R. Bin, *Riforme costituzionali per rafforzare l'esecutivo. Qualche riflessione*, in *Federalismi.it*, 2023. Ciò non esclude che nella scienza, al momento essenzialmente in quella politica, si possa ragionare anche su una storicità e quindi su un superamento della democrazia dei partiti (cfr. D. R. PICCIO, *La scommessa*, cit., 67). Ma dal punto di vista giuridico si direbbe a tal fine imprescindibile una modifica del quadro costituzionale.

32 In tema cfr., fra i tanti, E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblicistici, dogmatica giuridica e giurisprudenza degli interessi: la riflessione di Giuseppe Pericu*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo tra ordine sistematico e realtà economico-sociale. Scritti in ricordo di Giuseppe Pericu*, Torino, 2024; S. COGLIANI, *La negoziazione e l'interesse pubblico*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, 1 ss.; ID, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 543 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

33 Per un quadro in tema cfr. M. DIFINO, *Discrezionalità amministrativa-autonomia privata, autorità-consenso, potere-rapporto: diadi a confronto. E, quindi, la questione del se conviene essere volpe, riccio o magari un pacifico thaumoctopus mimicus*, in *Federalismi.it*, 2021.

fondamentali della Costituzione, per quanto elastici questi siano. Inoltre, in assenza di parametri idonei a fornire legittimità agli esiti delle mediazioni (se considerate di per sé un valore ed un obiettivo), queste ultime rischierebbero di risolversi nella prevalenza dei più forti o dei più violenti. In una prospettiva di medio-lungo periodo potrebbero trovarsi ad essere delegittimate e minacciate le istituzioni nel loro complesso.

Ulteriori aspetti di rilievo, nell'analisi dell'interesse pubblico in chiave giuridica, e dei parametri a tal fine rilevanti, riguardano la "scala" sulla quale innestare il ragionamento. Questa è data da singoli procedimenti e dai rispettivi esiti? O, invece, è più appropriato impostarla ad un livello di politiche intese in un senso più ampio quanto ad ambiti o settori, in modo da rendere ragione più adeguatamente degli effetti reali e complessivi dell'azione dei poteri pubblici sulla collettività? Ma non è tutto perché, analogamente, si pone il tema della scala temporale sulla quale ragionare, che può dare una maggiore profondità all'azione politica tramite un'articolazione nel tempo, adeguatamente garantita, dell'opera di mediazione e di compromesso fra i vari interessi pubblici (anche a tacere del recente emergere dei cd. diritti delle future generazioni³⁴). Ragionare, giuridicamente, anche in termini di politiche, anziché soltanto di meri e distinti poteri amministrativi, in un quadro intersettoriale e di medio-lungo periodo, fornirebbe un'opportunità di più ordinata, sistematica e trasparente gestione degli interessi pubblici e della loro armonizzazione con i diritti e gli interessi dei privati.

Ciò riporta, ancora una volta, al tema di fondo, relativo alla necessità di una più stringente disciplina giuridica della politica, affinché questa possa legittimamente e più persuasivamente giungere, sul campo della definizione e concretizzazione dell'interesse pubblico e della sintesi delle anime della società, là

34 In tema cfr. l'ampia serie di lavori contenuta in Corte costituzionale – Servizio Studi, *I diritti delle nuove generazioni nel nuovo art. 9 Cost.*, Sezione contributi di dottrina, nonché il Quaderno *I diritti delle future generazioni: ambiente e salute*, entrambi in www.cortecostituzionale.it, 2023; F. CIRILLO, «Anche nell'interesse delle future generazioni»? Un'indagine sul richiamo alla posterità, in www.dpconline.it, 2023.

dove invece gli odierni dispositivi organizzativi e procedurali del diritto non possono arrivare da soli.

In base alle esperienze e conoscenze attuali, si direbbe che un ruolo di rilievo, in tal senso, debba essere ancora svolto dai partiti politici, sia pure opportunamente riorganizzati e regolati da un'adeguata riforma.³⁵

Altrimenti i principi, i valori, l'interesse pubblico e dunque i cardini del complessivo ordinamento rischiano di assurgere ad elementi di una narrazione ampiamente illusoria, in realtà destinata ad assicurare semplicemente, tramite un consenso popolare ottenuto in modo non trasparente, l'effettività di un sistema che obbedisce ad altre regole. Così inteso, l'ordinamento giuridico riuscirebbe, al massimo, ad assicurare un certo frazionamento del potere pubblico ed un certo grado di alternanza fra *élites* (nella migliore delle ipotesi). Il che, però, corrisponderebbe forse ad una diversa cornice costituzionale rispetto a quella vigente.

Le considerazioni fin qui esposte – ampiamente corroborate nel frattempo anche da una serie di studi più recenti rispetto a quello da cui si sono prese le mosse³⁶ – sono state riprese e sviluppate in un secondo lavoro,³⁷ occasionato in modo ghiotto da una *call for papers* incentrata sulla complessità.

Indubbiamente il tema dell'inquadramento giuridico della politica, il nodo dell'interesse pubblico e le questioni dell'azione dei pubblici poteri nello scenario della società e dell'economia hanno molto a che fare con la complessità postmoderna.

Prendendo le mosse da un insieme di studi dedicati a quest'ultima³⁸ e rapportandovi le tematiche qui di interesse, si è potuta tracciare, sia pure in notevole sintesi, l'evoluzione dell'ordinamento, dalla relativa semplicità di quello

³⁵ Sulle recenti proposte di riforma della disciplina dei partiti cfr., ad esempio, G. DONATO, *Politica nazionale*, cit. 66 ss..

³⁶ Si vedano, ad esempio, gli studi richiamati nella nota 31.

³⁷ G. TACCOGNA, *The challenge*, cit.

³⁸ Ad esempio, E. MORIN, *La sfida della complessità*, Firenze, 2017; Id, *La crisi della cultura*, in C. Simonigh, *Pensare la complessità per un umanesimo planetario*, Milano, 2012, 13; M. C. TAYLOR, *Il momento della complessità. L'emergere di una cultura a rete*, Torino, 2005.

liberale, alle opposte caratteristiche di quello cd. pluriclasse prima ed infine di quello attuale. Anche da questo punto di vista viene agevolmente in risalto l'imprecisione del pur cruciale concetto di interesse pubblico, non da ultimo in ragione dell'ormai acquisita compenetrazione fra le istituzioni pubbliche ed amministrative, da un lato, e la società e l'economia, dall'altro.

In tale contesto è stato annotato come i titolari di uffici pubblici nelle istituzioni di governo e negli apparati amministrativi possano legittimamente incarnare specifiche sensibilità e concezioni della società in parte diverse fra loro (purché entro uno spettro di plausibilità), che sono chiamati a riflettere, ma non possano invece pretendere (per una sorta di partigianeria) di non considerare o pretermettere interessi comunque portati a rilevanza attraverso le previste forme organizzative e partecipative, né di dare spazio *a priori* ad interessi particolari, semplicemente con l'idea che il soddisfacimento di questi possa arrecare una qualche forma di beneficio anche alla società, ad esempio in termini di crescita economica complessiva, o addirittura celandoli nelle pieghe della complessità, come se il particolarismo e l'approfittamento fossero in qualche modo giustificabili perché astrattamente alla portata di ogni altro consociato nel sistema democratico e comunque diffusi nella società del nostro tempo.

Gli obblighi costituzionali di solidarietà generale fra consociati e, per i titolari di uffici ed impieghi pubblici, i doveri di fedeltà alla Repubblica e di servizio esclusivo della Nazione, oltre al principio di trasparenza del settore pubblico, sono invocabili a sostegno di quanto appena osservato.

Ma il problema di una maggiore precisazione degli indicati limiti e di una loro univoca traduzione in concreto rimane aperto anche da questo punto di vista, per certi versi esaltato dalla complessità del postmoderno. Un contributo, non certo esclusivo, ad una più efficace osservanza degli anzidetti canoni fondamentali, potrebbe certamente derivare dalle discipline amministrative della

cd. anticorruzione, se forgiate e gestite in un modo al tempo stesso equilibrato (per una maggiore accettazione e penetrazione sociale) ed efficace.³⁹

Ma resterebbe il nodo della necessità di una riorganizzazione dei partiti politici e della politica, lungo la medesima direttrice e sulla base di un'adeguata disciplina giuridica, indicata ormai da un numero crescente di Autori, alcuni anche catalizzati, per certi versi, dalla riflessione scientifica intorno all'attuale progetto di riforma costituzionale nel senso del cd. premierato,⁴⁰ prospettato come una soluzione drastica al tema del governo della complessità.

3. La pratica, quanto all'interesse pubblico come emergente dal caso giudiziario ligure

Il diritto, dunque, pur apprestando regole di organizzazione e di azione degli apparati pubblici, e certamente regolandone, a tratti addirittura iper-regolandone,⁴¹ il funzionamento ed i meccanismi decisionali, non ha voluto fino ad oggi parlare troppo chiaro alla politica, che pure quei meccanismi in parte anima, alimenta ed in parte comunque fortemente influenza.

Nel sistema democratico le cariche politiche e pubbliche non possono essere riservate ai cultori della corrispondente branca della scienza giuridica ed

³⁹ Questo l'assunto prospettato in G. TACCOGNA, *The Challenge*, cit.

⁴⁰ In tema si può rinviare all'insieme di studi contenuti in AaVv, *Focus – Riforme istituzionali e forma di governo*, in *Federalismi.it*, 2023. Più recentemente è tornato in tema, ad esempio, A. RUGGERI, *L'indirizzo*, cit., xii, il quale individua come causa endemica dell'instabilità che ha segnato l'intero svolgimento della vita politico-istituzionale del nostro Paese il pluripartitismo esasperato e, poco oltre, la crisi dei partiti e le strutturali carenze del personale politico, senza che ad avviso dell'Autore il problema sia superabile con forme di concentrazione del potere, come avverrebbe con il cd. premierato. Sulla crisi dei partiti e sulla loro liquefazione che ha dato vita a forme di personalizzazione del potere attraverso *leadership* esasperate, cfr. G. SORRENTI, *Introduzione*, cit. 11, s.

⁴¹ Afferma A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2017* (relazione alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Consiglio di Stato, 2007), in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 147, che nelle società complesse vi è sempre un grado di incertezza, insuscettibile di essere eliminata od essere governata con la semplice moltiplicazione delle regole. In questo contesto l'iperregolazione è vista come un fenomeno tipico di sistemi nei quali prevale la sfiducia; poiché non ci si fida gli uni degli altri, si cerca di sostituire la *cooperazione* con la *coazione*, imposta appunto attraverso le regole. Tesi, queste, riprese e sottolineate nei commenti pubblicati a corredo nella stessa Rivista. In senso critico verso l'iperregolazione cfr. altresì G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325; G. VESPERINI, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 497.

ovviamente risultano, invece, del tutto accessibili a titolari che, in piena legittimità, possono non avere una totale dimestichezza con le complicate questioni e modellazioni trattate nel precedente paragrafo.

Verosimilmente, non disponendo di paradigmi giuridici semplici (per l'obsolescenza di quelli più classici), essi agiscono, dunque, secondo le abitudini e le pratiche nel tempo sedimentate entro il ceto politico, a tratti facendole evolvere secondo intuizioni o strategie collocabili nello stesso "incubatore" dell'immaginario della politica. Nondimeno si giunge poi, inevitabilmente, ad un punto nel quale, attraverso il diritto, le corrispondenti dinamiche e decisioni passano, espressamente od in modo dissimulato, dalla sfera della politica a quella istituzionale e trovano veste giuridico-amministrativa. Ma resta dubbio quanto efficacemente in realtà il diritto stesso sia in grado di guidare o almeno di orientare il fenomeno, piuttosto che di rifletterlo con il decoro (a tratti fuorviante) delle proprie forme.

Paradigmatica (anche se ben lungi dall'essere singolare), e per questo assunta quale oggetto di questo studio, è la recente vicenda giudiziaria ligure.

Una delle accuse mosse al presidente della regione si lascia sinteticamente riassumere come in appresso, per quanto di rilievo ai fini di questo studio e nel modo più "neutro" possibile.

Si narra di una serie di incontri, a bordo dello yacht di un noto imprenditore con radicati interessi nelle attività economiche portuali, cioè in una sede extraistituzionale, a quanto pare utilizzata d'abitudine come una sorta di ufficio dell'operatore interessato. Gli argomenti trattati con il presidente della regione ed in alcuni casi anche con il presidente dell'autorità portuale essenzialmente riguarderebbero aspirazioni e le richieste dell'imprenditore inerenti, per un verso, a vicende del porto e, per altro verso ad una pratica edilizia e demaniale marittima riguardante proprietà immobiliari della sua famiglia nella riviera di ponente.

Nel contempo, ed in direzione opposta, vi sarebbe stata la ripetuta sollecitazione, da parte del presidente della regione, affinché fossero erogati dal suo

interlocutore attraverso le proprie imprese, finanziamenti, nelle forme previste dalla legge, a beneficio del proprio movimento politico, fortemente *leaderista*,⁴² ma senza, a suo dire, alcun un nesso di corrispettività con l'interessamento per le questioni portuali e immobilariistiche che stavano a cuore dell'interlocutore, ad onta della sovrapposizione di tali tematiche negli incontri e nelle telefonate intercettati.

Consequentemente il titolare dell'organo politico di vertice avrebbe esercitato la propria influenza sul presidente dell'autorità di sistema portuale (nominato dal Ministro delle Infrastrutture, d'intesa con il primo) nonché sul componente designato dalla regione in seno al comitato portuale, per far approvare, in favore di una società appartenente a quell'imprenditore, di cui sopra, una proroga trentennale della concessione di un *terminal* per rinfuse. Ciò sarebbe avvenuto mentre era prevista ed imminente la realizzazione di una grande opera infrastrutturale (la nuova diga foranea), che avrebbe fatto assumere una diversa e più redditizia vocazione funzionale al compendio in questione, al servizio dei traffici di contenitori, ed in tal senso era anche in corso di aggiornamento il piano regolatore portuale. La durata trentennale della proroga sarebbe stata illogica, in questo scenario, stante l'ampiamente prevedibile necessaria conversione del *terminal* rinfuse entro un orizzonte temporale molto più breve, ma avrebbe favorito di fatto l'operatore economico coinvolto, per il suo anticipato "posizionamento" strategico nel sito.

Non è dato di sapere se per mero caso, una volta ottenuta la controversa proroga, parte rilevante delle quote della società beneficiaria era ceduta ad un colosso internazionale del trasporto marittimo containerizzato ad un prezzo a quanto pare molto elevato.

Questo essendo il quadro d'accusa, le risposte fornite dal presidente in sede di primo interrogatorio (ampiamente riportate dai mezzi di informazione) lasciano intendere taluni aspetti, rilevanti per il nostro studio, del modo in cui

42 Su quella che viene definita la pervasività del modello del partito personale cfr., ad esempio, G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza*, cit., 10.

sembra avere funzionato la politica in questo caso e, verosimilmente, funziona in molti altri.

Sostanzialmente il presidente della regione avrebbe riferito agli inquirenti di avere valutato, sul piano politico, le varie ricordate aspirazioni dell'imprenditore come meritevoli e, quindi, di essersi attivato, con la sua influenza politica, presso i titolari degli organi pubblici interessati, per perorare le corrispondenti cause. Ma sempre solo per sincerarsi che fosse fatto, da chi di competenza, tutto quanto possibile per dare favorevole corso alle iniziative in questione nei limiti della legittimità e della legalità.

La corrispondente valutazione politica, rivendicata dal presidente consisterebbe, cioè, nel voler incoraggiare (legittimamente) gli imprenditori che compiono investimenti sul territorio, in funzione dello sviluppo locale.

Più in dettaglio, riguardo alla questione del *terminal* rinfuse, l'interessamento del presidente per una sollecita definizione della pratica si spiegherebbe in ragione del fatto che, in caso contrario, si sarebbero alimentate tensioni nel porto e vi sarebbero stati riflessi di stampa sfavorevoli.

Nella sostanza il presidente, da un lato, avrebbe temuto iniziative impugnatorie dell'imprenditore suo interlocutore interessato al *terminal* rinfuse, ove non fossero state soddisfatte le aspirazioni del medesimo, con il possibile effetto di rallentare lo sviluppo della nuova infrastrutturazione complessiva dello scalo e, dall'altro lato, avrebbe voluto contribuire all'attuazione di un complessivo assetto delle concessioni e dei *terminal* dello scalo sostanzialmente concertato con la maggior parte dei principali operatori interessati, sulla base di intese raggiunte non senza difficoltà sul piano politico. Al punto che, sul quanto ai tempi del procedimento, sarebbe stato consentito a tutti i soggetti coinvolti – dal presidente dell'autorità di sistema, ai componenti del comitato espressi da regione e comune, all'imprenditore direttamente interessato e ad altro terminalista privato concessionario di un compendio attiguo – di interloquire nell'elaborazione di un testo finale della decisiva delibera, che fosse condiviso da tutti.

La mediazione e l'azione consensuale – peraltro non previamente pubblicate e non apertamente partecipate – avrebbero così condotto ad individuare nella sfera della politica quello che, per il presidente della regione, era il pubblico interesse che l'autorità di sistema portuale avrebbe dovuto perseguire ed assicurare. Una sorta di pace negoziata fra alcuni degli operatori portuali più in vista, per il bene del porto; indipendentemente da una valutazione esplicita ed obiettiva della vicenda e delle prospettive ed esigenze di sviluppo dello scalo e del territorio circostante, da un punto di vista più ampio rispetto alla contesa fra gli operatori economici più immediatamente interessati.

E' rimasta così sullo sfondo la domanda, se non fosse illogico prorogare per trent'anni la concessione di un terminal, mentre era già chiaro a tutti che quel compendio entro pochi anni fosse destinato ad assumere una diversa funzione logistico-portuale. Alcuni componenti dell'organo deliberativo dell'autorità portuale, competente a decidere, si sono dimostrati orientati in senso contrario, proprio per tale motivo, ma il presidente della regione avrebbe ritenuto doveroso un loro allineamento alle posizioni – politiche – dei vertici degli enti che li avevano designati (regione e comune).

Posizioni che, a quando pare, nel confronto con gli inquirenti il presidente avrebbe considerato magari contraddittorie sul piano logico, ma (nella sua visione) non anche su quello amministrativo (o, forse, di ciò che la politica pensa sia l'amministrazione). Sicché nel modo di ragionare del politico, l'attività amministrativa potrebbe ben incorporare decisioni illogiche, se comunque ispirate da esigenze meritevoli di soddisfazione. Così sul piano amministrativo si giustificerebbero anche soluzioni all'apparenza illogiche. Il che segna l'abissale distanza fra l'orizzonte concettuale della politica e quello del diritto.

In sintesi, trapela una concezione improntata a decisioni verticistiche e pre-giuridiche (maturate nel mondo di una politica libera da regole giuridiche cogenti e leaderistica)⁴³ in ordine alla concreta definizione del pubblico interes-

43 Cfr. la nota 16. Non sfugge, ovviamente, che anche il polo opposto, recentemente sperimentato in concreto nel nostro Paese, abbia fornito pessima prova di sé, dando luogo,

se nel contesto spaziale e temporale che viene in rilievo; decisioni le quali trarrebbero la loro legittimazione essenzialmente dalla consacrazione elettorale del presidente della regione e da una preminenza della sua volontà per i titolari di organi pubblici nell'ambito dell'autorità di sistema portuale. Rilevante per la collettività dovrebbe essere l'*output*⁴⁴ (annunciato, atteso, auspicato sviluppo del porto e dell'economia locale) assai più che l'*input* (trasparenza, partecipazione, motivazione delle scelte).

Appare nel contempo svalutata la dinamica propriamente giuridica, in particolare dell'esercizio dei poteri nell'alveo procedimentale, con il venire in essere per gradi di decisioni pubbliche non preconfezionate e non già stabilite a monte in sede politica.

Gli stimoli offerti per l'approfondimento degli studi giuridico-amministrativi sulla necessità di una più precisa disciplina della politica, nella prospettiva del pubblico interesse, sono dunque molteplici.

Incidentalmente si osserva che, da altro punto di vista, si potrebbe essere indotti nella tentazione di ulteriormente riflettere su quale possa e debba essere, in questi casi, lo spazio degli attori della scena penalistica, fra cui in particolare gli inquirenti ed i giudicanti. A prima vista non appare del tutto chiaro se sia il modello pubblicistico ed amministrativistico ed essere rilevante, con le segnalate imprecisioni ed incertezze riguardo alle tematiche relative al pubblico interesse; se, cioè, il diritto penale operi qui in modo riflesso o se, invece, esso

come nota A. RUGGERI, *L'indirizzo*, cit., xv, ad una confusione della democrazia con l'olocrazia e snaturando la prima per dare spazio a decisioni politiche assunte da masse informi di individui, sotto la spinta di impulsi passionali, anziché per effetto del libero confronto svolto in sedi istituzionali adeguate.

44 C. Bassu, *Le nuove frontiere della rappresentanza politica*, in *Percorsi cost.*, 2017, 26, richiama le idee, anche di livello europeo, della cd. *output oriented legitimization*, basata sull'efficienza funzionale piuttosto che sul fondamento democratico. Osserva G. Sorrenti, *Introduzione*, cit., 15, richiamando altra voce dottrinale, che la mitologia della governabilità risponde nel complesso all'idea di un buongoverno *ex parte principis* e non *ex parte populi*, con un esito di semplificazione della complessità sociale tramite drastica selezione delle domande emergenti dal basso. Come se, venuti meno quel nucleo di principi unificanti che in passato fungevano da *arché* a partire dal quale fosse possibile costruire la coesione del gruppo sociale – partiti, Costituzione, sovranità – la teoria dell'indirizzo politico risultasse insostenibile e destinata ad essere soppiantata da quella della funzione di governo.

si orienti a modelli di ragionamento autonomi ed eventualmente semplificati, con l'effetto eclatante di una delegittimazione e sostanziale rimozione dell'organo di governo regionale. Ma non vi è lo spazio per indugiare su questi profili.

4. Segue

In che modo si delineano, dunque, per un verso il raggio d'azione della politica e, per l'altro, il pubblico interesse in un caso specifico come quello che ha riguardato il porto di Genova, poc'anzi riportato, al di là delle forse non più appaganti concezioni e modellazioni generali consegnateci dalla tradizione amministrativistica ?

Un breve sguardo alla disciplina settoriale agevola il ragionamento.

Il porto in questione è un bene pubblico, infrastrutturato (anche) con rilevanti risorse pubbliche, destinato a svolgere una funzione nodale nella rete della logistica nazionale, con riflessi su ampi settori dell'economia.

Le attività dei terminalisti sono configurate dalla legge, n. 84/1994, come attività imprenditoriali destinate ad essere svolte da operatori privati, in concorrenza fra loro, entro un quadro di discipline e strumenti pubblicistici che si dipana dalla pianificazione nazionale, passa per quella portuale, fino a giungere al rilascio delle concessioni delle banchine.

Nel disegno della legge si schiudono dunque spazi per l'iniziativa economica privata, dei terminalisti, entro una cornice che il legislatore ritiene di dovere tracciare ed orientare secondo il modello dell'art. 41.3 Cost., modernamente inteso.⁴⁵

L'impostazione ordinamentale è nel senso che una serie di scelte strategiche debbano essere fatte dai pubblici poteri e, a valle di queste, la concorrenza debba premiare, in sede di rilascio delle concessioni, gli operatori portuali disposti ad assicurare nel modo migliore la realizzazione di quelle strategie.

⁴⁵ In tema sia consentito di rinviare a G. TACCOGNA, *I nuovi piani regolatori dei porti di rilevanza internazionale e nazionale e le problematiche giuridiche connesse alle previsioni delle destinazioni funzionali delle aree operative*, in *Dir. mar.*, 2023, 810 ss.); cfr. altresì, più in generale, S. M. CARBONE – F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, Milano, 2019.

Una peculiarità del settore consiste nella mancata separazione, da parte della l. n. 84/1994, nell'autorità di sistema portuale, delle competenze degli organi di governo e degli organi di gestione, tanto che il comitato approva gli atti pianificatori e rilascia le concessioni di più lunga durata e, quindi, di maggiore appetibilità economica, mentre il presidente rilascia quelle più brevi. Tale assetto, costituente sul piano giuridico-amministrativo una sorta di residuo di tempi che furono, accentua ed esalta le problematiche in esame nel presente studio, rivelandosi paradossalmente utile in tale (limitato) senso.

A parte quest'ultima incidentale osservazione, ciò che emerge sul campo, grazie a quanto eccezionalmente è dato conoscere *ab externo* delle risultanze dell'indagine giudiziaria ligure, è che nel mondo della politica, animato in larga parte da persone le quali sono, nel contempo, titolari di incarichi pubblici, tale duplicità di ruoli non risulta valorizzata e l'impostazione del modo di amministrare il porto diverge dallo schema formale desumibile dalla legislazione di settore.

Come molto spesso si è verificato nella storia italiana, le pianificazioni procedono a rilento ed al rimorchio della realtà; nel frattempo l'attività di governo ed amministrativa fluisce, lungo altre direttrici, non sempre e non necessariamente sulla base di quadri conoscitivi sufficienti ed aggiornati; appare difficile negare un certo difetto di reale trasparenza di *input* nella formazione delle decisioni.

Accade così che il disegno di sviluppo (strategico ?) dello scalo, tracciato in via generale ed astratta dalla legge nel modo poc'anzi descritto, corra il rischio di essere rimesso alle aspirazioni ed istanze dei terminalisti (malgrado i rilevanti investimenti pubblici e la valenza strategica del singolo porto per l'intero sistema logistico nazionale) e la concorrenza fra tali operatori finisca per essere essenzialmente giocata non nelle procedure di rilascio delle concessioni, a valle della pianificazione pubblica, ma su una scala ben più larga, coinvolgente in modo diretto anche i titolari delle più alte cariche politiche.

L'interesse pubblico allo sviluppo dei traffici (previsto e riconosciuto dalla legge portuale) viene così ad avvicinarsi molto alla realizzazione degli interessi privati dei principali terminalisti, i quali si affermano e si consolidano sulla scena in ampia parte per “selezione darwiniana” o, comunque, filtrata in sede politica.

Il ruolo delle Istituzioni tende a ridursi a quello di mediazione fra gli attori economici e sociali più forti, secondo l'idea che questo agevolerebbe l'ottenimento di condizioni più idonee allo sviluppo del porto e dell'indotto.

Le scelte in tal senso si trattengono ad un livello politico non per forza coincidente con quello dei titolari delle competenze amministrative destinate a dare corpo alle decisioni ed alla formazione degli atti corrispondenti e questo meccanismo si realizza attraverso canali diversi da quelli codificati per l'attività di indirizzo (pianificazione, vigilanza, ecc.).

La tenuta e la riuscita di un tale modello postula pratiche di dialogo, di negoziato e di accordo informale, fra i vertici politici e gli operatori ritenuti idonei a concorrere allo sviluppo; pratiche frequentemente ambientate in sedi diverse da quelle istituzionali e procedimentali, riservate e non aperte a trasparenza e partecipazione.

La legge rimane un aspetto da osservare formalmente, o da far apparire osservato, ma il motore ed il timone delle dinamiche istituzionali e relative all'esercizio del potere si rinvergono altrove.

In questa visione l'*accountability* della politica non è disconosciuta, ma si denota una tendenza a misurarla sui risultati conseguiti per tali vie e non sulle peculiarità inerenti all'esercizio del potere in sé considerato; non senza un supporto di “*marketing*” destinato a narrare ed a far apparire (o almeno a far credere) che i governanti abbiano effettivamente realizzato il bene comune.⁴⁶

46 Senza pretese di completezza si può rinviare, a titolo esemplificativo, a I. SPADARO, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. Online*, 2020, 17 ss.; M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vecchi rimedi o nuove regole?*, in *Federalismi.it*, 2018; V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa intendiamo oggi per media?*, in M. Manetti, R. Borello (cur.), *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena, 2019, 17.

Su tutto questo si innesta inevitabilmente anche il tema del finanziamento della politica e degli stessi politici di vertice che tengono le fila delle descritte modalità di funzionamento delle istituzioni e dei poteri pubblici.

5. Il pasticcio della politica, dell'interesse pubblico e del diritto

In uno scritto specialistico di diritto amministrativo ciò che si è esposto nei due precedenti paragrafi può sembrare inconcepibile, rispetto alla tradizione ed ai capisaldi della nostra scienza. Trattarne può apparire un fuor d'opera, se non una dissacrazione, anche a causa dell'evidenza che viene offerta allo iato fra la concezione giuridica (deontica) della democrazia, del potere e dell'interesse pubblico, da un lato, e rilevazione (descrittiva, ma in questo caso eccezionalmente asseverata dagli atti dell'indagine penale) dell'andamento di quelle stesse cose nella realtà. Non ci si trova soli a confrontarsi con questo scenario che, sia pure entro un percorso di ricerca in parte diverso, una voce autorevolissima ha ultimamente concorso ad individuare come un vero e proprio nodo per la dottrina, parlando dei luoghi di frattura nei quali si vede con chiarezza l'emergere di un sistema di poteri, condizioni sociali, forze, assetti, del tutto incompatibili con quelli costitutivi dello Stato-costituzionale-di-diritto.⁴⁷

In uno studio televisivo o in un incontro rotariano o, ancora, in una conversazione del tutto informale fra addetti ai lavori, qualcuno suggerirebbe di distinguere fra la vera e propria sfera dell'antigiuridico e quella della cosiddetta questione morale, quest'ultima considerata non completamente sovrapponibile alla prospettiva del diritto ed in compenso accessibile anche alle opinioni di chi il diritto non conosce nel dettaglio.

In questo particolare cono prospettico la descritta "tracimazione" e la conseguente predominanza degli attori e dei costumi della politica (a scapito di un funzionamento non di facciata degli istituti e delle regole del diritto amministrativo) non sarebbe in sé da riprovare o, comunque, da correggere. Semplice-

⁴⁷ Così L. PERFETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 53.

mente tali pratiche dovrebbero rispondere a canoni a loro volta non (strettamente) giuridici, dati dal concetto corrente di morale o di etica.

Sennonché questi sono alquanto sfuggenti, poiché fanno difetto sia uno specifico e condiviso criterio di distinzione delle due sfere (giuridica e morale), sia una chiara e condivisa concezione del perimetro e delle regole della questione morale, nello scenario della collettività pluralista e nell'*agorà*; a conferma della mancanza di chiarezza riguardo alla questione, a sua volta emersa in dottrina,⁴⁸ dell'individuazione degli spazi rimessi alla decisione politica e di quelli ad essa sottratti.

Occorre ammettere che, in parte, tutto ciò si deve anche alle evidenziate criticità dello strumentario teorico-giuridico riguardante il pubblico interesse; troppo sofisticato ed evanescente al tempo stesso, per offrire un paradigma ben comprensibile e sufficientemente maneggevole anche al di fuori del ceto degli studiosi del diritto.

Ad esempio, non è ben spiegato o stabilito dal diritto quanto il principio della responsabilità politica (riconosciuto in via del tutto generale dall'art. 95 Cost.), corollario di quello democratico, consenta ai titolari di organi di governo di agire, al di fuori della sfera delle competenze e degli atti formali, ma con condotte che possono essere gravide di conseguenze nei fatti, per raggiungere risultati concreti ritenuti di pubblico interesse e ricondotti alla suddetta responsabilità.⁴⁹

Nel nostro caso di studio lo sviluppo dei traffici portuali – che si realizza attraverso la pianificazione e l'infrastrutturazione degli scali, la selezione dei

48 G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza*, cit., 2.

49 Non è privo di suggestione il fatto che negli studi anche più moderni sull'indirizzo politico si avverta e si denunci lo spostamento, col tempo in misura sempre più consistente, registratosi del potere di elaborazione di decisioni politiche dalle sedi cui esso è stato istituzionalmente demandato – come se l'individuazione di queste costituisse un dato pacifico, mentre si confida di avere chiarito nel testo che non è così – verso i giudici, per un verso, e gli scienziati, per l'altro (in questi termini A. RUGGERI, *L'indirizzo*, cit., xi), ma non anche nella direzione di una sfera politica capace di sovrapporsi in modo pervasivo ed assorbente a quelle istituzioni cui il potere decisionale sarebbe demandato. Anche se la stessa voce dottrinale a sua volta auspica addirittura riforme costituzionali tali da consentire un risveglio dell'indirizzo politico da annoso letargo.

concessionari ed in genere l'attività di coordinamento e promozionale, da parte della mano pubblica – è espressamente previsto come missione di pubblico interesse delle autorità portuali. Eppure rientra altresì nell'interesse regionale e locale all'animazione dell'economia del territorio, che è a sua volta certamente inquadrabile alla stregua di un interesse pubblico.

Sorge allora l'interrogativo, almeno sul campo, se il presidente di regione, che si adopera per evitare una conflittualità fra operatori terminalisti, potenzialmente foriera di una paralisi dello sviluppo del porto, o addirittura per sostenere gli operatori che egli considera meglio in grado, per la loro storia e le loro caratteristiche, di operare nel modo concretamente più compatibile con lo sviluppo dei traffici del porto, agisca nell'ambito dell'orizzonte giuridico della propria carica istituzionale – ad onta delle competenze formalmente assegnate dalla legge all'amministrazione statale ed alle autorità portuali ed essendo peraltro la vigilanza su queste ultime rimessa non alla regione ma al Ministero delle infrastrutture – o, invece, egli debordi, dovendosi intendere il suo raggio di azione limitato puramente e semplicemente all'esercizio delle competenze espressamente assegnategli dalla legge (non particolarmente significative in materia di porti di rilevanza internazionale) ed in seno ai procedimenti preordinati.

Ma se fosse vera quest'ultima ipotesi, sorgerebbe anche la necessità di chiarire meglio per quale motivo la legge coinvolge la regione ed il suo presidente nella provvista della carica di vertice dell'autorità portuale ed assegna alla stessa regione il compito di designare un componente del comitato portuale. In effetti, quali siano le modalità, le formalità ed i limiti dell'indirizzo sull'ente preposto allo scalo, da parte della regione e del suo presidente – se, cioè, si tratti solo della provvista degli organi, o invece siano ammesse ulteriori prese di influenza (non codificate) sull'azione dei medesimi – non è chiarito in modo preciso dalla legge. Quest'ultima, come noto, si caratterizza frequentemente per una scarsa qualità redazionale, motivo per cui il fatto che sia prevista la designazione di un componente del comitato da parte della regione, e non invece

ch'essa esprima un proprio rappresentante in seno al collegio, non necessariamente esclude un'influenza sul designato (che, per vero, in base ai principi generali, sarebbe più agevolmente ravvisabile nel caso della rappresentanza).

Può dunque il presidente della regione adoperarsi, presso gli organi dell'autorità portuale, per sostenere assetti, infrastrutturali e/o concessori, ritenuti di pubblico interesse ?

Ma non è tutto perché, se così fosse, si aprirebbe un ulteriore fronte di interrogativi.

Nel caso, il presidente della regione potrebbe provvedere in tal senso nell'ambito di un suo apprezzamento personale, frutto di interazioni ambientate nel crogiolo della politica ed al di fuori degli strumenti giuridici forgiati per l'esercizio dei poteri pubblici ? Basterebbe invocare, a tal fine, la legittimazione politica di cui è portatore per effetto dell'esito elettorale ?

Ciò che qui si lascia prospettare in chiave di incertezza comporta, nella realtà, l'apertura una sorta di valvola, che dal testo della legge dischiude, chi sa se inconsciamente, uno spazio alla politica – ad una politica non regolata giuridicamente in modo efficace – e quindi a processi ed interazioni destinati a restare in *background* rispetto alle manifestazioni formalmente giuridiche della sua applicazione.

S'imporrebbe inoltre di volgere l'attenzione ad ulteriori dimensioni e sfaccettature del tema in esame, a partire dall'interrogativo circa quale sia il rilievo che l'orientamento della volontà psicologica del personaggio politico, titolare dell'ufficio di presidente regionale, dovrebbe assumere, entro la teorica distinzione fra un intento di adoperarsi in obiettiva buona fede per il pubblico interesse ed invece un intento di tessere e coltivare relazioni con imprenditori per finalità (anche) di utilità propria (ad esempio di sopravvivenza politica).

L'annoso problema della ritenuta irrilevanza della volontà concreta dell'agente amministrativo ed invece della rilevanza dell'eventuale obiettivo

sviamento di potere, mostra qui la propria perdurante attualità⁵⁰ ed incoraggia all'approfondimento di ricostruzioni diverse da quelle classiche (svalutative delle reali volizioni psicologiche); essendo fra l'altro centrale (e perciò non trascurabile) proprio la volontà dell'agente nel contiguo settore del diritto penale, quanto ai reati contro la p.a..

A seconda di come si inquadrano questi aspetti, varia anche la valutazione del fatto che un presidente di regione discuta direttamente lo sviluppo del porto e le connesse tematiche con un operatore economico privato interessato, in sedi non istituzionali. Può sorgere, sul campo, la domanda se questo faccia parte di un'inevitabile attività di "ascolto", mancando la quale risulterebbe difficile comprendere realmente e quindi valutare in modo adeguato il quadro sul quale vanno ad impattare i poteri pubblici. Più ampiamente ci si può domandare se si tratti di un tema riconducibile al piano dello stile personale, della sensibilità istituzionale, della cd. questione morale o, al contrario, se ciò rappresenti un aspetto in sé problematico sul piano del diritto.

I possibili interrogativi qui prospettati ed i dubbi sollevati si colorano alquanto diversamente, a seconda che il lettore si ponga entro un *cluster* mentale asetticamente orientato a principi e norme di carattere giuridico, senza curarsi di ambientarli nella realtà e di correlarli ad essa, oppure invece in una dimensione dichiaratamente realistica, che mira ad integrare in modo efficace l'impianto ordinamentale con gli aspetti insopprimibili della natura umana, delle dinamiche sociali ed economiche e con le caratteristiche delle istituzioni considerate nella loro vitalità fattuale.

Senza in alcun modo volere qui esaminare a tutto tondo il caso ligure, si può forse sostenere che un ipotetico presidente di regione, il quale interpreta-

⁵⁰ In tema si rinvia alle lucide osservazioni di M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *P. A. Persona e Amministrazione* n. 1/2021. Ancora più radicalmente, focalizzandosi direttamente sull'aspetto della volizione effettiva dei titolari degli organi, L. PERFETTI, *Diritti fondamentali*, 62, si interroga sul tema del fondamento della legittimazione di singole persone, quantunque investite di funzioni pubbliche, rispetto allo stabilire il concreto atteggiarsi del pubblico interesse nei singoli casi.

se l'interesse pubblico allo sviluppo di un porto nel senso che una concertazione, politicamente coordinata, fra i principali operatori, sia meglio di un'azione dirigistica da parte della p.a. (orientata alla legge prima che alla realtà), comportante il rischio di accesi contenziosi e di paralisi, non necessariamente si muoverebbe al di fuori delle proprie funzioni istituzionali ed in contrasto con le leggi amministrative.

Si tratterebbe di una scelta opinabile, come lo sono tutte le scelte politiche, ma non per questo senz'altro esorbitante rispetto alle funzioni di un organo di governo.

Nel caso, però, tornerebbe prepotentemente alla ribalta il tema dell'inquadramento giuridico dei modi e delle forme di siffatte attività svolte dall'organo di governo nella sua qualità di personaggio politico (ferma restando anche la possibilità di concorrenti valutazioni di segno diverso, legate ad esempio all'ambito dell'etica, al costume o all'ambito del decoro istituzionale, quest'ultimo complessivamente regredito al nostro tempo).

Non potrebbe in altri termini eludersi il quesito se una siffatta attività, che si colloca nella fase preparatoria o iniziale di quella di governo, abbia natura e rilevanza esclusivamente politica, fin tanto che non prende forma in atti giuridici – questi ultimi, secondo la tesi più tradizionale, sindacabili soltanto obiettivamente e non anche sotto il profilo delle volizioni psicologiche di carattere politico retrostanti – o se invece (e con ciò si farebbe un passo in avanti) debba comunque soggiacere ai principi giuridici regolanti l'attività amministrativa, atteso che è destinata ad influenzare decisamente quella che in seguito viene formalizzata in atti e provvedimenti; o quanto meno a principi costituzionali come quelli legati al pluralismo, alla partecipazione dei cittadini, anche attraverso i partiti politici, con il delicato aspetto del metodo democratico da osservare.

In una siffatta visione pubblicistica ed amministrativistica più evoluta – ma ancora orfana di riflessioni, modelli, istituti e regole *ad hoc* – si delinea il problema di come si rapportino fra di loro l'attività politica dell'organo di go-

verno, nella fase embrionale e di incubazione delle decisioni e delle scelte, destinate a riflettersi su atti di governo e provvedimenti amministrativi, ed i ridetti principi costituzionali, oltre a quello di trasparenza.⁵¹

Di qui la domanda: il consolidato stile politico italiano fondato largamente sull'asimmetria informativa e sull'opacità, in che modo interagisce con i canoni giuridici della partecipazione e della trasparenza? Viene in rilievo solo una questione cd. morale, o etica o di stile, o invece una tematica cui si dovrebbe ormai riconoscere pieno rilievo giuridico, attraverso la quale si svela l'insufficienza al nostro tempo della disciplina giuridica della politica e dei partiti, a conferma della tesi fondamentale su cui si incentra questo studio nel solco di quelli precedenti richiamati?

Recenti voci dottrinali – corroborando i lavori dai quali si sono prese le mosse – reclamano proprio il recupero di tali dimensioni giuridiche, della partecipazione e trasparenza, ad esempio attraverso una nuova disciplina dei partiti politici e dei sistemi elettorali, che restituisca centralità ai cittadini, al momento dell'*input*, al controllo del “capo” da parte della base e non viceversa.⁵²

Del resto, depone in tal senso anche un più preciso inquadramento delle modalità di valutazione degli *output*,⁵³ ossia dei risultati effettuali e finali che di-

51 La letteratura, in tema di trasparenza, è sterminata. Fra i molti contributi possono segnalarsi E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna 2022; S. CANTISANI, *Il principio di trasparenza nella sua attuazione*, Pisa, 2020; F. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum Quad. Cost.*, 2016; F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008.

52 Ad esempio G. DONATO, *Politica nazionale*, 60 ss., sostiene ed argomenta la tesi per cui, in luogo di un ipotetico rafforzamento dell'*output* delle scelte elettorali, sarebbe auspicabile provare a rafforzare la dimensione dell'*input* dei cittadini, rinsaldando le forme di partecipazione politica sia puntuale sia permanente; in particolare (ma non in via esclusiva) sul piano del concorso alla determinazione della politica nazionale, attraverso i partiti, ai sensi dell'art. 49 Cost.. Con l'avvertenza che, nella dimensione del dover essere (che sul punto ha dato prova di una storica divergenza da quella dell'essere), la titolarità di quel concorso spetta pur sempre ai cittadini, sia pure per il tramite dei partiti, e non invece a questi ultimi, la disciplina dei quali, non a caso, è collocata entro la Carta, nell'ambito dei rapporti politici e non, invece dei pubblici poteri.

53 Si pensi, ad esempio, alla tematica del cd. controllo concomitante della Corte dei conti, su cui, fra gli altri, M. MACCHIA, *La “nuova” discrezionalità amministrativa e il controllo concomitante della Corte dei conti*, in J. Bercelli – S. Moro (cur.) *Il ruolo della Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti locali*, Torino, 2023, 57.

scendono dalle scelte politiche e di governo per il tramite dell'attuazione in sede amministrativa (entro un unico *continuum*).

Infatti sul piano giuridico è consolidata la convinzione che la trasparenza debba investire ed investa ogni tratto dell'azione dei pubblici poteri, tanto più se sono in gioco rilevanti risorse o beni pubblici ed opportunità di guadagno per le imprese.

Ancora. E' ammissibile per il diritto che il titolare di un organo di governo agisca, politicamente, senza soggiacere a principi e regole dettati per l'azione istituzionale ed amministrativa, quanto meno generandosi con ciò a suo beneficio l'opportunità di perseguire non solo l'interesse pubblico ma anche interessi di partito, di carriera, o addirittura quello economico personale ?

Su di un piano generale e di principio le recenti evoluzioni complessive della legislazione cd. anticorruzione e della correlata attività di indirizzo dell'ANAC suggeriscono al giurista d'oggi una risposta decisamente negativa.⁵⁴

Come si devono inquadrare, valutare e sindacare, anche in sede giurisdizionale, atti amministrativi i quali si collocano – non dichiaratamente o, addirittura, diversamente da quanto risulta dal loro contenuto – in un mosaico nel suo complesso plasmato da costumi e pratiche politiche come quelli di cui si è detto ?

L'elaborazione storica di un sindacato essenzialmente formale del giudice amministrativo, affermata lungo la più ampia parte del secolo scorso, consentiva di non affrontare il problema e di relegarlo al di fuori del campo della rilevanza giuridica. Ma l'odierno evolversi anche del processo amministrativo verso una garanzia sempre più sostanzialistica,⁵⁵ anche riguardo a valori ordina-

54 Le regole cd. anticorruzione sono infatti volte a prevenire, tramite vari accorgimenti di natura organizzativa e procedurale, non solo la commissione solo di reati ed altri illeciti, ma altresì ogni forma di devianza dai principi di funzionalizzazione al pubblico interesse e di imparzialità, dettati per l'attività amministrativa. Pare dunque incoerente che un siffatto approccio sia applicato all'amministrazione, che in qualche misura soggiace alla politica ed al governo, tramite la legislazione e più in generale l'indirizzo, se a monte non sono previsti corrispondenti presidi anche riguardo, appunto, alla politica.

55 In tema si può richiamare, per tutti, F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2000.

mentali generali come quello della trasparenza,⁵⁶ fa emergere a sua volta problemi di sistemazione teorica della materia in esame.

Il lungo cammino verso l'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa – che ha svolto la funzione di grimaldello per la transizione dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto – a che punto è in realtà? Si dirige verso l'ulteriore approdo del giudizio sulle politiche pubbliche? O, invece, è destinato a restare aperto un ampio spazio per il giudice penale in tal senso, il quale dovrebbe trovarsi a disagio per via dei nodi non sciolti sul piano pubblicistico ed amministrativistico – quindi dell'incertezza in ordine al parametro di giudizio (al dover essere delle politiche pubbliche) – e potrebbe essere tentato di scrivere in proprio pagine che forse meriterebbero invece di essere e di restare appannaggio delle menzionate scienze?

6. Sviluppo dell'ipotesi di studio di partenza

Non mancano, nel panorama attuale della dottrina giuridica, lavori innovativi nello studio dell'interesse pubblico, volti a delineare nuovi modelli teorici di riferimento, molto apprezzabili per la *pars destruens* e dichiaratamente ancora *in fieri* per la *construens*, nei quali il ragionamento si sviluppa a partire dai diritti fondamentali.⁵⁷

Un'altra via – parallela e non incompatibile, forse anzi complementare (dato che non sempre nell'attività dei pubblici poteri vengono direttamente in gioco i diritti fondamentali) – è quella da cui si sono prese qui le mosse, dello sviluppo di una disciplina giuridica della politica e dei partiti politici.⁵⁸

⁵⁶ G. F. PULIZZI, *Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939*, in *Federalismi.it*, 2022; C. DI ANNA, *L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di una azione in materia di accesso generalizzato*, ivi 2020; V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, ivi 2018; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. del fed*, 2013, 425.

⁵⁷ Cfr. L. PERFETTI, *Diritti fondamentali*, cit..

⁵⁸ Non si intende con ciò stabilire una sorta di corrispondenza biunivoca fra politica e partiti, essendo ben chiaro che la prima, e più in generale la partecipazione popolare, può trovare anche forme diverse, ampiamente esplorate e valutate dagli studiosi in particolare in correlazione con la crisi della concezione classica della rappresentanza. In tema possono vedersi, ad esempio, A. DE PETRIS, *La rappresentanza nell'era della tecnopolitica*, in N. Zanon – F.

Riconciliare ed abbinare correttamente diritto e politica, inserendo più saldamente la seconda entro la trama del primo, significherebbe meglio orientare gli apparati pubblici alla loro missione servente rispetto al popolo titolare della sovranità ed ai diritti fondamentali dei cittadini. Precisare le modalità di tale impegno di servizio significherebbe attuare in modo più fedele l'idea repubblicana che sta alla base della Costituzione, superando l'idea che un segmento significativo dell'attività dei politici possa dipendere da questioni ideologiche o "soltanto" morali o addirittura di stile.

Fra l'altro, coerentemente con lo spirito complessivo di queste pagine, volte a gettare un ponte fra scienza giuridica e realtà, si può aggiungere che vicende come quella giudiziaria ligure possono facilmente allontanare molte persone valide dall'impegno nella politica e nelle istituzioni o dare linfa all'astensionismo elettorale⁵⁹ ed alle degenerazioni populistiche.⁶⁰

Inoltre, se la traduzione di quanto illustrato nei precedenti paragrafi è che non vi sono regole sufficientemente chiare, con il conseguente rischio che chiunque, ad un certo livello politico, possa restare coinvolto in indagini e campagne di stampa molto impattanti sulla sua reputazione e sulle sue relazioni sociali ed affettive, si rischia che la politica rimanga terreno di conquista per persone che ne hanno bisogno per il proprio sostentamento e/o che non hanno molto da perdere. Con buona pace dei principi costituzionali, a partire da quelli di disciplina ed onore.

Esito, questo, che la codificazione di regole chiare, comprensibili e trasparenti, per la politica, l'organizzazione dei partiti e l'azione dei personaggi

Biondi (cur), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, C. BASSU, *Le nuove frontiere*, cit..

⁵⁹ In tema cfr. G. DONATO, *Politica nazionale*, cit., 72.

⁶⁰ In tema di populismo si può rinviare a C. A. CIARALLI, *Populismo movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2022; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 789 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in www.giurcost.org, 2019; G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (cur.), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019; Aa.Vv. *Populismo e diritto*, in *Quest. giust.*, 2019, 4; A. VOSSKUHLE, *Democrazia e populismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 785; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza*, cit..

politici quando essi divengono titolari di cariche pubbliche, onde meglio garantire nel complesso il volto dell'attività delle istituzioni e degli apparati pubblici, potrebbe quanto meno attenuare in modo consistente. Senza necessariamente spingersi fino ad "istituzionalizzare" i partiti e la politica.⁶¹

Anche dal punto di vista che si va suggerendo, la strada da percorrere è ancora molta, perché all'idea di regolare giuridicamente la politica non corrisponde ancora una visione chiara e precisa di come provvedervi, l'elaborazione della quale richiederà ancora ampi sforzi di ricerca.

Con questa decisiva precisazione è possibile, conclusivamente, esercitarsi in uno sforzo di "ingenua semplicità", per immaginare la descritta vicenda ligure ri-ambientata in un ipotetico ordinamento già evolutosi e dunque più maturo nel senso prospettato.

Dopo una campagna elettorale incentrata su informazioni e dati completi ed attendibili, relativi ai settori ed alle vicende amministrative di maggiore rilevanza per la regione, con un dibattito fra diverse forze politiche organizzate con una certa stabilità ed ampiezza su base popolare, oltre che con le forze so-

61 Come è noto, a partire da studi in questo senso fondativi di V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urb.*, 1938-39, si è giunti all'idea di spostare il coordinamento unitario in sede extraistituzionale, con un ruolo cruciale dei partiti in questo senso, sicché l'attività di direzione politica, destinata a garantire il coerente ed armonico esercizio delle funzioni pubbliche, è stata dislocata a livello partitico e perciò in sedi esterne al circuito istituzionale, come osservato da L. D'ANDREA, *L'indirizzo*, cit., 80 s.. Si apre così lo spazio per quella che altra dottrina, G. SORRENTI, *Introduzione*, cit., 5, ha definito, sul piano teorico, l'autonomia della politica dal diritto e dalla pura volontà della regola. Peraltro, prosegue D'Andrea, la netta opzione per l'imputazione alla sfera propriamente partitica dell'attività di indirizzo politico non può in alcun modo nascondere l'esigenza che le deliberazioni in tali sedi assunte si proiettino sul terreno istituzionale, traducendosi nel contenuto degli atti giuridici adottati dagli organi, secondo la ripartizione delle competenze delineata dall'ordinamento normativo. Con salvaguardia, quindi, della distinzione dei due piani, che tuttavia non significa incomunicabilità. Di qui l'auspicio dell'Autore in esame che, sul piano della portata generale assunta dalla problematica dei rapporti fra sistema politico ed assetto istituzionale, la fisiologia di tali rapporti riposi sull'attitudine di tutti gli attori operanti nei due livelli a gestire le complesse dinamiche generate e plasmate dall'incessante tessitura delle necessarie reciproche relazioni, pur nella gelosa custodia delle rispettive prerogative di autonomia. Assolutamente significativo – quale conferma della tesi di fondo di questo lavoro e dei precedenti da cui ha preso le mosse (ricordati nella nota 1) – è l'approdo del ragionamento richiamato, secondo cui risulta del tutto evidente che tale fisiologia nei rapporti fra sfera politica e sistema istituzionale richiede anche un'adeguata cornice normativa complessiva (*id.*, 82).

ciali, focalizzato su strategie concrete e fattibili di coordinato sviluppo di medio termine, il presidente della regione risulta eletto.

Stante il volto di quella campagna elettorale, non improntata al *marketing* ed alla persuasione suggestiva o clientelare, il presidente non ha dovuto sborsare significative somme di tasca propria, né farsi aiutare sotto questo profilo da operatori economici o altri centri di interesse che attendono qualcosa in cambio (non sfugge che la differenza di questo ideale rispetto alla politica ad esempio statunitense sia abissale, ma anche in tanti altri campi l'Italia non assomiglia agli USA e risponde ad una cultura ed a tradizioni proprie).

Insediatosi nella carica, il nostro ideale presidente dialoga politicamente con i partiti che lo sostengono (ed in qualche misura lo controllano) e interloquisce istituzionalmente con il Ministro, per discutere le strategie di sviluppo del “suo” porto, nel quadro della politica nazionale delle infrastrutture e della logistica e degli interessi locali.

Appositi atti, rispettivamente di partito ed istituzionali, raccolgono le risultanze delle anzidette forme di confronto e fungono, nei rispettivi ambiti, da indirizzi.

Parallelamente il presidente discute le medesime tematiche con i rappresentanti delle regioni designati dalla Conferenza unificata in seno alla Conferenza nazionale di coordinamento delle autorità di sistema portuale, chiamata per legge a fungere da sede di coordinamento degli investimenti pubblici e dello sviluppo infrastrutturale nei porti, anche al fine di ottimizzare l'impiego delle risorse disponibili (rispetto al rischio di generare sovraccapacità, oppure al rischio di non avere corrispondenza fra il potenziale operativo di banchina un porto ed i suoi collegamenti con l'entroterra ed il resto del sistema logistico nazionale). Anche in questo caso vengono in essere atti destinati a rappresentare la sintesi delle valutazioni svolte e ad operare come indirizzi.

Così delineatisi e fatti constare i capisaldi delle prospettive dello scalo ricadente nella propria regione, ed in coerenza con essi, il presidente formula gli

indirizzi “locali” per il rappresentante della regione stessa in seno al comitato di gestione dell'autorità portuale, il quale contribuisce con il proprio voto alla formazione della volontà di quest'ultimo ente in ordine al piano regolatore del porto ed alle concessioni delle aree per l'attività terminalistica. Funzioni, queste, che comunque svolge in proprio l'autorità, tenendo conto degli indirizzi nazionali (espressi nella pianificazione, nel coordinamento ed eventualmente *ad hoc* dal Ministro), nonché di quelli regionali e locali compatibili (destinati ad essere fatti valere dai rappresentanti della regione degli enti locali in seno ai suoi organi).

Dal punto di vista dei terminalisti e degli altri operatori e degli utenti portuali, così come degli investitori istituzionali internazionali, che ormai svolgono un ruolo di estremo rilievo a livello globale nel settore, dinamiche ordinate, come quelle descritte, rendono se non prevedibili, quanto meno via via conoscibili le strategie e gli orientamenti della mano pubblica.

Nulla vieta loro di partecipare, in proprio od attraverso associazioni di categoria, ma tramite atti e procedimenti rituali – aperti, partecipati, trasparenti – al formarsi ed al dipanarsi delle politiche pubbliche settoriali e di calcolare le proprie convenienze e strategie in modo coordinato rispetto a quelle.

Non sono vietate interlocuzioni dirette fra il presidente della regione e gli operatori, purché con una funzione limitata a dare vita alle condizioni per il migliore funzionamento di quei procedimenti rituali; non, invece, a preconstituire scelte destinate poi ad essere semplicemente calate in atti giuridici.

Alla fine vi saranno operatori che, rispettivamente, trarranno beneficio o resteranno delusi dagli atti dell'autorità portuale, di pianificazione come concessori, e non vi sarà nulla di male, se tale esito si sarà determinato nell'osservanza delle regole giuridiche procedurali e sostanziali applicabili. Con possibilità di tutela in giudizio per gli scontenti e di effettiva accessibilità per il giudice, nel processo, del percorso decisionale (politico, di governo e gestionale) compiutosi all'interno dell'amministrazione, oltre che del suo esito.

Tutto questo funziona anche grazie al fatto che il presidente della regione abbia chiara contezza del contesto giuridico-istituzionale di riferimento. Ad esempio riguardo a: quali sono i soggetti pubblici dotati di funzioni rilevanti; come sono organizzate queste funzioni e con quali reciproche interferenze; quali sono gli ambiti nei quali il presidente può tentare di sensibilizzare organi sovraregionali e quali gli ambiti nei quali può decidere direttamente.

Tale contezza deriva dalla disponibilità di un'organizzazione amministrativa della regione, dotata di uffici con dirigenti e funzionari, in possesso delle adeguate professionalità, esperti del settore e fedeli all'istituzione. Il presidente fa riferimento a tale apparato – non ad uffici di diretta collaborazione con personale scelto in via fiduciaria e precaria, di estrazione politica – operante anche in rete con gli apparati del Ministero e dell'autorità portuale.

Le idee politiche, le intenzioni, le ambizioni i dubbi del presidente, sono quindi palesati e “condivisi” internamente con gli uffici regionali ed i loro dirigenti, personale non “di parte” ma chiamato ad accompagnare e sostenere la realizzazione delle (legittime) politiche regionali. Questo ceto burocratico non invade la sfera della politica ma la affianca con la professionalità di carattere giuridico-amministrativo.

Il descritto assetto, regolato dal diritto, trasparente ed al tempo stesso aperto al contributo sostanziale della politica, può prendere campo se:

-il percorso di conquista del consenso democratico e di accesso alle cariche di governo è regolato e si svolge in modo da non costringere i candidati a dover spendere rilevanti risorse economiche, né si presta ad indurli comunque a forme di dipendenza da grandi imprese, organizzazioni, *lobby* o gruppi sociali organizzati;

-le relazioni economico-finanziarie corrispondenti sono monitorate per garantire l'osservanza, diretta ed indiretta, di quello che, con linguaggio mutuato dall'ambito calcistico, potrebbe definirsi il “*fair play* finanziario-elettorale” ed

impedire erogazioni idonee a fidelizzare candidati ed eletti a determinati portatori di interessi (individuali o categoriali);

-la politica non è nelle mani di pochi *leader* ma è coralmemente alimentata dai cittadini attraverso partiti democraticamente organizzati e funzionanti, secondo il modello dell'art. 49 Cost.;

-tutte le attività di presa di influenza politica sono svolte (non informalmente od in segreto, bensì) nella forma di atti di indirizzo specifici e pubblici;

-i tempi di formazione delle decisioni pubbliche strategiche (piani, programmi, opere di grande rilevanza) sono previamente calendarizzati e sono coerenti con l'evoluzione sul campo delle situazioni sulle quali sono destinate ad incidere;

-le decisioni pubbliche strategiche: (i) si fondano su una base conoscitiva delineata in modo imparziale, comprensibile e trasparente, attraverso l'opera di uffici con titolari non legati da rapporto fiduciario agli organi di governo, alla quale tutti gli interessati possono contribuire in un quadro di pubblicità; (ii) sono assunte previa partecipazione del pubblico e degli interessati e sono motivate (anche se normalmente racchiuse in atti generali o pianificatori); (iii) sono sindacabili anche in rapporto alle politiche nelle quali si inseriscono ed alle ragioni per cui risultano coerenti o distoniche rispetto alle politiche stesse;

-la formazione delle strategie e delle scelte politiche corrispondenti non si sovrappone con le scelte gestionali;

-l'andamento delle politiche viene periodicamente discusso, sulla base di un quadro conoscitivo imparziale e trasparente, via via aggiornato, che concorre a formare la base conoscitiva delle successive scelte;

-la responsabilità politica degli organi di investitura democratico-rappresentativa viene inquadrata e valutata – anche nell'attività di opposizione politica e nelle campagne elettorali – alla luce delle suddette coordinate, sotto il profilo del metodo e del merito;

-agli organi di governo sono precluse forme di incidenza sulle carriere degli organi di gestione, tali da indurre questi ultimi ad assecondare forme di devianza della politica rispetto agli argini giuridici che le si impongono;

-le nomine dei vertici di enti pubblici e di società in controllo pubblico sono motivate in modo articolato in rapporto alle alternative, nonché alle caratteristiche di competenza ed esperienza dei nominati ed alla loro attitudine rispetto alle politiche da svolgere ed agli indirizzi da eseguire;

-le anzidette regole sono presidiate da controlli, da parte di organi giudiziari e dell'Autorità anticorruzione e le violazioni sono sanzionate, anche sul piano reputazionale, in modo tale da scoraggiarle.

Si è detto che, dopo alcuni studi dedicati a far emergere la necessità di una più ampia e stringente regolamentazione giuridica della politica, si tratterà di immaginare il volto concreto di essa. Lo sforzo di immaginazione di un certo traguardo, compiuto in questo paragrafo a partire da una vicenda concreta, potrà rivelarsi di aiuto in tal senso.

Una prima embrionale traccia, meritevole di approfondimento, sembra emergere nel senso dell'opportunità, se non della necessità, di una disciplina essenzialmente organizzativa e procedurale della politica, cioè dello stesso stampo di quella già dettata per l'amministrazione pubblica (si pensi alla legge sul procedimento, ai vari congegni introdotti complessivamente dalla disciplina anticorruzione).

7. Che lo scetticismo non sia un alibi

Si obietterà che nella pratica (politica, istituzionale, amministrativa) le cose vanno alquanto diversamente da come qui si è voluto provare a prospettare ... e certamente non solo in Liguria

E' senz'altro vero. Ma le cose non vanno da sole, si appoggiano, come si dice, sulle gambe degli uomini.

Vale dunque la pena di seguitare a sforzarsi ad enucleare e rifondare un modello giuridico condiviso per l'asse cittadinanza-politica-istituzioni-ammini-

strazione, suscettibile di essere concretamente applicato ed idoneo ad invertire la rotta attuale di degrado della politica, di disaffezione dei cittadini rispetto alle istituzioni, di costi ed inefficienze degli apparati pubblici, di diseguaglianza ed ingiustizia sociale.

I modelli delle scienze sociali, ivi compresa sotto questo profilo la giurisprudenza, sono per definizione schemi “a tendere”, non necessariamente destinati a realizzarsi in purezza, ma hanno comunque un'importanza fondamentale per l'immaginario collettivo, per la coesione e per l'orientamento dell'azione delle forze sociali.

Certo non basterà giungere alla costruzione teorica e scientifica dell'auspicato modello (impresa, questa, peraltro già ardua) ed occorrerà anche, decisamente, farlo vivere.

Intanto si può iniziare l'opera. In difetto sarà certo (e non solo improbabile, come allo stato) che non si realizzi.

II SEZIONE

BIAGIO G. DI MAURO

Dottore di Ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche presso l'Università "Kore" di
Enna
biagiogianluca.dimauro@unikorestudent.it

**LA PROSPETTIVA EUROPEA DEL GOVERNO LOCALE DEI
SERVIZI PUBBLICI TRA VALORIZZAZIONE DELLA
COESIONE SOCIALE E TERRITORIALE E
DEQUOTAZIONE DELLA CONCORRENZA**

**THE EUROPEAN PERSPECTIVE OF THE LOCAL GOVERNANCE
OF PUBLIC SERVICES BETWEEN THE ENHANCEMENT OF
SOCIAL AND TERRITORIAL COHESION AND THE DEVALUATION
OF FREE COMPETITION MARKET**

SINTESI

La ricerca muove dai valori che stanno realmente a fondamento della disciplina europea dei servizi pubblici per tracciare una linea di analisi che tenga conto del ruolo dell'autonomia locale nel governo del settore e dell'incidenza che tale normativa dispiega da una prospettiva strettamente amministrativa. Dopo aver chiarito la preminenza del valore della coesione sociale e territoriale sulla concorrenza, sarà possibile svolgere alcune considerazioni generali utili non soltanto a valutare l'attuale importanza dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici, ma anche a misurarne il perimetro e la reale consistenza all'interno del frastagliato panorama delle norme di diritto europeo, tanto con riferimento alla fase di assunzione (o istituzione), quanto con riguardo a quella di determinazione delle modalità gestionali. In quest'ordine di idee, il riconoscimento europeo del valore delle autonomie locali nel governo dei servizi pubblici rappresenta uno strumento indispensabile per il conseguimento dell'effettività dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

The research moves from the values really underpinning the European regulation of public services to outline a framework that takes into account the role

of local autonomy in the governance of this sector and the impact of this regulation from a narrow administrative perspective. After clarifying the preeminence of the social and territorial coherence over free competition market, the essay focuses on the assessment of the current relevance of local powers in the governance of public services as well as on its real perimeter and consistency within the piecemeal landscape of European law in accordance with the phases of establishment and management methods of public services. In this context, the recognition of the value of the local autonomies in the governance of public services represents an essential tool to achieve the effectiveness of fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Autonomia locale, servizi pubblici, coesione sociale e territoriale, concorrenza, diritto europeo

KEYWORDS: Local autonomy, public services, social and territorial cohesion, free competition, european law

INDICE: 1. Il rilievo del diritto europeo nei rapporti tra autonomia locale e governo dei servizi pubblici. Una premessa. - 2. I valori europei: quale equilibrio tra coesione sociale e territoriale e libero mercato? - 3. Il principio di autonomia locale nel diritto europeo dei servizi pubblici: uno strumento per la concretizzazione delle esigenze di effettività dei diritti e di coesione sociale e territoriale. - 4. I limiti all'esercizio dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici: la fase di assunzione. - 4.1. (segue) La fase di determinazione delle modalità gestionali dei servizi pubblici.

1. Il rilievo del diritto europeo nei rapporti tra autonomia locale e governo dei servizi pubblici. Una premessa

L'appartenenza ad un sistema multilivello delle fonti impone di verificare l'attuale condizione dell'autonomia locale nel governo dei servizi pubblici anzitutto dalla prospettiva della disciplina europea e solo in un secondo momento da quella del diritto interno.

Le prescrizioni europee hanno ormai assunto una forza tale da ritenersi prevalenti sulle norme interne e direttamente efficaci anche in assenza di un atto di recepimento¹, sicché il compito di ricostruire la reale sostanza dei poteri decisionali locali nella regolazione europea dei servizi pubblici dipende dal superamento di taluni fattori di resistenza che sorgono nel momento in cui si esa-

¹ L.SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, p. 249.

mina la normativa ove pone diverse configurazioni degli interessi pubblici e dei loro rapporti con quelli privati.

L'analisi della disciplina europea, peraltro, si rende ancora più pregnante se si prende in considerazione il fatto che essa introduce un regime differenziato rispetto alla disciplina nazionale, ponendo a tal uopo distinte prospettive di bilanciamento degli interessi pubblici in gioco.

Del resto, se la dottrina è ben lontana dal trovare una sistematizzazione concorde sul versante del governo locale dei servizi pubblici, ciò è dovuto certamente anche alle complicazioni che ha introdotto il processo di comunitarizzazione del diritto amministrativo, specialmente con riferimento all'immissione nel settore di nuovi e/o distinti interessi da bilanciare con quelli già esistenti². Il riferimento, in tal caso, non può che essere, anzitutto, alle potenzialità del principio europeo di libera concorrenza, che impone agli Stati membri il compito di assicurare la creazione ed il mantenimento di uno spazio libero di mercato, caratterizzato dalla libera circolazione di persone, merci, capitali e servizi e dalla sua propedeuticità al benessere economico comune.

Se così è, pare inevitabile muovere dai valori che stanno realmente a fondamento della disciplina europea dei servizi pubblici per tracciare una linea di analisi che tenga conto del ruolo dell'autonomia locale nel governo del settore e dell'incidenza che tale normativa dispiega da una prospettiva strettamente amministrativa.

All'esito di tale indagine, sarà possibile svolgere alcune considerazioni generali che consentiranno di perimetrare la reale consistenza dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici all'interno del frastagliato panorama delle norme di diritto europeo, nonché di valutare le relative implicazioni derivanti dal confronto con la recente normativa nazionale.

² G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti pubblici locali nella gestione dei servizi pubblici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 165, che richiama E.SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2000, p. 2 ss.

2. I valori europei: quale equilibrio tra coesione sociale e territoriale e libero mercato?

Nel condurre l'interpretazione delle disposizioni europee verso l'obiettivo del corretto inquadramento degli oggetti giuridici tutelati, è necessario tenere conto della costante evoluzione della materia dei servizi pubblici, atteso che il naturale collegamento tra detto settore e l'effettività dei diritti dei consociati pone la questione circa la reale portata vincolante del principio di libera concorrenza, che per lungo tempo ha rivestito un ruolo di preminente rilievo nell'ambito del settore di riferimento.

La dottrina che ha saputo intercettare il percorso evolutivo che ha riguardato gli interessi sottesi al settore dei servizi pubblici, non ha mancato di segnalare come il valore della concorrenza debba essere affiancato da quello della coesione sociale e territoriale, senza che tra essi possa instaurarsi un rapporto di conflitto o di reciproca esclusione.

Se da un lato Saltari rileva che «mentre nella fase iniziale della Comunità prevalevano gli interessi del mercato e della concorrenza, oggi assumono particolare rilievo anche gli interessi sociali e della coesione»³, dall'altro Taglianetti, richiamando Scotti, mette in luce come «all'entusiasmo iniziale verso la tutela delle libertà di mercato si è affiancato un atteggiamento critico, espressivo di un ripensamento teso a superare l'assolutizzarsi dei valori della concorrenza, specie come strumento di perseguimento degli interessi pubblici, cioè di quegli interessi che l'ordinamento, nel suo ruolo di selettore politico, ritenga di necessaria attuazione»⁴.

Nella prospettiva delineata, la rilettura delle norme europee che disciplinano la materia dei servizi pubblici, con particolare riguardo ai poteri di discrezionalità che spettano all'autorità nazionale, passa dal diverso ruolo che deve ri-

3 E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, in M. Passalacqua (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, p. 175.

4 In questo senso anche L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. un. eu.*, 1998, p. 527.

conoscersi al principio di concorrenza in considerazione della significativa emersione del valore della coesione sociale e territoriale.

Così, il rapporto tra i valori in questione deve essere più correttamente ricostruito nel senso che gli interessi del mercato e della concorrenza non sono prevalenti, ma anzi strumentali al perseguimento e all'attuazione della coesione sociale-territoriale⁵. Si osserva, dunque, come il principio di libera concorrenza non sia più (ormai) l'unico valore che viene propugnato dalla disciplina europea dei servizi pubblici, nè che sia un valore da perseguire ed assicurare con assoluta preminenza rispetto ad altri, poiché la presenza della coesione sociale e territoriale arricchisce e amplia il substrato valoriale di cui l'autorità nazionale deve tenere conto nell'esercizio delle funzioni amministrative. Non resta, dunque, che verificare in che misura e secondo quali modalità la normativa sovranazionale conduce alla formulazione di simili argomentazioni.

Nell'ambito del diritto europeo primario e derivato, vi sono molteplici prescrizioni dettate in materia di servizi pubblici che trattano e promuovono contestualmente gli interessi legati al mercato e alla concorrenza e quelli riguardanti la coesione sociale e territoriale.

Con riferimento al diritto europeo primario, rileva anzitutto l'art 14 TFUE, che nell'affidare all'Unione Europea e agli Stati membri - secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei Trattati - il compito di garantire la rispondenza dei SIEG a determinati principi e criteri fissati dalla legislazione europea ai fini del loro corretto funzionamento, stabilisce che essi costituiscono un valore comune dell'Unione e che assolvono un ruolo cruciale nel perseguimento e nel raggiungimento degli obiettivi della coesione sociale e territoriale.

Con tale previsione, il legislatore europeo ha messo in evidenza, da un lato, l'esigenza che i SIEG siano preordinati al rispetto di principi e condizioni

⁵ D.GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 714 ss., che ponendo in relazione l'art 36 della Carta di Nizza con l'art 14 del Trattato di Lisbona, automaticamente funzionalizza i SIEG agli obiettivi di coesione sociale e territoriale.

che si riferiscono particolarmente ai profili economici e finanziari delle regole del Trattato in materia di libera concorrenza, dall'altro, che l'applicazione delle medesime regole non può comunque condurre all'abbassamento della qualità e della disponibilità dei servizi pubblici⁶. La prescrizione è infatti rilevante sotto due profili: il primo è dato dal fatto che la norma mette in luce la compresenza di ambedue gli interessi nell'ambito del settore dei servizi pubblici, posto che per molti anni il settore è stato caratterizzato dall'esclusivo rilievo del principio di libera concorrenza; il secondo - che fa riferimento all'ipotesi in cui gli interessi in questione vengano in contrasto nel corso dell'organizzazione e dell'erogazione del servizio pubblico - è rappresentato dal fatto che la prescrizione pone la regola implicita secondo cui il valore della concorrenza non possa essere perseguito fino al punto di sacrificare la funzione di coesione sociale e territoriale a cui i servizi medesimi sono preordinati.

Un'altra previsione rilevante, che peraltro si pone in linea di continuità con l'art 14 TFUE⁷, è l'art 36 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che recita «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati». Tale norma, nel prevedere il diritto di accesso ai servizi come mezzo propedeutico alla promozione della coesione sociale e territoriale, procede alla creazione di uno stretto legame di connessione tra servizi e diritti fondamentali, sul presupposto che all'effettività dei servizi corrisponda l'effettività dei diritti. Il legislatore europeo, infatti, configura l'accesso come requisito strutturale essenziale della coesione sociale e territoriale, nella convinzione che tale obiettivo di politica comunitaria sia raggiungibile solo laddove venga garantito l'accesso universale ai servizi. Se ricostruito come strumento funzionale alla coesione sociale e territoriale, l'accesso «mira ad assicurare una copertura territoriale

6 Così, D.GALLO, op. cit., p. 744 ss.

7 I.M.MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, p. 25 ss. e ID., *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi a diritto amministrativo*, in *Dir. e Proc. amm.*, 2007, p. 67 ss.

completa affinché soggetti svantaggiati, (anche) sotto il profilo dell'ubicazione geografica, possano godere delle strutture e degli stessi servizi di coloro che si trovino in una posizione privilegiata», contribuendo «a ridurre le disuguaglianze sociali, sia a livello di regioni periferiche dell'Unione, sia a livello di categorie più marginalizzate di cittadini»⁸.

In consonanza con l'art 14 TFUE, si pone anche il protocollo n. 26 allegato al TFUE, che nell'ottica di fornirne un'interpretazione, procede ad enunciare una serie di valori comuni dell'Unione, tra cui la coesione sociale e territoriale, ove afferma la garanzia da parte dei servizi di «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Nella stessa direzione si muove anche il diritto derivato e, specificamente, l'art 2 della direttiva 2014/23 (cd. direttiva concessioni), laddove prescrive alle autorità pubbliche incaricate dell'organizzazione e della gestione dei servizi - sia pure nello spazio di libertà ad esse assegnato - di erogarli nel rispetto dei valori enunciati dall'art 1 del protocollo n. 26, tra cui la coesione sociale e territoriale.

Ne consegue, operando una interpretazione sistematica delle previsioni, che ad una efficace erogazione dei servizi pubblici corrisponde non soltanto l'attuazione degli interessi legati al mercato e alla concorrenza, che propugnano la creazione ed il mantenimento di un contesto imprenditoriale competitivo, ma anche e soprattutto un efficace soddisfacimento dei diritti sociali⁹, che ca-

8 Per un approfondimento del filone dottrinale in questione, si cfr. J. ALBER, *The European Social Model and the United States. European Union Politics*, in *European Union Politics*, 2006, p. 393 ss; E. SABATAKAKIS, *A propos du Traité de Lisbonne et de l'Europe Sociale*, in *RMCUE*, 2008, p. 432 ss; A. LUCARELLI, *Il Modello sociale ed economico europeo*, in ID., A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2010, p. 279 ss.

9 Per un approfondimento degli studi sul bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali si cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 63 ss; M. D'ALBERTI, *Servizi pubblici e mercato: dal primo novecento al diritto globale del commercio*, in A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa 2004, p. 53 ss; ID., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3296 ss;

ratterizzano l'essenza della cittadinanza europea e degli obiettivi di coesione sociale e territoriale.

Si osserva, dunque, l'emersione di un nuovo quadro di valori sociali che va al di là del puro e semplice interesse sostanziale alla promozione del libero mercato e della concorrenza, in quanto l'effettività dei servizi pubblici deve necessariamente riposare nella garanzia dell'assolvimento dei bisogni sociali, che a sua volta è insita nel valore della coesione sociale e territoriale. Per riprendere le pregevoli considerazioni di Marino, garantire l'effettività dei servizi «vuol significare andare oltre la previsione formale dei diritti e delle utilità che lo Stato si impegna a riconoscere e a rendere alla propria collettività; vuol dire rendere servizi qualitativamente accettabili e accessibili per la gran parte della collettività, rimanendo meno rilevante la modalità con cui il servizio viene gestito»¹⁰.

È questa la ragione fondativa da cui prende le mosse quel filone dottrinale che pone l'accento sulla necessità di dare linfa ad un nuovo modello sociale europeo¹¹ che anziché asservire in via esclusiva il servizio pubblico alle esigenze

S. GAMBINO, *Diritti sociali tra Costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2012; N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e attività di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 603 ss; ID., *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, p. 133 ss.

10 D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 229, mette in evidenza come tale funzionalizzazione dei servizi di interesse economico generale al perseguimento del valore della coesione sociale e territoriale costituisca una derivazione del *service public à la française*, che si contraddistingue per una gestione fondata su qualità, efficienza e efficacia, nonché per l'adeguatezza, l'accessibilità e la continuità delle prestazioni.

Per un approfondimento del *service public*, si vedano C. MARTINAND, *Le service public en France et en Europe. Un double effort de reconstruction indispensable*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1994, p. 80 ss. e J. FOURNIER, *La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario*, in E. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, p. 3 ss.

11 Tale disposizione prevede, al primo comma, che «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi», mentre al secondo comma, che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

La bibliografia sull'art 106 TFUE è sterminata, anche perché il contenuto è rimasto fermo nonostante il cambio di numerazione e di collocazione. Senza pretesa di esaustività, si cfr. R. DRAGO, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del*

della concorrenza e del libero mercato, lo funzionalizza all'esercizio dei diritti fondamentali e, quindi, ai diritti di cittadinanza europea.

Se non ci si inganna, allora, è possibile affermare che il diritto europeo ponga nell'ambito del settore dei servizi pubblici un rosa di valori destinata necessariamente a convivere in una difficile opera di bilanciamento, che vede da un lato, le libertà economiche rappresentate dagli interessi della concorrenza e del mercato, dall'altro i diritti sociali di cui è espressione la coesione sociale e territoriale¹².

Di talchè, l'obiettivo legato al raggiungimento dell'effettività dei servizi dipende - indubbiamente - dalla misura della funzionalizzazione del servizio al valore della coesione sociale e territoriale¹³, divenendo meramente collaterale o comunque secondario il valore della concorrenza e del mercato.

Nelle ipotesi in cui la convivenza tra i valori non conduce a particolari problemi, si può pervenire all'obiettivo dell'effettività del servizio pubblico attraverso il perseguimento di ambedue gli interessi, ma nell'ipotesi in cui il valore della concorrenza si pone in una posizione di incompatibilità rispetto a quello della coesione sociale e territoriale, ecco che il primo deve divenire recessivo rispetto al secondo.

mercato economico europeo, in *Riv. dir. ind.*, 1963, p. 126 ss; R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al 2 co. dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, p. 81 ss.; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 379 ss; G. TESAURO, *Intervento pubblico sull'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. un. en.*, 1996, p. 719 ss.; A. GARDELLA, *Articolo 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Milano, 2004, p. 577 ss.; G. FONDERICO, C. OSTI, *Articolo 86*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, p. 2507 ss.; F.M. DI MAJO, *Articolo 86 [ex 90]*, in L. FERRARI BRAVO, A. RIZZO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 373 ss.; A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato (art. 106 TFUE)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Milano, 2010, p. 178 ss.; D.GALLO *L'art. 106, co. 2 TFUE quale deroga antitrust atipica*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 118 ss.

¹² Di tale avviso anche D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 760.

¹³ Tale nuovo indirizzo si deve principalmente a M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 96.

La conferma più radicale del ragionamento in corso si ritrova nell'art 106 TFUE¹⁴, che riflette emblematicamente il tentativo europeo di operare il difficile bilanciamento tra interessi, economici e sociali, potenzialmente contrastanti. Con tale previsione, il cui contenuto è rimasto immutato nel tempo nonostante i cambi di numerazione, l'Unione Europea assume una posizione peculiare: per un verso, deve garantire l'effettività dei servizi e dei diritti degli utenti, per un altro, deve creare e mantenere le condizioni per uno spazio comune di libero mercato basato sulla tutela della concorrenzialità. Infatti, se nel primo comma la norma tende a tutelare e promuovere la concorrenza ed il mercato al fine di garantire condizioni di parità tra gli operatori commerciali nell'accesso al settore e nell'erogazione dei servizi, nel secondo comma, invece, tende a valorizzare il principio di libertà di autodeterminazione degli Stati membri e delle autorità nazionali nell'amministrazione e nella regolazione del settore dei servizi pubblici, sul presupposto che il potere ad essi attribuito sia funzionale alla tutela del valore della coesione sociale e territoriale, quale elemento indispensabile per l'effettività dei servizi e dei diritti¹⁵.

Va da sé, che una simile concezione del potere discrezionale delle autorità nazionali nel governo dei servizi pubblici non costituisce una novità nel panorama europeo, ma naturale sviluppo (o comunque concretizzazione) di uno dei valori comuni contenuto nel protocollo n. 26 allegato al TFUE, nella parte in cui, attuando l'art 14 TFUE, enfatizza l'essenzialità del ruolo e l'ampiezza del potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti.

Il legislatore europeo, dunque, si mostra pienamente consapevole della necessità di riconoscere un maggiore potere di intervento agli Stati sia nell'individuazione della nozione di servizio di interesse economico generale, sia nella

14 F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie*, in *Munus*, 2017., p. 122.

15 In questo senso anche G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 175.

sua regolamentazione, sul presupposto che il riconoscimento del potere discrezionale sia funzionale al perseguimento di taluni principi e valori di matrice europea, tra cui principalmente la coesione sociale e territoriale¹⁶.

Alla luce della verifica condotta sulla regolazione europea, può affermarsi come non sia più vigente la visione eminentemente pro-concorrenziale che sottopone l'intero settore dei servizi pubblici all'assoluto rispetto delle regole del libero mercato¹⁷, poiché si è affermata una nuova concezione secondo cui il principale obiettivo dei SIEG è quello di assicurare determinati *standard* di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento ed universalità anche laddove ciò si ponga in contraddizione con l'osservanza del principio competitivo¹⁸.

Sicché, laddove si concretizzi una ipotesi di incompatibilità tra i valori della coesione sociale e territoriale e della concorrenza, quest'ultima «può cedere il passo, se questo serve a rendere l'intervento più efficace»¹⁹ nel perseguimento della missione sociale di servizio pubblico.

In questa prospettiva, è possibile configurare l'obiettivo della coesione sociale e territoriale - oltre che come valore comune - anche come interesse primario dell'Unione per la ragione che esso risulta propedeutico alla funzionalizzazione del servizio pubblico al canone dell'effettività dei diritti, mentre l'obiettivo della libera concorrenza nel mercato risulta degradato ad interesse secondario e collaterale, comprimibile in sede di ponderazione amministrativa²⁰.

La concorrenza, dunque, non è più configurabile come valore primario e assoluto, insuscettibile di bilanciamento, ma anzi va inquadrata come valore relativo e strumentale; in questo senso, dovrà essere perseguita soltanto laddove

16 A tal proposito, si richiama D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Istituzioni e diritti, vol. IV, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018.

17 Nel senso indicato, A. ROMANO TASSONE, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. e Proc. amm.*, 2013, p. 866 ss.

18 Sulla gerarchia di interessi rinvenibile nella norma comunitaria, si cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit., p. 204.

19 Così A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 247 ss.

20 L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p. 5.

riesca ad assicurare determinati *standard* di efficienza²¹ dei servizi pubblici, sia dal punto di vista economico-finanziario che qualitativo²².

L'art 106 TFUE, infatti, reca una sistematizzazione gerarchica²³ nell'ambito del settore dei SIEG, ponendo la componente sociale della soddisfazione dei bisogni collettivi in posizione di superiorità rispetto alla componente economica di ricorso al mercato, sicché deve concludersi nel senso che la concorrenza ed il mercato non sono più, come in passato, principi dominanti²⁴, ma anzi recessivi.

D'altra parte, come sostiene Longhi, «la regola della concorrenza è soltanto una delle possibili vie da percorrere per assicurare il godimento universale dei diritti a tale ambito collegati»²⁵.

Secondo l'attuale visione europea, infatti, il governo dei servizi pubblici, più che a rispondere alla logica del mercato e della concorrenza, deve essere orientato ad assicurare un alto livello qualitativo delle prestazioni erogate a favore degli utenti, sicché l'imposizione a livello comunitario del canone dell'effettività consente di affermare, secondo Marino, che i servizi «guardano soprattutto ai cittadini»²⁶ e alla concretizzazione dei loro diritti dal punto di vista della garanzia del loro esercizio.

21 I.M.MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi a diritto amministrativo*, cit., p. 68.

22 F.GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconoscere liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008; M.LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010.

23 Si richiama l'intuizione di M.LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 45.

24 Così, E.FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *giustamm.it*, n. 9, 2011, p. 14.

25 Per maggiori approfondimenti sulla Carta Europea delle Autonomie Locali, si cfr. M.LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, cit., p.44 ss.; V.PARISIO, *La Carta Europea delle Autonomie Locali e il disegno di legge delega per la Carta delle Autonomie Locali italiane, mera coincidenza nominale e convergenza sostanziale?*, in *Foro amm.-CdS*, 2007, p. 3612 ss.; F.MERLONI, *La tutela internazionale dell'autonomia degli Enti territoriali. La Carta Europea dell'Autonomia Locale del Consiglio d'Europa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, I, Torino, 2012, p. 789; C.PADULA, *L'autonomia: un principio di scarso valore? La Carta europea dell'autonomia locale e le recenti riforme degli enti locali (legge Delrio e d.l. 95/2012)*, in B.PEZZINI, S.TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Napoli, 2015, p. 99 ss.

3. Il principio di autonomia locale nel diritto europeo dei servizi pubblici: uno strumento per la concretizzazione delle esigenze di effettività dei diritti e di coesione sociale e territoriale

Chiarita la centralità della coesione sociale e territoriale, pare preliminare verificare se e quali norme comunitarie riconoscono il principio di autonomia locale nella materia e come lo tutelano e promuovono nel panorama valoriale europeo.

Tralasciando il piano legislativo, sono molte le norme di diritto europeo che sul versante amministrativo sostengono l'importanza del principio di autonomia locale nel governo dei servizi pubblici e talune di esse sono già state in parte citate con riferimento all'individuazione dei valori europei cardine.

Se decliniamo il contenuto del protocollo n. 26 - che reca disposizioni interpretative dell'art 14 del TFUE - ci accorgiamo di come il principio di autonomia degli Stati membri e delle amministrazioni locali si collochi lungo l'impervio terreno del rapporto di coesistenza tra libertà economiche e diritti sociali, essendo funzionale alla ricerca di un corretto bilanciamento tra esigenze spesso collidenti.

Nell'analisi della normativa europea in materia di SIEG, emerge con tutta evidenza la consapevolezza degli organi di *governance* europea riguardo al fatto che gli obiettivi di interesse generale a cui sono preordinati (principalmente) i servizi non possano essere perseguiti solo mediante l'imposizione e l'applicazione delle regole che presiedono al ricorso al mercato e alla concorrenza.

L'effettività dei diritti sociali connessi all'erogazione dei servizi pubblici e, più in generale, il valore sociale e territoriale della coesione impongono, per un verso, la possibilità che i valori economici della concorrenza e del mercato vengano dequotati, per un altro, che sia valorizzato il principio che presiede all'autonomia degli Stati membri e delle sue articolazioni.

26 Per una ricognizione della seguente posizione dottrinale, si cfr. M.GIACONI, *La gestione dei servizi pubblici locali*, in FLIGUORI, C.ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, 2015, p. 427; A.LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit.

Il diritto europeo, dunque, nel riconoscere il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare SIEG (il più vicini possibile alle esigenze degli utenti) come valore primario, non fa altro che individuare il principio di autonomia come soluzione alla criticità e ne funzionalizza l'operatività al conseguimento degli obiettivi specifici di effettività.

Tuttavia, occorre rilevare che il riconoscimento europeo di poteri decisionali in capo agli Stati membri e alle amministrazioni locali deve comunque essere calibrato sulla base delle prescrizioni contenute nell'art 106 TFUE, nella parte in cui ne condizionano l'operatività al rispetto dei limiti dello stretto necessario e, quindi, dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

Infatti, se le imprese incaricate della gestione di SIEG sono tenute ad osservare le norme europee in materia di concorrenza salvo che l'applicazione delle stesse "non osti" al perseguimento - in fatto ed in diritto - della specifica missione di coesione sociale e territoriale, significa che l'area di operatività del principio di autonomia sia circoscritta dalle strette maglie dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, i quali presiedono e governano il giudizio di bilanciamento tra le antitetiche esigenze poste dall'art 106 TFUE²⁷.

Secondo l'impostazione europea, per un verso, il principio di autonomia è essenziale al perseguimento della coesione sociale e territoriale, nonché funzionale all'erogazione di servizi pubblici congeniali alla soddisfazione dei biso-

27 Per maggiori approfondimenti si rinvia a J.VINER, *Adam Smith and Laissez Faire*, in *Journal of political economy of University of Chicago*, Vol. 35, n. 2, 1927, quale testo di un intervento svolto presso l'University of Chicago il 21 gennaio 1927 in occasione della commemorazione dei 150 anni dalla pubblicazione della famosa opera di Smith "*The Wealth of Nations*"; NASHRAF, C.F.CAMERER & G.LOEWENSTEIN, *Adam Smith, Behavioral Economist*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2005, p. 131-145; J.BLENMAN, *Adam Smith: The Father of Economics*, in *investopedia.com*, 2017; T.CAMPBELL, *Seven theories of society*, Chair, 2007; J.L. CARMONA, *The Ethics of Adam Smith: Towards a utilitarianism of sympathy*; M.FRY, *Adam Smith's Legacy: His Place in the Development of Modern Economics*, Routledge, 2005.

Per una lettura diretta della teoria della mano invisibile dell'Autore, si rinvia ai seguenti scritti: A.SMITH, *History of Ancient Physics*, in *Essays Philosophical and Literary by Adam Smith* (Ward, Lock & Co., London, n.d.); ID., *Theory of Moral Sentiments*, in *Essays Philosophical and Literary by Adam Smith* (Ward, Lock & Co., London, n.d.); ID., *The Wealth of Nations*, Cannan edition; ID., *Lectures*, Cannan, editor, 1776.

gni sociali, per un altro, la sua area di rilevanza deve essere circoscritta attraverso l'operatività dei principi di cui all'art 106 TFUE al fine di evitare comportamenti nazionali abusivi.

In senso analogo anche l'art 2 della direttiva 2014/23 (cd. direttiva concessioni) nella parte in cui conferma la rilevanza del principio di autonomia delle autorità pubbliche nell'organizzazione e gestione dei servizi, attraverso la sua funzionalizzazione agli obiettivi valoriali fissati dal protocollo n. 26.

Per completare il quadro normativo europeo, poi, non si possono non menzionare talune norme del TUE, tra cui, in primo luogo, l'art 4, § 2, secondo cui «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali» ed in secondo luogo, l'art 5, che nel sancire i principi di attribuzione e di sussidiarietà, lascia intendere implicitamente che l'autonomia locale sia la più importante garanzia dei diritti fondamentali collegati all'erogazione dei servizi pubblici.

Per un verso, la prima norma àncora il fondamento dell'autonomia organizzativa nell'alveo dell'autonomia locale²⁸, che è propedeutica all'adozione delle scelte in materia di governo dei servizi pubblici, per un altro, la seconda norma «fissa il principio di auto-organizzazione degli enti locali e richiama quel principio di sussidiarietà verticale, cardine non solo dell'art 118 cost, ma anche del sistema istituzionale multilivello dell'Unione europea»²⁹.

In senso analogo si muove anche la Carta europea delle Autonomie locali, ratificata dall'Italia con legge n. 439 del 1989, che dopo aver riconosciuto che la difesa ed il rafforzamento dell'autonomia locale nei paesi europei rappresenti un importante contributo all'edificazione di un'Europa fondata sui principi di democrazia e del decentramento del potere, nonché che l'esistenza di collettività locali investite di responsabilità effettive consente un'amministrazione efficace e vicina al cittadino, all'art 3, delinea il concetto di autonomia locale come «il

28 G.BARONE, (voce) *Discrezionalità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 3.

29 Si mutua il prezioso ragionamento giuridico di G.Barone, *op. cit.*, p.3

diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità e a favore delle popolazioni, una parte importante degli affari pubblici»³⁰.

Secondo la normativa europea, quindi, l'effettività dei diritti sociali dei cittadini "si trattiene nella e dipende dalla" erogazione dei servizi pubblici, la quale può essere assicurata solo laddove si riconoscano agli enti locali ampi poteri di discrezionalità.

In questa prospettiva, il riconoscimento dell'autonomia locale nel governo dei servizi pubblici si giustifica nella misura in cui risulti funzionale ad assicurare l'effettività dei bisogni sociali, tanto che alcuni autori ne deducono un «processo di responsabilizzazione» delle autorità pubbliche coinvolte³¹.

Non solo, dall'analisi delle norme di diritto europeo emerge come la rilevanza del principio di autonomia locale non si ritrovi solo nell'aspetto funzionale ma anche in quello strutturale, atteso che esso viene posto come *condicio sine qua non* dell'effettività dei diritti fondamentali connessi all'erogazione dei servizi. Il diritto europeo, infatti, qualificando l'autonomia delle autorità locali alla stregua di un valore primario dell'Unione europea, ha implicitamente sancito il principio secondo cui l'autorità locale non possa essere privata degli ampi poteri discrezionali che le sono stati accordati nel settore di riferimento.

Nel quadro delineato, dunque, la valorizzazione sul piano europeo del principio di autonomia locale nel governo dei servizi pubblici risulta tanto indi-

30 Per un approfondimento generale sul principio di sussidiarietà, la bibliografia è svariata. A titolo esemplificativo si cfr. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1993, p. 3 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi*, in *Foro it.*, V, 1995, p. 374 ss.; G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010; F. VECCHIO, *«Il principio di sussidiarietà nel Trattato costituzionale: proceduralizzazione vs. giustiziabilità»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010; ID., *La sussidiarietà nell'ordinamento europeo. Profili attuali e prospettive future*, Bonanno, 2014.

31 Si osserva come il principio di sussidiarietà si ponga in stretta consonanza con i principi di decentramento e di autonomia. Per un approfondimento della relazione si cfr. V.CERULLI IRELLI, *Principio di sussidiarietà ed autonomie locali*, in G.CLEMENTE DI SAN LUCA, L. CHIEFFI (a cura di), *Regioni ed autonomie locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p.269 ss.

spensabile quanto funzionale al raggiungimento degli obiettivi di coesione sociale e territoriale di cui all'art 1 del protocollo n. 26 allegato al TFUE.

Se non ci si inganna, allora, la soddisfazione dei bisogni fondamentali dei consociati non può dipendere esclusivamente dall'applicazione delle regole della concorrenza secondo la logica del *laissez faire* di Smith³², ma trova risposta nel riconoscimento e nella valorizzazione di ampi poteri di intervento in capo alle autorità pubbliche locali, che nel settore dei servizi pubblici devono - e non possono - disporre di autonomia decisionale.

In questa direzione, quindi, risuonano familiari le considerazioni di Barone che nel collegare il potere discrezionale dell'autorità all'efficienza dell'attività di servizio pubblico, ne faceva derivare la sua indispensabilità, sostenendo come «l'amministrazione non potesse essere interamente spogliata» dei poteri che le competono³³.

Peraltro, se la dimensione empirica dello svolgimento delle dinamiche sociali pone l'amministrazione dinanzi a problemi che si caratterizzano per la loro concretezza, varietà e mutabilità, risulta necessario che l'amministrazione medesima disponga di poteri che siano in grado di fronteggiare e risolvere detti problemi, con la conseguenza che le si debbano riconoscere, proporzionalmente, poteri duttili e idonei a condurre alla scelta più opportuna e ragionevole. E il riconoscimento di siffatti poteri non può che implicare un'ampia autonomia decisionale³⁴.

Inoltre, collegando il ragionamento al principio di sussidiarietà verticale³⁵, si perviene all'ulteriore assunto secondo cui l'ente locale, in qualità di autorità

32 I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo*, cit., p. 80 e A.PUBUSA, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2013, p. 853.

33 L'esistenza dei limiti del potere decisionale degli enti locali viene messa in rilievo anche da G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 186.

34 G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 190 ss.

35 S.TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus*, 2011, p.73 ss.

più vicina ai cittadini³⁶, sia il livello territoriale di governo più indicato per esercitare gli ampi poteri di autonomia che la normativa europea riconosce, sul presupposto che sia il territorio il termometro dell'effettività dei servizi e l'indicatore essenziale della qualità della vita dei cittadini³⁷.

36 In dottrina, la posizione è alquanto consolidata: si cfr. M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 937, secondo cui «il legislatore comunitario non si sostituisce ai poteri pubblici nel decidere se fornire un servizio di interesse generale in prima persona ovvero affidare tale compito a un soggetto terzo, pubblico o privato»; S. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008, p. 43, che afferma «nell'ordinamento giuridico comunitario non vi è per la pubblica amministrazione un obbligo di esternalizzazione per l'affidamento di lavori, servizi o forniture» e che «la scelta tra *in house providing* e *outsourcing* è del tutto discrezionale, nel senso che l'ente pubblico può scegliere il modello organizzativo più idoneo a soddisfare le proprie esigenze»; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 25, secondo cui «il diritto dell'Unione europea (...) non obbliga di per sé all'esternalizzazione»; M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in ID. (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 33, chiariscono che il diritto europeo «non osteggia affatto l'opzione dell'autoproduzione pubblica, alla stregua di giudizi a priori. Le amministrazioni, così come hanno facoltà di appellarsi al mercato, negoziando (*buy*), sono libere di optare per l'alternativa di autoprodurre, all'occorrenza assumendo le vesti di impresa (*make*)».

Con riferimento alla giurisprudenza, la Corte di giustizia ha affermato a più riprese che «un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico su di essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso a entità esterne non appartenenti ai propri servizi». Così, Corte Giust, 10 settembre 2009, *Sea c. Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009.532, in *Foro amm-CdS*, 2009, p. 2246., (con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 127 ss.; con nota di M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato e il caso SEA*, in *Urb. e app.*, 2010, 28 ss.; con nota di C. VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house*. Ma il diritto interno va in controtendenza, in *Urb. e App.*, n. 1, 2010, p. 43-54).

La Corte di Giustizia anche in precedenza si muoveva in senso analogo: v., ex multis, Corte Giust., 11 gennaio 2005, *Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertung Anlage TREA Leuna*, C-26/03, EU:C:2005:5, in *Urb. e app.*, 2005, p. 288 ss., (con nota di R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e App.*, fasc. 3, 2005, p. 295 ss. e di E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1004 ss.; con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2005); Corte Giust., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C: 2008:621, in *Giur. it.*, 2009, p. 1254 ss., (con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *giur. it.* n. 5, 2009); Corte Giust., 9 giugno 2009, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, C-480/06,

4. I limiti all'esercizio dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici: la fase di assunzione

Va da sè, però, che l'autonomia locale predicata dal diritto europeo nell'ambito del governo dei servizi di interesse economico generale, sebbene ampia, non sia del tutto scevra da limiti³⁸, sicché si pone il problema della sua perimetrazione.

Per fare ciò, si ritiene di dovere procedere all'analisi del governo locale dei servizi pubblici secondo una logica fondata sulla separazione tra fase di assunzione e fase di determinazione delle forme di gestione, sul presupposto che esse, ancorché strettamente collegate, presentano sensibili differenze sotto il profilo dell'influenza che il diritto europeo dispiega sulla discrezionalità degli enti locali.

Sul terreno della fase di istituzione del servizio pubblico - ossia la fase che precede in senso logico e temporale quella della scelta delle modalità gestionali e che vede l'amministrazione locale assumersi la responsabilità dell'erogazione di una attività di interesse generale - devono tenersi in considerazione due argomentazioni fondamentali: per un verso, la normativa europea dota

EU:C:2009:357.

Sul versante giurisprudenziale interno, il Consiglio di Stato non ha mancato di affermare che «l'affidamento diretto *in house* - lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, *in house* (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una (scelta ampiamente discrezionale che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità e arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti» (Cons. Stato, n. 4599/2014, cit.; analogamente, anche Cons. Stato, n. 1900/2016, cit., in *giustizia-amministrativa.it*).

³⁷ Per approfondimenti relativi al contesto temporale anteriore alle direttive del 2014, si cfr: M.LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo e destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, n. 8, 2011; R.CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali, forumcostituzionale.it*, 2012.

³⁸ Corte Giust., Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06. Anteriormente e in senso conforme, sempre Corte Giust, 11 gennaio 2005 C-26/03 e Corte Giust, 13 novembre 2008 C-347/07.

l'amministrazione locale di un ampio grado di autonomia circa l'adozione di provvedimenti che predeterminano gli obiettivi specifici da perseguire attraverso l'assunzione di un SIEG; per un altro, il diritto europeo vincola tale autonomia nel senso di renderla funzionale all'istituzione ed erogazione di un servizio che miri all'obiettivo di coesione sociale e territoriale di cui all'art 1 del protocollo n. 26 allegato al TFUE e all'art 2 della direttiva concessioni.

Autonomia locale sì, dunque, ma con il limite dei valori primari posti dall'Unione Europea: ciò implica, da un lato, la necessità di riconoscere una sfera di autonomia in capo agli enti locali nel momento decidono circa l'assunzione o meno di un servizio e nella predeterminazione dei concreti bisogni sociali che con quella attività di interesse generale si intendono soddisfare; dall'altro, la necessità che i bisogni sociali da soddisfare, che legittimano l'assunzione del servizio in deroga alla regole della concorrenza e del mercato, rientrino nell'alveo della rosa dei valori generali che impone il diritto europeo quando si riferisce ad «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Ne deriva come l'esercizio dei poteri locali di autonomia in sede di assunzione del servizio non sia del tutto libero ed incondizionato, fine a sé stesso, essendo comunque vincolato all'osservanza dei dettami europei in punto di coesione sociale e territoriale.

Se da un lato, il diritto europeo pone il valore generale della coesione sociale e territoriale tanto come ragione pratica, quanto come scopo dell'autonomia locale nell'assunzione di un SIEG, dall'altro, lo pone come limite, perimetrando in tal guisa la sua incidenza su tale fase. A tal proposito, è emblematico Taglianetti quando afferma che «la scelta di procedere all'assunzione di un servizio pubblico locale postula la predeterminazione dei risultati che l'amministrazione intende perseguire attraverso l'erogazione del servizio stesso in termini di qualità, di sicurezza, di accessibilità e di continuità in base alle specifiche

esigenze della comunità locale e alle risorse economico-finanziarie a disposizione»³⁹. Di talché, secondo l'ordine logico-giuridico fissato dal combinato disposto tra l'art 1 del protocollo n. 26 allegato al TFUE e l'art 106 TFUE, l'amministrazione dovrà innanzitutto predeterminare gli obiettivi di interesse pubblico che si intendono soddisfare in coerenza con il valore europeo della coesione sociale territoriale, e poi procedere a valutare se essi possano o meno essere assicurati dalle prestazioni offerte dagli operatori commerciali che si muovono nel libero gioco della concorrenza, ovvero con l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico degli stessi operatori.

Se la valutazione ha esito negativo e i bisogni sociali che si intende perseguire rimangono insoddisfatti, l'autorità locale potrà decidere di assumere il servizio⁴⁰, in deroga alle regole della concorrenza e con applicazione del canone di

39 Il riferimento è alla recente pronuncia della Corte di Giustizia Rieco spa, 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19, (con nota di C.CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti in house*, in *Urb. e App.*, n.3, 2020) che a sua volta richiama Corte Giust. Irgita, 3 ottobre 2019, C-285/18.

40 Prima dei numerosi e progressivi interventi definatori della Corte di Giustizia, la nozione di *in house providing* era stata introdotta dal Libro Bianco sugli Appalti pubblici dell'Unione Europea dell'11 marzo 1998 della Commissione europea e veniva utilizzata per identificare gli appalti che fossero stati aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione. Sul punto cfr. G.PIPERATA, *La Corte Costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" delle società in house*, in *Le Regioni*, 2009, p. 651 ss.

Sulle origini della nozione di *in house*, si cfr. P. ROSSI, *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione In Cammino*, 2018, p. 2, il quale afferma che «La nozione comunitaria dell'*in house providing* è stata mutuata dall'ordinamento anglosassone, ove è tradizionalmente contrapposta all'ipotesi del *contracting out*, come modalità con la quale una pubblica amministrazione dispone per l'approvvigionamento di beni e forniture, ovvero l'erogazione di servizi. L'ordinamento anglosassone contempla, in effetti, procedure concorrenziali con le quali le amministrazioni pubbliche sono tenute a confrontare l'opzione dell'*in house* con la possibilità di esternalizzare (*contracting out*) l'esercizio dell'attività o la produzione delle risorse necessarie al suo svolgimento, onde ottimizzarla in conformità ai principi di economicità, efficacia ed efficienza. Il produttore *in house* è soggetto, così, ad un confronto concorrenziale con produttori "esterni", ma, in caso di affidamento a quello dell'attività oggetto della procedura concorsuale, il rapporto tra pubblica amministrazione e produttore *in house* non è di tipo contrattuale, sfuggendo, quindi, alla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Ove, invece, la p.a. decida di affidare l'attività, che è stata oggetto di confronto concorrenziale con l'opzione *in house*, ad un produttore "esterno", il rapporto giuridico ha natura contrattuale e sarà assoggettato alla disciplina comunitaria sugli appalti». Si veda anche con analoghe argomentazioni P. CANAPARO, *L'In house: dal "mercato grigio" degli appalti senza gara all'elenco istituito dall'Anac*, in *Appalti&Contratti online*, 2017.

coesione sociale e territoriale. Tale impostazione logico-giuridica fissata in sede europea, peraltro, risulta confermata a livello nazionale dall'impianto normativo del nuovo Testo Unico in materia di servizi pubblici locali (D.lgs. 201/2022)⁴¹ nella parte che si riferisce espressamente all'istituzione dei servizi pubblici (artt. 10, 11, 12 e 13)⁴². L'amministrazione è infatti chiamata a valutare l'idoneità degli operatori di mercato e dei cittadini, singoli e associati, a svolgere attività che soddisfino i bisogni della collettività. In pratica, l'ente locale che intenda assumere un servizio per soddisfare un bisogno che ritiene necessario per la socie-

Per una ricognizione delle pronunce della giurisprudenza europea in materia si cfr.: Corte Giust. *Teckal* 18 novembre 1999 - C-07/98; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005 - C-26/03; *Coname* 21 luglio 2005 - C-231/03; *Parking Brixen* 13 ottobre 2005 - C-458/05; *Modling* 10 novembre 2005 - C-29/04; *ANAV* 6 aprile 2008 - C-410/04; *Carbotermo* 11 maggio 2006 - C- 340/04; *ASEMFO* 19 aprile 2007 - C-295/05; *Termoraggi* 10 aprile 2008 - C-323/07; *Comune di Mantova* 17 luglio 2008 - C-371/05; *Coditel* 13 novembre 2008 - C-324/07; *SEA* 10 settembre 2009 - C-573/07; *Acoset* 15 ottobre 2009 - C-196/08; *Econord* 29 novembre 2012 - C-182/11 e C-183/11; *Politecnico di Amburgo* 8 maggio 2014 - C-15/13; *Centro Hospitalar de Setúbal EPE* 19 giugno 2014 - C-574/12; *Comune di Sulmona* 8 dicembre 2016 - C-553/15; e come detto, di recente, Corte Giust. *Irgita* 3 ottobre 2019 - C-285/18 e *Rieco spa* 6 febbraio 2020 - C-89/19 e C-91/19.

Per una sintesi dell'evoluzione normativa di tale tipo societario, si cfr. G.F.FERRARI, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era Teckal*, in *DPCE on line*, 2017, n. 2, p. 347 ss, il quale ritiene che l'evoluzione dell'*in house* sia terminata con la sentenza Corte Giust. *Comune di Sulmona*, anche se in realtà la Corte è tornata a pronunciarsi prima con la sentenza *Irgita* nel 2019 e poi con la sentenza *Rieco spa* nel 2020; ma anche C.VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in in *giustamm.it*, n. 4, 2014; ID., *La disciplina delle società pubbliche e l'evoluzione normativa*, in *giustamm.it*, 2014, p. 1 ss. che ne sottolinea l'incoerenza di fondo.

41 In tema di intrinseca conflittualità tra *in house* e concorrenza, si veda A.GIUSTI, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2017, p. 57 ss, che colloca l'istituto agli antipodi del principio di concorrenza; ma anche D.MONE, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento pubblica amministrazione: il caso delle società strumentali*, in *Rass. dir. pubbl. Eur.*, 2016, p. 151 ss; G.BUCCI, *L'acqua bene comune e la gestione dei servizi idrici integrati tra pubblico, privato e democrazia*, a cura di S.STAIANO, *Acqua, Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli 2017, p. 167 ss e p. 184 ss.; D.SORACE, S.TORRICELLI, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione.*, Il Mulino, 2021, e C.CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 1 ss.

42 C.VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, Relazione svolta al 61esimo Convegno di studi amministrativi dal titolo «*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*», in *iannas.it*, Varenna, 2015, p. 5 ss; A.LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, n. 21, 2016, p.15 ss; R.CAVALLI PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, a cura di P.L.PORTALURI, *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli 2014, 23 ss, che ritiene che l'*in house* non sia una deroga alla concorrenza ma un'ipotesi che non vi si assoggetta.

tà, deve preliminarmente verificare se tale bisogno non sia già pienamente soddisfatto dalle attività svolte nel mercato dagli operatori commerciali o dai cittadini. Si tratta, in altri termini, di una valutazione che Fracchia aveva definito in passato come «simulazione di servizio pubblico»⁴³ e che configura una fattispecie a formazione progressiva e a geometria variabile⁴⁴ nell'ottica di perseguire il soddisfacimento dei bisogni della società. In questa direzione, i principi⁴⁵ e le condizioni posti in capo al potere pubblico locale nella fase di istituzione si giustificano nella misura in cui riescono, cumulativamente, a riportare il cittadino e l'utente al centro delle più importanti e teleologiche aspirazioni della nuova disciplina legislativa sui servizi pubblici, così ponendosi uno stretto collegamento con il valore europeo della coesione sociale e territoriale.

4.1. (segue) La fase di determinazione delle modalità gestionali dei servizi pubblici

Sul terreno della fase di determinazione delle modalità di gestione del servizio, invece, la dimensione dell'incidenza del diritto europeo risulta nettamente inferiore rispetto a quella delineata in sede di istituzione.

Questo perché la dottrina e la giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che il diritto eurounitario abbia sancito il principio di equiordinazione tra le diverse forme gestionali del servizio pubblico e segnatamente tra auto-produzione (o internalizzazione) ed esternalizzazione, sicché in assenza di una

43 Tale inquadramento è offerto da F. TRAMONTANA, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine dell'ordinanza di rimessione alla CGUE dell'art 192, comma 2, del Codice contratti*, in *LexItalia.it*, 2019, p. 3 e da M.L. ANTONIOLI, *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n.175 del 2016*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comun.*, 2018, 555 ss; in senso conforme anche i pareri del Consiglio di Stato n. 2583/2018 e n.1645/2018.

44 In relazione all'evoluzione legislativa dell'*in house*, si vedano: G. DI GASPARÉ, *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2012; ID., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; P. ROSSI, *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2018; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, Libro dell'anno del diritto 2016, Roma, 2016, p. 228 ss.

45 C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, n. 8, 2019, p.1 ss.

regola ordinante la disciplina, si rimette all'autonomia degli Stati membri, a monte, e di quella degli Enti locali, a valle, la scelta in ordine alla modalità di gestione da prediligere⁴⁶.

Si tratta di un impianto la cui validità si protrae da ormai due decenni: in particolare, una prima traccia si ritrova nel Libro Verde sui partenariati pubblico-privati del 2004 dove si stabilisce che il diritto europeo in materia di appalti e concessioni non esprime una preferenza in ordine alle modalità di gestione dei compiti pubblici e, specificamente, non impone un canone sulla base del quale orientare la scelta tra l'internalizzazione e l'esternalizzazione dei servizi pubblici, poichè quest'ultima è rimessa alla esclusiva disponibilità dell'autorità pubblica.

L'impostazione è stata confermata dalle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014 (cd. direttiva concessioni, direttiva appalti e direttiva settori speciali)⁴⁷:

⁴⁶ Il Consiglio di Stato, nelle pronunce n. 2291 del 2015 e n. 5732 del 2015, anche dopo l'adozione delle direttive comunitarie del 2014, ha continuato ad affermare il carattere derogatorio ed eccezionale dell'*in house*. Sul punto si vedano: M.A.SANDULLI E F.APERIO BELLA, *op. cit.*, 229 ss; S.FOA' E D.GRECO, *L'in house nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti all'applicazione conforme*, in *federalismi.it*, n. 15, 2015, p.12 ss..

Di recente si veda anche Cons. Stato n. 2102/2021 che riconduce la ratio dell'art 192, comma 2, del d.lgs n. 50/2016 a una direttrice pro-concorrenziale, così come aveva già fatto la Corte costituzionale, secondo cui essa «risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza» (Corte cost. n. 100/2020 di cui alla successiva nota). Nello specifico, la giurisprudenza amministrativa, ha richiamato un proprio precedente, secondo cui la norma in esame «impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione [...] a) [...] l'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' [...]; b) [...] indicare [...] gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*». La sentenza richiamata aveva, poi, già precisato che «la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese» (Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564).

⁴⁷ Con le sentenze n. 46 del 2013 e n. 229 del 2013, la Corte Costituzionale ha affermato che nel bilanciamento tra tutela della concorrenza ed autonomia organizzativa della P.a., non è irragionevole immaginare che venga compressa la seconda a favore della prima per evitare distorsioni tra operatori privati ed operatori pubblici.

Anche di recente, nell'ambito di una vicenda processuale che si è sviluppata parallelamente a quella europea, la Corte Costituzionale n. 100/2020, dopo aver ricordato l'origine del c.d. *divieto di gold plating* - quale criterio direttivo di cui all'art 1, comma 1, lettera a) della Legge

in particolare, se da un lato, le direttive n. 24 e 25 specificano che «nessuna disposizione della presente (direttiva) obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva», la direttiva n. 23 ribadisce «la libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche (...) di fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi».

delega n. 11/2016 che il Tar Liguria riteneva violato dall'art 192, comma 2 del Codice contratti pubblici e per cui aveva sollevato questione di legittimità costituzionale - ha statuito che la *ratio* di tale divieto «è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice pro-concorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato».

La tendenza del giudice costituzionale a mantenere un orientamento pro-concorrenziale, che si pone in consonanza con i suoi precedenti, si manifesta con evidenza nel considerando 9 secondo cui «la norma delegata, in effetti, è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici».

Nella prospettiva della Corte, infatti, il divieto di *gold plating* è finalizzato ad evitare che possano essere introdotte limitazioni a carico degli operatori economici e del mercato concorrenziale, senza estendersi, come intendeva il giudice rimettente, a qualsiasi aggravamento rispetto ai dettami della normativa europea, con la conseguenza che l'obbligo motivazionale relativo alle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dal Codice Contratti pubblici risponda agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della concorrenza.

Per un approfondimento dottrinale sull'importante approdo giurisprudenziale della Consulta, si cfr. S.VALAGUZZA, *La Corte Costituzionale marginalizza l'in house providing. Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *federalismi.it*, n. 27, 2020; M.TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (note a Corte Costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in *Dir. e Proc. Amm. e giustiziainsieme.it*, 2020.; ID., *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, p. 53 ss.; I.IMOLA, *L'onere motivazionale sull'affidamento in house non costituisce gold plating. La Corte Costituzionale chiude definitivamente la questione?*, in *Pubblic utilities – Diritto, strategie ed economia dei servizi pubblici locali*, 2020.

Per un approfondimento sul *gold plating* si vedano: P.MANTINI, *Divieto di gold plating e semplificazione nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici (osservatorioappalti.unitn.it)*, 2015; E.OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, forumcostituzionale.it*, 2016; D.SICLARI, *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in cammino*, 2007, 16 ss.

Sempre quest'ultima direttiva, poi, nel riconoscere espressamente «il principio della libera amministrazione da parte delle autorità nazionali, regionali e locali conformemente al diritto nazionale e dell'Unione», stabilisce che «tali autorità sono libere di decidere come gestire al meglio l'esecuzione dei lavori o la prestazione di servizi, al fine di garantire, in particolare, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti degli utenti nei servizi pubblici», nonché «che possono scegliere di svolgere i loro compiti di interesse pubblico con risorse proprie o in cooperazione con altre autorità o di conferirli agli operatori economici».

Un ulteriore conferma si rinviene nella giurisprudenza europea, che oltre a sancire il principio di autodeterminazione della pubblica amministrazione nelle scelte gestionali relative all'adempimento dei compiti pubblici, già a partire dal 2005 affermava che «un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche»⁴⁸.

Anche di recente, poi, la Corte di Giustizia⁴⁹ è tornata a pronunciarsi in materia di forme di gestione dei compiti pubblici e, specificamente, sulla problematica relativa alla scelta di affidare la gestione di taluni compiti pubblici a società *in house providing*⁵⁰ piuttosto che ricorrere al mercato attraverso l'*outsourcing*. Nello specifico, se è certo che il diritto europeo non impone alcun obbligo

48 Il riferimento è all'ordinanza n. 138 del 2019 con cui il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la questione pregiudiziale relativa alla conformità della normativa nazionale dell'*in house* rispetto a quella eurounitaria. In particolare, il dubbio interpretativo relativo all'art 192, comma 2, è stato esteso anche al secondo contenuto dell'obbligo motivazionale rappresentato dall'enunciazione dei benefici per la collettività connessi alla scelta dell'*in house*, poiché, introducendo requisiti più stringenti ed aggravati, si porrebbe in contrasto con il principio libera autodeterminazione della pubblica amministrazione sancito dalle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014.

49 Di tale avviso anche C.CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, cit., p. 356.

50 C.CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, cit., p. 358.

di esternalizzazione alle pubbliche amministrazioni e che l'*in house* costituisce un modello di autoproduzione che viene qualificato come espressione della discrezionalità organizzativa, è altrettanto vero che affidare in via diretta attività di interesse pubblico a certi organismi con determinate caratteristiche equivale a sottrarle alla concorrenza⁵¹.

La dottrina che ha ragionato sulla problematica, infatti, non ha mancato di rilevare come «all'individuazione di una relazione *in house* consegue, come effetto, l'esclusione dall'applicazione delle direttive appalti e concessioni. L'*in house* diviene linea di confine»⁵² e si colloca «tra le modalità di organizzazione di un servizio anziché tra gli strumenti di scelta del contraente»⁵³.

La vicenda trattata dalla Corte di Giustizia, tuttavia, merita di essere chiarita nei suoi dettagli fondamentali al fine di comprendere pienamente la portata del principio di auto-organizzazione delle pubbliche amministrazioni nazionali tanto in relazione al principio di concorrenza, quanto in relazione al suo autonomo rilievo nel diritto europeo.

Il punto di partenza, dunque, era rappresentato dalle previgenti norme del codice dei contratti pubblici e, in particolare, dall'art 192, comma 2, del D.lgs n. 50 del 2016, (corretto dal decreto n. 56 del 2017)⁵⁴, che prevedeva che «ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando con-

51 Si vedano C.CONTESSA, op. cit., p.1 ss. e S.VALAGUZZA, *La Corte Costituzionale marginalizza l'in house providing. Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, cit., p. 275 ss.

52 Così S.VALAGUZZA, op. cit., p. 267 ss; e poi F.Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Il foro Italiano*, n. 4, 2011, p. 112, secondo cui «la concorrenza non può avere la pretesa di assorbire ogni altro valore, quasi in forza di una presunzione assoluta secondo cui la soddisfazione del primo garantirebbe automaticamente il rispetto di tutti gli altri valori implicati».

53 Tale aspetto viene evidenziato sia da C.Contessa, op. cit., p. 359, sia da S.Valaguzza, op. cit., p. 278.

54 F.TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 723 ss.

to nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività e della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche», poneva problemi di compatibilità con il diritto europeo»⁵⁵.

Si trattava di una norma che, ancorché contenuta nel codice dei contratti pubblici e quindi applicabile a tale settore, finiva per essere applicata anche a quello specifico dei servizi pubblici sulla base dell'assunto secondo cui mancava una normativa *ad hoc* che ponesse regole volte a determinare la scelta tra l'affidamento *in house* o a terzi. Alla luce della disciplina previgente, il ricorso all'*in house* nel settore dei contratti pubblici era consentito allorché ricorrerono cumulativamente due condizioni: l'obbligo di motivazione (in ordine alle ragioni che hanno indotto a preferire l'*in house* rispetto al mercato) e i benefici per la collettività (conseguenti alla scelta dell'*in house*). Tale stringente previsione normativa, che attribuiva preferenza al mercato e quindi all'esternalizzazione dei servizi rispetto all'autoproduzione, era sempre stata avallata dagli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, di matrice amministrativa⁵⁶ e costituzionale⁵⁷,

55 Si tratta di una scelta di metodo, che impone un «obbligo di risultato», che compete all'autorità pubblica e che non è scevra da limiti, così come evidenziato nel punto 37 dalla Corte di Giustizia, quando afferma chei «la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione di servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

56 Corte Giust. Rieco spa, 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19, che richiama Corte Giust. Irgita, 3 ottobre 2019, C-285/18

57 Per un approfondimento delle vigenti modalità gestionali dei servizi pubblici locali da parte delle amministrazioni italiane, si rinvia specificamente agli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.lgs. 201/2022. Non si ritiene, inoltre, di dover approfondire la recente disciplina dell'affidamento *in house* introdotta dal codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023), in quanto l'art 7, co. 3, stabilisce che «l'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201». Ci si limita, a tal uopo, a rammentare soltanto l'avvenuta positivizzazione del principio di auto-organizzazione amministrativa, che oltre a essere menzionato dall'art 7 D.lgs. 36/2023, è riproposto efficacemente anche dall'art 14 T.U. dei servizi pubblici locali.

i quali consentivano alla legge di imprimere limiti agli affidamenti diretti più estesi rispetto a quelli comunitari.

Ciononostante, il Consiglio di Stato aveva ritenuto di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁸, assumendo che l'art 192, comma 2 del Codice dei contratti pubblici fosse in contrasto con il principio europeo di libera autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni secondo cui ogni Autorità pubblica è libera di decidere se ricorrere all'*in house* o al mercato. E nel fare ciò, il giudice rimettente aveva richiamato non soltanto i suoi precedenti giurisprudenziali ma anche quelli della Corte di Giustizia basati sugli atti di diritto derivato e di *soft law* prima citati.

Quel che più rileva ai nostri fini, però, è che il Consiglio di Stato, nel corpo dell'ordinanza di rimessione, pareva avesse invertito il rapporto tra autoproduzione ed esternalizzazione rispetto a come calibrato dal legislatore nell'art 192, comma 2, sulla base della considerazione secondo cui la pubblica amministrazione può procedere alla esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne dell'autoproduzione non siano utilmente percorribili. L'interpretazione fornita, non si limitava a ristabilire un rapporto di equiordinazione tra ricorso all'*in house* e al mercato, così come sancito dalle direttive del 2014 e dalla giurisprudenza europea antecedente, ma ribaltava, con sorprendente nettezza, i rapporti tra le forze in gioco dando prevalenza all'autoproduzione. Non è dato sapere se l'impostazione dell'ordinanza di rimessione rispondesse ad esigenze di metodo, data la conoscenza della normativa e della giurisprudenza comunitaria, ma, ad avviso del Consiglio di Stato,

⁵⁸ Per i primi commenti al nuovo T.U. in materia di servizi pubblici locali si rinvia a R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, 2023; G.CAIA, M.CALCAGNILE, E.CARLONI, F.FIGORILLI, P.PRINCIPATO, D.SIMEOLI, *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica. Contenuto e caratteri del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Editoriale Scientifica, 2023; N.AICARDI, G.CAIA, M.CALCAGNILE, P.ACRI, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo il D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Approfondimenti e inquadramento concettuale*, Collana Sentieri Giuridici, 2024; G.CAIA, *Il percorso normativo della disciplina sui servizi pubblici locali*, in *Diritto e Società*, n. 4, 2023; Id., *Concorrenza ed esigenze sociali nei servizi pubblici locali*, in *giustamm.it*, n. 3, 2024; ID., *Organizzazione dei servizi pubblici locali e qualità delle prestazioni*, in *giustamm.it*, n.3, 2024.

tale ricostruzione era conforme al principio di buon andamento della pubblica amministrazione, subspecie di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, che induce a ricorrere al mercato soltanto laddove non si possa rendere una valida prestazione di servizio. Quanto affermato veniva scolpito negli incisi: «Nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo» e «da parte dell'ordinamento europeo gli affidamenti *in house* (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorta di *prius* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse».

Nella prospettiva del giudice rimettente, dunque, il principio di libera concorrenza sembra possedere carattere sussidiario rispetto a quello di autodeterminazione della pubblica amministrazione, atteso che la prima scelta, ossia quella tra internalizzazione ed esternalizzazione, viene demandata all'amministrazione, e solo qualora si persegua la via del mercato quest'ultima sarà obbligata a garantire la massima concorrenzialità⁵⁹. In questo senso, infatti, la concorrenza non deve essere l'unica bussola in grado orientare le scelte organizzative della pubblica amministrazione. D'altro canto, se si ragionasse nel senso di dover dar prevalenza al principio di apertura al mercato, la conclusione inevita-

59 In questo quadro, l'art 3, co. 2, prevede a identificare i principi che orientano l'autonomia locale nella fase di assunzione del servizio, prevedendo che «l'istituzione (ma anche la regolazione e la gestione) dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale risponde ai principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate a costi efficienti, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, proporzionalità e adeguatezza della durata, trasparenza sulle scelte compiute dalle amministrazioni e sui risultati delle gestioni». A ben vedere, nell'ambito dell'elencazione dei principi che fungono da criterio guida dei poteri di discrezionalità locale nella fase di istituzione, non pare tautologico osservare come detta enunciazione sia funzionale ad un risultato ben preciso: aspirare alla coesione sociale e territoriale e, dunque, al soddisfacimento dei diritti fondamentali connessi ai servizi, come emerge plasticamente dal comma 3 del medesimo articolo ove afferma che nell'organizzazione e nella erogazione dei servizi debba essere assicurata «la centralità del cittadino e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva».

bile sarebbe quella di ritenere le pubbliche amministrazioni inidonee all'auto-produzione (solo perchè non ricorrono al mercato) e, per superare tale presunzione, occorrerebbe dimostrare che il mercato non è capace di soddisfare le esigenze di approvvigionamento.

In un passo successivo, però, la giurisprudenza amministrativa stempera i toni, ritenendo che «*l'in house* rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara: paradigma, quest'ultimo, che non gode di alcuna pregiudiziale preferenza», con la conseguenza che se il diritto dell'Unione Europea configura *l'in house* in posizione equiordinata rispetto alle modalità organizzative che guardano al mercato, occorre dubitare, conclude il Consiglio di Stato, della conformità eurounitaria dell'art 192, comma 2, dell'originario codice dei contratti pubblici, nella parte in cui subordina gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica a presupposti e condizioni più stringenti.

Da una complessiva valutazione dell'impianto dell'ordinanza, sembra, dunque, che il Consiglio di Stato abbia voluto esasperare i toni, tentando di tirare al massimo la corda, pur sapendo di potersi accontentare di meno, al fine di ottenere una decisione che ristabilisse un rapporto di equiordinazione tra *self-production (home-made) and outsourcing*. E questo obiettivo, alla fine, sembra che sia stato raggiunto, tanto che la Corte di giustizia ha statuito, pur non accogliendo le forti argomentazioni svolte dalla giurisprudenza amministrativa, di “salvare” la vigenza dell'art 192, comma 2, del vecchio Codice dei contratti pubblici, sulla base di una motivazione che appare congrua, almeno in termini di principio di diritto affermato. Segnatamente, l'impianto motivazionale si fonda sul principio secondo cui la pubblica amministrazione può scegliere liberamente se internalizzare o esternalizzare un'attività di interesse pubblico e, dunque, se espletare i propri compiti istituzionali mediante il ricorso alle proprie risorse o avvalersi della collaborazione di operatori economici esterni, fermo restando il rispetto dei principi fondamentali dei Trattati.

Invero, il principio di autodeterminazione nelle scelte gestionali degli Stati membri (e delle loro amministrazioni) è stato interpretato nel senso che esso implica anche la possibilità per i medesimi Stati di decidere quali limiti e condizioni apporre per indirizzare la futura scelta operativa delle pubbliche amministrazioni, configurando non soltanto una libertà di scelta in positivo ma anche in negativo⁶⁰, entrambe compatibili con il diritto europeo. Tale argomentazione ha indotto il giudice europeo a concludere nel senso che subordinare l'utilizzo del modello *in house* all'impossibilità di ricorrere al mercato e alla dimostrazione dei benefici per la collettività costituisca legittima attuazione della libertà degli Stati di stabilire quali modalità organizzative dovranno seguire le pubbliche amministrazioni nell'esecuzione delle prestazioni di rilevanza pubblica. Nel ragionamento della Corte il principio di autodeterminazione acquista valenza pregnante, in quanto l'esercizio dei poteri ad esso connessi precede cronologicamente la decisione di indire la procedura di evidenza pubblica di affidamento di un contratto a terzi.

Tuttavia, nell'analizzare il ragionamento logico-giuridico del giudice europeo e le sue conclusioni, l'opinione maggioritaria non scorge alcuni spiragli innovativi della pronuncia, nel momento in cui la colloca «nell'ormai coerente e consolidato calderone delle decisioni» che legittimano le restrizioni operative all'istituto dell'affidamento diretto in regime di delegazione interorganica. Questa dottrina, infatti, ritiene che la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia «rappresenti un'ulteriore tappa del percorso di progressiva contrazione degli spazi applicativi riconosciuti all'istituto dell'*in house* sia nel diritto europeo che in quello domestico»⁶¹.

60 FFRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi.it*, 2016, p. 10.

61 Ciò emerge dall'interpretazione sistematica dell'art 10 con gli artt. 11, 12 e 13 del D.lgs. 201/2022. Lo schema è che ne deriva è il seguente: a) Se la verifica ex art 10, co. 4, circa gli spazi di liberalizzazione e, cioè, in ordine alla possibilità di lasciare al mercato (operatori commerciali e cittadini singoli ed associati) l'organizzazione di una risposta ai bisogni collettivi è positiva, non si procede all'assunzione del servizio. Le dinamiche di mercato, infatti, risultano sufficienti per conseguire livelli di soddisfazione dei bisogni pubblici corrispondenti a quelli predeterminati dall'amministrazione; a.1) laddove l'amministrazione locale non possa assumere

A ben vedere, invece, deve rilevarsi come la sentenza della Corte di Giustizia abbia una certa portata innovativa, non soltanto perché si discosta dai precedenti dal punto di vista del percorso logico-argomentativo, ma anche perché nel legittimare una pratica (quella secondo cui gli Stati membri possono limitare il ricorso all'*in house* nell'esercizio della loro libertà di autodeterminazione nelle scelte gestionali) ne consente delle altre, che potrebbero al più fondare giuridicamente una nuova stagione dell'intervento pubblico nell'economia. In tale prospettiva, il "non detto" o "l'implicito" assume maggiore pregnanza rispetto all'espressa conclusione a cui pervenuta la Corte, nel plausibile convinci-

il servizio perché i bisogni sociali a cui esso aspira sono già soddisfatti pienamente dagli operatori commerciali e dai cittadini, la legge riconosce all'amministrazione la possibilità di intraprendere comunque talune iniziative a tutela degli utenti (art 11); a.2) ad ogni modo, l'amministrazione locale non ha alcun dovere di promuovere le attività di cui all'art 11 e quindi, una volta accertato che l'interesse pubblico predeterminato sia pienamente soddisfatto dal mercato all'esito della verifica ex art 10, co. 4, lascia che quest'ultimo si occupi di soddisfare i diritti e le libertà dei consociati (cd. liberalizzazione); b) viceversa, se la verifica ex art 10, co. 4, circa gli spazi di liberalizzazione e, cioè, in ordine alla possibilità di lasciare al mercato (operatori commerciali e cittadini singoli ed associati) l'organizzazione di una risposta ai bisogni collettivi è negativa, perché l'offerta è insufficiente o l'attività presenta delle peculiarità, si procede all'assunzione del servizio. Tale assunzione, però, non può esaurirsi, su di un piano decostruttivo, nella sola valutazione di inidoneità del mercato, ma deve essere condita, su di un piano costruttivo, da ulteriori valutazioni che attengono non più alle ragioni ma al modo dell'istituzione. Si tratterà, allora, di stabilire il regime giuridico applicabile al servizio assunto; b.1) se il servizio è assunto, si aprono varie possibilità per assicurare il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico predeterminati (artt. 12 e 13), l'ultima delle quali, come meglio si dirà, apre a sua volta alla fase di gestione del servizio e conseguentemente alla scelta tra le forme di erogazione tradizionalmente conosciute nel diritto dei servizi pubblici (art 14 e ss.); b.1.1.) se l'amministrazione ha assunto il servizio, la prima tappa procedimentale a cui dovrà fare fronte consisterà nella valutazione circa la possibilità di conseguire l'interesse pubblico connesso all'assunzione del servizio mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico (anche accompagnata da meccanismi di compensazione), sia pure in un contesto di mercato che non subisca restrizioni in ordine alla libertà di accesso e di partecipazione degli operatori commerciali (art 12 - cd. concorrenza nel mercato). In tal modo, nonostante l'amministrazione locale sia stata chiamata ad intervenire nel mercato dei servizi pubblici per conseguire interessi pubblici che il mercato da solo non riesce a soddisfare, la legge introduce un modello d'azione che, pur rispondendo a obiettivi di coesione sociale e territoriale, non altera, se non blandamente, il libero mercato; b.1.2.) di contro, se l'adozione delle misure di concorrenza nel mercato non risulta efficace o comunque non raggiunge l'obiettivo di assicurare l'interesse pubblico per cui l'amministrazione locale ha ritenuto necessario assumere il servizio pubblico, allora non le rimarrà altro che adempiere al secondo passaggio procedimentale che le consente di ricorrere a misure basate sul riconoscimento di diritti speciali o esclusivi (art 13 - concorrenza per il mercato). In tal modo, dal piano astratto e a monte della concorrenza nel mercato si passa al piano concreto e a valle della concorrenza per il mercato, in quanto l'amministrazione si dice "costretta" a riconoscere diritti speciali o esclusivi agli operatori commerciali del settore.

mento – almeno leggendo tra le righe – che la visione pro-concorrenziale su cui si è basato il sistema negli ultimi anni abbia in qualche modo offuscato la tematica tanto antica quanto cruciale della presenza pubblica nell'economia⁶², nonché quella dell'autonomia degli Stati membri e delle amministrazioni locali nel governo dei servizi pubblici.

Fin dalle prime letture, la dottrina ha affermato in maniera piuttosto unitaria come la questione posta dal Consiglio di Stato - ossia se l'*in house* rappresenti la regola o l'eccezione o semplicemente una scelta operativa equiordinata al ricorso al mercato - non avesse ricevuto risposta⁶³, essendosi il giudice europeo esclusivamente concentrato a motivare sulla base del principio di autodeterminazione degli Stati nelle scelte gestionali. Si è detto, infatti, che se il principio di equiordinazione fosse stato affermato in coerenza con il principio di libera organizzazione delle attività di interesse pubblico, i dubbi di compatibilità comunitaria dell'art 192 sarebbero stati fondati.

A ben vedere, però, la Corte di Giustizia, nel basare la sua decisione sul principio di libertà di autodeterminazione, una posizione l'ha presa, seppur di tacita e consapevole neutralità. La decisione di non sindacare la previgente normativa italiana non sembra riconducibile ad una irrilevanza della questione per il diritto europeo, ma è espressione della necessità di non invadere ambiti lasciati alla discrezionalità del legislatore e della amministrazione nazionale, i quali sono chiamati a dare risposte ponderate, duttili e congeniali agli interessi interni. La Corte europea ha motivato solo ed esclusivamente sulla base del prin-

62 Si veda A.RASI, *Gli effetti diretti ed il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, fasc. 3, 2018, p. 555-595; . D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 1 ss e ID., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; e, di recente, B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG e G. DE BURCA (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, p. 187, secondo cui lo *status* delle norme di diritto dell'Unione negli ordinamenti degli Stati membri è un «*evergreen in European legal studies*».

63 Il riferimento alla mancata soddisfazione dell'interesse pubblico alle condizioni desiderate non può che richiamare i valori meta che prescrive lo stesso art 17 e quindi avere «riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi».

cipio di libertà di organizzazione e con esso ha costruito un ponte che non conduce ad una preferenza direzionale tra intervento pubblico nell'economia e concorrenza per il mercato. V'è semplicemente una valutazione delle possibili modalità organizzative per l'esecuzione di una prestazione di rilevanza pubblica, in una logica di protezione degli operatori economici. Così, se la scelta dell'*in house* non è finalizzata fraudolentemente ad aggirare le regole della concorrenza per il mercato, non vi è alcun contrasto con il diritto europeo e viene meno il presupposto per ricorrere all'affidamento con gara. Viceversa se si opta per il mercato, l'amministrazione dovrà dare comunque piena applicazione alle regole che presiedono alla concorrenza per il mercato⁶⁴. La Corte, infatti, non prendendo posizione su quale debba essere il verso del pendolo nelle sue oscillazioni tra ricorso all'*in house* e ricorso al mercato, ha indicato un metodo, un criterio da seguire – che è quello della libera organizzazione - e nel contempo non ha escluso un'inversione di rotta che permetta in certi casi di far prevalere l'affidamento diretto rispetto alla gara. Ne deriva che non sia né giusta né sbagliata la scelta dell'ordinamento nazionale che perori l'esternalizzazione rispetto all'autoproduzione, ma del pari che non sia in alcun modo illegittima – eventualmente - una normativa che inverta il relativo rapporto di gerarchia, con la conseguenza che appartiene all'autonomia normativa di ciascun Stato membro (o all'autonomia organizzativo-funzionale di ciascuna amministrazione nazionale) orientare le modalità di svolgimento di una prestazione di servizio in maniera più congeniale ai suoi interessi e a quelli della sua comunità.

Alla luce delle statuizioni della Corte di giustizia, è possibile concludere nel senso che eventuali disposizioni normative interne di preferenza all'*in house* rispetto all'esternalizzazione nel settore dei servizi pubblici non apparirebbero

⁶⁴ Complessivamente, può dirsi che se, da un lato, il nuovo Testo Unico ha valorizzato le autonomie locali nel senso di riconoscere la loro funzione fondamentale nella determinazione delle modalità di erogazione delle attività di servizio pubblico, dall'altro, nel rispetto dei valori europei e costituzionali rappresentati, rispettivamente, dalla coesione sociale e territoriale, dalla concorrenza e dalla sussidiarietà orizzontale, ha proceduto a conformare e indirizzare l'esercizio dei poteri locali nell'ottica di bilanciare le libertà economiche con quelle sociali e di riportare il cittadino al centro degli obiettivi del servizio pubblico.

in contrasto con il diritto eurolunitario. Né del pari sarebbe illegittimo se gli enti pubblici territoriali decidessero in via amministrativa, nel silenzio della legge domestica, “di tenere per sè” alcune prestazioni di interesse pubblico senza ricorrere alle vie esterne.

V'è da specificare che fino a qualche tempo fa la disciplina italiana dei servizi pubblici non offriva una specifica regolazione dalla quale trarre indicazioni vincolanti circa l'esercizio della scelta in ordine alla forma gestionale da prediligere, tanto che al settore si applicava in via estensiva la regolazione contenuta nel previgente codice dei contratti pubblici. Questo per dire che la lacuna legata all'assenza di una normativa specifica di settore finiva per essere colmata mediante l'applicazione della stringente disciplina generale dei contratti pubblici, quando in realtà, seguendo i principi dettati in ambito europeo, avrebbe potuto colmarsi secondo una logica antitetica e con previsioni normative o scelte amministrative di segno contrario a quelle sostanzialmente adottate.

Nel contesto antecedente all'adozione del Testo Unico in materia di servizi pubblici locali (D.lgs n. 201/2022), lo sviluppo dell'indirizzo europeo favorevole alla valorizzazione del principio di libera autodeterminazione della pubblica amministrazione nelle scelte gestionali, anche a scapito del principio di concorrenza, unitamente alla mancanza di una disciplina interna specifica dei servizi pubblici, faceva sì che le amministrazioni locali godessero, sia pure in astratto, di un'ampia legittimazione in ordine all'esercizio dei poteri discrezionali nella gestione dei servizi pubblici. E anche se in concreto si finiva per applicare la disciplina dei contratti pubblici, che restringeva nettamente il campo di operatività della libertà di auto-organizzazione della pubblica amministrazione, ciò che contava era che il diritto europeo non imponeva specifiche forme di organizzazione e gestione dei servizi pubblici.

Si osserva, tuttavia - pur alla luce delle modifiche intervenute con l'adozione del Testo Unico in materia di servizi pubblici locali che hanno conferma-

to l'internalizzazione come modello residuale e derogatorio⁶⁵ - come lo scenario europeo sia rimasto stabile e come le regole, normative e giurisprudenziali, sull'autonomia degli Stati membri e delle amministrazioni locali nella gestione dei servizi pubblici siano ancora valide ed efficaci, tanto da dovere influenzare l'interpretazione stessa della novella legislativa. Se l'interesse pubblico predeterminato, che risponde non soltanto a logiche economico-concorrenziali ma anche e soprattutto a valori sociali ed universali, non può essere soddisfatto (o non può essere soddisfatto alle condizioni desiderate)⁶⁶ mediante la gestione concorrenziale ex art 15 D.lgs. 201/2022, ancorché si tratti di concorrenza per il mercato, allora il regime di *favor* verso l'esternalizzazione totale dovrà inevitabilmente recedere e lasciare il passo a forme di gestione più convenienti, tra cui certamente l'*in house*. In questa prospettiva, la gestione *in house* non rappresenta la regola, ma neanche pare essere l'eccezione alla stregua di quanto affermato dall'impostazione maggioritaria; si tratta soltanto di un modello operativo che si propone di rispondere positivamente ai bisogni sociali, sia pure nel rispetto dei limiti previsti dalla legge.

Se non ci si inganna, allora, emerge come nell'ambito della fase di gestione dei servizi pubblici, i valori della concorrenza (e della sussidiarietà orizzontale) siano perseguibili fino a quando si dimostrino coerenti con l'obiettivo finale di soddisfare, oltre alle esigenze economico-finanziarie, anche i diritti sociali e di libertà dei consociati, mentre pare che siano costretti a recedere e a degradare laddove perdano questa funzione strumentale. Nel quadro delineato, quindi, non pare più possibile sottacere l'importanza che deve rivestire e che riveste il potere decisionale degli enti locali, in quanto soltanto il suo corretto e

⁶⁵ Sulla non assolutezza non ha dubbi G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 174.

⁶⁶ Per i primi commenti alla nuova disciplina dell'istituzione dei servizi pubblici locali si rinvia a A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 166 ss; S. TORRICELLI, *La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali*, in *Riv. reg. mercati*, 2023, p. 321 ss.; E.FIDELBO, *L'istituzione di servizio pubblico locale in una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2024, p. 371-381.

discrezionale esercizio, sia pure all'interno dei vincoli procedurali e motivazionali previsti dal recente Testo Unico, potrà condurre alla scelta più congeniale per l'erogazione dei servizi pubblici e, quindi, per la soddisfazione dei bisogni sociali⁶⁷. Ciò che conta nella prospettiva sovranazionale, a prescindere da quale sia la concreta regolazione nazionale, è che il diritto europeo non ponga alcuna limitazione al ricorso all'*in house*, salvo quelle che riguardano le condizioni indefettibili di tale tipo societario, così confermando la piena autonomia degli Stati membri e degli enti locali in sede di gestione dei servizi pubblici come valore primario e propedeutico alla coesione sociale e territoriale⁶⁸.

67 In tale contesto, la dottrina ha assunto due distinte posizioni a seconda del tipo di contatto che si instaura tra ordinamento interno ed europeo in materia di servizi pubblici. Per un verso, richiamando le regole generali volte a comporre le antinomie tra norma comunitaria e norma nazionale, la dottrina osserva che ove si verifichi un'ipotesi di incompatibilità tra i sistemi giuridici, deve riconoscersi preminenza al diritto comunitario tramite la disapplicazione del diritto interno (cfr. M.P.CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011 e G.FALCON, *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione: introduzione generale*, in G.SCIULLO (a cura di), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, Bologna, 2009). Per un altro, la dottrina sostiene che ove si verifichi soltanto un'interferenza tra le diverse configurazioni degli interessi pubblici e privati previsti dal diritto europeo ed interno - ipotesi che non suppone un vero contrasto e che rappresenta l'*id quod plerumque accidit* nel settore - le amministrazioni pubbliche dovranno effettuare un giudizio comparativo tra i valori posti dai due sistemi. Anche in questo caso, però, l'amministrazione pubblica nazionale non potrà che conformarsi alle indicazioni provenienti dal diritto europeo e, quindi, valutare comparativamente gli interessi posti dai due sistemi giuridici dando prevalenza a quelli di matrice europea, secondo una logica che risponde al principio di primazia e di effetto diretto del diritto europeo (anche) in accezione amministrativa (sempre, M.P.CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 521). Ne consegue che «l'autorità amministrativa nazionale non può che esercitare la propria discrezionalità nel rispetto primario delle indicazioni scaturenti dal diritto comunitario, secondo quello che si può definire il versante amministrativo del principio di supremazia del diritto comunitario». In questo senso, «la nota distinzione tra interessi pubblici primari e secondari individuabili per ogni situazione di esercizio discrezionale del potere amministrativo fa sì che sia prospettabile una diversa configurazione gerarchica, ove primari diventano gli interessi comunitari (distinguibili in comunitari primari e secondari) e secondari quelli nazionali (che nel loro ambito mantengono la caratteristica di primari e secondari)» (M.P.CHITI, cit., p. 522).

68 D'altra parte, è nel Libro bianco "sui servizi di interesse generale" del 12 maggio 2004, COM (2004), che la stessa Commissione Europea procede esplicitamente al collegamento tra SIEG e diritti fondamentali, prevedendo che «i cittadini e le imprese hanno diritto di pretendere l'accesso a servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi abbordabili in tutta l'Unione Europea» e che, in particolare, «per i cittadini dell'Unione tale accesso costituisce una componente essenziale della cittadinanza europea, nonché un elemento indispensabile che consente loro di beneficiare appieno dei diritti fondamentali»; e anche al collegamento tra SIEG e coesione sociale e territoriale, stabilendo che «l'eliminazione degli svantaggi causati dalla mancanza di accessibilità nelle regioni ultraperiferiche rappresenta un fondamentale strumento per evitare che i gruppi sociali o le regioni vulnerabili siano esclusi dall'accesso ai servizi essenziali».

In questa direzione, la Corte di giustizia - nei punti 33, 34, 35 e 42 relativi alla prima questione prospettata - ha affermato che «l'art 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di una operazione interna, denominata contratto *in house*, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte della amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» poiché «tale disposizione non può privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori e di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. (...)». La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva dal considerando 5 della direttiva 2014/24, che stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva» consacrando così la giurisprudenza della Corte anteriore a tale direttiva. Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'art 12, paragrafo 2»⁶⁹.

⁶⁹ Ad ogni modo, la disposizione in questione non è un caso isolato nell'ambito del diritto primario europeo. Gli artt. 107 e 108 TFUE consentono di derogare al regime ordinario che vieta l'erogazione, da parte degli Stati, di qualsivoglia forma di aiuto alle imprese finalizzato a falsare o alterare la concorrenza, se per ragioni compensative e di stretta proporzionalità le risorse concesse siano elargite per fronteggiare gli oneri derivanti dall'osservanza degli obblighi di servizio pubblico (si cfr. D.U.GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998).

Sotto il profilo interpretativo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, valorizzando la componente sociale di soddisfazione dei bisogni collettivi che caratterizza precipuamente i servizi di interesse economico generale e che li differenzia dalla generalità delle attività economiche, è giunta a statuire che le risorse concesse a titolo di compensazione dei costi imposti dagli obblighi di servizio pubblico non possono considerarsi aiuti di Stato, laddove siano preordinate a soddisfare l'interesse generale alla base della missione, così derogando alla rigida disciplina contenuta nel Trattato di Lisbona. Si veda Corte giust., 22 novembre 2001, Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale, C-53/00, EU:C:2001:627,

In conclusione, pare si possa affermare che il diritto europeo non incida tanto sulla discrezionalità degli enti locali in punto di scelta delle modalità gestionali - in forza dell'affermazione del principio di libertà di autodeterminazione delle autorità pubbliche e del conseguente principio di equiordinazione tra le modalità di erogazione - quanto sulla discrezionalità che si esercita in sede di assunzione dei servizi pubblici, in considerazione dell'imposizione di taluni valori da perseguire, come la concorrenza (che non ha più rilievo assoluto) e soprattutto la coesione sociale e territoriale (che, invece, ha un rilievo preminente ed impone «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente»).

Trattasi, ad ogni modo, di un'impostazione che si iscrive in un quadro ormai consolidato in cui l'esercizio dei poteri decisionali locali nel settore dei servizi pubblici rappresenta la preconditione essenziale per la concretizzazione del valore europeo della coesione sociale e territoriale, quale ponte ideologico per il conseguimento dell'effettività dei diritti fondamentali.

con i commenti di A. BARTOSCH, *Why did the Court of Justice respond in Ferring?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, p. 1 ss; ma anche Corte. giust., 24 luglio 2003. *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00, EU:C:2003:415, con nota di G. MENDOLA, *Trasporto pubblico e aiuti di Stato*, in *Dir. trasp.*, 2004 e M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 639 ss.. Per un orientamento contrario, si cfr. Trib. CE, 27 febbraio 1997, FFSA c. Commissione, T-106/95, EU:T:1997:23; Trib. CE, 10 maggio 2000, SIC c. Commissione, T-46/97, EU:T:2000:123; Trib. CE, 11 giugno 2009, Repubblica Italiana c. Commissione, T-222/04, EU:T:2009:194. Per un inquadramento generale sulla giurisprudenza europea si cfr. E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, cit., p.173 ss.

RAFFAELLA DAGOSTINO

Professore Associato di Diritto Amministrativo, presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Foggia
raffaella.dagostino@unifg.it

**LA GESTIONE DEI DATI NELL'ERA DIGITALE: UN
DIFFICILE BILANCIAMENTO FRA ESIGENZE DI
SICUREZZA, TRASPARENZA E SOLIDARIETÀ**

**DATA GOVERNANCE IN THE DIGITAL ERA: A DIFFICULT
BALANCE BETWEEN SECURITY, TRANSPARENCY AND
SOLIDARITY NEEDS**

SINTESI

Il tema del trattamento dei dati in possesso della p.a. sta acquisendo sempre maggiore importanza per via dello sviluppo digitale che ha notevolmente incrementato la capacità di raccolta, catalogazione e circolazione dei dati, sia da parte della p.a. sia dei soggetti privati (c.d. gatekeeper ossia i gestori delle piattaforme digitali).

Ne è ben consapevole il legislatore europeo che ha di recente messo a punto una “strategia europea per i dati”, adottando il Reg. UE 2022/1925 sui mercati digitali (c.d. D.M.A.), volto a regolamentare i rapporti fra imprese che forniscono servizi di piattaforma e imprese che erogano servizi digitali; il Reg. UE 2022/2065 in materia di mercato unico dei servizi digitali (c.d. D.S.A.), proteso a garantire la creazione di un ambiente on line sicuro; nonché il Reg. UE 2022/868 sulla Governance europea dei dati.

L'implementazione della disciplina europea dimostra che il problema della protezione dei dati non può più essere confinato a un approccio di tipo “tradizionale”, fatto proprio dallo stesso GDPR, ossia incentrato sulla tutela del diritto alla privacy (intesa come autodeterminazione informativa), espressione del diritto del singolo individuo, titolare del dato, a veder tutelata la propria riservatezza o l'integrità del dato nei confronti del titolare del trattamento.

È, infatti, cresciuta in maniera esponenziale la rilevanza e la dimensione collettiva della protezione dei dati per via dell'implementazione di meccanismi di raccolta di massa di una pluralità di dati dei cittadini (è il caso dei c.d. big data analytics incentivati dall'uso delle tecnologie e degli strumenti d'intelligenza artificiale: si pensi all'uso dei dispositivi IoT – Internet of things of machines), anche da parte dei pubblici poteri (ad esempio, si pensi alla raccolta dati per ragioni di sorveglianza e controllo democratico, a alla raccolta di dati biometrici), nonché l'esigenza di garantire una maggiore interoperabilità dei dati fra settore pubblico e privato, non solo per ragioni economiche dettate dal mercato digitale, bensì per finalità altruistiche, a beneficio della società (si può pensare, ad esempio, all'importanza della condivisione delle informazioni sulla salute del paziente fra operatori sanitari pubblici e privati).

Ciò imporrebbe, a carico della p.a., l'adozione di un approccio di tipo proattivo, in primis, nel rafforzamento della governance dei dati e nella gestione dei rischi correlati, nonché uno sforzo ulteriore proteso a garantire il superamento del *digital divide* esistente in Italia che, di fatto, compromette l'effettività dell'azione amministrativa e l'erogazione di servizi pubblici essenziali nei contesti in cui il rapporto giuridico amministrativo risulti dematerializzato.

Pertanto, s'intravedono nuovi scenari d'intervento pubblico ai fini del trattamento e della circolazione dei dati, con conseguente possibile implementazione dell'apparato amministrativo e rafforzamento dell'esercizio di funzioni non solo di regolazione, controllo e sanzione, bensì verosimilmente, anche di amministrazione attiva, a garanzia di un difficile equilibrio fra sicurezza, trasparenza e solidarietà.

ABSTRACT

The issue of data processing in the possession of the public administration is becoming increasingly important due to digital development, which has significantly increased the ability to collect, catalog and circulate data, both by the public administration and by private entities. So, the European legislator

has recently developed a “European strategy for data”, adopting EU Reg. 2022/1925 on digital markets (so-called D.M.A.), aimed at regulating the relationships between companies that provide platform services and companies that provide digital services; EU Reg. 2022/2065 on the single market for digital services (so-called D.S.A.), aimed at ensuring the creation of a secure online environment; as well as EU Reg. 2022/868 on European Data Governance. The implementation of the European framework demonstrates that there is a need for a strengthening data governance and the management of related risks, as well as a further effort to ensure that the digital divide existing in Italy is overcome, which, in fact, compromises the effectiveness of administrative action and the provision of essential public services in contexts where the administrative legal relationship is dematerialized. Therefore, new scenarios of public intervention for the purposes of data processing and circulation are foreseen, with the consequent possible implementation of the administrative apparatus and strengthening of the exercise of administrative functions such as regulation, control and sanction, to guarantee a difficult balance between security, transparency and solidarity.

PAROLE CHIAVE: Gestione dei dati – Ordinamento digitale – Trasparenza – Solidarietà – Funzioni amministrative

KEYWORDS: Data governance – Digital order – Transparency – Solidarity – Administrative functions

INDICE: 1. La *governance* dei dati nell'era digitale. – 2. La gestione dei dati da parte della p.a. e il passaggio dalla logica binaria a quella sistemica. – 3. Poteri pubblici e privati nella *governance* dei dati e nuove esigenze di sicurezza ordinamentale. – 4. La strategia europea per i dati. – 5. L'implementazione dell'apparato organizzativo e delle funzioni di amministrazione attiva per la *governance* dei dati in un ordinamento digitale sicuro e solidale. – 6. Sicurezza, trasparenza, solidarietà e democrazia: quale ruolo per i pubblici poteri?

1. La governance dei dati nell'era digitale

Il tema della gestione dei dati sta acquisendo sempre maggiore importanza nella società odierna, per via dello sviluppo digitale che ha notevolmente incrementato la capacità di raccolta, catalogazione e circolazione dei dati medesimi, sia da parte della pubblica amministrazione sia dei soggetti privati (c.d. *gatekeeper*, ossia i gestori delle piattaforme digitali).

Come noto, la tecnologia e il ricorso a strumenti di intelligenza artificiale, nel corso di questi ultimi anni¹, hanno notevolmente inciso sulle modalità di esercizio di attività economiche, sulle modalità di erogazione di alcuni servizi pubblici essenziali (sanità, istruzione, trasporti), sulle forme di partecipazione democratica alla vita sociale e finanche sui comportamenti dei singoli individui, comportando un inesorabile processo di trasformazione economica, sociale e culturale della società contemporanea.

In un contesto sempre più deterritorializzato e dematerializzato, espressione di una società fluida, liquida², i dati, più o meno consapevolmente immessi in rete, generati e rilasciati dai singoli individui, costituiscono un elemento centrale di questa trasformazione, tanto da essere indicati come “il nuovo petrolio” della società moderna³, sempre più protesa verso l’implementazione della c.d. *data economy*.

Tale espressione, come noto, sta ad indicare l’esistenza di una economia reale dei dati, basata sulla capacità, delle istituzioni e delle imprese, di gestire una quantità sempre crescente di informazioni digitali. Quindi, un’economia in cui istituzioni e imprese sono chiamate a interpretare correttamente i dati con l’obiettivo di aumentare notevolmente le proprie *performance*, ma non solo, come meglio si dirà proprio in riferimento alla pubblica amministrazione.

Perché ciò avvenga, è opportuno che istituzioni e imprese interpretino correttamente i dati e che gli stessi siano scambiati in uno spazio digitale sicuro.

Pertanto, con riferimento al primo aspetto, è innanzitutto necessario che i gestori dei dati, siano essi soggetti pubblici o privati, si preoccupino di catturare i dati, computarli e comunicarne i risultati, conformemente alle disposizioni di legge (c.d. “3C” su cui si fonda la *data economy*). Operazione, questa, agevo-

1 Un incentivo all’uso degli strumenti digitali si è avuto proprio nel periodo pandemico, per assicurare servizi pubblici essenziali a distanza, come ad esempio è accaduto per l’istruzione scolastica e la sanità.

2 Z. BAUMANN, *Liquid modernity*, Cambridge, 2000 (trad. it. di Sergio Minucci, *Modernità liquida*, Roma-Bari 2002).

3 L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, Il Mulino, 2023; A. SORO, *Persone in rete. I dati fra poteri e diritti*, Fazi editore, 2018.

lata proprio dall'uso di internet, dei sistemi informatici, dalla diffusione a livello mondiale del *Cloud Computing* e della sua integrazione con le reti in ottica *Cloud Integrated Network*⁴.

Se correttamente eseguite, tali operazioni dovrebbero permettere lo sviluppo di una “quarta C”, che rappresenta la cognizione, ovvero dovrebbero consentire una conoscenza e acquisizione consapevole dei dati che comporti la possibilità, per un'organizzazione o un individuo, di avere sempre più informazioni complete, chiare e rilevanti, per operare in un dato contesto o per il perseguimento di un determinato obiettivo e, quindi, per compiere delle scelte consapevoli⁵.

Con riferimento al secondo profilo, invece, ossia quello dell'interoperabilità dei dati in uno spazio digitale sicuro, è evidente che sia necessario un approccio strategico complesso, che si basi: 1) sulla standardizzazione delle procedure e sulla condivisione dei dati e delle informazioni su più livelli; 2) su un necessario coinvolgimento di tutti i settori dell'ordinamento, pubblico e privato⁶.

Non a caso, oggi, sempre più spesso si tende a parlare di «Stato digitale»⁷ o meglio, di «sovranità digitale», espressione – come chiarito in dottrina – mol-

4 Per l'ordinamento italiano si legga: Dipartimento per la trasformazione digitale – Agenzia per la Cybersicurezza nazionale, *Strategia cloud Italia. Documento sintetico d'indirizzo strategico per l'implementazione e il controllo del Cloud della P.A.*, 2021.

5 Sui temi, si veda in dettaglio: <https://www.cloudifynoiipa.it/-/data-economy-cos-e-e-come-sfruttarla?inheritRedirect=true>. Cfr. altresì: S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 3/2019, 146 ss.; F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019; ID., *Il dato personale tra protezione giuridica e valorizzazione economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, 2.

6 Così: I. FORGIONE, *Il ruolo strategico dell'Agenzia nazionale per la cybersecurity nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna*, in *Dir. amm.*, 2022, 4, 1114 ss.

7 L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit.; ma si veda anche: J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI (diretto da), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte*, *Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Federico II, Napoli*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023; B. MARCHETTI, *L'amministrazione digitale* (voce), in *Enc. Dir., I Tematici, Funzioni amministrative*, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), Milano, 2022; R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.

to spesso utilizzata nella sua accezione più ampia, ricomprendendo in essa non solo tutte quelle funzioni e quei compiti relativi al controllo dei dati in possesso della p.a., bensì anche il controllo delle infrastrutture di rete, dei servizi *cloud* quali vettori per l'uso (e molto spesso abuso) dei dati, non solo da parte del settore pubblico bensì anche – e anzi soprattutto – da parte dei c.d. poteri privati, come sempre più spesso oggi sono qualificate le grandi piattaforme fornitrici di servizi digitali e di rete⁸.

E infatti, è stato osservato che proprio l'ascesa delle piattaforme digitali (le c.d. *big five*: Gafam, Google, Apple, Facebook, Amazon E Microsoft) ha notevolmente ampliato il fenomeno della raccolta, gestione e soprattutto della circolazione dei dati, considerata proprio quest'ultima il motore della c.d. *data driven innovation*, tanto da essere stata eletta a quinta libertà fondamentale del mercato unico europeo. Il che con ricadute pesanti sulla tutela dei diritti fondamentali e in particolare sulla tutela dei dati personali⁹.

Se questo è il contesto di riferimento, occorre domandarsi quale sia, oggi, il ruolo dello Stato, o meglio, dei pubblici poteri in relazione alla corretta gestione dei dati in un contesto ordinamentale sempre più dematerializzato, digitalizzato, soprattutto a garanzia del delicato equilibrio fra sicurezza, trasparenza e democraticità nel e del trattamento.

2. La gestione dei dati da parte della p.a. e il passaggio dalla logica binaria a quella sistemica

Per rispondere al quesito appena posto, bisogna muovere da alcune considerazioni preliminari.

Ebbene, innanzitutto deve constatarsi che le problematiche relative alla protezione dei dati nel settore pubblico non possano più essere affrontate e ri-

⁸ O. POLLICINO, Judges, privacy and data protection from a multilevel protection perspective, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 4, 808 ss.; M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Genova, 18 giugno 2021, consultabile al sito: www.gruppodipisa.it; ID., *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 3, 740 ss.

⁹ L. AMMANNATI, *I «signori» nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, 381 ss.

solte secondo una logica che chiamerei binaria, ossia secondo una logica meramente individuale o interna, cioè protesa a cogliere il rapporto giuridico bilaterale intercorrente fra titolare del dato e pubblica amministrazione, quale titolare del trattamento – come oggi ampiamente disciplinato dal Regolamento EU n. 679/2016 (d'ora in poi GDPR) –, dovendo piuttosto adottarsi una logica sistemica o trasversale, non solo per l'incalzare di nuove e numerose disposizioni normative, anche europee, che si occupano del tema della gestione dei dati e che impongono una lettura sistematica delle discipline – come meglio si dirà – piuttosto perché i pubblici poteri, oggi, sembrano chiamati a rivestire un nuovo ruolo, diverso e ulteriore rispetto a quello sinora assunto di “mero” titolare del trattamento dei dati¹⁰.

Ciò perché i dati sempre più spesso si caratterizzano per essere non semplicemente declinazione o elemento dei diritti della personalità, piuttosto, beni giuridici dotati di autonoma valenza, come detto, anche economica.

E infatti, sebbene oggi il GDPR costituisca di per sé espressione di una disciplina già avanzata, a tutela del trattamento dei dati personali, sia da parte delle p.a. che dei soggetti privati, cogliendo l'aspetto per così dire dinamico della *privacy*¹¹, inteso come diritto all'autodeterminazione informativa del singolo, o meglio come diritto al legittimo e lecito/corretto trattamento dei dati, dalla fase della raccolta, gestione, fino alla circolazione del dato stesso¹², la disciplina

10 Sul punto si tornerà oltre, nel tentativo di dimostrare l'assunto.

11 S. RODOTÀ, *Controllo e privacy della vita quotidiana*, 2009, consultabile al sito www.treccani.it; ID., *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, Bologna, Il Mulino, 1984; O. POLLICINO, F. RESTA, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, nota a Corte. Cost. 21 febbraio 2019 n. 20, in *Dir. inf.*, 2019, 110 ss.

12 A mero titolo esemplificativo, sia sufficiente leggere i considerando n. 6, 101, 102 e ss. del Reg. EU n. 679/2016 e poi, in particolare, il Capo V, artt. 44 e 46 ss. in cui la disciplina europea prende in debita considerazione l'ipotesi della circolazione dei dati, avendo ritenuto opportuno assicurare ai dati, scambiati o ceduti in territorio extra-europeo, la stessa protezione assicurata nell'ordinamento interno. Come noto, la disciplina europea ha regolamentato le ipotesi di circolazione dei dati proprio in conseguenza noti casi *Schrems I e II*, di cui si è occupata la Corte di giustizia europea (C. Giust. UE, C-362/2014 e C-311-2018). Con tali sentenze, la Corte di Giustizia EU ha posto le basi per un ulteriore rafforzamento della tutela dei dati e della privacy, valutando l'adeguatezza dei livelli di protezione dei dati, in un contesto digitale, che prevedeva l'uso di piattaforme, e internazionale, essendosi realizzato uno scambio, una cessione di dati oltreoceano. Sui temi: O. POLLICINO, *Judges, privacy and data protection from a multilevel*

in esso declinata appare oggi insufficiente a coprire e a governare integralmente il complesso fenomeno della gestione dei dati.

E ciò per diverse ragioni già evidenziate dalla dottrina¹³.

In primis, perché il GDPR sembra cogliere, valorizzare e disciplinare soprattutto la dimensione individuale del dato, nella logica bilaterale del rapporto fra titolare del dato e del trattamento, nella stretta aderenza del dato ai diritti della personalità, alle libertà, alla dignità della persona, a fronte, invece, dell'acuirsi della dimensione per così dire collettiva dei dati, frutto dei processi di anonimizzazione, di aggregazione di dati, che ne enfatizzano la qualificazione degli stessi come autonomo bene giuridico e che al contempo li espongono a usi secondari e a strumentalizzazioni da parte di chi quei dati ha incamerato pur legittimamente¹⁴.

Inoltre perché la logica del consenso, che dovrebbe garantire il legittimo trattamento, molto spesso o si rivela illusoria, per via della forte asimmetria dei mezzi esistente fra individuo e il titolare del trattamento, specie se espressione di un potere privato, o perché è scavalcata dalla necessità di garantire il perseguimento di un interesse pubblico primario, reputato prevalente e come tale capace di sacrificare i diritti dei singoli collegati alla gestione e al trattamento dei propri dati personali¹⁵.

Si può pensare, a tal proposito, alla raccolta massiva di dati per ragioni di sorveglianza, di controllo democratico, di sicurezza urbana¹⁶, o ancora, alla rac-

protection perspective, cit.

Per un'analisi approfondita del GDPR, come disciplina avanzata, a tutela della gestione dei dati personali: Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato: R. PANETTA (a cura di), *Commentario al regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato D.lgs. n. 196/2003 (Codice privacy): scritti in memoria di Stefano Rodotà*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; O. POLLICINO, G. RESTA, G. FINOCCHIARO, R. D'ORAZIO, *Codice della privacy e della data protection*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021; G. M. RICCIO, G. SCORZA - E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy: commentario*, I° ed., Milano, Ipsoa, 2019 e II° ed., Milano, Ipsoa, 2022.

13 Sui temi: L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 55 ss.

14 L. AMMANNATI, *I «signori» nell'era dell'algoritmo*, cit.

15 Da ultimo, quale esempio, si veda: F. FRANCIOSI, *Il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse e l'auspicio di un mutamento d'indirizzo interpretativo*, al sito: www.gustizjainsieme.it.

colta di dati biometrici¹⁷; cosa che porta i sociologi del nostro tempo a parlare di “società” e finanche di “cultura della sorveglianza”¹⁸.

Si deve prendere atto, dunque, che nella società odierna è cresciuta in maniera esponenziale la rilevanza e la dimensione collettiva dei dati, per via dell’implementazione di meccanismi di raccolta di massa di una pluralità di dati dei cittadini (è il caso dei c.d. *big data analytics*, incentivati dall’uso delle tecnologie e degli strumenti d’intelligenza artificiale: si pensi all’uso dei dispositivi IoT – *Internet of things of machines*¹⁹), nonché l’esigenza di garantire una maggiore interoperabilità²⁰ dei dati fra istituzioni pubbliche, ma anche fra settore pubblico e privato, non solo per ragioni economiche dettate dal mercato digitale, bensì – come meglio si dirà – anche per finalità altruistiche, a beneficio dell’intera società (si può pensare, ad esempio, all’importanza della condivisione delle informazioni sulla salute del paziente fra operatori sanitari pubblici e privati).

Se questo è il contesto di riferimento, dovrà constatarsi che ai poteri pubblici, oggi, sia attribuito un compito nuovo, d’intermediazione fra individuo, società e mercato nella gestione dei processi di circolazione dei dati, da cui dipen-

16 E. CHITI, *Le sfide della sicurezza e gli assetti nazionali ed europei delle forze di polizia e di difesa*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 511 ss.; S. DEL GATTO, *Quali regole per le nuove tecnologie di riconoscimento facciale? La Corte di Giustizia di Cardiff si pronuncia per la legittimità dell’uso di tecniche di Automated Facial Recognition da parte della Polizia del Galles*, consultabile al sito www.irpa.eu, 2020; ID. E IBIDEM, *Prove di regolazione del riconoscimento facciale e rischi di cattura del regolatore; nonché Riconoscimento facciale e diritti fondamentali: quale equilibrio?*, 2020; *Riconoscimento facciale. Secondo uno studio la polizia del Regno Unito non rispetta gli standard minimi etici e legali*, 2023.

17 Sui rischi correlati alla raccolta di dati biometrici, si veda già: Commissione europea, *Libro bianco sull’intelligenza artificiale*, Bruxelles, COM (2020) 65 final, 19 febbraio 2020.

18 D. LYON, *Surveillance society. Monitoring everyday life*, Philadelphia 2001 (trad. it. Milano 2002); ma si legga anche: S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, Laterza, 2004; nonché S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019.

19 D.U. GALETTA, *La Pubblica Amministrazione nell’era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cyberspazio e Diritto*, 3/2018; ID., *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3, 663 ss.

20 Sulla centralità del processo di interoperabilità organizzativa, tecnica e semantica fra i dati ai fini di una efficiente governance dei dati in un ambiente (recte: ordinamento) digitale, si vedano le Linee guida Agid: “Linee guida sull’interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni” e le “Linee guida Tecnologie e standard per la sicurezza dell’interoperabilità tramite API dei sistemi informatici”, ai sensi dell’art. 71 del CAD e della Direttiva (UE) 2015/1535., Determinazione 457/2021 aggiornata con Determinazione 300/2023; nonché ISTAT, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione. Metodi per l’interoperabilità per lo sviluppo di e-service*, Roma, 2023.

de – è questo che si vuole dimostrare – non solo la sicurezza nel trattamento dei suddetti, oltreché la garanzia del bilanciamento fra esigenze di trasparenza o, in senso più lato, di controllo democratico, nonché la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali correlate all'uso di quei dati, bensì la garanzia della stessa sicurezza giuridica e ordinamentale.

3. Poteri pubblici e privati nella governance dei dati e nuove esigenze di sicurezza ordinamentale

Le problematiche legate al trattamento dei dati (raccolta, gestione, circolazione) a garanzia del delicato equilibrio fra sicurezza, trasparenza e democrazia nel e del trattamento, impongono l'adozione di un approccio e di una visione sistemica, che richiede di considerare non tanto la distinzione esistente fra tipologie di dati, piuttosto, il differente uso che di tali dati si faccia.

E invero, bisogna rilevare che la distinzione fra categorie di dati (dati personali e non personali, dati aperti, dati suscettibili di essere considerati alla stregua di un bene economico allorché la prestazione del consenso all'utilizzo degli stessi divenga presupposto necessario o, spesso, involontario corrispettivo per la fruizione di servizi, pubblici o privati – si pensi alla profilazione –, sulla base del presupposto che gratuità non sia sinonimo di liberalità) sembra oggi scolore di rilievo giuridico ai fini di una differenziazione delle discipline di riferimento.

Ciò che sembra emergere dalla lettura sistematica delle discipline normative in vigore²¹, è che ci si stia muovendo verso una logica unitaria, che punta a massimizzare e a ottimizzare i benefici economico-sociali che potrebbero derivare dall'utilizzo e dal riutilizzo dei dati, anche personali. Cosa che porta a un sostanziale appaiamento, a un avvicinamento di categorie di dati fra loro molto diverse²².

²¹ Si legga, come esempio emblematico, il considerando n. 13 del Reg. UE n. 868/2022 (c.d. *Data governance act*) sul quale ci si soffermerà nel prosieguo.

²² AA.VV., *Dati personali. Protezione, libera circolazione e governance*, vol. I, *I principi*, F. BRAVO (a cura di), Pacini giuridica, 2023; F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di «data sharing» dal GDPR al «Data Governance act»*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 1, 199 ss.

Più interessante, invece, la prospettiva del differente uso che di tali dati s'intenda fare, in quanto tale visuale d'indagine permette di considerare se nella gestione dei dati raccolti prevalga la logica statica, della conservazione, o piuttosto quella dinamica, circolatoria, con ricadute evidenti in tema di sicurezza ordinamentale.

Ebbene. Si ritiene doveroso distinguere nettamente il caso in cui la gestione del dato, specie se personale, sia confinata alla c.d. logica binaria, ossia confinata all'interno di uno specifico rapporto giuridico fra titolare del dato e titolare del trattamento, o piuttosto, assuma rilievo la dimensione esterna ad esso, prevalendo la logica circolatoria e finanche di condivisione dei dati.

A seconda della prospettiva, diverso appare il ruolo della p.a. (o meglio dei pubblici poteri) e diverso il rapporto che viene a configurarsi fra sicurezza, trasparenza e controllo democratico nella gestione dei dati, mutando il rapporto mezzo a fine fra i suddetti principi.

E infatti, nel primo caso (ossia, nella logica binaria) il concetto di sicurezza che sembra venir in rilievo è piuttosto legato a una concezione tradizionale dello Stato, espressione di esigenze di ordine pubblico capaci, in alcune ipotesi, anche di sacrificare, spesso oltremodo, il diritto all'autodeterminazione informativa dei singoli.

Nella logica della raccolta dei dati con finalità di conservazione, la sicurezza pubblica appare il fine ultimo da perseguire, l'interesse primario da garantire, a volte anche a scapito della trasparenza e della tutela dei diritti fondamentali dei singoli (si pensi, ad esempio, all'incremento delle misure e delle prassi di sorveglianza negli aeroporti, nelle città, etc. ...).

Nel secondo caso, invece, quando prevale la logica circolatoria, muta il parametro di riferimento perché il concetto di sicurezza che viene in risalto non è solo quello tradizionale legato alla logica della sovranità statale, piuttosto, è espressione del più moderno concetto di sovranità digitale, di cui si è detto.

Per cui, il valore giuridico di riferimento diviene quello della sicurezza digitale²³, da cui dipendono tanto la tutela della sicurezza (*recte*: della legittimità) nel trattamento dei dati e, dunque, dei diritti fondamentali dei singoli correlati all'uso dei dati, quanto le esigenze di sicurezza pubblica, nella sua logica ordinamentale.

In definitiva, quando a prevalere è la logica circolatoria, sicurezza pubblica e sicurezza nel trattamento dei dati sembrano sublimarsi in un valore giuridico più elevato, quale quello del bisogno di garanzia di sicurezza giuridica che non può che essere assolto se non attraverso il rafforzamento delle esigenze di trasparenza e controllo democratico sulla *governance* dei dati.

Ma vi è di più. Bisogna considerare un ulteriore elemento rilevante, che sembra emergere dalle attuali dinamiche di *governance* dei dati.

In una società che, come constatato, si fa sempre più fluida, liquida, perché deterritorializzata e sempre più dematerializzata, si sta assistendo alla configurazione di nuove dinamiche di potere, in cui i profili di democratizzazione degli stessi diventano difficili da raggiungere.

La configurazione di nuove gerarchie di potere (pensiamo, come detto, all'affermarsi del potere delle grandi piattaforme digitali²⁴), che si affiancano ai “tradizionali” poteri pubblici, – i quali, paradossalmente, appaiono oggi più garantisti dei poteri privati, perché per propria natura protesi al doveroso esercizio di un potere, conferito per legge, che non è volto a perseguire finalità egoistiche né lucrative – inesorabilmente, incrementano le disuguaglianze sociali, economiche, digitali, rendendole più difficili da identificare e da colmare²⁵, pro-

23 Garante per la protezione dei dati personali, *Spazio cibernetico bene comune. Protezione dei dati, sicurezza nazionale*, Atti del Convegno - 30 gennaio 2020, consultabile al sito www.garanteprivacy.it.

24 L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, p. 1101.

25 Sui divari di cittadinanza presenti nel nostro Paese e sul *digital divide*: F. PANETTA, *Lo sviluppo del Mezzogiorno: una priorità nazionale*, www.bancaditalia.it; L. BIANCHI, B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *Il PNRR alla prova del sud*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; A. BARONE, *Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR*, in *PA – Persona e Amministrazione*, 2/2021; AIPDA – Forum Next Generation EU, con particolare riferimento al *paper* firmato dai Direttori della rivista *PA – Persona e Amministrazione: Diseguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, 9 aprile 2021; nonché sia consentito rinviare a: R. DAGOSTINO,

prio perché legate a un contesto deterritorializzato e dematerializzato, che richiede, di conseguenza, nuove forme d'intervento pubblico.

In questo contesto, infatti, i pubblici poteri sembrano atteggiarsi, alla stregua dei singoli individui titolari dei dati, quali soggetti deboli, a fronte del dominio, del potere di alcuni soggetti privati.

Come chiaramente evidenziato in dottrina²⁶, infatti, nel moderno contesto digitale, appare quantomai opportuno abbandonare la lente deformante della sovranità statale ai fini dell'inquadramento degli istituti e delle figure proprie dell'ordinamento amministrativo, dovendo, oggi, focalizzarsi lo studio del diritto amministrativo, piuttosto in stretta aderenza alle logiche del potere come situazione di asimmetria, a chiunque esso appartenga. Ciò che diviene essenziale è la comprensione delle dinamiche del potere, delle sue fonti di legittimazione, della sua titolarità, delle regole e dei limiti del suo esercizio, dei controlli sulle modalità di estrinsecazione dello stesso. In definitiva, ciò che rileva sono i rapporti fra autorità e libertà nelle dinamiche del potere, nella prospettiva del rafforzamento della logica garantista delle tutele dei cittadini o, meglio, degli utenti, nei confronti dei titolari del potere.

Ciò che traspare è che nella *governance* dei dati, nel moderno ordinamento digitale, siano *nuovamente* (ossia: ancora una volta, bensì anche in maniera innovativa) in gioco i rapporti fra autorità e libertà²⁷ (individuali ed economiche), che necessitano di un rinnovato bilanciamento.

Sistema delle autonomie e divari territoriali di cittadinanza, Relazione tenuta al XXV Convegno di Copanello "Riflessioni sul diritto amministrativo che cambia", 30 giugno-1° luglio 2023, consultabile anche sulla rivista *Diritto e società*, 2023, 3, 455 ss. si vedano, altresì i seguenti documenti. Banca d'Italia, *Il divario nord-sud: sviluppo economico e intervento pubblico*, giugno 2022; Si leggano anche le delibere della Corte dei Conti sullo stato di avanzamento e di attuazione del PNRR, in particolare: Corte dei Conti, Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), marzo 2022; nonché, sulla trasformazione digitale della p.a. e sulla *governance* dei dati, nella prospettiva dell'interoperabilità: Corte dei Conti, sez. controllo, delibera n. 16/2023.

²⁶ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit.

²⁷ Sui rapporti fra autorità e libertà, in generale: AA.VV., *Al di là del nesso fra autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, S. PERONGINI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017. In riferimento al tema che si sta affrontando: G. SGUEO, *La visione e la voce nella transizione digitale dei governi democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 1015 ss.

4. La strategia europea per i dati

Della complessità ordinamentale sottesa alle nuove dinamiche di potere, che comportano esigenze di rafforzamento della sovranità digitale per l'implementazione di meccanismi efficaci e trasparenti per la *governance* dei dati, sembra essere ben consapevole il legislatore europeo²⁸ che ha, infatti, di recente messo a punto una vera e propria strategia europea per i dati, basata su un approccio dinamico e trasversale della tutela dei dati, anche personali, perché improntata sulla logica della massima circolazione e finanche della condivisione dei dati, fra settore pubblico e privato.

Particolare importanza rivestono:

1. il Reg. UE 2019/881 sul c.d. *Cybersecurity Act* proteso a garantire la sicurezza cibernetica a livello comunitario, creando un quadro comune per la certificazione informatica dei prodotti e dei servizi digitali, che ha portato, nell'ordinamento interno, alla istituzione di una Agenzia nazionale per la cybersecurity informatica istituita con Decreto Legge n. 82 del 14 giugno 2021, convertito nella legge n. 109/2021;

2. il Reg. UE 2022/1925 sui mercati digitali (c.d. D.M.A.), volto a regolamentare i rapporti fra imprese che forniscono servizi di piattaforma e imprese che erogano servizi digitali;

3. il Reg. UE 2022/2065 in materia di mercato unico dei servizi digitali (c.d. D.S.A.), proteso a garantire la creazione di un ambiente *on line* sicuro.

Regolamenti, questi ultimi, che prestano particolare attenzione ai dati personali in correlazione alle dinamiche concorrenziali.

4. Si può altresì considerare la proposta di legge, di recente approvata dal Parlamento europeo, relativa al Regolamento europeo sull'intelligenza artificia-

28 Sui temi, si legga il Simposio “*La regolazione digitale nell'Unione Europea*”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2022, e in particolare: B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, 997 ss.; M. LIBERTINI, *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, 1068 ss.; G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, 1085 ss.; L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, cit.; nonché D. POLETTI, *Il controllo dell'interessato e la strategia europea sui dati*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2023.

le, che stabilisce regole di armonizzazione e particolari obblighi di trasparenza per l'uso di strumenti di intelligenza artificiale per finalità d'interesse generale²⁹.

5. Infine, ma non ultimo, il Reg. UE 2022/868 sulla Governance europea dei dati (c.d. *Data Governance Act*)³⁰, che non solo si propone di ampliare le ipotesi di riutilizzo, all'interno dell'Unione, di determinate categorie di dati detenuti da enti pubblici, diversi da quelli aperti, ma offre interessanti novità in materia.

Più in particolare, il *Data Governance Act* si sviluppa lungo quattro direttrici:

1. il riutilizzo di determinati dati detenuti da soggetti pubblici (Capo II),
2. l'attività di intermediazione dei dati³¹ (Capo III), tale intendendosi un «servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, rapporti commerciali a fini di condivisione dei dati tra un numero indeterminato di interessati e di titolari di dati, da un lato, e gli utenti dei dati dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali» (art. 2, par. 1, n. 11).

Il servizio d'intermediazione potrebbe essere svolto anche da servizi di cooperative di dati³² che avranno il dovere d'informare i titolari del dato sui propri diritti e di assisterlo per effettuare scelte consapevoli sull'utilizzo dei propri dati (art. 2, par. 1, n. 15).

29 Si può consultare il testo della proposta di legge approvata dal Parlamento europeo al sito: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188-AM-808-808_IT.pdf. Per un primo studio sulla proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, si consulti il sito: <https://documenti.camera.it/Leg19/Dossier/Pdf/AT026.Pdf>.

30 Tale Regolamento ha completato la disciplina di cui al Regolamento 2018/1807 con cui si era già inteso facilitare lo scambio transfrontaliero dei dati non personali con l'obiettivo di realizzare una economia digitale dei dati più fluida e veloce, pur consentendo alle autorità competenti di richiedere o ottenerne l'accesso in conformità al Diritto dell'Unione Europea o nazionale; nonché la Direttiva 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, inerente i c.d. *open data*.

31 G. RESTA, *Pubblico e privato nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 971 ss.; F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di «data sharing» dal GDPR al «Data Governance act»*, cit.

32 Sulle cooperative dei dati: F. BRAVO, *Le cooperative di dati*, in *Contratto e impresa*, 2023, 3, 757 - 799.

Non a caso, oggi inizia a parlarsi di neo-mutualismo digitale³³ come modello per lo sviluppo di una economia sociale e solidale a partire dal momento della condivisione e dell'interoperabilità dei dati, non solo fra istituzioni pubbliche, bensì anche fra esse e i privati che si occuperanno di gestire i dati, magari con l'ausilio delle piattaforme digitali o che, come detto, svolgeranno servizio d'intermediazione dei dati.

E infatti, lo scopo sotteso al suddetto regolamento è quello di offrire un quadro normativo armonizzato per lo scambio dei dati nel mercato interno europeo, ponendo gli standard minimi di sicurezza per la *governance* dei dati, prestando particolare attenzione a facilitare la cooperazione tra gli Stati membri. Tale regolamento, quindi, dovrebbe mirare a sviluppare ulteriormente un mercato interno digitale senza frontiere e una società e un'economia dei dati antropocentriche, affidabili e sicure (considerando n. 3).

L'obiettivo, dunque, è quello di realizzare uno spazio amministrativo europeo digitale, sicuro, in cui offrire servizi digitali e definire procedure amministrative uniformi a livello europeo³⁴, calibrate secondo una prospettiva maggiormente garantista che vede l'utente del servizio al centro (c.d. prospettiva *user-centered*).

3. la messa a disposizione dei dati per fini altruistici, sulla base del principio di solidarietà³⁵ (Capo IV);

4. l'istituzione di un nuovo sistema di governance dei dati e di sanzioni a fronte di pratiche fraudolente o abusive (Capo V, Capo VI e Capo IX).

³³ Fondazione Pico, Il manifesto per il neo mutualismo digitale: AA.VV., *Le cooperative e la sfida dell'innovazione digitale: il neo mutualismo in dieci tesi*; A. Baldazzini, *Neo-mutualismo e piattaforme digitali. Intervista a Paolo Venturi*, consultabile al sito www.pandorarivista.it.

³⁴ Si prendano come esempi: la creazione di sportelli unici (art. 8 del *Data Governance Act*); la procedura per le richieste di riutilizzo dei dati (art. 9); il Modulo europeo di consenso all'altruismo dei dati (art. 25).

³⁵ F. BRAVO, *Il principio di solidarietà*, in *Dati personali. Protezione, libera circolazione e governance*, op. cit., 541 - 601; Id., *Il principio di solidarietà in materia di protezione dei dati personali nelle decisioni del Garante e della Corte di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2023, 2, 405 - 441; ID., *Il principio di solidarietà tra data protection e data governance*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2023, 3, 481 - 518.

Particolarmente interessante si rivela il profilo dell'altruismo dei dati, di cui al punto 3.

Il regolamento in esame, infatti, definisce «altruismo dei dati»: «la condivisione volontaria di dati sulla base del consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali che li riguardano, o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l'uso dei loro dati non personali, senza la richiesta o la ricezione di un compenso che vada oltre la compensazione dei costi sostenuti per mettere a disposizione i propri dati, per obiettivi di interesse generale, stabiliti nel diritto nazionale, ove applicabile, quali l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche ufficiali, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione delle politiche pubbliche o la ricerca scientifica nell'interesse generale» (art. 2, par. 1, n. 16).

La condivisione su base volontaria dei dati personali da parte dei soggetti interessati, previo consenso informato, nonché la condivisione dei dati non personali da parte dei titolari, per finalità d'interesse generale, è valutata dal legislatore europeo come una grande opportunità, una grande potenzialità per la realizzazione di una società sempre più inclusiva, sia socialmente sia economicamente (considerando 45 e 46).

Basti pensare alla condivisione di dati sanitari per finalità di ricerca scientifica, i quali potrebbero tornare utili per indagini di tipo statistico o, in un contesto ancora più evoluto, con l'ausilio di strumenti d'intelligenza artificiale, per consentire l'analisi di tali dati attraverso modalità di apprendimento automatico.

È evidente, pertanto, che queste nuove disposizioni normative si saldino e completino la disciplina sulla gestione dei dati di cui al GDPR, implementando considerevolmente non solo la logica della circolazione dei dati, bensì anche quella dell'interoperabilità fra settore pubblico e privato, nonché quella, ancor

più innovativa, della condivisione dei dati, anche personali, in chiave solidaristica.

Purtuttavia, è opportuno che la creazione di questo ecosistema digitale basato su dati interdipendenti, ossia sulla circolazione, sull'interoperabilità fra settore pubblico e privato, sulla condivisione altruistica dei dati medesimi, si dispieghi in un contesto ordinamentale sicuro, in cui le garanzie di effettività delle regole e delle tutele³⁶ siano realmente in grado di far crescere la fiducia dei cittadini nei confronti di tali poteri, in relazione ai servizi forniti per la *governance* dei dati.

5. L'implementazione dell'apparato organizzativo e delle funzioni di amministrazione attiva per la governance dei dati in un ordinamento digitale sicuro e solidale

L'esigenza di garantire una maggiore interoperabilità dei dati fra settore pubblico e privato, non solo per ragioni economiche dettate dal mercato digitale, bensì per finalità altruistiche, solidaristiche, a beneficio della società, del progresso sociale, richiede rinnovate forme di interventismo pubblico nella realtà economica, sociale e digitale, aumentando i rischi in relazione a un sistema di gestione dei dati, che appare molto più complesso.

Il legislatore europeo, infatti, nel delineare la strategia europea per i dati, implementandola anche con l'innovativo principio dell'altruismo dei dati, funzionale al perseguimento di obiettivi di interesse generale, si è preoccupato di implementare l'apparato amministrativo europeo per la *governance* dei dati, sia per il profilo organizzativo sia per quello funzionale, in una prospettiva che non è semplicemente quella, pur imprescindibile, dell'armonizzazione delle procedure e degli standard qualitativi di prestazione di servizi digitali, piuttosto quella più pregnante di realizzare un ecosistema (*recte*: un ordinamento) digitale europeo sui dati quanto più uniforme, sicuro, garantista.

³⁶ G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 51 ss.

Se si legge il *Data Governance Act* ci si avvede subito che a fronte di un'apparente liberalizzazione nella gestione dei dati, non solo attraverso la valorizzazione dell'apporto degli operatori privati nei servizi d'intermediazione dei dati, bensì attraverso il riconoscimento al singolo individuo di più ampi margini decisorii in relazione ai propri dati, essendo ormai legittimato a compiere atti di liberalità sui propri dati personali, disponendo degli stessi, previo consenso informato, per finalità altruistiche³⁷, sono state notevolmente rafforzate le forme di intervento pubblico per la *governance* dei dati.

Più particolare, pare si vada verso una sicura implementazione:

- sia dell'apparato organizzativo pubblico, essendo ad esempio prevista:
 - i. la possibilità di istituire sportelli unici (art. 8) che fungano da interfaccia per i riutilizzatori dei dati, ossia i fornitori di servizi di *data sharing* – cioè i servizi d'intermediazione dei dati (c.d. infomediari³⁸);
 - ii. l'istituzione di organismi di supporto agli enti pubblici che dovrebbero agevolare la circolazione e condivisione dei dati, ossia le c.d. strutture di assistenza che dovrebbero operare conformemente alle istruzioni ricevute dall'ente pubblico (considerando 26);
 - iii. l'istituzione di Autorità competenti per i servizi di intermediazione dei dati (art. 13);
 - iv. l'istituzione di Autorità competenti alla registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati (art. 23)
- sia dell'esercizio di funzioni di amministrazione attiva, incompendo sui pubblici poteri nuovi compiti a garanzia della tutela dei diritti dei singoli correlati all'uso e alla gestione dei dati personali. Si pensi, ad esempio, alla predisposizione di condizioni

³⁷ Cosa che ha portato anche al riconoscimento di nuove figure soggettive; ad esempio, accanto al titolare del dato, si delinea la nuova figura "dell'utente" del dato, quale persona fisica e giuridica che ha accesso legittimo a dati altrui, personali e non (si vedano le definizioni di cui all'art. 2 del regolamento)

³⁸ F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di «data sharing» dal GDPR al «Data Governance act»*, cit.

per il riutilizzo dei dati (art. 5 del regolamento); alla possibilità di predisporre tariffe per il riutilizzo dei dati (art. 6); alla definizione di procedure per la richiesta di riutilizzo dei dati (ai sensi dell'art. 9); alla predisposizione di misure tecniche e organizzative per garantire l'altruismo dei dati (art. 16 ss.); all'imposizione di obblighi di trasparenza (art. 20).

Inoltre, dall'analisi complessiva del “pacchetto regolatorio” predisposto dall'UE emerge il potenziamento della funzione di regolazione, attraverso l'adozione di un approccio regolatorio nuovo, che valorizza la logica *ex ante*, basata sulla gestione precauzionale dei rischi.

Ciò porta alla valorizzazione dell'esercizio della funzione di vigilanza³⁹, quale funzione di amministrazione attiva, che si esercita *ex ante* e in maniera continuativa (c.d. *ongoing*), ossia che si svolge senza soluzione di continuità e in maniera concomitante all'esercizio dell'attività privata vigilata, sia essa economica o di rilievo solidaristico che, nel caso di specie, impone una valutazione di adeguatezza sui livelli di protezione prescelti nei modelli contrattuali che predefiniscono le condizioni di utilizzo, gestione, circolazione e condivisione dei dati, nonché sulle modalità di protezione che s'intendono predisporre a garanzia dei diritti sui dati e finanche un'attività di assistenza ai riutilizzatori dei dati (5 Reg. UE 2022/868). Quindi, una funzione che implica un'attività di *tutorship*⁴⁰ da parte delle autorità pubbliche nei confronti dei privati che operano come intermediari o che si inseriscono come soggetti attivi in questo complesso ma unita-

39 L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, cit. Sulla centralità e rilevanza che la funzione di vigilanza sta acquisendo anche in altri settori dell'ordinamento, come quello bancario, si vedano: A. BARONE, G. DRAGO, *La funzione di vigilanza della Banca Centrale Europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, LUISS University Press, Roma, 2023; M.P. CHITI, V. SANTORO, *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, Pacini Giuridica, 2016; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2019; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione amministrativa europea. Profili di diritto amministrativo*, Trento, 2020; nonché sia consentito rinviare altresì a: R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria e stabilità sistemica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023.

40 Sul punto, più approfonditamente: R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria e stabilità sistemica*, cit.

rio processo di gestione, circolazione, condivisione dei dati, basato sull'interoperabilità dei dati medesimi.

Funzione, quella di vigilanza, che oggi sempre di più tende a delinearsi come funzione dotata di autonoma valenza giuridica, meritevole di riconoscimento in una categoria giuridica autonoma, non compendiabile nel più lato concetto di regolazione, né men che meno nella funzione di controllo-sanzione, rispondente alla diversa logica dell'intervento pubblico *ex post*.

E di tanto si trova conferma nello stesso Reg. EU 2022/868, in particolare nel considerando 26, negli artt. 13 e 14 nonché negli artt. 23 e 24 lì dove il legislatore europeo suggerisce che la funzione di vigilanza nella *governance* dei dati, ai fini dell'autorizzazione al riutilizzo e alla intermediazione dei dati, non dovrebbe esser svolta da quei soggetti competenti all'esercizio della funzione di controllo.

Si prevede, infatti, la possibilità di istituire Autorità competenti per i servizi di intermediazione dei dati, nonché Autorità competenti alla registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati, le quali sono chiamate a svolgere funzioni di monitoraggio delle conformità, dunque di vigilanza, le quali dovranno, piuttosto, cooperare con le autorità preposte al controllo sul trattamento dei dati, dando vita a un vero e proprio *network* fra i pubblici poteri ai fini dell'efficiente ed effettiva *governance* dei dati.

6. Sicurezza, trasparenza, solidarietà e democrazia: quale ruolo per i pubblici poteri?

La strategia europea per i dati, così come delineata, mostra chiaramente che i pubblici poteri siano tenuti ad adottare un approccio di tipo proattivo, *in primis*, mediante il rafforzamento della *governance* dei dati e della gestione dei rischi correlati, essendo chiamati a implementare l'apparato organizzativo pubblico e le funzioni di amministrazione attiva, a garanzia della legittima gestione (raccolta, uso, riutilizzo, circolazione, condivisione) dei dati.

Si è evidenziato, infatti, che s'intravedono chiaramente nuovi scenari d'intervento pubblico ai fini del trattamento, della gestione, della circolazione dei dati, con conseguente possibile implementazione dell'apparato amministrativo e rafforzamento dell'esercizio di funzioni non solo di regolazione, controllo e sanzione, bensì verosimilmente, anche di amministrazione attiva, a garanzia di un difficile equilibrio fra sicurezza, trasparenza e solidarietà.

Ancora, sebbene non emerga immediatamente dalla regolazione in questione, bensì da una interpretazione sistematica delle normative in vigore sopra richiamate, è altresì evidente che i pubblici poteri siano chiamati a uno sforzo ulteriore, quello che chiameremmo la sfida delle competenze, dovendo necessariamente garantire l'interoperabilità fra i dati, sia fra le medesime istituzioni, sia fra esse e gli operatori privati, in specie i gestori delle piattaforme o coloro che svolgeranno servizi di intermediazione, mediante l'ausilio di strumenti digitali.

Infatti, il processo di trasformazione digitale della p.a. deve essere inteso come passaggio necessario per implementare i meccanismi di *good governance* and *social accountability*, essendo proteso a garantire il superamento del *digital divide* esistente in Italia che, di fatto, compromette l'effettività dell'azione amministrativa e l'erogazione di servizi pubblici essenziali nei contesti in cui il rapporto giuridico amministrativo risulti dematerializzato.

Di tanto si trova chiara conferma anche nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), in particolare con riferimento all'investimento 1.3. "Dati e interoperabilità", teso a promuovere le modalità di interconnessione tra le basi dati delle Amministrazioni, onde creare una "Piattaforma Digitale Nazionale Dati".

Investimento declinato proprio all'interno della più generale Missione n. 1, dedicata alla digitalizzazione della p.a., in cui si evidenzia che «la parabola verso l'innovazione tecnologica del Paese non può prescindere da una piena interoperabilità tra le risorse informative degli enti pubblici, che "consenta di snellire le procedure pubbliche grazie alla piena realizzazione del principio (e

obiettivo/standard della CE) del “*once only*”, un concetto di *e-government* per cui cittadini e imprese debbano poter fornire “una sola volta” le loro informazioni ad autorità ed amministrazioni”».

In questa cornice, dunque, necessariamente si inquadra la *governance* dei dati.

Ma vi è di più. Al di là delle questioni prettamente organizzative o di amministrazione attiva, un problema ben più complesso è emerso.

Nella volontà di ristabilire un nuovo equilibrio fra poteri pubblici e privati o, meglio, fra autorità e libertà, sembra che a venire in discussione non sia “soltanto” o “semplicemente” il bisogno di sicurezza, inteso in senso lato, come sicurezza/certezza giuridica, che passa anche attraverso il rafforzamento degli obblighi di trasparenza⁴¹ (si vedano, ad esempio, il considerando n. 52 e l'art. 20 *del Data Governance Act* che pongono un collegamento diretto fra sicurezza giuridica e trasparenza), o ancora, la definizione di standard di adeguatezza nel trattamento dei dati, essendo i titolari del trattamento dei dati tenuti ad adottare tutte le misure organizzative necessarie per una corretta gestione dei dati medesimi, piuttosto, un ripensamento del concetto stesso di sovranità.

In un contesto sempre più deterritorializzato, dematerializzato e ibrido, in cui i confini fra poteri pubblici e privati si fanno labili, essendo essi chiamati a cooperare fra loro nella gestione dei dati (dando vita a una vera e propria co-regolazione⁴² e co-gestione) è opportuno che le istituzioni pubbliche assicurino quel delicato equilibrio fra sicurezza, trasparenza e democraticità nel e del trattamento dei dati.

I pubblici poteri cioè devono farsi garanti della democrazia⁴³ digitale.

41 F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, 2015, 227 ss.

42 Parla di co-regolazione A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 1031 ss.; ma si veda anche, IBIDEM: O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, p. 1051. Si v. altresì: E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 1/2023.

43 Più in generale, sulla costruzione di una società democratica europea, si veda il Simposio “*Il cambiamento strutturale del diritto pubblico europeo*”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2023.

A loro l'arduo compito di assicurare non semplicemente una adeguata protezione dei dati personali, bensì una equivalenza sostanziale nella gestione dei dati, nell'interoperabilità dei dati fra istituzioni pubbliche, nonché fra loro e i privati, in un contesto dematerializzato in cui, lo si è visto, a mutare è il concetto stesso di sovranità.

Ai poteri pubblici, dunque, è attribuito un delicato compito d'intermediazione fra individuo, società e mercato nella gestione dei processi di circolazione dei dati, da cui dipende non solo la sicurezza nel trattamento dei suddetti, bensì la garanzia della stessa sicurezza giuridica e ordinamentale.

Nel farsi garanti della democrazia digitale, agli stessi il compito di farsi promotori, nell'esercizio delle proprie funzioni, di un approccio non solo *user-centered*, come detto fondamentale per la definizione di procedure uniformi a livello europeo, a garanzia della fruizione di servizi digitali collegati alla gestione dei dati, rispettosi di standard qualitativi minimi, bensì di un approccio che potrebbe definirsi *community-centered*, ossia teso a incentivare processi collaborativi virtuosi in una società, o meglio, in un ordinamento complesso che vede una pluralità di attori – poteri pubblici, poteri privati, siano essi operatori economici o singoli individui capaci di disporre dei propri dati –, al fine di migliorare l'efficacia e la sostenibilità delle azioni per costruire comunità sane, che incoraggino l'equità, la connessione sociale, la solidarietà.

In una sola parola, la democraticità dell'ordinamento giuridico tutto.

MADDALENA IPPOLITO
Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Foggia
maddalena.ippolito@unifg.it

**L'IMPLEMENTAZIONE DELLE TECNOLOGIE
EMERGENTI NEL PROCESSO DI AUTOMAZIONE DEL
CICLO DI VITA DEI CONTRATTI PUBBLICI. ALCUNE
RIFLESSIONI A MARGINE DEL D.LGS. N. 36/2023**

**THE DEVELOPMENT OF NEW TECHNOLOGIES IN
THE AUTOMATION OF THE PUBLIC CONTRACT.
SOME REFLECTIONS ON LEGISLATIVE DECREE NO.
36/2023**

SINTESI

Il presente lavoro si propone di ricostruire le plurime iniziative europee e nazionali volte a incorniciare un ventaglio di mutazioni che intendono promuovere e realizzare l'inserimento dell'intelligenza artificiale e della tecnologia *Blockchain* nelle procedure per gli appalti pubblici *ex art. 30* del D.lgs. n. 36/2023. L'*excursus* legislativo e giurisprudenziale disvela il complessivo disinteresse alla multiformità e alla complessità insite nell'implementazione dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie di registro distribuito nel "ciclo di vita" dei contratti pubblici. Al contrario il percorso riformatore inaugurato dal D.lgs. n. 36/2023 produce positivi effetti, sul singolo procedimento, sia in termini conoscitivi che in termini di funzionalità, ma anche in punto di contrasto alla *maladministration* fronteggiabile proprio tramite il controllo diffuso dei singoli passaggi della procedura ad evidenza pubblica e della fase esecutiva di un contratto pubblico.

ABSTRACT

The aim of this paper is to trace the numerous European and national initiatives to frame a range of transformations designed to promote and implement the inclusion of artificial intelligence and Blockchain technology in public procurement procedures in accordance with Article 30 of Legislative Decree no. 36/2023. The legislative and jurisprudential excursus reveals an overall

disinterest in the multiformity and complexity involved the implementation of artificial intelligence and distributed ledger technologies in the 'life cycle' of public contracts. In contrast, the reform process inaugurated by Legislative Decree No. 36/2023 produces positive effects, on the individual procedure, in terms of knowledge and functionality, but also in terms of fighting maladministration that can be tackled precisely through the widespread control of the individual steps of the public evidence procedure and the executive phase of a public contract.

PAROLE CHIAVE: DLT e *Blockchain* – D.lgs. n. 36/2023 – AI ACT – Digitalizzazione ciclo di vita dei contratti – *Digital first*

KEYWORDS: DLT and *Blockchain* – Legislative Decree No 36/2023 – AI ACT - Digitalisation of public contracts – Digital first

INDICE: 1. Premessa – 2. La *fiducia nella disintermediazione* nella contrattualistica pubblica: il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento – 3. (*Segue*): L'applicazione delle procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti – 4. Un ciclo di vita dei contratti “distribuito”: alcune considerazioni a un anno dalla riforma

1. Premessa

Per descrivere il nuovo volto del Codice dei contratti pubblici approvato con il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - in attuazione dell'art. 1 della legge delega 21 giugno 2022, n. 78 - è necessario volgere lo sguardo dapprima al contesto sovranazionale e di poi alle politiche pubbliche nazionali in materia (con particolare riferimento alle disposizioni contenute nella normativa previgente) al fine precipuo di ricostruire l'*iter* logico-giuridico che conduce a confermare la compatibilità tra i principi e gli istituti del diritto amministrativo con l'implementazione delle tecnologie emergenti, tra le quali rientra la *Blockchain*, nel processo di automatizzazione del “ciclo di vita dei contratti pubblici”.

La portata delle novità introdotte nel Codice è estremamente innovativa, anche se futuribile: ciò trova ampia conferma, sin da subito, nella scelta, compiuta all'art. 225 del Decreto in commento, di differire l'entrata in vigore degli articoli relativa alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti al 1° gennaio 2024 e nella precisazione, della Relazione di accompagnamento al Codice, se-

condo la quale «allo stato, nell'ambito delle procedure di gara sono utilizzati per lo più algoritmi non di apprendimento, utilizzati per il confronto automatico di alcuni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili. Tuttavia, non si può escludere che, a breve, la disponibilità di grandi quantità di dati possa consentire l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare alle procedure di gara più complesse; da qui l'utilità dell'inserimento di una disciplina che richiami i principi destinati a governare tale utilizzo, anche alla luce dei principi affermati sia in ambito europeo che dalla giurisprudenza amministrativa»¹.

Pur non trattandosi di un'operazione immediata, l'apertura *pro-futuro* della Parte II del Libro I del Codice consente di discorrere dell'implementazione dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie di registro distribuito quali soluzioni volte ad accelerare le fasi del procedimento ad evidenza pubblica, a rendere accessibili, trasparenti e tracciabili i dati con conseguente garanzia di correttezza dell'intera vicenda contrattuale e, infine, a ridurre i rischi di alterazione abusiva della procedura e della documentazione prodotta dagli operatori economici.

Le riflessioni che seguono si muovono nel solco delle plurime iniziative europee e nazionali volte a incorniciare un ventaglio di mutazioni che intendono promuovere e realizzare l'inserimento di un ecosistema *Blockchain* nelle procedure per gli appalti pubblici (*ex art. 30 del Codice dei contratti pubblici*), assicurando l'immodificabilità delle operazioni e la totale tracciabilità della vicenda contrattuale. Una trasparenza "piena" che, assottigliando le sacche di opacità del rapporto contrattuale e riequilibrando, sul piano informativo, la posizione delle parti, rappresenta il primo e principale disincentivo verso pratiche di *maladministration* cui conseguono indubbi vantaggi in termini di trasparenza, efficienza e neutralità delle procedure.

2. La fiducia nella disintermediazione nella contrattualistica pubblica: il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento

¹ *Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, in www.giustizia-amministrativa.it.

La ricostruzione delle principali tappe che hanno intessuto – in un’ottica di condivisibile accrescimento della sensibilità nell’osservazione del fenomeno della diffusione e progressiva adozione dei sistemi di intelligenza artificiale e delle tecnologie emergenti (anche) nell’attività amministrativa – il reticolato normativo e giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale², orientato all’automatizzazione delle pubbliche amministrazioni, prende le mosse dal progressivo interesse del legislatore e della giurisprudenza amministrativa ad ipotesi di digitalizzazione dell’attività della pubblica amministrazione e da una avanguardista propensione circa la validità dell’impiego degli algoritmi informatici nell’ambito dei procedimenti amministrativi³.

A ciò si affiancano le peculiari considerazioni connesse alla sempre più sentita esigenza di regolamentazione normativa dell’intelligenza artificiale, espressione di una composita fisionomia del fenomeno, che ha trovato solo sparuti riferimenti nell’ambito di una serie di interventi legislativi registratisi in materia. Parimenti si avverte la consapevolezza di dover bilanciare il diritto all’innovazione tecnologica con la protezione del diritto alla riservatezza dei dati personali. Nel contesto sovranazionale, negli ultimi anni, sono emerse le inarrestabili potenzialità dell’Intelligenza Artificiale (AI)⁴ e della tecnologia *Bloc-*

2 Per un’analisi delle soluzioni offerte dall’Unione Europea cfr. AA. VV., *La via europea per l’intelligenza artificiale. Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche Ca’ Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021*, a cura di C. Camardi, Milano, 2022.

3 Si rinvia, sulle implicazioni dello sviluppo impetuoso dell’A.I. nell’ambito del diritto amministrativo italiano, a E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial intelligence*, in *Giur. it.*, luglio 2019, pp. 1761 e ss. e, per una accorta indagine circa l’impatto delle nuove tecnologie sulla c.d. rivoluzione digitale, cfr. B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello Government as a platform*, in *L’amministrazione pubblica nell’era digitale*, a cura di A. Lalli, Torino, 2022, pp. 1 e ss.

4 L’intelligenza artificiale fu ampiamente studiata a partire dagli anni ‘50 del secolo scorso, tant’è che la sua nascita si fa risalire alla Conferenza di Dartmouth del 1956: cfr., per il testo della proposta, J. MCCARTHY, M.L. MINSKY, N. ROCHESTER, C. SHANNON, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 31 agosto 1955, in *AI Magazine*, 27, 4, 2006, pp. 12 e ss. Si v., per un’analisi dei *new risks* per le pubbliche amministrazioni nell’uso dell’AI, A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, Vol. 1, Issue 1-2, pp. 63 e ss.; e, in dottrina, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, A. PAJNO, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 3, 2019, pp. 205 e ss.; R. BICHI, *Intelligenza Artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 7, 2019, pp. 17 e ss.; J.

chain⁵ per applicazioni pratiche che migliorino l'operato delle amministrazioni pubbliche, combinando ingenti volumi di dati e di informazioni di diversa provenienza e garantendone la correttezza e l'esattezza. Nell'impossibilità di procedere, in questa sede, ad un'approfondita disamina dei plurimi interventi (di diversificata provenienza), si rende imprescindibile una sintetica ricostruzione dei principali approdi, legislativi e giurisprudenziali, che hanno rappresentato i passi decisivi verso la digitalizzazione delle p.a. e l'interoperabilità dei dati pubblici⁶.

L'Unione Europea si è indubitabilmente impegnata, infatti, nel «creare fiducia attraverso la disintermediazione», segnando un importante coinvolgimento europeo al processo di modernizzazione delle pubbliche amministrazioni

VALERO TORRIJOS, *The legal guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: reflections and contributions from the viewpoint of Spanish administrative law and good administration requirements*, in *European Review of Digital Administrative Law – Erdal*, 2020, Vol. 1, Issue 1-2, pp. 55 e ss.; V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. e app.*, 2021, 5, pp. 581 e ss.; D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *www.federalismi.it*, 22 febbraio 2023.

5 Per una ricostruzione tecnica della tecnologia *Blockchain*, L. PAROLA, *Blockchain e contratti intelligenti: uno sguardo al mercato dell'energia*, in *Il teleriscaldamento, la Blockchain e i contratti intelligenti*, a cura di E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, Padova, 2019, pp. 93 e ss.; F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *www.federalismi.it*, 27 maggio 2020, pp. 93 e ss.; F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale e IOT*, Milano, 2018, pp. 23 e ss. e M. FAIOLI, E. PETRILLI, D. FAIOLI, *Blockchain, contratti e lavoro. La ri-rivoluzione del digitale nel mondo produttivo e nella PA*, in *Economia e lan.*, 2016, pp. 143 e ss. Cfr., altresì, O. LASMOLES, *La difficile appréhension des blockchains par le droit*, in *Revue internationale de droit économique*, 4, 2018, pp. 453 e ss. e B. BARRAUD, *Les blockchains et le droit*, in *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 147, 2018, pp. 48 e ss.

6 Si v. le autorevoli riflessioni di I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in D. SORACE, L. FERRARA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, pp. 133; di G. DUNI, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, (Annali I), 2007, pp. 13 e ss. e di C. LEONE, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2014, pp. 867 e ss. Sul processo di transizione digitale della p.a. e sulla relazione innovazione, diritti e nuove disuguaglianze P. PIRAS, *L'amministrazione digitale tra divari e doveri. "Non camminare davanti a me, ma al mio fianco"*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2, 2022, pp. 417 e ss.; B. PONTI, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, in *Ist. federalismo*, 3, 2023, pp. 599 e ss. e, per ulteriori indicazioni, R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, p. 315; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Digitalisation and reforms of Public Administration in Italy*, in *Italian Journal of Public Law*, 8, 2018, pp. 148 ss.; B. PONTI, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, in *Ist. federalismo*, 3, 2023, pp. 599 e ss. e L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023, *passim*.

grazie ad una maggiore trasparenza e ad una maggiore efficacia a livello procedimentale perseguibile con il ricorso all'automazione. In seno alle istituzioni comunitarie, la semplificazione/digitalizzazione amministrativa è integrata dall'inclusione dell'intelligenza artificiale e dei sistemi basati su tecnologie di registro distribuito che risultano essere in grado di apportare effetti positivi in termini di neutralità, efficienza e trasparenza dell'attività amministrativa, nonché capaci di identificare eventuali anomalie nelle procedure o violazioni delle stesse.

In questa accezione è stata strutturata la Risoluzione del Parlamento Europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *Blockchain* (2017/2772(RSP)) che rivela le potenzialità delle DLT e di *Blockchain* quali strumenti idonei a rafforzare l'autonomia dei cittadini, dando loro l'opportunità di controllare i propri dati e decidere quali condividere nel registro, nonché la capacità di scegliere chi possa prendere visione di tali dati. La Risoluzione riconosce, alle suddette tecnologie, il pregio di poter modificare alcuni paradigmi esistenti nel procedimento amministrativo⁷, incentivando la disintermediazione e la decentralizzazione di alcune attività e di alcuni settori al fine di favorire sia la semplificazione dei procedimenti (in particolar modo snellendo la fase istruttoria), sia la partecipazione democratica dei cittadini in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118, comma 4, Cost.*

Fu proprio a partire dal 2018 che, nell'ambiente comunitario, il paradigma *Blockchain* diventa preponderante in ambito pubblico, in generale, e nell'attività amministrativa, in particolare: l'impatto delle nuove tecnologie pone in discussione molte delle precedenti certezze proclamate, con fermezza, da dottrina e giurisprudenza, valorizzando, al contrario, una *close cooperation* tra gli Stati membri per consentire lo sviluppo di sistemi interoperabili basati su soluzioni e

⁷ Sull'uso delle tecnologie ICT a supporto dell'attività amministrativa e sulla necessità di aggiornare gli istituti del procedimento amministrativo cfr., lucidamente, D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020, pp. 85 e ss.

modelli di *governance* standardizzati. La compatibilità tra la *Blockchain* e le pubbliche amministrazioni appare dapprima nel *report "How Blockchain technology could change our lives"*, poi nell'istituzione dell'*EU Blockchain Observatory and Forum* e dell'*European Blockchain Partnership (EBP)*⁸ e, infine, ma non da ultimo, nel progetto della Commissione Europea *Blockchain4EU: Blockchain for Industrial Transformations*. Alla rilevazione del legame sussistente tra le tecnologie emergenti e le p.a. consegue la propensione del Libro Bianco "sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia" alla creazione di un sistema interoperabile per l'accesso, la gestione e la riutilizzabilità dei dati. Tale rinnovata angolazione prospettica ha esplicitato, direttamente, i propri effetti in punto di riconoscimento della possibile rilevanza delle nuove tecnologie nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino orientata alla definizione di un modello organizzativo che risolva le problematiche attinenti alla protezione dei dati personali.

Il modello *Blockchain*, inaugurando un nuovo indirizzo nelle modalità di conservazione/condivisione dei dati, può collaborare con i sistemi di intelligenza artificiale nella creazione di infrastrutture addestrate a processare dati di elevata quantità per produrre risultati sulla base di processi di apprendimento propri; l'accuratezza, l'affidabilità e la trasparenza del sistema contribuisce a creare "fiducia" e a garantire eventuali misure a rimedio nella denegata ipotesi di un uso discriminatorio o errato delle informazioni (dati personali) confluite nel sistema.

Pregna di rilevanza, in tale *sedes materiae*, è la posizione tenuta dall'Unione europea nella sfida per lo sviluppo dell'intelligenza artificiale a livello globale: l'intervento dell'Unione conduce, nell'aprile del 2018, ad una prima definizione di intelligenza artificiale intesa come un sistema che mostra «un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un cer-

⁸ *Declaration on European Partnership on Blockchain*, in www.ec.europa.eu, 10 aprile 2018.

to grado di autonomia, per raggiungere obiettivi»⁹ e ad un'ulteriore definizione enucleata nel Rapporto del CEPS denominato *Artificial Intelligence: ethics, governance and policy challenges* (2019) in base alla quale l'intelligenza artificiale è imperniata all'uso «of man-made techniques (Latin meaning of artificialis) to replicate the ability to “read inside” reality».

In argomento, la più recente pagina è stata scritta con la risposta regolatrice confluita nell'AI ACT che rappresenta il nucleo fondante della prima strutturazione normativa organica sull'intelligenza artificiale¹⁰. Di palmare rilievo è la formulazione della definizione di “sistema di intelligenza artificiale”: trattasi di un «*software* sviluppato con una o più [...] tecniche e approcci [...] che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono». Come meglio precisato, nel Considerando n. 6 del Regolamento, «la definizione di sistema di IA dovrebbe essere completata da un elenco di tecniche e approcci specifici utilizzati per il suo sviluppo, che dovrebbe essere tenuto aggiornato alla luce degli sviluppi di mercato e tecnologici mediante l'adozione da parte della Commissione di atti delegati volti a modificare tale elenco».

⁹ Cfr., in questi termini, la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 237, 25 aprile 2018, 1.

¹⁰ Sul dibattito che ha preceduto l'approvazione dell'AI ACT G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, pp. 1090 e ss.; E. CARLONI, *Il sentiero si fa camminando: la strategia statunitense per intelligenze artificiali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2024, pp. 135 e ss.; A. AMIDEI, *La governance dell'Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione Europea*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale -Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, pp. 571 e ss.; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, F. PAOLUCCI, F. BAVETTA, *Regolamento AI, la “terza via” lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, in *www.agendadigitale.eu*, 21 maggio 2021; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, pp. 415 e ss. Sulla proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale A. INGRAO, *Hic sunt leones! La piramide del rischio costruita dalla proposta di Regolamento sulla intelligenza artificiale (emendata)*, in *Lavoro e prev. Oggi*, 11-12, 2023, pp. 778 e ss.; G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, fasc. 2, pp. 303 e ss.

I plurimi emendamenti di cui è stato oggetto il testo originario hanno consentito di incorniciare una disciplina che involge, con regole armonizzate, sia le autorità di regolazione che i governi nazionali e che si impegna a disciplinare l'uso dell'intelligenza artificiale nel rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana¹¹ tracciando un percorso, fondato sulla cooperazione internazionale, volto allo sviluppo e alla diffusione di strumenti siffatti.

L'entrata in vigore dell'AI ACT (approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024) ha sancito il raggiungimento dell'obiettivo – uno scopo che ha orientato l'intero processo di armonizzazione avviato nel 2021 (COM(2021) 206 final del 21 aprile 2021) – di «tutelare la sovranità digitale dell'Unione e sfruttare gli strumenti e i poteri di regolamentazione di quest'ultima per plasmare regole e norme di portata globale»¹² (nonostante le notizie, poco confortanti, desumibili dal rapporto della Banca europea degli investimenti secondo il quale sussisterebbe un *investment gap* di 10 miliardi di euro nell'ambito delle tecnologie dell'AI e della *Blockchain*).

Il disegno dell'Unione indirizza, altresì, verso una sorta di regolamentazione orizzontale dell'AI, così come meglio chiarito nella Relazione di accompagnamento, che persegue obiettivi specifici: «assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell'Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione; assicurare la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione nell'intelligenza artificiale; migliorare la *governance* e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai si-

11 Si v., in argomento, la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale* proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione e pubblicata sulla G.U. dell'UE il 23 gennaio 2023 (C23/1). La Dichiarazione pone i cardini della centralità della persona nella trasformazione digitale, della solidarietà e dell'inclusione, della libertà di scelta con riferimento all'utilizzo di algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale, della partecipazione allo spazio digitale pubblico, della sicurezza, protezione e conferimento di maggiore autonomia e responsabilità e della sostenibilità.

12 In questi termini cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, Bruxelles, 21 aprile 2021 COM(2021) 206 final.

stemi di IA; facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA lecite, sicure e affidabili nonché prevenire la frammentazione del mercato».

Dopo aver – seppur brevemente – inquadrato il fenomeno dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie di registro distribuito (*Blockchain*) nel contesto europeo, appare necessario procedere con la normativa italiana sul tema. Il quadro nazionale è stato caratterizzato, per lungo tempo, da una lacunosità normativa e da una frammentarietà giurisprudenziale incline (almeno in un primo momento) a riconoscere l'incompatibilità del metodo algoritmico con l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio dell'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica. Parallelamente, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha mostrato l'inadeguatezza di tale meccanismo rispetto alle specifiche circostanze del caso concreto nella ponderazione dei plurimi interessi in gioco (perplexità acuite proprio in presenza di attività amministrativa discrezionale).

Ciò nonostante, l'inarrestabile processo di digitalizzazione procedimentale ha (seppur lentamente) condotto sia il legislatore che la giurisprudenza amministrativa ad impostazioni favorevoli al ricorso ad algoritmi informatizzati e, con l'intento di valorizzare il principio del *digital first*, quale strumento di promozione verso la transizione al digitale, viene colmata l'evidente lacuna normativa con l'introduzione dell'articolo 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito in L. 11 febbraio 2019, n. 12. Il legislatore nazionale giunge a contemplare una definizione di tecnologie basate su registri distribuiti - tra le quali rientra la *Blockchain* - e di *smart contracts*¹³ involgendo l'intero "sistema" di automazione amministrativa¹⁴. L'opzione normativa ex art. 8-ter è orientata

13 Sul fenomeno *smart contracts*, cfr., *amplius*, C. ROBUSTELLA, C.E. PAPADIMITRIU, *Spunti ricostruttivi in tema di smart contracts, tra innovazione tecnologica e regola giuridica*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2022, pp. 963 e ss.

14 In merito alla "metafora amorosa" tra attività amministrativa e intelligenza artificiale, in dottrina, V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. e app.*, 5, 2021, pp. 581 e ss. e M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2, 2021, p. 117 ad avviso del quale «tra *blockchain* e pubblica amministrazione non può mancare il reciproco interesse. La prima consente di ripensare i sistemi di informazione, promuovere fiducia negli utenti e creare nuove opportunità prestazionali. La seconda è sempre affetta da una perenne ansia semplificatoria, di snellimento e di facilità dei rapporti con i cittadini. Se ci si

all'implementazione di piattaforme tecnologiche che offrano una funzione di monitoraggio dell'azione amministrativa in grado di assicurare una maggiore efficienza e celerità nella digitalizzazione dei processi e dei servizi delle pubbliche amministrazioni e una maggiore trasparenza dei dati derivante dalla conoscibilità e (ri)utilizzabilità dei dati inseriti nei registri distribuiti e ivi condivisi¹⁵. L'idea di fondo che attraversa la nuova legge è congeniale ad una rivoluzione del modello tradizionale di amministrazione (con uno sforzo di revisione e di ri-concettualizzazione dell'esistente) propugnando un intervento riformatore, nell'ottica della valorizzazione della disintermediazione, asservito al principio del *trust by computation*¹⁶.

Medesimo verso ermeneutico si è innestato nelle scelte adottate con l'art. 26 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito con modificazioni nella Legge 11 settembre 2020, n. 120 secondo le quali le amministrazioni, «ai fini della notificazione di atti, provvedimenti, avvisi e comunicazioni [...] possono rendere di-

fermasse a questo dato, il matrimonio tra i due non potrebbe ritenersi che a portata di mano».

15 Sul punto risulta, di primaria importanza, il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2020-2022, in *www.agid.gov.it*, 2020, p. 23, che, «coerentemente con quanto previsto dal Modello strategico di riferimento, riprende il concetto di piattaforme della Pubblica Amministrazione: piattaforme tecnologiche che offrono funzionalità fondamentali, trasversali, abilitanti e riusabili nella digitalizzazione dei processi e dei servizi della P.A. [...] Si tratta quindi di piattaforme tecnologiche che nascono per supportare la razionalizzazione dei processi di *back-office* della PA, al fine di migliorare l'efficienza e generare risparmi economici, per favorire la semplificazione e la riduzione degli oneri amministrativi a carico di imprese, professionisti e cittadini, nonché per stimolare la creazione di nuovi servizi digitali. Le piattaforme favoriscono la realizzazione di processi distribuiti e la standardizzazione dei flussi di dati tra amministrazioni». Cfr., in dottrina, G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, *passim*, il quale evidenzia che fornire avanzati servizi digitali «pone in capo alle amministrazioni il compito di dotarsi di sistemi informatici in grado sia di informatizzare le fasi interne dell'attività amministrativa, sia di consentire l'interazione a distanza dell'amministrato con l'ente erogatore di una data prestazione». Per una ricostruzione dell'assetto normativo, relativo alle infrastrutture digitali nazionali strategiche, A. SANDULLI, *Lo "Stato digitale" pubblico e privato nelle infrastrutture strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, pp. 513 e ss. Cfr., altresì, in argomento, P. FALLETTA, *Lo "Stato digitale". La trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione di contenuti informativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, pp. 559 e ss.; ID., *La riforma delle amministrazioni pubbliche, tra piattaforme interoperabili e atti amministrativi digitali*, in *www.federalismi.it*, n. 31, 27 dicembre 2023; G. STRAZZA, *I dati aperti in Italia: un focus sull'openness digitale dei Comuni*, in *www.federalismi.it*, n. 34, 28 dicembre 2022.

16 Cfr., *ex plurimis*, L. AVITABILE, *Presentazione*, in B. ROMANO (a cura di), *Algoritmi al potere. Calcolo giuridico-pensiero*, Torino, 2018, pp. XIII e s. e M. DURANTE, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società e sapere*, Sesto San Giovanni (MI), 2019, *passim*.

sponibili telematicamente sulla piattaforma i corrispondenti documenti informatici [...] eventualmente anche con l'applicazione di “tecnologie basate su registri distribuiti”» assicurando «l'autenticità, l'integrità, l'immodificabilità, la leggibilità e la reperibilità dei documenti informatici resi disponibili dalle amministrazioni»¹⁷.

Questione di grande pregnanza, con peculiare riferimento all'implementazione dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie emergenti nell'attività amministrativa, è rappresentata dalla valutazione comparativa dei molteplici interessi in gioco presupposta all'esercizio del potere discrezionale: in argomento, la giurisprudenza si è divisa tra orientamenti inclini ad una soluzione in senso affermativo sulla base dell'indubbio merito del metodo algoritmico di realizzare nuove forme di trasparenza informatica e opposte voci¹⁸ che ricalcano perplessità relative al fatto che l'attività amministrativa discrezionale implicherebbe la sequenza “norma-fatto-potere giuridico-effetto” che ne escluderebbe lo svolgimento da parte di una macchina¹⁹.

L'indirizzo, attualmente, prevalente nella giurisprudenza risulta proteso in senso favorevole all'impiego dell'algoritmo, anche nei procedimenti amministrativi a carattere discrezionale, con lo scopo precipuo di ridurre la disparità di trattamento, di ampliare la partecipazione dei soggetti interessati (con conse-

17 Per una compiuta analisi del Decreto Semplificazioni, P. CLARIZIA, *Il decreto n. 76/2020 per la semplificazione e l'innovazione digitale: la pandemia riuscirà dove tutti hanno fallito?*, in *www.irpa.eu*, 8 dicembre 2020.

18 Cfr., TAR Lazio, Sez. III-ter, 10 settembre 2018, n. 9224, in *Dir. e giust.*, 7 gennaio 2020 secondo cui «un algoritmo quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della L. 7 agosto 1990, n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario. Invero [...] gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso [...] non possono essere legittimamente mortificate e compresse soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche e matematiche. Ad essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost.».

19 Cfr., in particolare, i lucidi rilievi di V. FANTI, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2022, pp. 1001-1014.

guente riduzione dell'asimmetria informativa) e di garantire la certezza nell'applicazione del diritto²⁰. Il giudice amministrativo, accordando l'ingresso delle nuove tecnologie, individua alcuni elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo degli algoritmi in sede decisoria pubblica²¹: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati che si completa con la comprensibilità e, cioè, con la possibilità di ricevere *informazioni significative sulla logica utilizzata* dall'algoritmo; b) l'imputabilità della decisione dell'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo²² e la non esclusività della decisione algoritmica per cui «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informatico il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano»²³; e c) la non discrimina-

20 Si v., in proposito, l'accurata ricostruzione giurisprudenziale operata da M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *www.federalismi.it*, 2019, pp. 11 e ss. e, sulla questione della discrezionalità come limite all'algoritmo, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, pp. 271 ss. spec. 283.

21 Cfr., la fondamentale sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 in *Foro it.*, 11, 2019, pp. 606 ss. e in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2019, pp. 781 ss. con nota di V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice* che ammette «l'assenza dell'intervento umano in alcuni procedimenti amministrativi» ritenendola «non solo legittima, ma anche desiderabile, perché rafforza il buon andamento e l'imparzialità» e precisa che «il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

22 Per un quadro sinottico del criterio di imputazione dell'atto amministrativo M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, Vol. 1, Issue 1-2, pp. 71 e ss.; A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 7, 2020, pp. 1738 e ss.; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, *op. cit.*, *passim*.

23 Così Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

zione algoritmica finalizzata a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori al fine di garantire la sicurezza dei dati personali²⁴.

Deve rilevarsi, altresì, che l'avvertita necessità di pervenire all'estensione dell'ambito di applicabilità dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie di registro distribuito, sommata al tentativo di operare un'ordinata riorganizzazione della normativa e della giurisprudenza in materia, guidano, in un primo momento, gli impegni assunti con il PNRR e, in un secondo momento, gli obiettivi del Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024 e 2024-2026. L'idea di fondo che attraversa il PNRR²⁵ è congeniale ad accelerare la digitalizzazione dei servizi pubblici, a migliorare i servizi e le prestazioni per gli utenti e a semplificare i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, anche nell'ottica di diffusione della cultura dell'innovazione e superamento del *digital*

24 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 11, 2019, pp. 606 e ss. e in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2019, pp. 781 e ss. con nota di V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2020, pp. 366 e ss. con nota di A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*; in *Giur. it.*, 2020, pp. 1190 e ss. con nota di M. TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*; in *www.giustamm.it*, con nota di A. SOLA, *La giurisprudenza e la sfida dell'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo* e in *Nuova giur. civ.*, 4, 2020, pp. 809 e ss. con nota di R. MATTERA, *Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*. La sentenza in commento rappresenta una linea guida per un utilizzo consapevole dell'algoritmo, rispondente ai principi garantistici del procedimento amministrativo. L'organo giudicante, rilevando le potenzialità della rivoluzione digitale, ha evidenziato che «da un lato c'è l'ansia dell'uomo di perdere la propria primazia ontologica a cui è stato sempre abituato, la quale si veste di argomenti razionali (a titolo esemplificativo: la macchina conduce all'oblio dell'essere) [...] dall'altro c'è invece chi intravede nel robot una via d'uscita dalla complessità caratterizzante la società odierna, in grado di trattenerne l'incertezza. E così il robot è visto come uno strumento in grado di correggere le imperfezioni che caratterizzano i processi cognitivi propri della mente umana, di ridurre al minimo i tempi della giustizia, di ridurre il contenzioso pregresso, di rendere le decisioni prevedibili, di svolgere una funzione dissuasiva nei confronti dell'abuso del processo». Cfr., in senso conforme, Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, con nota di A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*.

25 Sulla natura del PNRR, M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *www.astridonline.it*, luglio 2021 e in *Corr. giur.*, n. 8-9, 2021, pp. 1025 e ss. Cfr., altresì, I. MACRÌ, *Il PNRR italiano per la digitalizzazione e l'innovazione della pubblica amministrazione*, in *Azienditalia*, 1, 2022, pp. 38 e ss.; D.U. GALETTA, *Transizione digitale della pubblica amministrazione in Italia e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte dal PNRR e problemi tuttora da affrontare*, in *www.federalismi.it*, 7, 2022 e L.R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 4, 2022, pp. 441 e ss.

divide con conseguente ottimizzazione dei processi amministrativi. Il Piano si impegna a «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-75). In linea di continuità con il PNRR, il Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024, prima, e 2024-2026, poi, delinea alcuni settori “prioritari”, tra i quali rientra la pubblica amministrazione, a cui destinare cospicui investimenti. Il Programma fissa ambiziosi obiettivi volti allo sviluppo di politiche e servizi basati sull'AI nel settore pubblico e all'adozione di un sistema intelligente, con *riserva di umanità*²⁶ (e, pertanto, affidabile), sia per il settore pubblico che per quello privato.

3. (Segue): l'applicazione delle procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti

Al netto delle considerazioni suesposte non può non riconoscersi al D.lgs. n. 36/2023 il merito di aver provveduto ad una prima strutturazione normativa organica relativa all'uso delle procedure automatizzate nell'attività amministrativa e, segnatamente, alla diffusione delle tecnologie emergenti - intelligenza artificiale e *Blockchain* - nella contrattualistica pubblica²⁷.

Il Decreto in commento dedica alla Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, la Parte II del Libro I, dall'articolo 19 all'articolo 36, procedendo ad una approfondita disamina delle possibilità offerte alle soluzioni tecnologiche, ivi inclusa l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registro distribuito, nell'intero “ciclo di vita” dei contratti e, quindi, dal momento della programmazione

²⁶ Sul tema, compiutamente, G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, *passim*.

²⁷ In argomento, prezioso il rinvio, a D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *www.federalismi.it*, 12, 31 maggio 2023; E. GUERNACCIA, *Il processo di digitalizzazione delle gare d'appalto: dal DM n. 148/2021 al Codice dei Contratti Pubblici 2023*, in *Ceridap*, 1, 2022; F. RISSO, *La valutazione dell'offerta tecnica e la digitalizzazione*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, a cura di R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, Napoli, 2022; G.F. LICATA, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Ceridap*, 2, 2024, pp. 30 e ss. Per una approfondita ricostruzione delle peculiarità del Codice, fondamentale il richiamo a AA.VV., *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, a cura di V. Fanti, Napoli, 2023.

sino all'esecuzione²⁸. L'introduzione di una disciplina siffatta, invocata da puntuali sollecitazioni (nazionali e sovranazionali), è guidata dal meritorio intento di colmare le lacune caratterizzanti la normativa previgente e di dare corso ad una «effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche»²⁹.

Il complesso delle disposizioni confluite nel vigente Codice dei contratti pubblici si inserisce nell'ambito di un articolato percorso di transizione digitale³⁰ che ha coinvolto, *in primis*, il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, in un secondo momento, il D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50³¹. La prospettiva del Codice del 2006 presuppone l'accantonamento delle complessità inerenti all'implementazione dell'AI nell'attività amministrativa poiché, in linea con le conoscenze e gli approdi del periodo, si limita a valorizzare la transizione dall'analogico al digitale

28 Si rinvia, per alcune considerazioni sull'utilizzo delle piattaforme digitali, alla giurisprudenza in materia, tra le quali si segnala, *ex plurimis*, TAR Lazio, Sez. III-ter, 19 luglio 2022, n. 10306; Cons. Stato, Sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329; Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352.

29 Così lo *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" - Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 10. Sul "nuovo" Codice dei contratti pubblici si v., altresì, AA.VV., *Codice dei contratti pubblici commentato - D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, 2023.

30 Sulla necessità di cambiamento nella materia dei contratti pubblici e sull'incidenza del Piano nazionale di ripresa e resilienza E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, pp. 667 e ss., secondo la quale "il PNRR contiene, in materia di contratti pubblici, previsioni [...] sulla riduzione dei tempi delle aggiudicazioni e dell'esecuzione, riportate nelle *milestone* M1C1-84 e M1C1-85 (nonché in M1C1-96 e M1C1-97), e previsioni in tema di semplificazione, attuate con l'adozione del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108 (in applicazione della *milestone* M1C1-69). Sempre in esecuzione del Piano (M1C1-70, M1C1-73 e M1C1-74) è stata poi adottata la legge delega 21 giugno 2022, n. 78, che ha previsto la nuova riforma della disciplina dei contratti pubblici. [...] il PNRR rappresenta una fonte peculiare nel quadro della disciplina della contrattualistica pubblica. Essa si è aggiunta ma non si è sostituita alle direttive europee (nn. 23, 24 e 25 del 2014), di cui non ha disposto un «nuovo» recepimento; non ha integrato direttamente il codice (d.lgs. n. 50/2016) ma ha determinato l'adozione di ulteriori previsioni di natura speciale (artt. 47 ss. del d.l. n. 77/2021) e l'attuazione di misure molto specifiche, come quelle elencate nella citata M1C1-71. Al contempo, altre previsioni del Piano hanno stabilito la revisione della disciplina generale dei contratti pubblici e delle concessioni incidendo sulla normativa primaria vigente.

31 Cfr., in dottrina, G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *Saggi - DPCE online*, 4, 2020, p. 4678.

e, quindi, il mero impiego degli strumenti telematici nella gestione delle procedure ad evidenza pubblica e dei contratti pubblici (basti pensare, a mero titolo esemplificativo, all'art. 77 dedicato alla possibilità di ricorrere nelle comunicazioni ai mezzi tecnologici, ove disponibili, e all'art. 85 dedicato allo strumento dell'asta elettronica). Gli approdi digitali del D.lgs. n. 50/2016 sono stati, in parte, *timidamente* applicati con non poche difficoltà (si pensi ad es. all'art. 57 afferente ai cataloghi elettronici e all'art. 58 avente ad oggetto le piattaforme telematiche di negoziazione) e, in parte, sono rimasti inattuati (ci si riferisce alla previsione, *ex art.* 44, della digitalizzazione delle procedure rimasta inattuata sino al d.p.c.m. 12 agosto 2021, n. 148). L'articolo 44 del D.lgs. n. 50/2016, in ossequio alla Direttiva 2014/24/UE, presupponeva che «entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza» fossero definite «le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni». La normativa citata prevedeva, altresì, che fossero definite «le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto». La predetta opzione normativa, in attuazione dei Considerando nn. 52, 58, 59 e 129 della citata Direttiva, foriera di molteplici perplessità applicative, spalancava peculiari complessità determinate dal *deficit* di competenze professionali e tecniche, nello sviluppo e nella gestione di tali processi di trasformazione digitale, sia del personale in forza presso gli uffici pubblici che degli operatori economici.

Nessun dubbio, quindi, può sollevarsi sul notevole passo in avanti compiuto con il vigente Codice dei contratti pubblici che è orientato, in linea con gli interventi comunitari, allo sviluppo della tecnologia digitale per le imprese, per i cittadini e per le amministrazioni pubbliche. Il D.lgs. n. 36/2023, come anticipato, dedica un ampio spazio (17 articoli) alla digitalizzazione: tale operazione si iscrive a pieno titolo nel tentativo di implementazione delle procedure automatizzate nella contrattualistica pubblica e di ricerca delle garanzie per l'interoperabilità dei sistemi, nonché nelle sfide aventi ad oggetto la possibilità di emettere garanzie fideiussorie mediante la *blockchain*. Riaffiora, anche in questo contesto, il contenuto dei Considerando succitati secondo i quali «la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere più efficacemente la corruzione e le frodi».

Più nel dettaglio, l'art. 30 del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 dispone che al fine di migliorare l'efficienza «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono ove possibile ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti». Una previsione siffatta, interpretabile come corollario dell'art. 3-*bis* della Legge n. 241 del 1990 (così come, da ultimo, modificato dal Decreto Semplificazioni), costituisce un'operazione - anche *pro-futuro* - finalizzata a consentire un uso delle *Distributed Ledger Technologies* per ridurre frodi relative alla procedura e alla documentazione prodotta, accelerando le procedure e riducendo il contenzioso, perlomeno quello che si fonda sulla violazione delle procedure e sulla non autenticità dei documenti³². Nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica, una soluzione siffatta consente, altresì, dal punto di vista pratico,

³² In argomento, *ex multis*, A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *www.federalismi.it*, 26 luglio 2023; G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 26 luglio 2023; P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, pp. 302 e ss.; G.R. CONFORTI, *Digitalizzazione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritto di Internet*, 2, 2023, pp. 399 e ss. e G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *www.federalismi.it*, 19, 2023.

di conservare l'integrità delle offerte presentate impedendone l'aggiustamento a posteriori; di favorire l'automazione parziale nella scelta del contraente, nonché l'automazione di talune scelte contrattuali, evitando pratiche di *maladministration* in ipotesi di subappalto³³.

“Via libera”, pertanto, all'applicazione di soluzioni tecnologiche, ma nel rispetto dei principi dettati dall'articolo 30, comma 3, del Decreto in commento e che si sostanziano nei c.d. *elementi minimi di garanzia* individuati (sapientemente) dalla giurisprudenza amministrativa nel corso degli ultimi anni. Il novello terzo comma dell'art. 30 dispone che: «le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici». In ambito giurisprudenziale, l'assunto di partenza, condiviso nelle scelte compiute nella codificazione, si rinviene nell'ammettere la creazione di “un'intelligenza artificiale amministrativa” che si contraddistingua, però, per la conservazione di un margine di *umanità* - almeno residuale - nelle dinamiche procedurali³⁴, per la conoscibilità/disponibilità del codice sorgente e/o di

33 Al riguardo, cfr. le puntuali considerazioni di G. GALLONE, *La pubblica amministrazione alla prova dell'automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, in *www.federalismi.it*, 24 giugno 2020, pp. 149 ss.; ID., *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. ec.*, 3, 2019, pp. 187-212, spec. 205.

34 In argomento prezioso il richiamo a G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit.; ID., *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una “riserva di umanità” tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2023, pp. 329 e ss. e, su questi temi, B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione algoritmica amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, pp. 367 e ss. e M. CHIRIATTI, *Incoscienza artificiale*, Milano, 2021, *passim*, che ci ricorda che anche le macchine più intelligenti non possono prendere decisioni che sostituiscono interamente quelle dell'uomo e ne assorbono la capacità di

ogni altro elemento utile a comprendere il funzionamento dell'algoritmo e per la previsione di misure tecniche e organizzative che disincentivino il rischio di discriminazione algoritmica.

Per quanto più specificamente attiene all'interoperabilità (già prevista all'art. 41 CAD)³⁵, nel Codice dei contratti pubblici non può che intravedersi il segno intangibile dei tempi che assegna alle nuove tecnologie priorità assoluta rispetto ai tradizionali strumenti di raccolta e di valutazione delle offerte. È proprio nell'interconnessione e nell'interoperabilità che si ravvisa l'*architrave infrastrutturale su cui si basa l'intero nuovo codice*: con il termine "interoperabilità" ci si riferisce alla «capacità di due o più sistemi di connettersi tra di loro e di dialogare in forma automatica, scambiando informazioni e condividendo risorse»³⁶; quanto all'"interconnessione" trattasi di «un presupposto giuridicamente rile-

scolta. Cfr., altresì, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto. La Convenzione è stata approvata dalla Commissione CAI – *Committee on artificial intelligence* – istituita presso il Consiglio d'Europa in materia di intelligenza artificiale e all'art. 7 e all'art. 15 dispone sulla c.d. riserva di umanità. L'art. 7 rubricato *Human dignity and individual autonomy* chiarisce che «each Party shall adopt or maintain measures to respect human dignity and individual autonomy related to activities within the lifecycle of artificial intelligence systems»; l'art. 15 rubricato *Procedural safeguards* precisa che «each Party shall ensure that, where an artificial intelligence system significantly impacts upon the enjoyment of human rights, effective procedural guarantees, safeguards and rights, in accordance with the applicable international and domestic law, are available to persons affected thereby. Each Party shall seek to ensure that, as appropriate for the context, persons interacting with artificial intelligence systems are notified that they are interacting with such systems rather than with a human».

35 Si v., in punto di interoperabilità, l'art. 12 CAD, che la identifica come principio dell'amministrazione digitale; l'art. 13-bis CAD, introdotto dall'art. 32, comma 4, d.l. n. 76/2020, ove si identifica l'interoperabilità come principio di condotta tecnologica per l'amministrazione digitale; l'art. 54 del Testo Unico sul pubblico impiego così come integrato dall'art. 4, d.l. n. 36/2022 che introduce l'obbligo per il Codice di condotta di una sezione dedicata al corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e *social media* da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l'immagine della pubblica amministrazione.

36 Sul collegamento tra *once only* e interoperabilità, D.U. GALETTA, *Public Administration in the Era of Database and Information Exchange Networks: Empowering Administrative Power or Just Better Serving the Citizens?*, in *European Public Law*, Vol. 25(2), 2019, pp. 175 e ss. Cfr., nel quadro sovranazionale di riferimento, l'*Interoperable Europe Act* entrato in vigore l'11 aprile 2024. L'interoperabilità è intesa come una delle caratteristiche fondamentali del mercato unico digitale, pertanto, nell'ambito del programma di riforme rientrante nel c.d. decennio digitale si punta ad un'attuazione più efficace delle caratteristiche digitali delle politiche pubbliche, dalla giustizia alla sanità e ai trasporti.

vante della cooperazione amministrativa in sede procedimentale [...] (che) costituisce, sotto il profilo tecnologico, la garanzia di completezza dell'istruttoria, in quanto tutti i flussi documentali in origine riferibili a singole articolazioni dell'amministrazione hanno prodotto il risultato di un'unica informazione dedotta oggettivamente nell'arena procedimentale»³⁷. L'entrata in vigore del D.lgs. n. 36/2023 ha sancito, in punto di interoperabilità, l'applicabilità delle *Application Programming Interfaces* (API)³⁸: tale rilevazione muove dall'*input*, desumibile dall'articolo 19, comma 2, secondo il quale «ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente»; in senso conforme rispetto all'ultima dimensione riflessiva indicata, si è, pertanto, pervenuti alla previsione di un sistema in cui l'attività amministrativa si svolge su piattaforme telematiche certificate che garantiscono l'interoperabilità e la conservazione dei dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Tra le novità del D.lgs. n. 36/2023 si aggiunge la possibilità di emettere la garanzia fideiussoria mediante tecnologie di registro distribuito con lo scopo precipuo di fornire un alto grado di certezza del processo e della successiva gestione del ciclo di vita del contratto. L'orientamento del legislatore, in verso conforme alla caratterizzazione di un nuovo sistema di emissione delle garanzie fideiussorie, è contemplato all'art. 106, comma 3, nella sua ultima parte, in radicale innovazione rispetto al passato, e presuppone che «la garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile

³⁷ Cfr., in proposito, le osservazioni di F. CARDARELLI, *Uso della telematica*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2010, p. 427, il quale rimarca che i principi di interconnessione e interoperabilità costituiscono i fondamenti dell'amministrazione digitale, prima ancora di essere un requisito tecnologico o una regola tecnica e rilevano in particolare in sede procedimentale come garanzia della cooperazione amministrativa.

³⁸ In argomento, di peculiare importanza è il richiamo alle Linee guida dell'Agenzia per l'Italia Digitale quali: le *Linee guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni* approvate con Determinazione AGID n. 547/2021; le *Linee guida Tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici* approvate con Determinazione AGID n. 318/2021 e le *Linee Guida sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma digitale nazionale dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati* approvate con Determinazione AGID n. 627/2021.

telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall' AgID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1». Avvalendosi di tale strumento l'impresa può, quindi, fornire, per mezzo di una firma digitale o (alternativamente) attraverso l'utilizzo di tecnologie *blockchain*, una certificazione di origine della fideiussione e rendere *immutabile* un dato a cui ANAC non può (ancora) accedere attraverso le banche dati nazionali.

In tale contesto, di peculiare momento appare l'indirizzo dell'AGID che al par. 6 delle Regole tecniche adottate con Determinazione n. 137/2023 ha segnalato l'ambito di applicazione e i requisiti relativi ai registri distribuiti (parr. 6.1 e 6.2). Sul punto l'Agenzia appare concorde nel segnalare l'adeguatezza delle sole *blockchain permissioned*³⁹ (soprattutto nell'ipotesi in cui debbano essere memorizzati dei dati personali sui registri distribuiti) e l'operatività di specifiche condizioni per l'utilizzo dei registri distribuiti quali la garanzia che «la scrittura della garanzia fideiussoria [...] è sotto il controllo di uno dei soggetti cui è consentito rilasciare garanzie fideiussorie ai sensi dell'articolo 106, comma 3 del Codice» (par. 6.2 punto 6.2-5.1) e che «la scrittura della garanzia fideiussoria emessa nei registri distribuiti è effettuata per mezzo di uno *smart contract*» (par. 6.2 punto 6.2-5.2).

La propensione per l'utilizzo delle tecnologie di registro distribuito, in quanto strumento che massimizza la tutela da frodi, coadiuvata dalla previsione

39 In argomento, già le limpide riflessioni di G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. economia*, 3, 2019, pp. 195 ss. spec. 198. L'A. sottolinea che le *permissioned blockchain* si rivelano quale opzione migliore in quanto «oltre ad esprimere una migliore *performance* tecnica, non soffrono della volatilità – legata alle logiche speculative dei *mining* e dei *tokens* – proprie delle reti aperte. Va aggiunto che l'architettura *permissioned* meglio si concilia con le esigenze di tutela della *privacy*, limitando l'accessibilità dei dati ai soli partecipanti preventivamente autorizzati dal *manager* del *network*» e rimarca che, nell'applicazione della *Blockchain*, «il futuro prossimo della tecnologia in campo pubblico sembra, quindi, legato alla costruzione di *network* di piccole dimensioni, con un numero contenuto di nodi, organizzati in forma *permissioned* e sottoposti a regolamentazione pubblica».

del fascicolo virtuale dell'operatore economico, *ex art.* 24 D.lgs. n. 36/2023⁴⁰, rende l'intero procedimento digitale, certificato e disponibile in tempo reale.

4. Un ciclo di vita dei contratti “distribuito”: alcune considerazioni a un anno dalla riforma

L'*excursus* legislativo e giurisprudenziale compiuto disvela come, antecedentemente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 36/2023, il quadro nazionale pareva ignorare la multiformità e la complessità insite nell'implementazione dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie di registro distribuito nel ciclo di vita dei contratti pubblici.

Tirando riassuntivamente le fila del discorso è necessario sottolineare l'importanza del percorso riformatore inaugurato, a livello nazionale, dal D.lgs. n. 36/2023 stanti i positivi effetti, sul singolo procedimento, sia in termini conoscitivi che in termini di funzionalità, e in punto di contrasto alla *maladministration* fronteggiabile proprio tramite il controllo diffuso dei singoli passaggi della procedura ad evidenza pubblica e della fase esecutiva di un contratto pubblico (il c.d. ciclo di vita del contratto).

Per quanto concerne precipuamente il ruolo giocato dall'intelligenza artificiale e dalla *Blockchain* nella contrattualistica pubblica non può non rilevarsi che l'apporto di siffatte tecnologie convogli in una strategia di efficace promozione della trasparenza e di contrasto alla corruzione, nella riduzione di episodi di natura fraudolenta e nella creazione di una rete nazionale interoperabile dei dati che sfrutti la conoscenza di fatti e fenomeni come presupposto per utilizzare il potere pubblico⁴¹.

Nel solco di queste iniziative l'inserimento delle recenti innovazioni tecnologiche, che progredisce simultaneamente alle nuove forme di interconnes-

40 Sul fascicolo virtuale dell'operatore economico e la reputazione delle imprese cfr. G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, pp. 723 e ss.

41 Tracce del possibile ripensamento del potere conoscitivo pubblico possono rinvenirsi già nelle acute riflessioni di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, *passim*.

sione/interoperabilità tra operatori economici e stazioni appaltanti, offre un alto grado di trasparenza nelle interazioni reciproche e una disintermediazione dei processi in ossequio (e in attuazione) al principio costituzionalmente garantito di sussidiarietà orizzontale *ex art.* 118, comma 4. In sostanza, attraverso nuove forme organizzative basate sull'interoperabilità (l'uso di tecnologie come *Blockchain* ad es.) si rende possibile una compartecipazione dei soggetti coinvolti in base alle differenti competenze, anche tecniche, possedute che li coinvolgono nella realizzazione del fine perseguito. Così facendo si provvede a riunire, coordinare e far interagire soggetti – pubblici e privati – portatori di diverse competenze che hanno in comune l'operatività nello stesso settore e la prospettiva del raggiungimento di un fine comune.

Allo stesso modo non possono sfuggire le molteplici riserve insistenti sul percorso di transizione alle DLT e all'AI sotto il profilo della protezione dei dati personali e dell'imputabilità delle decisioni assunte.

Pur rilevando, in questa sede, le indubitabili potenzialità dei sistemi di Intelligenza Artificiale e delle tecnologie di registro distribuito non può sottacersi che la diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale avanzata non presuppone la scomparsa degli attori pubblici o l'accantonamento dei poteri unilaterali di matrice autoritativa dell'amministrazione. Per assicurare la coerenza dei sistemi di intelligenza artificiale rispetto alle previsioni normative confluite nel GDPR, l'art. 22, comma 1, dispone che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Sulla medesima falsariga, il Considerando 71 – del medesimo Regolamento – afferma che «l'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Il

problema, in questa prospettiva, è costituito dall'*impalpabilità* della decisione che condiziona anche l'approccio alla questione dell'imputabilità. Tale questione è strettamente collegata alle scelte del legislatore riformista che ha valorizzato la digitalizzazione degli appalti pubblici senza abbandonare l'idea di una revisione/correzione umana delle risultanze dei sistemi di intelligenza artificiale [ex art. 30, comma 3, lett. b)]. Più precisamente, la scelta compiuta presuppone una sfera di azione, inderogabilmente accostata all'automazione, che va conciliata con lo svolgimento di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti effettuate attraverso piattaforme di approvvigionamento digitale certificate. Un'opzione siffatta risulta coerente con la posizione dell'*uomo* destinata a "governare" e a "sovrintendere" i procedimenti *intelligenti*, per scongiurare (anche) *bias* cognitivi, soprattutto nella delicata fase di transizione digitale in atto (l'attuazione delle disposizioni del Codice è graduale e ciò si evince, altresì, dalla proroga, al 31 dicembre 2024, della possibilità di utilizzare l'interfaccia *web* messa a disposizione della Piattaforma PCP dell'ANAC)⁴². La previsione di un sistema siffatto consente, pertanto, per le stazioni appaltanti, un ampliamento esponenziale della base conoscitiva di cui avvalersi per l'affidamento del contratto che le induce a compiere una valutazione basata sull'analisi di casi analoghi, precedenti a quello consultato, per la cui soluzione esistono precedenti reiterati. Al contempo, nel momento procedimentale, il modello HITL (*human in the loop*) può circoscrivere le risultanze dell'operazione automatizzata consentendo di scegliere se e come discostarsene, sulla scorta di parametri rigorosi, qualora risultino delle discriminazioni.

Nel trattare di questo fenomeno (di vera e propria *reingegnerizzazione* dell'amministrazione pubblica italiana) si inserisce l'esigenza di risolvere una questione controversa afferente alla riconducibilità del principio di immedesimazione organica quale criterio di imputazione delle decisioni automatizzate e

⁴² Si v., *amplius*, il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 28 giugno 2024, *Adozione del provvedimento di proroga di alcuni adempimenti previsti con la Delibera n. 582 del 13/12/2023 e con il Comunicato del Presidente del 10/1/2024*, in www.anticorruzione.it.

della relativa responsabilità. Il dibattito risente della concezione, *ex artt.* 28 e 97 Cost., che «consente di imputare all'ente l'attività dell'organo, anche ai fini delle conseguenti responsabilità», nonché del modello di amministrazione gerarchicamente organizzata. Ci si interroga su chi effettivamente risponda della decisione automatizzata e se sia (o meno) necessario prevedere speciali modelli di responsabilità. In argomento, seguendo l'impostazione dei giudici amministrativi è necessario enucleare, in ogni campo, una sfera di azione inderogabilmente sottratta all'automazione e riservata all'uomo. L'intervento umano consente di controllare, validare o smentire la decisione automatica, mentre i sistemi di AI e i registri distribuiti riducono le opacità e gli errori.

Le argomentazioni suesposte possono trovare un adeguato riscontro pratico nella creazione di un sistema interoperabile, eventualmente strutturato in un registro distribuito, in cui si sostanzia un rinnovato patto tra operatore economico e stazione appaltante, inserito in una rinnovata forma di cooperazione, da cui derivano risultati, improntati all'interconnessione, all'interoperabilità e all'accessibilità – pressoché totale – ai dati, all'esito di una collaborazione uomo-macchina. C'è da rilevare che il punto di partenza del percorso di digitalizzazione degli appalti è rappresentato dall'esigenza di semplificazione delle procedure (soprattutto con riguardo a particolari procedure e a piccoli affidamenti). Ciò si pone in linea di tendenza rispetto all'impostazione del PNRR che promuove un ripensamento delle politiche e delle azioni comuni, in punto di “Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo”: il Piano offrendo l'opportunità di intervenire sulla c.d. democrazia dei dati inquadra la trasformazione digitale come un'articolata e generale sfida di innovazione del sistema produttivo con conseguente partecipazione (attiva) della società civile.

Parimenti rilevanti sono le esigenze connesse con l'integrazione del *know-how* del personale in forza presso le stazioni appaltanti e degli operatori economici e con l'effettiva disponibilità degli strumenti necessari alla “reingegnerizzazione” cui consegue, quindi, il superamento delle carenze di infrastrutture digi-

tali negli uffici dell'amministrazione. È indubbio che il c.d. *digital divide* è accentuato dai predetti fattori cui si sopperisce destinando le risorse (effettivamente disponibili) all'acquisto di strumenti all'avanguardia e alla predisposizione di piattaforme interoperabili poste a servizio/supporto delle amministrazioni pubbliche. A ciò si aggiunge, altresì, la previsione di percorsi informativi e di aggiornamento del personale da cui derivi la consapevolezza dei rischi discendenti da un uso improprio della tecnica informatica (capacità organizzative dell'amministrazione e responsabilità/imputabilità delle decisioni automatizzate).

Il predetto impianto normativo, nell'innovatività dei suoi esiti terminali, presenta un indubbio profilo meritorio nell'espressione dell'assoluta centralità della componente digitale nel ciclo di vita dei contratti pubblici (una sorta di ciclo di vita digitale dei contratti pubblici). A ciò faranno seguito, senza dubbio alcuno, percorsi di *reingegnerizzazione* delle (e nelle) stazioni appaltanti per garantire la verificabilità telematica delle procedure e dai dati/documenti immessi nel sistema tramite piattaforme che utilizzano tecnologie di registro distribuito e la possibilità, per gli operatori economici, di interagire sulla piattaforma in modo qualificato. Non v'è dubbio che «inseguire la tecnologia è spesso una scelta perdente, posto che qualsiasi regola eccessivamente dettagliata e prescrittiva non può che diventare obsoleta nel giro di poche settimane. Scrivere regole puntuali per tecnologie come l'intelligenza artificiale ('AI' nell'acronimo inglese) fotografandone l'evoluzione attuale equivale, per certi versi, a scrivere sulla sabbia: alla prima ondata tecnologica, è necessario ricominciare da capo»⁴³. Ciò nonostante, il sottile *fil rouge*, che lega tutte le novità passate sommariamente in rassegna, risalta nella ricerca di concretizzazione (un'operatività piena, per le stazioni appaltanti e gli operatori economici, degli appalti digitali) delle spinte digital-evolutive in chiave di ridefinizione e miglioramento della funzione pubblica.

43 In questi termini il documento elaborato dal Gruppo di esperti MISE sull'intelligenza artificiale *Proposte per una Strategia Italiana per l'intelligenza artificiale*, in www.mimit.gov.it.

Trattasi di problematiche destinate a riempire le future pagine riflessive in tema di digitalizzazione della contrattualistica pubblica incardinate sulla rilevanza dell'*eProcurement*.

ADRIANA CIAFARDONI
Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Parma
adriana.ciafardoni@unipr.it

**IL PROBLEMA DEI MODELLI DI RESPONSABILITÀ:
CONSIDERAZIONI SULLA NATURA DEL RISARCIMENTO
DEL DANNO PER LESIONI DI INTERESSI LEGITTIMI**

**THE PROBLEM OF LIABILITY MODELS: CONSIDERATIONS ON
THE NATURE OF DAMAGES FOR INJURY TO LEGITIMATE
INTERESTS**

SINTESI

L'affermazione del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e la successiva attribuzione del potere di condanna al giudice amministrativo hanno posto il problema di individuare il modello di responsabilità da applicare in caso di azione illegittima dei pubblici poteri. Da una parte, l'art. 30 c.p.a. fissa alcuni degli elementi essenziali della fattispecie, senza però prevedere, al pari del codice civile, un sistema organico di tutela. Dall'altra, gli ondivaghi interventi della giurisprudenza, pur nella consapevolezza della diversità delle situazioni giuridiche di interesse legittimo e diritto soggettivo, sembrano ancorare la disciplina di diritto amministrativo a quella dell'illecito aquiliano. Si intenderà quindi analizzare benefici e problematicità connesse al ricorso ai modelli di responsabilità di derivazione civilistica (extracontrattuale e contrattuale, quest'ultima anche mitigata alla luce della teoria del contatto sociale qualificato) per valutare la possibilità di un'autonoma responsabilità di diritto pubblico.

ABSTRACT

The affirmation of compensation for damages for injury to legitimate interests and the subsequent attribution of the power of condemnation to the administrative judge have posed the problem of identifying the liability model to be applied in the case of unlawful action by public authorities. On the one hand, Article 30 c.p.a. establishes some of the essential elements of the case, but wi-

thout providing, like the Civil Code, an organic system of protection. On the other hand, the ambiguous interventions of jurisprudence, while being aware of the diversity of the legal situations of legitimate interest and subjective right, seem to anchor the discipline of administrative law to that of extra-contractual tort. Therefore, it will be intended to analyze benefits and problematic issues related to the use of civil-law-derived liability models (extra-contractual and contractual, the latter also mitigated in light of the theory of qualified social contact) in order to assess the possibility of an autonomous public law liability.

PAROLE CHIAVE: responsabilità, risarcimento del danno, interessi legittimi, tutela della persona
KEYWORDS: liability, damages, legitimate interests, protection of the person

INDICE: 1. La risarcibilità degli interessi legittimi e il problema dei modelli. – 2. Il modello di responsabilità extracontrattuale. – 3. Il modello di responsabilità da inadempimento. – 3.1 (segue). Il contatto amministrativo qualificato. – 4. Considerazioni sulla possibilità di una responsabilità autonoma di diritto pubblico. – 5. Una breve conclusione.

1. La risarcibilità dell'interesse legittimo e il problema dei modelli

Dalla risarcibilità dei danni provocati agli interessi legittimi è trascorso più di un ventennio durante il quale si sono verificati diversi cambiamenti che hanno portato all'affermarsi di una tutela se non piena, quantomeno soddisfacente¹.

¹ In generale, sulla risarcibilità degli interessi legittimi, cfr. Cass. civ. Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro.it*, 1999, I, 1487, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI; in *Giur. cin.*, 1999, I, 2261, con nota di M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*. Sulla questione, senza pretesa di esaustività, G. ABBAMONTE, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Cons. Stato*, 2000, 11, 743 ss.; G. ALPA, *Sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, 427 ss.; C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 689 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 335 ss.; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, 1, 3201 ss.; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262 ss.; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della responsabilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, 1, 3212 ss.; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni, crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1126 ss.; A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 55 ss.; A. ORSI

Infatti, l'interesse legittimo, pur *figlio di un dio minore*², continua a ritagliarsi un spazio autonomo di tutela, affrancandosi sempre più dall'idea di una protezione solo occasionale e condizionata³. Eppure ancora oggi la responsabilità resta terreno di ampio dibattito: il risarcimento rappresenta uno dei principali strumenti di tutela generale dell'ordinamento e, pertanto, su di esso «si riflettono tutte le 'tensioni' inerenti alla recezione e alla dinamica degli interessi nel diritto»⁴. In particolare, in tale settore, si mostra la dicotomia, ma anche il tentativo di un progressivo avvicinamento, tra diritto pubblico e diritto privato: l'idea, cioè, di poter applicare al diritto amministrativo le categorie elaborate dalla dottrina civilistica. La stessa costruzione dell'art. 30 c.p.a. è, in gran parte, incentrata sul modello aquiliano: ingiustizia del danno, reintegrazione in forma specifi-

BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 488 ss.; M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. app.*, 1999, 1067 ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. civ.*, 1998, 985 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3222 ss.; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, 3233 ss.; F.G. COCCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss.; L. TORCHIA, *Commento a Corte Cass., S.S.UU., 22 luglio 1999, n. 500*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 848 ss.

2 Sostiene C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013*, Napoli, 2014, 134, che l'interesse legittimo è «sempre apparso, rispetto al diritto soggettivo, come figlio di un dio minore, meritevole di una tutela in qualche modo occasionale o condizionata».

Infatti, l'interesse legittimo è nato, nella concezione dello Stato assoluto, come un dono, non potendo il cittadino vantare alcuna pretesa nei confronti dello Stato ogni "bene della vita" riconosciuto non poteva che essere gentile concessione. Sul punto, cfr. A. PUBUSA, *L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, giososo e instancabile costruttore di tutele)*, in *giustamm.it*, luglio 2018 e in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Napoli, 2019, 66.

3 Le situazioni giuridiche soggettive hanno un grado di definizione diverso a seconda che si sviluppino nella relazione tra privati o con il potere. Sottolinea L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 850, che «non è disagevole osservare che gli interpreti, quando utilizzano i concetti di diritto soggettivo o di libertà negativa, pur nell'articolazione delle posizioni, si riferiscono ad una nozione il cui nucleo essenziale è ampiamente condiviso, quasi intuitivamente, per certi versi così consolidato da non richiedere spiegazioni. Lo scenario muta completamente quando lo sguardo si rivolga a diritti sociali o interessi legittimi; in generale, quando le posizioni soggettive si sostanziano in pretese rivolte verso il potere pubblico, il loro contenuto tende a diventare controverso ed indefinito».

4 In questi termini, A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Annuario Aipda 1999-2000*, Milano, 2001, 143.

ca, elemento soggettivo (quest'ultimo almeno in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2-*bis* l. n. 241/1990), sono tutti elementi della responsabilità *ex art.* 2043 c.c.

Cionondimeno, il modello di responsabilità da applicare al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi resta probabilmente la questione su cui si riversa la maggiore sensibilità degli studiosi. La valutazione sulla spettanza del bene della vita, il ruolo della *chance*, la possibilità di ricorrere a modelli di responsabilità oggettiva, laddove non richiesta la valutazione sul dolo o la colpa, sono tutti aspetti, oggi, lasciati all'intervento dell'attività creativa della giurisprudenza⁵ e che permettono di interrogarsi sull'idoneità delle categorie di responsabilità del diritto privato a disciplinare il risarcimento da illegittima attività provvedimentale. Infatti, l'illecito della pubblica amministrazione si colloca in una terra di nessuno tra il contratto e il torto⁶, ove appare incerto tanto il regime della responsabilità aquiliana che quello dell'inadempimento, a cui, a sua volta, è ricondotta la responsabilità da contatto. Il primo, in quanto la condotta dannosa si iscrive in una relazione giuridica preesistente tra il danneggiante e il danneggiato; il secondo, poiché la disciplina della responsabilità contrattuale sembra costituire una forzatura del sistema e del diritto delle obbligazioni⁷. Pe-

5 La dottrina ha evidenziato la «vocazione del nostro tempo per la giurisdizione» (N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 41-72). Questa impostazione trae origine da una serie di fattori tra loro eterogenei: la globalizzazione, il crescente ruolo del diritto e della giurisprudenza comunitaria, le moderne tendenze del legislatore nazionale... fattori, questi, che seppur eterogenei sono raggruppabili sotto un denominatore comune: la crisi della legge. Osserva A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, *passim*, spec. 76 ss., come «Se da un lato la riconsiderazione del portato tradizionale del principio di legalità della pubblica amministrazione dischiude una complessiva valorizzazione del ruolo della funzione amministrativa, dall'altro il differente atteggiarsi del rapporto tra legislazione e giurisdizione costituisce il *leit motiv* alla base della rivalutazione dell'attività del giudice». Secondo l'Autore la crisi della legge si manifesta in diversi modi: la progressiva perdita delle caratteristiche della generalità e dell'astrattezza, in favore di processi di amministrativizzazione della legge (su cui, peraltro, cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007); la progressiva delegiferazione a favore di forme di normazione di livello inferiore; l'eccesso di produzione normativa che finisce per provocare un calo dell'effettività della legge e un aumento delle contraddizioni interne all'ordinamento.

6 L'espressione è di F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 107 ss.

7 Sul problema rispetto al diritto amministrativo, cfr. M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 143 ss.

raltro, atteso che le norme di diritto pubblico che disciplinano la responsabilità risultano ben lontane dall'essere unanimemente interpretate, non vi è ragione di escludere a priori l'idea di una responsabilità autonoma, in modo da poter ricostruire il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi sulla base delle caratteristiche proprie del diritto amministrativo.

Tanto premesso, per semplificazione che qui si rende necessaria, le posizioni che si intenderà valutare sono riconducibili a due schemi: extracontrattuale e contrattuale, quest'ultimo oggi temperato alla luce della responsabilità da contatto sociale qualificato. L'inquadramento nei citati modelli non è, comunque, esente da forzature e spesso racchiude al suo interno soluzioni non del tutto sovrapponibili, ma comunque raggruppabili in un unico orientamento di fondo.

2. Il modello di responsabilità extracontrattuale

La soluzione oggi maggiormente accreditata inquadra la responsabilità dell'amministrazione nel modello dell'illecito aquiliano⁸. Tale ricostruzione trova fondamento nella sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 e, in particolare, sul presupposto che l'esercizio di poteri autoritativi non richieda alcun rapporto pregresso tra cittadini e amministrazione. Pertanto, la lesione causata da quest'ultima comporterebbe un danno ingiusto nella sfera giuridica soggettiva altrui, in violazione del generale dovere di *neminem laedere* gravante su tutti i soggetti dell'ordinamento. La giurisprudenza successiva alla sentenza del 1999 si è, in gran parte, conformata a tale impostazione⁹.

In generale, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 521 ss., anche per la letteratura ivi richiamata.

⁸ Tra i sostenitori della responsabilità extracontrattuale, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 360-395; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2007, 317. L'autore ritiene "stimolante" la tesi della responsabilità contrattuale, ma precisa che a suo giudizio non vale la pena «di insistere su questa linea» perché la giurisprudenza amministrativa ormai è consolidata nel qualificare come aquiliana la responsabilità per lesione di interessi legittimi. Più di recente, M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, cit., 143 ss.;

⁹ *Ex multis*: T.A.R. Campania, Sez. I, 4 ottobre 2001, n. 4485; T.A.R. Calabria, 2 agosto 2002, n. 839; Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; Cons. Stato, Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500; Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449.

Alle stesse conclusioni sembra, almeno formalmente, essersi orientato il legislatore che, come anticipato, all'art. 30 c.p.a, in tema di azione di condanna, permette di chiedere al giudice amministrativo il risarcimento del «danno ingiusto derivante all'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o al mancato esercizio di quella obbligatoria» (comma 2). Allo stesso modo, anche l'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990 prevede che i soggetti pubblici e privati, chiamati ad agire secondo le regole del procedimento, siano «tenuti al risarcimento del danno ingiusto» a condizione che il ricorrente comproui di aver subito il danno «in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». L'espressione «danno ingiusto» a cui fanno riferimento entrambe le disposizioni, richiama l'art. 2043 c.c., vincolando il modello di responsabilità alla prova di un elemento, appunto l'ingiustizia, estraneo all'inaidempimento. E, inoltre, la previsione contenuta nell'art. 2-*bis* della legge sul procedimento riecheggia la valutazione sull'elemento soggettivo, tipica dell'illecito aquiliano. Sembrerebbe quindi, almeno sul piano sistematico, che le disposizioni che prevedono la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi improntino l'azione di condanna al risarcimento sulla base del modello extracontrattuale¹⁰.

Della questione è stata investita, in tempi relativamente recenti, l'Adunanza Plenaria, intervenuta con la sentenza n. 7 del 2021¹¹ che, in tema di ritar-

10 Critica la posizione di chi sostiene che vada applicata la disciplina dell'illecito aquiliano per la sola presenza dell'espressione *danno ingiusto* nelle disposizioni di diritto amministrativo L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 3, che, invero, si riferisce alla clausola *danno ingiusto* contenuta nell'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, ma nulla cambia ai fini della presente ricostruzione. Secondo l'Autore, una siffatta teoria postula che il legislatore abbia introdotto due disposizioni sostanziali per la disciplina del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (appunto, quella contenuta nell'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, nonché la previsione di cui all'art. 7, comma 3, della l. n. 1034 del 1971). Tuttavia, illogicamente, tali norme, anziché dettare direttamente una disciplina, si limiterebbero a rimandare al diritto civile, rappresentando, quindi, «rispetto alla fattispecie in considerazione, meta-norme o norme su norme, le quali, attraverso la tecnica del rinvio (giocata su pregnanti omologie linguistiche), imporrebbero l'utilizzazione dello schema, tipico del campo privatistico, dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c.».

11 Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7. In dottrina si veda M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, cit., 143 ss.; A.

do nella conclusione del procedimento¹², sembra abbia tentato di mettere un punto fermo al dibattito, accogliendo il modello della responsabilità extracontrattuale. Secondo la ricostruzione dei giudici, la risarcibilità dell'interesse legittimo dipende dalla progressiva espansione ai casi d'illegittimo esercizio del potere pubblico di cui è titolare l'amministrazione, della tutela prevista dall'art. 2043 c.c.¹³.

All'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021 va riconosciuto il merito di tentare di concludere il dibattito sulla natura della responsabilità civile dell'amministrazione¹⁴; almeno sul piano teorico, però, tale diatriba risulta ben lontana dall'essere giunta a una soluzione definitiva, anche sul presupposto che il modello in concreto applicato è una versione non del tutto coincidente con quello dell'illecito aquiliano conosciuto in sede civile. In ogni caso, non può non segnalarsi come la giurisprudenza successiva alla sentenza n. 7 del 2021, pur con

PALMERI-R. PARDOLESI, *La responsabilità civile della pubblica amministrativa: così è se vi pare*, in *Foro it.*, 7-8, 2021, 406 ss.; E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, *Giustizia insieme*, 30 luglio 2021.

12 Il caso riguarda il danno subito da un'impresa a seguito del rilascio di autorizzazioni per la realizzazione di impianti fotovoltaici oltre i limiti temporali previsti dalla legge. Infatti, a causa del ritardo dell'amministrazione, *medio tempore*, erano intervenute sopravvenienze normative che, sopprimendo gli incentivi a investire nel fotovoltaico, rendevano non più economici gli impianti che si intendevano costruire. Per tale ragione, l'impresa aveva proposto azione risarcitoria per il ristoro del danno dipendente dal mancato guadagno, nella forma di lucro cessante, subito a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni da parte dell'amministrazione. Il T.A.R. dichiarava inammissibile la domanda di risarcimento del danno e la decisione veniva appellata innanzi al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana che, ritenuta ammissibile la domanda, sosteneva la natura contrattuale della responsabilità e investiva la Plenaria della questione. In dottrina cfr. M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria*, in *Giustizia insieme*, 17 febbraio 2021.

13 M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022, 45, ha sottolineato come, per l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021, tanto l'attività provvedimentale, quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, siano da ricondurre al modello di responsabilità extracontrattuale.

14 Con l'avvento del codice del processo amministrativo, la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato è stata significativamente rafforzata, sulla falsariga di quanto il processo civile già prevedeva all'art. 374 c.p.c. In particolare, il vincolo del precedente opera, nel nostro ordinamento, in via orizzontale, nel senso di stabilire un obbligo di conformarsi delle Sezioni semplici nei riguardi delle decisioni assunte dall'Adunanza Plenaria. Sulla questione cfr. E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1237 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011.

qualche forzatura, si sia sostanzialmente conformata al modello aquiliano¹⁵, peraltro anche in tema di responsabilità precontrattuale¹⁶.

Se si costruisce in questi termini la responsabilità per danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica, si pone il problema di provare in giudizio gli elementi della fattispecie aquiliana, tanto sotto il profilo oggettivo – e, dunque, nesso di causa e danno ingiusto – quanto sotto il profilo soggettivo della colpa (anche rispetto alle ipotesi diverse dal danno da ritardo, in cui non vi sono richiami all'elemento soggettivo). Ed ancora, sempre sul piano delle conseguenze, è necessario dimostrare che il fatto lesivo sia collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, alla lesione patrimoniale o non patrimoniale del titolare dell'interesse legittimo¹⁷.

Dall'applicazione di tale modello può, dunque, risultare lesa la qualità della tutela, in ragione degli oneri probatori del modello aquiliano e, in particolare modo, della necessità di provare l'elemento soggettivo, con tutte le difficoltà di operare tale giudizio rispetto a un'organizzazione complessa quale la pubblica amministrazione, ancor di più da quando la giurisprudenza ha abbandonato

15 Tra le tante pronunce, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 gennaio 2024, n. 219; Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6958; Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2023, n. 4453; Cons. Stato, Sez. VII, 30 marzo 2023, n. 3314; Cons. Stato, Sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3094; Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2022, n. 8410; Cons. Stato, Sez. VI, 1 agosto 2022, n. 6742; Cons. Stato, Sez. VII, 26 aprile 2022, n. 3187; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2021, n. 7428.

16 Sul punto e, in generale, sull'Adunanza Plenaria 21 novembre 2021, n. 21, cfr. M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, cit., 43-49, spec. 45; M. BALDARI, *Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a.* (Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21), in *Giustizia Insieme*, 17 marzo 2022; cfr., altresì, M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 725 ss. spec. 727. Per l'Autore, sul piano funzionale, la responsabilità precontrattuale tende ad avvicinarsi al modello aquiliano; infatti, questa, «ponendosi a presidio del pericolo di perdere possibilità alternative in ragione dell'altrui scorrettezza, esibisce la funzione conservativa della ricchezza che è propria della responsabilità aquiliana, non quella, propria della responsabilità da inadempimento, di attribuire l'equivalente monetario di una prestazione dovuta e mancante, tanto che il risarcimento non riguarda il c.d. interesse positivo, cioè il valore della prestazione contrattuale inadempita, bensì il c.d. interesse negativo».

17 Cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3094; Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6958, Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 17 ottobre 2022, n. 1050; Cons. Stato, Sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 6349 Nella giurisprudenza meno recente si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337; T.A.R. Campania, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 1350; T.A.R. Campania, Sez. I, 25 settembre 2017 n. 4483.

la tesi della colpa in *re ipsa*¹⁸. Peraltro, la logica di monetizzazione del danno, tipica della responsabilità aquiliana, mal si concilia con l'esercizio della funzione pubblica, stante la subordinazione della tutela al giudizio di rilevanza dell'interesse e alla prova della spettanza del bene della vita¹⁹. Venendo, così, depotenziata la tutela nelle ipotesi di esercizio di potere discrezionale ancor di più nel caso di titolarità di interessi legittimi pretensivi. D'altro canto, è pur vero che taluni aspetti della disciplina assicurerebbero al privato alcuni vantaggi, si pensi alla risarcibilità dei danni non prevedibili.

Non manca, comunque, chi sostiene come il modello della responsabilità extracontrattuale si sia imposto ai rapporti tra cittadini e amministrazione «per una sorta di forza propria, che gli deriva dal peso della tradizione, dalla completezza della sua millenaria elaborazione e dalla larghissima utilizzazione del medesimo da parte della dottrina e della giurisprudenza»²⁰; e, dunque, non in quanto modello idoneo a regolare le conseguenze dannose del rapporto tra pubblico e privato.

3. Il modello della responsabilità da inadempimento

Tra le soluzioni proposte è possibile ravvisare anche orientamenti che permettono all'amministrazione di rispondere a titolo contrattuale. In via generale, risulta pacifico che l'amministrazione possa essere inadempiente nell'ambito della sua attività di diritto privato²¹, tuttavia si è cercato di estendere l'applicazione

18 T.A.R. Roma, Sez. I, 19 gennaio 2024, n. 945; T.A.R. Roma, Sez. I, 3 luglio 2023, n. 11039; T.A.R. Napoli, Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 976; Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2022, n. 3408; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, Sez. giurisd., 27 ottobre 2020, n. 994; Cons. Stato, Sez. III, 18 giugno 2020, n. 3903. Diversamente si reputa applicabile un modello oggettivo solo in casi di danni derivanti dall'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici: così, T.A.R. Calabria, Sez. I, 27 dicembre 2023, n. 1708; Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8148; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2021, n. 3892; Cons. Stato, Sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912.

19 In questo senso, cfr. A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 108.

20 L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., 4.

21 Le obbligazioni pubbliche rappresentano una categoria dagli incerti confini che racchiude i rapporti tra amministrazione e privato gravati da obblighi aventi contenuto patrimoniale. In questo senso, M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 5, mentre, più in generale, sul tema, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 108; G.

cabilità di tale modello anche alle ipotesi di responsabilità per illegittimo esercizio della funzione pubblica²². Sul piano pratico, l'applicazione all'amministrazione della responsabilità da inadempimento – del contratto o degli obblighi derivanti dal contatto – ha l'obiettivo di semplificare gli oneri probatori in capo al privato.

Ovviamente, non si vuole sostenere che l'attività provvedimentale possa in qualche modo essere ricondotta all'attività negoziale dei privati o che il rapporto tra potere e cittadino possa essere inserito nelle maglie di un contratto. Al contrario, poiché la qualifica contrattuale «è intesa a designare la responsabilità connessa all'inadempimento di un'obbligazione, qualunque sia il fatto da cui l'obbligazione deriva»²³, si vuole ricondurre l'obbligo di adottare un provvedimento (legittimo) tra le *varie causarum figurae* idonee a produrre un'obbligazione. In questo modo, il modello di responsabilità a cui ci si riferisce, si inserirebbe nella previsione di cui all'articolo 1173 c.c. Così facendo, l'amministrazione sarebbe tenuta ad adottare, nei termini e in modo conforme alla legge, un provvedimento espresso: tanto rappresenta un'obbligazione e non un mero obbligo²⁴.

L'adozione del provvedimento, da una parte, soddisfa l'obbligazione e, dall'altra, regola per il futuro i rapporti tra parte pubblica e privata. Laddove, invece, il provvedimento non venga emanato o risulti illegittimo l'amministrazione sarà responsabile nei confronti del privato per inadempimento o inesatto adempimento. In tal modo, viene prospettata la conversione dei vincoli legali del potere in vincoli di natura obbligatoria nei confronti di quei soggetti rispet-

FALCON, *Obbligazioni pubbliche* (voce), in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 383.

22 In dottrina *ex multis*: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003.

23 L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, 360.

24 Così, M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 191.

to ai quali l'attività amministrativa è destinata a produrre i suoi effetti. Il mancato rispetto di tali obblighi comporta, appunto, il risarcimento per inadempimento. Tuttavia, poiché l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione è difficilmente riconducibile a un rapporto obbligo-dovere, oggetto di prestazione è la legittimità del provvedimento e non il suo concreto contenuto, relativo, invece, all'attribuzione dell'utilità finale²⁵. La premessa del rapporto così strutturato è che ogni vincolo di legge posto all'esercizio della funzione amministrativa costituisce un obbligo per l'amministrazione e una pretesa per il privato²⁶. Ragionando in questo modo, l'inadempimento sussiste a prescindere dal nesso tra i motivi che causano l'illegittimità e il contenuto del provvedimento²⁷. Così facendo, titolari della pretesa, a prescindere dalla divergenza dei rispettivi interessi, sono i soggetti che partecipano al procedimento²⁸.

25 Il riferimento è alle teorie di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 178 ss. e A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa* (Sonntagsgedanken), Milano, 2005, 170 ss.

26 L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 133 e A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa* (Sonntagsgedanken), cit., 158 secondo cui «qualunque limite al potere di un soggetto riguarda la tutela di un interesse contrapposto».

27 F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 40.

28 Infatti, l'intervento del privato assolve a finalità garantistiche ovvero collaborative nei confronti dell'Amministrazione «in vista del migliore esercizio dell'attività svolta ovvero anche a finalità sociali, di controllo diffuso e generalizzato sulle forme e modalità di gestione degli interessi della comunità amministrata»: così, M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 202. Osserva F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *Federalismi.it.*, 2009, 2, che la parziale trasformazione del ruolo della pubblica amministrazione da funzione a servizio comporta due possibili conseguenze. Sotto un primo profilo, «una sostanziale trasformazione dell'approccio alla tematica della responsabilità: nella logica della funzione, il cittadino, certo non più suddito, è il "destinatario" dell'esercizio, garantito e spesso anche partecipato, di una potestà; nella logica dell'esercizio assume carattere centrale la "prestazione" resa dall'amministrazione cui è correlata una posizione soggettiva del cittadino che, senza arrivare a inserirsi in una struttura sinallagmatica, configura il cittadino come utente del servizio, o, per usare un termine che ha del trendy, come cliente». Dal secondo ordine di conseguenze, che attiene al versante dell'amministrazione verso l'esterno, dipende, invece, «il tema degli strumenti di responsabilizzazione dell'attività amministrativa [...] (responsabilità civile in relazione ipotesi di malfunzionamento quale il danno da omessa o ritardata emanazione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei cittadini)».

Secondo F. MANGANARO, *Principio di buona fede ed attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1995, 140, «da partecipazione oscilla, così, anche nella L. n. 241, tra esigenza di tutela anticipata

Sulla natura contrattuale della responsabilità per lesione di interessi legittimi, si segnala, inoltre, la ricostruzione teorica di chi ha tentato di avvicinare l'interesse legittimo al diritto di credito²⁹, in ragione della comune necessità dell'intervento di un soggetto terzo (pubblica amministrazione o debitore) per il soddisfacimento tanto del credito quanto dell'interesse legittimo pretensivo³⁰. Tuttavia, la qualificazione dell'interesse legittimo come aspettativa di un bene della vita il cui soddisfacimento passa, tanto per gli interessi legittimi pretensivi che per quelli oppositivi, dall'esercizio del potere, ha permesso di ampliare la portata di tale ricostruzione. In particolare, è stato osservato che il soddisfacimento dell'interesse legittimo possa essere definito in termini di pretesa del destinatario all'emissione o alla non emissione di un determinato provvedimento³¹: nel primo caso «la pretesa all'emissione di un atto amministrativo riguarda

del privato ed introduzione degli interessi. Nel primo senso, essa riproduce lo schema classico di un'amministrazione autoritativa, che ammette la partecipazione come garanzia preventiva delle situazioni giuridiche dei soggetti destinatari del potere. Nell'altro senso, però, costituisce attuazione di un modo diverso di realizzazione degli interessi pubblici, poiché dalla possibile partecipazione al procedimento di qualsiasi soggetto che abbia un qualche interesse allo svolgimento dell'attività amministrativa consegue che l'amministrazione non è più l'unica titolare della funzione». In generale, cfr. P. M. VIPIANA-F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e tutela del privato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 1; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171 ss.; S. COGNETTI, *Partecipazione al procedimento e ponderazione degli interessi*, in G. SCIULLO (a cura di), *L'attuazione della legge 241/90, risultati e prospettive*, Milano, 1997; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; A. BARONE, *Recensione al Volume di R. Caranta e L. Ferraris, La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano 2000, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2000, 1211; M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 283 ss.; M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 1 ss.; M. OCCHIENA, *Voce Partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, I, 2006; F. SAIITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 247 ss.

29 In questo senso si segnalano le considerazioni di: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 127; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 29 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 175.

30 Cfr. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 197 s., secondo cui «il regime della responsabilità contrattuale potrebbe invocarsi nel solo caso in cui la lesione ricada su un interesse legittimo pretensivo, atteso che a fronte della incisione su un interesse legittimo oppositivo sopravviverebbe l'illecito di stampo aquiliano».

31 G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 152.

la categoria di interessi legittimi che sono stati definiti [...] come interessi legittimi dinamici: il punto di riferimento sarà ovviamente rappresentato da un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del possibile destinatario, che è poi il titolare (eventuale) dell'interesse legittimo stesso. La pretesa alla non emissione dell'atto amministrativo riguarda, viceversa e correlativamente, gli interessi legittimi statici, il cui punto di riferimento è rappresentato, com'è ovvio, dal provvedimento ablatorio»³². Per questo, sia gli interessi legittimi pretensivi che oppositivi possono essere assimilati alla struttura del credito, poiché anche «nel caso di interesse legittimo statico la posizione dell'amministrazione è ben differenziata dal dovere generale di astensione che incombe in tutti i consociati; in questo caso il potere ablatorio sussiste, sia pure in astratto, in capo alla Pubblica Amministrazione, ma non può essere esercitato in concreto, perché ciò comporterebbe (in ipotesi) il superamento dei limiti sostanziali di esercizio del potere: si tratta dunque di un'astensione a cui meglio si adatta il modulo della obbligazione negativa»³³.

Tale soluzione non è stata esente da critiche. Sotto diversi profili l'accostamento tra diritto di credito e interesse legittimo è risultato una forzatura: nel diverso destinatario dell'interesse finale che per i diritti di credito è il debitore e per l'interesse legittimo la collettività³⁴; nel differente momento in cui le due situazioni operano, infatti, mentre «l'interesse legittimo presuppone che l'assetto definitivo degli interessi sostanziali non sia stato ancora determinato (e infatti lo sarà soltanto con il provvedimento, che è a fattispecie precettiva); il diritto di credito tende essenzialmente alla realizzazione di un assetto di interessi già integralmente disegnato e giuridicamente vincolante»³⁵ ed, infine, nelle differenti si-

32 G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 152.

33 G. GRECO, *ult. op. cit.*, 154.

34 Osserva F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 29, che, se il comportamento del debitore «è giuridicamente necessitato e funzionalmente collegato solo al soddisfacimento dell'interesse del creditore», il comportamento dell'amministrazione «può essere più o meno discrezionale, ma anche ove fosse interamente vincolato, non sarebbe mai funzionale al solo soddisfacimento dell'interesse del privato titolare dell'interesse legittimo».

35 F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 30.

tuazioni giuridiche che al credito e all'interesse legittimo si contrappongono: nel primo caso un obbligo e nel secondo un potere³⁶.

3.1 (segue). Il contatto amministrativo qualificato

Nella ricostruzione della responsabilità civile della pubblica amministrazione in termini contrattuali non può non segnalarsi la soluzione, prospettata in tempi relativamente recenti, di chi ha presentato la possibilità di mitigare la responsabilità da inadempimento alla luce della teoria del c.d. contatto sociale qualificato³⁷ che sottolinea l'esistenza di una relazione particolare nel rapporto

36 F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 30. Invero, tali contestazioni vengono superate da M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, cit., 211 ss. In relazione alla differenza di interessi finali tutelati, l'A. osserva che al fine di qualificare un dovere come obbligazione è necessario che soddisfi l'interesse di un soggetto, ciò tuttavia non preclude che tale dovere sia anche funzionale alla cura di un interesse pubblico. Con riguardo all'idea che il credito intervenga solo nelle ipotesi di assetto di interessi già costituitosi, l'A. ricorda che il vincolo obbligatorio non nasce solo *ex contractu* e proprio per l'amministrazione non troverebbe fondamento nel contratto, ma in un *altro atto o fatto* idoneo a produrre un'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c., ipotesi questa che non richiede un assetto di interessi definitivo come nel contratto. Infine, anche l'idea per cui al credito sia contrapposto un dovere e all'interesse legittimo un potere viene superata dall'Autrice sostenendo che l'amministrazione, pur dotata di un potere autoritativo, ha anche un dovere di agire per la cura di un interesse pubblico e non vi sono particolari limiti nel poter inquadrare tale dovere in un vincolo obbligatorio.

37 Sviluppatisi a partire dalla dottrina tedesca, l'introduzione nel nostro ordinamento della teoria del contatto sociale qualificato si deve a L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss. Un contributo significativo sulla questione è, altresì, riconducibile a C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, cit., 647 ss. e a E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in ID., (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, 235 ss., in relazione al rapporto con gli interessi procedurali. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3897; Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421. Senza dubbio più cospicua in tema la giurisprudenza ordinaria: Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. civ., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28979; Cass. civ., Sez. un., 25 maggio 2021, n. 14324; Cass. civ., Sez. un., 29 aprile 2022, n. 13595; Cass. civ., Sez. un., 18 gennaio 2022, n. 1391. Sulla responsabilità da contatto cfr., altresì, S. CATTANEO, *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Urb. app.*, 2001, 1226; V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, nota a Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, 4 ss.; V. FANTI, *Nota alla sentenza Tar Puglia-Bari, Sezione I, 17 maggio 2001, n. 1761*, in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 2002, 3-4, 158; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18 ss.; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 69 ss.; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 601 ss.; ID., *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007; F. CIMBALI, *La responsabilità da contratto*, Milano 2006. Peraltro, la teoria del contatto sociale qualificato nasce per merito della dottrina tedesca del *Faktisches Vertragsverhältnis* (c.d. rapporti contrattuali di fatto, espressione coniata da G.

tra cittadino e amministrazione tale da escludere la totale estraneità delle parti³⁸. La dottrina che la propone non individua una terza forma di responsabilità, in aggiunta alle due previste dal codice civile, ma suggerisce di estendere l'applicazione della responsabilità da inadempimento alle ipotesi in cui tra il danneggiato e danneggiante sussista un contatto qualificato, malgrado la relazione non sia riconducibile allo schema dell'obbligazione come tradizionalmente inteso³⁹.

Peraltro, la teoria del contatto sociale qualificato, elaborato a partire dalla dottrina tedesca del *Faktisches Vertragsverhältnis* della prima metà del Novecento, trae origine dal rapporto senza obbligo di prestazione⁴⁰, caratterizzato per l'affidamento reciproco tra le parti da cui scaturiscono doveri di informazione e protezione. Questo orientamento ha trovato accoglimento nella dottrina civilistica italiana, la quale ha sostenuto che dal primo contatto tra cittadino e amministrazione discenda un rapporto obbligatorio finalizzato alla protezione dell'affidamento reciproco. Tale rapporto si sviluppa, per una parte della dottrina⁴¹, proprio nella forma di obbligazione senza prestazione. Si ritiene, infatti, che dal primo contatto tra il cittadino e la pubblica amministrazione discenda un rapporto finalizzato alla protezione dell'affidamento reciproco. Inoltre, la ri-

HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941), risalente alla prima metà del Novecento. Tale teoria trae origine dal rapporto senza obbligo di prestazione (R. CIPPITANI, *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urb. app.*, 2021, 3, 320), caratterizzato per l'affidamento reciproco tra le parti da cui scaturiscono doveri reciproci di informazione e protezione.

38 Ciò permetterebbe di ricondurre il rapporto nelle maglie della responsabilità contrattuale. Infatti, si avrebbe responsabilità *ex art.* 1218 cod. civ. anche «nell'ambito di quelle relazioni particolarmente qualificate non propriamente riconducibili al rapporto contrattuale, ma che pur sempre implicano il compimento di un'attività che coinvolge le parti della relazione»: così E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, cit.

39 C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, cit., 540.

40 Così R. CIPPITANI, *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urb. app.*, 2021, 3, 320.

41 Il rimando è a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione, ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. prin.*, 679 ss.

conducibilità della responsabilità al contatto qualificato comporterebbe la presunzione della colpa dell'amministrazione⁴².

L'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, seppur non sia intervenuta esplicitamente in relazione al dibattito sulla natura della responsabilità, ha mostrato di apprezzare la teoria del contatto sociale qualificato. A questa teoria viene riconosciuto il merito di valorizzare «il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo generato, dall'altro»⁴³. Infatti, risulta particolarmente idonea a descrivere la relazione tra amministrazione e cittadino⁴⁴. Nel diritto amministrativo, la disparità tra le parti è fisiologica, come naturale è la generale fiducia che si crea in chi entri in relazione con il soggetto pubblico, che difficilmente può essere considerato parte estranea.

Al contrario, non sembra ragionevole sostenere che il danno faccia nascere *ex abrupto* un rapporto tra danneggiante (l'amministrazione) e danneggiato (il cittadino), alla stregua di ciò che si realizza con il modello aquiliano, che regola l'illecito derivante dall'incontro tra due soggetti fino a quel momento estranei⁴⁵. Certamente, però, non ogni contatto sociale è idoneo a far sorgere un'obbligazione, essendo necessario un *punto d'innesto normativo*⁴⁶ che trasformi il mero contatto in un fatto idoneo a produrre un'obbligazione.

42 Così, E. FOLLIERI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2012, 6, 696-697, il quale precisa come all'amministrazione sarebbe, invece, garantita la possibilità di produrre elementi di fatto o di diritto idonei a documentare l'assenza di colpa o la presenza di un errore scusabile.

43 Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 24. Cfr., altresì, V. FANTI, *L'autonomia sostanziale e processuale degli interessi procedurali quali diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2023, 2, 233 ss.; ID., *Nota alla sentenza Tar Puglia-Bari, Sezione I, 17 maggio 2001, n. 1761*, cit., 158.

44 In tal senso viene garantita la tutela dell'affidamento alla legittimità dell'azione amministrativa che prescinde sia dalla spettanza del bene della vita sia dall'esercizio di attività discrezionale. Cfr. E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, cit., 237 ss.; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, 322.

45 In questi termini si è espresso, C. CASTRONOVO, *La «civiltà» della Pubblica Amministrazione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 3, 638.

In ogni caso, al di là della costruzione teorica che si accoglie, le conseguenze dell'applicazione della responsabilità da inadempimento in tema di elementi costitutivi della fattispecie sarebbero notevoli: oltre all'inversione dell'onere probatorio, troverebbe applicazione il principio della presunzione della colpa, che semplificherebbe gli oneri in capo al privato e risolverebbe ogni perplessità circa l'applicazione della giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità oggettiva, anche al di là della materia dei contratti pubblici.

Tuttavia, lo schema della responsabilità da contatto è di per sé invocabile solo in presenza di una relazione qualificata tra privato e amministrazione, lasciando potenzialmente escluse una serie di ipotesi in cui la sfera del privato sia lesa da una condotta dei pubblici poteri non rispettosa dei doveri – procedurali e non – sanciti dalla legge. Ipotesi rispetto alle quali, allora, si renderebbe necessario elaborare ulteriori soluzioni teoriche in grado di legittimare il ricorso alla responsabilità da inadempimento, al fine di garantire un'omogeneità di tutela. Il riferimento è, ad esempio, ai casi in cui il contatto venga rifiutato proprio dall'amministrazione, che, per esempio, abbia omesso di comunicare all'interessato l'avviso di avvio di un procedimento⁴⁷.

4. Considerazioni sulla possibilità di una responsabilità autonoma di diritto pubblico

Le oscillazioni in merito alla natura della responsabilità dell'amministrazione non escludono la possibilità di un *tertium genus*, accanto alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, tale da permettere una ricostruzione autonoma della disciplina. Questa soluzione, rimasta comunque piuttosto isolata, tende a qualificare il risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica come un diverso modello di responsabilità, proprio del diritto pubblico, escludendo, quindi, che si tratti di una fattispecie che trovi disciplina nel co-

⁴⁶ L'espressione è riconducibile a C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *NGCC*, 2020, 5, 1165.

⁴⁷ L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., 13.

dice civile. Ciò in quanto la responsabilità per illegittimo esercizio della funzione pubblica risente almeno di due elementi di specialità: il carattere della situazione protetta e la natura dell'attività da cui dipende il danno. Entrambi espressioni delle due situazioni giuridiche, l'interesse legittimo e il potere, di cui sono titolari i due poli che costituiscono il rapporto giuridico amministrativo, quali rispettivamente il privato e l'amministrazione⁴⁸.

La ricostruzione di un'autonoma responsabilità ha, comunque, da tempo trovato l'appoggio di autorevole dottrina che ha dato un'importante spinta verso l'autonomia e la completezza del sistema: «il diritto pubblico al pari del diritto privato va assumendo forme sistematiche e costituisce un completo organismo, che i principi di sovranità, di governo, di amministrazione, di bene pubblico vengono a dar vita a funzioni e rapporti giuridici, i quali non si possono ridurre per naturale incoerenza ai principii del diritto privato»⁴⁹. La responsabilità

48 Sulla ricostruzione del rapporto giuridico amministrativo si veda approfonditamente E. FOLLIERI, *Il Rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *Giustamm.it*, 12, 2017. L'Autore fissa le caratteristiche di tale rapporto. In particolare, il rapporto giuridico amministrativo dinamico si sviluppa nel procedimento ed è funzionale a determinare l'assetto degli interessi che viene stabilito nel provvedimento, tale assetto può essere prevedibile o probabile, ma non è certo. Il rapporto dinamico è, altresì, temporaneo e transitorio e la temporaneità si evince dalla previsione del dovere del centro attivo di interessi di concludere il procedimento in un termine predefinito; multipolare, infatti nel singolo procedimento possono esservi più centri attivi e più centri passivi di interessi ed è retto dai principi di buona fede e di affidamento. Inoltre, il rapporto giuridico amministrativo si compone di un rapporto principale, che è quello nel quale il privato è titolare di un interesse legittimo e il suo obiettivo è la realizzazione del bene della vita e si conclude con il provvedimento, e un rapporto strumentale o ancillare relativo riferito al rispetto delle regole procedimentali. Mentre, però, l'interesse legittimo non è sempre a soddisfazione garantita, l'interesse procedimentale è sempre a soddisfazione garantita, poiché in presenza di regole precise stabilite nella l. n. 241/1990 che l'amministrazione è tenuta a rispettare.

49 G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892, 61. A tali studi sulla responsabilità fu dato seguito da V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubb.*, 1894, 241 ss.; S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, 1903, ora in *Scritti minori*, II, 1990, 158; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 214-215. Cfr., altresì, 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 *Giustamm*, 2005, 12; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, cit., 172 ss.; L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., 1 ss. Più di recente, M.C. CAVALLARO, *L'azione di condanna nel codice del processo amministrativo: spunti per una diversa ricostruzione*, in *Il processo*, 2022, 2, 315 ss., sostiene la possibilità che la responsabilità da illegittimo esercizio del potere amministrativo possa essere ricostruita non in termini

derivante da rapporti di diritto pubblico non può, quindi, essere importata *sic et simpliciter* dal diritto privato, ma richiede una rimodulazione tale da dar luogo, secondo una risalente dottrina, a diritto privato speciale⁵⁰, se non, addirittura, a una riqualificazione, cioè alla configurazione di una responsabilità come modello autonomo. Questa soluzione sembra aver trovato un pur minimo appoggio anche in giurisprudenza⁵¹: infatti, secondo un orientamento del Consiglio di Stato, «la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo ha natura speciale non riconducibile ai modelli normativi di responsabilità extracontrattuale e contrattuale»⁵². Osserva la giurisprudenza, ancorché minoritaria, che, rispetto alla responsabilità aquiliana, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo, escludendo che si possa parlare di rapporto tra soggetti estranei e, quindi, di una «responsabilità del passante»⁵³, tipica del modello extracontrattuale. Ciò, comunque, non consente di ricondurre tale ipotesi alla responsabilità contrattuale, poiché, in quest'ultimo caso, sono diverse le posizioni soggettive che si contrappongono: «da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo»⁵⁴.

Inoltre, per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo «non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, caratterizzato da diritti, obblighi o altre posizioni tutelate dal diritto privato (la cui tutela è prevista dagli articoli 1218 e ss. del codice civile)», ma allo stesso modo «non è assimilabile alla condotta di chi – con un com-

extracontrattuali, ma ricalcando il modello previsto dall'art. 2-*bis*, comma 1-*bis*, della l. n. 241 del 1990.

50 Fu questa inizialmente la tesi più prudente di V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, cit., 241 ss.

51 Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611, punto 8 della motivazione; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2793; Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521; Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047.

52 Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611, punto 8 della motivazione.

53 F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 542 s.

54 Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611, punto 8 della motivazione.

portamento materiale o di natura negoziale – cagioni un danno ingiusto a cose, a persone, a diritti, posizioni di fatto o altre posizioni tutelate ai fini risarcitori *erga omnes* dal diritto privato (e la cui tutela è prevista dagli articoli 2043 e ss. del codice civile)»⁵⁵.

Al di là dei più recenti tentativi di avvicinamento, la profonda differenza esistente fra le due situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo – distinzione, questa, peraltro tutta italiana –, nonché il diverso sindacato operato da ciascuna delle due giurisdizioni – ordinaria e amministrativa – si riflette inevitabilmente sulla tutela risarcitoria accordata da ciascun giudice. Infatti, la giurisprudenza del giudice amministrativo in materia risarcitoria è solita far prevalere il sindacato sull'attività della pubblica amministrazione e il rispetto delle regole che presiedono ad essa, mentre quella del giudice ordinario ha posto al centro della tutela la situazione giuridica soggettiva del danneggiato, che lamenta una lesione in senso lato “patrimoniale” (*neminem ledere*).

Sul versante normativo, si evidenzia come il legislatore, nell'affrontare il tema del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, abbia cercato di dettarne una pur embrionale disciplina: infatti è proprio nella ricostruzione

55 Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047. Sulla «natura speciale» della responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo si veda, inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611. La decisione individua le regioni della specialità di tale responsabilità: in particolare «in primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve rispettare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione. L'esistenza di un contatto tra le parti, pubbliche e private, impedisce di ritenere che si sia in presenza della responsabilità di un soggetto non avente alcun rapporto con la parte danneggiata. In secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano: da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo. Infine, rispetto ad entrambe le responsabilità civilistiche, la stretta connessione esistente tra sindacato di validità sul potere discrezionale e sindacato di responsabilità sul comportamento impone al giudice amministrativo, nel caso in cui sia proposta anche l'azione di annullamento o di nullità, di non sovrapporre, nell'accertare la sussistenza del fatto illecito, proprie valutazioni a quelle riservate alla pubblica amministrazione». Pertanto, la peculiarità dell'attività amministrativa – che deve svolgersi nel rispetto di determinate regole procedurali, sostanziali e processuali – rende speciale anche il sistema della responsabilità da attività illegittima. Cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521; Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047.

dell'art. 30 c.p.a. che possono trovarsi alcuni elementi a sostegno di una responsabilità autonoma, tanto di natura processuale che sostanziale, nonostante si tenda a considerarla una norma di rinvio all'art. 2043 c.c. Si pensi alla pregiudizialità mascherata, al termine breve di decadenza di soli 120 giorni⁵⁶, così come anche al perimetro della responsabilità ai casi di esercizio dell'attività amministrativa o di mancato esercizio di quella obbligatoria, fattispecie entro cui viene fatto rientrare anche il c.d. danno da ritardo (art. 2-*bis* l. n. 241/1990)⁵⁷.

56 La decisione è stata impugnata innanzi a Corte Cost., 4 maggio 2017, n. 94, che ha precisato che «le due situazioni giuridiche soggettive [di diritto soggettivo e di interesse legittimo] poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela». La decisione non è stata esente da critiche: si veda AA. VV, *Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 2017. In particolare, vengono affrontate le censure che il T.A.R. Piemonte, Sez. II, ordinanza 17 dicembre 2015, n. 1747, ha sollevato all'attenzione della Corte Costituzionale, con riguardo a: l'irragionevolezza del termine; la violazione del principio di uguaglianza; la violazione del diritto di difesa e del principio di generalità ed effettività della tutela; e la violazione del principio del giusto processo.

Critica anche la posizione di P.M. CALDARERA, *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la c.d. pregiudiziale amministrativa?*, in *Giustamm.it*, 2011, ove si sottolinea come il termine di decadenza ex art. 30 c.p.a. rispecchi la diversità di tutela dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, rendendo le due situazioni giuridiche profondamente diverse.

57 Tale previsione presta il fianco ad alcune osservazioni sui confini della responsabilità: potendovi rientrare senza dubbio i danni da provvedimento, da esecuzione di questo e il danno da ritardo, mentre risulta ancora aperta la questione relativa all'ammissibilità del c.d. danno da comportamento. In generale in dottrina cfr. A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 ss., secondo cui un provvedimento ablatorio, pur illegittimo, non può provocare un danno se non eseguito, non essendo la sola esistenza idonea a produrlo. La tesi è ravvisabile prima in più di recente in G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 233 ss., a sua volta intervenuto sul tema del trasferimento dell'antigiuridicità dall'atto illegittimo (efficace e inoppugnabile) al fatto illecito, da intendersi come comportamento esecutivo produttivo di danni.

Sul danno da ritardo cfr., ex plurimis, M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2005, 2, 489 ss.; S.S. COCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *Giustamm.it*, 30 settembre 2005; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 251 ss.; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 135 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Danno da ritardo e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3329 ss.; G. FARES, *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 5, 987 ss.; P. QUINTO, *Problemi vecchi e nuovi del risarcimento del danno da ritardo: commento ad una sentenza del Tar Lombardia*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1, 16 ss.; F. CORTESE, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giur. It.*, 2013, 1932 ss.; S. SCREPANTI, *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 3, 378.

Tutti elementi, questi, di una diversa responsabilità da quella che trova la sua disciplina nel codice civile.

Infatti, è possibile sostenere come la disciplina legislativa della responsabilità, pur nonostante alcuni richiami alla responsabilità aquiliana, rappresenti un pur debole tentativo di prevedere una disciplina processuale, ma anche in parte sostanziale, che è propria del diritto amministrativo e che risente delle sue specifiche peculiarità. E se risulta innegabile che tale impostazione sia lontana dalla compiuta e organica formulazione che il codice civile prevede in tema di risarcimento del danno, altrettanto vero è che, per il diritto amministrativo, è la giurisprudenza che ha dato forma e sostanza ai vizi e che ora è attesa a cristallizzare gli elementi dell'autonoma responsabilità di diritto pubblico.

5. Una breve conclusione

Si può osservare come, a più di vent'anni dalla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, risulti abbastanza esiguo il numero di sentenze di condanna al risarcimento, come esiguo sia anche l'entità dei

Sul danno da comportamento cfr., senza pretesa di esaustività, A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 291-296; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 56 s., secondo cui le norme che regolano il procedimento «per un verso pongono a carico dell'autorità procedente un vero e proprio obbligo di “presa in considerazione” degli interessi coinvolti, per altro verso – e in misura corrispettiva – configurano in capo ai rispettivi titolari “una sorta di diritto all'incolumità personale e patrimoniale”, che costituisce la sintesi di una serie nutrita ed articolata di più puntuali diritti procedurali: quello alla comunicazione di avvio del procedimento, alla presentazione di memorie e documenti ed al loro esame da parte dell'amministrazione, all'accesso agli atti del procedimento ed ai documenti amministrativi in generale, al non aggravamento degli adempimenti istruttori ed alla collaborazione tra le parti nella acquisizione dei relativi dati, alla motivazione della decisione finale, ad una risposta certa e tempestiva, ad un rapporto funzionalmente unitario con le amministrazioni competenti a provvedere, alla stabilità della disciplina procedimentale»; A. DI MAJO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 4, 291, secondo cui gli obblighi di protezione che operano in applicazione di regole di responsabilità non si ricollegano, direttamente o indirettamente, all'esercizio del pubblico potere. Tale affermazione suscita qualche perplessità in relazione alla difficoltà di considerare queste regole in modo del tutto indipendente dall'esercizio del potere, riguardando le condotte assunte dall'amministrazione nell'esercizio dello stesso. Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, cit., 1559, nella responsabilità da comportamento il danno sorge con l'esercizio della funzione amministrativa, ma non si concretizza in atti amministrativi; di conseguenza, ciò rende la tutela risarcitoria l'unica esperibile.

relativi risarcimenti⁵⁸. L'attuale modello di responsabilità da illegittima attività provvedimentale – costruito dalla giurisprudenza in termini extracontrattuali – mostra, così, tutti i suoi limiti in merito all'effettiva tutela del cittadino. Tale fenomeno è spiegabile sotto diversi profili: sicuramente rilevano le barriere normative introdotte, quali le conseguenze della pregiudizialità amministrativa (pur se mascherata), il termine di decadenza breve, il concorso di colpa del danneggiato e il rigore degli standard probatori; tutti fattori, questi, che riversano effetti sulla tutela del privato. D'altro canto, anche la costruzione giurisprudenziale della responsabilità in termini extracontrattuali non ha portato i benefici sperati. Se l'applicazione delle stesse regole del diritto privato avrebbe come obiettivo quello di garantire una maggiore protezione al cittadino, in tema di responsabilità l'applicazione del modello aquiliano ha finito per aggiungere ai limiti previsti dal diritto pubblico quelli tipici della costruzione civilistica. Ne è esempio il tema dell'elemento soggettivo: la valutazione sulla sussistenza della colpa è legislativamente richiesta unicamente nel caso del danno da ritardo (art. 30, comma 4, c.p.a. e art. 2-*bis* l. 241 del 1990). Al contrario, uniformandosi alla previsione contenuta nell'art. 2043 c.c., la giurisprudenza è solita richiederne sempre la dimostrazione.

A questo punto sorge qualche dubbio sull'idoneità delle categorie esistenti – e ancor di più sulla scelta giurisprudenziale di ricostruire il danno in termini aquilani – a poter risolvere il problema della responsabilità. Infatti, contestualizzare il fenomeno del risarcimento del danno richiede di tener conto delle caratteristiche proprie dell'esercizio della funzione pubblica. L'esercizio della funzione amministrativa, nel rapporto con i destinatari dell'attività, si muove all'interno di una logica del tutto peculiare⁵⁹: l'esercizio di tale attività non è espressione di libertà, quanto, piuttosto, di doverosità e, in ragione del

58 F. TIRIO, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 493

59 La questione è sollevata da A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, cit., 14.

perseguimento del pubblico interesse, comporta una distribuzione di oneri e benefici eterogenei e non uno scambio incentrato (necessariamente) sul metro monetario. Le scelte del legislatore, non diversamente da quelle del giudice amministrativo, sono chiamate a operare all'interno di uno schema molto più complesso del mero danno-risarcimento, dovendo tener conto di tutta una serie di ulteriori elementi, primo fra tutti il perseguimento del pubblico interesse. L'esercizio del potere discrezionale, inoltre, complica la possibilità di esercitare il tradizionale giudizio di responsabilità sulla base dei parametri del diritto civile.

Proprio per questo, se è pur vero che un'autonoma forma di responsabilità di diritto pubblico (ancora) non c'è, è necessario interrogarsi su una sua necessità; ciò anche alla luce di un elemento: l'art. 30 c.p.a., che è una norma processuale, fissa alcuni degli elementi di questa responsabilità (anche sostanziali). Tuttavia, come è stato sopra evidenziato, essa non è da sola sufficiente per costruire una responsabilità che permetta un'effettività della tutela giurisdizionale. Il ruolo della *chance*, la portata del concetto di ingiustizia, la costruzione del nesso di causa, la valutazione sulla titolarità della bene della vita e l'oggettivizzazione della responsabilità rappresentano questioni che, in base a come saranno dibattute e risolte, potrebbero incidere significativamente sul grado dell'effettiva della tutela del cittadino.

FRANCESCO DIMICHINA*
Dottorando in diritto dell'economia,
presso l'Università di Pisa
francesco.dimichina@phd.unipi.it

**IL PROBLEMA DEI PRESUPPOSTI OGGETTIVI DELLE
MISURE DI INTERVENTO PRECOCE
NELL'ORDINAMENTO BANCARIO: TRA *CLIMAX* E
SINEDDOCHE**

**THE PROBLEM OF EARLY INTERVENTION MEASURES
PRECONDITIONS IN THE ITALIAN BANKING SYSTEM: BETWEEN
CLIMAX AND SYNECDOCHE**

SINTESI

In attesa della soluzione che la CGUE elaborerà nel caso Corneli c. BCE, lo scritto si propone di affrontare la questione dei presupposti delle misure di intervento precoce nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento al rapporto tra la nozione di «*deterioramento della situazione della banca*», di cui all'art. 69-*octiesdecies*, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (*tub*), e la nozione di «*gravi perdite del patrimonio*» di cui all'art. 70, *tub*, nella consapevolezza che la proposta modifica del cd. *CMDI framework* mira a risolvere sul nascere il problema.

ABSTRACT

Pending the solution that the CJEU will take in the Corneli v. ECB case, the paper focuses on the interpretation of the requirements established for early intervention measures in Italian law, with reference to the relationship between the notion of «*deterioration of the bank's situation*», set out in Art. 69-*octiesdecies*, Consolidated Law of Banking (TUB), and the notion of «*serious loss of assets*» referred to in Art. 70, TUB, despite knowing that the proposed amendment of the CMDI framework will probably solve the matter.

* Le opinioni espresse sono attribuibili esclusivamente all'Autore e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

PAROLE CHIAVE: misure d'intervento precoce – presupposti – deterioramento – interpretazione – diritto nazionale

KEYWORDS: early intervention measures – requirements – deterioration – interpretation – national law

INDICE: 1. Il mutamento di prospettiva nella gestione delle crisi bancarie – 2. Le caratteristiche salienti delle misure - 3. I presupposti oggettivi delle misure: tra BRRD e Testo Unico bancario – 4. Sulla nozione di significativo deterioramento della situazione finanziaria – 5. Conclusioni e prospettive de iure condendo

1. Il mutamento di prospettiva nella gestione delle crisi bancarie

La disciplina italiana in materia di gestione delle crisi bancarie ha subito, sulla scorta del diritto europeo, un «*radicale cambiamento di prospettiva*»¹ veicolato dalla Direttiva 2014/59/UE (*brrd*)². Invero, fino a un decennio fa, nell'ordina-

1 F. CAPRIGLIONE, *Conclusioni generali*, in M. Perassi, M. Rabitti, F. Sartori e V. Troiano (a cura di), *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time. Atti del Convegno*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, 100, 2024, p. 306; nonché, tra gli altri, G. L. GRECO, *Proporzionalità, polimorfismo degli interessi e mercato nella gestione delle crisi bancarie*, in A. Urbani, R. Natoli, D. Rossano (a cura di), *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time. Atti dei workshops*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, 99, 2024, Roma, p. 313.

2 Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio Testo rilevante ai fini del SEE. La Direttiva è stata recepita, nel nostro ordinamento, mediante il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, concernente le procedure di risanamento e risoluzione, ed il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, che ha modificato la disciplina sulla gestione delle crisi delle banche di cui al tub. Come rilevano A. CAMPBELL – P. MOFFATT (*Early intervention* in B. Wessels, M. Haentjens (edited by), *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, Cheltenham, 2019, 80), al verificarsi della crisi del 2007-'08, in molti altri Paesi europei erano assenti tali tipi di misure. Anzi, in alcuni di questi Paesi, come il Regno Unito, mancava altresì una disciplina specifica per fronteggiare le crisi delle imprese bancarie. Viceversa, da tempo alcune misure di gestione delle crisi sono state ritenute necessarie nel nostro ordinamento, in quanto le banche sono fisiologicamente (cfr. F. CAPRIGLIONE – I. SUPINO, (*sub*) art. 70, in F. Capriglione (diretto da) - M. Pellegrini, M. Sepe e V. Troiano (con la collaborazione di), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 992) esposte a crisi in considerazione dell'alto rischio di liquidità e dell'alta probabilità di contagio connessa ai rapporti interbancari, così G. B. PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"*, in *Riv. del dir. comm.*, 1, 2017, 25; nonché, da ultimo, BRESCIA MORRA, *Potere e governo delle banche*, (*voce*) *Potere e governo delle banche*, in *Enc. dir., I Tematici*, V, 2023, 495. Invero, «*la particolarità della banca rispetto alle imprese operanti in altri settori produttivi è che l'indebitamento – rappresentato in massima parte dai depositi della clientela – è un multiplo rilevante del patrimonio. La raccolta del risparmio si fonda essenzialmente sulla fiducia del cliente nella banca*», come rileva G. BOCCUZZI, *Amministrazione straordinaria*, in P. Ferro-Luzzi – G. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Tomo II, Milano, 1996, 1138. Sull'evoluzione della normativa bancaria, in Italia e in

mento bancario italiano, lo strumento di gestione delle crisi potenzialmente reversibili era principalmente quello dell'amministrazione straordinaria delle banche³, caratterizzato dal fatto che all'esito di tale procedura, nella maggior parte dei casi, si venivano a costituire forme d'integrazione tra l'ente in crisi ed un altro ente dello stesso settore che, a fronte di alcuni ristori, si accollava i crediti deteriorati del primo⁴.

Europa, si v. di recente A. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 35 ss.; nonché A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria tra disciplina europea e disciplina nazionale: profili evolutivi e prospettive*, in M. P. Chiti – V. Santoro (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, Pacini, Pisa, 2022, p. 1 ss.

3 L'amministrazione straordinaria delle banche è stata diffusamente studiata da diverse prospettive, per cui, senza pretesa di esaustività, si segnalano, per la disciplina precedente all'emanazione del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia v. R. GOLDSCHMIDT, *L'amministrazione straordinaria delle aziende di credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1973, I, p. 69 ss., C. PAOLILLO, *Sull'amministrazione straordinaria dell'impresa bancaria individuale*, ivi, 1976, I, p. 231 ss.; G. RESTUCCIA, *L'amministrazione straordinaria delle aziende di credito*, Milano, 1983; A. NIGRO, *Crisi e risanamento delle imprese: il modello dell'amministrazione straordinaria delle banche*, Milano, 1985. Quanto agli studi successivi all'emanazione del testo unico si v., tra gli altri, O. CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, Roma, 1993; O. CAPOLINO, G. COSCIA, E. GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, in Galanti (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 879 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 809 ss.; L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in M. Perassi, M. Rabitti, F. Sartori e V. Troiano (a cura di), *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 75, 2014, Roma, p. 173; O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti responsabilità*, *Rapporto sull'attività di ricerca*, *Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11*, 2016, p. 7, in www.regolazioneemercati.it; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, in *Analisi giur. econ.*, 2, 2016, p. 556; R. CERCONE, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, in Jorio – Sassani (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, V, Milano, 2017, p. 1113, ss.; ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Milano, 2017, p. 80; G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, 2018, p. 84; F. CAPRIGLIONE – I. SUPINO, (*sub*) art. 70, cit., p. 999; M. MALTESE, (*sub*) art. 69-octiesdecies, ivi, p. 959; M. ROSSI, (*sub*) art. 70, in Costi – Vella (a cura di), *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, Padova, 2019, p. 380; N. ROCCO DI TORREPADULA, (*sub*) art. 70, in C. Costa - A. Mirone (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2^a ed., Torino, 2024, p. 922 e ss. Per una «rilettura» dei procedimenti speciali di commissariamento in genere v. M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Cedam, Padova, 2012, p. 38 ss.

4 F. CAPRIGLIONE, (*sub*) art. 69-bis, in F. Capriglione (diretto da) - M. Pellegrini, M. Sepe e V. Troiano (con la collaborazione di), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 840, sul punto v. anche R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 804 e G. B. PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"*, cit., 26. Nonostante l'importante mutamento di prospettiva indotto dalla nuova disciplina europea, va rilevato che l'esigenza di gestire le crisi evitando la liquidazione dell'impresa è da tempo avvertita nell'ordinamento bancario italiano; anzi, la regolamentazione di tale aspetto è ritenuta centrale nell'intera disciplina bancaria, così F.

La preoccupazione di base era invero quella di perseguire la stabilità complessiva del sistema garantendo altresì la continuità dell'impresa bancaria⁵.

Oggi, invece, la disciplina della gestione delle crisi bancarie appare complessivamente volta a scongiurare il verificarsi di situazioni patologiche, oltre che al fine di garantire la stabilità del sistema e la continuità dell'impresa bancaria, con l'obiettivo di inibire il più possibile l'impiego di denaro pubblico per fronteggiare le crisi⁶, anche a costo di attenuare la tutela un tempo accordata, prioritariamente, ai depositanti⁷.

CAPRIGLIONE – I. SUPINO, (*sub*) art. 70, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario*, cit., p. 990. Invero, già la l.b. del 1936 contemplava gli istituti dell'amministrazione straordinaria delle banche e della liquidazione coatta amministrativa, G. B. PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"*, p. 25; sul punto v. anche A. CASTIELLO D'ANTONIO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, cit., p. 551, il quale sottolinea come paradossalmente ciò non abbia escluso la presenza di "novità dirompenti", richiamando sul punto il pensiero di O. Capolino. La prima destinata a fronteggiare crisi reversibili, la seconda quelle dall'esito infausto. Del resto, l'amministrazione straordinaria ha antecedenti che risalgono a fine '800, sul punto v. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, Bologna, 2012, p. 812 ss.

⁵ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 799.

⁶ Cfr. *Considerando* n. 1, BRRD. In tema, tra i tanti, C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Analisi giur. econ.*, 2, 2016, 279 ss. Peraltro, già con riferimento all'introduzione, da parte del Ministro del Tesoro, del cd. decreto Sindona, di cui al d.m. 27 settembre 1974, emerse nella dottrina la consapevolezza che l'addossare alla collettività l'onere dei salvataggi bancari, sulla scorta di tale decreto, non poteva "trovare spazio nel nuovo ordinamento bancario" giacché, essendo stata qualificata l'attività bancaria come attività d'impresa, appariva contraddittorio coinvolgere la collettività nelle conseguenze della gestione. In questo senso R. COSTI, *op. cit.*, 806. Come ricorda, peraltro, C. BRESCIA MORRA (*voce*) *Potere e governo delle banche*, cit., p. 495) tale decreto non può più trovare applicazione in quanto contrasta con gli obblighi derivanti dall'adesione all'UE, in particolare in virtù di quanto sancito dall'art. 123 TFUE.

⁷ F. CAPRIGLIONE, *loc. ult. cit.* Come ricorda G. B. PORTALE (*Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"*, 28), la necessità di tutelare i depositanti, a suo tempo sostenuta da Guido Carli, eccetto che per i depositanti in mala fede, era osteggiata da G. Minervini in quanto in tale maniera tutti i creditori delle banche, comprese altre banche, venivano così deresponsabilizzati nella scelta dell'intermediario al quale affidarsi. Come evidenzia, tuttavia, C. BRESCIA MORRA (*Potere e governo delle banche*, cit., 496), le crisi bancarie non sono sempre imputabili a errori di gestione, scelte errate o conflitti d'interesse. L'impresa bancaria può trovarsi in crisi anche a causa di difficoltà endogene, per esempio legate a difficoltà dei principali clienti, del settore finanziato o del territorio in cui opera. Oggi, peraltro, una crisi può ben conseguire pure a fenomeni esterni al sistema bancario (in questo senso R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 800) nonché di portata globale, come la recente crisi legata alla pandemia da Covid 19. La necessità di un ripensamento dei processi economici e decisionali, a livello politico, all'esito di tale crisi è stata recentemente evidenziata da F. CAPRIGLIONE, *Clima energia finanza. Una difficile convergenza*, Milano, Utet, 2023, p. XI. Con specifico riferimento alle implicazioni per i depositanti, legate all'introduzione del *bail-in*, si v., *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 10; A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 377, secondo il quale "Se il risparmiatore è considerato

Detto altrimenti, se la previgente disciplina mirava innanzitutto a salvaguardare i risparmiatori, le nuove regole mirano a raggiungere un punto di equilibrio tra la tutela dei risparmiatori e quella dei contribuenti⁸.

Peraltro, alla mutata prospettiva del diritto dell'economia⁹, e del diritto bancario in particolare, fa oggi da *pendant* una nuova sensibilità emersa pure nel diritto dell'impresa. Il cambio di passo generale è, infatti, attestato dalla faticosa entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa¹⁰, caratterizzato da «una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica del ciclo vitale [...], da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare»¹¹.

tradizionalmente soggetto debole nelle operazioni finanziarie, in questo contesto diviene paradossalmente del tutto inerte?»; ma v. pure ID, Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona, ivi, 1, 2019, 137 ss. e ID, Funzionamento, funzione e finalità dell'organizzazione europea del credito e della moneta, ivi, 1, 2021; A.A. DOLMETTA, Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio", in Riv. dir. banc., 2016, 2; G.L. GRECO, La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di "risoluzione" delle banche, in Banca imp. soc., 2016, pp. 77 ss.; M. PASSALACQUA, Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio», in Riv. trim. dir. ec., 4, 2021, p. 537. Con riguardo, invece, alla tutela dei piccoli investitori si v., di recente, V. SANTORO, L'attuazione dell'Unione bancaria europea e la tutela degli investitori, in particolare, piccoli azionisti delle banche, in M. P. Chiti – V. Santoro (a cura di), Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive, cit., 267 ss.

8 In questo senso C. BRESCIA MORRA, Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti, cit., *passim*, nonché specificatamente p. 282.

9 Sul *proprium* del diritto dell'economia, tra i più recenti si rinvia, *ex multis*, a S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pacini, Pisa, 2018, 9 ss.; F. CAPRIGLIONE, M. SEPE, *Riflessioni a margine del Diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito della ricerca*, in Riv. trim. dir. ec., 3, 2021, 385 ss.; M. GIUSTI, *Un grazie e... ADDitofTE!*, ivi, suppl. 4, 2022, 1 ss.; G. LUCHENA, *Orizzonti del Diritto dell'economia: un'introduzione oggetto, metodo, dottrine*, ivi, 4, 2023, 424 ss.; F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in Riv. dir. banc., II, 2022, 309 ss.; A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *L'amministrazione in cammino, rivista on-line*, 20 dicembre 2016, p. 1 ss.

10 Di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante appunto il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, emanato in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155. Il Codice ha ricevuto molteplici commenti. Tra i tanti, si segnalano S. BIANCONI, *The European Directive on preventive restructuring and the new Italian Insolvency Code*, in *Bancaria* 9, 2019, 57 ss.; G. D'ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2019, 461 ss.; G. RIOLFO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"*, in *Contr. Impr.*, 2, 2019, 399 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *La società a responsabilità limitata dalle codificazioni dell'Ottocento al Codice della crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 4, 2019, 645.

11 Così la Relazione al d.d.l. - *Delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, reperibile all'url https://www.giustizia.it/giustizia/en/mg_1_2_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_3=0_0&facetNode_2=4_59&previousPage=mg_1_2&contentId=SAN1218151#. Ma v. già la *Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, avente quale obiettivo «l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta [alle imprese sane in difficoltà finanziaria] di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza? (Considerando 1). In una recente

Invero, se al fine di dare attuazione alla *brrd*, con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, il legislatore italiano ha modificato il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (*tub*), di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385¹², incrementando l'armamentario a disposizione dell'Autorità di vigilanza per fronteggiare sul nascere le crisi bancarie¹³, prevedendo una pluralità di misure di intervento precoce disciplinate dagli artt. 69-*octiesdecies* e ss.; oggi anche il Codice della crisi d'impresa, emanato nel 2019, prevede, all'art. 3¹⁴, l'obbligo per

intervista a Luca Enriques (*Il Sole 24ore*, 14 gennaio 2024, p. 10), questi affermava che, sebbene la crisi d'impresa sia "un fenomeno naturale. [...] In Italia questo non è mai stato accettato come un dato fisiologico". Invero, che la crisi d'impresa sia un fenomeno mai accettato, in Italia, come connaturato alla natura delle cose ce lo testimonia il fatto che ancora agli inizi degli anni '20 dello scorso secolo, in alcune zone d'Italia, fosse diffusa l'usanza di percuotere i debitori inadempienti sulla cd. pie-tra del vituperio, mentre tale prassi in altri Paesi, come la Francia, era scomparsa già nell'800, cfr. G. B. PORTALE, *Dalla "Pietra del vituperio" al "bail-in"*, cit., p. 21. Del resto, in senso figurativo, è invalsa nella lingua italiana l'espressione "è un fallito", per indicare una "persona che nella vita non ha concluso nulla, non è riuscita in nessuna delle sue aspirazioni"; mentre etimologicamente *fallere* significa «ingannare», pertanto l'espressione fallire doveva originariamente essere intesa con «ingannarsi, sbagliare», il che può accadere a ognuno, v. (voce) *Fallire*, in *Vocabolario on line*, Treccani, consultato all'url <https://www.treccani.it/vocabolario/fallire> in data 20 gennaio 2024. Viceversa, si ritiene che il fallimento nei Paesi anglosassoni e nordamericani venga inteso evento fisiologico e necessario per l'imprenditore e per il mercato, così V. PELLICCIA, *Il valore del fallimento*, in *Harvard Business Review - Italia*, consultabile all'url <https://www.hbritalia.it/speciale-crisi/2021/05/24/news/il-valore-del-fallimento-15058/>.

12 Nonché il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (t.u.f.), di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. La BRRD è stata altresì recepita col d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che reca, tra l'altro, la disciplina della risoluzione.

13 La necessità di predisporre misure più efficienti in materia di gestione delle crisi era stata prospettata, a livello europeo dal Rapporto de Larosièr, del 2009. Sul rapporto, tra gli altri, v. R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2020, 14 ss.

14 Incluso tra i Principi generali. Negli ordinamenti cd. di *civil law* si avverte da sempre l'insofferenza per la crescente congerie normativa frutto di angherie e ingiustizie, considerato che «in ogni tempo l'abbondanza di leggi non assicura affatto né un equilibrato sistema di diritto, né l'integrità delle istituzioni politiche, né un buon antidoto alle ingiustizie» (M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 34). Pertanto, oggi, che il numero delle leggi è sempre più vasto (In questo senso, di recente, S. CASSESE, *Labirinto di leggi con vie di uscita*, in *Il Sole 24ore*, 9 ottobre 2022), in quest'ultimo tipo di sistemi assumono ancora più importanza i principi che consentono di introdurre uniformità lì dove c'è difformità, sotto il profilo tanto esegetico quanto applicativo e di *law making* (M. D'ALBERTI, *loc. ult. cit.*). Per quanto riguarda il nostro ordinamento, tuttavia, almeno sino all'emanazione del saggio di Dworkin intitolato *The Model of Rules* (R. M. DWORKIN, *The Models of Rules*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n. 1, 1967, p. 17 ss. e 22 ss., consultabile all'url <https://www.jstor.org/stable/1598947>), dichiaratamente contrapposto al modello positivista propugnato da Hart (*The concept of law*, Oxford at the Clarendon Press, 1961, I ed., specialmente p. 89-96, trad. ita. a cura di M. A. Cattaneo, Torino, 2002), è stato per anni svalutato il ricorso ai principi generali, a causa dell'emanazione della legge 30 gennaio 1941, n. 14, che attribuiva alla Carta del Lavoro, di matrice fascista, il carattere di «*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*»; nonché, alla

l'imprenditore di «rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte», predisponendo poi alcuni strumenti di allerta agli artt. 25-*octies* e ss.¹⁵

Si conferma, dunque, quel ruolo d'avanguardia della legislazione bancaria rispetto al diritto d'impresa¹⁶.

Tornando alla *brrd*, in dettaglio, per fronteggiare le situazioni antecedenti al cd. *point of non-viability* la Direttiva disciplina due diverse tipologie di strumenti: le misure preventive, che è possibile attuare in vista di una eventuale crisi pur trovandosi la banca *in bonis*¹⁷, costituite dall'adozione di piani di risanamento e di risoluzione, e le misure di intervento precoce¹⁸, che le Autorità competenti possono adottare per fronteggiare tempestivamente il deterioramento della si-

connessa idea che il richiamo ai principi generali s'identificasse col ricorso ai principi ispiratori di un dato regime politico (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da) - L. Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1980, Milano, Giuffrè, p. 385-386). Da un po' di tempo, viceversa, la tendenza appare opposta, sul p. si v. V. FANTI, *Il diritto amministrativo per principi*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, p. 432), ove si richiama il pensiero di G. Zagrebelsky; in questo senso anche M. P. CHITI, *Principi*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, I, 288. Su natura, funzioni, operatività e matrice dei principi generali, si v., tra gli altri, A. Massera, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, 3, 2017, p. 427 ss., ove ampi richiami dottrinali.

15 In realtà, il Codice della crisi d'impresa dava, originariamente, ben maggior risalto agli strumenti di allerta, in tema si v. G. GARESIO, *Gli strumenti di allerta previsti dal Codice della crisi: un cantiere ancora aperto*, in *DEI*, 4, 2020, 570 ss. Ciò in linea con la Direttiva (UE) 2019/1023, cd. *Insolvency*, che al considerando 22 si esprime in questi termini: “*Quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione*”. Le disposizioni relative agli strumenti di allerta sono oggi relegate agli artt. 25-*octies* ss., nonostante il contrario parere espresso dal Consiglio di Stato (Cons. St., comm. sec., 13 maggio 2022, n. 832, § 2); sul punto si rinvia a M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *VTDL*, 3, 2022, p. 475 specialmente da 476.

16 In questo senso, di recente, R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1, nonché 3, ove ulteriori riferimenti di dottrina. Nello stesso senso, con riguardo al rapporto tra disciplina della trasparenza bancaria e diritto delle obbligazioni, R. NATOLI, *Intervento di apertura*, in A. Urbani, R. Natoli, D. Rossano (a cura di), *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time. Atti dei workshops*, cit., p.148. Il ravvicinamento tra disciplina sulla crisi d'impresa *tout court* e quella sulle crisi bancarie è stato segnalato, di recente, da A. SACCO GINEVRI, *La prevenzione delle crisi bancarie*, ivi, p. 305. Sulla necessità che l'armonizzazione in campo bancario proceda di pari passo con quella del diritto societario v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Integrazione verticale: verso un codice bancario europeo*, in M. Perassi, M. Rabitti, F. Sartori e V. Troiano (a cura di), *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time. Atti del convegno*, cit., p. 98.

17 Così M. MALTESE, *sub art. 69-octiesdecies*, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario*, cit., 956.

tuazione finanziaria ed economica di una banca¹⁹, al fine di evitare che la situazione di difficoltà diventi irreversibile²⁰. Quanto a queste ultime, si tratta di strumenti di gestione delle crisi destinati ad essere utilizzati allorché l'ente versi in una situazione di difficoltà che, come accennato, non integra però lo stato di dissesto o il rischio di dissesto, presupposti per la risoluzione²¹ ovvero per la procedura di liquidazione coatta amministrativa²².

18 In merito alle quali si v. V. BABIS, *European Bank Recovery and Resolution Directive: Recovery Proceedings for Cross-Border Banking Groups*, in *European Business Law Review*, 25, 3, 2014, p. 459 ss.; G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Cacucci, Bari, 2018, p. 80 ss.; A. CAMPBELL – P. MOFFATT, *Early intervention* in B. Wessels, M. Haentjens (edited by), *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, cit., p. 80; E. CECCHINATO, *I poteri di intervento precoce della Banca Centrale Europea a dieci anni dall'istituzione del Meccanismo di Vigilanza Unico: alcune riflessioni dopo il caso Carige* (nota a Tribunale (IV sez. ampl.), 12 ottobre 2022, Causa T-502/19), in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2024, p. 6 ss.; EBA, *Discussion paper on the application of early intervention measures in the European Union according to Articles 27-29 of the BRRD*, 26 giugno 2020; D. G. MAYES, *Early intervention and prompt corrective action in Europe*, in *Bank of Finland Research Discussion Papers*, 17, 2009; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2018, 142 ss.; M. PELLEGRINI, *Piani di risanamento e misure di early intervention*, in *federalismi.it*, 2, 2018, p. 2 ss.; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Utet giuridica, Milanofiori Assago, p. 76 ss.; J.-P. SVORONOS, *Early intervention regimes for weak banks*, *FSI Insights on policy implementation*, 6, 2018, p. 1 ss., consultabile all'url <https://www.bis.org/fsi/publ/insights6.pdf>.

19 Tale nozione verrà precisata meglio *infra*.

20 Con specifico riguardo all'amministrazione straordinaria delle banche, si è tuttavia sostenuto che alla discrezionalità dell'Autorità di vigilanza non dovrebbe essere preclusa la possibilità di disporre l'amministrazione straordinaria della banca altresì a fronte di crisi irreversibili, in particolare nel caso di crisi cd. di "legalità" di eccezionale gravità. Ciò dal momento che gli strumenti connessi all'adozione di tale procedura sembrano di per sé idonei a rimuovere anche le situazioni di illegalità più gravi, così S. BONFATTI, (*sub*) art. 80, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario*, cit., vol. II, p. 1099 e 1122.

21 Che però può essere disposta solo in presenza di un interesse pubblico. Senza pretesa d'eshaustività, sulla nozione di interesse pubblico nella risoluzione si v., *ex multis*, CLARICH, *Presupposti per la risoluzione e interesse pubblico nella gestione delle crisi bancarie*, in *Banca impr. soc.*, 1, 2023, p. 3 ss.; G. MARRA, *Il concetto di interesse pubblico dall'esperienza italiana alla prospettiva europea della resolution*, in M. P. Chiti – V. Santoro (a cura di), *Il diritto bancario europeo. Problemi e prospettive*, cit., p. 249 ss.; con riguardo, invece, alle crisi bancarie in genere si v. S. AMOROSINO, *Individuazione e tutela dell'interesse pubblico nella regolazione delle crisi bancarie*, in Troiano – Uda (a cura di), *La Gestione delle Crisi Bancarie Strumenti, Processi, Implicazioni nei Rapporti con la Clientela*, 2018, Cedam - Wolters Kluwer, Milano, p. 165 ss.; G. MULLAZZANI, *La regolazione dell'attività bancaria tra interesse pubblico e logiche del mercato*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2020, p. 421 e, specificatamente, p. 451 ss. e D. VESE, *Gli interessi pubblici nelle crisi bancarie Per una nuova analisi giuridica dell'ordinamento europeo del credito. Per una nuova analisi giuridica dell'ordinamento europeo del credito*, Cedam, Padova, 2024, *passim*; con riferimento alla crisi d'impresa *tout court* si v. L. R. PERFETTI, *Crisi di impresa ed interesse pubblico tra amministrazione e giurisdizione*, *Riv. dir. ban.*, II, 2023, p. 223 ss., secondo il quale, ultimamente, lo scopo della gestione di una crisi d'impresa è quello "delle persone a vedere compromessi il meno possibile i loro diritti fondamentali" (ivi, p. 229), in questo senso

Invero, le misure di intervento precoce si pongono al crocevia tra l'attività di supervisione e quella di «*recovery*», che poi porta alla risoluzione²³, essendo definibili come «*provvedimenti amministrativi ad effetto conformativo che incidono direttamente sulla sfera giuridica degli enti o in termini di ordini ad eseguire una data attività o di divieti a non eseguirne altre*»²⁴.

2. Le caratteristiche salienti delle misure

In dettaglio, la disciplina nazionale è stata emanata in attuazione delle disposizioni contenute nel titolo III della *brrd* (artt. 27-30), ove si prevedono: le misure di intervento precoce in senso stretto (art. 27), da distinguersi almeno concettualmente dalle misure di vigilanza previste dall'art. 104 della Direttiva 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive – crd*)²⁵; il cd. *removal* (art. 28)²⁶ ed il *temporary administrator* (art. 29-30)²⁷.

Le disposizioni surricordate sono state attuate, in parte, nella sezione 01-1, del capo I, del libro IV, del *tub* e, in particolare, negli articoli da 69-*octiesdecies*

anche R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, cit., p. 90. Con riguardo al concetto di pubblico interesse in genere, da ultimo, si v. L. R. PERFETTI, *Diritti fondamentali e potere amministrativo: per una teoria giuridica del pubblico interesse*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, II, 2023, p. 45 ss., ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

22 Tale opportunità era stata inizialmente prevista dai *Core Principles for Effective Banking Supervision* del Comitato di Basilea elaborati nel 2012, (cfr. in particolare il n. 8). La necessità in parola è stata poi richiamata nel Considerando n. 40 della BRRD.

23 Così M. P. CHITI, *The new banking union. the passage from banking supervision to banking resolution*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2, 2014, p. 608 e specificamente 611.

24 M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 144.

25 Recepito nel nostro ordinamento dall'art. 53-bis del *tub*, rubricato “poteri d'intervento”. In sintesi, questa disposizione prevede il potere, dell'Autorità di vigilanza, di convocare gli amministratori, i sindaci ed il personale delle banche e dei soggetti ai quali siano state esternalizzate funzioni aziendali; ordinare la convocazione ovvero, in difetto, convocare direttamente gli organi collegiali delle banche; adottare, nell'ambito dei poteri di vigilanza regolamentare, specifici provvedimenti nei confronti di una, più banche o dell'intero sistema concernenti, tra l'altro, l'imposizione di fondi propri aggiuntivi, la restrizione di attività o della struttura territoriale, il divieto di effettuare talune operazioni e di distribuire utili, ecc... Di fatti, si tratta di una tipologia aperta di provvedimenti, come si desume dalla lettera d) del co. I (“La Banca d'Italia può: [...] d) adottare per le materie indicate nell'articolo 53, comma 1, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di una o più banche o dell'intero sistema bancario riguardanti anche”). In parte i poteri menzionati erano previsti già dalla versione originaria del *tub*, sul punto si v., tra gli altri, R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 637 ss. La disposizione prevede, poi, la possibilità di disporre il removal di uno o più esponenti aziendali, “qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente

a 69-*viciesbis*²⁸. Per il resto, le norme sul *temporary administrator*, di cui all'art. 29 *brrd*, sono state recepite negli artt. 70 ss., mantenendo la collocazione che l'istituto dell'amministrazione straordinaria²⁹, che ha costituito l'archetipo delle norme europee³⁰, aveva originariamente nel *tub*.

Come anticipato, le misure di intervento precoce si pongono in corrispondenza di una sottile linea di confine con le ordinarie misure di vigilanza adottabili dalle autorità competenti ai sensi della *crd*, allorché un intermediario

gestione della banca", salvo che ricorrano i presupposti di cui all'art. 26 e non vi sia urgenza di provvedere. Sulle molteplici configurazioni del removal, si rinvia a A. Antonucci, I poteri di "removal" degli esponenti aziendali nell'ambito del "Single Supervisory Mechanism", in *Banca Impresa Soc.*, p. 39. Tali misure sono, peraltro, parzialmente sovrapponibili, seppur teoricamente distinte, a quelle di intervento precoce, così M. Maltese, op. cit., p. 956-957, secondo il quale si tratterebbe, alla fin fine, di due species di misure appartenenti al medesimo genus. Da ciò inferendo, a fronte di lacune della disciplina sulle early intervention measures, di poter fare ricorso in via analogica ai principi che regolano l'attività di vigilanza, essendo predisposte per perseguire le medesime finalità. Quanto al proprium delle misure di intervento precoce, la giurisprudenza, con specifico riferimento al removal (Corte d'appello di Milano, n. 71 e 382 del 2019) ed all'amministrazione straordinaria, sembra orientata ad escluderne la natura sanzionatoria, definendo la natura del primo in senso lato cautelare (così Cons. Stato, sent. 19 luglio 2022, n. 6254, § 10.2). Come rileva tale pronuncia, l'esclusione della natura sanzionatoria della misura comporta, dunque, che l'applicabilità dei principi di cui alla legge n. 241 del 1990 è soggetta, secondo l'art. 24, l. 262/2005, a riserva di compatibilità. Pertanto, nel caso in cui sia rivolta a «prevenire la crisi di una banca, potenzialmente dotata di effetti sistemici sulla stabilità dell'intero funzionamento del mercato creditizio - devono ritenersi sussistenti quelle "particolari esigenze di celerità del procedimento" che legittimano, anche ai sensi dell'art. 7 della L. 241/1990, di omettere l'avvio della comunicazione del procedimento» (ivi).

26 Su cui si v. A. ANTONUCCI, I poteri di "removal" degli esponenti aziendali nell'ambito del "Single Supervisory Mechanism", in *Banca Impresa Soc.*, 39 ss.; A. BLANDINI, Profili procedurali della rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle banche, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1, 2019, 31 ss.; F. CIRAIOLO, La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi, in *Banca, impr. soc.*, 1, 2016, p. 51 ss.; ID., Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a., in *Riv. dir. banc.*, fasc. II, sez. I, 2017, p. 199 ss.; L. DI BRINA, La rimozione di amministratori, sindaci e dirigenti nella disciplina delle crisi bancarie, 1, 2019, 96 ss.; G. FIDONE, Sulla qualificazione del potere di "removal" della Banca d'Italia, sulla natura del potere esercitato e sul correlato sindacato del Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato compie un altro passo verso la "full jurisdiction", in *Giur. comm.*, 3, 2023, p. 407 ss.; L. LIPPOLIS, Il "removal" della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2023, 82 ss.

27 Sostanzialmente coincidente con l'amministrazione straordinaria delle banche su cui si rinvia alla nota 5.

28 Corrispondenti agli artt. da 27-28 direttiva BRRD.

29 La natura di misura d'intervento precoce dell'amministrazione straordinaria è stata di recente riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale, nella sent. 6 luglio – 21 ottobre 2021, n. 248, con nota di F. APERIO BELLA, Sulla motivazione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento alla controversia riguardante l'impugnazione di un provvedimento sostituito da un atto confermativo, in *Il Foro amm.*, 2021, 11; F. APERIO BELLA, A.

non è ancora in odore di dissesto³¹. Per questo motivo, anche le misure d'intervento precoce vengono disposte, secondo la *brrd*, dall'autorità di vigilanza competente.

Più precisamente, quest'autorità andrà designata in base al regolamento (UE) n. 1024 del 2013 (SSMR), che disciplina il funzionamento del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU o SSM).

Tale Regolamento, com'è noto, stabilisce la competenza esclusiva, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, della Banca Centrale Europea (BCE) nel caso in cui il soggetto vigilato sia una istituzione finanziaria significativa (cd. *significant institution*), mentre nel caso delle istituzioni d'importanza meno significativa (*less significant institutions*) la competenza sarà delle autorità di vigilanza nazionali, che coadiuvano la BCE «mediante un'attuazione decentralizzata di alcuni com-

COIANTE, *L'interferenza delle regole del giudizio amministrativo impugnatorio sul giudizio di l.c. in via incidentale (nota a Corte cost., 21 dicembre 2021, n. 248)*, in www.giustiziainsieme.it, 2022; BINDI E., *L'autorizzazione preventiva della Banca d'Italia alla proposizione delle azioni civili di responsabilità avverso i commissari straordinari delle banche: un problema ancora aperto*, in *Giur. Cost.*, 2021, 6, p. 2743 e F. DIMICHINA, *Conferma in senso proprio e inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 9, t.u.b., che subordina l'esperibilità delle azioni civili contro gli organi dell'amministrazione straordinaria delle banche alla previa autorizzazione della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2022, 6, I, p. 1279.

30 Così, tra gli altri, O. CAPOLINO, *Prevenzione e gestione delle crisi bancarie nell'ordinamento italiano*, in O. Capolino (a cura di), *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell'esperienza spagnola e italiana*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 95, 2023, p. 48.

31 Da un punto di vista più generale, La disciplina del testo unico bancario sarebbe suddivisibile in tre piani d'intervento: un primo relativo alle banche *in bonis*, che concerne la pianificazione delle misure d'intervento, mediante la predisposizione di un piano di risanamento, che spetta alle banche redigere, e di un piano di risoluzione, redatto dall'Autorità di vigilanza. Un secondo piano d'intervento, poi, riguarda le crisi reversibili: all'interno di questo convergerebbero sia gli interventi di vigilanza di cui all'art. 53bis del tub, che le misure d'intervento precoce, compresa l'amministrazione straordinaria, di cui agli artt. 69octiesdecies, tub. Un terzo piano d'intervento, infine, riguarderebbe le crisi irreversibili da affrontare mediante liquidazione coatta amministrativa, disciplinata dagli artt. 80 ss., tub; ovvero, in presenza di interesse pubblico, la risoluzione, di cui agli artt. 17 ss., d.lgs. n. 180 del 2015, così N. ROCCO DI TORREPADULA, (*sub*) art. 70, in C. Costa - A. Mirone (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2[^] ed., Torino, 2024, p. 924; in senso analogo, con riferimento alla disciplina europea, M. P. CHITI, *The new banking union. the passage from banking supervision to banking resolution*, cit., p. 610.

*pitit*³². Pertanto, anche l'esercizio dei poteri di intervento precoce seguirà tale regola³³.

Con una disposizione tuttora oggetto di grande dibattito, ovvero l'art. 4, par. 3, Reg. (UE) 1024/2013, peraltro, a tali fini la BCE applica il pertinente diritto dell'Unione e, in assenza di disposizioni europee direttamente applicabili, la legislazione nazionale di recepimento³⁴. Ciò comporta che, nel caso di una *significant institution* stabilita in Italia, spetterà alla BCE la decisione di adottare le misure di *early intervention* in applicazione della normativa nazionale di recepimento della *brrd*. Viceversa, nel caso di istituzioni d'importanza meno significativa, ai sensi dell'art. 6, Reg. (UE) 1024/2013, l'esercizio di tali poteri spetterà alla Banca d'Italia, che dovrà attenersi a quanto stabilito dal Reg. (UE), n. 468

³² CGUE, sent. 8 maggio 2019, *Landeskreditbank Baden-Württemberg c. BCE*, causa C-450/17 P, § 41. La sentenza conferma quella di primo grado, Tribunale dell'Unione europea, sent. 16 maggio 2017, *Landeskreditbank Baden-Württemberg/BCE* (T-122/15, su cui v. ANNUNZIATA, *Chi ha paura della Banca Centrale Europea? Riflessioni a margine del caso Landeskreditbank c. BCE*, in *Giur. Comm.*, 6, 2017, p. 1118; D'AMBROSIO e LAMANDINI, *La «prima volta» del Tribunale dell'Unione europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Giur. Comm.*, 4, 2017, p. 594; LEMMA, *«Too big to escape»: un significativo chiarimento sull'ambito di applicazione del single supervisory mechanism*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2017, II, p. 45 e ss.; TRÖGER, *How Not to Do Banking Law in the 21st Century – The Judgment of the European General Court (EGC) in the Case T-122/15 – Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank v European Central Bank (ECB)*, in *Oxford Business Law Blog*, 16 giugno 2017).

³³ Invero, secondo l'art. 2, par. 1, n. 21, *BRRD*, per autorità competente s'intende quella «definita all'articolo 4, paragrafo 1, punto 40, del regolamento (UE) n. 575/2013, fra cui la Banca centrale europea relativamente ai compiti specifici attribuiti dal regolamento del Consiglio (UE) n. 1024/2013». In questo senso, con riferimento alle misure di *early intervention* in genere G. BOCCUZZI, *The European Banking Union, Supervision and Resolution*, London, 2016, 44; nonché O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in M. P. Chiti – V. Santoro (a cura di), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, London, 2019, 254, la quale sottolinea però che la BCE rimane comunque competente, anche per le banche *less significant*, nel caso delle *common procedures* di cui agli art. 14 e 15 del reg. MVU, che possono essere richieste durante una procedura di risoluzione.

³⁴ Come rilevano A. BARONE, G. DRAGO, C. NICOLOSI (*L'erompere della vigilanza bancaria europea*, in questa *Rivista*, 1, 2021, p. 704), la BCE «potrebbe talora trovarsi ad applicare disposizioni nazionali in tutto o in parte contrastanti col diritto europeo. Al riguardo, l'ineludibile esigenza di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo può indurre a riflettere sulla estensione della operatività del principio della "interpretazione conforme" ai casi in cui l'attività di applicazione del diritto nazionale di recepimento del diritto UE sia svolta (piuttosto che da un'amministrazione nazionale) direttamente da un'amministrazione europea», con la conseguenza che andrebbe valutata la «possibile estensione alla BCE dell'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto europeo dotato di efficacia diretta, obbligo come noto finora analizzato con riferimento alle autorità nazionali (giudici e amministrazioni)».

del 2014, che prevede meccanismi di coordinamento tra la BCE e le autorità nazionali competenti³⁵.

Più nel dettaglio, le misure di intervento precoce in senso stretto sono elencate dall'art. 27, par. 1, *brrd*, che, con una formula aperta (“*gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti dispongano [...] almeno delle misure seguenti?*”) fa riferimento essenzialmente al potere di: *i*) richiedere di attuare uno o più dei dispositivi o delle misure previsti nel piano di risanamento ovvero di aggiornarlo; *ii*) esigere di esaminare la situazione e prospettare le misure e i tempi per fronteggiarla; *iii*) domandare la convocazione, in difetto potendo convocare direttamente l'assemblea degli azionisti, fissandone l'ordine del giorno; *iv*) rimuovere o sostituire uno o più membri dell'organo di amministrazione; *v*) chiedere di predisporre un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con i creditori; *vi*) richiedere cambiamenti nella strategia aziendale dell'ente; *vii*) esigere cambiamenti alle strutture giuridiche o operative dell'ente; nonché *viii*) richiedere l'acquisizione di documenti, anche tramite ispezioni *on site*, al fine di fornire all'autorità di risoluzione tutte le informazioni necessarie.

La disposizione in parola è stata recepita nel corpo del *tub* con l'introduzione dell'art. 69-*noviesdecies*, il quale, in modo più sintetico, si limita a richiamare la facoltà di esercitare i poteri d'intervento di cui agli art. 53-*bis* e 67-*ter*, aggiungendovi la possibilità, per l'Autorità di vigilanza, di chiedere di “*dare attuazione, anche parziale, al piano di risanamento adottato o di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni creditori secondo il piano di risanamento, ove applicabile, o di modificare la propria forma societaria?*”.

³⁵ Peraltro, com'è stato recentemente ribadito da C. MURACA (*sub art. 69-octiesdecies*, in C. Costa – A. Mironi (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 900), in considerazione della natura e delle finalità delle misure di intervento precoce, il legislatore nazionale ha stabilito che le misure d'intervento precoce in senso stretto ed il *removal* collettivo possano essere disposti dalla Banca d'Italia unicamente nei riguardi di una banca o di una società capogruppo di un gruppo bancario. Pertanto, tali misure non potranno essere disposte nei confronti di società controllate finanziarie o strumentali, che potranno al più ricevere, a cascata, le relative indicazioni ricevute dalla capogruppo, come prevede l'art. 61 del *tub*. Viceversa, l'amministrazione straordinaria potrà essere avviata, oltre che nei confronti di banche e società capogruppo, anche dalle altre componenti del gruppo bancario ai sensi dell'art. 100 *tub*.

In questa maniera, se da un lato si sottolinea l'esistenza di una zona grigia costituita dalle misure al contempo preventive e di *early intervention*, si individuano quali misure esclusivamente³⁶ di intervento precoce quelle da ultimo menzionate: l'attuazione di un piano di risanamento, la predisposizione di un piano per la rinegoziazione del debito e la modifica della forma societaria.

Il secondo comma della disposizione in commento, poi, esplicita che i poteri di cui al comma primo possono estrinsecarsi nel richiedere l'aggiornamento del piano di risanamento e nel fissare un termine per l'attuazione del piano e l'eliminazione delle cause che formano presupposto dell'intervento precoce.

Misura di intervento precoce in senso lato deve, invece, ritenersi la rimozione, complessiva o parziale, “*dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione dell'ente*”, alla quale consegue la necessaria approvazione dell'autorità di vigilanza sulla nomina della nuova dirigenza o del nuovo consiglio d'amministrazione (art. 27 *brdd*). Misura che consta, in sostanza, di un «*potere di intervento mirato e diretto sulla composizione soggettiva della guida della banca*»³⁷. Infine, viene oggi annoverata tra questo tipo di misure la nomina di uno o più amministratori temporanei dell'ente, in sostituzione ovvero in affiancamento dell'organo amministrativo esistente (art. 29 *brdd*), istituto pressappoco coincidente con la tutt'ora vigente amministrazione straordinaria delle banche.

3. I presupposti oggettivi delle misure di intervento precoce: tra *BRRD* e Testo Unico bancario

Le misure di intervento precoce, in senso stretto e in senso lato, sono accomunate almeno parzialmente dai loro presupposti oggettivi, che a loro volta le distinguono dalle misure preventive di vigilanza.

³⁶ Sebbene, in realtà, la formula aperta utilizzata dal legislatore all'art. 53-*bis, tub*, consenta in astratto di disporre, come preventive, misure a queste assimilabili. Sul punto cfr. la nt. 25.

³⁷ Secondo la definizione di A. ANTONUCCI, *loc. ult. cit.*; ovvero «*potere di rimozione forzosa degli esponenti bancari che abbiano tenuto una condotta non adeguata*», secondo quella di F. CIRAIOLO (*La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, cit., p. 53).

Nel delineare le condizioni al cui verificarsi le misure di intervento precoce sono condizionate, la direttiva *brrd* sembra fare ricorso alla figura retorica della *climax*³⁸.

Invero, l'art. 27 della Direttiva, rubricato “*misure di intervento precoce*”, elenca una serie di strumenti³⁹ adottabili dalle autorità competenti a condizione che “*l'ente violi o rischi di violare nel prossimo futuro una serie di requisiti normativi*”, a causa tra l'altro di un rapido deterioramento della situazione finanziaria⁴⁰. Mentre l'art. 27, *brrd*, subordina le misure di *early intervention* in senso stretto all'ipotesi di una violazione effettiva o probabile dei requisiti previsti dalla disciplina bancaria⁴¹, in ipotesi dovuta ad «*un rapido deterioramento della situazione finanziaria*»; l'art. 28, *brrd*, prevede la possibilità di disporre il *removal* collettivo⁴² in presenza, tra l'altro, di «*un significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente*»⁴³ pur-

38 Che, mentre nella lingua comune esprime “*una progressione, un'intensificazione graduale di effetti*”, nell'uso specialistico può costituire anche “*un modo di costruire e di collegare frasi e periodi*”, ma altresì “*un'espedito argomentativo per garantirsi punto per punto l'accordo di chi ascolta o legge*”, così B. MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato. Manualletto di figure retoriche*, Roma-Bari, 2010, specificamente p. 59-60 e 136.

39 Cfr. § precedente.

40 Nonché “*del peggioramento della situazione di liquidità, del rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, dei crediti in sofferenza o della concentrazione di esposizioni*”.

41 Più precisamente, «*Qualora un ente violi o [...] rischi di violare nel prossimo futuro i requisiti del regolamento (UE) n. 575/2013, della direttiva 2013/36/UE, del titolo II della direttiva 2014/65/UE o di uno degli articoli da 3 a 7, da 14 a 17, e 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 600/2014, gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti dispongano, fatte salve le misure di cui all'articolo 104 della direttiva 2013/36/UE ove applicabili*».

42 Nella sua totalità ovvero parzialmente.

43 Ovvero laddove «*vi siano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente o gravi irregolarità amministrative*». Il grado di gravità delle violazioni o delle irregolarità può implicare il passaggio dalle misure di intervento precoce alla più grave misura della risoluzione, giacché il dissesto o il rischio di dissesto, presupposto per disporre quest'ultima misura, può essere integrato anche da «*irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentarie o statutarie che regolano l'attività della banca di gravità tale che giustificerebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività*», art. 17, co. II, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180. Sul concetto di «*gravi irregolarità*» v., da ultimo, N. ROCCO DI TORREPADULA, (*sub*) art. 70, in Costa – Mirone (a cura di), *Commentario*, cit., p. 931; nonché, già prima, ID., *Le “gravi irregolarità” nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim* e specificatamente 50 ss. Quanto alle gravi violazioni, evidenzia R. COSTI (*L'ordinamento bancario*, cit., 817) che eventuali violazioni intanto possano essere rilevanti e, quindi, ritenute “*gravi*”, in quanto siano in grado di minare gli specifici interessi connessi all'esercizio dell'attività bancaria, giacché l'Autorità di vigilanza è preposta non al rispetto della legalità *tout court*, bensì alla «*salvaguardia sostanziale degli interessi connessi all'esercizio dell'attività bancaria*».

ché, in ossequio ad un canone di proporzionalità⁴⁴, le altre misure «*attuata in conformità dell'articolo 27*» non consentano di invertire la situazione.

L'art. 29 della *brdd*, poi, enuclea la misura d'intervento precoce più pervasiva⁴⁵, costituita dalla nomina di uno o più amministratori temporanei dell'ente (cd. *temporary administrator*), che corrisponde all'amministrazione straordinaria delle banche domestica.

44 Richiamato implicitamente dall'art. 29, *BRRD*. Il principio è poi richiamato, in generale, dall'art. 23, co. II, della l. n. 262 del 2005. Come rileva A. CASTIELLO D'ANTONIO (*L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, cit., p. 560): «*stabilire che l'attività amministrativa è retta dal principio di proporzionalità sta a significare non solo che questo principio trova applicazione in sede di sindacato giurisdizionale sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, ma anche che esso rappresenta un parametro di riferimento costante per la P.A., il cui agire deve essere, perciò, costantemente proporzionato all'obiettivo perseguito dalla norma attributiva del potere; ciò che si rende possibile soltanto attraverso l'individuazione e il raffronto di tutti gli interessi concorrenti*». Sul principio di proporzionalità nel diritto bancario europeo v., *ex multis*, M. ARRIGONI – E. R. RESTELLI, *Proportionality in the European Banking Law. Lessons from Silicon Valley Bank*, in *ECFR*, 5-6, 2023, p. 936 ss.; B. CELATI, *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi: divieto di aiuti di stato e principio di proporzionalità*, in *Riv. dir. ban.*, 2, 2020, p. 293 ss.; M. P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *The Principle of Proportionality and the European Central Bank*, in *Eur. Public Law*, 26, 3, 2020, p. 643; P. DE BIASI, «*One Size Fits All vs*». *Principio di proporzionalità in ambito bancario e mobiliare*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2018, p. 197; I. DONATI, *La gestione delle crisi bancarie: verso una maggiore (e desiderabile) proporzionalità?*, in *Banca Imp.*, 2, 2023, 315 ss.; R. MASERA, *La (non) proporzionalità della sorveglianza bancaria nell'UE: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1, 2020, p. 40 ss.; D. MESSINEO, *Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria*, in questa *Rivista*, 1, 2020, p. 521 ss.; M. ORTINO, *Il principio di proporzionalità dell'Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi e di vigilanza in materia bancaria*, in *Studi int. eur.*, 2, 2020, p. 281 ss.; G. VACCARELLA, *L'applicazione del principio di proporzionalità nel nuovo Sistema dei controlli interni bancari*, in *Bancaria*, 2, 2014, 93 ss.; U. VIOLANTE, *Il principio di proporzionalità tra prezzo inefficiente e inefficienza delle regole: l'esempio della "regulation" bancaria*, 1, 2018, p. 185 ss. L'esigenza che le crisi bancarie vengano gestite mediante una regolamentazione flessibile è oggetto, peraltro, della *in-depth analysis requested by the ECON committee* intitolata *Completing the Banking Union. The case of crisis management of small- and medium-sized banks* e redatta da C. BRESCIA MORRA; A. F. POZZOLO E N. VARDI in *Economic Governance Support Unit (EGOV) Directorate-General for Internal Policies PE 741.514*, May 2023, disponibile all'url [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_IDA\(2023\)741514](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_IDA(2023)741514). Una migliore attuazione del principio di proporzionalità è, peraltro, tra gli obiettivi della riforma del cd. *CMDI framework*, in quanto attualmente «*Le condizioni di accesso ai meccanismi di finanziamento della risoluzione nell'ambito del quadro attuale non tengono sufficientemente conto delle distinzioni per motivi di proporzionalità basate sulla strategia di risoluzione, sulle dimensioni e/o sul modello di business*» (Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione). Sulla proposta si tornerà nell'ultimo §.

45 Così, tra gli altri, G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, cit., p. 84. In dottrina si è affermato che l'amministrazione straordinaria, obbedendo alla concezione secondo la quale le crisi bancarie richiedono di essere fronteggiate con istituti diversi da quelli di diritto comune, sarebbe manifestazione della «*tendenza alla riduzione (talvolta*

Tale misura è adottabile, in ossequio al già richiamato principio di proporzionalità, «qualora la sostituzione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione ai sensi dell'articolo 28 sia ritenuta insufficiente da parte dell'autorità competente per porre rimedio alla situazione» (par. 1). Quindi, stessi parametri, più insufficienza del meno grave rimedio costituito dal *removal* (cd. requisito negativo).

La *climax* mi pare evidente, allora, sia nel continuo riferimento all'insufficienza delle misure previste dalla disposizione precedente⁴⁶, sia nel passaggio da «un rapido deterioramento»⁴⁷ (art. 27) ad «un significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente»⁴⁸ (art. 28).

A prima lettura, però, questa *gradatio* parrebbe sia stata solo parzialmente riproposta dal legislatore italiano, nella sezione 01-I del capo I del Titolo IV del *tub*, dedicato a «Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta»⁴⁹.

anche forte) degli spazi di considerazione e di tutela degli interessi diversi da quelli di cui sono portatrici le autorità pubbliche di governo del settore», così A. NIGRO, *L'amministrazione straordinaria bancaria e il problema e il problema delle tutele: esiste (finalmente) «un giudice a Berlino»?», in Dir. banc. fin.*, 1, 2021, p. 132. Tuttavia, appare significativo che, anche nel diritto della crisi d'impresa *tout court*, alcune previsioni, in modo simile a quanto avviene sulla base del provvedimento che dispone l'a.s. delle banche, limitino le prerogative sociali. Così, ad esempio, in modo parzialmente assimilabile a quanto previsto dall'art. 70, co. II, *tub*, anche l'art. 120-quinquies, co. I, d.lgs. 14/2019, «esautora» l'assemblea (Così G. STRAMPELLI, *La prevenzione e la tempestiva emersione della crisi d'impresa. Dal capitale sociale agli assetti adeguati*, in *Analisi giur. econ.*, 1-2, 2023, p. 97), prevedendo che «Il provvedimento di omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza determin[er] la riduzione e l'aumento del capitale e le altre modificazioni statutarie nei termini previsti dal piano», demandando altresì «agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione» e autorizzandoli «a porre in essere, nei successivi trenta giorni o nel diverso termine previsto dal piano, le ulteriori modificazioni statutarie programmate dal piano».

46 Così sia l'art. 28 che disciplina il *removal*, sia l'art. 29 che riguarda il *temporary administrator*.

47 Della situazione finanziaria, ovvero dal «peggioramento della situazione di liquidità» o dal «rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, dei crediti in sofferenza o della concentrazione di esposizioni».

48 Ovvero alla presenza di «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente» o di «gravi irregolarità amministrative».

49 Va peraltro considerato che, pur in presenza di normative nazionali differenti, l'Autorità Bancaria Europea (ABE o EBA) ha emanato, sulla base dell'art. 27, par. 4, della BRRD, degli Orientamenti concernenti le condizioni che possono giustificare la decisione di adottare le misure di intervento precoce (*EBA Guidelines on Early intervention triggers – EBA/GL/2015/03*). In tali Orientamenti, l'EBA individua in particolare tre indicatori costituiti, *in primis*, dal punteggio complessivo ottenuto nell'ambito dello SREP (*Supervisory review and evaluation process*), ovvero il processo periodico di revisione e valutazione prudenziale dei principali indicatori finanziari e non degli enti, nonché la valutazione ottenuta nello stesso ambito in determinate aree di rischio. Secondo l'EBA, l'ottenimento di un punteggio complessivo SREP pari a 4 (rischio elevato), ovvero l'assegnazione di un punteggio complessivo pari a 3 (rischio medio) ma a fronte di un punteggio uguale a 4 con riguardo a specifici componenti di rischio (es. liquidità, adeguatezza patrimoniale, ecc.), dovrebbe comportare l'adozione di misure

Invero, l'art. 69-*octiesdecies*, rubricato «presupposti», prevede alla lettera a) che l'attuazione dei piani di risanamento e le altre misure contemplate dall'art. 69-*noviesdecies* sia legata al ricorrere della violazione di alcuni requisiti normativamente previsti, ovvero al fatto che «*si preveda la violazione dei predetti requisiti anche a causa di un rapido deterioramento della situazione della banca o del gruppo*». Alla lettera b) si prevede, poi, che la rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza, prevista dall'art. 69-*vicies semel*, sia subordinata, tra l'altro, ad un «*deterioramento della situazione della banca [...] particolarmente significativo*»⁵⁰.

Una differenza rilevante tra le disposizioni domestiche e quelle europee è legata all'espunzione dell'aggettivo finanziario, volto a qualificare nella Direttiva il tipo di deterioramento rilevante. A parte ciò, la crescente intensità dei presupposti, già prevista dalla *brrd*, pare sin qui rispecchiata in quelli previsti dal *tub*. Corre l'obbligo di chiedersi, allora, come mai l'art. 70 del *tub*, che disciplina i presupposti per disporre l'amministrazione straordinaria delle banche, non si limiti a stabilire, come fa l'omologo art. 29 della *brrd*, che essa possa essere disposta «*qualora la sostituzione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione [...] sia ritenuta insufficiente da parte dell'autorità competente per porre rimedio alla situazione*». Detto altrimenti, perché mai il legislatore del *tub*, nel recepire la *brrd*, sembra in-

d'intervento precoce. In secondo luogo, l'EBA considera la presenza di anomalie o mutamenti rilevati nell'ambito della valutazione SREP. Infine, viene considerato il verificarsi di ulteriori eventi significativi che possano ripercuotersi significativamente sulle condizioni finanziarie di un ente, ponendolo quindi in una situazione nella quale i presupposti per un intervento precoce potrebbero manifestarsi a breve termine. Infine, tali Orientamenti stabiliscono che l'adozione delle misure di intervento precoce possa essere giustificata anche dalla violazione degli indicatori e delle soglie individuate dalle autorità competenti, in base delle peculiarità di singoli enti o gruppi di enti. Ad ogni modo, il verificarsi delle condizioni riportate non implica un obbligo di intervento da parte dell'autorità, essendo questa caratterizzata dalla possibilità di determinare discrezionalmente la scelta di intervenire o meno. È chiaro, però, che a fronte di punteggi particolarmente allarmanti la scelta di non intervenire richiederà, però, una motivazione rafforzata.

50 Ma si aggiunge «*sempre che gli interventi indicati dalla medesima lettera a) o quelli previsti negli articoli 53-bis e 67-ter non siano sufficienti per porre rimedio alla situazione*». Tali articoli disciplinano i poteri di intervento previsti, rispettivamente, nell'ambito dell'attività di vigilanza *tout court* e della vigilanza consolidata.

terrompere la *climax* che, probabilmente, sarebbe stato più semplice riproporre letteralmente?

Ritengo che il motivo sia stato quello di non voler intaccare, ulteriormente, una disposizione dalla tradizione secolare che, del resto, ha costituito un punto di partenza per l'elaborazione della Direttiva sulla crisi e il risanamento delle banche⁵¹.

In effetti, l'art. 70 del *tub*, nell'enucleare le condizioni in virtù delle quali è possibile disporre l'assoggettamento di una banca ad amministrazione straordinaria, si limita a richiamare il ricorrere delle «violazioni o [...] irregolarità di cui all'art. 69-octiesdecies, comma 1, lettera b)» (cd. crisi di legalità⁵²), ovvero l'ipotesi costituita dalla previsione di «gravi perdite del patrimonio»⁵³ (cd. crisi patrimoniale⁵⁴), giacché il ricorrere di «gravi irregolarità nell'amministrazione delle aziende di credito» o di «gravi perdite [effettive] del patrimonio» costituivano i presupposti di tale procedura già nella legge bancaria del 1936⁵⁵.

D'altro canto, è vero che manca il richiamo letterale al «*significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente*»⁵⁶, ma in cosa differisce il diverso pre-

51 Ed anche della legislazione *medio tempore* adottata, all'indomani della Grande Recessione, in Paesi come la Germania e l'Inghilterra, sul punto F. CAPRIGLIONE – I. SUPINO, *sub art. 70*, cit., p. 993.

52 Così R. CERCONE, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, cit., p. 1141.

53 Oltre all'eventualità di una «*richiesta con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea ordinaria*», che però, secondo la dottrina maggioritaria, non varrebbe di per sé quale autonomo presupposto. Così F. CAPRIGLIONE – I. SUPINO, (*sub art. 70*, cit., p. 1001, i quali richiamano quanto sostenuto da Bocuzzi, ma già prima A. NIGRO, *sub art. 70*, in M. Porzio - F. Belli - G. Losappio - M. Rispoli Farina - V. Santoro (a cura di), *Testo Unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 626, che la ritiene attinente al piano della legittimazione. Del resto, si richiede una motivazione, che logicamente non può risolversi nel riferimento alla richiesta stessa.

54 Così R. CERCONE, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, cit., p. 1142.

55 G. B. PORTALE, *Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"*, p. 25. Una novità è costituita dal fatto che, oggi, le gravi perdite possono essere anche solo previste. Peraltro, come rileva R. COSTI (*L'ordinamento bancario*, cit., p. 813), «*già prima della legge bancaria del 1926, per importanti categorie di enti creditizi, era prevista la possibilità di uno scioglimento degli organi amministrativi da parte delle autorità di controllo e la sostituzione temporanea degli stessi con un commissario governativo tutte le volte in cui venissero riscontrate gravi violazioni di norme o gravi irregolarità nella gestione*».

56 L'art. 69-octiesdecies si esprime nei termini di «*deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario [...] particolarmente significativo*», secondo R. CERCONE, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, cit., p. 1147, la formula domestica sarebbe rafforzata dall'avverbio «*particolarmente*», che così rivela di essere allineata «*semanticamente alla nozione di gravità, [...] propria dei presupposti tradizionali dell'amministrazione straordinaria [...] Anzi, forse proprio la contiguità*

supposto delle «*gravi perdite del patrimonio*» previsto già nella legge bancaria e reiterato dal *tub*, nonostante il recepimento della *brrd*?

4. Sulla nozione di significativo deterioramento della situazione finanziaria

Molti dei commentatori della norma in parola non si preoccupano di esplicitare il significato del sintagma «*significativo deterioramento della situazione di un ente*». Da un lato vi è chi, senza chiarirne le ragioni, ritiene che il presupposto, previsto dall'art. 69-octiesdecies, delle «*gravi violazioni [...] o gravi irregolarità [...] ovvero [...] del...] deterioramento della situazione [...] particolarmente significativo*», riprenda «*fedelmente*» oltre che l'art. 28 della *brrd*, altresì i presupposti per l'avvio dell'amministrazione straordinaria stabiliti dall'art. 70 *tub* e, già prima, dall'art. 57 della legge bancaria del 1936. Si specifica, anzi, che in tale maniera il legislatore avrebbe voluto chiarire che, per disporre il *removal* collettivo, sarebbe stato indispensabile «*accertare una situazione tanto grave quanto quella che giustifica(va) l'avvio dell'amministrazione straordinaria*». Pertanto, la caratteristica distintiva del *removal* collettivo rispetto all'a.s. non andrebbe cercata con riguardo ai presupposti, quanto con riguardo agli effetti⁵⁷ delle due misure. All'opposto, vi è chi ritiene che il deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca o del gruppo bancario non sia identificabile con le condizioni richieste per l'avvio dell'amministrazione straordinaria. Ciò in quanto il deterioramento sarebbe un presupposto che riguarda la situazione attuale, mentre le gravi perdite sarebbero solo prospettive («*sono previste*»)⁵⁸.

Tuttavia, nonostante la *littera legis*, in dottrina si tende a considerare il riferimento alla previsione di gravi perdite di cui al 70, co. I, *tub* come comprensivo

dei concetti potrebbe aver convinto il legislatore a non richiamare anche il deterioramento della situazione della banca» (ivi).

57 Così M. MALTESE, sub art. 69-octiesdecies, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario*, cit., p. 963. In senso analogo, più di recente, E. CECCHINATO, *I poteri di intervento precoce della Banca Centrale Europea a dieci anni dall'istituzione del Meccanismo di Vigilanza Unico: alcune riflessioni dopo il caso Carige*, op. cit., p. 16.

58 Così A. CASTIELLO D'ANTONIO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, cit., 559.

sia di perdite attuali che future, in quanto in previsione gravi⁵⁹. Peraltro, si sottolinea che il deterioramento riguarderebbe «l'intera situazione» e non solo quella patrimoniale⁶⁰.

A fronte di tale opinione, tuttavia, un autorevole Autore esprime la necessità di superare un'esegesi meramente letterale della disposizione, interpretandola estensivamente «nel senso di valutare il peggioramento delle condizioni finanziarie dell'ente alla stregua di una condizione valida (anche) per il commissariamento dell'impresa bancaria in difficoltà»⁶¹. Si sottintende, dunque, che le diverse espressioni, da un punto di vista letterale, non possano essere considerate sinonimiche.

Altri, poi, inclina a ritenere che le espressioni «deterioramento» e «perdite patrimoniali» non sarebbero pienamente sovrapponibili, in quanto «la situazione finanziaria – di cui parla l'art. 28, co. 1, richiamato nell'art. 29, co. 1, BRRD – deve qui intendersi riferita sia alla situazione patrimoniale – e quindi alle perdite patrimoniali – che a quella di liquidità», pur riconoscendo però che «la crisi di liquidità potrebbe presentarsi come un fattore propulsivo di perdite patrimoniali e rientrare nella previsione di perdite gravi»⁶². Peraltro, quest'ultimo autore ricorda che, nell'armamentario dei commissari straordinari, vi è lo strumento della sospensione dei pagamenti, disciplinato dall'art. 74 *tub*, che appunto mira a fronteggiare crisi di liquidità⁶³. Ad ogni modo, questa opinione ritiene ricomprese le gravi perdite nel concetto di deterioramento. Pertanto, richiamare esclusivamente il deterioramento non escluderebbe di per sé la presenza, attuale o prospettica, di gravi perdite.

In senso analogo, ma ancora più dettagliato, un altro Autore, valorizzando il considerando n. 40 della *brrd*, che fa riferimento al deterioramento della situazione economica e finanziaria, lo ritiene comprensivo di «tutte le situazioni di rilevante deterioramento degli assetti aziendali, di carattere sia [...] organizzativo (governance, sistema dei controlli interni) sia economico-finanziario, ivi incluso il profilo della

59 Cfr. F. CAPRIGLIONE – I. SUPINO, sub art. 70, cit., p. 1000.

60 v. ancora A. CASTIELLO D'ANTONIO, *loc. ult. cit.*

61 Così F. CAPRIGLIONE – I. SUPINO, (sub) art. 70, cit., p. 1001.

62 R. CERCONE, *L'amministrazione straordinaria delle banche*, cit., p. 1149-1150.

63 Su questo strumento v., *ex multis*, R. LENER, (sub) art. 74, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario*, cit., p. 1028.

liquidità della banca»; comprendente, quindi, «i profili di governance, di redditività e di liquidità [...] con un contenuto più ampio delle gravi perdite del patrimonio»⁶⁴. Tale opinione è letteralmente in contrasto con quella usata dal legislatore dell'Unione che, all'art. 28 della *brdd*, si esprime nei termini di un «significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente», tuttavia è forse giustificata dall'espunzione nella disciplina domestica dell'aggettivo finanziaria. Ancora una volta, comunque, le gravi perdite si inscriverebbero all'interno del grave deterioramento.

Infine, vi è chi si limita a segnalare che si tratti di una questione dubbia⁶⁵.

5. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*

Dunque, per la maggior parte dei commentatori, pur essendo non coincidenti, la nozione di «deterioramento della situazione» *tout court* comprenderebbe quella di «perdite del patrimonio». Pertanto, pur non essendo particolarmente puntuale, nel disporre l'amministrazione straordinaria, il riferimento al deterioramento della situazione dell'ente, ciò non necessariamente comporterebbe un travisamento dei presupposti di fatto cui è subordinata l'adozione del relativo provvedimento. Almeno nella misura in cui, come nel caso di Banca Carige⁶⁶, il deterioramento della situazione della banca è legato a perdite del patrimonio⁶⁷.

Non vi è ragione, perciò, di leggere in termini necessariamente antinomici i due concetti. Invero, il grave deterioramento, almeno in alcuni casi, può portare a perdite gravi. Pertanto, giacché il legislatore fa in realtà riferimento a

⁶⁴ Così G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, 2018, 94-95.

⁶⁵ M. ROSSI, (*sub*) art. 70, cit., p. 382.

⁶⁶ Tribunale della CGUE, nel caso Corneli c. BCE, Causa T-502/19. La decisione, poi appellata sia dalla BCE che dalla Commissione europea, è stata variamente commentata, si v. *ex multis*, S. AMOROSINO, *Il Tribunale UE annulla la decisione della BCE di assoggettare Banca CARIGE ad amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. ban.*, ott-dic. 2022, 269 ss.; F. ANNUNZIATA - T. DE ARRUDA, *The Corneli Case (T-502/19) Challenges and issues in the application of national law by the ECB and EU Courts*, in *EU Law Live*, February 18, 2023, n. 131, 2 ss.; A. MAGLIARI, *L'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE: i nodi vengono al pettine*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2023, 213 ss.; E. CECCHINATO, *I poteri di intervento precoce della Banca Centrale Europea a dieci anni dall'istituzione del Meccanismo di Vigilanza Unico: alcune riflessioni dopo il caso Carige*, cit., 6 ss.

⁶⁷ Superiori ad oltre 1,6 miliardi di euro, tra il dicembre 2014 e il 1° gennaio 2019. Cfr. S. AMOROSINO, *Il Tribunale UE annulla la decisione della BCE di assoggettare Banca CARIGE ad amministrazione straordinaria*, cit., p. 269.

perdite previste, le due situazioni possono anzi coincidere. Ciò in quanto il deterioramento attuale, se relativo alla situazione finanziaria, può condurre ad una verosimile realizzazione, in futuro, di una perdita del patrimonio. Ancor più nelle banche, in quanto, come noto, queste sono particolarmente esposte ai *deposit run*⁶⁸ e, quindi, a crisi di liquidità.

In definitiva, del resto, considerato che l'interpretazione della legislazione nazionale di recepimento delle direttive deve tenere conto del sistema giuridico di riferimento⁶⁹, può ritenersi allora che anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea debba poter ricorrere all'armamentario linguistico del giurista locale.

Invero, come accaduto in altri rami dell'ordinamento⁷⁰, si potrebbe ritenere che il riferimento all'espressione «*significativo deterioramento della situazione dell'ente*» possa considerarsi implicito, avendo il legislatore fatto ricorso alla figura retorica della *sineddoche*⁷¹. Detto altrimenti, l'espressione «*quando ricorrono le*

68 In tema, è d'obbligo il rinvio allo scritto dei recenti premi Nobel DOUGLAS W. DIAMOND - PHILIP H. DYBVIK, *Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity*, in *Journal of Political Economy*, Jun., 1983, Vol. 91, No. 3, p. 401.

69 In questi termini, sulla base di alcuni precedenti, CGUE (Grande sez.), sent. 15 aprile 2008, *Impact v Minister for Agriculture and Food & Others*, case C-268/06, § 101, ove si afferma che: «*Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena effettività della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. citate sentenze Pfeiffer e a., punti 115, 116, 118 e 119, nonché Adeneler e a., punto 111)*». Sul punto v., *ex multis*, A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in *rivista.eurojus.it*, 2, 2023, p. 99 e nt. 23, ove ulteriori richiami giurisprudenziali.

70 Scontato il riferimento a L. MENGONI, (voce) *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1988, p. 1072, con riguardo all'espressione «responsabilità contrattuale».

71 Sulla problematicità definitoria di tale figura retorica si v. B. MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato. Manualletto di figure retoriche*, cit., p. 21 ss. Secondo A. GIULIANI ((voce) *Logica (teoria dell'argomentazione)*), in *Enc. dir.*, XXV, 1975, p. 23): «*Il giurista, come il filosofo, deve rinunciare ad una chiarezza assoluta: le nozioni confuse hanno una funzione in quanto permettono una divisione del lavoro e della conoscenza. Chiarezza e precisione sono qualità indispensabili del linguaggio scientifico: ma quando si tratta di prescrizioni legali, esse possono talora rappresentare un ostacolo o un limite. L'argomentazione non è un semplice calcolo, ma valutazione della 'forza' di questo o quel ragionamento: permane invero una certa oscillazione tra il concetto di 'rilevanza' e di 'concludenza' (o di forza) di un argomento. L'affermazione che argomento 'forte' è quello che si riferisce ad un precedente minaccia di trasformare la rilevanza in una verifica empirica, sociologica: il mancato approfondimento del concetto di 'rilevanza' è forse in relazione alla circostanza che la sofistica (intesa come teoria della patologia dell'argomentazione) non ha ancora ricevuto adeguata attenzione. La nuova retorica ha ispirato i lavori del Centre national de recherches de logique (Bruxelles) che si è dedicato a ricerche collettive su specifici argomenti di logica giuridica (distinzione tra fatto e diritto, antinomie, lacune, ecc.), connessi con l'effettivo ragionamento del giudice. Tali temi rappresentano un*

violazioni o le irregolarità di cui all'articolo 69-octiesdecies, comma 1, lettera b)» potrebbe essere letta come se implicasse la seguente: «quando ricorrono le violazioni [,] le irregolarità [o il deterioramento] di cui all'articolo 69-octiesdecies, comma 1, lettera b)». Senza considerare selettivo il rinvio alla lettera b) del co. I, dell'art. 69-octiesdecies⁷².

D'altronde, è ovvio che, nell'art. 70, *tub*, laddove il legislatore si è espresso con il sintagma «*le violazioni*» intendesse riferirsi alle «*gravi violazioni*», mentre dove ha usato l'espressione «*le irregolarità*» abbia avuto riguardo alle «*gravi irregolarità*» di cui all'art. 69-octiesdecies, co. I, lett. b). Quindi, l'uso della figura retorica in parola non gli è estraneo. Ne discende, allora, che tutto il richiamo che l'art. 70 fa all'art. 69-octiesdecies, co. I, lett. b) può essere complessivamente interpretato come una *metalepsi*, intesa nel senso di «*sostituzione di un termine [in questo caso di un'intera espressione] con un traslato prodotto da passaggi (implici) attraverso più nozioni che rimangono sottintese e che sono l'una rispetto all'altra sineddochi, metonimie, metafore, alternative o coesistenti*»⁷³.

D'altro canto, *de iure condendo*, va considerato che, a livello europeo, sono in corso i negoziati per approvare una modifica del sistema delle misure d'intervento precoce. Tale modifica è stata proposta, per giunta, in forma di regolamento europeo, le cui disposizioni sarebbero quindi direttamente applicabili⁷⁴. Sarebbe, dunque, così risolto in radice il problema dei presupposti così come configurati nei differenti ordinamenti. Pur permanendo, tuttavia, le incer-

terreno particolarmente fertile per verificare la tesi centrale della teoria dell'argomentazione: e cioè il ruolo attivo del giudice, il quale non giudica arbitrariamente, ma ricorrendo a procedimenti di prova e di giustificazione».

72 Per giunta è noto che «ovvero» nella lingua italiana può significare «cioè», oltre che «o». In questo senso, quindi, l'espressione «*quando risultano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo*», potrebbe essere così intesa: «*cioè quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo*». Così inteso il punto richiamato, ribadire che il «deterioramento» integra i presupposti della misura avrebbe integrato una ripetizione inutile, perché ridondante.

73 Così B. MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato. Manualetto di figure retoriche*, cit., p. 24 – 25.

74 Si confermerebbe, così, anche per il *Single Resolution Mechanism* quel carattere attribuito già all'SSM quale «*imponente fenomeno di europeizzazione e centralizzazione dell'enforcement delle regole della vigilanza prudenziale attraverso il ruolo di primazia attribuito alla BCE*», A. BARONE, G. DRAGO, C. NICOLOSI, *L'erompere della vigilanza bancaria europea*, cit., p. 703.

tezze quanto alle controversie originate da provvedimenti emanati nel vigore della precedente disciplina.

Il riferimento è alle proposte di Direttiva e di Regolamento dell'aprile 2023⁷⁵, che mirano a riprodurre le disposizioni in materia di poteri di intervento precoce previsti nella *brnd* anche nel Regolamento sull'SRM, al fine di evitare la *competition in laxity* tra gli ordinamenti nazionali⁷⁶.

75 COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione*, 18 aprile 2023, COM/2023/227 final, consultabile all'url <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:52023PC0227> e COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (UE) n. 806/2014 per quanto riguarda le misure di intervento precoce, le condizioni per la risoluzione e il finanziamento dell'azione di risoluzione*, 18 aprile 2023, COM/2023/226 final, consultabile all'url <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=celex%3A52023PC0226>, su cui da ultimo G. BOCCUZZI, *Automatismo o flessibilità? Quale modello per la revisione della disciplina sulle crisi bancarie in Europa (CMDI Framework)*, in *Banca imp.* (in corso di pubb.), secondo il quale, sul progetto di revisione del progetto di revisione del CMDI Framework “il dibattito è ampio e gli sviluppi sono incerti, data la complessità della materia e l'assenza, in tale progetto, di un disegno chiaro e di una proposta concreta per l'introduzione nell'eurozona del terzo pilastro dell'Unione Bancaria, il sistema unico di assicurazione dei depositi (European Deposit Insurance Scheme – EDIS), per le difficoltà di fondo che tuttora si frappongono al raggiungimento di un accordo politico tra i Paesi partecipanti” (ivi, 2); ma v. anche C. V. GORTSOS, *A reform of the CMDI framework that supports completion of the Banking Union*, in *EBI Working Paper Series*, 142, 2023; nonché I. G. ASIMAKOPOULOS - T. H. TRÖGER, *Reform of the CMDI Framework - Driving Off With the Breaks On*, ivi, 418, 2024. Come evidenzia A. CANEPA (L'efficacia della disciplina delle crisi bancarie e le proposte di riforma tra ripartizione di competenze, banche digitali e rischi di “fuga istantanea” dei depositi, in *Proporzionalità, polimorfismo degli interessi e mercato nella gestione delle crisi bancarie*, in A. Urbani, R. Natoli, D. Rossano (a cura di), *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time. Atti dei workshops*, cit., p. 337), le proposte di modifica in parola appaiono limitate alla disciplina delle crisi, senza considerare invece la connessa disciplina sugli aiuti di Stato in *subiecta* materia. Peraltro, all'orizzonte si vanno profilando ulteriori rischi da attenzionare, connessi con l'evoluzione tecnologica che è potenzialmente capace di velocizzare le crisi bancarie, rendendo conseguentemente più difficili e costosi eventuali interventi.

76 COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione e sulla revisione della Direttiva 2014/59/UE (Direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche) e del Regolamento (UE) n. 806/2014 (Regolamento sul Meccanismo di Risoluzione Unico)*, 30 aprile 2019, COM/2019/213 final, con nota di A. BROZZETTI, *Il punto della Commissione europea sul quadro normativo applicabile in caso di crisi bancarie: qualche annotazione per la prossima legislatura*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2019, II, 81, 91 ss. In argomento A. CANEPA, *L'efficacia della disciplina delle crisi bancarie e le proposte di riforma tra ripartizione di competenze, banche digitali e rischi di “fuga istantanea” dei depositi, in Proporzionalità, polimorfismo degli interessi e mercato nella gestione delle crisi bancarie*, cit., p. 336.

Sulla base dell'ultima versione licenziata dal Consiglio⁷⁷, l'art. 27 *brrd* verrebbe quindi riformato prevedendo, al par. 1, dei presupposti generali validi per l'adozione di qualsiasi tipo di misura di intervento precoce. Al par. 2, invece, si specificherebbe però che «*le autorità competenti dovrebbero scegliere le misure di intervento precoce appropriate sulla base di quanto appare proporzionato agli obiettivi perseguiti, con riferimento alla gravità della violazione o della possibile violazione ed alla rapidità del deterioramento della situazione finanziaria dell'istituzione o entità [...] sulla base delle informazioni pertinenti*». In senso analogo si propone di modificare l'art. 13 del Regolamento (UE) n. 806/2014⁷⁸.

In definitiva, sebbene l'impianto della *brrd* debba considerarsi senz'altro perfettibile, va rimarcato che è stato foriero di un importante affinamento degli strumenti a disposizione dell'autorità al fine di prevenire le crisi bancarie. Invero se, come accennato, lo strumento di prevenzione delle crisi reversibili, originariamente previsto nel nostro ordinamento, era essenzialmente quello dell'amministrazione straordinaria delle banche⁷⁹, dal 2014 nella giusta ottica di perseguire l'interesse «*delle persone a vedere compromessi il meno possibile i loro diritti fondamentali*»⁸⁰ è stata codificata una scala crescente d'interventi, sempre più intrusivi, che culminano nell'amministrazione straordinaria, ma non la postulano necessariamente.

⁷⁷ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2014/59/UE as regards early intervention measures, conditions for resolution and financing of resolution action*, 14 giugno 2024, 11140/24.

⁷⁸ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 806/2014 as regards early intervention measures, conditions for resolution and funding of resolution action*, 14 giugno 2024, 11146/24. Sulla necessità, in genere, di non limitarsi a cambiare le regole di fronte alla loro sperimentata inadeguatezza, dovendo invece soffermarsi sulla *ratio* delle stesse, M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, cit., p. 249.

⁷⁹ Sebbene molte delle norme del tub, da un certo punto di vista, possano essere lette in funzione di prevenzione delle crisi bancarie, come si evince dagli interessanti contributi raccolti nel volume curato da G. RESTUCCIA, intitolato *La prevenzione della crisi bancaria nell'ordinamento italiano e comunitario*, ESI, Napoli, 1996, che raccoglie gli atti di un Convegno tenutosi a Taormina all'indomani dell'emanazione del tub.

⁸⁰ Così, secondo la formula riassuntiva proposta da L. R. PERFETTI, *Crisi di impresa ed interesse pubblico tra amministrazione e giurisdizione*, cit., p. 229.

Si può infatti ritenere che la *climax* che è stata individuata nel riferimento al deterioramento della situazione finanziaria dell'ente, quale presupposto esemplificativo, per disporre le misure di cui all'art. 27 *brrd* («*Qualora un ente violi o, a causa tra l'altro di un rapido deterioramento della situazione finanziaria [...] rischi di violare*»)⁸¹; effettivo, per disporre il *removal* ai sensi dell'art. 28 *brrd* («*Qualora si verifichi un significativo deterioramento*») e, implicito, per assoggettare la banca ad amministrazione straordinaria, costituisca il riflesso della *gradatio* che, in ossequio al canone di proporzionalità, il legislatore ha costruito, pur con qualche imprecisione, nel definire le caratteristiche delle misure d'intervento precoce.

Un esempio icastico può essere costituito, a tal riguardo, dal *removal*.

L'art. 27, par. I, lett. d) della *brrd* prevede, al verificarsi dei più tenui requisiti lì previsti, la possibilità, per l'autorità deputata, di «*richiedere la rimozione o la sostituzione di uno o più membri dell'organo di amministrazione*». L'art. 28, poi, consente di disporre la «*rimozione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione dell'ente, nella sua totalità o per quanto riguarda singole persone*», stabilendo al contempo che «*La nomina della nuova alta dirigenza o dell'organo di amministrazione [...] è soggetta all'approvazione o al consenso dell'autorità competente*». Quindi, all'aggravarsi dei presupposti si prevede un'ingerenza maggiore nelle scelte dei soci. Infine, l'art. 29, all'acme di una situazione patologica, seppure reversibile, prevede la massima intrusione nelle scelte degli *shareholders*, stabilendo che le autorità deputate possano nominare direttamente un amministratore temporaneo anche in sostituzione dell'organo di amministrazione dell'ente.

In sintesi, e con riferimento ad una visione complessiva, all'acuirsi delle minacce per gli interessi tutelati dalla *brrd* (continuità dell'impresa bancaria, stabilità del sistema e, non da ultimo, tutela delle ragioni dei contribuenti)⁸², il legislatore ha previsto rimedi via via più lesivi dei diritti fondamentali delle persone coinvolte (*shareholders*, *stakeholders* e, nei casi in cui è previsto l'intervento pub-

81 Enfasi aggiunta.

82 Cfr. S. AMOROSINO, *Individuazione e tutela dell'interesse pubblico nella regolazione delle crisi bancarie*, cit., p. 166 e 178, nonché A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2, 2018, p. 191/I.

blico, contribuenti). Pertanto, anziché limitarsi ad una considerazione formalistica dei presupposti previsti dalla normativa, l'interprete dovrebbe spingersi a verificare in profondità il grado di minaccia, costituito dalla situazione in cui si trova la banca, nel momento in cui questa viene sottoposta alle misure di intervento precoce.

ALICE DE NUCCIO

Dottoranda di Ricerca in Scienze Giuridiche; Assegnista di ricerca presso l'Università
Commerciale "Luigi Bocconi"
alice.denuccio@unibocconi.it

**AMMINISTRAZIONE, TERRITORIO E DINAMICA
DEMOGRAFICA. UN CASO PARADIGMATICO: GLI
ECOSISTEMI AGRICOLI**

**ADMINISTRATION, TERRITORY AND POPULATION DYNAMICS.
AGRICULTURAL ECOSYSTEMS AS A CASE STUDY**

SINTESI

L'articolo mette in luce l'esistenza di una relazione tra l'amministrazione, il territorio e la dinamica demografica: dal momento che il territorio e la dinamica demografica sono fortemente compenetrati tra loro, da un lato, l'amministrazione del territorio tende ad incidere sulla consistenza e sulla struttura della popolazione; dall'altro, l'amministrazione della dinamica demografica produce un impatto territoriale. Questa constatazione suggerisce che l'intervento pubblico non può amministrare efficacemente l'uno se non integra la considerazione dell'altra e viceversa.

Dopo alcune riflessioni sui significati attribuibili ai concetti di "territorio" e "dinamica demografica", al fine di fornire un esempio concreto di questo rapporto tripolare, si approfondisce il caso degli ecosistemi agricoli: in primo luogo, si dimostra che l'intervento pubblico sugli agroecosistemi (amministrazione del territorio) ha innescato lo spopolamento rurale (impatto demografico); in secondo luogo, si valuta se e come i piani amministrativi di contrasto dello spopolamento rurale (amministrazione della dinamica demografica) incorporano l'attenzione verso gli agroecosistemi (integrazione territoriale).

ABSTRACT:

The article highlights the existence of a relationship between administration, territory, and population dynamics: since the territory and population dynamics

are strongly interwoven, the administration of territory tends to affect the size and structure of the population and the administration of population dynamics has a territorial impact. This finding suggests that public intervention cannot effectively govern one unless it integrates the consideration of the other and vice versa.

After some reflections on the meanings attributed to the concepts of “territory” and “demographic dynamics”, in order to provide a concrete example of this tripolar relationship, the work looks at the agricultural ecosystems as a case study: first, it shows that public intervention on agroecosystems (administration of territory) triggered rural depopulation (demographic impact); second, it assesses whether and how recent administrative plans to tackle rural depopulation (administration of population dynamics) have attention to the agroecosystems (territorial integration).

PAROLE CHIAVE: territorio; dinamica demografica; spopolamento rurale; ecosistemi agricoli; deterritorializzazione; pianificazione amministrativa.

KEYWORDS: territory; population dynamics; rural depopulation; agricultural ecosystems; deterritorialization; administrative planning.

INDICE: 1. Obiettivo della ricerca. – 2. La nozione di “territorio”. – 3. La nozione di “dinamica demografica”. – 4. Un caso paradigmatico: gli ecosistemi agricoli. – 4.1. La delimitazione delle aree rurali. – 4.2. Amministrazione del territorio ed esodo agricolo. – 4.3. L'impatto territoriale dello spopolamento rurale. – 4.4. Amministrazione della dinamica demografica e riterritorializzazione. – 5. Annotazioni conclusive.

1. Obiettivo della ricerca

Il contributo intende riflettere sulla possibile esistenza di una relazione tripolare tra amministrazione, territorio e dinamica demografica. Immaginando che questi tre elementi corrispondano agli angoli di un triangolo isoscele, territorio e dinamica demografica potrebbero essere associati agli angoli di base, mentre l'amministrazione formerebbe l'angolo al vertice. Questa disposizione mette in evidenza l'interdipendenza tra i due ambiti di amministrazione: l'amministrazione del territorio incide sulla dinamica demografica così come l'amministrazione di quest'ultima si ripercuote sul territorio. Dal nesso supposto deriva la necessità che gli interventi pubblici regolativi del territorio e della

dinamica demografica si compenetrino ossia tengano conto degli impatti che possono generare reciprocamente.

Il tema è così ampio, come si evince dal carattere multiscala e sfaccettato del rapporto tra i due fuochi, rispettivamente in base al livello territoriale considerato ed alla componente della dinamica demografica che si decide di valorizzare, da non poter essere analizzato a meno di concentrarsi sui riferimenti normativi di un caso specifico. Per questo motivo, dopo aver tentato di delimitare il significato di “territorio” e “dinamica demografica”, in modo da evidenziare come l'uno incorpori aspetti dell'altra e viceversa, si approfondirà la dimensione locale di questo rapporto, soffermando l'attenzione sulle aree rurali, dove si manifesta come interdipendenza tra ecosistemi agricoli e spopolamento rurale.

2. La nozione di “territorio”

A causa delle diverse funzioni che ha assunto nella storia e della natura polisemica del termine, nel periodo compreso fra l'Ottocento e il Novecento, il territorio è stato variamente definito dagli studiosi del diritto¹. Nella dottrina italiana, è stato concettualizzato come: *res* esterna allo Stato, che su di essa esercita un diritto reale di contenuto dominicale²; elemento costitutivo dello Stato, oggetto di un diritto sulla propria persona³; ambito della signoria statale su uno spazio⁴. Nella ricchezza del dibattito sulla natura giuridica del concetto, l'ultima delle tre definizioni riprese è apparsa dominante⁵. Dunque, la tensione tra la concretezza dell'elemento fisico o culturale –la quale contraddistingue il territo-

1 Per economia del lavoro non è possibile ripercorrere l'evoluzione storica, per la quale si rinvia a I. CIOLLI, *Spazio, territorio, “luoghi strani”. La conformazione dello spazio politico negli Stati illiberali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2018, p. 1 ss., e I. CIOLLI, *Il territorio dello Stato e la rappresentanza territoriale*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2003, p. 63 ss., specialmente da 66, né analizzare approfonditamente le singole definizioni della dottrina, sulle quali v. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, p. 1 ss.; A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, p. 1 ss.; N. CAPONE, *Diritti, Stato e Territorio tra primo e secondo Novecento. I contributi di Santi Romano e Tomaso Perassi e la svolta costituzionale di Alberto Predieri*, in *Pol. dir.*, 1, 2021, p. 113 ss.

2 U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Arch. dir. pubbl.* 1902, p. 363.

3 S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, p. 114 ss.; ID., *Il Comune. Parte generale*, Milano, Società editrice libraria, 1908.

4 T. PERASSI, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, p. 151 ss.

5 G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 5.

rio come *res* esterna allo Stato o elemento costitutivo di quest'ultimo – e l'astrattezza della norma – propria del territorio come ambito della signoria statale – che si percepisce nelle elaborazioni dottrinali relative al territorio sembrerebbe essersi risolta nella prevalenza della seconda sulla prima.

Nondimeno, non tutte le ricostruzioni teoriche dell'epoca ruotano intorno al binomio terra-sovranià. Donato Donati definisce il territorio un «*ambito comune della libertà dello Stato e dei singoli*» o «*res communis*», con la conseguenza che «*l'istituto della proprietà si pone come limite al diritto fondamentale di libertà proprio di ciascun consociato nel senso, di sottrarre al diritto stesso, per tutti i consociati meno che per uno, una zona determinata del generale ambito costituito dal territorio*»⁶. Questa concezione e, in particolare, i riferimenti all'«*ambito comune*», alla «*libertà*», a «*tutti i consociati*», a «*una zona determinata del generale ambito costituito dal territorio*» evocano l'idea di uno spazio senza frontiere, al quale la collettività ha accesso libero fino alla costituzione di diritti di dominio, i quali limitano questo stesso accesso al solo titolare⁷.

Pur nella consapevolezza dei numerosi studi della dottrina amministrativistica che, successivamente, hanno approfondito le plurime sfaccettature del concetto⁸, è proprio la ricostruzione donatiana a fornire lo spunto per la lettura

6 D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, p. 139. V. il commento di A. CASSATELLA, *Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo*, in M. Malo, B. Marchetti, D. de Pretis (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 3 ss., specialmente da 29.

7 A. CASSATELLA, *Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 33, mette in luce come la concezione di Donato Donati costituisse «un'apertura teorica che aveva – e continua ad avere – utili implicazioni sulla possibilità di dissociare il concetto di sovranità da quelli di territorialità e statualità del diritto, fino a concepire legami istituzionali e funzioni ricadenti sul governo del territorio 'oltre' lo Stato» (corsivi aggiunti). Tra i più recenti contributi in questa direzione, v., per esempio, F.V. VIRZÌ, *L'extraterritorialità nel diritto amministrativo. Una ricerca sulla regolazione delle attività oltre il territorio dello Stato*, Napoli, Jovene, 2023.

8 Il panorama degli studi amministrativistici sul territorio è divenuto sconfinato, a causa dell'intreccio con distinte materie a livello costituzionale, quali il governo del territorio, il paesaggio, l'ambiente, le grandi reti di trasporto, etc., nonché norme primarie, come le leggi urbanistiche, la normativa sugli espropri, sui contratti pubblici, sugli interessi differenziati, e via dicendo. Cfr., in tal senso, P. STELLA RICHTER, *Diritto del territorio e Costituzione*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2018, p. 3 ss., 3. V., *ex multis*, F. MERLONI, P. URBANI, *Il governo del territorio tra Regioni e partecipazioni statali*, Bari, De Donato, 1977; AA. VV., *Autonomie locali e governo del territorio* (Atti del Convegno di Catanzaro 14-16 settembre 1984), Padova, Cedam, 1987; A. PREDIERI,

del territorio proposta in questa sede, rivelandosi, così, di grande attualità⁹. Difatti, anche se l'introduzione del paradigma costituzionale determina la caduta di tutte le elaborazioni che scaturiscono dal diverso contesto politico e culturale, le parole utilizzate dal giurista modenese per definire il concetto alludono al presupposto naturalistico delle relazioni giuridiche e valorizzano, dunque, l'idea, recentissima, di ecosistema o ambiente «*in senso stretto*»¹⁰, cioè di ambiente circoscritto ai soli fattori di ordine ecologico, ovvero la natura¹¹. Ci si riferisce,

Paesaggio, in *Enc. Dir.*, v. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 503 ss.; M. NIGRO, *Territorio: problemi generali*, in AA. VV., *Seicendosedici anni dopo*, Roma, Ragno Editore, 1980; E.N. DALFINO, *Per un diritto procedimentale dell'ambiente (vecchie frontiere e nuove del diritto)*, in *Amministrazione e politica*, 5 (n. speciale), 1992, p. 144 ss.; L. MUSSELLI, R. LEONARDI, E. LAMARQUE, *Il governo del territorio e l'espropriazione*, Milano, Giuffrè, 2002; E. FERRARI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2003; G. MILO, *Il potere di governo del territorio. Principi ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 2005; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Giuffrè, Milano, 2005; M. QUAGLIA, *Il governo del territorio. Contributo per la definizione della materia*, Torino, Giappichelli, 2006; B. GIULIANI, *New public governance e diritto amministrativo nel governo del territorio*, Bari, Cacucci, 2006; G. MARTINI, *Il potere di governo del territorio*, in A. Pioggia, L. Vandelli (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo il Titolo V*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 135 ss.; F. MERLONI, *Infrastrutture, ambiente e governo del territorio*, in *Le Regioni*, 1, 2007, p. 45 ss.; P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, Giappichelli, 2007; ID. (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, Giappichelli, 2015; A. AMOROSINO, *Il governo dei sistemi territoriali. Il nuovo diritto urbanistico*, Padova, Cedam, 2008, specialmente 3-31; E. BOSCOLO, *Governo del territorio. Pianificazione urbanistica*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2008, p. 350 ss.; P. BILANCIA (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale. Profili teorici e applicativi*, Milano, Giuffrè, 2011; M. CARRÀ, W. GASPARRI, C. MARZUOLI (a cura di), *Diritto per il governo del territorio*, Bologna, Il Mulino, 2012; P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2012; A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, Cacucci, 2013; S. MORO, *Il governo del territorio e le situazioni proprietarie. Alla (continua) ricerca del nucleo essenziale*, Torino, Giappichelli, 2017; M.A. CABIDDU (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2020; D. BEVILACQUA, *Le competenze amministrative sul territorio (Nota a sentenza a Corte costituzionale 4 gennaio 2024, n. 4)*, in *Giornale dir. amm.*, 2, 2024, p. 235 ss. Da ultimo, tra gli studi di diritto amministrativo che, invece, indagano l'incidenza territoriale del diritto sovrastatale e della globalizzazione, è imprescindibile il riferimento a S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, Il Mulino, 2016, nonché *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002.

⁹ Sull'attualità della ricostruzione donatiana, oltre a A. CASSATELLA, *Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 33, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giust. cin.*, 1, 2015, p. 5 ss., e, in particolare, 16-17, nonché V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 1, 2014, p. 3 ss., specialmente da 24, i quali propongono di configurare il territorio come bene comune a partire dalla nota definizione del giurista modenese.

¹⁰ M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *RQDA*, 1, 2022, p. 423 ss.

¹¹ ID., *op. ult. cit.*, p. 453. Nel diritto positivo, cfr. la definizione di "ecosistema" contenuta nell'art. 2 del reg. 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo

in particolare, all'operazione compiuta dalla l. Cost. 1/2022, che ha inserito la tutela dell'ambiente, rimarcandone le componenti della biodiversità e degli ecosistemi, all'interno dell'art. 9 della Cost. con l'aggiunta del co. 3¹².

Come noto, l'assetto costituzionale del territorio sarebbe dato dagli artt. 5, 9, 132 e 133, da un lato, e 2, 10 e 11, dall'altro¹³.

La lettura congiunta dell'art. 5, sull'unità e l'indivisibilità della Repubblica, dell'art. 9, che affida alla Repubblica il compito di tutelare l'ambiente, la bio-

all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088 (cd. reg. sulla tassonomia degli investimenti ecosostenibili) e nell'art. 3, n. 1, del reg. 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2024 sul ripristino della natura e che modifica il regolamento (UE) 2022/869 (cd. *Nature Restoration Law*); la definizione di "ambiente" di cui all'art. 5 co. 1, lett. c), del d. lgs. del 3 aprile 2006, n. 152 (cd. Codice dell'ambiente). Sugli altri indici normativi, si rinvia a M. MONTEDURO, *Note sul lessico dell'art. 9 Cost. novellato*, in *RQDA*, 3, 2022, p. 270 ss., 274 s., note 10 e 11.

12 Nell'ormai vasta bibliografia sull'ingresso dell'ambiente in Cost., v. A.A. VV., *Il tempo che verrà. La tutela costituzionale dell'ambiente e la transizione energetica*, italiadecide, 2024; R. ROTA, *L'incidenza della novella costituzionale degli articoli 9 e 41 sul bilanciamento degli interessi*, in *Astrid*, 4, 2024; M. S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, p. 77 ss.; M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, cit., specialmente da 450; M. MONTEDURO, *Note sul lessico dell'art. 9 Cost. novellato*, cit.; M. IANNELLA, *L'"European Green Deal" e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 24, 2022, p. 171 ss.; M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni cost.*, 2, 2022, p. 351 ss.; R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, p. 7 ss.; I. RIVERA, *Le tonalità dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, pp. 225 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2022, p. 15 ss.; G. SOBRINO, *Le generazioni future entrano in Costituzione*, in *Quaderni cost.*, 1, 2022, p. 139 ss. Sulla relazione dialettica tra ambiente e paesaggio in seguito alla riforma costituzionale dell'art. 9, v. L. CONTE, *Ambiente, paesaggio e cultura. Il "lessico" costituzionale dopo la riforma*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, p. 77 ss.; V. MOLASCHI, *Paesaggio e ambiente: dal conflitto al dialogo deliberativo*, in *Dir. e società*, 1, 2023, p. 131 ss. Su riforma dell'art. 9 Cost. e autonomia differenziata, v. A. D'ATENA, *Tutela ambientale e autonomia differenziata (Relazione al Convegno "Ambiente, Autonomia differenziata, Costituzione"*, Roma, 16 ottobre 2023), in *Consulta online*, 1, 2024, p. 57 ss.; D.A. AMBROSELLI, *Diritto all'ambiente e regionalismo differenziato*, in *federalismi.it*, 14, 2024, p. 1 ss. Sulla sentenza Corte cost. 105/2024, relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 104-bis co. 1, delle Norme di attuazione del codice di procedura penale, introdotto dall'art. 6 del d.l. del 5 gennaio 2023, n. 2, Misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale (c.d. Decreto Priolo), convertito, con modificazioni, nella l. del 3 marzo 2023, n. 1, alla luce della riforma degli artt. 9 e 41 Cost., v. G.G. PIGNATIELLO, *L'approccio "pilatesco" del Giudice delle leggi alla revisione costituzionale dell'ambiente. Prime riflessioni (critiche) a margine della sent. n. 105 del 2024*, in *DPCE online – Osservatorio sul Costituzionalismo Ambientale (OCA)*, 25 giugno 2024, p. 1 ss., e M. CARDUCCI, *Il duplice "mandato" ambientale tra costituzionalizzazione della preservazione intergenerazionale, neminem laedere preventivo e fattore tempo. Una prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 13 giugno 2024*, in *DPCE online – Osservatorio sul Costituzionalismo Ambientale (OCA)*, 25 giugno 2024, p. 1 ss.

diversità e gli ecosistemi, come poc'anzi ricordato (co. 3), nonché il paesaggio e il patrimonio artistico della Nazione (co. 2), e degli artt. 132 e 133 co. 2, che richiedono l'approvazione o la consultazione delle popolazioni interessate per la modifica dei territori rispettivamente delle regioni o degli enti locali, traccia una linea di connessione tra il *sostrato naturalistico*, le *comunità insediate* e il *paesaggio*.

Il gruppo delle norme di cui all'art. 2, quindi il riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo e ai doveri inderogabili di solidarietà, all'art. 10, in particolare l'obbligo di conformazione alle norme del diritto internazionale di natura consuetudinaria (co. 1) e il diritto d'asilo dello straniero al quale sia impedito l'esercizio effettivo delle libertà democratiche garantite dalla Cost. italiana nel suo Paese (co. 3), nonché all'art. 11, sul ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e sul consentimento alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, introduce una *dimensione aperta, inclusiva, non identitaria della sovranità territoriale*.

Da questa sistematizzazione il territorio emerge quale oggetto giuridico complesso, caratterizzato tanto da un segmento naturalistico quanto da un segmento antropizzato, la cui consistenza è ricavabile dalle stesse norme costituzionali: il primo coincide con gli *ecosistemi*, mentre il secondo con le *popolazioni interessate*, esprimendo la capacità di tenere insieme i due nuclei apparentemente contraddittori, quello identitario (dettato dagli artt. 5, 9, 132, 117, 132 e 133 Cost.) e quello destoricizzato (degli artt. 2, 10 e 11 Cost.), della nozione giuridica di territorio.

13 Cfr. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 6 ss. Nella ricostruzione di A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, cit., p. 12 ss., i nuclei costitutivi della nozione giuridica di territorio sono le norme sugli enti territoriali (art. 114 Cost.), i criteri di suddivisione dello stesso in unità subnazionali (artt. 80 e 132 Cost.), le norme relative all'articolazione territoriale del potere (art. 5), il livello testuale relativo alla protezione dell'ambiente e del paesaggio (artt. 9 e 32 Cost.). Al proposito, non si può non richiamare A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., che per primo ha ridefinito la relazione tra Stato e territorio nella Cost. attraverso la nozione di paesaggio interpretato alla luce degli artt. 9, 32, 41 c. 2, 42 c. 2, 3 c. 2. Sul contributo di Alberto Predieri, rispetto al quale parla di «svolta spaziale», v. N. CAPONE, *Diritti, Stato e Territorio tra primo e secondo Novecento*, cit., specialmente da 138.

La riforma costituzionale dell'art. 9 contribuisce a meglio definire i rapporti tra i due segmenti, giacché la specifica tutela accordata alla biodiversità ed agli ecosistemi, pur nella consustanzialità alla tutela dell'ambiente, risalta la componente naturalistica rispetto alla componente antropizzata di quest'ultimo¹⁴.

Ciononostante, essa si riverbera positivamente anche sul paesaggio, non soltanto preservandolo da eventi meteorologici estremi (siccità e desertificazione, alluvioni ed inondazioni), ma anche perché indirizza l'azione demiurgica dell'uomo verso soluzioni che si integrano con la natura (ad es., la creazione di aree verdi e coperture arboree all'interno degli ecosistemi urbani, l'utilizzo di pratiche agricole estensive negli ecosistemi agricoli, etc.)¹⁵.

D'altro canto, il vincolo solidarista già impediva l'ingresso di considerazioni etniche nella nozione di territorio, sulla cui base legittimare possibili at-

14 M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto, cit.*, p. 452 ss.: «L'ambiente in senso lato è un sistema di relazioni tra plurimi fattori di ordine non solo ecologico, ma anche sociale, culturale ed economico; l'ambiente, in questa accezione lata e omnicomprensiva, torna ad evocare tutto ciò che circonda l'uomo, secondo la sua radice etimologica, ossia il contesto dinamico di sviluppo dell'umanità, ormai in significativa parte *man-made* [...] l'ambiente in senso lato comprende in sé l'ambiente in senso stretto [biodiversità ed ecosistemi], ma quest'ultimo, ormai costituzionalmente enucleato e differenziato, appare destinato ad assurgere ad autonomo oggetto di tutela inderogabile» (corsivi nell'originale).

15 Questa interpretazione si colloca nel solco aperto dal contributo di V. MOLASCHI, *Paesaggio e ambiente: dal conflitto al dialogo deliberativo, cit.*, teso ad «offrire una lettura più volta a valorizzare le consonanze e le sinergie che ad evidenziare le dissonanze e i conflitti tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente» (p. 133), e trova conferma nel citato reg. (UE) 2024/1991, cd. *Nature Restoration Law*, che ha imposto agli Stati membri il recupero del 20% degli ecosistemi terrestri ed il 20% degli ecosistemi marini del territorio dell'Unione europea entro il 2030, nonché il ripristino totale degli ecosistemi degradati entro il 2050, dedicando apposite disposizioni agli *ecosistemi terrestri, costieri e di acqua dolce* (art. 4), agli *ecosistemi marini* (art. 5), agli *ecosistemi urbani* (art. 8), agli *ecosistemi agricoli* (art. 11), agli *ecosistemi forestali* (art. 12), includendo, così, gli ecosistemi seminaturali e gli ecosistemi artificiali. In direzione contraria, le utili riflessioni di P. CARPENTIERI, *Paesaggio contro ambiente* (Nota a sentenza: Tar Sicilia, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150), in *Urbanistica e appalti*, 8, 2005, p. 931 ss.; G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 22 settembre 2021, che presagiscono una pericolosa subordinazione delle politiche e delle azioni pubbliche alla transizione ecologica capace di devastare, mediante gli impianti per la produzione dell'energia rinnovabile, i paesaggi italiani.

teggiamenti isolazionistici¹⁶, valorizzando, implicitamente, l'assenza di confini propria del sostrato naturalistico.

La principale conseguenza di questo assetto è che le popolazioni interessate, cioè il gruppo degli abitanti degli enti territoriali substatali, sia nel loro nucleo originario (i cd. abitanti nativi) sia nel loro formante derivato (i cd. abitanti acquisiti)¹⁷, essendo parte integrante di entrambi i segmenti, vale a dire di quello naturalistico e di quello antropizzato, non possono alterare gli equilibri ecologici perché ciò determinerebbe una negazione del concetto costituzionale di territorio¹⁸.

16 G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 12 s., con riferimento agli artt. 2, 10, e 11 della Cost.: «Prende qui corpo una nozione di sovranità territoriale che rigetta l'idea di un confine chiuso e introflesso e definisce lo spazio politico nazionale in rapporto di interdipendenza con quello internazionale. [...] In definitiva, e riassumendo, nelle norme costituzionali che declinano il principio internazionalista è possibile intravedere una nozione destoricizzata di territorio, che bilancia quella "situata" ed identitaria di territorio-paesaggio-ambiente, evitandone potenziali letture "isolazioniste" o etnicamente connotate».

17 Sulla nozione di «popolazioni interessate» negli artt. 132 e 133 della Cost. v., *infra*, il § 3. Nella dottrina, v., *ex multis*, G. DEMURO, *Popolazioni e variazioni territoriali: dalla giurisprudenza costituzionale in tema di enti locali al problema del territorio regionale*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario di Macerata 5-6 maggio 1994, Torino, Giappichelli, 1996, p. 135 ss.; tra gli studi più recenti, v. G. TORELLI, *Residenti e non residenti nel rapporto con le istituzioni tra equiparazioni e disuguaglianze*, in *Le Regioni*, 6, 2020, p. 1401 ss.; G. MENEGUS, *Le "popolazioni interessate" nelle variazioni territoriali dei Comuni: una questione di ragionevolezza*, in *Le Regioni*, 1, 2020, p. 120 ss.; T.F. GIUPPONI, *"Non c'è due senza tre". Ancora sul concetto di "popolazioni interessate" nell'ambito dei procedimenti di variazione territoriale*, in *Le Regioni*, 1-2, 2012, p. 348 ss.

18 G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 8 ss: «Il territorio viene a porsi come limite alla direzione politica dello sviluppo economicosociale. Le forme esteriori in cui il progresso si manifesta, infatti, devono conciliarsi con i valori culturali di cui il territorio è deposito, delle identità storicamente sedimentate in esso, della memoria di cui esso è veicolo; e la Repubblica è tenuta a rispettarle perché in quel deposito di memorie vi è un elemento essenziale dell'appartenenza civica, se non addirittura della dignità umana [...] Al territorio-valore, che è compito dello Stato preservare in vista della conservazione della specifica individualità storica e identità culturale di una comunità politica, non si ataglia [...] la logica propria del territorio-oggetto di diritti dominicali. Proiettandosi sulla sua immagine costituzionale la tutela della natura e dell'ambiente (cioè dei "fondamenti naturali della vita"), esso si lega intimamente alle popolazioni che lo abitano e ai diritti collettivi indivisibili di queste di disporre per le generazioni a venire delle risorse che il territorio offre». In tal senso, anche V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, cit., p. 17: «Il territorio, nella sua componente esterna (la forma, il paesaggio) e nella sua componente materiale, l'habitat (l'ambiente), costituisce lo spazio della vita comune, che necessariamente è oggetto di regolazione (nelle sue trasformazioni, nei suoi usi) da parte dei pubblici poteri [...] Questo dato non è certo recente, ma si è andato accentuando nella sua incisività per effetto dei fenomeni di diffusa antropizzazione, e della industrializzazione (*grossomodo* negli ultimi cento

3. La nozione di “dinamica demografica”

Benché varie leggi e provvedimenti menzionino espressamente la dinamica demografica, al momento, questa non sembrerebbe essere definita né dal diritto positivo né dalla letteratura giuridica¹⁹. Ai fini del lavoro, però, torna utile il concetto espresso da una delle relazioni del Ministero della Salute sullo stato sanitario del Paese, nella quale la dinamica demografica è descritta come

anni), che hanno prodotto effetti di sempre più consistente aggressione del territorio, sia nella sua componente esteriore che nella sua componente materiale come ambiente di vita, così da renderne sempre più pressanti le esigenze di tutela». Queste interpretazioni della dottrina trovano conferma in una fondamentale sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, sul piano regolatore di Cortina d'Ampezzo: «uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, non in astratto, ma in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che s'intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione “de futuro” sulla propria stessa essenza, svolta per autorappresentazione ed autodeterminazione dalla comunità medesima, con le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, con la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio».

¹⁹ Lo studio della dinamica demografica e, in particolare, la descrizione della consistenza e della struttura dei gruppi umani in un determinato momento, l'accertamento dei fenomeni di movimento quali le nascite e le morti o i movimenti migratori e sociali, l'analisi dei vari fenomeni a partire dal materiale raccolto nonché, da ultimo, la costruzione di appositi modelli che schematizzano le relazioni esistenti fra le varie componenti di un dato fenomeno, al fine di identificare i nessi che si ipotizza possano esservi fra i vari fattori introdotti nel modello, è appannaggio della demografia. Avendo carattere prevalentemente statistico (cfr. *Demografia* (voce), in *Enc. Treccani*), questa scienza costituisce un «potere implicito nelle competenze materiali affidate ai vari soggetti e organi pubblici» (Corte cost., 28 aprile 1989, n. 242), ovvero è originariamente strumentale all'azione amministrativa; dunque, è storicamente oggetto di interesse da parte della dottrina amministrativistica, come fa notare S. CASSESE, *La statistica nell'amministrazione pubblica (storia e problemi attuali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2-3, 1979, p. 544 ss., specialmente da 566, e come si evince direttamente dal capitolo di E. RASERI, *Popolazione*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. IV, Parte II, Milano, Società Editrice Libreria, 1901. Tra gli studi di diritto amministrativo più importanti, relativi ai profili organizzativi della statistica cui la demografia è strutturalmente connessa, si possono menzionare: A.M. SANDULLI, A. BALDASSARRE, *Profili costituzionali della statistica in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1973, p. 95 ss.; S. CASSESE, *L'organizzazione statistica e le regioni*, del 1976, ora in *Esiste un governo in Italia?*, Roma, Officina Edizioni, 1980, p. 188 ss.; M.P. GUERRA, *La riorganizzazione della statistica pubblica: il sistema statistico nazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1990, pp. 1021 ss., e *Ordinamento statistico* (voce), in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3977 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Statistica*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 670; F. MERLONI, *Attività conoscitive delle amministrazioni pubbliche e statistica ufficiale. Problemi organizzativi e funzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1994, p. 209 ss., nonché *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in F. Merloni (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002, p. 19; L. TORCHIA,

«l'evoluzione delle componenti naturali (nascite e morti) o sociali (immigrazioni ed emigrazioni) che modificano la consistenza e la struttura della popolazione»²⁰.

Specificamente, la dinamica demografica comprende le fluttuazioni del tasso di natalità, cioè il numero delle nascite²¹, del tasso di mortalità, ossia del numero dei decessi, e della componente migratoria, data dalla differenza tra iscrizioni e cancellazioni anagrafiche conseguenti a trasferimenti di residenza. La riduzione del tasso di natalità e, quindi, delle persone con un'età compresa tra i 0 e i 14 anni, causa l'invecchiamento, vale a dire l'aumento del peso percentuale delle persone con più di 65 anni di età²². Tutte queste variabili incidono sulla popolazione, cioè sull'insieme delle persone che, in un certo momento, risiedono nel territorio dello Stato o che sono sottoposte, anche occasionalmente, alla sua autorità²³.

Il concetto di popolazione differisce da quello di popolo: tradizionalmente, la popolazione comprende sia i cittadini sia gli stranieri e gli apolidi che risiedono sul territorio statale, mentre esclude i cittadini italiani all'estero; il popolo è composto esclusivamente agli individui con lo *status* di cittadino di un determinato Stato²⁴. Dunque, in base a questi concetti, maggiore è il flusso mi-

Autonomia dei soggetti e funzionalità del sistema: condizioni di qualità dell'informazione statistica, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 643 ss. Per una panoramica degli studi che, con l'intento di indagare *lato sensu* l'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, hanno preso le mosse dalla statistica, sia consentito un rinvio a A. DE NUCCIO, *Riflessioni a margine de "L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione": la feconda vitalità dell'opera di Franco Levi*, in *Giustamm - Rivista di diritto pubblico*, 3, 2024, p. 1 ss.

²⁰ *La situazione sanitaria del Paese*, in *Relazione sullo Stato Sanitario del Paese 2003-2004*, Sezione I, Ministero della Salute, Direzione Generale del Sistema Informativo, https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_506_ulterioriallegati_ulterioreallegato_0_alleg.pdf, consultato il 2 luglio 2024, p. 3.

²¹ *La situazione sanitaria del Paese*, *cit.*, p. 3, chiarisce che il tasso di natalità è un indicatore poco sensibile perché non tiene conto della struttura per età della popolazione. Un indicatore più corretto è il tasso di fecondità totale, cioè il numero medio di figli per donna che si ottiene sommando i quozienti specifici di fecondità. Questi sono calcolati rapportando, per ogni età feconda compresa tra i 15 e i 49 anni, il numero dei nati vivi e l'ammontare medio annuo della popolazione femminile.

²² *La situazione sanitaria del Paese*, *cit.*, p. 3.

²³ B. DI GIACOMO RUSSO, *Popolo sovrano e popolazione amministrativa*, in *Quad. amministrativi*, 3, 2013, p. 3 ss., 3. Dello stesso A., v. anche *Autonomia statutaria regionale e unità nazionale*, in *Quaderni regionali*, 3, 2011, p. 869 ss.

²⁴ P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, p. 91 ss., si colloca agli esordi del vastissimo dibattito dottrinale sulle nozioni di "popolo" e "popolazione". In particolare,

gratorio in entrata e in uscita, maggiore è la divaricazione tra la popolazione e il popolo²⁵.

La Cost. utilizza spesso il termine “popolazione” in varie norme: per riferirsi alla popolazione statale nell’art. 56; alla popolazione degli enti territoriali minori negli artt. 57, 132, 133 co. 2, IV e XI disp. att. Questo dato avvalorava l’utilizzo di un criterio politico-territoriale, cioè i confini statali e i confini delle

richiamano la necessità di un vincolo duraturo con il territorio, E. TOSATO, *Stato (Teoria generale e diritto costituzionale)* (voce), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 758 ss., 761, pubblicata postuma, secondo cui il popolo è rappresentato «dall’insieme dei singoli e dei gruppi minori legato allo stato da un vincolo giuridico di appartenenza generale e permanente», e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, p. 59, per il quale «soltanto la comune, stabile e generale sottoposizione ad un potere effettivo e indipendente costituisce una qualsiasi collettività umana in ‘popolo’ propriamente detto». V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana, 1954*, ora in *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 114 ss., 426 ss., chiarisce che il popolo vivente, ai sensi dell’art. 67 Cost., costituisce una sezione temporale specifica della Nazione, ovvero di quella connotata dall’attualità, lasciando intendere che quest’ultima ha un ambito più ampio perché diacronico. Sulla coincidenza tra popolo e Nazione, conformemente all’art. 67 Cost., v. anche L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995, p. 104. L’idea crisafulliana rievoca, peraltro, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (a cura di A. Caracciolo), Giuffrè, Milano 1984, p. 313 ss., per il quale «solo il popolo effettivamente riunito e presente è popolo». Al contrario, secondo S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1943, p. 51, «per popolo si intende non soltanto gli individui che esistono in un dato momento, ma la collettività di essi, in sé e per sé considerata nel suo complesso e nella sua unità, che non vien meno e non muta con l’incessante mutarsi dei suoi componenti». Collima con questa concezione R. BIN, *I principi fondamentali: Democrazia, sovranità, lavoro, potere, eguaglianza, autonomie, decentramento*, in M. Imperato, M. Turazza (a cura di), *Dialoghi sulla Costituzione*, Monte Porzio Catone, Effepi, 2013, p. 17, secondo cui il concetto di popolo comprende anche le generazioni passate e future e non soltanto i cittadini attuali. Sul punto, A. RUGGERI, *Il popolo: soggetto politico inesistente? (Dialogando con Gladio Gemma su una questione di cruciale rilievo teorico)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, p. 127, evidenzia l’«incessante divenire e trasmettersi da una generazione all’altra» del popolo. Nega, invece, l’esistenza di una nozione giuridica di popolo, G. GEMMA, *Popolo: Moltitudine che non esiste come soggetto politico*, in *Rass. parl.*, 1, 2018, p. 85 ss., anche in *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, p. 201 ss., specialmente 206, e *Il popolo non esiste, la democrazia invece sì!*, in *laCostituzione.info*, 17 novembre 2021. Con riferimento alle tematiche affrontate dal presente lavoro, risulta particolarmente interessante la nozione di M.S. GIANNINI, *Il popolo nel regime repubblicano*, in *Riv. amm.*, I, 1952, p. 649 ss., nella quale il popolo coincide proprio con la popolazione, cioè con l’insieme delle persone che, in un certo momento, risiedono nel territorio dello Stato o che sono sottoposte, anche occasionalmente, alla sua autorità.

25 La portata di questa divaricazione è in parte sgonfiata dalla valorizzazione della cd. «cittadinanza amministrativa». In particolare, R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 201 ss., è tra i primi a riconsiderare l’idea prospettata dalle scienze sociologiche di una cittadinanza diversa da quella politica, detta amministrativa: «si può intendere la cittadinanza amministrativa come appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana, con legittimazione a posizioni soggettive che non

aree amministrative substatuali, in particolare il livello comunale, per identificare gli individui appartenenti ad una stessa popolazione²⁶.

Si comprende che, nella misura in cui la dinamica demografica coincide con gli andamenti della popolazione e la popolazione è definita prevalentemente secondo un criterio politico-territoriale, cioè in base al vincolo di residenza (o di domicilio politico) entro i confini territoriali di una determinata area amministrativa, la dinamica demografica subisce l'influsso dell'amministrazione

dependono dallo status di cittadino-sovrano. [...] può essere considerata come appartenenza ad una comunità territoriale, sicché teoricamente si afferma come status correlato all'aggettivo territorio della definizione di ente territoriale, in cui appunto il territorio è la popolazione residente» (p. 204). Sul tema della cittadinanza amministrativa, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, p. 481 ss.; A. POLICE, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'uguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4, 2002, p. 489 ss.; F. MANGANARO, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 221 ss.; I. PAOLA, *Pluricittadinanza, cittadinanza amministrativa e partecipazione all'attività dell'amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione, cit.*, p. 253 ss.; G. ARENA, *Il principio della sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 217 ss.; ID., *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *España jurídica*, 2, 2010, p. 522 ss.; ID., *La cittadinanza attiva nella Costituzione*, in F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 241 ss.; S. PELLIZZARI, *La cittadinanza amministrativa tra diritto europeo e diritto nazionale*, in F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza, cit.*, p. 127 ss.; B. DI GIACOMO RUSSO, *Dalla cittadinanza legale alla cittadinanza amministrativa*, in *Quaderni amministrativi*, 1, 2012, p. 15 ss.; M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa* (Relazione alla "Conferenza nazionale dei dottorandi di Scienze sociali", Università degli Studi di Padova, 23 giugno 2016), in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2016, p. 1 ss.; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, Firenze University Press, 2016; A. CONTIERI, *Cittadinanza amministrativa e diritto di voto: dall'uguaglianza nei diritti sociali alla difficile affermazione di un modello condiviso di accoglienza*, in *Giust.Amm.*, 6, 2018, p. 1 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Giornale dir. amm.*, 1, 2020, p. 11 ss.; M. CONTICELLI, F. DI LASCIO, *Cittadinanza amministrativa e diritti transnazionali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 107 ss. Da ultimo, M. PALADINO, *Brevi riflessioni sul concetto di cittadinanza amministrativa*, in *Amministrativ@mente*, 3, 2023, p. 1534 ss., specialmente da 1548 ss., fa notare che, in quanto gli elementi costitutivi della cittadinanza amministrativa sono la partecipazione alla vita pubblica locale e l'accesso ai servizi pubblici non soltanto sotto il profilo dell'interlocuzione giuridica con il potere pubblico ma anche sotto quello dell'investitura di quest'ultimo, la qualità di cittadino, sia pure di natura diversa da quella politica, dovrebbe ritenersi esclusa per coloro che non sono titolari di diritti di elettorato attivo o passivo. Difatti, questi sarebbero titolari delle situazioni giuridiche soggettive relative agli ambiti menzionati –partecipazione alla vita pubblica locale ed accesso ai servizi pubblici– in virtù del criterio territoriale, imposto dall'art. 2 Cost., il quale non opera alcuna distinzione tra cittadini e stranieri nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo. In realtà, proprio questi diritti, poiché trattengono in modo permanente una porzione della sovranità, permetterebbero forse di superare il carattere esclusivo della cittadinanza, che costituisce il riflesso del concetto tradizionale di popolo. Si

dei territori²⁷. Questa compenetrazione è ancor più evidente se si tiene presente quanto emerso nel paragrafo precedente, cioè che la popolazione rappresenta il gruppo umano insito nella nozione giuridica di territorio.

4. Un caso paradigmatico: gli ecosistemi agricoli

La dinamica demografica è sempre stata amministrata disorganicamente: si pensi alla disciplina dell'immigrazione, agli incentivi economici per sostenere la natalità, al servizio sanitario. Soltanto di recente, infatti, l'Unione europea e gli Stati membri hanno ricondotto le singole componenti sotto l'ombrello della questione o sfida demografica²⁸. Ciò in quanto la diminuzione della popolazione in età lavorativa e l'invecchiamento della popolazione hanno acquisito carattere strutturale, divenendo una minaccia per il mantenimento del modello economico esistente, per l'equità intergenerazionale, per la coesione territoriale²⁹.

riprende, in tal senso, la teoria di L.R. PERFETTI, *Eguaglianza vs disuguaglianze: l'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2021, p. 13 ss., che colloca l'eguaglianza nella dinamica dei diritti fondamentali, quale «duogo giuridico in cui permanentemente si trattiene la sovranità» (p. 55). Su questa affermazione, si rinvia agli altri scritti dell'Autore, in particolare alla bibliografia ivi citata, a p. 21, nota 11.

26 B. DI GIACOMO RUSSO, *Popolo sovrano e popolazione amministrativa*, cit., p. 5.

27 ID., *op. ult. cit.*, p. 5, afferma: «L'influenza dell'ordinamento statale, che preleva e gestisce oltre la metà delle risorse prodotte dalle collettività moderne, sui comportamenti individuali rilevanti per la dinamica della popolazione è oggi molto forte e giustifica l'adozione del criterio territoriale».

28 È stata la Commissione europea 2019-2024 ad elevare la demografia a priorità dell'agenda politica europea. Nel 2020, è stata presentata la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sull'impatto dei cambiamenti demografici, 17 giugno 2020, SWD(2020) 241. Nel 2021, è stato adottato il Libro Verde sull'invecchiamento demografico. Promuovere la solidarietà e la responsabilità fra le generazioni, 27 gennaio 2021, COM(2021) 50 final. Nel 2023, è stata adottata la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Cambiamento demografico in Europa: strumentario d'intervento, 11 ottobre 2023, COM(2023) 577 final. In Italia, il Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica, incardinato nel Ministero dello sviluppo economico, in seno alla politica di coesione, ha elaborato la Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI): la principale politica di intervento per l'inversione del *trend* demografico nei territori distanti dai centri erogatori di servizi essenziali (*Strategia Nazionale per le Aree interne: definizione, obiettivi, strumenti e governance*, Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica, https://www.miur.gov.it/documents/20182/890263/strategia_nazionale_aree_interne.pdf/d10fc111-65c0-4acd-b253-63efae626b19, consultato il 3 luglio 2024).

29 Cfr. Comunicazione COM(2023) 577 final, cit., p. 1.

Vi sono dei territori dove la questione demografica è particolarmente grave perché la migrazione netta positiva non è in grado di compensare l'invecchiamento, più accentuato che altrove, né il movimento naturale negativo della popolazione³⁰; al contrario, è presente un intenso fenomeno migratorio in uscita, noto come spopolamento rurale: si tratta delle c.d. "aree rurali".

Come anticipato nell'obiettivo della ricerca, i prossimi paragrafi proveranno a dimostrare che lo spopolamento rurale sottende un legame con l'amministrazione del territorio e, in particolare, con la cura degli ecosistemi agricoli. Questi, infatti, costituiscono il filo rosso del percorso nel quale si estrinseca il rapporto tra l'amministrazione, la dinamica demografica, ed il territorio nella dimensione locale delle aree rurali³¹: come si vedrà, sono un elemento costitutivo delle aree rurali; sono i destinatari degli interventi pubblici che hanno innescato lo spopolamento rurale; rappresentano il fulcro dell'azione amministrativa per l'inversione del *trend* demografico nelle aree rurali.

30 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Una visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE: verso zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040, 30 giugno 2021, COM(2021) 345 final, § 1.1.

31 Non a caso, l'importanza degli ecosistemi agricoli è stata da ultimo riconosciuta dal citato reg. (UE) 2024/1991, cd. *Nature Restoration Law*, che, come evidenziato nella nota 15, inserisce gli ecosistemi agricoli tra gli ecosistemi da ripristinare (art. 11). In particolare, al Considerando 54, emerge il legame tra la cura degli ecosistemi agricoli e l'equilibrio demografico del territorio: «Per disporre di prodotti alimentari sicuri, sostenibili, nutrienti e a prezzi accessibili sono necessari ecosistemi agricoli sostenibili, resilienti e ricchi di biodiversità. Gli ecosistemi agricoli ricchi di biodiversità aumentano inoltre la resilienza dell'agricoltura ai cambiamenti climatici e ai rischi ambientali, garantendo nel contempo la sicurezza degli alimenti e del loro approvvigionamento e creando nuovi posti di lavoro nelle zone rurali, in particolare posti di lavoro legati all'agricoltura biologica nonché al turismo rurale e alle attività ricreative. L'Unione deve pertanto migliorare la biodiversità dei suoi terreni agricoli ricorrendo a una serie di pratiche esistenti utili o compatibili con il miglioramento della biodiversità, compreso il ricorso all'agricoltura estensiva. L'agricoltura estensiva è essenziale per il mantenimento di molte specie e habitat nelle zone ricche di biodiversità. Esistono numerose pratiche agricole estensive che comportano molti benefici importanti per la protezione della biodiversità, dei servizi ecosistemici e degli elementi caratteristici del paesaggio, come l'agricoltura di precisione, l'agricoltura biologica, l'agroecologia, l'agrosilvicoltura e prati permanenti a bassa intensità. Tali pratiche non intendono arrestare l'uso del suolo agricolo, bensì adattare questo tipo di uso a vantaggio del funzionamento e della produttività a lungo termine degli ecosistemi agricoli».

4.1. La delimitazione delle aree rurali

Per l'Unione europea, le aree rurali coincidono con i comuni in cui la maggioranza della popolazione vive in celle di rete rurali, vale a dire in porzioni del territorio di 1 km² di superficie che non sono qualificabili né come *cluster* ad alta densità –densità demografica di almeno 1.500 abitanti per km² e popolazione minima di 50.000 abitanti– né come *cluster* urbani –densità demografica di almeno 300 abitanti per km² e popolazione minima di 5.000 abitanti–³².

In Italia, le aree rurali sono le regioni NUTS 3, corrispondenti al livello amministrativo delle province³³, che hanno una densità di popolazione al di sotto dei 150 abitanti/km² e sono classificate sulla base della posizione altimetrica e della rilevanza della superficie agroforestale sul territorio³⁴. In particolare, le «*aree rurali con problemi di sviluppo*» (aree D) sono caratterizzate dalle soglie

32 V. *A Revised Urban-Rural Typology*, in *Eurostat Regional Yearbook 2010*, Eurostat, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9d170fab-b640-4d9c-b44e-46c2a5ff63f0/language-en>, consultato il 3 luglio 2024, p. 241 e ss.; *Degree of urbanisation classification - 2011 revision*, Eurostat, 2011, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Degree_of_urbanisation_classification_-_2011_revision, consultato il 3 luglio 2024.

33 NUTS è l'acronimo della Nomenclatura delle Unità Territoriali Statistiche utilizzata per identificare le unità amministrative degli Stati dell'Unione sulla base delle soglie di densità di popolazione. Ad esempio, l'Italia è divisa in Macroregioni (NUTS 1), Regioni (NUTS 2) e Province (NUTS 3). Le NUTS 3, a loro volta, sono suddivisibili in unità amministrative locali (LAU) equivalenti ai comuni.

34 Questa zonizzazione è stata introdotta dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali (Mipaaf), oggi Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste (Masaf), per analizzare il contesto e favorire il futuro monitoraggio nonché determinare alcune priorità della politica di sviluppo rurale nel quadro della Politica Agricola Comune per il periodo 2014-2020 (v. *Nota sulla classificazione delle aree rurali per la programmazione 2014-2020*, Mipaaf, Rete Rurale Nazionale, file:///C:/Users/128529/Downloads/nota_metodologica__aree_rurali_luglio_2014%20(2).pdf, consultato il 3 luglio 2024), e continua ad essere utilizzata anche nel periodo di programmazione della PAC 2023-2027, come specificato nel Piano Strategico Nazionale attuativo degli ultimi reg. europei della politica agricola (v. *Relazione 2021 sul piano strategico della PAC*, versione 2.1, 16 novembre 2022, https://www.reterurale.it/downloads/Piano_Strategico_della_PAC_23-27_v.2.1.pdf, consultato il 3 luglio 2024, sezione 4.7.2). Essa costituisce un'integrazione della definizione di aree rurali introdotta dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), fondata esclusivamente sul criterio demografico (v. *The New Rural Paradigm: Policies and Governance*, Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), 2006, https://read.oecd-ilibrary.org/governance/the-new-rural-paradigm_9789264023918-en#page3, consultato il 3 luglio 2024, pp. 30-31).

più basse di densità di popolazione ma comprendono anche il 69% delle superfici protette italiane e il 45% della superficie agroforestale nazionale³⁵.

Esiste anche una nozione di “aree interne”: «*quella parte maggioritaria del territorio italiano caratterizzata dalla significativa distanza dai centri di offerta di servizi essenziali*», cioè dai comuni o aggregati di comuni confinanti in grado di offrire simultaneamente tutta l'offerta scolastica secondaria, almeno un ospedale sede di DEA di I livello e stazioni ferroviarie di categoria *Platinum, Gold o Silver*³⁶.

Malgrado i distinti criteri definatori e classificatori, tutti i comuni delle aree interne sono anche comuni rurali: circa il 97% della popolazione delle aree interne risiede in «*aree rurali intermedie*» (aree C) e «*aree rurali con problemi di sviluppo*» (aree D)³⁷.

La delimitazione delle aree rurali è fondamentale ai fini del presente contributo perché permette di cogliere la dimensione locale dello spopolamento, concernendo i comuni e le province con le soglie più basse di densità di popolazione, e una prima relazione con il territorio inteso come ecosistema, incorporando i dati sulle caratteristiche geomorfologiche ed agroforestali delle superfici entro i confini di questi enti territoriali.

4.2. Amministrazione del territorio ed esodo agricolo

Dagli studi di taglio storiografico emerge che lo spopolamento rurale non è un fenomeno recente ma risale al periodo, immediatamente successivo alla fine della Seconda guerra mondiale, di crescita esponenziale di tutti i settori produttivi³⁸. L'agricoltura, che costituiva la principale occupazione delle comu-

35 *Accordo di Partenariato 2014-2020 Italia*, Dipartimento per le politiche di coesione, https://opencoesione.gov.it/adp_2014_2020/, consultato il 3 luglio 2024, p. 132.

36 *Le aree interne: di quale territori parliamo? Nota esplicativa sul metodo di classificazione delle aree*, Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica, 2021, https://www.agenziacoesione.gov.it/wp-content/uploads/2021/01/Nota_metodologica_Aree_interne-2-1.pdf, consultato il 3 luglio 2024.

37 V. *Accordo di Partenariato 2014-2020 Italia*, cit., p. 99.

38 I. MELONI, F. PARASCANDOLO, *Dalla terra alla fabbrica, e ritorno. Esperimenti di attivazione delle risorse ambientali nella Sardegna interna, tra irruzione della modernità e pratiche collaborative*, in *Glocale*, 13, 2017, p. 59 ss., 59.

rità rurali³⁹, fu coinvolta in questo processo dai poteri pubblici, i quali tentarono di modernizzare il settore per mezzo delle riforme agrarie⁴⁰.

Le riforme agrarie, definite come una serie di atti legislativi aventi lo scopo di modificare le condizioni di accesso alla terra e alle risorse ad essa connesse⁴¹, si radicavano nell'influenza esercitata in quel periodo dagli Stati Uniti⁴². Tra i piani statunitensi di aiuti economico-finanziari per la ricostruzione dell'Europa devastata dalla guerra spicca il Piano Marshall, ufficialmente chiamato *European Recovery Program*, che si prefiggeva di espandere rapidamente le produzioni e i consumi, tramite lo sfruttamento delle risorse tecnologiche rese disponibili dagli Stati Uniti, al fine di alimentare le democrazie⁴³. La modernizzazione tecnica fu associata a prodromiche riforme sociali in quanto, secondo l'amministrazione Truman, una stabilità politica ed economica poteva essere assicurata soltanto garantendo una proprietà terriera indipendente e individualista che facesse capo ai contadini. Difatti, da un lato, si riteneva che l'ineguale distribuzione della terra fosse motivo di instabilità politica; dall'altro, il modello del comunismo sovietico non era considerato la possibile soluzione perché reputato non sufficientemente produttivo⁴⁴. Sullo sfondo dominava un paradigma culturale ben lontano dal *laissez-faire*, il quale riconosceva l'importanza della proprietà individuale ma considerava essenziale l'intervento statale⁴⁵.

39 Dall'*Annuario statistico dell'agricoltura italiana 1943-1946*, Istituto Centrale di Statistica, Roma, Tipografia Fausto Failli, 1950, emerge che più del 75% della popolazione produttiva nei comuni italiani fosse addetta all'agricoltura e che ben il 47,7% della popolazione attiva in tutto il territorio dello Stato fosse occupata nel settore agricolo.

40 Cfr. S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, p. 569 ss., 587 ss.

41 La definizione è di J.P. JESSENNE, P.F. LUNA, N. VIVIER, *Les réformes agraires dans le monde: introduction*, in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 4, 2016, p. 7 ss., 8.

42 E. BERNARDI, *Political stability, modernization and reforms during the first years of the Cold War*, in C. Martiin, J. Pan Montojo, P. Brassley (eds.), *Agriculture in Capitalist Europe, 1945-1960. From food shortages to food surpluses*, Oxon, Routledge, 2016, p. 44 ss., 49 ss.

43 S. BOCCHI, *Agroecologia per nuovi paradigmi distrettuali integrati*, in *Scienze del territorio*, 6, 2018, p. 77 ss., 78.

44 J.P. JESSENNE, P.F. LUNA, N. VIVIER, *Les réformes agraires dans le monde: introduction*, cit., p. 17 s.

45 E. BERNARDI, *Political stability, modernization and reforms during the first years of the Cold War*, cit., p. 44 ss.

In Italia, dunque, furono adottati vari interventi legislativi a scopo redistributivo: la l. del 12 maggio 1950, n. 230 (c.d. l. Sila), la l. del 21 ottobre 1950, n. 841 (c.d. l. Stralcio) e la l. r. Sicilia del 7 dicembre 1950, n. 104⁴⁶. Questi interventi stabilirono l'espropriazione dei latifondi che superavano una certa estensione o un certo valore e successivamente l'assegnazione ai contadini; i contadini, dopo aver pagato un piccolo affitto per 30 anni, avrebbero potuto acquisire in via definitiva la proprietà della terra ottenuta. La base giuridica per l'espropriazione venne fornita dall'art. 42 co. 3 della Cost., in combinato disposto con l'art. 44 co. 1 della stessa, che attribuisce alla proprietà privata terriera un valore eccezionale.

Nondimeno, nel concreto, le riforme si rivelarono un fallimento: la frammentazione della proprietà terriera risolse il problema endogeno della persistenza dei residui feudali nell'agricoltura italiana ma non si conciliò, nella prassi, con lo sviluppo esogeno del capitalismo, diretto alla formazione della grande azienda agraria di stampo industriale e al conseguente asservimento delle piccole aziende contadine indipendenti. In particolare, il credito agrario di cui necessitavano i singoli proprietari era concentrato nelle mani di pochi grandi istituti bancari, i quali decidevano se concedere o meno il credito stesso e partecipavano alla costituzione e allo sviluppo di società per azioni deputate all'esercizio dell'industria agricola o di società commerciali minori impegnate nell'acquisto e gestione dei fondi rustici⁴⁷. In secondo luogo, autonomi settori del secondario, anche per via della dispersione dell'agricoltura in una miriade di unità aziendali, strapparono a queste ultime un numero crescente di attività⁴⁸. In terzo luogo, dal momento che i grossi proprietari non avevano permesso l'espropriazione dei terreni migliori, le aree distribuite erano improduttive ed anfrattuose. In quarto luogo, i coltivatori diretti non ebbero accesso alla terra a causa

46 Per un approfondimento sulle normative relative alle aree montane negli anni Cinquanta del Novecento, si rinvia a A. CROSETTI, *Abbandono dei terreni rurali e associazionismo fondiario. Percorsi e sviluppi normativi*, in R. Louvin (a cura di), *Mondi montani da governare*, Roma, Aracne, 2017, p. 80 ss.

47 E. SERENI, *Capitalismo e mercato nazionale*, Roma, Editori Riuniti, 1966, p. 281 ss.

48 ID., *ult. op. cit.*, p. 287 ss.

delle maglie strette delle leggi di riforma. Da ultimo, chi cedette all'offerta dei lotti più marginali da parte dei latifondisti contribuì alla lottizzazione eccessiva e scriteriata della campagna e alla sua conseguente non remuneratività⁴⁹.

Non fu soltanto il fallimento delle riforme agrarie ad impedire la distribuzione del capitale per la modernizzazione delle aziende agricole: la l. del 10 agosto 1950, n. 646, aveva istituito la Cassa per le opere straordinarie di pubblico interesse nell'Italia meridionale allo scopo di finanziare la realizzazione delle infrastrutture per l'industrializzazione e lo sviluppo dell'agricoltura al Sud, dove i problemi di sottosviluppo erano più accentuati⁵⁰; tuttavia, gli incentivi pubblici furono spesso sviati dalla modernizzazione degli impianti e dall'assunzione di nuovi dipendenti per l'arricchimento personale dei piccoli imprenditori⁵¹.

Frattanto, a livello europeo, si gettavano le basi per il futuro della Politica Agricola Comune (PAC)⁵². Gli Stati membri, in occasione della Conferenza di Stresa del 1958, decisero di sopprimere gli strumenti nazionali d'intervento in agricoltura e di sostituirli con un'unica ed omogenea regolamentazione europea basata sulla creazione di Organizzazioni comuni di mercato (OCM): sistemi di misure che definivano l'assetto di singoli prodotti. Essi avrebbero dovuto assicurare gli agricoltori da tutte le minacce di perturbazione dei mercati o di mancata vendita dei prodotti mediante la fissazione di prezzi agricoli comuni molto elevati e dispositivi di intervento particolarmente protettivi nei settori del vino, dei cereali, dello zucchero, del riso, delle materie grasse e delle carni bovine⁵³.

Le OCM, con i loro prezzi garantiti e sussidi, avvantaggiarono le grosse entità aziendali e penalizzarono quelle a conduzione familiare che, a causa delle

49 ID., *Storia del paesaggio agrario italiano*, III ed., Bari, Laterza, 1987, p. 445 ss.

50 Nel 1986 fu sostituita, tanto negli obiettivi quanto nelle funzioni, dall'Agenzia per la promozione e lo sviluppo del Mezzogiorno, poi soppressa nel 1992.

51 R. PAZZAGLI, G. BONINI, *Italia contadina. Dall'esodo rurale alla campagna*, Roma, Aracne, 2018, p. 30.

52 È del 1958 la Conferenza di Stresa con la quale i funzionari della Commissione, esperti nazionali e rappresentanti delle organizzazioni degli agricoltori si riunirono per stabilire le modalità con le quali raggiungere gli obiettivi della PAC di cui all'art. 33 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (Trattato CE).

53 S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las comunidades autónomas I*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2007, p. 675 s., nota 131.

piccole dimensioni e delle scarse aspettative di successo, erano incapaci di fare grandi investimenti o di garantire un ricambio generazionale⁵⁴. Inoltre, la PAC tendeva a finanziare l'intensificazione dell'agricoltura in zone con vantaggi relativi (buona fertilità del suolo, condizioni climatiche favorevoli, vicinanza alle fonti dalle quali attingere i prodotti da impiegare e ai mercati) e a disinteressarsi di quelle marginali e/o remote⁵⁵.

In parallelo, è opportuno sottolineare le tendenze culturali, quali l'arretratezza alla quale fu associato lo stile di vita delle aree rurali da parte dei più giovani in un contesto in cui il dominante potere dei consumi ricreò e deformò la coscienza del popolo, provocando la scomparsa dei valori contadini e la nascita della cultura di massa⁵⁶. Su ciò incisero anche la politica, idolatrando la città come risultato positivo del proprio operato e contribuendo alla trasmissione sociale di questa idea mediante il controllo dei mezzi di comunicazione, soprattutto la televisione⁵⁷.

Gli effetti distorsivi dell'amministrazione del territorio colpirono prevalentemente la popolazione agricola, la quale si ritrovò costretta ad emigrare: tra il 1965 e il 1972, quasi 2,5 milioni di persone lasciarono le aree rurali del Sud e delle isole per insediarsi nel triangolo industriale del Nord o nel Centro del Paese⁵⁸. Il fenomeno migratorio incisero a sua volta sull'amministrazione del territorio, in particolare sulle decisioni pubbliche relative alla localizzazione dei servizi pubblici sullo stesso: l'esodo agricolo innescò un meccanismo di retroazione nella ristrutturazione dei servizi pubblici, la cui localizzazione tiene necessariamente conto delle densità di popolazione⁵⁹. A causa della mancanza di

54 G. STRAMBI, *Le terre agricole abbandonate. Il recupero produttivo nella legislazione sulle "banche della terra" e nel Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 33.

55 Corte dei conti europea, *Per una politica agricola comune più verde*, Relazione Speciale 14/2000, punto 1.

56 Cfr. P.P. PASOLINI, *Il vuoto del potere in Italia*, in *Corriere della Sera*, 1° febbraio 1975; R. PAZZAGLI, G. BONINI, *Italia contadina. Dall'esodo rurale alla campagna*, cit., p. 36.

57 R. PAZZAGLI, G. BONINI, *ult. op. cit.*, p. 75.

58 F. COLLANTES, V. PINILLA, *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1900 hasta el presente*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019, p. 41.

59 F. COLLANTES, V. PINILLA, *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1900 hasta el presente*, cit., p. 120. Sulla relazione tra densità di popolazione e prestazione dei

bambini, molti comuni rurali dovettero affrontare la chiusura delle scuole nonché una ristrutturazione al ribasso dei servizi di trasporto pubblico⁶⁰, il che ha favorito la diluizione dell'emorragia demografica sino ad oggi: fenomeni di spopolamento rurale, benché meno accelerati rispetto al passato, sono stati registrati dopo il 1991⁶¹.

L'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) prevede che, sino al 2030, un numero crescente di comuni rurali subirà un calo demografico: la questione continua ad investire soprattutto le zone meridionali, dove i comuni con un bilancio negativo sono il 93% del totale e dove si riscontra una riduzione della popolazione pari a circa il 9%⁶².

4.3. L'impatto territoriale dello spopolamento rurale

Ai fini del lavoro, è interessante notare come la dinamica demografica dello spopolamento non abbia inciso esclusivamente, come da definizione, sulla consistenza e sulla struttura della popolazione ma abbia rimodellato soprattutto il territorio rurale⁶³.

L'esodo agricolo e, con esso, l'abbandono colturale ha impattato sugli ecosistemi agricoli secondo due modalità alternative: l'intensificazione delle

servizi comunali, v. E. TONDINI, M. CASAVECCHIA, *Verso il riequilibrio territoriale nell'offerta dei servizi municipali: l'ambito sociale*, in AA. VV., *La finanza territoriale. Rapporto 2022*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2022, p. 47 ss., 52.

60 F. COLLANTES, V. PINILLA, *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1900 hasta el presente*, cit., p. 168.

61 G. MACCHI JÁNICA, *Desertificazione demografica dell'Italia. Geografia dello spopolamento rurale nella penisola*, in AA. VV., *Trame nello spazio: quaderni di geografia storica e quantitativa: 6*, Firenze, All'Insegna del Giglio, 2016, p. 9 ss.

62 *Previsioni della popolazione residente e delle famiglie*, ISTAT, 1° gennaio 2020, <https://www.istat.it/it/files/2021/11/REPORT-PREVISIONI-DEMOGRAFICHE.pdf>, consultato il 9 luglio 2024. Le stesse fonti suggeriscono di inquadrare il tema dello spopolamento rurale nella dimensione intraregionale: sono i centri a densità intermedia i nuovi poli attrattori, generalmente collocati alla periferia o nelle vicinanze delle grandi città.

63 Nell'ambito di questo lavoro, l'attenzione si è focalizzata sullo spopolamento delle aree rurali ma, come noto, questa dinamica demografica si converte in sovrappopolamento se considerata rispetto alle aree urbane. Tra gli effetti del fenomeno migratorio sul territorio urbano, si può menzionare lo *urban sprawl* o città diffusa. Nella dottrina giuridica, v. E. BOSCOLO, *Le periferie in degrado (socio-territoriale) e i (plurimi) fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1, 2021, p. 54 ss.; A. SOLA, *La tutela ambientale nelle città. Nuovi problemi, vecchi strumenti*, in *federalismi.it*, 22, 2019; G.F. CARTEI, *Il suolo tra tutela e consumo*, in *Riv. giur. urbanistica*, 4, 2016, p. 10 ss.

pratiche di gestione, da un lato, l'abbandono definitivo delle terre, dall'altro⁶⁴. Mentre i dati sugli effetti ecologici dell'agricoltura intensiva sono ormai penetrati nella letteratura giuridica⁶⁵, meno diffusi sono quelli relativi alle ricadute della riforestazione selvaggia: essi evidenziano impatti negativi sulla biodiversità alla scala paesaggistica⁶⁶, *trends* di decrescita per alcune specie animali⁶⁷; maggiore instabilità idrogeologica ed incremento del rischio di incendi forestali⁶⁸. Inoltre, se la nozione di territorio incorpora una dimensione culturale non strettamente legata al paesaggio, gli storici mettono in evidenza come il crollo della partecipazione abbia colpito soprattutto uno degli eventi chiave dello stile di vita contadino come le feste locali⁶⁹.

Tutto quanto affermato, trasferendo l'attenzione dal soggetto che abbandona all'oggetto abbandonato, mette in luce il carattere intrinsecamente territoriale della dinamica demografica dello spopolamento rurale. D'altro canto, il concetto di «*deterritorializzazione*» è stato coniato dai filosofi post-strutturalisti francesi Gilles Deleuze e Félix Guattari per indicare una teoria culturale della globalizzazione riassunta con un'espressione che ricorda esattamente questo fe-

64 Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Lo stato della natura nell'Unione europea. Relazione sullo stato e sulle tendenze delle specie e dei tipi di habitat protetti dalle direttive Uccelli e Habitat nel periodo 2013-2018, 15 ottobre 2020, COM(2020) 635 final, p. 13.

65 V., ad esempio, *Lo sfruttamento "intensivo" delle risorse del Pianeta*, in F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 15 ss.

66 B. SCHUH, ET AL., *The challenge of land abandonment after 2020 and options for mitigating measures*, Research for AGRI Committee – European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2020, p. 57. Cfr. il Parere del Comitato economico e sociale europeo su «Un approccio integrato per le zone rurali dell'UE», 14 ottobre 2020, 2020/C 429/09, § 1.3.

67 A. MARTINEZ ABRAÍN, ET AL., *Ecological consequences of human depopulation of rural areas on wildlife: A unifying perspective*, in *Biological Conservation*, 252, 2020, 1 ss., specialmente da 6.

68 Cfr. F. COLLANTES, V. PINILLA, *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1900 hasta el presente*, cit., p. 172 s.; M. MOLINA IBÁÑEZ, *Dimensión territorial de la despoblación. Aproximación al papel de las políticas públicas en un entorno europeo*, in J. Farinós Dasí, J.F. Ojeda Rivera, J.M. Trillo Santamaría (eds.), *España: geografías para un Estado posmoderno*, Asociación Española de Geografía, Grupo de Trabajo de Historia del Pensamiento Geográfico, Madrid/Barcelona, 2019, p. 153 ss., 162.

69 F. COLLANTES, V. PINILLA, *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1900 hasta el presente*, cit., p. 169.

nomeno: «*the movement by which one leaves a territory*»⁷⁰. Secondo la parafrasi della scuola territorialista, la deterritorializzazione è il processo in cui il territorio, quale «*neoeosistema generato dal reciproco adattamento delle comunità insediate e dell'ambiente [...] vale tutt'al più come intralcio, temporaneo e rimovibile, alla libera circolazione dei capitali e delle merci (e delle persone come puri produttori e consumatori dei primi e delle seconde) e come tale (luogo, identità, comunità) viene rimosso, cancellato, soppresso*»⁷¹.

Dunque, uno dei tratti caratterizzanti il processo di spopolamento rurale è l'oblio degli ecosistemi agricoli e, cioè, del loro valore produttivo, sociale, ecologico, paesaggistico, culturale⁷². La scomparsa degli agroecosistemi dalla

70 G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Anti-Edipo. Capitalismo e schizofrenia* (edizione italiana a cura di Alessandro Fontana), Torino, Einaudi, 1975. Sul rapporto tra il diritto e la deterritorializzazione concettualizzata da Gilles Deleuze e Félix Guattari, v. J.M. MARTÍNEZ GARCÍA, *Derecho, tierra, territorio*, in AA. VV., *Estudios de filosofía del derecho y filosofía política. Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros*, Murcia, Universidad de Murcia 2013, p. 153 e ss. In particolare P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 6, 2002, c. 151, afferma che «globalizzazione significa deterritorializzazione; di conseguenza, significa anche primato dell'economia a tutto detrimento della politica; di più, significa eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità». S. CASSESE, *La crisi dello Stato, cit., passim*, ritiene che la globalizzazione e le interconnessioni internazionali generino una deterritorializzazione delle attività economiche; dunque, la perdita della sovranità degli Stati è quella di tipo economico. Nega una deterritorializzazione delle istituzioni I. CIOLLI, *Il territorio dello Stato e la rappresentanza territoriale, cit.*, p. 65: «lo scopo delle istituzioni nelle diverse epoche storiche è sempre stato quello di organizzare e preservare l'ambito geofisico nel quale si svolgevano le attività umane, ciò vuol dire che questo elemento è ancora di fondamentale interesse per il diritto, per quanto si parli sempre più sovente, ma a torto, di deterritorializzazione delle istituzioni. Sarebbe, piuttosto, che le istituzioni tradizionali siano affiancate da altre modalità organizzative che tengono in minor considerazione l'aspetto territoriale e che, a volte, lo superano. Tuttavia né gli «ordini economici», né le «*global governance*» sono in grado di sostituirsi alle istituzioni territoriali. Piuttosto che proclamare il superamento dello Stato, è forse più proficuo indagare sul legame che questo mantiene con il suo territorio anche in un'epoca di complessi cambiamenti, che modificano le finalità statali e la percezione degli spazi fisici, spesso affiancati da quelli virtuali».

71 A. MAGNAGHI, *Mettere in comune il patrimonio territoriale: dalla partecipazione all'autogoverno*, in *Glocale*, 9-10, 2015, p. 139 ss., 145.

72 ID., *ult. op. cit.*, p. 145, prospetta due possibili scenari: bisogna stabilire «se avanzare oltre nel processo di dissipazione o cercare di contenerlo creando delle sorte di “riserve protette” dove congelare i beni comuni a futura memoria». Infatti, come osserva F. CHOAY, *Del destino della città*, Firenze, Alinea, 2008 p. 86, «lo stupefacente progetto di conservazione integrale del patrimonio costruito [...] è il risultato di un trauma e la risposta ad una minaccia, oscuramente percepita come letale. Voler conservare tutto è una reazione di difesa di cui le nostre società non capiscono la vera finalità». A voler dare un nome a questa tendenza, è utile il richiamo a S. BOYM, *The Future of Nostalgia*, New York, Basic Books, 2001, che tratta della nostalgia non come malessere individuale ma come sintomo della nostra epoca, un'emozione storica (e dunque collettiva), non necessariamente opposta alla modernità e alla responsabilità individuale ma piuttosto coeva alla modernità stessa: «The rapid pace of industrialization and modernization increased the intensity of people's longing for the slower rhythms of the past,

memoria collettiva ha fatto sì che le popolazioni rurali, «*da comunità semi-indipendenti di abitanti, dotati di saperi contestuali e appropriati di attivazione dei beni ambientali, sono gradualmente divenute semplici aggregazioni collettive di utenti, e soprattutto di clienti solvibili*»⁷³. Infatti, anche nei luoghi in cui l'attività agricola è proseguita, la sostanziale integrazione con l'industria ha spersonalizzato il rapporto produttivo tra il fattore umano e il fattore naturale, sorpassando il più auspicabile processo di reciproco adattamento proprio della territorializzazione: al mutualismo si è sostituito il parassitismo del primo sul secondo. Questa caratteristica fa delle aree rurali spopolate dei luoghi privi dell'identità territoriale, come rappresentazione dei legami di appartenenza di una determinata comunità al suo spazio vissuto⁷⁴, che si manifesta nel «saper abitare» la realtà locale⁷⁵.

for continuity, social cohesion and tradition. Yet this new obsession with the past reveals an abyss of forgetting and takes place in inverse proportion to its actual preservation. [...] memorial sites, or “lieux de memoire”, are established institutionally at the time when the environments of memory, the *milioux de memoire*, fade. [...] this points to a paradox of institutionalized nostalgia: the stronger the loss, the more it is overcompensated with commemorations, the starker the distance from the past, and more it is prone to idealizations».

73 I. MELONI, F. PARASCANDOLO, *Dalla terra alla fabbrica, e ritorno. Esperimenti di attivazione delle risorse ambientali nella Sardegna interna, tra irruzione della modernità e pratiche collaborative*, cit., p. 68.

74 F. POLLICE, G. URSO, F. EPIFANI, *Dallo spazio conteso allo spazio condiviso: l'identità territoriale come fattore di integrazione. Il caso della comunità islamica a Lecce*, in *Semestrare di studi e ricerche di geografia*, 2, 2017, p. 117 ss., 118. V. anche A. CACCIARRU, *Geoidentità. La natura relazionale dello spazio*, in G. Demuro, F. Mola, I. Ruggiu (eds.), *Identità e Autonomia in Sardegna e Scozia*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 116 ss. Secondo le scienze geografiche, delle quattro categorie dell'appartenenza significative per l'individuo – etnica, simbolica, reale e territoriale – quella territoriale rileva perché nasce dal rapporto di residenza stabile, ovvero, mutuando V. PARETO, *Lettere 1860-1890 (publiées par Giovanni Busino)*, Ginevra, Librairie Droz, 1981, dalla «persistenza delle relazioni di un uomo con i luoghi». Comunque, questa affermazione non deve indurre a credere che l'identità sia una qualità statica, compiuta o immanente: al contrario, la sua formazione è un processo dinamico, la cui evoluzione dipende dall'interazione con i segni, tracce o sedimenti consolidati. Cfr., in tal senso, A. MAGNAGHI, *Una metodologia analitica per la progettazione identitaria del territorio*, A. Magnaghi (a cura di), *Rappresentare i luoghi. Metodi e tecniche*, Firenze, Alinea Editrice, p. 15.

75 L. RONCHETTI, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2003, p. 99 ss., p. 102, afferma: «Il ridimensionamento o comunque il riposizionamento del ruolo dello Stato nazionale in un mondo attraversato trasversalmente da scelte compiute dalle istituzioni internazionali della globalizzazione, con le conseguenze e le ricadute che verranno richiamate con riferimento ai contesti istituzionali, produce «instabilità» nel rapporto tra il territorio, la popolazione che vi risiede e le norme che regolano le loro interazioni che la forma dello Stato nazione ha sempre assunto come propria pietra angolare. [...] Non stupisce, dunque, che ci sia chi [...] parla di «indifferenza dello spazio fisico» [...] chi di *non-luogo*».

4.4. Amministrazione della dinamica demografica e riterritorializzazione

I piani amministrativi costituiscono lo strumento prescelto tanto dall'Unione europea quanto dall'Italia per amministrare la dinamica demografica dello spopolamento rurale. Essi si contraddistinguono per la capacità di mettere insieme una vasta gamma di attività amministrative funzionali alla realizzazione degli obiettivi che, congiuntamente, contribuiscono a contrastare e mitigare il fenomeno⁷⁶. A livello europeo, si può menzionare il «piano d'azione rurale dell'UE», previsto nell'ambito della Comunicazione sulla «visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE», con la quale la Commissione europea delinea le sfide e le preoccupazioni ma anche le opportunità per il futuro delle aree rurali⁷⁷. Il piano è articolato in una serie di «iniziative faro» riunite intorno a ciascuno degli obiettivi della visione⁷⁸, sintetizzati in quattro linee d'azione da realizzare

76 Sulla pianificazione amministrativa, v., *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 629 ss.; P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000. Nella letteratura straniera, con specifico riferimento ai piani per il contrasto dello spopolamento rurale, v. J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes. El ejemplo de los planes contra la despoblación*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 6, 2022, p. 8 ss.; J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Planes administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Madrid, Marcial Pons, 2023.

77 Comunicazione COM(2021) 345 final, *cit.*

78 Comunicazione COM(2021) 345 final, *cit.*, § 3.1: «I. spazi attraenti, caratterizzati da uno sviluppo territoriale armonioso che ne liberi il potenziale specifico rendendoli luoghi di opportunità e fornendo soluzioni locali per aiutare ad affrontare gli effetti locali delle sfide globali; II. coinvolte in una governance multilivello e basata sul territorio, che sviluppi strategie integrate utilizzando approcci collaborativi e partecipativi, beneficiando di mix di politiche su misura e interdipendenze tra aree urbane e rurali; III. fornitori di sicurezza alimentare, opportunità economiche, beni e servizi per la società in generale, come materiali ed energia a base biologica, ma anche prodotti locali, basati sulla comunità e di alta qualità, energia rinnovabile, mantenendo una quota equa del valore generato; IV. comunità dinamiche che si concentrano sul benessere, compresi i mezzi di sussistenza, l'equità, la prosperità e la qualità della vita, dove tutte le persone vivono e lavorano bene insieme, con un'adeguata capacità di sostegno reciproco; V. comunità inclusive di solidarietà intergenerazionale, equità e rinnovamento, aperte ai nuovi arrivati e che promuovono le pari opportunità per tutti; VI. fonti floride di natura, valorizzate dagli obiettivi del Green Deal, tra cui la neutralità climatica e la gestione sostenibile delle risorse naturali, e che contribuiscono ad essi; VII. beneficiarie a tutti gli effetti dell'innovazione digitale con pari accesso alle tecnologie emergenti, di una diffusa alfabetizzazione digitale e di opportunità di acquisire competenze più avanzate; VIII. luogo di incontro di persone qualificate, innovative e dotate di spirito imprenditoriale, che co-creano il progresso tecnologico, ecologico e sociale; IX. luoghi vivaci dotati di servizi pubblici e privati efficienti, accessibili e convenienti, compresi i servizi transfrontalieri, che forniscono soluzioni su misura (come i trasporti, l'istruzione, la formazione, la salute e l'assistenza, compresa

entro il 2040⁷⁹. Queste iniziative sono focalizzate sulla fornitura di consulenza sull'accesso ai finanziamenti e la concezione delle strategie partecipative, il miglioramento della mobilità rurale e l'accesso alla banda larga, il sostegno economico alle imprese e alle amministrazioni nella transizione ecologica e digitale, la diversificazione economica delle aree rurali⁸⁰.

A livello statale, la Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI), istituzionalizzata dall'Accordo di Partenariato tra Italia e Unione europea per il periodo di programmazione 2014-2020⁸¹, costituisce la principale politica volta a contrastare lo spopolamento rurale. Il piano ha l'obiettivo ultimo di invertire i *trend* demografici –ridurre l'emigrazione, attrarre nuovi residenti, far riprendere le nascite– nelle aree interne del Paese⁸². A tal fine, segue due linee di azione: il finanziamento dei servizi pubblici di istruzione, sanità e mobilità, mediante fondi nazionali; il finanziamento di progetti di sviluppo locale, tramite fondi europei, regionali e locali⁸³.

l'assistenza a lungo termine, la vita sociale e il commercio al dettaglio); X. luoghi di diversità, che sfruttano al massimo le loro risorse, i loro talenti e il loro potenziale unici».

79 Comunicazione COM(2021) 345 final, *cit.*, § 3.1: «zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere».

80 Cfr. Comunicazione COM(2021) 345 final, *cit.*, § 3.2.

81 In corrispondenza di ciascuna programmazione dei fondi europei, gli Stati membri elaborano un accordo di partenariato, coinvolgendo i partner secondo l'approccio della *governance* multilivello in un dialogo integrato con la Commissione, allo scopo di definire a livello nazionale strategie e priorità nonché modalità di impiego efficace ed efficiente dei fondi stessi. Per un approfondimento sulla SNAI, v. M. DE DONNO, C. TUBERTINI, *Frammentazione comunale e contrasto allo spopolamento: la prospettiva italiana*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2020, p. 297 ss., specialmente da 310; E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2023, p. 301 ss., specialmente da 329; M. FALCONE, *Le città italiane nelle politiche europee di coesione: considerazioni critiche da una prospettiva di giustizia spaziale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. speciale, 2023, p. 71 ss., specialmente da 93; C. CIPOLLONI, *Le politiche di contrasto al fenomeno dello spopolamento nelle Aree interne*, in *Italian Papers on Federalism*, 3, 2021, p. 52 ss.; G. URSO, B. GIORDANO, *Paesaggio e cultura nelle strategie delle aree pilota della Strategia Nazionale per le Aree Interne*, in *Territori della Cultura*, 46, 2021, p. 134 ss.

82 *Strategia Nazionale per le Aree interne*, *cit.*, p. 24. Sul concetto di “aree interne”, v., *supra*, il § 4.1.

83 *Strategia Nazionale per le Aree interne*, *cit.*, p. 54. Peraltro, allo sviluppo locale è riconducibile non soltanto l'iniziativa economica privata (come il turismo o le filiere agro-alimentari) ma anche una parte dei servizi pubblici (come l'efficientamento energetico, i servizi digitali ecc.). Al proposito, v. anche *Relazione annuale sulla Strategia Nazionale per le aree interne. Anno 2020*, Dipartimento per le politiche di coesione, https://politichecoesione.governo.it/media/2609/relazione-snai_cipess-2020_finale.pdf,

Un elemento di spicco di questi piani è la preordinazione del “futuro” attraverso l'integrazione dell'esperienza del “passato”. Dal momento che il processo di spopolamento è stato innescato dai fallimenti delle riforme agrarie, alimentato dai sottoprodotti dell'esodo agricolo, territorializzato dal degrado delle terre, gli strumenti giuridici di contrasto del fenomeno attribuiscono all'agricoltura un ruolo primario a tale scopo ma, invece di imitare modelli esogeni, guardano alle risorse endogene del territorio rurale per la costruzione di una nuova economia. Due dei fattori trainanti della visione a lungo termine delle zone rurali dell'UE, cioè resilienza e prosperità, sono connessi alle attività agricole: secondo la Commissione europea, agricoltura, silvicoltura e attività agroalimentari sono volani della resilienza climatica e ambientale; il ruolo economico di agricoltura, silvicoltura e pesca non deve essere trascurato per garantire zone rurali prospere⁸⁴. Nella SNAI, i sistemi agro-alimentari costituiscono uno dei cinque punti focali dello sviluppo locale, il quale si fonda sul presupposto che le aree interne sono ricche di produzioni agricole di pregio, caratterizzate da elevata tipicità e apprezzamento dal mercato⁸⁵; al contempo, si riconosce il legame tra le produzioni agricole di pregio e la ricca biodiversità climatica e naturale che caratterizza queste zone⁸⁶.

Al riconoscimento della rilevanza dell'agricoltura per l'equilibrio demografico del territorio corrisponde la pianificazione delle misure giuridiche che promuovono, incentivando economicamente, una serie di attività legate al

consultato il 6 luglio 2023, p. 25 ss. Per una comparazione con il diritto spagnolo sulla canalizzazione dei fondi europei nel finanziamento dei servizi pubblici nelle aree rurali, sia consentito il rinvio a D. SANTIAGO IGLESIAS, A. DE NUCCIO, *La prestación de servicios públicos locales en zonas despobladas o en riesgo de despoblación: retos y oportunidades*, in Y. Gómez Sánchez (coord.), *Despoblación, cohesión territorial e igualdad de derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, p. 201 ss., specialmente da 220.

84 Non bisogna però dimenticare che, sin dalla nota Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 29 luglio 1988, *Il futuro del mondo rurale*, COM(88) 501 final, p. 8, la Commissione europea evidenzia la necessità di mantenere le popolazioni rurali dedite all'agricoltura, valorizzando al massimo un'agricoltura estensiva di qualità ed incoraggiando gli agricoltori a questo orientamento.

85 *Strategia Nazionale per le Aree interne*, cit., p. 48 ss.

86 *Strategia Nazionale per le Aree interne*, cit., p. 46.

mondo agricolo. Si tratta principalmente di aiuti a giovani agricoltori, donne attive in agricoltura, imprese agroalimentari per la modernizzazione e la digitalizzazione del settore. Quando i piani non si arrestano alla fase puramente informativa ed alla fissazione di obiettivi ma si sviluppano in programmi e progetti⁸⁷, la fonte di finanziamento è costituita principalmente dalla politica di coesione europea, dalla PAC e dal *Next Generation EU*, ossia lo strumento finanziario della ripresa dalla pandemia di Covid-19, il che mette allo scoperto la crucialità dei fondi europei per il contrasto dello spopolamento rurale⁸⁸.

L'ulteriore conferma di una relazione tra l'amministrazione della dinamica demografica e l'amministrazione del territorio, in particolare di quello rurale-agricolo, proviene dalla *governance* del contrasto dello spopolamento rurale.

A livello europeo, la visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE ha previsto la conclusione di un «*patto rurale*»: un quadro comune in cui tutti i livelli di governo e i vari portatori di interessi, con l'ausilio della Commissione e lo sfruttamento delle reti esistenti, possono condividere esperienze, buone pratiche ed idee⁸⁹. Questo proposito è stato messo in pratica con: l'istituzione di un «*Ufficio di sostegno al patto rurale*», che fornisce servizi di agevolazioni e di creazione di reti per la comunità; la creazione del «*gruppo di coordinamento del patto rurale*», quale organo di *governance* del patto; l'istituzione della «*piattaforma della comunità*

87 Su questa scansione v. M. ALMEIDA CERREDA, D. SANTIAGO IGLESIAS, *Las smart communities: un instrumento para alcanzar, de forma planificada i concertada, el equilibrio en la distribución espacial de la población*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 56, 2021, p. 14 ss., specialmente da 26.

88 Cfr. Comunicazione COM(2021) 345 final, *cit.*, § 3.2.; Accordo di Partenariato Italia 2021-2027, Dipartimento per le politiche di coesione, 19 luglio 2022, https://www.dropbox.com/s/zw65s8ljpg5wmv0/2022_07_15_Accordo-di-Partenariato_2021-2027.pdf?dl=0, consultato il 6 luglio 2024. Si badi bene che il contributo del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), come parte del *Next Generation EU*, contribuisce alla realizzazione della linea d'azione della SNAI concernente i servizi pubblici (v. l'investimento per la garanzia della connettività ultra-larga a tutto il territorio nazionale (M1C2); la creazione di infrastrutture sociali nei comuni situati nel territorio delle regioni meridionali ed il sostegno delle farmacie rurali nei comuni con meno di 3.000 abitanti per l'erogazione di servizi sanitari territoriali (M5C3)).

89 Comunicazione COM(2021) 345 final, *cit.*, § 3.1.

del patto rurale», vale a dire uno strumento di collaborazione online che favorisce l'interazione tra le comunità⁹⁰.

A livello nazionale, la SNAI impegna integralmente le regioni e le amministrazioni locali nel senso che si sviluppa in ulteriori strategie, programmi e progetti secondo l'andamento scalare dei vari livelli amministrativi territoriali. Nel periodo di programmazione 2014-2020, l'accesso ai finanziamenti previsti a livello nazionale è stato subordinato all'espletamento di un procedimento suddiviso in tre fasi: in primo luogo, la selezione delle aree, per mezzo di una procedura pubblica svolta congiuntamente da tutte le amministrazioni centrali che compongono il Comitato tecnico aree interne e dalle regioni o province autonome⁹¹; in secondo luogo, l'approvazione della «*Strategia d'Area*» da parte dell'Agenzia per la Coesione Territoriale, contenente schede-intervento e azioni specifiche, risultati attesi ed indicatori di risultato relativi alla traduzione locale degli obiettivi stabiliti a livello nazionale da parte dei comuni che formano l'area interna⁹²; in terzo luogo, la sottoscrizione dell'«*Accordo di Programma Qua-*

⁹⁰ V., in particolare, la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *La visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE: risultati principali e vie da seguire*, 27 marzo 2024, COM(2024) 450 final, § 2.3, e il sito della piattaforma della comunità del patto rurale: https://ruralpact.rural-vision.europa.eu/index_en, consultato il 6 luglio 2024. Anche le iniziative faro, come si evince dalla stessa Relazione, ruotano prevalentemente intorno ai concetti di rete e interazione, oltre a ricerca e sviluppo.

⁹¹ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, della Delibera del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) del 28 gennaio 2015, n. 9, *Programmazione dei fondi strutturali di investimento europei 2014-2020. Accordo di partenariato – strategia nazionale per lo sviluppo delle aree interne del Paese: indirizzi operativi*, il Comitato tecnico aree interne, coordinato dal Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è composto da: Agenzia per la coesione territoriale, Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (oggi Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste), Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (oggi Ministero della cultura), Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (oggi Ministero dell'Istruzione e del Merito), Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero della salute, Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (oggi Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica), Dipartimento affari regionali, le autonomie e lo sport e Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri, ANCI - IFEL, INEA, ISFOL, UPI.

⁹² Si ricorda che, nell'ambito della SNAI, l'associazionismo comunale non è un prerequisito obbligatorio ma un obiettivo da perseguire e un elemento che, se già presente al momento della candidatura, costituisce un punto a favore dell'area candidata. Cfr. *Criteri per la Selezione delle Aree Interne da sostenere nel ciclo 2021-2027*, Dipartimento per le politiche di coesione. Nucleo di

dro» (APQ), contenente sia il programma dei progetti finanziati (progetto integrato d'area) sia la disciplina di dettaglio di ciascun progetto cantierabile, attraverso il quale le amministrazioni centrali, le regioni o le province autonome e i territori assumono gli obblighi per la realizzazione degli obiettivi stabiliti nelle Strategie d'Area⁹³.

A partire dal periodo di programmazione 2021-2027, la *governance* della SNAI è stata affidata ad un organo collegiale di livello statale, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, denominato «*Cabina di regia*». Questo ha il compito di: adottare il «*Piano strategico nazionale delle aree interne*» (PSNAI) ossia il documento che individua gli ambiti di intervento e le priorità strategiche alle quali destinare le risorse del bilancio dello Stato per il miglioramento dei servizi pubblici, tenendo conto delle previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e delle politiche di coesione; approvare le Strategie d'Area; monitorare lo stato di attuazione degli interventi finanziati; promuovere il coordinamento tra i diversi livelli di governo anche attraverso l'alimentazione delle banche dati esistenti⁹⁴.

valutazione e analisi per la programmazione, gennaio 2022, consultabile al link <https://politichecoesione.governo.it/media/2810/snai-criteri-per-la-selezione-delle-aree-da-sostenere-nel-ciclo-21-27.pdf>, consultato il 7 luglio 2024.

93 Cfr. <https://www.agenziacoesione.gov.it/strategia-nazionale-aree-interne/>, consultato l'8 febbraio 2023. L'APQ è definito dall'art. 2, comma 203, lettera c), della l. del 23 dicembre 1996, n. 662, Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, come l'accordo con enti locali ed altri enti soggetti pubblici e privati in attuazione di un'intesa istituzionale di programma per la definizione di un programma esecutivo di interventi di interesse comune o funzionalmente collegati.

94 Ai sensi dell'art. 7 del d.l. del 19 settembre 2023, n. 124, Disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione, per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, nonché in materia di immigrazione, la Cabina di regia è presieduta dal Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR e composta da: Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica, Ministro delle imprese e del made in Italy, Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Ministro dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, Ministro dell'interno, Ministro della cultura, Ministro del turismo, Ministro dell'istruzione e del merito, Ministro dell'università e della ricerca, Ministro della salute, Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, Ministro per le disabilità, Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro per lo sport e i giovani, Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega in materia di coordinamento della politica economica e di programmazione degli investimenti pubblici, presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, presidente dell'Unione delle province d'Italia, presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani e presidente dell'Unione nazionale comuni, comunità, enti montani.

La piattaforma della comunità del patto rurale, in seno alla visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE, e le Strategie d'Area, nell'ambito della SNAI, costituiscono rispettivamente strumento di elaborazione ed esempio concreto di «*strategia territoriale integrata*»⁹⁵: concetto emerso nel contesto della politica di coesione programmata per il periodo 2021-2027 al fine di favorire la co-progettazione, da parte degli attori coinvolti, degli interventi⁹⁶.

A tal proposito, tra le forme in cui l'amministrazione della dinamica demografica sostiene lo sviluppo territoriale integrato deve essere ricordato anche lo «*sviluppo locale di tipo partecipativo*»⁹⁷ o *Community-led local development (CLLD)* o *Liaison entre Actions de Développement de l'Économie Rurale (LEADER)*: si tratta di una forma di assistenza tecnica di tipo cooperativo prescritta agli Stati membri nell'ambito della PAC per ovviare all'incapacità delle politiche tradizionali dall'alto di trattare gli specifici e diversificati problemi delle zone rurali. Per coinvolgere la popolazione nell'elaborazione delle strategie di sviluppo, LEADER si avvale di partenariati territoriali tra il settore pubblico, quello privato e la società civile denominati Gruppi di Azione Locale (GAL). È di rilievo che l'Accordo di Partenariato 2021-2027, con il quale l'Italia ha programmato gli interventi che canalizzano gli aiuti europei della politica di coesione, faccia riferimento al possibile sviluppo di sinergie tra LEADER e la SNAI⁹⁸.

95 Cfr. Allegato della Comunicazione COM(2021) 345 final, *cit.* V. anche il kit di strumenti sulle opportunità di finanziamento UE per le zone rurali: <https://funding.rural-vision.europa.eu/?lng=it>, consultato il 6 luglio 2024. Sulla coincidenza tra le Strategie d'Area della SNAI e le strategie territoriali integrate, v. Accordo di Partenariato Italia 2021-2027, *cit.*, p. 33.

96 V. il considerando 30 e gli artt. 28-29 del reg. (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

97 L'art. 28 del reg. (UE) 2021/1060 inserisce lo sviluppo locale partecipativo tra le forme in cui gli Stati membri possono sostenere lo sviluppo territoriale integrato.

98 Accordo di Partenariato Italia 2021-2027, *cit.*, p. 47.

5. Annotazioni conclusive

Con gli strumenti giuridici di contrasto dello spopolamento rurale, gli organi politici ed amministrativi compiono un'operazione di riterritorializzazione del diritto. Al fine di mitigare il declino demografico, essi provano a rispondere alle esigenze di sviluppo socio-economico delle aree rurali sfruttando le potenzialità delle risorse endogene dei territori (gli ecosistemi agricoli) ma, consapevoli della difficoltà di individuare in maniera completa e precisa queste stesse esigenze e potenzialità, coinvolgono le comunità rurali-locali interessate (le popolazioni interessate) nell'elaborazione degli interventi⁹⁹.

Non è certo che questa «voglia di comunità» sia una reazione dello Stato nazionale alla deterritorializzazione e, dunque, al cedimento della sovranità statale alle istanze sovrastatali¹⁰⁰. Infatti, è soprattutto l'Unione europea a spingere per una rappresentazione degli interessi territoriali e locali e sono anche e soprattutto i fondi europei a finanziare lo sviluppo delle aree rurali. Peraltro, ai fini della partecipazione della popolazione rurale, così come canalizzata negli strumenti elaborati dalle istituzioni europee, sembra imprescindibile il possesso di tecnologie e competenze informatiche: questo aspetto, più che attivare una retorica della globalizzazione, suscita il dubbio che il *modus operandi* prescelto escluda le realtà rurali caratterizzate da marginalità geografica ed un elevato tasso di invecchiamento della popolazione. D'altro canto, proprio dall'Unione eu-

⁹⁹ Si rinvia a E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 302 s., note 3, 4, 5, per la vasta bibliografia ivi citata con riferimento alle elaborazioni teoriche circa la «partecipazione procedimentale» e la «democrazia procedurale».

¹⁰⁰ È la tesi di G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 20: «L'impossibilità, per i singoli Stati, di concorrere secondo forme politiche democratiche al governo del cyberspazio extraterritoriale nel quale si gioca la grande partita del potere globale spinge naturalmente la politica nazionale a ripiegarsi sulla dimensione locale, l'unica nella quale è ancora possibile compiere scelte direttamente e concretamente incidenti su aspetti rilevanti della vita collettiva. La politica nazionale riscopre così nel "locale" i fattori decisivi per la produzione di identità e di appartenenza civica. Trova nei piccoli luoghi gli ingredienti che danno sapore alla cittadinanza, e che è arduo rintracciare nelle distanti e artificiali cittadinanze europea e globale». «Voglia di comunità» rimanda alla traduzione italiana del libro Z. BAUMAN, *Missing Community*, Cambridge, 2000, trad. it., *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari 2001.

ropea si paventa il rischio di un'inefficacia dell'azione senza il forte impegno ed il coinvolgimento a livello degli Stati membri e a livello regionale e locale¹⁰¹.

Alla luce di questo approccio “glocale”¹⁰², allora, ad essere certo è il fatto che la questione demografica sta restituendo centralità agli enti territoriali: da una parte, nella configurazione di formazioni sociali, e, dunque, nella dimensione solidaristica dei doveri pubblici verso e tra gli abitanti che li consustanziano secondo lo spirito dell'art. 2 della Cost¹⁰³; dall'altra, nella funzione di ponte per il passaggio e la riproduzione, all'interno dei territori rurali, della dimensione permeabile, pluralista e interculturale, dunque inclusiva ed integrativa dei diritti della persona, che caratterizza, ma solo verso l'interno, la spazialità europea¹⁰⁴.

Tuttavia, quanto fin qui osservato sullo spopolamento serve a mettere in evidenza soltanto un caso emblematico della relazione tra il territorio e la dinamica demografica: ad esempio, la Commissione europea fa sapere che «*i cambiamenti climatici e l'inquinamento atmosferico esercitano un impatto negativo sulla mortalità e sulla morbilità della popolazione, colpendo in particolare i gruppi più vulnerabili, tra cui gli anziani. L'emergenza climatica e il degrado ambientale possono influire anche sulla scelta di*

101 Relazione della Commissione COM(2024) 450 final, *cit.*, § 4.

102 V., al proposito, M.R. FERRARESE, *La “glocalizzazione del diritto”: una trama di cambiamenti giuridici*, in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global Law vs. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006. V. anche i richiami alla glocalizzazione in A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, *cit.*, p. 20 ss.

103 Sulle situazioni in cui è «il pubblico potere a farsi formazione sociale», v. G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo democratico nello Stato democratico*, Milano, 1980, p. 95 ss. V. anche M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2020, p. 533 ss.; L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 3965 ss.

104 Sulle caratteristiche della spazialità europea, v. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, *cit.*, p. 38 ss. In particolare, sulla differenziazione tra spazio esterno ed interno, a p. 43: «All'esterno, esso ha confini rigidi e saldamente presidiati, che assumono il significato proprio di una frontiera sul piano geopolitico come su quello ideologico. [...] Sul fronte interno, lo spazio comune europeo, privo di frontiere interne, è omogeneo, isomorfo, uniforme, sganciato da ogni radicamento identitario e definibile in termini puramente normativistici – e dunque kelseniani – come sfera materiale di vigenza delle regolazioni UE». V. anche A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, *cit.*, p. 17 ss.

*avere figli o no*¹⁰⁵; si assiste a fenomeni di migrazione ambientale e climatica¹⁰⁶. A questa scala, l'illusione dell'apertura dei confini territoriali restando all'interno dello spazio europeo potrebbe non essere sufficiente a garantire l'equilibrio demografico del territorio.

105 Comunicazione COM(2023) 577 final, *cit.*, p. 5.

106 Rileva l'assenza di una normativa esplicitamente riferita a questa categoria di migranti, R. PICONE, *Migrazioni ambientali e ordinamento nazionale. Quali strumenti di tutela?*, in *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 20, 2024, p. 1246 ss. Sul diritto interno, v. anche A. STAVANATO, *I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2023, p. 1 ss.; A. CASCONI, *Migranti ambientali e permesso di soggiorno per calamità: profili di diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2, 2023, p. 325 ss. Sulla *governance* delle migrazioni relative a fenomeni climatici e ambientali nel diritto europeo, v. M. CONSITO, *Per tornare a parlare di Green New Deal tra diritto di asilo e solidarietà*, in *ADiM blog*, http://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2020/03/ADiM-Blog-Marzo-2020-Analisi-Opinioni-M.-Consito_DEF.pdf, 2020, consultato il 9 luglio 2024; F. PASSARINI, *La tutela dei migranti ambientali nel diritto dell'Unione europea: l'impatto dei recenti sviluppi della prassi giurisprudenziale nazionale e internazionale*, in *Diritto pubblico europeo*, 1, 2024, p. 499 ss. Sul diritto internazionale, v. F. PERRINI, *Cambiamenti climatici e migrazioni forzate: verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; A. DEL GUERCIO, *Una governance integrata della mobilità umana nel contesto del cambiamento climatico. Spunti di riflessione a partire dalla decisione Teitiota del Comitato per i diritti umani*, in *Diritto pubblico europeo*, 1, 2022, p. 334 ss., specialmente da 358; L. GALLI, *La protezione dei migranti climatici in Italia: luci e ombre nelle prime pronunce dopo l'ordinanza n. 5022/2021 della Cassazione*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2022, p. 79 ss.; V. DINI, *Migranti climatici e ambientali*, in *I diritti dell'uomo*, 1, 2021, p. 25 ss.; M.C. PONTECORVO, *Towards Litigating Climate-Induced Migration? Current Limits and Emerging Trends for the Protection of "Climate-Induced Migrants" in International Law*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 1, 2022, p. 99 ss.

MARTA PECCHIOLI
Dottoranda di ricerca, Scuola Superiore Meridionale
m.pecchioli@ssmeridionale.it

THE REQUIREMENT FOR ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN CASES OF TRANSBOUNDARY HARM IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: HOW FAR HAVE WE COME?

ABSTRACT

At the international level, the duty to conduct an environmental impact assessment (EIA) for those projects that may pose a significant threat to the environment is now enshrined in numerous treaties and multilateral agreements. However, these are not always binding, the parties signing them are usually limited, and their provisions are often vague. In this context, the role of judges in substantiating the EIA obligation is particularly important. This paper analyses the rulings issued by the International Court of Justice (ICJ) on EIA to date. These pronouncements have been scarcely progressive and harboured new interpretative doubts on the content of such duty. Greater clarity and incisiveness on the part of the international judges is desirable if EIAs are to prove a truly useful tool in preventing transboundary environmental damage. After briefly reviewing the development and main features of EIA, the work analyses the relevant jurisprudence of the ICJ in order to identify the Court's recurring errors. Subsequently, in the light of the pressing need for environmental protection caused by the worsening climate crisis, it questions some of the possible causes of the judges' conservatism and attempts to propose solutions to improve future jurisprudence. Indeed, it is likely that the Court will be called upon to adjudicate on transboundary environmental protection issues with increasing frequency.

KEYWORDS: environmental impact assessment – international court of justice – environmental protection – transboundary harm – water protection

INDEX: 1. Introduction – 2. Outreach and content of EIA obligations – 3. The ICJ's case law – 3.1. The *Pulp Mills* Case – 3.2. *Certain Activities/Construction of a Road* Case – 3.3. The *Silala* Case – 4. Recurring

errors of the Court and indications for moving forward – 5. Possible causes for the Court's conservatism
– 6. Prospects: the case of Japan – 7. Conclusion

1. Introduction

Although there are various definitions of environmental impact assessment (EIA) at international, regional and national level¹, it can generally be defined as «*an examination, analysis and assessment of planned activities with a view to ensuring environmentally sound and sustainable developments*»². This is done «*by improving the quality of information to decision makers, so that environmentally sensitive decisions can be made [adequately]*»³. EIA, by combining well-defined procedural rules, in the short term allows democratic legitimacy to be conferred on the decision-making process by facilitating the negotiation of competing interests⁴, while in the long term can acquire a 'transformative value' by molding the interests of actors towards the implementation of international environmental standards⁵. Especially at national level, EIA cannot assure that mitigating measures are always taken⁶. Its goal is to contribute to more informed and conscious decision-making through the negotiation of stakeholders, the study of potential environmental impacts of proposed projects, and the examination of alternatives to such projects. In the transnational context, although its informational function is still paramount, EIA becomes particularly relevant also in the prevention of environmental damage, as it substantiates the principle of the prohibition of transboundary harm⁷.

1 For a comprehensive analysis, see A. GILLESPIE, *Environmental Impact Assessments in International Law*, in *Review of European Community & international environmental law*, 2008, 17(2), 221 ff.

2 UNEP - UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment*, January 16, 1987.

3 UNECE, *Policies and Systems of Environmental Impact Assessment*, in *Environment Series*, January 1991, ECE/ENVWA/15.

4 N. CRAIK, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration*, Cambridge University Press, 2008, p. 39.

5 *Ibid.*, Ch. 7.

6 J.H. KNOX, *The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment*, in *The American Journal of International Law*, 2002, 96(2), p. 298.

7 On the principle of transboundary damage, see M. GEMALMAZ, *Transformation From Soft Law to Hard Law of International Environmental Protection: Process, Basic Concepts and Principles – Part*

A wide range of treaties and international legal instruments enshrine the EIA obligation⁸. However, many of them merely establish a general requirement to carry out EIAs and use abstract and vague formulations, which lead to some obstacles in practical application. Even when more specific EIA standards are outlined in multilateral agreements, these rarely have binding force⁹ and the parties to them are limited. In this context, the role of the International Court of Justice (ICJ) is very important in providing guidance on the interpretation and application of EIA laws. Although the Court has been given several opportunities to rule on the subject over the past 30 years, its jurisprudence on EIA is, to date, rather disappointing and lacking in clarifying guidance for customary international law.

After briefly reviewing some significant stages of the codification of EIA and its main features, this paper seeks to analyse the jurisprudence of the ICJ on transboundary EIA in order to highlight its inconsistencies and shortcomings. It then attempts to identify the reasons that motivate the conservative attitude of the Court's judges and to indicate a way forward that would mark a positive change in their rulings, also in light of the challenges they are likely to face in the near future.

2. Outreach and content of EIA obligations

The obligation to conduct an EIA can be traced back to the US National Environmental Policy Act (NEPA) of 1969, which led to its spread in national

1: «Common Heritage of Mankind», «Present and Future Generations», «Inter/Intra-generational Equity» and «Sustainable Development», in *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, 2022. J.H. KNOX, *The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment*, *Ibid*, argues that it is wrong to derive the EIA obligation from the principle of transboundary damage, which is more an ideal than a principle of customary law which is being followed in practice. Rather, it is more useful to link EIA to the principle of non-discrimination, also in order to make EIA a more effective tool to prevent environmental damage.

8 See N. CRAIK, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration*, *cit.*, Ch. 4.

9 The only formally binding treaties are the Espoo Convention and the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: see *Ibid*.

legislation worldwide¹⁰. At regional level, an important step was the adoption of the EIA Directive no. 85/337 by the EC in 1985, later repealed by Directive no. 2011/92 and subsequently amended by Directive no. 2014/52. At international level, its role in international environmental protection was only officially recognised in 1987 by the United Nations Environment Programme (UNEP), which published the Objectives and Principles of Environmental Impact Assessment¹¹, a set of guidelines aimed at defining in detail how EIA should be conducted by States. Subsequently, it found its way into various multilateral treaties, albeit with often generic formulations. After initially being excluded from the final version of the Stockholm Declaration for fear that it might undermine the right to development of States¹², EIA was enshrined in Article 17 of the Rio Declaration¹³. Of particular relevance is also the Espoo Convention¹⁴, adopted in 1991 and in force since 1997. It constitutes a significant step forward in international law both because it institutionalises a standardised EIA process and mandates it not only in a national, but also in a transboundary context, and because it contains an unprecedented level of detail for the conduct of EIA. The Convention has been ratified by 41 countries (mostly from Western and Eastern Europe) and signed, but not ratified, by Russia and the United States. It was subsequently amended in 2001 to allow States that are not members of the UNECE but are part of the United Nations to accede to it. Other notable instruments of international law that provide for the EIA obligation include the United Nations Convention on

10 Including developing countries. See *Ibid*, Ch. 2.

11 UNEP - UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment*, *cit.*

12 L.B. SOHN, *The Stockholm Declaration on the Human Environment*, in *Harvard International Law Journal*, 1973, 14(3), p. 431.

13 The *Rio Declaration on Environment and Development* of 1992 states: «Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority».

14 *Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention)*, February 5, 1991.

the Law of the Sea (UNCLOS)¹⁵, the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty¹⁶, Convention on Biological Diversity (CBD)¹⁷, the Draft Articles of the International Law Commission on the Prevention of Transboundary Damage Resulting from Hazardous Activities¹⁸ and more¹⁹.

The reiterated recognition of the EIA obligation suggests that it belongs to customary international law, although there is considerable uncertainty about its content. In general, by looking at the domestic practice of the most developed States on matters of EIA²⁰, it can be said that it must consist of the following phases in order to be effective: (i) screening, to identify activities to be subjected to EIA and to provide minimum information about them; (ii) scoping, to better identify projects that actually entail some risks; (iii) impact analysis and assessment of alternatives; (iv) public participation; (v) final decision; and (vi) follow-up, to ensure continuous post-project monitoring. Under domestic EIA regulations, international treaties and instruments, and, as will be seen, the ICJ's jurisprudence, an EIA should only be undertaken for those projects that, based on a preliminary assessment, may present a risk of significant harm to the environment. It is unclear, however, how the threshold of significance should be assessed. A further issue that generates uncertainty concerns the specific content of the EIA, i.e. which elements should be taken into account, how they should be assessed and what impact they should have in the decision-making process. While the Court basically leaves these issues to be dealt with internally by States, international legal instruments sometimes provi-

15 *United Nations Convention on the Law of the Sea*, December 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 397, p. Articles 204, 205 and 206.

16 *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty*, October 4, 30 I.L.M. 1455, Art. 8.

17 *Convention on Biological Diversity*, June 5, 1992, 1760 U.N.T.S. 79, 143; 31 I.L.M. 818, Art. 14.

18 INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on the Prevention of Transboundary Damage Resulting from Hazardous Activities*, August 10, 2001, UN Doc. A/RES/56/82 (2001), UN Doc A/56/10, Art. 7.

19 See Y. SONG, *The Obligation of EIA in the International Jurisprudence and Its Impact on the BBNJ Negotiations*, in *Sustainability*, 2023, 15(1) 487 ff. and N. CRAIK, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration*, *cit.*, Ch. 4.

20 See N. CRAIK, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration*, *Ibid.*, Ch. 2.

de more precise guidance. In particular, the Espoo Convention stipulates in Appendix I which activities must necessarily undergo an EIA, while Appendix III sets out general criteria for evaluating the environmental impact of a proposed activity. However, it is doubtful whether these instruments reflect international custom and thus whether they can bind non-contracting parties.

3. The ICJ's case law

The rule requiring States to carry out an EIA if there is a risk of significant transboundary damage was first explicitly stated by the Court in 2010. However, this was not a new concept in its jurisprudence. As early as 1995, in the *Nuclear Tests II* Case, New Zealand had argued that France was obliged to conduct an EIA before carrying out nuclear tests in the Pacific Ocean, according to both the Numea Convention binding the two States and customary law²¹. Although the Court did not enter into the substantive issue, Judge Weeramantry, in his dissenting opinion, noted that EIA was enjoying increasing international acceptance and advocated for the requirement to conduct EIAs in case of a risk of transboundary harm by virtue of the «*position of special trust and responsibility in relation to the principles of environmental law*»²². In 1997, in the *Gabčíkovo-Nagymaros* Case, the same judge reiterated the concept, emphasising in particular the necessary continuing nature of EIA²³. In general, existing international EIA case law sheds light on conflicting interpretations of the nature and scope of EIA obligations and it also reveals the context in which disputes are most likely to arise. In fact, all the cases examined so far by the Court relate to the use of transboundary watercourses. This section deals with subsequent developments in the Court's case law, from 2010 to date.

²¹International Court of Justice, *Request for An Examination of the Situation with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, ICJ Reports 1995, p. 288, para. 35.

²² *Ibid*, *Dissenting opinion of Judge Weeramantry*, paras 344-335.

²³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1997, p. 7, *Dissenting opinion of Judge Weeramantry*, paras 111-113.

3.1 The Pulp Mills Case

The dispute concerned the use of the Uruguay River, which marks the border between Argentina and Uruguay, on whose banks Uruguay had authorized in 2005 the construction of one of the world's largest paper mills, which has been operational since 2007. While for Uruguay this activity was desirable to generate job opportunities, Argentina, which would not obtain any economic benefit, opposed the project from the outset, arguing that it would harm public health and the environment. Consequently, after months of unsuccessful negotiations with Uruguay, Argentina submitted a request for provisional measures to the ICJ, which was rejected on the basis that there was no evidence that the construction of the mills would result in damages that could not be removed later should Argentina prevail on the merits²⁴. Although the final ruling came in 2010, the refusal to grant provisional measures was somehow already indicative of the Court's stance²⁵. Following the commissioning of the plant and the inevitable souring of interstate relations, Argentina and Uruguay appealed to the ICJ, which delivered its decision on 20 April 2010²⁶.

The judgment represented a turning point in international environmental law because the Court ruled for the first time that the practice of EIA «*in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law [...] where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resources*»²⁷. The Court expressly linked EIA to the principle of prevention and also stipulated that continuous monitoring of the project's

²⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, I.C.J. Reports 2006, p. 113.

²⁵ This point is also stressed by C.R. PAYNE, *International Court of Justice - duty of environmental impact assessment - right to develop - duty to notify and consult - international standards - equitable and reasonable use of watercourses - duty to prevent pollution*, in *The American journal of international law*, 2011, 105(1), p. 100.

²⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 14.

²⁷ *Ibid*, para 204.

effects on the environment must be carried out²⁸. At the same time, however, the ICJ stated that international law does not specify the scope and content of EIA and that it is therefore up to state discretion to define them on a case-by-case basis²⁹. Although some authors have praised this ruling for its innovative content³⁰, it is not particularly commendable, as the dissenting judges and several commentators pointed out.

Firstly, although it noted that it was necessary to interpret the 1975 Statute regulating the management of the river between the two States in the light of the relevant rules of customary international law, the Court confirmed, as argued by Uruguay, that its jurisdiction was limited to such Statute³¹. Since Article 41 of the Statute does not entail a referral to other sources of international law³², the Court did not find it necessary to invoke, for example, the 1997 UN Convention on Watercourses³³, nor the Espoo Convention, to which the parties do not adhere but whose authority would have helped to better delineate the content of EIA. Furthermore, since the decision excluded Argentina's claims relating to noise, visual and air pollution³⁴, it overlooked customary and conventional requirements that could exemplify established practices and standards of international law, thus limiting the judgment's impact on the development of international environmental law.

28 *Ibid*, paras 204-205.

29 *Ibid*, para 205.

30 See, for example, A. BOYLE, *Developments in the International Law of Environmental Impact Assessments and their Relation to the Espoo Convention*, in *Review of European Community & international environmental law*, 2011, 20(3) 227 ff. and J. DE MULDER *Case note: International court of justice judgement on the paper mill permit dispute between Argentina and Uruguay recognizes the requirement of environmental impact assessment in a transboundary context*, in *RECIEL*, 2010, 19(2) 263 ff.

31 *Pulp Mills on the River Uruguay, cit.*, para 52.

32 D.K. ANTON, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Rep (20 April 2010)*, in *Australian International Law Journal*, 2010, 17(1), p. 219 notes that it only establishes an obligation for the parties to exercise their regulatory power in accordance with international obligations.

33 *Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, May 21, 1997, UN Doc. A/51/869.

34 With the exception of air pollution that affects the river's water quality: see *Pulp Mills on the River Uruguay, cit.*, para 52.

Secondly, although the Court reiterated the importance of ensuring the environmental protection of shared natural resources while allowing for sustainable economic development, it did not take a position on Argentina's request that the river's pre-existing legitimate interests (including recreational and tourist uses) be taken into account³⁵. Such neutrality indicates a lack of sensitivity on the part of the judges towards environmental protection and a disguised fear of compromising the economic rationale behind the project.

Thirdly, the Court held that it was for Argentina, the applicant, to bear the burden of proving that Uruguay had not taken all necessary measures to protect the environment and prevent pollution³⁶. This disregards the obvious difficulty of meeting the burden of proof in the context of environmental damage, especially when this is to be done in a prognostic manner. It is therefore not surprising that the Court found the evidence submitted by Argentina to be inconclusive. In this regard, as noted by Judges Al-Khasawneh and Simma in their joint dissenting opinion³⁷, the Court's choice not to avail itself of non-party expert testimony, as required by Articles 50 and 62 of its Statute³⁸, is also blameworthy. In fact, the experts were presented as counsels or advocates and were therefore not subject to questioning by the other party and the Court, despite the fact that their contribution could have been of crucial importance, especially in a case of such high technical complexity.

Fourthly, the Court recognised that Uruguay had breached its procedural obligations under Article 7 of the 1975 Statute by failing to notify Argentina before issuing the environmental permits for the mills³⁹. However, it considered that since the infringement had ceased, the mere declaration of its existence by the Court was an adequate satisfaction⁴⁰. Such *ex post* approach

35 *Ibid*, para 177.

36 *Ibid*, para 164.

37 *Ibid*, *Joint dissenting opinion Judges Al-Khasawneh and Simma*, para 5.

38 Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, 3 Bevens 1179, 59 Stat 1031, TS 993, 39 AJIL Supp 215 (1945), Cmd 7015.

39 *Pulp Mills on the River Uruguay, cit.*, paras 104-107 and 158.

40 *Ibid*, para 269.

was criticised by Judges Al-Khasawneh and Simma, who noted that the Court's duty is not to determine *a posteriori* whether a breach has occurred and what remedies are available, but to assist the parties from the outset of the dispute to prevent the violation from taking place⁴¹.

Finally, and surprisingly considering the emphasis placed on cooperation by the Espoo and Aarhus Conventions, the Court did not find a legal obligation to consultation, although it acknowledged that Uruguay had indeed consulted the affected populations of both countries⁴². In this regard, it is unfortunate that the Court did not seize the opportunity, as requested by Argentina, to give relevance to Principles 7 and 8 of the UNEP Goals and Principles on EIA and especially Article 13 of the 2001 ILC's Draft Articles on the Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities⁴³.

3.2. Certain Activities/Construction of a Road Case

The hope that the Court would be more progressive in its post-*Pulp Mills* jurisprudence was dashed by the following EIA case it had to deal with. In 2010, Costa Rica submitted a claim to the ICJ, arguing that Nicaragua had violated its international treaty obligations, including the Ramsar Convention on Wetlands, by committing incursions and occupations in Costa Rican territories, along with dredging and channeling activities, which were causing serious damage to protected rainforests and wetlands of the Colorado and San Juan rivers. In turn, Nicaragua initiated proceedings against Costa Rica in 2011, which resulted in the two judgments being joined. Nicaragua complained that, by building a road along part of the border in Costa Rican territory, Costa Rica had caused damage to the river ecosystem and violated various international

41 *Joint dissenting opinion Judges Al-Khasawneh and Simma, cit.*, para 21.

42 *Pulp Mills on the River Uruguay, cit.*, para 40.

43 This is particularly regretful, especially in light of the ILC's role in the progressive development of international law: see G. HAFNER and H.L. PEARSON, Environmental issues in the work of the Environmental Law Commission, in *Yearbook of International Environmental Law*, 2000, 11(1), p. 3.

environmental obligations⁴⁴. Both countries, believing that the other had caused transboundary harm, recognised the need to conduct an EIA, but argued that the other party had failed to do so.

The Court delivered its judgment in 2015⁴⁵. While Costa Rica's claim that there was a significant risk of transboundary harm from Nicaragua's dredging activities was rejected, the ICJ accepted such a risk existed for Nicaragua in relation to Costa Rica's road construction project. The Court, after reaffirming that EIA is an obligation under general international law, specified that it applies not only to industrial activities but to any project that may cause significant transboundary environmental damage⁴⁶. Furthermore, it clarified that EIA obligations consist of two stages. The first one is a preliminary assessment to be conducted «*on the basis of an objective evaluation of all the relevant circumstances*»⁴⁷. If this first phase reveals the presence of a risk of significant transboundary harm, the second stage is triggered and it consists of the requirement to conduct a more comprehensive EIA. Other than that, the ruling did not mark a significant step forward with respect to the *Pulp Mills* Case and has therefore been severely criticised. It reiterated that the content of EIA will be decided subjectively by the States⁴⁸, leaving the line between the State's discretion in conducting an EIA and the Court's requirement for a preliminary impact assessment to determine the existence of a significant risk of transboundary harm «*entirely subjective and indeterminates*»⁴⁹. In Nicaragua's

44 In particular, the Ramsar Convention, the Agreement over the Border Protected Areas between Nicaragua and Costa Rica, the CBD Convention and the Convention for the Conservation of the Biodiversity and Protection of the Main Wildlife Areas: see para. 50 of the judgment.

45 International Court of Justice, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665.

46 *Ibid*, para 106.

47 *Ibid*, para 153.

48 *Ibid*, para 104.

49 D. DESIERTO, *Evidence but not Empiricism? Environmental Impact Assessments at the International Court of Justice in Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*' at <https://www.ejiltalk.org/evidence-but-not-empiricism-environmental-impact-assessments-at-the-international-court-of-justice-in-certain-activities-carried-out-by-nicaragua-in-the->

application, the Court was more precise in identifying the scientific data that led it to conclude in favour of the appellant, concluding that «*the nature and magnitude of the project and the context in which it was to be carried out*»⁵⁰ indicated that Costa Rica's construction of the road posed a risk of significant damage. Strikingly, instead, in the case brought by Costa Rica, the ICJ did not clarify what evidence it relied on to conclude that Nicaragua's activities did not pose a risk of significant damage. In addition, the Court came to this conclusion while ignoring the content of the Ramsar Convention, which grants enhanced environmental protection to wetlands, such as the San Juan River on which Nicaragua performed the dredging works. In so doing, it missed the opportunity to clarify the meaning of 'significant transboundary harm', once again limiting its jurisdiction and avoiding reference to instruments of international law that would have helped it to better frame the scope of the EIA requirement⁵¹.

Since the Court did not specify what is part of «*general international law*», the judges questioned whether the EIA obligation stems from an independent customary rule or is part of the principle of due diligence. According to *ad hoc* judge Dugard, EIA can be derived from *opinio iuris*, whereas due diligence is a separate duty that must be applied when conducting EIA⁵². Judge Donoghue, conversely, argues that the expression «*general international law*» includes, in addition to *opinio iuris*, a reference to the «*fundamental parameters of the international legal order*»⁵³, in particular due diligence⁵⁴. This latter view seems to

border-area-costa-rica-v-nicaragua-and-con/, 2016-

50 *Certain Activities/Construction of a Road Case, cit.*, para 155.

51 In particular, the Espoo Convention and the Draft Articles of the International Law Commission (see reference at 18). The latter, in Article 1, links the concept of significant transboundary harm to the «*physical consequences*' of proposed activities, by taking into account the «*developments in scientific knowledge*» in their assessment. Moreover, «*an activity may involve a risk of causing significant transboundary harm even though those responsible for carrying out the activity underestimated the risk or were even unaware of it. The notion of risk is thus to be taken objectively ...*».

52 *Certain Activities/Construction of a Road Case, cit.*, *Separate opinion of Judge ad hoc Dugard*, para 9.

53 *Certain Activities/Construction of a Road Case, cit.*, *Separate opinion of Judge Donoghue*, para 3.

54 *Ibid*, para 1.

result in more specific duties, as due diligence may take the form of different obligations depending on the stage at which it is applied. However, it cannot be ignored that the principle of due diligence still suffers from considerable vagueness⁵⁵. Furthermore, Judge Dugard warned that «[t]he danger of considering the duty of due diligence as the source of the obligation to carry out an EIA is that it allows a State to argue, retrospectively, that because no harm was demonstrated at the time of the release procedure, no duty of due diligence arose at the time of project planning»⁵⁶. This would undermine the duties of cooperation between States, including those of notification and consultation. Indeed, the Court is ambiguous on this point as well, because it asserts that only after EIA has confirmed the existence of a risk of transboundary harm is the State obliged, «in accordance with the duty of due diligence»⁵⁷, to notify and consult in good faith with the concerned States. Judge Donoghue was rather critical on this point and suggested that the obligations of consultation and notification should be independent of the duty to conduct EIA, as they may, in fact, arise even earlier⁵⁸. Such contention is confirmed by international law⁵⁹.

It is therefore evident that this case represents the failure of the Court to evolve from its precedent in *Pulp Mills*, despite the fact that in the five years elapsing since such ruling, international environmental law had taken important steps forward, especially with the enactment of the Paris Agreement. The ICJ did not exhibit a heightened awareness of the need to better delineate the objective obligations of EIA, nor of the contribution it could make to the prevention of transboundary harm. Instead, it issued a ruling that is not only non-innovative, but also a source of new ambiguities.

55 J. BENDEL and J. HARRISON, Determining the Legal Nature and Content of EIAs in International Environmental Law: What does the ICJ Decision in the Joined *Costa Rica v Nicaragua/Nicaragua v Costa Rica* Cases Tell Us?, in *Questions of International Law*, 2017, 42, p. 18.

56 *Separate opinion of Judge ad hoc Dugard, cit.*, para 10.

57 *Certain Activities/Construction of a Road Case, cit.*, para 104.

58 *Separate opinion of Judge Donoghue, cit.*, para 10.

59 See Art. 16 of the Rio Declaration; Art. 15.2(b) of the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty; Article 14.1(c) and (d) of the Convention on Biological Diversity.

3.3. The Silala Case

The Court's latest decision related to EIA dates back to 1 December 2022⁶⁰. Although the Court issued a final ruling and did not delve into the discussion on EIA, the judgment is nevertheless significant to understand the evolution of the Court's attitude towards the protection of transboundary watercourses. The dispute originated in 2016 when Bolivia filed a claim against the Chilean government for the use of the Silala river system. The river flows naturally from Bolivia to Chile (although the surface flow is artificially increased) and is located in the Atacama Desert, one of the world's most arid regions. On 6 June 2016, the Republic of Chile filed an application with the ICJ to initiate proceedings against Bolivia seeking declarations on (i) the nature of the Silala river system as an international watercourse; (ii) its right to the equitable and reasonable utilisation (ERU) of the river's waters; (iii) Bolivia's obligation to take all necessary measures to prevent and control environmental damage on the river; and (iv) Bolivia's obligation to cooperate and notify Chile of activities that may have an adverse effect on the shared watercourse. Pursuant to Article XXXI of the Pact of Bogotá, on which the dispute was based, the Court concluded that its jurisdiction depended on the actual existence of a dispute between the parties⁶¹. The Court found that there no longer existed a dispute, the parties having eventually agreed on the legal standards to be applied and the facts of the case⁶². The only point on which the Court reached a determination was the duty of the States to consult and notify each other on the use of Silala's waters, although it held that Bolivia had not violated such obligation⁶³.

This ruling was also criticised by dissenting judges and commentators, mainly because it had been hoped that this case would shed light on the

⁶⁰ International Court of Justice, *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p. 614.

⁶¹ *Ibid*, para 39.

⁶² *Ibid*, para 59.

⁶³ *Ibid*, para 118.

definition of watercourse in international law⁶⁴. The Court was accused of leaving the parties without a declaratory judgment that would provide guidance on their rights and obligations⁶⁵. In this regard, *ad hoc* judge Simma noted that a convergence of views is not a legally binding agreement and does not necessarily result in a common understanding of how to settle a dispute⁶⁶. Judge Charlesworth observed that in declaring the controversy without object, the Court wrongly relied on the precedent of the *Nuclear Tests* Case, where, unlike the dispute at hand, a binding legal agreement had been reached whereby France would cease conducting atmospheric nuclear tests in the South Pacific⁶⁷. This case would thus represent a dangerous precedent because of the ease with which the ICJ maintained that the claims had no object and issued a final ruling instead of a declaratory judgment⁶⁸, leaving both parties dissatisfied and without granting full environmental protection.

Specifically, the Court did not clarify the content of the general principles of international law applicable to international watercourses, including the principle of ERU, the duty not to cause significant harm and that to exchange information. First, it is still uncertain whether, as argued by Chile, the definition of 'international watercourse' under Article 2 of the 1997 Watercourses Convention⁶⁹ reflects customary international law. In addition, it was not established whether Chile's use of the river waters complied with the principle of ERU (whose applicability, not content, was acknowledged by the parties), nor did the Court assess whether the «*unique characteristics*»⁷⁰ of the river could have had an impact on such principle. Likewise, the notion of

64 See L. KONG, *The Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala Case and the Customary Rules on the Definition of International Watercourse*, in *Review of European Community & international environmental law*, 2020, 29(3) 322 ff.

65 D. ZIEBARTH, *Dispute Over the Status and use of the Waters of the Silala (Chile v Bolivia): A significant non-decision*, in *The Journal of Water Law*, 2022, 27(6) 199 ff.

66 *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala*, *cit.*, *Separate opinion of Judge ad hoc Simma*, para 9.

67 *Ibid*, *Declaration of Judge Charlesworth*, paras 13-14.

68 D. ZIEBARTH, *cit.*

69 See reference at 33.

70 *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala*, *cit.*, para 58.

Chile's «acquired right» to use the river was not addressed, the ICJ having ruled that any modification of river flows by Bolivia would not constitute a violation⁷¹. Finally, and most significantly for the purposes of the present argument, the Court did not shed light on the scope of the obligation to consult and notify under, respectively, Articles 11 and 12 of the Watercourses Convention. It denied that Article 11 reflects customary international law⁷² and reiterated its previous jurisprudence, stating that it is the existence of a risk that triggers EIA obligations and, therefore, also the duty to notify⁷³. It was noted that these uncertainties would not have arisen had the Court not limited its focus to the Convention and referred to the other relevant legal sources on internationally shared waters, especially to the detailed requirements on consultation, notification and equitable and reasonable use set forth in the Berlin Rules on Water Resources which, according to the International Law Association, express the current state of customary international law on the subject⁷⁴.

Therefore, this decision can also be said to be unsatisfactory in many respects, save for one. Compared to its previous case law, in this case the ICJ carefully considered the scientific evidence, as it relied on the submissions of independent experts who were cross-examined and re-examined⁷⁵.

4. Recurring errors of the Court and indications for moving forward

In its jurisprudence so far, the ICJ has firstly shown a contradictory attitude. Although as early as the *Gabčíkovo-Nagymaros* Case it affirmed its «awareness of the vulnerability of the environment» and stated the «often irreversible

71 T.M. KEBEBEW, *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v Bolivia): Is the International Court of Justice falling short?*, in *Review of European Community & international environmental law*, 2023, 32(2), p. 373 ff.

72 *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala*, *cit.*, para 112.

73 *Ibid*, para 116.

74 J.W. DELLAPENNA, *The Dispute over the Status and Use of the Silala River (Chile v. Bolivia): The International Court of Justice Again Declines to Apply International Water Law*, in *Wyoming law review*, 2023, 23(2), p. 88.

75 See *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala*, *cit.*, para 22.

*character of damage to the environments*⁷⁶, in its case law it has consistently debased the role of EIA. Indeed, despite the fact that EIA requires compliance with a standardised procedure, the Court, by erroneously making it depend on factual elements – namely the existence of risk – has thus «*undermin[ed] the very rationale of the EIA, i.e. the identification of future environmental damage, to the extent that the presence of harm, instead of being the outcome of the process, becomes one of its constitutive elements*»⁷⁷. Besides, if we look at Article 17 of the Rio Declaration, we can notice that it requires EIAs for activities that may have a «*significant impact on the environments*» and not for those that entail a risk of damage, as constantly required by the Court. Moreover, although the Court has upheld the centrality of an «*ecosystem approach*»⁷⁸ and has emphasised the importance of the precautionary principle in this context, it then reversed the burden of proof on the applicant. This entails a narrow reading of the principle of precaution which paves the way to the possibility that environmental damage may not be prevented and shows that the Court was oblivious to the fact that the standard of proof may vary from case to case⁷⁹. Also, the Court continued to maintain that EIA obligations belong to customary international law, thus forgetting the fact that a standard has achieved customary status is of secondary importance when it lacks the necessary details to influence the practice of States⁸⁰. Consequently, it did not clarify the minimum content of EIA, what the threshold is for determining when harm may be significant, nor the relationship between the EIA requirement and the duty to consult and notify the parties that may be affected by the proposed project. Furthermore, the

76 *GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, *cit.*, para 112.

77 E. RUOZZI, *The Obligation to Undertake an Environmental Assessment in the Jurisprudence of the ICJ: A Principle in Search of Autonomy*, in *European journal of risk regulation*, 2017, 8(1), p. 166.

78 O. MCINTYRE, *The World Court's Ongoing Contribution to International Water Law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguay*, in *Water alternatives*, 2011, 4(2), p. 139.

79 *Pulp Mills on the River Uruguay*, *cit.*, *Separate opinion of Judge Greenwood*, paras 24-25.

80 D. BODANSKY, *Customary (and Not So Customary) International Environmental Law*, in *Indiana journal of global legal studies*, 1995, 3(1), p. 105 says that considering law as customary even when it is not followed in the practice of States belongs to the «*myth system*» of international environmental law.

references to «*general international law*» oblige interpreters to wonder what sources the Court might be alluding to and effectively prevent them from reaching definitive solutions. This results in reliance on domestic law, which can be dangerous especially when it is not aligned with the standards required at the international level. In this regard, the claim that vagueness in EIA is beneficial because it may lead States to act with caution and (as they fear that the threshold has been reached) avoid the risk of procedural violations⁸¹, seems to be fallacious. Not only is it dangerous for effective environmental protection, but it is also not borne out by the facts.

Secondly, the Court errs towards drawing a clear distinction between substantive and procedural obligations and in continuing to frame EIA as a purely procedural one⁸². While the latter relate to the duty of States to comply with certain procedures before carrying out activities that may entail a transboundary environmental risk, substantive obligations concern state duties that derive from international conventions or customary international law and that aim at the effective protection of the environment⁸³. The Court's statement in *Pulp Mills* that the two are «*intrinsically linked*»⁸⁴ is of little value in light of the later consideration that they, not being indivisible, must be considered separately⁸⁵. While it is true that a breach of procedural obligations may be instrumental in establishing non-compliance with substantive duties⁸⁶, the reverse is not necessarily true, i.e. that mere observance of procedural obligations determines fulfilment of substantive obligations as well. Rather, the fact that a State is essentially only bound to comply with procedural

81 Cogan (2016), 326. J.K. COGAN, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, in *The American journal of international law*, 2016, 110(2), p. 326.

82 This is also noted by Judges Khasawneh and Simma (see reference at 37), paras 26-28.

83 Arslan (2022), 459. K.B. ARSLAN, *The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties in the Context of Environmental Transboundary Harm*, in *Public and Private International Law Bulletin*, 2022, 42(1), p. 459.

84 *Pulp Mills on the River Uruguay*, *cit.*, para 68.

85 *Ibid*, paras 23-24.

86 O. MCINTYRE, *The World Court's Ongoing Contribution to International Water Law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguay*, *cit.*, p. 137.

requirements risks releasing it from its substantive law commitments, thus allowing it to freely promote its political and economic interests ‘masked’ behind the impartiality of EIA⁸⁷. Additionally, classifying EIA as a merely procedural requirement undermines its intimate connection with substantive obligations, such as the principle of due diligence. Indeed, EIA is one of the parameters for assessing respect for the duty of due diligence, although it stands as an autonomous constraint. To argue the contrary, not only exposes one to the dangers already highlighted by the dissenting judges, but also means failing to understand that due diligence originates from the imperative to refrain from causing harm and, therefore, is closely linked to the *ex post* liability of the State⁸⁸. Instead, EIA takes an anticipatory perspective which aims to prevent the problem from arising. In this sense, EIA might seem more easily assimilated with the precautionary principle or that of cooperation. On closer inspection, however, even when placed in relation to these two principles, EIA remains an independent obligation. It is not part of the precautionary principle, but it can be useful in determining whether precautionary measures need to be taken⁸⁹. It cannot be incorporated into the duty to cooperate either, the latter being only one of the requirements to be applied to EIA. However, by emphasising the relationship between cooperation and EIA, it is possible to clarify certain doubts about the threshold of significance of harm, the timing of notification and, if the duty to cooperate within EIA is breached, to provide for compensatory damages⁹⁰. It would therefore be appropriate for the Court, also in light of the recognition of EIA as a customary obligation, to unequivocally establish its autonomy from other principles of international

87 A. LANGSHAW, *Giving Substance to Form: Moving towards an Integrated Governance Model of Transboundary Environmental Impact Assessment*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, 81(1), p. 27.

88 Y. TANAKA, *Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment (eia) in International Adjudication: Interaction between Law and Time*, in *Nordic Journal of International Law = Acta Scandinavica Juris Gentium*, 2021, 90(1), p. 91.

89 *Ibid.*, p. 97 ff.

90 N. CRAIK, *The Duty to Cooperate in the Customary Law of Environmental Impact Assessment*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, 69(1), p. 257.

environmental law, while recognising their value in making the latter operational.

Following these remarks, it is possible to try and trace the trajectory that the ICJ should follow in its future rulings in order to make its case law on EIA and on environmental protection more impactful. To begin with, due to the transboundary nature of environmental problems, it is necessary for the ICJ, as a body serving the international community, to understand that disputes between States involving environmental interests almost never affect only the parties involved, as they can have consequences on a global scale. Therefore, too broad a deferral to the discretion of national decision-makers, who might be influenced by selfish political and economic concerns, does not seem the optimal solution in the environmental field. Leaving the definition of the content of EIA in the hands of States, moreover, amounts to characterising it «*as an aid to decision-making rather than as a determining factor*», thus not enabling it to fulfil its role in promoting sound decision-making in the international arena⁹¹.

The Court has a (legal and ethical) duty to promote the model of «*composite administration*»⁹², which can foster dialogue between international bodies and States on environmental matters. This does not only mean acting as an interlocutor for the parties by simply inviting them to improve cooperation in good faith, but also to play, when necessary, the role of an authoritative guide that sets precise standards that foster coordination between States⁹³. The ICJ should establish that the EIA obligation is independent of other principles of environmental law and specify once and for all not only its procedural, but also its substantive characteristics. This would strengthen the responsibility of

91 Y. SONG, *The Obligation of EIA in the International Jurisprudence and Its Impact on the BBNJ Negotiations*, in *Sustainability*, *cit.*

92 See A. VON BOGDANDY and P. DANN, *International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority*, in *German law journal*, 2008, 9(11), 2013 ff.

93 N. CRAIK, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration*, *cit.*, Ch. 3.

States and thus the environmental protection function of EIA⁹⁴. Indeed, as long as a violation is only framed as procedural, the State concerned is left with no remedy other than the declaration by the Court that such breach has taken place, as no material damage can be identified⁹⁵. The ICJ could also go a step further and show awareness in its decisions that proposed activities that could have a significant impact on the environment acquire relevance not only in terms of the harm that a party has suffered or may suffer but, in light of the intersection between the right to a healthy environment and the human rights regime, they also involve ecological, social and economic interests, which are also likely to have global repercussions⁹⁶. In this sense, the ICJ should explicitly acknowledge the importance of integrating EIA with strategic environmental assessments (SEAs) and social impact assessments (SIAs)⁹⁷. In doing so, the Court should not be afraid of undermining the independence of state executive powers. It should not be forgotten that the distinctly procedural character of EIA makes it, compared to substantive duties, an obligation to which States are more willing to conform and has thus determined its popularity and rapid spread across different legal regimes. Moreover, defining more clearly the standards to be applied at the international level to EIA does not amount to creating new law, but simply to specifying how to achieve its objectives and general principles. In this case, the main goal of EIA lies in the prevention of transboundary environmental harm, which has been established independently by national governments and has found recognition in domestic

94 Y. SONG, *The Obligation of EIA in the International Jurisprudence and Its Impact on the BBNJ Negotiations*, in *Sustainability*, *cit.*

95 N. CRAIK, *The Duty to Cooperate in the Customary Law of Environmental Impact Assessment*, *cit.*, p. 257.

96 Y. WU, 'Limited Sovereignty' or 'Community of Interests'? *A Review of the Indus Water Kishenganga Awards*, in *International Journal of Water Resources Development*, 2024, 1 ff. states that this requires a shift from the «limited sovereignty» to the «community of interests» approach.

97 SEAs relate to the integration of environmental considerations into the preparation of policies, plans and projects, whereas SIAs relate to social and cultural impact assessments. See J. NAKAMURA *et al.*, *International Legal Requirements for Environmental and Socio-Cultural Assessments for Large-Scale Industrial Fisheries*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2022, 31(3), 336 ff.

laws and multilateral treaties. In this respect, it would be helpful if the Court would clarify whether the Espoo Convention belongs to customary international law, considering that it is recognised as the «*exemplary standard for the process to be followed when conducting an EIA*»⁹⁸ and its effectiveness in handling controversial situations⁹⁹.

5. Possible causes for the Court's conservatism

After many years of vague and unsatisfactory case law for both or only one of the parties, it is difficult to understand why the Court, despite its key role in the evolution of international law, has not yet felt the need to clarify the content of customary international law applicable to transboundary watercourses. A few theories can be offered to explain the scarcely progressive attitude of the Court. According to some commentators, much depends on the parties' ability to fully develop their arguments so as to allow the Court a more informed decision¹⁰⁰. However, it cannot be ignored that ultimately the task of articulating the law does not lie with the parties. Another reason could be the generality of treaty provisions, which could detail the conditions for triggering EIA or require it for all activities¹⁰¹. However, this seems unlikely to happen, considering that the generality of international law regulations is one of the conditions that ensure their legitimacy by virtue of the flexibility they provide. Moreover, it cannot be denied that in both domestic and international law there are already several examples of legal instruments specifying in detail the mandatory content of EIA, which may provide the Court with a solid starting point to develop its jurisprudence¹⁰². While it is true that the Court's

98 *Certain Activities/Construction of a Road Case, Separate opinion of Judge Bhandari, cit.*, para 32.

99 See M. KOYANO, *The significance of the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention) in international environmental law: examining the implications of the Danube Delta case*, in *Impact Assessment and Project Appraisal*, 2008, 26(4), 299 ff.

100 A. BOYLE, *Developments in the International Law of Environmental Impact Assessments and their Relation to the Espoo Convention, cit.*, p. 231 asserts so in relation to the *Pulp Mills Case*.

101 Y. TANAKA, *Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment (eia) in International Adjudication: Interaction between Law and Time, cit.*, pp. 110-112.

102 N. CRAIK, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration, cit.*, p. 126 ff., notes that EIA has acquired a specific significance in the international

jurisdiction is usually based on the existence of compromissory clauses that limit its gaze to the multilateral agreement in which the clause is found¹⁰³, it is equally true that the Court itself has admitted since 1986 the need to take into account developments in international law *in its case law*¹⁰⁴. In addition, following Dworkin's reasoning according to which the law is not only a set of written norms¹⁰⁵, the Court would in any case be required to go beyond the boundaries of legal texts to include in its decisions rules that are not explicitly mentioned in them.

Three convincing hypotheses behind the ICJ's reluctance to interpret the precautionary principle more broadly have been advanced¹⁰⁶. These may be helpful in explaining the Court's general attitude in the rulings under examination. The first is the fear that a broad interpretation of the principle could pose a threat to States as it could become a pretext for increasing the number of lawsuits against them; the second may be related to the Court's perceived risk of losing its position of power within the UN; the third could stem from the structure of the ICJ, which partly mirrors that of the Security Council in that the latter's permanent members, namely China, Russia, the UK and the US, always have a member in the ICJ and are skeptical towards such principle.

Finally, a further reason behind the conservatism of the ICJ, complementary to those advanced so far, could be the lack of adequate awareness on the part of judges of the importance of environmental protection, in particular water protection. In this sense, it would be necessary to promote for judges and at all levels of education an approach that leads to

arena.

103 J. HARRISON, *Reflections on the Role of International Courts and Tribunals in the Settlement of Environmental Disputes and the Development of International Environmental Law*, in *Journal of Environmental Law*, 2013, 25(3) 501 ff.

104 *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, *cit.*, para 140.

105 R. DWORKIN, *Taking rights seriously* (Bloomsbury, 2008), pp. 22-23 claims that law is not only made up of written legal norms, but also of principles and policies.

106 D. KAZHDAN, *Precautionary Pulp: 'Pulp Mills' and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle*, in *Ecology law quarterly*, 2011, 38(2), pp. 549-550.

the abandonment of the utilitarian perspective of the 'here and now' in favour of one that looks to the interests of future generations¹⁰⁷. This could be done by applying Rawls' social contract theory to the goals of sustainable development¹⁰⁸. By educating judges to perform thought experiments such as the 'original position' and the 'veil of ignorance'¹⁰⁹ ones, they could abandon their prejudices and gain greater awareness of how serious environmental issues will become in the long run. Certainly, in a field as complex and highly technical as environmental protection, relying on experts is also crucial for judges to make up for their lack of scientific knowledge. In this regard, the fact that the Court made use of independent experts in the *Silala* case is a positive sign in this direction.

6. Prospects: the case of Japan

The shift in attitude required from the Court is imperative. The worsening of the climate crisis is becoming more tangible, and the voices of those calling for environmental protection to be given a prominent place in policy making are becoming increasingly loud. As a result, the number of cases concerning environmental litigation and transboundary EIA to be heard by the Court is likely to grow. One case that is causing a stir and may soon come before the judges of the ICJ is that of the management of contaminated water generated as a result of the 2011 earthquake-affected Fukushima nuclear power plant accident. After evaluating other disposal options for the nuclear-contaminated water, in 2021 Japan concluded that dumping into the Pacific Ocean was

107 See M. ZALEWSKA, *The New Dimension in Judicial Decisions for Acceleration of Water Resources and Biosphere Sustainability*, in *Ecobydrology & Hydrobiology*, 2024.

108 See G.E. HENDERSON, *Rawls & Sustainable Development*, in *The McGill international journal of sustainable development law and policy*, 2011, 7(1), 1 ff.

109 'Original position' means that the rules for a just society are established from the beginning. 'Veil of ignorance' means that people in their original position do not know who they will be in this society, whether they are competent or not, healthy or sick, strong or disabled: see M. ZALEWSKA, *The New Dimension in Judicial Decisions for Acceleration of Water Resources and Biosphere Sustainability*, *cit.*

the most convenient and cost-effective solution¹¹⁰. This raised an outcry from neighbouring countries, international organisations and citizens¹¹¹, who considered the action irresponsible and not compliant with international law¹¹², particularly because a proper EIA had not been conducted.

Japan appears to have performed a preliminary assessment of the risk of significant harm¹¹³ from which it concluded that the radioactive impact of the discharge is extremely low¹¹⁴. In doing so, however, it has not addressed the request of a considerable number of countries to assess the radioactive elements other than tritium in the contaminated water¹¹⁵, thus failing to consider «*all the relevant circumstances*»¹¹⁶ in its preliminary EIA. Moreover, various reports and studies have shown that Japan's discharge practice is far from risk-free¹¹⁷. Therefore, a second and more thorough EIA should have been conducted to assess the environmental impact of the dumping activity, as required by Article 206 of UNCLOS¹¹⁸. By failing to fulfil this obligation and by not engaging in consultations with the relevant stakeholders¹¹⁹, Japan appears to have violated not only the treaties on nuclear safety, but also the

110 The Prime Minister in Action, *Inter-Ministerial Council for Contaminated Water, Treated Water and Decommissioning Issues*, April 13, 2021 at <https://japan.kantei.go.jp/99_suga/actions/202104/_00012.html>.

111 See The Guardian, *Fukushima: Japan announces it will dump contaminated water into sea*, April 13, 2021 at <<https://www.theguardian.com/environment/2021/apr/13/fukushima-japan-to-start-dumping-contaminated-water-pacific-ocean>>.

112 The reference is to Articles 194-206 of the Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), to the Convention on Nuclear Safety and the Convention on Early Notification of a Nuclear Accident (CENNA).

113 TEPCO, *TEPCO Releases Report on Treated Water Disposal*, March 17, 2020 at <<https://www.tepco.co.jp/en/hd/newsroom/reports/archives/2020/pr20200327-e.html>>.

114 IAEA, *IAEA Releases First Report on Safety of Planned Water Discharge from Fukushima Daiichi Site*, 2022 at <<https://www.iaea.org/newscenter/pressreleases/iaea-releases-first-report-on-safety-of-planned-water-discharge-from-fukushima-daiichi-site>>.

115 Y.C. CHANG *et al.*, *Frontier Issues in International Ocean Governance: Japan's Discharge of Nuclear Contaminated Water into the Sea*, in *Marine pollution bulletin*, 2024, 198115853 ff.

116 *Certain Activities/Construction of a Road Case*, *cit.*, para 153.

117 See W. MEN, *Discharge of Contaminated Water from the Fukushima Daiichi Nuclear Power Plant Accident into the Northwest Pacific: What Is Known and What Needs to Be Known*, in *Marine pollution bulletin*, 2021, 173(A) 112984 ff.

118 «*When States have reasonable grounds for believing that planned activities under their jurisdiction or control may cause substantial pollution of or significant and harmful changes to the marine environment, they shall, as far as practicable, assess the potential effects of such activities on the marine environment and shall communicate reports of the results of such assessments in the manner provided in Article 205*».

general principles of precaution, due diligence, prohibition of transboundary harm and cooperation, as well as the international case law on transboundary damages. This is compounded by two problems. First, the lack of specification of the scope of substantive EIA makes it more difficult to prove Japan's liability and thus compel it to behave in good faith to preserve the marine environment from irreparable impairment. Second, the fragmented and generic nature of the provisions on nuclear discharges at sea¹²⁰ is not conducive to States' compliance with best practices in this field. Notably, there are no standards that can be applied to nuclear contaminated water from nuclear accidents. In this regard, it was argued that «*a systematic review of the international law rules and requirements for the EIA and achieving their concretisation in specific circumstances would contribute to reducing the arbitrariness of Japan's decisions and actions*»¹²¹. More specifically, the need to develop a legal framework on transboundary EIA for Northeast Asia that relies on non-compliance procedures to resolve disputes in a non-confrontational manner was also advocated¹²².

Under such circumstances, the role of international courts will be crucial. Indeed, the matter may end up under the scrutiny of the ICJ, although proving Japan's violation of substantive rules may not be an easy task for the claimants¹²³. Alternatively, it will be possible to initiate arbitration proceedings before the ITLOS which, following an application by Ireland under Annex VII of UNCLOS, is already handling the *MOX Plant* Case between Ireland and the

119 Pacific Island Forum, *SG Puna Opening Remarks, Third Briefing Session with the Government of Japan regarding its intention to discharge ALPS Treated Water into the Pacific Ocean*, September 15, 2021 at <<https://forumsec.org/publications/sg-puna-opening-remarks-third-briefing-session-government-japan-regarding-its>>.

120 See X. CHEN X and Q. XU, *The Implementation of the Environmental Impact Assessment in Fukushima Contaminated Water Discharge: an Analysis of the International Legal Framework*, in *Frontiers in Marine Science*, 2024, 1 ff.

121 *Ibid.*, p. 2.

122 R. AN *et al.*, *A New Transboundary EIA Mechanism is Called for: Legal Analysis and Prospect of the Disposal of Fukushima ALPS-Treated Water*, in *Environmental impact assessment review*, 2024, 105 ff.

123 However, the Court is showing increasing openness to judging violations of *erga omnes* obligations under international environmental law: see *Ibid.*

UK¹²⁴, whose circumstances are very reminiscent of the Japan case. It is hoped that Japan's conduct, being unique in history, will ensure that the judges or the arbitrators will not only address the regulatory fragmentation on nuclear issues and promote cooperation between States, but also clarify once and for all the aspects of EIA that are still obscure.

It has been rightly argued that parties that might be harmed by Japan's discharge activity could and should rely on the ICJ's power to issue advisory opinions¹²⁵. Indeed, the Court has already issued such opinions in cases involving the use of nuclear weapons¹²⁶. In this respect, it is relevant to note that on 29 March 2023 a request for advisory opinion, initiated by civil society, was filed by the UN General Assembly asking the ICJ for the first time about the obligations of States to address climate change¹²⁷. The delivering of the opinion is expected in 2025 and it represents an important opportunity for the Court to embrace a more progressive attitude that allows it to contribute to the clarification and development of international environmental law. This will be facilitated by two factors. Firstly, the ICJ can render advisory opinions without the constraint of the existence of a bilateral litigation relationship, which significantly simplifies the burden of proof. Secondly, the Court will not be limited

124 ITLOS, *The MOX Plant Case (Ireland v United Kingdom)*, *Provisional Measures*, Order of 3 December 2001, *ITLOS Reports 2001*, p. 95.

125 Y.C. CHANG and X.Y. DUAN, *ICJ Advisory Opinion Key Step in Dealing with Japan's Nuclear-Contamination Water Dumping*, in *Global Times*, 2022 at <<https://www.globaltimes.cn/page/202204/1259122.shtml>>.

126 International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 66.

127 An advisory opinion on the same matter was submitted to the ITLOS in 2012 and was delivered on the 24th of May. In it, ITLOS has claimed that «*States Parties to the Convention have the specific obligations to take all necessary measures to prevent, reduce and control marine pollution from anthropogenic GHG emissions and to endeavour to harmonize their policies in this connection*» (para 243) and stressed the importance of due diligence (para 235): see ITLOS Press Release, *Tribunal Delivers Unanimous Advisory Opinion in Case No. 31*, May 24, 2024 at <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_english/PR_350_EN.pdf>. A third advisory opinion of the same caliber is currently being examined by the Inter-American Court of Human Rights: see Riemer and Scheid (2024). L. RIEMER and L. SCHEID, *Leading the Way: The IACTHR's Advisory Opinion on Human Rights and Climate Change*, in *VerfBlog*, 2024 at <<https://verfassungsblog.de/leading-the-way/>>.

in its jurisdiction to specific sources of international law, as the applicants have adopted a holistic approach in citing sources of international law for the Court to consider¹²⁸. This suggests that, to some extent, the Court's advisory opinions may be even more important than its case law. Indeed, whilst not binding, they have legal weight and moral authority and can be cited as precedents in subsequent judgments¹²⁹.

7. Conclusion

EIA is a governance process that acquires normativity because, if properly implemented, it fosters transparency, discourse and participation in matters of public interest that may have a detrimental impact on the environment. Notwithstanding its importance at the domestic level, it is at transnational level that EIA best expresses its potential to converge heterogeneous governmental concerns, enabling reasoned solutions to collective problems to be generated. In this context, internationally developed EIA standards are essential to guide the behaviour of States. However, EIA provisions are often vague, contained in soft law instruments, or have a territorially limited application. Therefore, States rely on the regulations of domestic law, which are not always aligned with the most up-to-date practice of environmental law and, above all, may be influenced by the selfish logic of short-term profit maximisation.

The role of international courts is crucial in outlining more precise EIA standards. Yet, to date, the jurisprudence of the ICJ on EIA is rather disappointing. Apart from clarifying in 2010 that EIA is an obligation belonging to customary international law, the Court continues to show great deference to national legislators. By failing to contribute to the development of more precise procedural

128 As in the Request: «Having particular regard to the Charter of the United Nations, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Paris Agreement, the United Nations Convention on the Law of the Sea, the duty of due diligence, the rights recognized in the Universal Declaration of Human Rights, the principle of prevention of significant harm to the environment and the duty to protect and preserve the marine environment ...».

129 See Y.C. CHANG *et al.*, *Frontier Issues in International Ocean Governance: Japan's Discharge of Nuclear Contaminated Water into the Sea*, *cit.*

and substantive requirements for EIA, the ICJ has shown a lack of awareness of the importance of this instrument in preventing transboundary environmental damage and a fear of establishing itself as a major player in international environmental protection. The change of course requested by the Court will only occur when judges realise that climate challenges require them to adopt a new perspective which puts the interests of future generations at the centre. This paper argued the need for the ICJ to promptly adopt an adaptive teleological interpretation in its jurisprudence that takes into account developments in international law and the urgency of tackling the climate crisis on a global scale. The identification and acknowledgment of the mistakes made so far is crucial to achieve a more progressive attitude on the part of the judges and their contribution to the evolution of international environmental law. The Court could exercise its power in shaping the law not only by delivering judgments, but also by issuing advisory opinions. The latter, more informal option is particularly useful as it leaves the Court freer to express its views on the issues before it. Of course, not all the responsibility for ensuring environmental protection can fall on judges, or on the law in general. To effectively address environmental challenges and promote effective sustainable development, as is well known, the law only goes so far if it is not flanked by appropriate economic, political and social strategies.

GIUSEPPE CHIAIA NOYA

Professore a contratto di European Business Law, LUM Giuseppe Degennaro
g.chiaianoya@studiolegalechiaianoya.it

ADRIANO GAROFALO

Cultore della materia, LUM Giuseppe Degennaro
a.garofalo@studiolegalechiaianoya.it

L'APPLICAZIONE DELL'ART. 42-BIS DEL D.LGS. N. 151/2001 AL PERSONALE MILITARE E DI POLIZIA

THE APPLICATION OF ARTICLE 42-BIS OF LEGISLATIVE DECREE NO. 151/2001 TO MILITARY AND LAW ENFORCEMENT PERSONNEL

SINTESI

Il presente lavoro ha quale obiettivo quello di esaminare quali siano le problematiche applicative dell'art. 42-bis del d.lgs. n. 151/2001 nei confronti dei Militari e degli operatori delle Forze di Polizia e di individuare le soluzioni preferibili rispetto alle molteplici e, spesso, contrastanti applicazioni giurisprudenziali. Se tale norma, anche alla luce delle modifiche introdotte nel tempo, non presenta particolari difficoltà applicative per i dipendenti della P.A. in generale, non altrettanto può dirsi per i militari e per gli operatori delle forze di Polizia rispetto ai quali, non solo specifiche norme speciali, ma anche la particolarità dei loro compiti, ne ha reso problematica l'applicazione.

Si è passati dalla ritenuta non applicabilità della disciplina al personale militare e di Polizia, sino all'applicazione condizionata a determinate situazioni individuate da specifiche disposizioni.

Di certo, però, sia la P.A., sia il personale che invochi tale disciplina, hanno assistito a mutevoli interpretazioni del quadro normativo che, tuttavia, non hanno inciso in maniera significativa sulle rispettive impostazioni, sicché ancora si assiste, nella lettura delle decisioni giurisprudenziali, a rigetti in situazioni di inesistenza di ragioni ostative dell'istanza, o ad istanze pacificamente al di fuori del perimetro applicativo della disposizione e delle norme speciali ad essa applicabili.

Si tratta di questione di non poco rilievo, tenuto conto che, a partire dall'anno 2013, in cui il Consiglio di stato ha definitivamente chiarito che tale disciplina fosse applicabile anche al personale militare e di polizia, la gestione del personale di tali forze è stata – e continua ad essere - fortemente condizionata dalle assegnazioni temporanee richieste, che naturalisticamente danno luogo ad una sottrazione di forze nella sede di appartenenza, a fronte di situazioni di non utilizzabilità concreta o di eccedenza di personale, nella sede di auspicata assegnazione.

L'individuazione, in questa sede, delle diversissime opzioni interpretative e la scelta delle soluzioni più coerenti con lo spirito della misura di tutela prevista dalla norma, mirano proprio a favorire scelte più consapevoli da parte non solo degli interessati, ma anche dei soggetti pubblici che, nella gestione delle problematiche organizzative del personale di questo tanto peculiare settore della P.A., si ritrovano a dover decidere anche sulla effettività della tutela familiare.

ABSTRACT

The present work aims to examine the practical issues related to the application of Article 42-bis of Legislative Decree No. 151/2001 with regard to military personnel and law enforcement officers, as well as to identify the most suitable solutions, considering the multiple and often conflicting jurisprudential applications.

While this provision, especially in light of the amendments introduced over time, does not present peculiar application difficulties for public administration employees, the same cannot be said for military personnel and law enforcement officers. For these categories, its application became problematic not only due to specific special rules, but also for the particular nature of their duties.

The legal interpretation has evolved, from considering the regulation inapplicable to military and police personnel, to its conditional application in certain situations defined by specific provisions.

Certainly, both the public administration and the personnel invoking this provision, have witnessed changing interpretations of the legal framework, which, however, have not significantly impacted their respective positions. As a result, jurisprudential decisions still show rejections in situations where there are no valid grounds for denying the request, or applications that are clearly outside the scope of the provision and its applicable special rules.

This is a matter of considerable significance, especially considering that, starting from 2013, when the Council of State definitively clarified that this regulation is also applicable to military and police personnel, the management of such personnel has been – and continues to be – strongly influenced by the temporary assignments requested. These assignments naturally lead to a depletion of personnel in their home base, due to situations of unavailability or surplus personnel in the desired assignment location.

In this context, the identification of the various interpretative options and the choice of solutions that are most consistent with the protective purpose of the provision, aim to encourage more informed decisions not only by those concerned but also by public bodies, which, in managing the organizational issues of personnel in this highly specialized sector of public administration, must also decide on the actual provision of family protection.

PAROLE CHIAVE: Militari – Assegnazione temporanea – Famiglia – Specializzazione

KEYWORDS: Military Personnel – Temporary Assignment – Family – Specialization

INDICE: L'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001 – profili storici. 2) L'applicabilità al personale militare. 3) Requisiti per l'applicazione dell'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001. 4) Natura giuridica e condizioni per l'accoglimento della domanda: la sussistenza di un posto di corrispondente posizione retributiva. 5) L'esistenza di esigenze organizzative e/o di servizio idonee a giustificare il rigetto della domanda del personale militare: i casi o esigenze eccezionali legittimanti il dissenso della P.A. 6) Le ragioni legittimanti il rigetto della domanda di assegnazione temporanea.

1. L'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001 – profili storici

L'art. 42-bis del D.lgs. n. 151 del 30 marzo 2001 prevede che il dipendente pubblico, che abbia un figlio di età inferiore a tre anni, “... *possa essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro*

genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione”.

La norma è stata inserita nel D.lgs. n. 151/2001¹ dall'art. 3, comma 105, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, quale effetto di “spinte” provenienti dalla normazione internazionale e quale completamento di orientamenti interni volti a consentire l'effettività delle misure volte alla tutela dei figli ed alla parità di trattamento tra i genitori.

Valga ricordare che nell'ordinamento italiano si è iniziato a disporre positivamente il riconoscimento di diritti al riposo delle lavoratrici madri, strumentali alla tutela del bambino, già con l'art. 10 della l. n. 1204/1971, che venivano ammessi anche per il padre lavoratore soltanto con l'art. 7 della l. 9 dicembre 1977, n. 903, intesa a realizzare la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro.

La Corte Costituzionale è intervenuta due volte estendendo il principio di uguaglianza contenuto nell'art. 7 della legge n. 903. In un primo momento², dichiarandone l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevedeva che il diritto all'astensione dal lavoro e il diritto al godimento dei riposi giornalieri, riconosciuti alla sola madre lavoratrice potessero essere riconosciuti anche al padre lavoratore ove l'assistenza della madre al minore fosse divenuta impossibile per decesso o grave infermità, sulla base della considerazione che la funzione dell'astensione “obbligatoria” dal lavoro (nei primi tre mesi di vita del bambino) e dei riposi giornalieri (entro l'anno dal parto) non si esaurisce nella tutela della salute della madre, dovendo essere ricondotta anche alle esigenze di tutela del minore, mediante l'assicurazione dell'assistenza familiare materiale ed

¹ La sintesi ed i paragrafi 1, 2 e 3 sono a cura di Giuseppe Chiaia Noya ed i paragrafi 4, 5 e 6 sono a cura di Adriano Garofalo.

² Recante il “*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*”.

² Corte Cost., 14 gennaio 1987, n. 1, in *Dir. famiglia* 1987, 507.

affettiva, essenziale per lo sviluppo della sua personalità, che il padre è in grado di prestare.

Successivamente, il Giudice delle leggi³, ritenendo superata la concezione di una rigida distinzione dei ruoli fra i genitori nell'assistenza del bambino, dichiarava nuovamente l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 903/1977 nella parte in cui non estendeva, in via generale, ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel suo primo anno di vita.

In questo solco interpretativo, il legislatore interveniva nel 2001, in sede di adozione del D.lgs. n. 151, dettando una serie di disposizioni volte a prevedere delle agevolazioni di orario o di presenza (artt. 39, 40 e 41), in un'ottica di sempre maggiore parità di genere.

Si pone quindi, in termini di norma di chiusura del sistema - benché apparentemente estranea a quelle contenute nel Capo VI del d.lgs. n. 151 del 2001, dedicato a “Riposi, permessi e congedi” – l'art. 3, comma 105, della legge n. 350/2003 (legge Finanziaria 2004) che, introducendo l'art. 42-bis nel T.U., ha facilitato e maggiormente garantito la fruizione dei permessi e congedi e, comunque, un'effettiva e concreta cura degli interessi dei figli, ponendo il dipendente pubblico nella condizione di potersi avvicinare al centro logistico dell'unità familiare, tenuto conto che nessuna garanzia di parità nell'accudimento dei figli può trovare effettiva esplicazione se il nucleo familiare è diviso e distante per esigenze lavorative dei genitori. In tale ottica, agevolare l'avvicinamento delle sedi di lavoro, costituisce l'antecedente logico, prima che giuridico, di tutto il sistema delle tutele, vero e proprio presupposto “logistico” delle stesse, in assenza del quale esse finiscono per “gravare” (tale divenendo a quel punto l'espressione più consona) esclusivamente su quello tra i genitori che ha la possibilità “fisica” di prendersi cura dei figli, in linea di massima e per connaturale impostazione del sistema, la donna⁴.

3 Corte Cost., 21 aprile 1993, n. 179, in *Riv. it. dir. lav.* 1993, II, 642 (con nota di Pinto).

4 Così: Cons. Stato, sez. II, 7 agosto 2023, n. 7725, in: *Foro Amm.* (II) 2023, 7-08, II, 1007.

La *ratio legis* della disposizione, quindi, è quella di offrire uno strumento di protezione al personale dipendente di Pubbliche Amministrazioni, che è diretto a garantire l'effettività della tutela di un bene proprio di carattere generale, quale è quello della maternità e della paternità, in quanto misura finalizzata a tutelare l'esercizio delle funzioni genitoriali e il benessere psico-fisico del minore, conformemente al dettato degli artt. 29, 30 e 31 Cost.

Del resto, la finalità – preordinata alla tutela dell'interesse alla genitorialità ed al correlato soddisfacimento dell'interesse della prole in minore età – è sussumibile nel quadro oltre che delle generali previsioni costituzionali, anche di quelle sovranazionali di protezione, tra cui l'art. 24, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, stipulata a New York nel 1989 e ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176⁵.

Nello specifico, va ricordato che la Convenzione sui diritti del Fanciullo, firmata a New York il 20.11.1989, prevede, all'art. 3, che *“l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente. [...] Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori”*.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 18.12.2000 aggiunge, all'art. 24, che *“I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. [...] In tutti gli atti relativi ai bambini, [...], l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori”*.

Ed è per questo che, la tutela del fattore “tempo”, nella gestione della famiglia da parte dei genitori del minore e, quindi, nelle relazioni tra tutti i componenti, è stata al centro di ulteriori interventi miranti a potenziare le posizioni giuridiche degli stessi, rendendo più agevole l'aggregazione del nucleo familiare con il riavvicinamento dei genitori.

⁵ In termini: TAR Puglia, Bari, sez. II, 24 gennaio 2022, n. 129, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Calabria, Reggio Calabria, 1° giugno 2021 n. 510, in *giustizia-amministrativa.it*.

Certamente significativo è l'intervento apportato dall'art. 14, comma VII, della legge 7 agosto 2015, n. 124, che ha rafforzato la tutela del fanciullo, introducendo nell'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2021 la previsione che il dissenso delle Amministrazioni interessate (di provenienza del richiedente e di auspicata destinazione) sia “*limitato a casi o esigenze eccezionali*”.

Per effetto dell'ultima modifica legislativa, il testo attualmente vigente dell'art. 42-bis è il seguente: «1. *Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, può essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda.*

2. *Il posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione*»⁶.

2. L'applicabilità al personale militare

Si ritiene, ormai comunemente, che la disposizione in esame (l'art. 42-bis d.lgs. n. 151/2001) non costituisca norma eccezionale (con conseguente inoperatività del limite all'applicazione analogica di cui all'art. 14 delle preleggi che la vieta solo alle “*leggi penali*” e a “*quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi*”) ma, al contrario, norma di generale applicazione a tutto il personale alle di-

⁶ La Corte Costituzionale, con sentenza 4 giugno 2024, n. 99, in *Diritto & Giustizia 2024* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma, nella parte in cui prevede che il trasferimento temporaneo del dipendente pubblico, con figli minori fino a tre anni di età, possa essere disposto «*ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa*», anziché «*ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale è fissata la residenza della famiglia o nella quale l'altro genitore eserciti la propria attività lavorativa*».

pendenze delle pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le Forze Armate e le Forze di Polizia⁷.

Nonostante ciò, l'applicazione al personale militare di tale disposizione non è stata immediata ma è maturata molto gradatamente in ragione di una iniziale resistenza delle Amministrazioni della difesa e delle Forze di Polizia e di un iniziale orientamento negativo espresso dalla giurisprudenza amministrativa.

Si era ritenuto, infatti, che la particolare disciplina di favore di cui all'art. 42-bis non valesse per il personale delle Forze armate e delle Forze di polizia, sia perché assoggettato alle disposizioni proprie dei rispettivi ordinamenti, sia in considerazione del particolare status giuridico di quel personale, le cui specifiche funzioni giustificavano un regime differenziato.

Sotto il profilo ordinamentale, in particolare, si era osservato che l'art. 1, comma 2, del D.lgs. n. 165/01 qualificava come amministrazioni pubbliche “*le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie ...*” e che il successivo art. 3 prevedeva (e prevede) che “*rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia ...*”.

Pertanto, poiché nel D.lgs. n. 151/2001, all'art. 2, è previsto che i lavoratori a quali tale Testo Unico è destinato sono, tra gli altri, i dipendenti di amministrazioni pubbliche, si era ritenuto che i lavoratori pubblici in questione fossero quelli indicati nei richiamati artt. 1 e 3 del D.lgs. n. 165/01, con esclusione, quindi, del personale militare, regolamentato da specifiche disposizioni⁸.

⁷ TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 luglio 2023, n. 11497, in *Foro Amm. (II)* 2023, 7-08, II, 1092.

⁸ Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2005, n. 7472, in *Foro amm. CDS* 2005, 12, 3625; Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3876, in *Foro amm. CDS* 2007, 7-8, 2139; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7506, in *Foro amm. CDS* 2010, 10, 2194; Cons. Stato sez. III, 26 ottobre 2011, n. 5730, in *Foro amm. CDS* 2011, 10, 3105; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2012, n. 2294,

Nello stesso periodo si era anche ritenuto, in senso contrario, da parte soprattutto dei Tribunali Amministrativi, che l'art. 42-bis dovesse essere applicato, mediante un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata, anche al personale militare e agli appartenenti alle forze di Polizia, rientrando tra le norme dettate a tutela dei valori costituzionalmente garantiti inerenti la famiglia ed in particolare la cura dei figli minori⁹.

Sennonché, in data 15 marzo 2010 veniva promulgato il D.lgs. n. 66, recante il “Codice dell'ordinamento militare” (c.o.m.) che, all'art. 1493, comma I, prevedeva espressamente che “*Al personale militare femminile e maschile si applica, tenendo conto del particolare stato rivestito, la normativa vigente per il personale delle pubbliche amministrazioni in materia di maternità e paternità, nonché le disposizioni dettate dai provvedimenti di concertazione*”.

La Giurisprudenza, pertanto, prendendo atto che il precedente orientamento era stato declinato con riferimento a vicende avvenute in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 1493, comma 1, del codice dell'ordinamento militare, con due storiche decisioni rese in relazione a personale della Guardia di Finanza¹⁰ e dell'Esercito Italiano¹¹, rilevava che in forza di tale disposizione l'art. 42-bis fosse da considerare certamente applicabile a tale settore della P.A. in via generale.

Operando un raffronto con la disposizione di cui all'art. 33 della legge n. 104 del 1992, in ordine al quale la giurisprudenza del Consiglio di Stato, dopo alcune iniziali oscillazioni, l'aveva nel tempo ritenuta costantemente applicabile agli appartenenti alle Forze armate e di polizia e ai pubblici dipendenti a questi equiparati, si era così rilevato che l'affermazione che l'art. 42-*bis* del decreto legislativo n. 151 del 2001 sia norma di favore, che opera a vantaggio anche dei dipendenti delle Forze armate e di polizia, dovesse essere precisata, proprio alla

in *Foro amm.* CDS 2012, 6, 1670.

⁹ TAR Lazio, Latina, sez. I, 29 agosto 2008, n. 1006, in *Foro amm.* TAR 2008, 7-8, 2107; TAR Lazio, Roma, sez. I, 24 agosto 2007, n. 8126, in *Il civilista* 2010, 6, 83.

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2730, in *Foro Amm.*, CDS, 2013, 5, 1419.

¹¹ Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3683, in *Gazzetta Amm. Rep. It.*, 2013, con nota di Michetti.

luce della spiccata analogia con le problematiche tipiche dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992.

Se in quest'ultima disposizione, al comma 5, consentendo la fruizione dei benefici "ove possibile", confermava che la situazione soggettiva azionata fosse da considerare un interesse legittimo, spettando all'Amministrazione di valutare la richiesta del dipendente alla luce delle esigenze organizzative e di efficienza complessiva del servizio, non poteva quindi negarsi l'esistenza di un corrispondente puntuale, anche se non testuale, nel comma 1 dell'art. 1493 del codice, che estende i benefici in discorso al personale militare "tenendo conto del particolare stato rivestito", con conseguente indiscutibilità dell'applicazione della norma, in via generale, a tutto il personale militare e di polizia¹².

Non è mancata, nelle more, qualche isolata decisione che, ritornando al richiamo delle decisioni pronunciate nel regime giuridico anteriore all'entrata in vigore dell'art. 1493 c.o.m., ha nuovamente ritenuto non applicabile la normativa di cui all'art. 42 bis del D.lgs. n. 151/2001 al personale con rapporto di lavoro di diritto pubblico ed in particolare, a quello militare e di polizia¹³.

La questione è da intendersi oggi definitivamente superata in seguito all'intervento del legislatore che, nel 2019, occupandosi dell'ordinamento delle Forze di Polizia, introducendo il comma 31-bis all'art. 45 del D.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, ad opera dell'art. 40, comma 1 lettera q) del d.lgs. 27 dicembre 2019 n. 172, ha espressamente ricondotto l'art. 42-bis al personale militare e di polizia prevedendo che al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni delle Forze di polizia (civili e militari) "*... le disposizioni di cui all'articolo 42-bis, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, si applicano esclusivamente*

¹² Tra le successive pronunce in tal senso, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2013 n. 6016, in *Foro Amm. CDS*, 2013, 12, 3369; Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2019 n. 5872, in *Giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961, in *Diritto & Giustizia* 10.02.2020; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1366, in *Giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 24 gennaio 2022, n. 475, in *Giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 17 maggio 2024, n. 4428, in *Giustizia-amministrativa.it*.

¹³ Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2019, n. 1896, in *Giustizia-amministrativa.it*; TAR Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 11 ottobre 2019, n. 49, in *Foro Amm.*, 2019, 10, 1652.

in caso di istanza di assegnazione presso uffici della stessa Forza di polizia di appartenenza del richiedente, ovvero, per gli appartenenti all'Amministrazione della difesa, presso uffici della medesima. Il diniego è consentito per motivate esigenze organiche o di servizio”.

Poiché con tale disposizione il legislatore ha chiaramente confermato l'applicazione della normativa in parola anche al personale militare e di polizia, è da ritenere che ogni dubbio interpretativo sia da considerare superato.

3. Requisiti per l'applicazione dell'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001

La norma in esame consente al genitore con figli minori fino a tre anni di età, che sia dipendente di amministrazioni pubbliche, di essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, *“ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione”.*

Il primo requisito soggettivo, quindi, è quello di essere genitori di un figlio minore sino a tre anni di età.

Il rapporto genitoriale, naturalmente, può essere basato su filiazione legittima, naturale o adottiva, come del resto già previsto, in via generale, dall'art. 74 cod. civ., modificato ad opera dell'art. 1 della legge 10.12.2012, n. 219.

Del resto, proprio in relazione alla specifica disposizione di cui trattasi, già un anno prima, il legislatore¹⁴ aveva introdotto il comma 2-bis nell'art. 45 del D.lgs. n. 151/01, prevedendo espressamente che *“le disposizioni di cui all'articolo 42-bis si applicano, in caso di adozione ed affidamento, entro i primi tre anni dall'ingresso del minore nella famiglia, indipendentemente dall'età del minore”.*

Ne deriva, quindi, che anche la situazione di “affidamento” è considerata, per tale specifica disposizione, equiparabile a quella di genitorialità.

¹⁴ Art. 8, comma 1, lettera b), del D.lgs. 18 luglio 2011, n. 119.

Quanto all'età massima (tre anni) del minore per l'assistenza del quale si chiede l'assegnazione temporanea, il Dipartimento della Funzione Pubblica¹⁵ ha precisato “... *che il limite di età (...figli al di sotto dei tre anni), stabilito dalla disposizione, è il requisito soggettivo che dà diritto al beneficio, determinandone l'arco temporale entro il quale va fatta la richiesta e non il limite entro cui deve necessariamente concludersi l'assegnazione provvisoria*”.

Pertanto, la previsione legislativa della limitazione dell'istanza sino al terzo anno di età, va intesa nel senso che quello dei tre anni di età del minore rappresenti unicamente il *dies ad quem* di formulazione dell'istanza ex art. 42 bis della legge citata (che oltre tale termine non può pertanto più essere formulata), e non anche il limite oltre il quale il beneficio non possa più utilmente essere concesso o fruito¹⁶.

Per espressa previsione di legge (il già ricordato art. 45, comma 2-bis del D.lgs. n. 151/01), inoltre, il termine di tre anni, entro il quale può essere proposta l'istanza, decorre, in caso di adozione ed affidamento di un minore, dai primi tre anni dall'ingresso dello stesso in famiglia, a prescindere, quindi, dalla sua età anagrafica.

La norma prescrive, inoltre, che l'altro genitore debba prestare un'attività lavorativa.

Al riguardo è agevole rilevare che in mancanza di specificazioni, qualsiasi attività lavorativa sia svolta, autonoma o subordinata e, in quest'ultimo caso, alle dipendenze di privati o della P.A., è certamente idonea a configurare la fattispecie legittimante la richiesta, da parte dell'altro genitore, dell'assegnazione in parola.

Peraltro, si è osservato che il concetto di attività lavorativa va interpretato tenendo conto della ratio della disposizione legislativa, che è quella di offrire uno strumento di protezione al personale dipendente di Pubbliche Ammini-

¹⁵ Parere Ministero Funzione Pubblica, 4 maggio 2004, n. 192.

¹⁶ Cfr., in termini: TAR Puglia, Bari, sez. I, 6 luglio 2023, n. 970, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 29 marzo 2021, n. 544, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 51, in *giustizia-amministrativa.it*.

strazione al fine di tutelare un bene primario di carattere generale, quale è quello della genitorialità (maternità e paternità), nell'ottica di preservare l'esercizio delle funzioni genitoriali e il benessere fisico e psichico del minore.

In questo contesto, poiché l'art. 42-bis, come ricordato, è disposizione di carattere generale per tutti i dipendenti pubblici, nulla impedisce una sua interpretazione estensiva, che sia diretta a consentirne l'applicazione proprio per il conseguimento delle finalità indicate.

Pertanto, poiché la norma è diretta, al di là della sua mera letteralità, ad assicurare l'avvicinamento del dipendente pubblico alla residenza familiare in tutti i casi in cui l'altro genitore si trovi a svolgere una attività avente seria rilevanza sociale ed economica, e poiché simili attività non sono riscontrabili solo in riferimento al lavoro in senso stretto, nulla esclude che possa ritenersi applicabile la norma anche quando l'altro genitore svolga una attività non propriamente di lavoro autonomo o subordinato, ma comunque connotata da analoghi requisiti, come per esempio nel caso di genitore che sia iscritto a corsi di specializzazione medica che presentano elementi di giuridica similitudine con il rapporto di lavoro subordinato, tali da rendere irragionevole la sottrazione della situazione de qua all'applicazione analogica della norma¹⁷.

Si è posto, al riguardo dell'applicazione dell'istituto, il quesito se la norma, nel necessario raccordo tra l'*incipit*, che individua i potenziali beneficiari nei genitori «con figli minori fino a tre anni di età», utilizzando il plurale, e la specificazione del beneficio dell'assegnazione, concesso «per un periodo complessivamente non superiore a tre anni» (al singolare), non faccia riferimento ad un vantaggio richiedibile e suscettibile di concessione per una sola volta nell'arco della carriera di dipendente pubblico.

In una lettura della norma, omogenea con lo spirito di tutte le disposizioni di cui al D.lgs. n. 151/2001 e orientata costituzionalmente, la risposta non può che essere negativa.

¹⁷ Si veda, al riguardo, TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 luglio 2023, n. 11497, supra cit.

Deve ritenersi, infatti, che lo spirito del legislatore del 2001, confermato con l'art. 8, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 18 luglio 2011, n. 119¹⁸, con il D.lgs. n. 80 del 2015¹⁹ e con l'art. 14 della l. n. 124 del 2015 (che, novellando l'art. 42-bis, ha limitato le possibilità di rigetto dell'istanza a «casi o esigenze eccezionali») sia quello di favorire la collaborazione dei genitori nell'interesse della famiglia e dei figli, anche ai fini della creazione di un positivo clima lavorativo, che si ottiene anche agevolando le misure legislative connesse al tempo, senza pregiudicare il servizio e senza limitazioni in ordine al numero dei figli.

In questo contesto, sarebbe assolutamente irragionevole limitare la fruibilità dell'assegnazione provvisoria solo ad un figlio, tenuto conto che in tal caso potrebbero anche manifestarsi profili di illegittimità costituzionale in una lettura della norma che imponga di scegliere quale figlio accudire, di fatto limitando la tutela al primogenito o al primo per il quale venga avanzata la relativa richiesta, con palese svantaggio per tutti gli altri²⁰.

Ultimo requisito oggettivo è che la richiesta sia operata, secondo il dato legislativo, al fine di ottenere una assegnazione “*ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa*”.

La norma, di per sé, non presenta particolari problemi interpretativi ma evidenzia solo la non completa fruibilità da parte del personale militare, tenuto conto che in non tutte le regioni italiane vi sono sedi dell'Esercito, della Marina o dell'Aeronautica sicché, ove l'altro genitore lavori (o come si vedrà, il centro della famiglia si trovi) in una di tali regioni o provincie, il beneficio non sarà accordabile.

Va considerato, inoltre, che per effetto del già ricordato art. 45, comma 31-bis, del D.lgs. 29 maggio 2017, n. 95 “... *le disposizioni di cui all'articolo 42-bis, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, si applicano esclusivamente in caso*

18 Che ha introdotto il comma 2-bis nell'art. 45 del D.lgs. n. 151/2001.

19 Recante: «*Promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche*».

20 Cons. Stato, sez. II, 7 agosto 2023, n. 7725, supra cit.; TAR Lombardia, Milano, 11 maggio 2021, n. 1170, in *giustizia-amministrativa.it*; TRGA, Trento, 18 febbraio 2020 n. 28, in *giustizia-amministrativa.it*.

di istanza di assegnazione presso uffici della stessa Forza di polizia di appartenenza del richiedente, ovvero, per gli appartenenti all'Amministrazione della difesa, presso uffici della medesima?. Ciò significa che per le forze di polizia, l'assegnazione è sostanzialmente sempre possibile in ragione della più capillare presenza sul territorio italiano, con l'unico limite della impossibilità di essere assegnati presso una diversa forza di polizia, ove anche necessitante di alimentazione.

Unica eccezione è costituita dalle forze di polizia appartenenti all'amministrazione della difesa (Carabinieri) che possono chiedere l'assegnazione anche presso uffici diversi di tale ministero. Considerando che sia il D.lgs. n. 171/2019 (che ha introdotto l'art. 45, comma 31-bis, del D.lgs. n. 95/2017) sia il D.lgs. n. 95/17, sono norme dirette a regolamentare le sole Forze di Polizia²¹, è da ritenere che la possibilità di passare ad uffici differenti dello stesso Ministero della Difesa sia limitata agli appartenenti alle forze di polizia (Carabinieri) e non anche al personale militare non di polizia che, quindi, non può chiedere di essere assegnato in una sede dell'Arma dei Carabinieri.

Va segnalato che recentemente la Corte Costituzionale è intervenuta sull'argomento, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 42-bis, comma 1, del D.lgs. n. 151/01, nella parte in cui prevede che il trasferimento temporaneo del dipendente pubblico, con figli minori fino a tre anni di età, possa essere disposto «*ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa*», anziché «*ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale è fissata la residenza della famiglia o nella quale l'altro genitore eserciti la propria attività lavorativa*».

Pertanto, l'assegnazione è possibile anche presso una sede situata in regione o provincia diversa da quella in cui l'altro genitore presti l'attività, ove la residenza della famiglia non corrisponda con una di esse.

²¹ L'art. 1 del D.lgs. n. 171/2019 prevede che “*Il presente decreto legislativo reca modifiche ed integrazioni alle disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia*”. Il D.lgs. n. 95/17 reca “*Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”.

In ragione della finalità della norma, tesa a garantire la collaborazione di entrambi i genitori che siano impegnati in attività lavorativa, è da ritenere che la statuizione della Corte costituzionale, benché faccia riferimento al luogo in cui sia fissata la residenza, non incida minimamente sul requisito per cui la domanda possa essere presentata solo quando anche l'altro genitore lavori, nell'accezione sopra specificata.

4. Natura giuridica e condizioni per l'accoglimento della domanda: la sussistenza di un posto di corrispondente posizione retributiva

L'art. 42-bis, oltre ai descritti elementi soggettivi ed oggettivi, richiede l'esistenza di due condizioni specifiche:

la sussistenza, nella sede di auspicata assegnazione temporanea, «*di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva*»;

il previo assenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione e, nel caso di specie, della stessa Amministrazione che, però, per quanto non riferito nel provvedimento impugnato, deve essere limitato a casi o esigenze eccezionali.

Tali condizioni, unitamente alla previsione dell'art. 1493 c.o.m., secondo cui l'istituto in parola debba essere applicato al personale militare “tenendo conto del particolare stato rivestito”, consentono di escludere che ci si trovi al cospetto di un diritto soggettivo di tali dipendenti pubblici.

La norma attribuisce al richiedente un mero interesse legittimo che può trovare concreta attuazione solo al termine di una attività della pubblica amministrazione volta alla verifica – in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi di natura familiare e lavorativa – delle predette condizioni e, cioè, la “*sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva*” nella sede di destinazione e del “*previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione*” e quindi, nel caso di specie, essendo l'Amministrazione la stessa, della valu-

tazione dell'inesistenza di condizioni organizzative e di servizio che siano ostative²².

Tenuto conto che dopo la novella operata dall'art. 14, comma 7, della l. n. 124 del 2015, il diniego può essere limitato a “*casi o esigenze eccezionali*”, e che, comunque, anche per le forze di Polizia (alle quali si applica l'art. 45, comma 31-bis, del D.lgs. n. 95/2017) il diniego può essere sorretto solo da “*motivate esigenze organiche o di servizio*”, la valutazione da parte della Pubblica Amministrazione deve essere sorretta da una motivazione stringente, in grado di fare emergere con chiarezza le ragioni effettive che inducono a ritenere prevalenti le ragioni di servizio sul bisogno assistenziale addotto alla base della richiesta di assegnazione temporanea, in considerazione dell'esigenza di dare protezione a valori di rilievo costituzionale, quali *in primis* la tutela dei minori²³.

In particolare, va compiuto un adeguato contemperamento con le esigenze di rango costituzionale dell'istante e con i diritti di cui all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20.11.1989.

Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, pur non costituendo il beneficio di cui all'art. 42-bis un diritto incondizionato del dipendente, trattandosi di disposizioni volte a proteggere valori di rilievo costituzionale, ogni limitazione o restrizione nella relativa applicazione deve essere espressamente e congruamente motivata e anzi, come prevede lo stesso art. 42-bis, il dissenso delle Amministrazioni di provenienza e di destinazione deve essere limitato a casi o a esigenze eccezionali, comprovanti l'indispensabilità e/o l'insostituibilità delle funzioni svolte dal dipendente per le esigenze organizzative

²² TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 5 gennaio 2024 n. 8, in *giustizia-amministrativa.it*; TRGA Bolzano, 18 marzo 2024, n. 74, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, sez. I-quater, 2 ottobre 2023, n. 14500, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lombardia, Brescia, 5 aprile 2023, n. 299, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 22 luglio 2022, n. 6472, in *giustizia-amministrativa.it*; TRGA, Trento, 29 gennaio 2019, n. 27, in *Foro Amm. TAR 2019, 1, 109*; Cons. Stato, Sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5063, in *giustizia-amministrativa.it*.

²³ TAR Puglia, Bari, sez. I, 26 aprile 2024 n. 531, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 29 marzo 2021, n. 544, *supra cit.*; TAR Lazio, Roma, sez. I-quater 29 settembre 2023, n. 14467, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 maggio 2023, n. 828, in *giustizia-amministrativa.it*.

dell'Amministrazione, che ne risentirebbe altrimenti un irrimediabile pregiudizio. Conseguentemente, in ragione della particolare delicatezza dell'interesse privato presidiato dall'art. 42-bis, l'eventuale diniego va necessariamente preceduto da una valutazione comparativa (di cui va dato conto esplicito in motivazione) degli interessi contrapposti, con l'obbligo, per il datore di lavoro, di verificare se sia prioritaria la tutela dell'integrità dei figli e della famiglia o la garanzia delle esigenze di servizio che il mantenimento del dipendente nell'ufficio di provenienza intende soddisfare²⁴.

Tale indefettibile valutazione comparativa è maggiormente giustificata in ragione del carattere temporaneo della fruizione del beneficio de quo e del congiunto interesse alla tutela della paternità e della maternità, la cui esplicazione è più forte e sentita proprio nei primi anni di vita del bambino, di modo che emerga con certezza l'eventuale ritenuta insuperabile ragione della subvalenza delle ragioni di tutela della genitorialità e dei figli minori, rispetto all'interesse pubblico²⁵.

Né, come detto, il riferimento alle “*esigenze organiche o di servizio*” - introdotto dalla novella del 2019 per le sole forze di polizia, ha in qualche modo ridotto gli obblighi motivazionali ed aumentato in maniera rilevante la discrezionalità della P.A. in materia. Ciò in quanto l'Amministrazione non può fare riferimento a qualsiasi esigenza di servizio, discrezionalmente valutata, dovendo sempre temperare tali esigenze con quelle particolarmente rilevanti poste a base della normativa di tutela dell'art. 42 *bis*. L'art. 45 comma 31-bis, del D.lgs. n. 95/2017, infatti, malgrado sia volto a salvaguardare le ragioni di servizio nell'impiego del personale in settori peculiari della P.A., non spinge il favor per

24 Così: TAR Sicilia, Catania, sez. III, 22 aprile 2016, n. 1166, in *Foro Amministrativo*, 2016, 4, 1098; cfr., in termini: TAR Puglia sez. II, 15 febbraio 2021, ordinanza n. 66, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Marche, Ancona, sez. I, 20 marzo 2015, n. 266, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 1 aprile 2016, n. 1317, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, 03 agosto 2017, n. 274, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 18 giugno 2019, n. 1063, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6577, in *giustizia-amministrativa.it*.

25 TAR Puglia, Bari, sez. I, 11 giugno 2024, n. 744, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 maggio 2023, n. 828, *supra* cit..

le esigenze dell'Amministrazione al punto da consentire una motivazione generica inerente alle ragioni di servizio, che faccia riferimento alle scoperture di organico, senza che queste ultime risultino particolarmente gravi o riguardino comunque le funzioni svolte dal reparto di attuale assegnazione del dipendente e senza evidenziare specifiche ragioni, anche legate ai compiti svolti dal richiedente il trasferimento temporaneo.

Ne consegue che anche la nuova disciplina comporta un'effettiva e concreta ponderazione dei profili organizzativi coinvolti dalla assegnazione in una sede diversa da quella di servizio, ponderazione nella quale, però, le esigenze dell'Amministrazione non rimangono recessive, ma prevalgono qualora sia posta in concreta e dimostrata difficoltà l'ordinaria funzionalità dei servizi, trattandosi di funzioni relative alla tutela degli interessi generali e della collettività²⁶.

E tale ponderazione comparativa va compiuta considerando che per negare il trasferimento, le esigenze di servizio non possono essere né genericamente richiamate, né fondarsi su generiche valutazioni in ordine alle scoperture di organico o alle necessità di servizio da fronteggiare, dovendo emergere da una indicazione concreta di elementi ostativi, riferiti alla sede di servizio in atto, anche rispetto alla sede di servizio richiesta, e dalla considerazione della posizione lavorativa del richiedente²⁷.

Passando alla prima delle condizioni che la P.A. deve valutare al fine di verificare le condizioni per l'accoglimento della domanda ex art. 42-bis, va considerato che presso la sede di richiesta assegnazione deve sussistere un posto di «*corrispondente posizione retributiva*».

Per corrispondente posizione retributiva, in ambito militare e di polizia, va inteso, sostanzialmente, il corrispondente grado e non anche l'incarico o la specialità attribuiti ed espletati dal richiedente che, invece, possono rilevare sot-

²⁶ Cons. Stato, sez. II, 13 febbraio 2024, n. 1448, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 26 gennaio 2024, n. 859, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁷ Così: TAR Sardegna, Cagliari, 25 settembre 2023, n. 673, in *giustizia-amministrativa.it*; cfr., altresì: TAR Lazio, Roma, sez. IV, 5 febbraio 2024, n. 2129, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2024 n. 705, in *giustizia-amministrativa.it*.

to il diverso profilo della verifica delle condizioni organizzative per la concessione del beneficio.

Considerato che in ambito militare e di polizia, alla luce di quanto previsto dall'art. 1493 c.o.m. (che richiede che si debba tener conto del particolare stato rivestito) e dall'art. art. 45, comma 31-bis, del D.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, l'assegnazione può avvenire solo presso sedi della stessa amministrazione, si è sostenuto, in una visione di estremo favore, che il requisito della sussistenza del posto vacante deve essere valutato considerando che l'istanza di assegnazione temporanea di tale personale non richiede la verifica del posto nella sede prescelta, trattandosi, come detto, della stessa Amministrazione. In altre parole, la sussistenza di un posto vacante e disponibile rileva nel caso, diverso da quello delle Forze Armate e di Polizia, in cui l'assegnazione sia richiesta ad un'amministrazione diversa da quella cui l'interessato appartiene, poiché per tale ipotesi il legislatore ha impedito che la pianta organica dell'amministrazione destinataria, priva in quel momento di posti disponibili, possa essere variata temporaneamente. Ove invece l'assegnazione sia chiesta – come per i dipendenti delle F.A. e di Polizia – per una sede diversa della stessa amministrazione, il posto in organico già esiste, essendo proprio quello ricoperto dall'interessato, sicché si tratterebbe soltanto di modificare il luogo di lavoro, la cui valutazione costituisce l'ulteriore condizione prevista dalla norma²⁸.

Tuttavia, considerando che la finalità della norma è quella di garantire l'effettività della tutela di un bene proprio di carattere generale, quale è quello della maternità e della paternità, ma nel pieno rispetto della funzionalità ed operatività delle Forze Armate e di Polizia, in quanto volte a garantire preminenti interessi della collettività, chi scrive ritiene che il riferimento alla necessaria sussistenza di “un posto vacante e disponibile”, vada riferito, nei casi in esame, alla pianta organica degli Enti o, Distaccamenti o Reparti o Comandi (E/D/R/C), presso i quali il dipendente abbia chiesto di essere assegnato.

²⁸ Cons. Stato, 15 febbraio 2021, n. 1368, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 24 maggio 2021, n.526, in *giustizia-amministrativa.it*.

Tanto in considerazione del fatto che le tabelle organiche di ciascun ente militare costituiscono un dato “statico” atteso che ai sensi dell’art. 2207 del c.o.m. (D.lgs. n. 66/2010) “*Sino all'anno 2033, le dotazioni organiche del personale ufficiali, sottufficiali, volontari in servizio permanente e volontari in ferma prefissata e in ferma dell'Esercito italiano, della Marina militare e dell'Aeronautica militare, sono annualmente determinate, secondo un andamento delle consistenze del personale in servizio ...*”.

Se le tabelle organiche sono determinate annualmente, l’assegnazione di un militare può avvenire solo condizionatamente all’esistenza di un posto libero per il suo grado (corrispondente posizione retributiva), in quanto diversamente, sarebbe necessario una preventiva modifica delle Tabelle o un provvedimento d’eccezione di assegnazione in sovra organico.

Ammesso, quindi, che si debba tener conto dell’esistenza di un posto di corrispondente posizione retributiva presso la sede auspicata dal richiedente, va considerato che il requisito è da leggere in termini elastici, facendo riferimento, in ambito militare, al livello retributivo e, quindi, al grado, e non allo specifico incarico o “specialità”, con la conseguenza che è da escludere la doverosità di una esatta corrispondenza o sovrapposibilità tra incarico ricoperto nella sede di provenienza e incarico da assumere presso la sede di destinazione²⁹.

Considerata, pertanto, l’inadeguatezza di qualsiasi profilo di natura mansionistica, si può concludere la disamina del requisito affermando che, perché una domanda possa essere accolta, è essenziale che ai fini dell’assegnazione temporanea, esista un posto di pari grado da assumere presso il Comando o Reparto di destinazione, a prescindere dall’attività effettivamente espletata e, quindi, dall’incarico attribuito al richiedente³⁰.

29 TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 5 luglio 2022, n. 9175, in *giustizia-amministrativa.it*.

30 TAR Puglia, Bari, sez. I, 17 aprile 2023, n. 137, in *giustizia-amministrati.it*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 gennaio 2023, n. 85, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 marzo 2021 n. 544, *supra* cit.; nel senso per cui il riferimento alla “posizione retributiva” vada compiuto senza vincoli connessi all’incarico formale rivestito ma, quanto meno, in relazione alle attitudini del richiedente risultanti dagli incarichi anche fattualmente espletati nel corso della carriera, cfr.: TAR Piemonte, Torino, sez. I, 5 settembre 2023, n. 741, in *giustizia-amministrativa.it*.

In altre parole, deve essere valutata la sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente “posizione retributiva” (ruolo e grado) a quello già posseduto dal richiedente, non potendosi richiedere la sussistenza di una “posizione organica” equivalente, se non specificando l’eccezionalità di tali ragioni³¹.

La tesi contraria, per cui il riferimento a “corrispondente posizione retributiva” vada compiuto in relazione anche allo specifico incarico del richiedente³², non convince, in quanto ragionando in tali termini la norma risulterebbe aver disposto una duplicazione dei requisiti. La specifica e concreta utilizzabilità del dipendente nella sede di auspicata assegnazione, infatti, costituisce l’ulteriore requisito previsto dalla norma (in relazione al consenso delle amministrazioni di appartenenza e destinazione).

Infatti, solo una volta accertato che esista in pianta organica un posto di pari grado in cui il richiedente possa essere assegnato, potrà essere compiuta la valutazione successiva in ordine alla sua effettiva collocabilità in tale sede, in relazione ai suoi compiti ed alle sue concrete attitudini, valutazione che, del resto, dovrà essere poi eseguita in considerazione dell’accertata sussistenza di casi o esigenze eccezionali, come previsto dall’art. 42-bis in via generale (ed applicabile ai militari che prestino compiti non di polizia) o da “*motivate esigenze organiche o di servizio*” in relazione alla istanze presentate da personale di polizia.

Diversamente opinando ed ammettendo che per “corrispondente posizione retributiva” debba intendersi anche la specifica mansione, il maggior favore introdotto nel 2015 con la limitazione a casi ed esigenze eccezionali delle ipotesi di rigetto delle istanze, verrebbe facilmente superato con situazioni di ordinaria problematica organizzativa, esaminabili in riferimento alla seconda condizione prevista dalla norma.

³¹ TAR Puglia, Bari, sez. I, 25 novembre 2024, n. 1213, *supra cit.*; Cons. Stato, sez. II, ord. 20 novembre 2024, n. 4391, in *giustizia-amministrativa.it*.

³² TAR Toscana, Firenze, sez. I, 18 aprile 2024, n. 468, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 15 gennaio 2024, n. 130, in *giustizia-amministrativa.it*.

5. L'esistenza di esigenze organizzative e/o di servizio idonee a giustificare il rigetto della domanda del personale militare: i casi o esigenze eccezionali legittimanti il dissenso della P.A

La seconda condizione indispensabile affinché sia accolta la domanda di assegnazione temporanea ex art. 42-bis è che vi sia l'assenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione e, nel caso di personale delle Forze Armate o di Polizia, trattandosi della stessa Amministrazione, che la sede di appartenenza e quella di desiderata assegnazione non presentino situazioni tali da impedire lo spostamento dell'appartenente alle forze armate o di polizia che ne faccia richiesta.

Prima di passare all'esame di tale requisito, è indispensabile osservare gli effetti della novella del 2019, entrata in vigore il 20 febbraio 2020.

Il riferimento è al più volte richiamato art. 45 comma 31-bis del d.lgs. n. 95/2017, introdotto ad opera dell'art. 40, comma 1 lettera q) del d.lgs. 27 dicembre 2019 n. 172, che, intervenendo in riferimento all'art. 42-bis – che prevede, in linea generale, che il dissenso all'istanza debba essere “... *limitato a casi o esigenze eccezionali*” –, ha previsto che al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui a tale decreto legislativo, il diniego sia consentito per motivate esigenze organiche o di servizio”.

E' importante comprendere se l'evidente volontà del legislatore del 2019 di restringere l'ambito di applicazione della norma dell'assegnazione temporanea, riguardi tutte le speciali categorie di personale pubblico e non solo invece quelle di Polizia.

Ciò perché, a seconda delle conclusioni, la categoria eventualmente non compresa tra i destinatari della nuova disposizione, avrà maggiori possibilità di ottenere l'accoglimento delle proprie istanze.

A parere di chi scrive la disposizione più restrittiva, entrata in vigore nel 2020, è applicabile al personale dei ruoli di Polizia e non anche al personale dell'Amministrazione della Difesa non svolgente compiti di polizia.

La norma in parola prevede testualmente che: *“Al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui al presente decreto legislativo, le disposizioni di cui all'art. 42-bis, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n.151, si applicano esclusivamente in caso di istanza di assegnazione presso uffici della stessa Forza di polizia di appartenenza del richiedente, ovvero per gli appartenenti all'Amministrazione della difesa, presso gli uffici della medesima. Il diniego è consentito per motivate esigenze organiche o di servizio”*.

Tale disposizione introduce in maniera evidente una deroga alla disciplina generale contenuta nell'art. 42-bis del D.lgs n. 151/2001.

In base ai principi del nostro ordinamento che regolano le antinomie, qualora vi sia un rapporto di genere a specie tra due norme, quella che introduce una disciplina speciale può trovare applicazione solo nei casi ivi espressamente previsti, pena la violazione del divieto di applicazione analogica di cui all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

E i casi espressamente previsti si individuano dalla verifica della portata delle norme di riferimento.

Infatti, il D.lgs. 27 dicembre 2019 n. 172 all'art. 1 riporta: *«Il presente decreto legislativo reca modifiche ed integrazioni alle disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia»*.

Il D.lgs. n. 95/17 reca *“Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*.

Pertanto, tutte le norme in esso contenute riguardano esclusivamente i ruoli delle Forze di Polizia.

Conseguentemente, quando l'art. 45, comma 31-bis, del D.lgs n.95/2017 prevede l'applicazione della deroga all'art. 42-bis del d.lgs n.151/2001, lo fa chiaramente per *“...assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui al presente decreto legislativo...”* e, quindi, alle sole Forze di polizia.

Del resto, il significato della norma è chiaro:

- se il dipendente fa parte di una forza di polizia “civile” potrà ottenere l’assegnazione nell’ambito di tale forza e non di altre;

- se il dipendente sia appartenente ad una forza di polizia dell’Amministrazione della Difesa potrà ottenere l’assegnazione anche in altri uffici della stessa; il caso tipico è quello del Carabiniere che potrà essere trasferito anche presso uffici dell’Esercito Italiano, facendo capo Carabinieri ed Esercito al Ministero della Difesa.

Di conseguenza, la norma in parola riguarda il solo personale delle Forze di polizia e non anche il personale di Esercito, Marina ed Aeronautica che, pur appartenendo all’Amministrazione della difesa, non svolgono funzioni di polizia³³.

Va poi ulteriormente considerato che l’art. 8, comma 1, lett. a), della legge delega n. 124/2015, richiamato espressamente nel titolo del d.lgs. n. 95/2017, concerne le (sole) Forze di polizia (e non anche le Forze armate), sicché, come innanzi detto, il riferimento operato dalla norma agli appartenenti all’Amministrazione della difesa è certamente riferibile alle Forze di polizia facenti capo a detta Amministrazione e, quindi, all’Arma dei Carabinieri. Se così non fosse e se si ammettesse una regolamentazione delle forze armate ad opera dell’art. 45, comma 31-bis del D.lgs n.95/2017, si verterebbe in un’ipotesi di eccesso di delega³⁴.

Amnesso quindi che per il personale militare che non svolga compiti di polizia non sia applicabile la deroga di cui all’art. 45, comma 31-bis del D.lgs. n.

³³ TAR Puglia, Bari, sez. I, 25 novembre 2024, n. 1213, in *giustizia-amministrativa.it*; TRGA, Bolzano, 18 marzo 2024, n. 74, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. stato, sez. II, 13 febbraio 2024 n. 1448, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 26 gennaio 2024, n. 859, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 gennaio 2024, n. 54, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 28 novembre 2023, n. 362, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023 n. 686, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, ord. 31 agosto 2023 n. 3496, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 30 maggio 2023, n. 9140, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons Stato, sez. II, 8 aprile 2022, n. 2636, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 21 marzo 2022, n. 3193, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. II, 7 febbraio 2022, n. 811, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Bari, sez. II, 24 gennaio 2022, n.129, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁴ Cons. Stato, sez. II, 3 novembre 2023, n. 9552, in *giustizia-amministrativa.it*.

95/17, ma l'inciso finale del primo comma dell'art. 41-bis del D.lgs. n. 151/01³⁵, vi è da considerare che secondo un isolato orientamento giurisprudenziale³⁶, la previsione della norma generale non comporterebbe, di fatto, una limitazione per la Forza Armata in sede di decisione di rigetto delle istanze dei militari.

In pratica, secondo tale tesi, quando il legislatore parla di “*casi ed esigenze eccezionali*” non si riferirebbe alla valutazione dei presupposti della sussistenza di posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e, più in generale, alle esigenze organiche, in quanto quel richiamo, secondo cui “l'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali”, è posto in un periodo autonomo e a sé stante di quell'articolo 42-bis”. Di conseguenza, anche una ordinaria situazione organica, potrebbe legittimare il rigetto della domanda.

Tale tesi - che peraltro ha trovato rare ipotesi di richiamo³⁷ - non è condivisibile per una serie di ragioni.

In primo luogo, sotto il profilo letterale perché l'eccezionalità è considerata il motivo del diniego e tale diniego può essere espresso dall'amministrazione in relazione alla sussistenza o meno dei presupposti e delle condizioni della prima parte del primo comma dell'art. 42-bis; tra tali presupposti vi sono anche le esigenze organiche della P.A. (“*sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva ...*”). Diversamente opinando non si comprenderebbe quali possano essere i motivi di diniego opponibili dall'Amministrazione.

In secondo luogo, sotto il profilo normativo, va ricordato che è proprio il legislatore ad aver confermato il collegamento tra i “*casi o esigenze eccezionali*” e la previsione che “*l'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali*”. Tanto ha fatto proprio con il richiamato D.lgs. n. 172/19 che all'art. 40 ha previsto, in relazione al disposto dell'art. 42-bis in parola, una specifica ecce-

35 Secondo cui: “*l'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali*”.

36 Cons. Stato, sez. II, 15 ottobre 2021, n. 6939, in *giustizia-amministrativa.it*.

37 Cons. Stato, sez. II, 29 luglio 2022, n. 6713, in *giustizia-amministrativa.it*.

zione per le Forze di Polizia, in forza della quale per motivate esigenze di servizio il diniego è sempre consentito. Ciò dimostra che è proprio il legislatore a ritenere che le ragioni poste a fondamento del diniego (“casi ed esigenze eccezionali” previste dall’art. 42-bis) debbano essere valutate in relazione alle esigenze di servizio.

In terzo luogo, sotto il profilo sistematico, va considerato che l’applicazione, nel caso di specie, dell’art. 1493 COM (tener conto dello status del militare) dimostra l’esigenza di valutare “i casi o esigenze eccezionali” in relazione alle esigenze di servizio. L’art. 1493 c.o.m. è stato introdotto nel 2010 e prevede, quale norma generale per tutto il personale militare, che al personale militare femminile e maschile si applichi (anche) l’art. 42-bis, “... *tenendo conto del particolare stato rivestito*”.

Nel 2015 l’art. 42-bis è stato modificato con l’aggiunta della previsione per cui il diniego dell’Amministrazione può essere limitato a “casi o esigenze eccezionali”.

Alla luce di ciò è evidente che quello che secondo il Di.Pe. era sufficiente a giustificare un rigetto dell’istanza prima del 2015 (mancanza di un posto di pari incarico), non poteva più esserlo dopo, stante la previsione, da parte del legislatore, di un ulteriore requisito, costituito dalla verifica della eccezionalità della situazione.

Si comprende la ragione, quindi, per cui nel 2020 il Consiglio di Stato ha avvertito l’esigenza, a partire dalla “sentenza pilota” n. 961/20³⁸, di individuare quali casi, connessi alle esigenze organiche della P.A., potessero essere considerati eccezionali.

Si può conclusivamente affermare che oggi, in applicazione dell’art. 42-bis del D.lgs. n. 151/01, il diniego dell’istanza possa avvenire per il personale delle Forze di Polizia per “*motivate esigenze organiche o di servizio*” e, invece, per il

38 Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961, in *Diritto & Giustizia* 10 febbraio 2020.

personale non di polizia dell'Amministrazione della Difesa, limitatamente a *“casi o esigenze eccezionali”*.

6. Le ragioni legittimanti il rigetto della domanda di assegnazione temporanea

Alla luce di quanto innanzi detto, vanno distinte le posizioni del personale di Polizia, dal personale militare non svolgenti tali compiti.

Per i militari che non prestino attività di polizia, non ricorrendo le condizioni di cui all'art. 45, comma 31-bis, del D.lgs. n. 95/2017, è applicabile l'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/01, così come risultante a seguito della riforma apportata dall'art. 14, comma 7, della l. n. 124/2015, che consente il diniego di trasferimento temporaneo soltanto per casi o esigenze eccezionali che comportano, per l'Amministrazione, l'onere di supportare l'eventuale diniego con riferimenti specifici e parametrati alla professionalità del militare istante ed alla conseguente sua insostituibilità nella sede di appartenenza.

Non sono sufficienti mere esigenze di servizio, ma è necessaria una situazione dotata del carattere dell'eccezionalità, che consenta di rendere recessivo il superiore interesse del fanciullo e della famiglia, alla cui tutela la norma è diretta.

Del resto, il fatto che con una norma di legge (l'art. 45 comma 31-bis del d.lgs n. 95/2017, introdotto dal d.lgs. n.172/2019) sia stato previsto, per le “Forze di Polizia”, una deroga a tale disposizione, con la previsione della possibilità di rigetto dell'istanza *“... per motivate esigenze organiche o di servizio”*, vuol dire che la disposizione di cui all'art. 42-bis (applicabile senza deroghe ai militari non appartenenti a Forze di Polizia) prevede qualche cosa in più delle predette *“esigenze organiche o di servizio”* perché i diritti costituzionalmente protetti del richiedente e della sua famiglia possano essere compressi.

Ciò anche in un'ottica di lettura costituzionalmente orientata della norma, tenendo conto della *“... evoluzione nell'interpretazione dell'art. 37, comma 1, della Costituzione, laddove declina la «essenziale funzione familiare». In essa si sublima la con-*

vergenza tra ricerca del giusto equilibrio vita/lavoro del dipendente, quale esigenza di sviluppo della personalità del singolo, in ambito anche familiare, e il nuovo “fil rouge” che sta alla base di tutti gli istituti a tutela della maternità, ovvero, in senso più ampio, della genitorialità, ovvero la tutela dell’interesse del minore”³⁹.

Così, nell’ipotesi di applicazione dell’art. 42-bis, che qualifica come residuale il diniego opponibile (“eventuale dissenso”), la motivazione del diniego, seppur apprezzando il ‘particolare stato rivestito dal militare’ (art. 1493 c.o.m.), deve esser congrua e tale da dimostrare di riuscire a superare il tendenziale prevalente interesse del fanciullo sancito, per le decisioni da assumere in via amministrativa, dall’art. 3, comma 1, della legge 27 maggio 1991, n. 176⁴⁰.

Diversamente, si svuoterebbe di contenuto la disposizione dell’art. 42-bis, rimettendo ad una illimitata discrezionalità dell’Amministrazione militare di appartenenza la concessione o meno di un beneficio espressamente previsto dalla legge a tutela del minore, senza, in buona sostanza, fornire una adeguata motivazione⁴¹.

La giustizia amministrativa, sin dalla già citata sentenza “pilota” del 2020⁴², si è fatta carico di fornire alcune esemplificazioni tese ad indicare cosa intendere per “casi ed esigenze eccezionali”, tali da giustificare il diniego ex art. 42-bis d.lgs. n. 151/01 e, quindi, quando possa ravvisarsi quella eccezionalità che consenta all’Amministrazione di negare il trasferimento, ritenendole sussistenti:

- “in presenza di una significativa e patologica scopertura di organico che, in mancanza di un dato normativo di supporto, possono essere individuate, equitativamente nella percentuale pari o superiore al 40% della dotazione organica dell’ufficio di assegnazione;

³⁹ Cons Stato, sez. II, 10 agosto 2023 n. 7725, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁰ Ai sensi dell’art. 3, comma 1, della legge n. 176/1991, “*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*”.

⁴¹ Cons. Stato, sez. II, 3 novembre 2023, n. 9552, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴² Cons. Stato, sez. IV, 07 febbraio 2020, n. 961, *supra cit.*

- quando, pur non essendovi una scopertura come quella descritta in precedenza, nell'ambito territoriale del comando direttamente superiore a quello di appartenenza si ravvisino scoperture di organico valutate secondo i parametri indicati al paragrafo precedente;

- quando la sede di assegnazione, pur non presentando una scopertura significativa e patologica, presenti comunque un vuoto di organico e si trovi in un contesto connotato da peculiari esigenze operative;

- quando, effettivamente, l'istante svolga un ruolo di primaria importanza nell'ambito della sede cui appartiene e non sia sostituibile con altro personale presente in essa o in altra sede da cui sia possibile il trasferimento;

- quando l'interessato, pur non in possesso di una peculiare qualifica, sia comunque impiegata in un programma o in una missione speciale ad altissima valenza operativa, che deve essere compiutamente indicata nel provvedimento e dalla quale l'Amministrazione ritenga non possa essere proficuamente distolto⁴³.

Tali criteri, ribaditi e seguiti dalla produzione giurisprudenziale successiva, devono intendersi, però, come una mera esemplificazione e non quale elencazione tassativa e non sono necessariamente vincolanti quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, traendosi da essi il principio generale che il riferimento alla scopertura dell'organico dell'ufficio di provenienza deve essere supportato da dati precisi e notevole, di modo che vi sia una oggettiva certezza che lo spostamento anche solo temporaneo di un'unità lavorativa arrechi un pregiudizio effettivo allo svolgimento del servizio⁴³.

43 Sulla condivisione di tale orientamento cfr.: Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2024, n. 3844, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. II, 13 febbraio 2024, n. 1448, supra cit.; Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2024 n. 705, supra cit.; TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 gennaio 2024, n. 54, supra cit.; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 30 gennaio 2023, n. 243, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 3 maggio 2021, n. 575, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2021, n. 2837, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1419, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato sez. IV, 7 gennaio 2021, n. 198, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2020, n. 8180, in *giustizia-amministrativa.it*.

Ne consegue che le esigenze organizzative ostative all'accoglimento dell'istanza non possono essere banalmente riferite alla mera scopertura di organico, a maggior ragione quando si mantenga entro un limite numerico contenuto e appaia fronteggiabile con una migliore riorganizzazione del servizio e, quindi, con ordinari strumenti giuridici previsti dall'ordinamento⁴⁴.

Per la sussistenza delle esigenze eccezionali occorre, in definitiva, che l'Amministrazione fornisca un'idonea motivazione della sussistenza di una situazione di indispensabilità o insostituibilità del dipendente interessato nella specifica posizione ricoperta, oppure esigenze organizzative non comuni e di evidente rilievo, come nel caso di marcate carenze di organico⁴⁵.

In questo contesto, la semplice assenza di un posto vacante di identico incarico non può costituire una situazione "eccezionale"⁴⁶ dovendosi valutare in concreto la possibilità di un utilizzo specifico del lavoratore e, soprattutto, la concreta possibilità di operatività del reparto di appartenenza in caso di suo allontanamento, in un'ottica di contemperamento (di cui si è già detto) con il preminente interesse tutelato dalla norma⁴⁷.

Per il personale delle Forze di Polizia, invece, applicandosi la deroga di cui all'art. 45, comma 31-bis del D.lgs. n. 95/2017, l'Amministrazione può decidere di non accogliere la domanda "per motivate esigenze organiche o di servizio".

Come innanzi ricordato, dal dato letterale della disposizione risulta evidente la volontà del legislatore di restringere l'ambito di applicazione dell'art. 42-bis, al fine di salvaguardare le ragioni di servizio in un settore specifico, quale le forze di polizia.

44 In termini: Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2024, n. 3844, in *giustizia-amministrativa.it*.

45 Si veda, al riguardo: Consiglio Stato, sez. II, ord. 20 novembre 2024, n. 4392, in *giustizia-amministrativa.it*

46 cfr., supra, par. 4.

47 Cfr., al riguardo: TAR Toscana, Firenze, sez. I, 18 aprile 2024, n. 468, in *giustizia-amministrativa.it*.

Nonostante ciò, però, si è ritenuto che la P.A. non detenga, per effetto della normativa introdotta nel 2019, un amplissimo potere discrezionale nella valutazione delle istanze di assegnazione temporanea in parola.

Proprio in funzione delle rilevanti esigenze di tutela del minore, il riferimento alle “*esigenze organiche o di servizio*” non può in ogni caso consentire di fare riferimento a qualsiasi esigenza di servizio, dovendo la P.A. in ogni caso contemperare tali esigenze con quelle poste a base della normativa di tutela dell'art. 42 *bis*.

Anche in tali casi, quindi, è indispensabile, come già accennato in precedenza, una effettiva e concreta ponderazione dei profili organizzativi coinvolti dalla assegnazione in una sede diversa da quella di servizio, di modo che gli stessi potranno prevalere sulle rappresentate esigenze familiari ove sia posta in difficoltà concreta, e non solo in riferimento ad equilibri numerici riferiti alle piante organiche, la funzionalità dei servizi⁴⁸.

In conclusione, la verifica delle esigenze di servizio costituisce comunque un parametro rilevante nella valutazione della P.A., più o meno preminente a seconda della posizione lavorativa del soggetto richiedente che, in ogni caso, deve essere concreta ed idonea a palesare una reale esigenza della Amministrazione a mantenere inalterata l'assegnazione del proprio dipendente, a scapito di valori di rango costituzionale.

48 Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2024 n. 705, *supra cit.*; cfr., altresì: TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 16 maggio 2024, n. 1457, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roman. sez. I-bis, 14 marzo 2024, n. 5223, in *giustizia-amministrativa.it*

OXSANA HNATIV

LLM, PhD, Associate professor of the Department of Civil Law and Procedure of Ivan Franko National University of Lviv, 1 Universytetska str., 79000, Lviv, Ukraine
gnativ.adv@gmail.com

OXSANA HARASYMIV

LLM, PhD, Attorneys-at-law "Alithis", 10a Lincolna str., apt.126, 79051, Lviv, Ukraine, Grid Dynamics, 5a Pidmurna str. 79000, Lviv, Ukraine

SVITLANA SENYK

PhD, Associate professor of the Department of Civil Law and Procedure of Ivan Franko National University of Lviv, 1 Universytetska str., 79000, Lviv, Ukraine

VOLODYMYR KOSSAK

Doctor of legal sciences, Professor, the Head of the Department of Civil Law and Procedure of Ivan Franko National University of Lviv, 1 Universytetska str., 79000, Lviv, Ukraine

MAKING LEGAL AND ENFORCEMENT DECISIONS IN THE MANAGEMENT OF RESOURCES (ON THE EXAMPLE OF UKRAINE)

ABSTRACT

Most scientific research is focused on certain aspects of resource management in general, and on natural resources management in particular. However, a comprehensive approach to solving these challenging issues requires clarifying the mechanism of making legal and law enforcement decisions in the field of resource management through the prism of the criteria for their adoption. In addition, the concept of "natural resource management" needs to be replaced by the concept of "resource management". The Aristotelian (dialectical) method became the leading method of this research at each of its stages. The study of the "resources" concept as a system of interconnected elements was carried out using the synergistic method. The axiological method is important for the systematization of approaches to making legal decisions regarding resource management and the development of a general concept of their adoption. When studying the mechanism of making legal and law enforcement decisions, the formal legal method was used as a special research method. Quantitative methods are justifiably criticized. The application of these methods made it

possible to define resources as a complete, interdependent system of elements, as well as to define standards for making legal decisions in the field of resource management.

KEYWORDS: legal decisions in the field of resource management, court decisions, ECtHR case law, standards of legal decision-making in the field of management, the state.

INDEX: 1. Introduction. - 2. Methods. - 3. Results and discussion. - 4. Conclusions.

1. Introduction

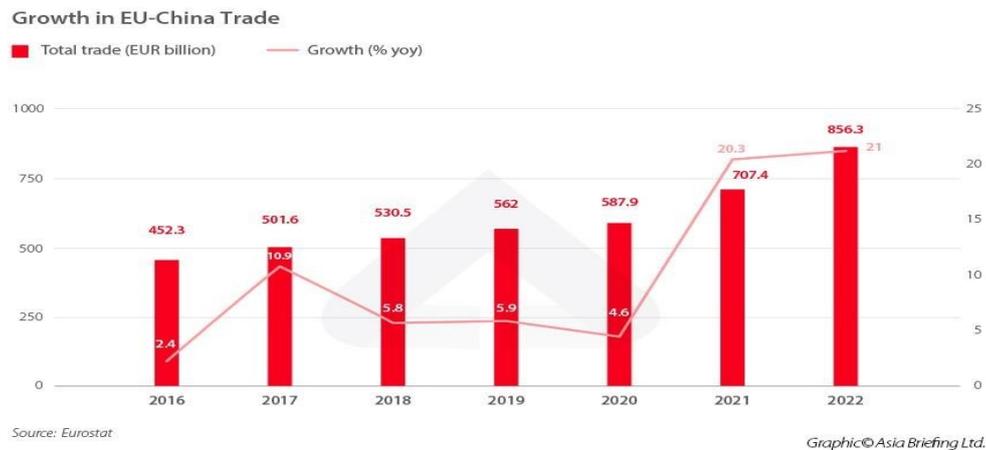
The concept of sustainable development shall meet current challenges. This means that a conceptual change in approaches to managing the economy, natural resources, and environmental security should be introduced. These changes must be implemented at the national, regional and global levels to achieve the stated goals of sustainable development. Subjects that have obligations within the framework of the United Nations implement them by developing strategies of the appropriate level with a list of measures necessary to achieve such goals in reality. At the same time, most states are members of regional (local) organizations (unions), which, along with economic issues, discuss the challenges of achieving global goals of sustainable development. For example, India and China are trying to strengthen their influence on the states of the so-called Global South, in other words, states that have chosen neutrality in the new iteration of global competition¹. The concept of the Global South has changed since the 1960s when it emerged. These changes consist in the fact that, nowadays, the term “Global South” includes not only economically weak states, but also states that differ in political structure, level of economy, and natural conditions.

In this regard, it is possible to single out two trends in international relations that affect the internal policy of each of the sovereign states. The first trend is related to the fact that China offers the states of the Global South to join forces around the development of the economy, the fight against global

1 BROOKE-HOLLAND L. (2024) *What is the Global South?*
<https://commonslibrary.parliament.uk/what-is-theglobal-south/>

climate change, and the regulation of cyberspace². The second trend was voiced in the UK government's Integrated Review Refresh 2023. It is about ensuring collective global security by establishing close cooperation in the Indo-Pacific region, the Persian Gulf and Africa, along with economic development, poverty alleviation and climate change prevention³. The goals announced by Great Britain can be treated as Pan-European. This confirms the fact that the European Union (hereinafter, the EU) did not ratify a comprehensive agreement on cooperation in the field of investments with the People's Republic of China (hereinafter, the PRC), due to the opacity of economic processes and remedial actions. At the same time, the EU's dependence on Chinese imports is growing (Figure 1. Growth of trade between the EU and China⁴). At the same time, the United States of America (hereinafter, the USA) tried to stop technological development by banning the EU from exporting microcircuits to China.

Figure 1. Growth in EU – China trade



2 *China wants to be the leader of the global south 2023. The Economist* <https://www.economist.com/china/2023/09/21/china-wants-to-be-the-leader-of-the-global-south>

3 *Integrated Review Refresh 2023: Responding to a more contested and volatile world 2023. Policy paper* <https://www.gov.uk/government/publications/integrated-review-refresh-2023-responding-to-a-more-contested-and-volatile-world/integrated-review-refresh-2023-responding-to-a-more-contested-and-volatile-world#ii-overview>

4 HULD, A. (2023) *EU-China Relations – Trade, Investment, and Recent Developments* <https://www.chinabriefing.com/news/eu-china-relations-trade-investment-and-recent-developments/>

The difference between these two trends lies in giving priority to one or another goal of global development. It is also important that bilateral relations between states can influence the adoption of legal decisions within the state. These decisions affect its internal and external policy. However, there is a need to define legal decision-making mechanisms that affect the economic development of the state. When making legal decisions in the field of resource management, the state acts not only as a public legal entity that acts in the interests of its citizens, but also as an owner who disposes of its property. This aspect remains out of the attention of researchers when writing scientific and practical works. It is no less important to resolve the issue of the legality of decision-making in the field of resource management. Thus, according to analytical data on the state of administration of justice by administrative courts in 2023, most lawsuits in the field of economic management were settled in favor of plaintiffs, which is illustrated in Figure 2⁵.

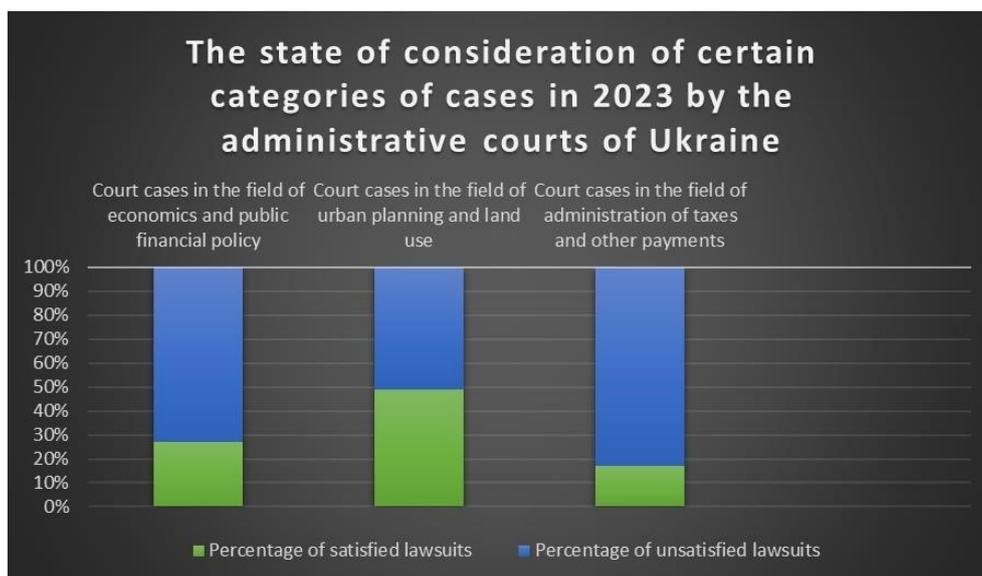


Figure 2. The state of consideration of certain categories of cases in 2023 by the administrative courts of Ukraine

⁵ *Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in 2023 2024 Supreme Court. Kyiv* https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/oglyady/Analiz_KA_S_2023.pdf

However, the data presented in the chart do not give a complete picture of the legality of the decisions made in the field of economic and resource management. These data raise objective doubts.

In addition, the very term “natural resource management” requires revision of its content. This research is aimed at solving the outlined issues.

2. Methods

The research determined the use of general and special methods of scientific activity, each of which ensured the achievement of the set goal. The Aristotelian (dialectical) method became the leading method of this research at each of its stages. The study of the “resources concept as a system of interconnected elements was carried out using the synergy method. The achiological method is important for the systematization of approaches to making legal decisions regarding resource management and the development of a general concept of their adoption. When studying the mechanism of making legal and law-enforcement decisions, the formal legal method was used as a special research method. The analysis method made it possible to determine the necessary criteria for the legality of decision-making and the importance of caselaw in their development.

Quantitative methods were used along with the methods inherent in the humanities. However, their impact on determining the criteria for legality of decisions should not be overestimated. Thus, although Figure 1 illustrates the growth of Chinese goods import to European countries, this did not affect the decision of the EU countries to ratify the international investment treaty.

The high number of lawsuits settled in favour of plaintiffs in administrative cases related to the management of the economy, resources and taxes (Figure 2) indicates a high number of annulment decisions in this area. The indicated statistical values do not reflect the reality of the situation. Firstly, the plaintiffs in cases concerning the administration of taxes and other payments

to the budget can be bodies of the State Tax Service of Ukraine, which is indicated by statistical data. Secondly, appeals against illegal decisions of state authorities can take place in civil and economic proceedings, and these data are not reflected in the statistics of the consideration of cases by the relevant courts.

3. Results and discussion

The majority of the research pieces in this field are dedicated to the examining the issues of safety in the field of using artificial intelligence (hereinafter referred to as AI). In particular, uncontrolled experiments with AI are associated with clear and hidden risks, which may result in global changes for the Earth⁶. Although the authors emphasize the need for controlled process management related to AI, they do not provide specific directions for their solution. Undoubtedly, The Asilomar AI Principles contains the necessary accents that must be taken into account when making legal decisions in the field of AI⁷. Particular attention should be paid to the principles of security, transparency of failures, transparency of the judicial system, responsibility, human values, personal data protection, freedom, privacy, human control, alignment of values, etc.

S. Benchekroun's research is indicative of the reconciliation of innovative (digital) technologies and scientific integrity. The author rightly points out that people and technology complement each other's strengths⁸. However, the author only superficially covers possible problematic situations with their integration, in particular in the publishing sphere. At the same time, B. Chomanski emphasizes that the management of political institutions is carried out by the

6 Noteworthy (2023). *Survival global politics and strategy: Challenges for Western power* p.p. 90–92. DOI: 10.4324/9781003429364-7

7 STERLING, B. (2018) *The Asilomar AI Principles*. <https://www.wired.com/beyond-the-beyond/2018/06/asilomar-ai-principles/>

8 BENCHEKROUN, S. (2024) *The robot uprising is here: Is scholarly publishing ready?* <https://doi.org/10.1002/leap.1595>

same people as market ones, therefore, the risks of using AI do not disappear⁹. A similar thesis is substantiated by G. Hurlburt. He also emphasizes the need to achieve a real ethical task: the correct interaction of people with artificial intelligence¹⁰. We agree with this opinion, since human factor is definitely present when using the latest high-precision technologies. Under certain conditions, these dangers can only increase in light of the possibility of interference in electoral, judicial, security and other global processes.

No less interesting is research on arms control by H. Beach in the future¹¹. States are interested in the development of high-tech weapons, which are already being used now during the Russian-Ukrainian war. In addition, digital technologies are also used to optimize the management processes of nuclear power plants. However, these aspects were left out of the author's attention. Another relevant scientific work is the article by S. Kuhr and J. M. Hauer, which was written back in 2001. The authors insist that government agencies and institutions of all levels should develop programs to detect natural or man-made epidemics in the early stages¹². This aspect of the problem is interesting in the context of the possible man-made origin of the coronavirus disease "COVID-19". In addition, researchers should indicate not only the need for programs to detect such epidemics in the early stages, but also to approve a system of measures to reduce their consequences.

The researches regarding the management of energy resources are also worth mentioning. In the conditions of destabilizing factors, the stability of the energy system is a priority issue. Thus, J-L. Hu justifies the four elements that ensure the sustainability of the energy system: planning, infrastructure, re-

9 CHOMANSKI, B. (2023) *Pauses, parrots, and poor arguments: real-world constraints undermine recent calls for AI regulation*. *AI & Soc.* <https://doi.org/10.1007/s00146-023-01703-3>

10 HURLBURT, G. *What If Ethics Got in the Way of Generative AI?* *IT Professional* vol. 25 no. 2 p.p. 4-6 March-April 2023 doi: 10.1109/MITP.2023.3267140.

11 BEACH, H. (2008) *Is There a Future for Arms Control?* *International Relations* 22(3) p. 363-368 <https://doi.org/10.1177/0047117808094181>

12 KUHR, S., HAUER, J. M. (2001) *The Threat of Biological Terrorism in the New Millennium*. *American Behavioral Scientist* 44(6) p. 1032-1041 <https://doi.org/10.1177/00027640121956539>

covery and management¹³. Generally agreeing with the author on the steps necessary to increase the stability of energy systems, we believe that the control element is present at each of these stages. After all, the achievement of set goals depends on the effectiveness of management. Bosnian researchers proved by performing computational operations that the cost of wind electricity is lower than the purchase price for large wind power plants¹⁴. Attracting investments in alternative sources of electricity will make it possible to ensure the state's energy independence in conditions of limited fossil sources of electricity.

Certain aspects of investment management during housing construction, in particular, the builder's liability insurance mechanism, were highlighted by Kharkiv researchers¹⁵. Ensuring the housing rights of Ukrainian citizens in the conditions of constant missile attacks by the Russian Federation requires the development of new approaches to resource management in the form of investments. Management in the field of investments by approving long-term programs will allow to increase spending on innovations, and, as a result, to attract investments¹⁶. However, the reduction of costs for innovation, as well as the inability of business structures to generate resources, are the consequences of several factors. Such factors include lack of financial and human resources, unsatisfactory infrastructure, corruption risks, etc. Each of these factors requires management decisions. As a researcher from Jordan rightly points out, the

13 HU, J.-L. (2022) *Energy Resilience in Presence of Natural and Social Uncertainties*. *Energies*. 15(18):6566 <https://doi.org/10.3390/en15186566>

14 BLAZEVIC, R., HADZIAHMETOVIC, H., KADRIC, D. and ALISPAHIC, M. (2023) *Wind Farm Energy Production in Bosnia and Herzegovina: Levelized Cost of Energy*. *Proceedings of the 34th DAAAM International Symposium* p. 0237-0246 B. KATALINIC (Ed.) Published by DAAAM International ISBN 978-3-902734-41-9, ISSN 1726-9679 Vienna Austria <https://doi.org/10.2507/34th.daaam.proceedings.030>

15 KURAFIEIEVA, I., KHODYKO, YU., DUDENKO, T. (2023) *Construction of Real Estate with the Involvement of Individual Funds: The Ukrainian Experience*. (2023) ISVS e-journal, 10 (9), pp. 66-76. <https://doi.org/10.61275/ISVSej-2023-10-09-05>

16 BERDAR, M., KOT, L., MARTYNIUK, L., YEVTUSHEVSKA, O. and SAPACHUK, Y. (2024) *Challenges and prospects of innovation and investment development of enterprises in the post-war period*. *Economics of Development* 23(2) p. 27-37 <https://doi.org/10.57111/econ/2.2024.27>

shadow economy is the cause of corruption and economic crimes¹⁷. Optimal tax and regulatory solutions in the field of economic management can minimize the negative consequences of these phenomena.

The importance of public administration and decision-making on economic, social, environmental or any other issues in wartime is difficult to overestimate. This requires new approaches to understanding the competence and powers of state agencies and local self-government bodies¹⁸. Administrative methods of management can both be an obstacle to stimulating entrepreneurial activity and stimulate its development¹⁹. We agree with the opinion that wartime management should be ethical, based on a value approach and social responsibility²⁰. However, not only the mechanism for making legal decisions in the field of management, but also law enforcement ones is important. The application of the principles of legality and justice in the administration of justice are considered the basis for the implementation of administrative proceedings²¹. However, for the European judicial system, as for its legal system, the fundamental principle is the rule of law, and not legality, which embodies excessive formalism, leveling the “spirit of law”.

Thus, all these studies only partially illuminate the mechanism of legal and enforcement decisions in the field of resource management. Most researchers emphasize the problems of natural resource management. However, in

17 ALRAGGAD, M.M. (2024) *Legal aspect to ensuring sustainable development in Jordan: Countering crime and shadow operations*. *International Journal of Sustainable Development and Planning* Vol. 19 No. 6 p. 2361-72 <https://doi.org/10.18280/ijstdp.190634>

18 KLIUCHNYK, A., PROHONIUK, L., GALUNETS, N., HUSENKO, A. and OLIINYK, T. (2023) *Economic Affairs* Vol. 68(Special Issue), p. 923-9 <https://doi.org/10.46852/0424-2513.2s.2023.40>

19 ALDROU, K.K.A.R. (2024) *Administrative law in sustainable development: A case study of the interaction between eco-business and government in Jordan*. *International Journal of Sustainable Development and Planning* Vol. 19 No. 5 p. 1817-25 <https://doi.org/10.18280/ijstdp.190519>

20 KOSHELENKO, K. (2024). *Management in times of war. Leadership, efficiency and sustainability* (Kyiv: Final Beneficiary) 320 p.

21 ABDRASULOV, E., AKHMETOV, YE., ABDRASULOVA, A., TAPAKOVA, V. and MUTALYAPOVA, A. (2024) *Legal basis for the application of the principles of legality and justice in the system of administrative proceedings of the Republic of Kazakhstan*. *Statute Law Review* Volume 45 Issue 2 <https://doi.org/10.1093/slr/hmae026>

the current conditions, we believe that resources should be discussed in the broad sense of this term. The concept of “resources” includes not only natural, but also technological, infrastructural, financial, human and investment resources.

Natural resources are limited. Therefore, the management of natural resources should involve conscious consumption. Conscious consumption involves the use of economically beneficial technologies to minimize the depletion of natural resources. For example, the use of alternative sources of electricity will reduce the consumption of coal, as well as other natural energy reserves. Such solutions can be not only economically beneficial, but also environmentally safe. Thus, the Hywind Tampen floating offshore wind farm of the Norwegian energy company Equinor not only provides electricity to oil and gas platforms, but also allows to reduce CO2 emissions²². At the same time, the safety of electric cars for the environment turned out to be just a good advertising project. In particular, Scottish scientists proved that electric cars produce more emissions of solid particles than traditional cars²³. Scientists from the University of North Carolina indicate that harmful emissions are higher in those states where the share of electric vehicles is higher²⁴. Therefore, the decision to manufacture electric cars instead of conventional ones requires proper economic and environmental justification.

Therefore, when making a legal decision regarding the optimization of the use of natural resources, including their preservation, it is necessary to apply forecasting on the basis of scientific and economically substantiated research.

22 BULI, N. (2023) *Equinor opens world's largest floating wind farm in Norway*. Reuters <https://www.reuters.com/business/energy/equinor-inaugurates-worlds-largest-floating-wind-powerfarm-norway-2023-08-23/>

23 TONKIN, S. (2016) *Electric, hybrid and other eco-friendly cars fill the air with as many toxins as dirty diesels say scientists*. Mailonline <https://www.dailymail.co.uk/news/article-3579878/Electric-hybrid-ecofriendly-cars-air-toxins-dirty-diesels-say-scientists.html>

24 ZOLFAGHARIFARD, E. (2015) *Are electric cars damaging YOUR region? Maps reveal how EVs can be WORSE for the environment than gas-guzzling vehicles*. Mailonline <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3151637/Are-electric-cars-damaging-regionMaps-reveal-EVs-WORSE-environment-gas-guzzling-vehicles.html>

ch. Legal decisions in the field of natural resources management can be made only in the presence of reliable data on reducing the negative impact on the ecological environment. Thus, the study of the regulatory impact of this decision is ensured not only on the economy, but also on the environment. These are mandatory elements when making final decisions.

When making legal decisions in the field of natural resource management, it is also necessary to resolve the issue of the possibility of applying regeneration and meliorative technologies. These aspects are extremely relevant in the context of active hostilities on the territory of Ukraine, where the most fertile soil is located. These soils undergo changes, as a result, their quality characteristics decrease. Innovative approaches that contribute to the regeneration of these properties are one of the priority areas. Thus, the management of natural resources is closely related to technological resources.

The people, the state, the territorial community and other subjects act as the owners of the relevant natural resources when making decisions in the field of natural resource management. They act through authorized bodies on the basis, within the limits of the granted powers and in the manner provided by the Constitution and laws of Ukraine (Article 19 of the Constitution of Ukraine²⁵). Therefore, resource management decisions cannot be made at will. This activity must meet certain criteria. Thus, Art. 4 of the Code of Ukraine on the Subsoil indicates that the subsoil is the exclusive property of the Ukrainian people, therefore it can only be provided for use²⁶. In addition, Art. 130 of the Land Code of Ukraine contains restrictions on the possibility of acquisition of agricultural land by foreign citizens, stateless persons, and foreign legal entities. The legislator establishes precisely the civil-law consequences of violation of the specified restrictions in the form of recognition of transactions as invalid

25 Constitution of Ukraine dated June 28, 1996.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

26 Code of Ukraine on Subsoil: Law of Ukraine dated July 27, 1994.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132/94-%D0%B2%D1%80#Text>

and termination of ownership of the land plots in respect of which they were committed, with reimbursement of their value. These restrictions can be terminated only if a corresponding decision is adopted in a referendum.

At the same time, the state or territorial community can initiate the termination of the right of ownership of certain resources necessary for them to perform functions in the interests of the whole society. The European Court to Human Rights (hereinafter referred to as the ECtHR) has developed clear criteria that are used to assess the permissibility of interference by the state in an individual's right to peaceful possession of property. These criteria were determined as a result of a complex interpretation of the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950²⁷, Protocol 1 to it²⁸ and the established case law of the ECtHR. Therefore, the legality, justification and proportionality of such intervention are the criteria for the legality of state intervention in the peaceful possession of property²⁹.

Legitimacy implies the legal validity of state intervention, that is, a law or other regulatory act that is adopted in compliance with the requirements of the Constitution and laws of Ukraine, is valid, accessible and understandable to interested parties in terms of the mechanism of application and consequences. Moreover, such a regulatory act is assessed by the ECtHR for compliance with the requirements of the principle of the rule of law, that is, such an intervention cannot be arbitrary. The justification of interference presupposes the presence of objective circumstances under which the social (public) interest cannot be satisfied in any other way than through interference with the peaceful

²⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights): International document, 1950. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

²⁸ Protocol 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: International Document, 1952. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text

²⁹ East/West Alliance Limited v. Ukraine App No. (ECtHR January 23, 2014). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140029>

possession of property. Provision of public interests must be socially and economically justified. Proportionality consists in fair restitution (compensation) of alienated property. Such restitution (compensation) guarantees compliance with the principle of the rule of law when it is impossible to ensure the principle of proper governance in any other way. Examples of compliance with the criteria defined by the ECtHR in its case law are the Laws of Ukraine “On Expropriation of Land Plots, Other Real Estate Objects Located on Them, Which Are Privately Owned, for Public Needs or for Public Necessity” dated November 17, 2009³⁰, and “On Transfer, Forced Alienation or Confiscation of Property Under the Legal Regime of Martial Law or State of Emergency” dated May 17, 2012³¹. These legislative acts establish various mechanisms for terminating the right to private property. However, these acts also provide the possibility of judicial control in the case of forced alienation of a plot of land for reasons of public necessity, as well as the appeal of unjust restitution (compensation) in the case of requisition in the conditions of war or state of emergency. The court determines the conditions of forced alienation of the land plot in its decision if there are grounds provided for by law. At the same time, the party that does not agree with the adopted court decision has the right to appeal it. In this context, it is important to comply with the requirements of the law not only at the stage of making legal decisions in the field of natural resources, but also at the judicial (enforcement) stage. This also demonstrates the impact of regional institutions on decisions in the field of resource management within an independent state.

Technological (innovative) resources also require effective management in order to preserve other types of resources or ensure environmental safety. Therefore, such solutions should be characterized by a high degree of efficien-

30 Law of Ukraine “On alienation of land plots and other real estate objects located on them, which are privately owned, for public needs or for reasons of public necessity” dated November 17, 2009. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1559-17#Text>

31 Law of Ukraine “On transfer, forced alienation or seizure of property under the legal regime of martial law or state of emergency” dated May 17, 2012. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4765-17#Text>

cy. These resources are closely related to financial, as well as investment attraction. Solving the outlined issues is extremely important for Ukraine and other states. For example, Polish researchers discuss the possibility of direct conversion of green energy from RES farms into thermal energy with planned investment in thermal power plants³². The use of the specified technology would make it possible to protect the population of Ukraine in winter, since the Ukrainian energy system suffers significant damage as a result of constant shelling by the Russian Federation.

One more example is the opening of a new branch of the DOK-ING company, which specializes in robotic and autonomous systems. This Croatian company uses not only innovative approaches to the development of equipment for demining territories, but also carries out social and charitable activities within the framework of international cooperation between Ukraine and Croatia³³. Therefore, the decisions made are the result of coordination of private-public partnership, as well as intergovernmental agreements on resource management.

The management of financial resources requires the adoption by the state, territorial community, public and private legal entities of balanced decisions regarding investment and saving funds. Obtaining high profits by Ukrainian banks ensured their cooperation with the European Bank for Reconstruction and Development (hereinafter – EBRD). Thus, the EBRD provided unfunded risk-sharing mechanisms to two state-owned banks, such as PrivatBank, Ukrgasbank, as well as to private banks: Kredobank and Bank Lviv, a new trade financing limit for ProCredit Bank³⁴. This is also an evidence of effective deci-

32 TALAREK, K., KNITTER PIATKOWSKA, A., GARBOWSKI, T. (2022) *Wind Parks in Poland – New Challenges and Perspectives*. *Energies* 2022 15 7004 <https://doi.org/10.3390/en15197004>

33 DOK-ING *Strengthens Its Footprint in Ukraine With a Kyiv Office Strengthening the Reconstruction and Recovery of Ukraine 2024*. https://dok-ing.hr/news/dok-ing-strengthens-its-footprint-in-ukrainewith-an-opening-a-kyiv-office/?trk=article-ssr-frontend-pulse_x-social-details_commentsaction_comment-text

34 MIRBABAIEVA, N. *EBRD helps Ukraine's banks to unlock €690 million of new lending*. <https://www.ebrd.com/news/2024/ebrd-helps-ukraines-banks-to-unlock-690-million-of->

sions in the field of state management as the owner, which provided the opportunity for state banks to participate in the EBRD program for financing critically important sectors of the Ukrainian economy.

In the context of this study, it is important to focus on the management of critical infrastructure facilities. These measures consist in the exercise of powers regarding the possession, use and disposal of such objects in conditions of war, state of emergency, during other force majeure circumstances (natural disasters, epizootics, epidemics, etc.), as well as establishing responsibility for damage caused to such objects as a result of dishonest performance of their obligations.

However, when making decisions in the field of resource management, it is necessary to avoid illegal and ineffective decisions. A vivid example of the incompetence of the State Audit Service of Ukraine is the situation with the audits of the state enterprise “State Kyiv Design Bureau “Luch”³⁵. According to the State Audit Service of Ukraine, state-owned enterprises, including the defense-industrial complex, cannot receive profit and direct it to their own needs. Thus, the controlling body believes that state-owned, communal enterprises cannot be successful and provide for their own needs at the expense of the earned profit. By the way, the state-owned enterprise “State Kyiv Design Bureau ‘Luch’” uses its own working capital to develop new weapons systems, eliminate the consequences of missile strikes, restore and replace damaged equipment and products, relocate production and increase production capacity. Thus, the control bodies incorrectly apply the norms of the legislation of Ukraine, which creates problems in the functioning of the critical infrastructure object.

newlending.html?trk=article-ssr-frontend-pulse_x-social-details_comments-action_comment-text#

35 TARASOVSKY, YU. *Conclusions of the State Audit Service. State KDB “Luch” calls on the government to introduce a moratorium on inspections of military equipment enterprises.* <https://forbes.ua/news/visnovki-derzhauditsluzhbi-derzhavne-kkb-luch-zaklikae-uryad-zaprovaditimoratoriy-na-perevirki-pidpriemstv-opk-09102023-16541>

Another issue of resource management is human resource management. In connection with the war in Ukraine, women are being retrained in professions where there is a noticeable lack of workers: drivers of trucks, buses, miners, etc. Decision-making on migration and demographic policy is also important.

Therefore, when making decisions in the field of resource management, it is important to assess possible risks, including geopolitical ones. Identification of risks can be automated, in particular, the specified attempts to implement monitoring of public procurement, as well as registration of tax invoices and subsequent reimbursement of value added tax, etc. However, these systems need to be improved based on the problematic areas identified by case law. Geopolitical risks must be taken into account when making decisions in the field of resource management. Thus, strategic development of infrastructure and technologies, including defense ones, investments in the agricultural sector, development of new logistics routes, as well as cyber security are important for ensuring the proper level of resource management in the geopolitical aspect. In particular, the issue of cyber security in the context of computerization and automation of management of nuclear power plants and other objects of critical infrastructure remains crucial.

Verification of the adopted legal decisions in the field of resource management for compliance with the legislation of Ukraine and public interests is carried out by national courts, as well as by the ECtHR. Thus, in the case “Rysovskyy v. Ukraine”, the ECtHR emphasized that public agencies must act in a timely manner and in a proper and as consistent manner as possible, in particular, by introducing internal procedures that will increase the transparency and clarity of their actions, minimize the risk of errors in decision-making³⁶ [36]. Court decisions in the motivational part state the criteria for the legality of the

³⁶ Rysovskyy v. Ukraine App No. 29979/04 (ECtHR October 20, 2011).<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107088>

behavior of state agencies and local self-government bodies, which must be taken into account in the future when adopting normative legal acts.

4. Conclusions

In the conditions of globalization, the issue of resource management should be considered as the management of natural, technological, infrastructural, financial, investment and human resources. The adoption of legal decisions in each of these areas determines their influence on the other ones. Thus, resources are a system within which the interaction of its elements is ensured. The mechanism for making legal and enforcement decisions in the field of resource management requires compliance with the following standards (requirements): decision-making in accordance with current legislation and the state's international obligations; the presence of the necessary, clearly defined competence of the body making the relevant decision; the validity of the need to make decisions (economic, environmental, scientific); assessment of risks and consequences of the regulatory impact of decisions made; consideration of legality criteria developed by case law. Adherence to the established guidelines of legality and efficiency will ensure the achievement of the goals of sustainable development. These seemingly axiomatic principles are new and require adaptation to changing conditions, and are part of Ukraine's obligations to the European Union. However, the experience of European states shows only partial implementation of the identified principles in practical activities for adoption in the field of resource management, which causes migration problems, protests by agricultural producers, problems in the energy sector, etc. This necessitates further research in this area.

References

- BROOKE-HOLLAND, L. (2024) *What is the Global South?*
<https://commonslibrary.parliament.uk/what-is-the-global-south/>

- *China wants to be the leader of the global south 2023. The Economist*
<https://www.economist.com/china/2023/09/21/china-wants-to-be-the-leader-of-the-global-south>
- *Integrated Review Refresh 2023: Responding to a more contested and volatile world 2023. Policy paper* <https://www.gov.uk/government/publications/integrated-review-refresh-2023-responding-to-a-more-contested-and-volatile-world/integrated-review-refresh-2023-responding-to-a-more-contested-and-volatile-world#ii-overview>
- HULD, A. (2023) *EU-China Relations – Trade, Investment, and Recent Developments* <https://www.chinabriefing.com/news/eu-china-relations-trade-investment-and-recent-developments/>
- *Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in 2023 2024 Supreme Court.* Kyiv
https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/ogliady/Analiz_KA_S_2023.pdf
- Noteworthy (2023). *Survival global politics and strategy: Challenges for Western power* p.p. 90–92. DOI: 10.4324/9781003429364-7
- STERLING, B. (2018) *The Asilomar AI Principles.*
<https://www.wired.com/beyond-the-beyond/2018/06/asilomar-ai-principles/>
- BENCHEKROUN, S. (2024) *The robot uprising is here: Is scholarly publishing ready?* <https://doi.org/10.1002/leap.1595>
- CHOMANSKI, B. (2023) *Pauses, parrots, and poor arguments: real-world constraints undermine recent calls for AI regulation. AI & Soc.* <https://doi.org/10.1007/s00146-023-01703-3>
- HURLBURT, G. *What If Ethics Got in the Way of Generative AI? IT Professional* vol. 25 no. 2 p.p. 4-6 March-April 2023 doi: 10.1109/MITP.2023.3267140.
- BEACH, H. (2008) *Is There a Future for Arms Control? International Relations* 22(3) p. 363-368 <https://doi.org/10.1177/0047117808094181>

- KUHR, S., HAUER, J. M. (2001) *The Threat of Biological Terrorism in the New Millennium. American Behavioral Scientist* 44(6) p. 1032-1041
<https://doi.org/10.1177/00027640121956539>
- HU, J.-L. (2022) *Energy Resilience in Presence of Natural and Social Uncertainties. Energies*. 15(18):6566 <https://doi.org/10.3390/en15186566>
- BLAZEVIC, R., HADZIAHMETOVIC, H., KADRIC, D. and ALISPAHIC, M. (2023) *Wind Farm Energy Production in Bosnia and Herzegovina: Levelized Cost of Energy. Proceedings of the 34th DAAAM International Symposium* p. 0237-0246 B. KATALINIC (Ed.) Published by DAAAM International ISBN 978-3-902734-41-9, ISSN 1726-9679 Vienna Austria
<https://doi.org/10.2507/34th.daaam.proceedings.030>
- KURAFIEIEVA, I., KHODYKO, YU., DUDENKO, T. (2023) *Construction of Real Estate with the Involvement of Individual Funds: The Ukrainian Experience*. (2023) ISVS e-journal, 10 (9), pp. 66-76. <https://doi.org/10.61275/ISVSej-2023-10-09-05>
- BERDAR, M., KOT, L., MARTYNIUK, L., YEVTUSHEVSKA, O. and SAPACHUK, Y. (2024) *Challenges and prospects of innovation and investment development of enterprises in the post-war period. Economics of Development* 23(2) p. 27-37 <https://doi.org/10.57111/econ/2.2024.27>
- ALRAGGAD, M.M. (2024) *Legal aspect to ensuring sustainable development in Jordan: Countering crime and shadow operations. International Journal of Sustainable Development and Planning* Vol. 19 No. 6 p. 2361-72
<https://doi.org/10.18280/ijisd.190634>
- KLIUCHNYK, A., PROHONIUK, L., GALUNETS, N., HUSENKO, A. and OLIINYK, T. (2023) *Economic Affairs* Vol. 68(Special Issue), p. 923-9
<https://doi.org/10.46852/0424-2513.2s.2023.40>
- ALDROU, K.K.A.R. (2024) *Administrative law in sustainable development: A case study of the interaction between eco-business and government in Jordan. International*

Journal of Sustainable Development and Planning Vol. 19 No. 5 p. 1817-25
<https://doi.org/10.18280/ijstdp.190519>

- KOSHELENKO, K. (2024). *Management in times of war. Leadership, efficiency and sustainability* (Kyiv: Final Beneficiary) 320 p.

- ABDRASULOV, E., AKHMETOV, YE., ABDRASULOVA, A., TAPAKOVA, V. and MUTALYAPOVA, A. (2024) *Legal basis for the application of the principles of legality and justice in the system of administrative proceedings of the Republic of Kazakhstan. Statute Law Review* Volume 45 Issue 2
<https://doi.org/10.1093/slr/hmae026>

- BULI, N. (2023) *Equinor opens world's largest floating wind farm in Norway*. Reuters
<https://www.reuters.com/business/energy/equinor-inaugurates-worlds-largest-floating-wind-powerfarm-norway-2023-08-23/>

- TONKIN, S. (2016) *Electric, hybrid and other eco-friendly cars fill the air with as many toxins as dirty diesels say scientists*. Mailonline
<https://www.dailymail.co.uk/news/article-3579878/Electric-hybrid-ecofriendly-cars-air-toxins-dirty-diesels-say-scientists.html>

- ZOLFAGHARIFARD, E. (2015) *Are electric cars damaging YOUR region? Maps reveal how EVs can be WORSE for the environment than gas-guzzling vehicles*. Mailonline
<https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3151637/Are-electric-cars-damaging-regionMaps-reveal-EVs-WORSE-environment-gas-guzzling-vehicles.html>

- Constitution of Ukraine dated June 28, 1996.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

- Code of Ukraine on Subsoil: Law of Ukraine dated July 27, 1994.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132/94-%D0%B2%D1%80#Text>

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights): International document, 1950.
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

- Protocol 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: International Document, 1952.
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text
- East/West Alliance Limited v. Ukraine App No. (ECtHR January 23, 2014).
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140029>
- Law of Ukraine “On alienation of land plots and other real estate objects located on them, which are privately owned, for public needs or for reasons of public necessity” dated November 17, 2009.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1559-17#Text>
- Law of Ukraine “On transfer, forced alienation or seizure of property under the legal regime of martial law or state of emergency” dated May 17, 2012.
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4765-17#Text>
- TALAREK, K., KNITTER PIATKOWSKA, A., GARBOWSKI, T. (2022) *Wind Parks in Poland – New Challenges and Perspectives. Energies* 2022 15 7004
<https://doi.org/10.3390/en15197004>
- DOK-ING Strengthens Its Footprint in Ukraine With a Kyiv Office Strengthening the Reconstruction and Recovery of Ukraine 2024. https://dok-ing.hr/news/dok-ing-strengthens-its-footprint-in-ukrainewith-an-oppening-a-kyiv-office/?trk=article-ssr-frontend-pulse_x-social-details_commentsaction_comment-text
- MIRBABAeva, N. *EBRD helps Ukraine’s banks to unlock €690 million of new lending.* https://www.ebrd.com/news/2024/ebd-helps-ukraines-banks-to-unlock-690-million-of-newlending.html?trk=article-ssr-frontend-pulse_x-social-details_comments-action_comment-text#
- TARASOVSKY, YU. *Conclusions of the State Audit Service. State KDB “Luch” calls on the government to introduce a moratorium on inspections of military equipment enterprises.* <https://forbes.ua/news/visnovki-derzhauditsluzhbi-derzhavne-kkb-luch-zaklikae-uryad-zaprovaditimoratoriy-na-perevirki-pidpriemstv-opk-09102023-16541>

- Rysovskyy v. Ukraine App No. 29979/04 (ECtHR October 20, 2011).<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107088>

RENATO ROLLI

Professore Associato presso il Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università
della Calabria
renato.rolli@unicat.it

MARTINA MAGGIOLINI

Dottoranda presso Università Magna Grecia di Catanzaro
martinamaggiolini6@gmail.com

**LA PARTECIPAZIONE COME ARGINE AL “PIÙ
PROBABILE CHE NON”: SCIOGLIMENTO DEI CONSIGLI
COMUNALI E INFORMAZIONE INTERDITTIVA
ANTIMAFIA**

**PARTICIPATION AS A BARRIER TO "MORE LIKELY THAN NOT":
DISSOLUTION OF MUNICIPAL COUNCILS AND INTERDICTIVE
ANTI-MAFIA**

SINTESI

L'evoluzione del fenomeno mafioso ha reso necessaria la previsione di strumenti idonei ad arginarlo e recidere ogni contatto con le istituzioni pubbliche.

Lo scritto analizza le misure dello scioglimento dei consigli comunali per mafia e delle informazioni interdittive antimafia rispettivamente necessarie al contrasto dell'infiltrazione mafiosa nella pubblica amministrazione e nell'economia legale.

Il saggio vuole valutare se questi strumenti basati su un'ampia discrezionalità non siano estremamente limitativi dell'interesse del privato e come quest'ultimo possa essere bilanciato con il supremo interesse pubblico.

ABSTRACT

The evolution of the Mafia phenomenon has made it necessary to provide suitable instruments to stem it and cut off all contact with public institutions.

The paper analyzes the measures of the dissolution of the municipal councils for the mafia and the interdictive anti-mafia information, respectively, necessary to combat the infiltration of the mafia in the public administration and in the legal economy.

It is necessary to consider whether these instruments based on wide discretion are not extremely restrictive of the interest of the private sector and how this can be balanced with the overriding public interest.

PAROLE CHIAVE: *mafia, pubblica amministrazione, antimafia, interdittiva antimafia, partecipazione procedimentale.*

KEYWORDS: *mafia, public administration, anti-mafia, interdictive anti-mafia, procedural participation.*

Indice: 1. Premessa. Mafia, amministrazione ed economia; 2. Probabile infiltrazione mafiosa negli enti locali=scioglimento consigli comunali; 3. Probabile infiltrazione mafiosa nelle imprese = informativa interdittiva antimafia; 4. Il valore della partecipazione nei procedimenti amministrativi antimafia; 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. Premessa. Mafia, amministrazione ed economia

Sfugge agli studiosi delle diverse scienze una definizione unanime del fenomeno mafioso. Sarà la mutevole forma che esso assume a non consentire una determinazione statica.

Così, si tenta di volta in volta di cogliere i tratti somatici al fine di perimetrarne i confini con la consapevolezza che l'indomani, il fenomeno, potrà assumere nuove vesti¹.

Sono però ormai note le modalità d'azione della mafia che impone il proprio potere attraverso l'intessitura di stretti legami di forza o di scambio negli ambiti più disparati, invadendo i principali settori economico-sociali².

Da qui discende il primo interrogativo: quale interesse può avere la mafia nell'infiltrarsi anche in piccoli comuni, in piccole società ecc. ecc.?

La risposta è semplice: la mafia persegue il potere, il controllo ed il denaro.

¹*** Seppur frutto di un lavoro unitario è possibile attribuire il primo e secondo paragrafo al Prof. Renato Rolli ed i restanti alla dott.ssa Martina Maggiolini

Ampiamente A. LA SPINA, A. DINO, M. SANTORO, R. SCIARRONE, L'analisi sociologica della mafia oggi, in *Rass. it. di soc.*, 2, 2009; M. SANTORO, Mafia, cultura e politica, in *Rass. it. di soc.*, 4, 1998; v. L. PAOLI, Mafia e mutamenti di paradigma: atteggiamento, impresa o fratellanze multifunzionali e segrete?, in *Polis*, 3, 2001; N. DALLA CHIESA, F. CABRAS, Il fenomeno mafioso nelle Regioni del Nord Italia: nuove tendenze e prospettive, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 2022, 99 ss

² Cfr. R. SCIARRONE, *Mafie Vecchie e Mafie Nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 2009

La sete di potere è il motore di azione dell'organizzazione criminale a stampo mafioso³.

Il potere viene rincorso, desiderato, raggiunto ed esercitato in ogni sua forma.

È pur vero che la mafia, nel corso del tempo, ha variato la linea di azione e le modalità di intervento. La criminalità organizzata di stampo mafioso "tradizionale" attecchiva in territori di scarsa cultura, coinvolgendo menti giovani ed inesperte, circuendole con metodi persuasivi, celando l'illegittimità degli obiettivi⁴.

Dunque, la struttura clanica si articola intorno ad un'unica figura ovvero il *boss* che afferma il suo ruolo con diverse modalità: l'uso della forza, la coercizione, la manipolazione e l'influenza.

Attraverso le prime due forme si realizza un'imposizione sulla volontà dei soggetti in modo diretto. Con le altre modalità, invece, si tende a generare l'illusione di decidere autonomamente ma, in realtà, la propria coscienza è coartata e improntata, in maniera subdola, ai principi e ai valori della mafia.

Sicché l'abilità e la forza della mafia si riconoscono nella capacità di confondersi nella società civile attraverso "l'uso dell'intimidazione e della violenza, per il numero e la statura criminale dei suoi adepti, per la sua capacità ad essere sempre diversa e sempre uguale a sé stessa"⁵.

Oggi, la figura del mafioso non ricalca più l'idea di un uomo brutale, esso è uno stratega, capace di utilizzare il suo sapere e le sue conoscenze con l'obiettivo di raggiungere i propri fini. Dunque, il mafioso è una persona camaleonti-

3 Cfr. C. LUPANI, P. MONZINI, L'organizzazione come strategia: la mafia siciliana nel secondo dopoguerra, in *Meridiana: riv. di storia e sc. soc.*, 1990; . PEZZINO, Una certa reciprocità di favori. Mafia e modernizzazione violenta nella Sicilia postunitaria, Milano, 1990, 200; C. MORI, «Con la mafia ai ferri corti», Milano, 1932

4 V. METE, Quali politiche contro quali mafie. Una proposta di classificazione delle politiche antimafia, Paper presentato al XXIV Convegno annuale della Società Italiana di Scienza Politica, Venezia, 16–18 settembre 2010; M. BRAGHERO, A. FISICHELLA, La mafia restituisce il maltolto: guida all'applicazione della legge 109/96 sull'uso sociale dei beni confiscati ai mafiosi, Torino, 1998; M. MAZZAMUTO, Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione, in *Giur.it.*, 2013

5 Cfr. G. FALCONE, P. MARCELLE, *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1993

ca capace di strumentalizzare le diverse circostanze per il proprio interesse con l'obiettivo di inserirsi nella società civile attraverso strategie, talvolta, imprevedibili⁶.

Al fine di cogliere nel profondo l'essenza del fenomeno mafioso attuale è necessario indagare il processo evolutivo per cui la mafia si è trasformata da brutta a mafia d'affari⁷.

Come brevemente anticipato, la mafia radica il proprio potere germogliando da micro-nuclei, partendo dalla famiglia, estendendosi nei quartieri, infiltrandosi negli enti locali ed arrivando nei principali centri del potere del Paese. In particolare, i piccoli contesti risultano governabili con più facilità e con mezzi meno dispendiosi in quanto riconoscono un unico soggetto come capo a cui rivolgersi e a cui portare rispetto⁸.

Come evidenziato, il carattere predominante delle organizzazioni mafiose primitive era la famiglia che veniva considerata «come il nucleo normativo ed organizzativo che dà alla cosca la sua singolare solidità nei confronti dell'esterno, ed allorquando viene a mancare si registra il collasso dell'organizzazione»⁹.

Dunque, le organizzazioni criminali a stampo mafioso si connotavano e si connotano per la spiccata capacità di costruire un sistema di relazioni sociali tali da costituire una infrastruttura relazionale “appropriabile da individui che ne attingono risorse per realizzare i loro scopi strategici”¹⁰.

In definitiva, la forza dei mafiosi dipende dalla loro capacità di accumulare e impiegare capitale sociale¹¹.

Così la criminalità organizzata si insinua nel *vulnus* lasciato dalle istituzioni fortificandosi in contesti difficili ed in periodi di crisi.

6 Cfr. M. SANTORO, M. SOLAROLI, Forme di capitale mafioso e risonanza culturale. Studio di un caso regionale e proposta di una strategia concettuale, in *Polis*, 3, 2017

7 Cfr. S. LUPO, R. MANGIAMELI, *Mafia di ieri, Mafia di oggi*, Milano, 1990

8 V. C. MORI, *Tra le zagare oltre la foschia*, Firenze, 1923

9 Cfr. S. LUPO, R. MANGIAMELI, *Mafia di ieri, Mafia di oggi* op cit.

10 Cfr. R. MARSELLI, M. VANNINI, *Economia della criminalità*, Torino, 1999, 153; G. GRIBAUDI, *Mafia, culture e gruppi sociali*, in *Meridiana: riv. di st. e sc. soc.*, 1990

11 Cfr. R. SCIARRONE, *Complici, soci e alleati. Una ricerca sull'area grigia della mafia*, in *Studi sulla questione criminale*, 1, 2012, 65.

L'estensione del fenomeno mafioso in nuovi ambienti comporta il consolidamento del potere ed il coinvolgimento di interessi ulteriori, ampi e cangianti.

L'epidemia (o più correttamente pandemia) mafiosa si è diffusa in modo latente attraverso agenti patogeni, sviluppandosi in soggetti apparentemente immuni. La mafia è silente, capace di infiltrarsi in ogni settore della società civile costringendo all'apnea il soggetto che ne è coinvolto e travolto.

Nel nuovo contesto la mafia si compone e avvale di soggetti edotti e capaci di guardare con occhio lungimirante l'evolversi della società individuando e programmando la propria attività illecita inserendosi in contesti redditizi e di controllo¹².

Pertanto, la mafia brutta si è evoluta in mafia d'affari, mutando i suoi tratti tipici, insediandosi nella società senza dar parvenza della sua vera ed oscura natura.

Da tanto, il principale pericolo derivante da questa "evoluzione" implica la (definitiva) saldatura tra economia criminale e *res pubblica*, in un processo di commistione che rischia di diventare irreversibile se non si interviene in modo preventivo al fine di recidere ogni contatto od innesto.

Dunque, si assiste alla mutazione della mafia che da parassita diviene soggetto attivo dell'economia¹³. Essa persegue così il potere tramite attività che accrescono il patrimonio illecito ed esercita su esso un maggior controllo. La mafia, così arricchita dai proventi dell'economia illegale, si inserisce nell'economia legale, la delegittima realizzando un intreccio tra mafia, imprenditorialità e cosa pubblica.

Infatti, è stato ben evidenziato che *"il collegamento con il mondo imprenditoriale [...] serve alle organizzazioni criminali non soltanto per perseguire l'obiettivo di un ar-*

12 Cfr. C. LUPANI e P. MONZINI, *L'organizzazione come strategia: la mafia siciliana nel secondo dopoguerra*, Meridiana: rivista di storia e scienze sociali, 1990

13 Cfr. F. SIRACUSANO, *L'impresa a "partecipazione mafiosa" tra repressione e prevenzione*, in Arch. Pen., 3, 2021; R. SCIARRONE, L. STORTI, *Complicità trasversali fra mafia ed economia. Servizi, garanzie, regolazione*, in Stato e mercato, 3, 2016, 371

ricchimento economico concepito in senso stretto: un ulteriore e importante scopo preso di mira è, tradizionalmente, quello di utilizzare l'attività di impresa come occasione e strumento per instaurare reti di relazioni, nella logica della reciprocità di favori, con esponenti (oltre del mondo economico-imprenditoriale) del mondo della politica, delle istituzioni e della Pubblica Amministrazione. In altre parole, il condizionamento o la gestione dell'attività imprenditoriali costituiscono per le mafie [...] strumento di potenziamento del loro "capitale sociale": intendendo per tale – appunto – la rete sistemica di relazioni che le mafie sono solite intrattenere e sviluppare con i diversi settori della c.d. "società legale" e che storicamente, e fino ad oggi, rappresenta il loro punto di forza e la persistente ragione della loro specificità nel panorama criminale"¹⁴.

L'imprenditore mafioso nella sua azione scoraggia la concorrenza tentando di creare un monopolio nel settore che intende dominare. Tale comportamento si riversa tanto in attività private, quanto in quelle pubbliche poiché l'imprenditore mafioso può offrire beni e servizi a prezzi inferiori con il conseguente affidamento anche di contratti pubblici, inquinando anche il settore pubblico¹⁵.

Inoltre, la Mafia decelera la modernizzazione e la crescita del nostro sistema democratico penetrando in modo diretto nelle amministrazioni più vicine al territorio: è l'ipotesi di rapporti diretti o indiretti tra consiglieri comunali e ambienti mafiosi. In tal modo la criminalità riesce a condizionare l'agere dell'ente dal di dentro, allontanandolo dai principi minimi previsti a garanzia della buona amministrazione. Così, l'influenza della criminalità organizzata sul territorio locale¹⁶ confligge con il rispetto dei canoni basilari che ispirano l'agè-

¹⁴ Così C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-impres*, in *Pen. cont.*, 3, 2014

¹⁵ Cfr. F. MANGANARO, *L'amministrazione dei contratti pubblici*, in: Andrea Maltoni, *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, Napoli - Ita, 2020; M. CENTORRINO, *L'altra economia in economia e potere mafioso in Sicilia*, Milano, 1984.

¹⁶ In tema, D. TURTURA, *Intervento al FORUM su I Consigli comunali sciolti per infiltrazioni mafiose. Problemi economico- sociali*. Documenti Cnel, 67, Roma, 11; V. METE, *Fuori dal Comune. Lo scioglimento delle amministrazioni locali per infiltrazioni mafiose*, Roma, Bonanno Editore, 2009.

re pubblico¹⁷: ossia con tutti quei valori connessi al principio di legalità, che si traduce in elezioni libere, nella trasparenza, nell'imparzialità e nel buon andamento degli organi pubblici.¹⁸

Pertanto, la mutevolezza del fenomeno mafioso impone una costante attenzione da parte dei soggetti che intendono arginarlo al fine di scongiurare la peggiore delle ipotesi in cui la mafia riesce ad agire da dentro le istituzioni pubbliche. La risposta istituzionale per essere efficace deve anticipare e, dunque, prevenire l'infiltrazione mafiosa ad ogni livello, in ogni settore ed in ogni sua declinazione attraverso un sistema pervasivo, trasparente e articolato di controlli.

In sintesi, almeno originariamente, la mafia, agiva a livello territoriale, controllando attraverso brutali sistemi ogni aspetto delle comunità, successivamente, si è evoluta in una struttura clanica sofisticata e ramificata. I principali margini d'azione sono legati a due ambiti: l'economia e la pubblica amministrazione che rispettivamente rappresentano denaro e potere.

L'evoluzione del fenomeno mafioso ha allertato il legislatore che, consapevole dell'insufficienza delle strategie di contrasto tipicamente repressive, ha ritenuto necessaria la previsione di nuovi strumenti idonei a recidere ogni declinazione di infiltrazione mafiosa.

Pertanto, il saggio vuole analizzare l'ampiezza degli strumenti di contrasto all'infiltrazione mafiosa: scioglimento dei consigli comunali per mafia e informative interdittive antimafia¹⁹.

¹⁷ Cfr. M. RENNA, F. SAITTA, (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012

¹⁸ Sull'importanza del principio di trasparenza per una corretta e legittima azione amministrativa cfr. R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. proc. amm.*, V, 1987, p. 528; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, (ad vocem), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1995, p. 2; A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Cacucci, Bari, 2013, p. 43 ss; R. ROLLI, U. COMITE, *Innovazione e creazione di valore nell'amministrazione pubblica*, in A. CERRI, G. GALEOTTI (a cura di), *Efficienza ed efficacia dell'azione pubblica*, Aracne, Roma, 2012, p. 186; ID., *I principi dell'azione amministrativa*, in R. ROLLI, F. LUCIANI, (a cura di), *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Esi, Napoli, 2008, p. 20

¹⁹ Cfr. R. SCIARRONE, *Le mafie dalla società locale all'economia globale*, Meridiana, 2002; R. Catanzaro, F. Piselli, F. Ramella, C. Triglia, *Comuni nuovi. Il cambiamento nei governi locali*,

Si analizzeranno i due istituti con particolare attenzione alla discrezionalità che connota l'adozione delle due misure e la partecipazione procedimentale quale argine e momento di bilanciamento tra preminente interesse pubblico ed interesse privato.

2. Probabile infiltrazione mafiosa negli enti locali = scioglimento consigli comunali

La dilagante infiltrazione mafiosa ha condotto il legislatore a prevedere una serie di strumenti preventivi (e non) al fine di recidere ogni contatto con la cosa pubblica e scongiurarne ogni tipo di condizionamento. Il crescente numero di scioglimenti dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa segnala un dato allarmante. Dal caso zero, Comune di Tauria Nova, nel 1991, si sono moltiplicati gli scioglimenti di consigli comunali: nel 2022 sono stati 11, di cui 4 in Campania, 3 in Calabria, 2 nel Lazio e 2 in Puglia; nel 2023 ad essere commissariati sono 24 Comuni, tra cui il comune di Rende (provincia di Cosenza), il comune di Capistrano (provincia di Vibo Valentia); nei primi mesi del 2024 si segnala il caso del Consiglio comunale di Tropea (provincia di Vibo Valentia)²⁰.

Dunque, è imprescindibile analizzare la normativa relativa allo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa indagando il corretto bilanciamento tra interessi pubblici e privati coinvolti²¹.

Il procedimento di scioglimento straordinario è disciplinato dall'articolo 143 TUEL che individua gli elementi sintomatici del condizionamento crimina-

Bologna, il Mulino, 2002; F.G. Scoca, Scioglimento degli Organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata, in Riv. Giur. It., 2016.

²⁰ Cfr. www.min-int.it

²¹ Ampiamente M. MAGRI, Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel, *Diritto amministrativo*, 2018; A. CRISMANI, L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali, in *Federalismi.it*, 2014, pp. 3 e 12; F. LONGO, Lo scioglimento dei consigli comunali per fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso è questione di contesto, in *Foro amm. Cds*, 2008, p. 884; V.F. CELLE, Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni o condizionamenti di tipo mafioso, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 1209 ss. sia inoltre consentito il rinvio a R. ROLLI (a cura di), *Lo scioglimento degli Enti Locali. Una introduzione*, Roma, 2013

le che «devono caratterizzarsi per concretezza, essere cioè assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica, per univocità, intesa quale loro direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire, per rilevanza, che si caratterizza per l'idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente locale».

Da tanto discende la natura preventiva dello scioglimento che può essere disposto *ex ante* rispetto al compimento di atti che alterano la libertà di determinazione.

Così, dal novellato art. 143 del TUEL rileva che il presupposto dello scioglimento dei Consigli comunali e provinciali è rappresentato da significative risultanze, sufficienti a rilevare un condizionamento mafioso sugli organi dell'amministrazione in carica²².

Altresì anche in giurisprudenza è affermato, a più riprese, che per la legittimità dello scioglimento non è necessaria la prova della commissione dei reati e nemmeno che tali evidenze probatorie siano inconfutabili. Invero, ci si può avvalere di tutte le prove a disposizione «pur quando il valore indiziario degli elementi raccolti non sia sufficiente per l'avvio dell'azione penale o per l'adozione di misure individuali di prevenzione».

Ciò che rileva è che l'attività dell'ente risulti asservita, anche solo in parte, agli interessi delle consorterie mafiose, giacché tale constatazione rivela che l'organo politico non è in grado, per complicità, connivenza, timore o mera incompetenza, di prevenire o di contrastare efficacemente il condizionamento mafioso²³.

Dunque, l'autorità prefettizia, al fine di verificare la sussistenza degli elementi indizianti secondo il dettato normativo, nomina una Commissione d'indagine, composta da tre funzionari della pubblica amministrazione, attra-

22 Si rinvia a F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, *Legalità ed efficienza nell'amministrazione commissariata*, Atti del XXIV Convegno di Copanello Montepaone, 21-22 giugno 2019, ESI, 2020.

23 Cfr. T.A.R. Lazio, con la sentenza n. 5022 del 2020

verso la quale il Prefetto esercita i poteri di accesso e di accertamento di cui è diretto titolare per delega del Ministro dell'Interno.

A seguito dei lavori della Commissione d'indagine, il procedimento si conclude con il decreto del Presidente della Repubblica che, su proposta del Ministro dell'Interno e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sussistendone i requisiti, dispone lo scioglimento dei Consigli comunali o provinciali.

Il diretto effetto del decreto è la cessazione dalla carica di consigliere, Sindaco, Presidente della Provincia, di componente delle rispettive Giunte e di ogni altro incarico connesso alle cariche ricoperte.

Inoltre, il Prefetto può provvedere alla nomina di commissari al fine di assicurare e garantire la provvisoria amministrazione dell'ente, con l'obiettivo di garantire i servizi primari alla società.

Occorre qui rilevare che la previsione normativa per cui gli elementi di collegamento diretto o indiretto degli amministratori con la criminalità organizzata devono essere concreti, univoci e rilevanti, ha reso, almeno formalmente più complesso l'onere della prova dell'infiltrazione in capo all'amministrazione statale che procede allo scioglimento²⁴.

In tal senso per giungere allo scioglimento dei consigli comunali è necessario che il rapporto tra amministratori e criminalità organizzata deve comportare danni alla corretta azione amministrativa ed in generale, pregiudizio per la sicurezza pubblica.

Così, anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che gli elementi concreti, univoci e rilevanti devono alterare il procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi sicché venga compro-

²⁴ Si rinvia a R. ROLLI, *Dura lex, sed lex. Scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario, Istituzioni del Federalismo*, 1.2022, p. 22 e ss.

messo il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali.²⁵

Precisamente, la concretezza è intesa come la sussistenza di elementi assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica; per univocità si intende la chiara direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire ed infine, per rilevanza si intende l'idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente locale.

Più problematico è comprendere cosa si intenda per rapporti diretti ed indiretti rilevanti ai fini dello scioglimento dei consigli comunali.

Il problema, che si è già posto in sede di interdittiva antimafia, si ripresenta con vigore nell'ambito dello scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa.

Più precisamente, si ritiene necessaria una tassatività di ciò che si intende con rapporti diretti e rapporti indiretti al fine di garantire la certezza del diritto.

Si tratta di norme estremamente bianche che non garantiscono, per come attualmente espresse, certezza e agilità nell'applicazione, ma ammettono un'ampia discrezionalità nella loro applicazione che talvolta si allontana estremamente dai principi minimi del nostro ordinamento²⁶.

Pertanto, in un contesto normativo così poco rigoroso pare opportuno riempire di contenuto e tentare una tassativazione delle ipotesi in cui elementi di fatto diventano elementi rilevanti per la fattispecie dello scioglimento degli enti locali.

Tale opera di tassativazione è stata avviata dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa per limitare il *vacuum* legislativo in materia di elementi sintomatici di infiltrazione e condizionamento mafioso delle imprese nella valutazione discrezionale prefettizia.

25 con la sentenza n. 1433/2019

26 Si veda M. MAGRI, Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: Tra vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, 2017

Le situazioni indiziarie che possono costituire “spie” dell’infiltrazioni mafiose sono: a) i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice su fatti che sono sintomatici della contaminazione mafiosa; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; d) i rapporti di parentela, laddove assumano un’intensità idonea a determinare un inevitabile condizionamento; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell’impresa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi “benefici”; i) l’inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

Anche nella relazione della Commissione Parlamentare del 2022, emergono una serie di circostanze rilevanti come: gli amministratori che hanno ricevuto l’appoggio delle associazioni criminali nelle elezioni; anomalie nella predisposizione dei bandi di appalti, contratti pubblici o concessioni e/o nelle modalità di attuazione delle gare; assunzioni o affidamenti di incarichi esterni e/o consulenze a soggetti mafiosi ovvero a loro parenti o persone segnalate²⁷.

Questa embrionale forma di tassativazione rappresenta un catalogo aperto al fine di lasciare la discrezionalità necessaria in sede di frontiera avanzata all’infiltrazione mafiosa.

Eppure, il paradosso dinnanzi cui ci troviamo è quello di perseguire la legalità attraverso la scelta di recidere ogni condizionamento mafioso, ma occorre segnalare come la legalità passa anche attraverso una predeterminazione legislativa che garantisce la certezza del diritto.

3. Infiltrazione mafiosa nelle imprese = informativa interdittiva antimafia

Il contrasto all’infiltrazione mafiosa nell’economia legale trova forza nei provvedimenti interdittivi antimafia considerati la frontiera avanzata dell’anti-

²⁷ <https://www.camera.it>

mafia²⁸. Detto provvedimento è emesso dall'autorità prefettizia in seguito ad una valutazione ampiamente discrezionale su elementi considerati di volta in volta rilevanti (sempre secondo un'ampia discrezionalità)²⁹. Già da queste premesse emergono i primi limiti di tale strumento che, seppur previsto al fine di contrastare l'infiltrazione mafiosa, sovente, non garantisce, in sede applicativa, il rispetto dei principi primi del nostro ordinamento.

Così, il provvedimento interdittivo una volta adottato produce effetti travolgenti per l'impresa destinataria, rappresentando, non di rado, la morte imprenditoriale della stessa³⁰.

Proprio per la sua imponenza, la materia richiede una costante attenzione al fine di scongiurare un'estrema limitazione degli interessi del privato, posto che anche in sede giudiziaria sono pochi i casi di annullamento dei provvedimenti interdittivi antimafia, a conferma del concetto di morte imprenditoriale.

In particolare, l'ampia discrezionalità riservata al Prefetto si mostra nella valutazione di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e le attività delle imprese interessate ovvero di condizionamenti illeciti dell'attività d'impresa.

Dunque, l'accertamento richiesto al Prefetto è squisitamente indiziario fondato su elementi e non prove di infiltrazione mafiosa sulla base della regola di matrice civilistica del più probabile che non. Tale criterio probabilistico gioca un ruolo centrale nel contrasto all'infiltrazione mafiosa poiché è l'unica "regola" che consente l'elasticità degli strumenti intervenendo *ex ante* alla camaleontica attività della mafia.

28 Ampiamente F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza ecostituzionalità della lotta «anticipata» alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.*, 28 giugno 2018; Si rinvia a R. Rolli, *L'informativa antimafia come "frontiera avanzata"* (Nota a sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 3641 dell'8 giugno 2020), in *Giustizia insieme*, 3 luglio 2020

29 Cfr. M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.*, 2016; G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e 'valori fondanti della democrazia': il pericoloso equivoco da evitare*, in *Giustizia insieme*, 17 luglio 2020; V. LEMBO, *Le interdittive antimafia: il difficile equilibrio tra libertà economica e sicurezza*, in *Riv. pen.*, 2022, 4

30 Con riferimento anche all'istituto del controllo giudiziario v. M. A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, *Giustizia- Amministrativa*, 2022

Invero, “Per l’interdittiva antimafia non è infatti richiesta la prova dell’attualità delle infiltrazioni mafiose, dovendosi solo dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile, secondo il principio del “più probabile che non” il tentativo di ingerenza, o una concreta verosimiglianza dell’ipotesi di condizionamento sulla società da parte di soggetti uniti da legami con cosche mafiose, e dell’attualità e concretezza del rischio”³¹.

Così, il provvedimento interdittivo, per la sua natura cautelare e per la sua funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione, non richiede per la sua adozione la prova di un fatto, bensì la sussistenza di una serie di indizi in base ai quali non sia illogico o inattendibile ritenere la sussistenza di un collegamento con organizzazioni mafiose ovvero di un condizionamento da parte di queste³².

Pertanto, è richiesto non già la prova dell’intervenuta infiltrazione mafiosa, ma solo la presenza di elementi presuntivi- sintomatico dai quali, secondo un giudizio probabilistico, sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata³³.

A più riprese la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come “La funzione di “frontiera avanzata” dell’informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, infatti, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. Solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi”³⁴.

31 Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 maggio 2023, n.5024
32 Cfr. R. ROLLI, L’informazione antimafia come “frontiera avanzata” (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell’08.06.2020), Giustizia insieme, 2020
33 Ex multis Consiglio di Stato Sez. III del 9.10.2023
34 Da ultimo Cons. st., sez. III, n. 1101/2024 ed ancora Cons. St., sez. III, 28 giugno 2022, n. 5375; id. 30 gennaio 2019, n. 758

Al contempo, negare a priori che il Prefetto possa valutare elementi “atipici”, rappresenterebbe la cessazione premeditata dell'efficacia della legislazione antimafia neutralizzando la sua portata preventiva di contrasto alla mafia³⁵.

Da tanto, si deduce che il prefetto non è chiamato ad accertare la commissione di un reato in capo all'interdicendo, bensì la sua eventuale vicinanza e coinvolgimento all'associazione mafiosa al fine di scongiurare (mediante valutazione preventiva), l'ingresso delle mafie nell'economia legale e a cascata nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Ora, i poteri riconosciuti al Prefetto in sede di interdittiva antimafia trovano la loro disciplina all'art. 93 del Cod. ant., a mente del quale: «Per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il Prefetto dispone accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'Interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004».

In seguito agli accessi e agli accertamenti, e comunque entro trenta giorni, si procede alla «relazione contenente i dati e le informazioni acquisite nello svolgimento dell'attività ispettiva, trasmettendola al Prefetto che ha disposto l'accesso». Quest'ultimo, acquisita la relazione, «valuta se dai dati raccolti possano desumersi, in relazione all'impresa oggetto di accertamento e nei confronti dei soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa stessa, elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6».

In tale ipotesi, «il Prefetto emette, entro quindici giorni dall'acquisizione della relazione del gruppo interforze, l'informazione interdittiva, previa eventuale audizione dell'interessato secondo le modalità individuate dal successivo comma 7. Qualora, invece, si tratti di impresa avente sede in altra provincia, il Prefetto che ha disposto l'accesso trasmette senza ritardo gli atti corredati dalla

³⁵ Cfr. Cons. St., sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395

relativa documentazione al Prefetto competente, che provvede secondo le modalità stabilite nel comma 4».

La novellata normativa prevede, inoltre, che «Il prefetto competente all'adozione dell'informazione antimafia, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite nel corso dell'accesso, può invitare in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre ogni informazione ritenuta utile, anche allegando elementi documentali, qualora non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento ovvero esigenze di tutela di informazioni che, se disvelate, siano suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazione mafiose»³⁶.

In conclusione, il legislatore del 2021³⁷ ha inteso integrare il contraddittorio procedimentale in materia di adozione del provvedimento antimafia rispondendo solo parzialmente alle continue preoccupazioni della dottrina³⁸.

L'ampia discrezionalità riconosciuta al fine di rendere efficiente l'intervento statale sulla mafia non può condurre ad un allontanamento dalle garanzie minime del nostro ordinamento. Comi si vedrà ampiamente nel paragrafo successivo, le limitazioni delle libertà del singolo devono trovare, a parere di chi scrive, un momento di bilanciamento al fine di scongiurare conseguenze inarguibili³⁹.

³⁶ Il comma 7 è stato modificato dall'art. 48, comma 1, lettera b) del D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233.

³⁷ Cfr. D.ALBANESE, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al "codice antimafia": maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di "prevenzione collaborativa"*, in *Sistema penale*, 2022; P. AMOVILLI, *Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l'attuazione del PNRR*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022; M.COCCONI, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *federalismi.it*, 2022

³⁸ Si rinvia a R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale* (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), *Giustizia insieme*, 2020

³⁹ Si rinvia a R. ROLLI, M. MAGGIOLINI *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia* (nota a Ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022), *Giustizia insieme*, 2022

4. Il valore della partecipazione nei procedimenti amministrativi antimafia

A valle delle considerazioni svolte sinora, che vedono la figura del Prefetto padrone di infiniti poteri celati dietro una regola probabilistica, pare opportuno indagare se una maggiore partecipazione degli interessati ai procedimenti di scioglimenti dei consigli comunali e dell'adozione delle interdittive antimafia possa rappresentarne un argine.

La partecipazione procedimentale⁴⁰ rappresenta l'«*intervento da parte del cittadino nell'esercizio della funzione*»⁴¹.

Il concetto di partecipazione in ogni sua declinazione costituisce l'articolazione essenziale del diritto a una buona amministrazione, principio caro all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e piena espressione dello *ius publicum europaeum*⁴².

40 Sulla partecipazione al procedimento, nell'ambito di una vastissima letteratura, si rinvia a A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.; E. CASSETTA (a cura di F. FRACCHIA), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 430 ss.; P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 62 ss.; M. BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, 296 ss.; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 209 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 132 ss.; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299 ss.; G. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 281 ss.; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007; M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4128 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, Vol. II, II ed., Milano, 2003, 1005 ss.; F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, IV aggtto, Milano, 2000, 943 ss.; M.P. VIPIANA, F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e tutela delle parti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 346 ss.; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991; S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Napoli, 1987; M. P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; R. BETTINI, *La partecipazione amministrativa*, Milano, 1973. .
BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1952, 118 ss. e poi in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 117 ss. G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1980, 223 ss.

41 F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, e in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 941.

42 In questi termini, G. DELLA CANANEA, *Op. cit.*, 213. Sul punto v. altresì S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Op. cit.*, 107 ss.

È innegabile che alla partecipazione procedimentale segua un appesantimento della funzione pubblica contrastando con la diffusa volontà di semplificare ma, al contempo pare, in questa sede, la più efficace misura al fine di arginare la discrezionalità prefettizia.⁴³

Invero, in sede di scioglimento dei consigli comunali, è tangibile come l'assenza di una previsione normativa che possa integrare la partecipazione attiva, sia da parte del Sindaco, sia da parte dei consiglieri, sia da parte della giunta, nonché da parte dell'elettorato attivo si pone in una posizione di netto contrasto con i supremi valori costituzionali.

Da qui si apre la riflessione sulla imprescindibilità dell'audizione dei soggetti interessati che non possono rimanere inermi di fronte al travolgimento dei propri interessi e al contempo dell'interesse di chi li ha votati.

Dunque, è solo attraverso un procedimento ben articolato che si può realizzare una buona amministrazione che passa inevitabilmente attraverso la partecipazione.⁴⁴

Sul punto anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato come *«è noto che, in tale materia, la regola di inferenza da utilizzarsi è quella, di derivazione civilistica, del “più probabile che non” ovvero della cd. “probabilità cruciale”, posto che la misura in questione ha una finalità straordinaria di prevenzione e salvaguardia della funzionalità dell'ente rispetto ai tentativi di insinuazione mafiosa. Ne consegue che l'adozione del decreto prescinde da rilevanze probatorie tipiche di un processo penale e non richiede la certezza degli accertamenti in ordine a pericolo di contagio»*.⁴⁵

43 L'ampliamento della partecipazione rischierebbe in questo senso di porsi in contrasto con i principi di semplificazione e celerità: cfr., in materia paesaggistica L. DI GIOVANNI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione nel procedimento di pianificazione paesaggistica*, in Riv. giur. edil., 2019, 6, 559 ss., il quale poi riconosce però come anche in tale settore i vantaggi dell'apporto del privato risultino prevalenti.

44 M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 227.

45 Tar Lazio n. 16391 del 6.11.2023; in tal senso anche Tar Lazio n. 17523/2023 del 24.11.2023;

Seppur evocata, persiste una carenza legislativa nella previsione di una disciplina più ancorata al fatto che alla presunzione e alla probabilità celando un importante deficit di democraticità che passa (anche) attraverso una mancata tassatività delle circostanze rilevanti.⁴⁶

Così, per giungere allo scioglimento è sufficiente che emerga una possibile soggezione degli amministratori locali alla criminalità organizzata, prescindendo dalla prova rigorosa dell'accertata volontà di questi ultimi di assecondare le richieste della criminalità⁴⁷.

La partecipazione dell'interessato al procedimento di scioglimento dei consigli comunali sicuramente consente una maggiore garanzia degli interessi delle parti coinvolte⁴⁸. Altresì l'auspicata audizione delle parti deve avvenire in un momento utile alla definizione del procedimento che potrebbe essere identificato nella fase iniziale ovvero in quella di accesso della commissione d'indagine all'interno dell'ente.

Dunque, prevedere una partecipazione nella fase iniziale del procedimento consente la realizzazione di un temperamento fra più interessi, consentendo di contestualizzare il materiale probatorio posto a fondamento dell'eventuale provvedimento di scioglimento del consiglio comunale.

Altresì, si potrebbe prospettare il contraddittorio⁴⁹ nella fase di insediamento dei commissari all'interno dell'ente con l'obiettivo di chiarire il funzionamento e le dinamiche che l'ente ha dovuto fronteggiare.

46 Cfr. in tal senso Consiglio di Stato n. 2793/2021; nonché sui collegamenti diretti ed indiretti, Consiglio di Stato n. 8763/2022; in generale Consiglio di Stato n. 6118/2023

47 Si rinvia a R. ROLLI, *Il Comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, cit.

48 M. NIGRO, *Democrazia nell'azienda*, Roma, Sestante, 1946.

49 Sul punto si veda diffusamente: R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Informativa antimafia e contraddittorio procedimentale*, (nota a Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979), in www.giustiziainsieme.it, 2020; M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.giustiziainsieme.it, 2022.

Allo stesso modo la previsione del contraddittorio in sede di adozione della misura interdittiva antimafia è stata auspicata da molto tempo da parte della dottrina che ha visto concretizzarsi una parziale riforma nel 2021.

Invero, l'impresa, partecipando alla fase procedimentale, su proposta della Prefettura, potrebbe adottare misure di self cleaning ovvero misure alternative che garantiscono la continuità aziendale. Inoltre, la partecipazione procedimentale garantirebbe al Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo solo nei casi in cui gli elementi posti a fondamento della misura preventiva siano inequivocabili e comunque non altrimenti giustificabili, garantendo l'applicazione della misura interdittiva quale *estrema ratio*, adottabile solo nel caso in cui la permeabilità mafiosa risulti da un'attenta e completa lettura di un quadro d'insieme che risulta esaustivo e ben argomentato, tutelando così la legalità sostanziale.

L'instaurazione del contraddittorio presenta tuttavia dei limiti, atteso che al soggetto interessato non spetta alcuna comunicazione «laddove ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento» specularmente a quanto avviene in tema di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l. n. 241/90.

Peraltro, la disposizione in esame dispone che è in ogni caso preclusa la comunicazione di «elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

Con tale comunicazione viene assegnato un termine, in ogni caso non superiore a venti giorni, entro cui il soggetto interessato può «presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti», e può richiedere l'esecuzione di un'audizione.

Inoltre, il nuovo comma 2-ter dell'art. 92 cod. ant. prevede i possibili esiti della procedura in contraddittorio, disponendo che il Prefetto: «a) dispone l'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, dandone comunicazione,

entro cinque giorni, all'interessato secondo le modalità stabilite dall'articolo 76, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale; b) adotta l'informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all'interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il Prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione».

Tale novella, appare solo in parte soddisfare le mozioni già rilevate poiché l'«esigenza di difesa» pare «pericolosamente posizionata in avanti, ossia nella fase in cui l'autorità abbia già raggiunto il convincimento della sussistenza dei presupposti per la applicazione delle misure, con ovvia difficoltà per il proposto di addurre nel ristretto termine di venti giorni elementi a propria difesa quando gli elementi “a carico” siano già condensati in un giudizio prognostico a lui totalmente sfavorevole»⁵⁰.

Sicché, così declinato, il contraddittorio non risponde alle esigenze dell'impresa che solo in questa sede può contribuire a colmare l'asimmetria informativa rispetto al potere prefettizio sull'effettiva e fondatezza degli elementi sintomatici su si fonda l'emanazione dell'informazione interdittiva antimafia.⁵¹

50 Si rinvia a Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, richiamata in Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario, 29 ottobre 2021, p. 3

51 si veda S. STICCHI DAMIANI, Le interdittive fra lacune normative e discrezionalità amministrativa. Il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi sintomatici, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), Interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici, Torino, Giappichelli, 2019.

5. Brevi riflessioni conclusive

L'espansione della criminalità organizzata di stampo sia a livello territoriale che a livello funzionale è dovuta alla capacità camaleontica delle organizzazioni criminali di adattarsi al mutevole contesto sociale ed economico, sino al punto di riuscire ad infiltrarsi in contesti imprevedibili.

Le odierne associazioni mafiose, come si è detto, presentano un'impalcatura ben diversa da quella delle mafie storiche: l'organizzazione ancorata a legami squisitamente familiari, che si limitava ad affermare il controllo sul territorio locale, si è tramutata in organizzazione capace di consolidare il proprio potere e controllo infiltrandosi in ogni fibra del tessuto economico ed istituzionale.

Così, la lotta alla criminalità si è inasprita al fine di recidere in una fase preventiva ogni forma di condizionamento ed infiltrazione nella società sana.

Si è ritenuto, infatti, che è maggiormente efficace intervenire *ex ante* all'intreccio con la criminalità organizzata rispetto al momento in cui la stessa è già infiltrata nelle imprese e negli enti pubblici.

Tuttavia, la lotta al fenomeno mafioso non può tradursi nell'allontanamento dalle garanzie minime del nostro ordinamento.

Se è vero che il provvedimento di scioglimento ha natura straordinaria e che esso deve essere la risultante di una ponderazione comparativa dei diversi valori costituzionali che vengono in considerazione, allora il legislatore, in qualità di garante e custode della democrazia, dovrà prevedere strumenti più idonei al fine di preservare la partecipazione nelle diverse declinazioni.

Altresì, anche in sede di interdittiva antimafia non è soddisfacente il recente intervento legislativo per cui si ritiene auspicabile un rinnovato spirito partecipativo nella materia che ci occupa.

In particolare, risulta necessario individuare degli argini per scongiurare un eccessivo allontanamento dai principali baluardi del nostro ordinamento. L'ampia discrezionalità prefettizia risulta necessaria al fine di rendere efficaci le misure in commento con l'alto obiettivo di contrastare l'infiltrazione mafiosa e

medio tempore, la presenza del soggetto interessato è rilevante al fine di adottare il provvedimento più idoneo alla cura dell'interesse pubblico con l'obiettivo di preservare l'attività pubblico/privata da contaminazioni mafiose con la conseguente tutela dell'interesse pubblico⁵².

La volontà del legislatore, dunque, dovrebbe essere quella di consentire alla p.a. di raccogliere tutti gli elementi in fatto ed in diritto a suffragio della propria scelta nell'interesse pubblico (art. 3 l. n. 241/1990), che non può prescindere dalla partecipazione dell'interessato.

52 Cfr. C. AGATINO, Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione, dirittifondamentali.it, 1/2021

DANIEL FOÀ
Ph.D. in Law and Business at LUISS Guido Carli
dfoa@luiss.it

SECONDARY USE OF HEALTH DATA AND ITS REGULATION

IMPACT ASSESSMENT OF THE PROPOSED EUROPEAN HEALTH DATA SPACE ON SCIENTIFIC RESEARCH

ABSTRACT

The proposed regulation (adopted by the EU Parliament) on the European Health Data Space provides for a simplified mechanism - to be managed by newly established bodies, responsible for access to health data and charged with a guarantee function - to make health data easily accessible and marketable for research purposes. This procedure would enable the sale of health data for secondary uses with scientific research purposes, without the direct involvement of the data subject. However, the data that can be shared must necessarily be anonymized or pseudonymised and their use must take place within secure processing environments.

The research question the contribution aims to address is whether the model outlined in the regulation is compliant with the fundamental principles laid down in the GDPR – especially with regards to the rights of the data subject and the relevant safeguards – what consequences will this new paradigm produce on the market and if, after the entry into force of the regulation, there may still be any room for secondary use of fully personal health data.

KEYWORDS: Health data – EHDS – Secondary use – Scientific research – Pseudonymization – Anonymization

INDEX: 1. Introduction – 2. Health data. Defining the perimeter - 3. The state of the art in health data processing – 4. Secondary use and its borders. Speciality or complementarity between health data regulation and GDPR? – 5. (continues) The European health data space and its simplified mechanism – 6. What use for anonymized and pseudonymized health data – 7. Concluding remarks

1. Introduction

1.1 The establishment of fully functional health data processing models is primarily aimed at ensuring the best medical care for patients to whom the data relate. It may also serve for further purposes related to the patient's own health (e.g., diagnostic or preventive purposes) and scientific progress (e.g., scientific research). Therefore, it is essential that a clear legal framework exists as any interpretative uncertainty could harm the smoothness of the process: it needs to be efficient and not excessively burdensome (as it would easily discourage - at least - some of the possible use of the data) while granting the data subject sufficient control over the use of his health data.

The complex balancing between these instances has already been sought by the GDPR¹ and currently is under partial review in the context of the European Data Strategy².

In this regard, the proposal (now adopted by the EU Parliament) for a European Health Data Space (EHDS)³ aims at establishing a model that -

¹* A first version of the paper was presented at the international workshop "The Health of the Union" held at the University of Pisa on October 6, 2023. I would like to thank the participants of the seminar for their valuable comments. Since the very beginning of the debate, there have been varying opinions on the capacity of the GDPR regulation to facilitate and incentivise the use of health data for scientific research purposes. See, among the others, M.C. Ploem - M.L. Essink-Bot - K. Stronks, *Proposed EU data protection regulation is a threat to medical research*, *BMJ* 2013, 346: f3534.6; E.S. Dove - B. Thompson - B.M. Knoppers, *A step forward for data protection and biomedical research*, *Lancet*, 2016, 387:1374.

² For a general introduction to the European Data Strategy and its implications see D. Amram, *Comparing EU initiatives on data: addressing risks and enhancing harmonisation opportunities*, *Opinio Juris in Comparatione*, n. 1/2023; PromethEUs, *The EU's Data Strategy from a multifaceted perspective. Views from Southern Europe*, June 2023; F. Bravo, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, *Contratto e impresa Europa* 1/2021, p. 199 ff.

³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space, COM (2022) 197 final, 2022/0140(COD), May 3rd 2022. On March 15th 2024, a political agreement between the European Parliament and the Council of the EU has been reached on amended proposal and, on April 24th 2024, the EU Parliament has adopted it. On the topic see, among the others, D. Horgan et al., *European Health Data Space — An Opportunity Now to Grasp the Future of Data-Driven Healthcare*, *Healthcare* 2022, 10, 1629, available at <https://doi.org/10.3390/healthcare10091629>; J.S. Marcus et al., *The European Health Data Space*, IPOL | Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament Policy Department studies, December 2022, available at <https://ssrn.com/abstract=4300393>; T. Schmitt et al., *What does it take to create a European Health Data Space? International commitments and national realities*, *Z. Evid. Fortbild. Qual. Gesundh. wesen (ZEFQ)*, available at <https://doi.org/10.1016/j.zefq.2023.03.011>.

being aware of the potential of health data for multiple applications – pursues the goal of enhancing and fostering the quality of health data, promoting its use while strengthening the data subject trust: it is essential that every citizen feels confident that his data are correctly processed, in compliance with the rules on data protection, preserving confidentiality and security⁴.

Such framework aims, firstly, to increase the quality and effectiveness of health care⁵, allowing professionals to access health data relating to the patients, potentially achieving more accurate diagnosis and assessing the most appropriate therapeutic approach, even by simulating the efficacy of the treatment on the individual patient based on the available data and parameters⁶. The use of data gathered from clinical practice is essential to understand what the actual results (on a set of real patients) are in the administration of a therapy and management of diseases, what limitations and benefits exist, thereby shape the “best practices”. Secondly, as hinted, health data may also serve many other purposes and among them scientific research has a prominent role.

1.2 The processing of health data may be subject to a range of regulations according to its classification: in turn, it may be a primary processing of data, when data are collected in the first instance for that specific purpose; or secondary processing, when data collected for different objectives

4 Health sector has its own peculiarities and motives that require a smoother mechanism for data use and re-use, but also imposes a heightened duty of confidentiality and security for data: the knowledge of information about the patient’s health and particular medical conditions makes the patient particularly vulnerable to third parties.

5 The EU health commissioner Stella Kyriakides in June 2022 remarked that “*health data has vast potential to improve the health of our citizens if we manage to use it in an effective and safe way [...] sharing data will save lives. EHDS will help innovation in healthcare, which is all the more crucial as new health threats arise*”. With reference to its potential relating to research she added that “*it will prove far easier to conduct research on a European scale with higher quality interoperable data*”. See European Commission, *Opening Remarks by Commissioner Stella Kyriakides at the EPSCO Council—European Health Data Space*, 2022, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_3708.

6 For example, building on the available data, it is possible to elaborate digital twins that enable physicians to simulate treatments of diseases in order to assess the relevant outcome on a specific individual.

(*e.g.* observational, clinical) are used for research⁷. Underlying the primary use of data for health care purposes are interests for its most agile and timely use, whilst ensuring the respect of the rights and interests of the data subject to whom the data relate; whereas the reasons justifying a specific regulation of the secondary processing of health data are different: incentivizing the provisions of new services and - most relevant from a public interest point of view - enabling and favouring health research⁸. Health data collected by healthcare institutions in the context, *e.g.*, of diagnostic tests and healthcare treatments can consequently also be used for purposes other than the one for which they were originally collected or generated. Clearly, scientific research can greatly benefit from a framework that favours the reuse of data, especially if data are properly classified and structured.

Therefore, the health data regulation has been prioritized and it is not by chance that, among the sectoral data spaces envisaged by the European Union legislator, the EHDS has been the first proposal delivered⁹.

Indeed, the possibility of using health data pertaining to European citizens for research purposes is perceived as a pressing issue, also in wake of the health crisis triggered by the COVID-19 pandemics. It is crucial to ensure that European researchers are not put at a disadvantage against researchers based in non-EU countries, and the existence of more pervasive and restrictive regulation may represent a concern¹⁰; the situation is also aggravated by the fact that to date it is not always fully clear what legal regime the secondary use of health

⁷ This is an initial general and a-technical distinction, useful for introductory purposes. The issue will be dealt more specifically under para. 3.

⁸ It should be noted that scientific research may be the primary purpose for which data are collected and processed. In such case, the research would constitute a primary use of data and therefore the relevant rules will be applied.

⁹ *E.g.*, the proposal for the EU financial data space has been published more than one year after the publication of the proposal on European Health Data Space.

¹⁰ Competitiveness is a big issue for Europe. Previously, the GDPR has led to strong disinvestment in the field of medical research in favour of North America and Asia (over 10 percent). The biggest concern in the market is that there would be no point in producing health data in Europe if they couldn't be legitimately re-used. This creates a very significant damage, especially since the quality of European research is generally acknowledged.

data is subject to, since the concept of further processing that the GDPR refers to is not entirely overlapping and grey zones still exist.

Precisely to address the mentioned concerns, the proposal for a regulation on the European health data space provides for a simplified mechanism - to be managed by newly established bodies, responsible for access to health data and charged with a guarantee function - that allows health data to be accessible and marketable for research purposes: a procedure that enables the sale of health data for secondary uses, for scientific research purposes, without the need of any (direct) involvement of the data subject is envisaged¹¹. However, the data that can be shared must necessarily be turned into non-personal by means of anonymization or pseudonymization (if anonymized data would not serve the purposes of research) and the sharing and use must take place within safe environments through HealthData@EU.

1.3 The contribution aims to examine whether such a model outlined in the regulation will be compliant with the fundamental principles laid down in the GDPR that may appear - *prima facie* - to be in contrast, as well as to clarify what is the relationship between the health data space regulation and the GDPR.

The paper is structured as follows.

First, the current regulations in force regarding the processing of health data will be reconstructed, addressing the critical aspects and evaluating how the innovation brought by the EHDS proposal will fit into this context. Second, the (actual) potential for pseudonymization and the anonymization of health data is assessed, in order to understand the impact the new governance model could have.

¹¹ See Chapter IV (Secondary use of electronic health data) of the EHDS proposal (specifically, Section 2 - Governance and mechanisms for the secondary use of electronic health data, Article 36 and following).

2. Health data. Defining the perimeter

2.1 As it is well known, data can be processed for a variety of purposes, each differently categorized and subject to regulations that are not entirely overlapping¹². Such processing may differ, *inter alia*, with reference to the object to which the data refer, the purpose for which data are processed as well as the type of processing they undergo.

A literature review shows that in the context of healthcare, research and other processing of health data, multiple types of information are used¹³: electronic health records (that may include information on the symptoms declared by the patient, the results of medical exams and the relevant referral, prescriptions, etc.), claims data, omics data, clinical trials data, pharmaceutical data (including information on medicines safety). In addition to these, social media data on health, telemedicine and sensor data, information on well-being and behavioural data as well as other records of relevance to health “*such as occupational records, sociodemographic profiles or environmental monitoring data such as on pollution*”¹⁴ can be processed.

Thus, a very wide range of information, either related to health or drawing elements about health, originating from the most disparate sources.

In other terms, the human body potentially is a system of information¹⁵ that can be used either for healthcare or research. However, people are generally animated by a sense jealousy (and desire to confidentiality) over their health

12 There is a plurality of disciplines that refer to data, differentiated according to the type of data, the nature of the subjects to whom the data refer or by whom they are processed, and the different object of the data. Some of these regulations are complementary and apply cumulatively, while others are alternative. For an overview, see European Commission, *Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare*, DG Sante, July/2021, p. 185 and ff.

13 S. Marjanovic et al., *Understanding value in health data ecosystems: A review of current evidence and ways forward*, 2017, available at https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1972.html; European Commission, *The Use of Big Data in Public Health Policy and Research*, 2014, available at [ec.europa.eu, https://ec.europa.eu/health/ehealth/docs/ev_20141118_co07b_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/ehealth/docs/ev_20141118_co07b_en.pdf).

14 European Commission, *Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare*, DG Sante, July/2021, p. 147.

15 I. Rapisarda, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2021, p. 301 and ff.

data, so they often they seek assurances that they will only be used for the purposes strictly necessary for their treatment and no information on their health status will be made public. Therefore, it is oftentimes arduous to obtain a patient's explicit consent to the processing of his data for research purposes, although reassured about benefits of the research and the security of the processing. Hence, the interest of public institutions and the market to the most extensive re-use of data may clash with patients' concerns (and their fundamental rights), especially with regards to data that may expose their very intimate situations and weaknesses.

2.2 A progressive development of the notion of personal data relevant to the healthcare field has been observed: from the original definition of mere medical data, the definition moved - already with European Directive 95/46/EC - to the current broader concept of health data. To the extent of governing the lawfulness of these processing, the GDPR features a broad definition of "data concerning health" as "*personal data related to the physical or mental health of a natural person, including the provision of health care services, which reveal information about his or her health status*" (Article 4, pt. 15, GDPR); the EHDS provides an even wider notion which encompasses both personal and non-personal data¹⁶.

Debates exist on the actual boundaries of the notion, both with regard to data that, although relating to the general health of individuals, have not been generated within a medical environment (e.g., data generated by wellness app), and to types of technologically-enabled data which do not refer directly and explicitly to a data subject (e.g., whether the so-called synthetic data – which use data collected from real patients to create a population of virtual patients with the same health characteristics – fall into the notion of health data and to

¹⁶ Indeed, the scope of health data covered by the EHDS includes also non-personal data (e.g. anonymised or aggregated data related to health and social care which may fall outside the scope of the GDPR).

what extent pseudonymization efforts allow the use and processing of health data without full compliance with the GDPR)¹⁷.

Even outside of the perimeter of healthcare purposes, health data may acquire economic value for several uses and applications: some forms of reuse of data relate to patient profiling (for diagnostic or prevention purposes) as well as to scientific research purposes (prospective or retrospective)¹⁸; additionally, they may be used also for purely commercial purposes if a legal basis for processing exists¹⁹. Alongside their legal soundness, the ethical aspects of such transactions should also be considered.

2.3 To address these multiple concerns, in the context of the regulations already in force, the processing of (personal) health data is subject to special rules that partially derogate from those applicable to personal data in general. These rules are, in principle, more stringent precisely to meet the increased demands for protection, but at the same time they aim to make easier those processing capable of producing positive societal effects.

The proposed EU Data Health Space, albeit frequently referring to the GDPR and to its definitions, often (e.g., in relation to types of data, processing and entities having a role in the chain of data collection, use and exploitation)

17 The concept of electronic health data refers to both personal and non-personal data concerning health and genetic information as well as the relating “determinants”.

18 I.V. Pasquetto - B.M. Randles - C.L. Borgman, *On the Reuse of Scientific Data*, *Data Science Journal* 16(8), 2017, p. 1–9. Traditionally, in Italy the observational retrospective studies faced many obstacles with reference to the interpretation of norms provided by the Italian Data Protection Authority (see Opinion pursuant to Article 110 of Italian Privacy Code and Article 36 GDPR - 30 June 2022) that required a specific new consent by the data subjects in order to legally use such health data or alternatively, the obtainment of a preemptive authorization on the study by the territorial ethical committee and by the Data Protection Authority. The recently approved reform of Article 110 is aimed precisely at overcoming this shortcoming.

19 On the debate on marketability of data, see V. Janeček-G. Malgieri, *Data Extra commercium*, in S. Lohsse, R. Schulze and D. Staudenmayer (edited by), *Data as Counter-Performance—Contract Law 2.0?*, Hart Publishing/Nomos 2020, pp. 93-122; G. Alpa, *La proprietà dei dati personali*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019; H. Zech, *Data as a tradeable commodity*, in A. De Franceschi (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, pp. 51 and ff.

makes use of different nomenclatures²⁰, most of them introduced by the Data Governance Act²¹ and the Data Act²². Clearly, there is an effort on creating a common 'platform' (in terms of applicable rules, technology and governance) for the use and valorisation of (health) data, trying to overcome the existing regulatory inconsistencies.

Significant changes were made to the first versions of the proposal to address the identified concerns²³, nonetheless misalignments still exist between some of the definitions included in the EHDS proposal and the ones featured by the GDPR²⁴. In the present analysis, these elements and their consequences will be highlighted.

3. The state of the art in health data processing

3.1 To date, the main regulatory source on the processing of health data (at least those that qualify as personal data) is the GDPR. In fact, Article 9 regulates the processing of 'particular' types of data, among which health data falls. The inclusion of health data in this category is justified as their specificities require greater attention as well as ease when it comes to processing for public interest purposes. While it does not imply a complete ban on their processing, however, subjects it to the specific conditions listed under Article 9 (2). The consent-centric model has been *de facto* superseded, to the extent that the regulation provides for a variety of legal bases for processing (other than explicit consent of the data-subject), including some that rely on

20 D. Amram, *Comparing EU initiatives on data*, cited, p. 7.

21 Regulation (Eu) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act).

22 Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act).

23 Most of the weaknesses of the proposal, pertaining to data protection, were raised in the EDPB-EDPS, Joint Opinion 03/2022 on the Proposal for a Regulation on the European Health Data Space, adopted on 12 July 2022.

24 E.g. the definitions of primary and secondary use set forth under Article 2 (2) (d) and (e) EHDS.

the existence of a public interest to the processing²⁵. In this context, scientific research purpose already constitutes a valid legal ground for processing as long as it entails a public relevance. At present, simplified schemes aimed at making scientific research practicable even in the absence of an express consent from the data subject exist, yet they are subject to stringent limitations and no dedicated infrastructure aimed at making them possible on a large scale is available.

3.2 Thus, in the GDPR there is already a clear trace of the balancing between the existing interests underlying health data processing: interests of the data subject to data protection and control over its data, on the one hand, and public interest to public health and scientific research, on the other²⁶.

In this respect, the GDPR proves to be research friendly²⁷ establishing a presumption of compatibility²⁸ of the further processing for scientific research purposes (Art. 5(1)(b))²⁹. In fact, when it comes to secondary use for scientific research, the Regulation states that the (further and secondary) scientific

25 Legal models that rely (exclusively or mainly) on the consent of the data subject as the legal basis for processing pose problems for scientific research: not only because of the difficulties, in some situations, in obtaining express consent, but mainly because the research activity could give rise to the re-use of the data and their further proliferation. This is more evident than ever due to the current mass digitization. W. Ricciardi, *Assessing the impact of digital transformation of health services: Opinion by the Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health (EXPH)*, 2019, 29 European Journal of Public Health Supplement 4, p. 185–769.

26 Notwithstanding the applicability of the general principles of purpose limitation and data processing minimization, further processing may only be considered legitimate if the controller has carried out a compatibility assessment (Article 6(4) specifies what are the parameters to be taken into account), on the basis of the data subject's consent or on specific rules set forth by European or national laws.

27 On the friendliness of GDPR for scientific research, see G. Comandè - G. Schneider, *Can the GDPR Make Data Flow for Research Easier? Yes It Can, by Differentiating! A Careful Reading of the GDPR Shows How EU Data Protection Law Leaves Open Some Significant Flexibilities for Data Protection-Sound Research Activities*, *Computer Law & Security Review* 41, 2021, 105539, available at DOI: 10.1016/j.clsr.2021.105539.

28 Similarly, the Convention no. 108 of the Council of Europe already provided for (similar) presumptions of non-incompatibility when further processing carried out was aimed at scientific purposes, as long as it was backed up by adequate safeguards.

29 Article 5 (1) (b) GDPR and Recital 40 provide that further processing for research, statistics and historical purposes may be considered as “not incompatible”, allowing therefore an additional processing with a non-incompatibility presumption.

research finality is to be deemed generally compatible with the initial purposes – and related legal basis – as long as the processing is conducted in compliance with the criteria laid down in Article 89³⁰.

When none of the previous is applicable, a specific compatibility test (Article 6 (4)) aimed at carrying out the processing may still be done³¹. However, in this case the data subject must be notified according to Article 13 (3) or 14 GDPR³².

Though, a secondary processing for scientific research purposes is not necessarily (*de jure*) compatible with the initial legal basis, regardless of the interests pursued. In fact, any such reading would be in contrast with the interests of the data subject and would contradict the provisions of Recital 33, which requires that - in the context of scientific research - specific areas of study are still to be identified³³.

Already from this debate, the relevance (and, at the same time, the applicative and technical/legal difficulties) of re-use for research purposes can be grasped. In order to better determine the concrete scope of applicability of the rules examined, however, it is necessary to consider one point in more detail.

30 G. Schneider, *Disentangling health data networks: a critical analysis of Articles 9(2) and 89 GDPR*, International Data Privacy Law, Volume 9, Issue 4, November 2019, pp. 253–271, available at <https://doi.org/10.1093/idpl/ipz015>

31 Article 99 of the Italian Privacy Code states that, for the purposes of scientific research, personal data whose processing has ceased (for any reason) may be retained or transferred to another data controller, in compliance with the guarantees provided for in Article 89 GDPR.

32 In view of the obvious difficulties that sometimes exist in providing such information, Article 14 (5) GDPR provides for a special exemption from the obligation to provide information on processing when providing it would be impossible, would involve a disproportionate effort (in terms of high costs, money, time) or would risk impairing scientific research by jeopardising its objectives. For these reasons, the EHDS provides for further simplification in this regard.

33 In the same vein, the Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 3/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN WP 203, 2 april 2013, p. 28 ff. reiterated the need to identify a specific legal basis for processing, keeping the compatibility test and the legal basis for processing separate.

3.3 The case law³⁴ and the EDPB³⁵ have repeatedly stated that the legal bases provided under Article 9(2)(j) GDPR cannot be used when the research is motivated by lucrative purpose. Such interpretation seems to link the benefit of a more advantageous legal basis for the processing of health data to the circumstance that the beneficiary is a public body, entrusted with the care of the public interest, rather than solely to the objective pursuit of the public interest objective underlying scientific research (which is still devoted to the improvement of scientific knowledge, albeit with the ultimate profit motive of the company promoting it)³⁶. Widening and enhancing the research purpose envisaged by the GDPR would allow to legitimise further secondary processing pursuant to Article 9(2)(j) fostering cooperation between hospital, public institutions and private research organisations. It would facilitate the valorisation and re-use for scientific purposes of health data held by public bodies even when it is carried out by private parties performing ‘private’ research³⁷. Precisely the objectives pursued by the EHDS proposal.

Accepting the more restrictive view, instead, such further processing would necessarily require a new consent by the data subject³⁸, clearly harming the practical viability of secondary processing. Hence, especially in these circumstances, it would greatly benefit research allowing forms of broad consent that would enable the data holder to carry out a number of different processing – even not strictly related one to the other – without the need of

34 Among others, Italian Supreme Court of Cassation, Sec. I, 7 October 2021, no. 27325.

35 European Data Protection Supervisor (EDPS), *A Preliminary Opinion on Data Protection and Scientific Research*, January 2020.

36 Accepting a broader interpretation of the concept of scientific research - also from an objective point of view - may grant “full freedom to operate” over the data to research bodies.

37 M. Mostert et al., *From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research*, in *European Journal of Health Law*, 25, 2018, p. 52 highlights that in health studies, to enable the best progress and unlock further research perspectives, together with the circulation and use of data already available, it would be necessary to allow to cross-reference them with those in further databases (e.g. data from pathological anatomy archives, biobanks or even social networks).

38 In specific cases (see 36 GDPR), a specific preemptive authorization by the national data protection authority could similarly legitimize such further processing.

new contacts with the data subject. Are those models – or forms of implicit consent – permitted as of now? Already before the entering into force of GDPR, WP29 expressed concerns in relation to forms of broad consent³⁹ as a legal base for the processing of health data. The feasibility of models of tacit consent to further secondary processing, as well as privacy disclosures with ‘open’ consent when the further use contemplated is motivated by purposes of medical progress, and of other models in line with the rationales underlying the European data space should be investigated more in depth⁴⁰. However, these arrangements should be examined with caution as they would lead to a derogation to the core principles of data processing minimisation and determinateness of the uses to which consent is given⁴¹.

Some insights in this regard can be understood from the extensive debate that exists relating biobanks. Those by their nature are repositories of data set up for future research, unspecified (or at least not fully specified) at the moment of their establishment and delivery of biospecimens and relating data. In this field, even international ethics norm governing health research are increa-

39 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, 00569/13/EN WP 203, Adopted on 2 April 2013.

40 It is significant, however, that some jurisdictions – building on Article 36 GDPR – have already developed solutions to allow the use of data for research purposes without the consent of the data subject, at the request of the data controller and subject to the favourable opinion of a special commission (which first assesses the merits of the purposes pursued). For example, Irish law provides for a similar mechanism. See D. Amram, *The “Accountable Ulysses”*. *Research and Health Data Protection: How to Harmonize at European Level despite of the GDPR and the Interpretations offered by the Irish, Belgian, Spanish, and Italian systems*, *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc.1, 1 February 2019, p. 215. Similarly, Article 110 bis of the Italian Privacy Code provides for the possibility of reusing personal (health) data, even in the absence of the consent of the data subject, provided there is a prior authorisation by the Data Protection Authority (and provided specific safeguards are implemented for the minimisation of the processing and for the anonymization of the data). with the recent reform of Article 110 of the Italian Privacy Code, the utilisation of such data for scientific research that complies with deontological rules is made even smoother, with no need for prior authorisation by the Authority.

41 Another option theoretically viable is to presume the legitimacy of the further processing, via forms of presumptions of consent to secondary use (granting protection to the data subject position through the option of opting out).

singly approving forms of broad consent⁴². The main applicative question is how to ensure that the use of such data would be compliant with the type of uses already envisaged at the moment of collection. Although in theory the model outlined in that sector could offer solutions to be applied more broadly to health data, it does not seem however to strike a balance that can be applied to all forms of secondary use of health data, which are manifold and present multiple protection requirements.

4. Secondary use and its borders. Speciality or complementarity between health data regulation and GDPR?

4.1 The secondary use of health data has many practical applications, yet it raises legal issues of considerable complexity.

Even if it is a widely used concept, the GDPR does not define nor make use of the term 'secondary use' and the notion further processing it features does not appear to be completely overlapping. The latter exists whenever the processing is made for a purpose different to the one the data were collected for, and in this context no relevance is given to data lifecycles as discriminating factor. Although the further processing is not banned entirely, it is considered exceptional and subject to penetrating rules.

Secondary uses, instead, are generally often defined as any use of data, different from the one for which data have been collected or generated⁴³. In

42 E.g., both World Medical Association and the Council for International Organizations of Medical Sciences/World Health Organization (CIOMS/WHO) in 2016 have agreed for the use of such model. The nature of biobanks is not well suited for specific consent as a legal basis for processing because the activities they carry out require continuous access to information, biosamples and the individuals themselves who have participated in the research, who are often followed up and recontacted by the biobank for collection of further data, submission of questionnaires, measurements, or even new samples. Therefore, if consent is to be used as a legal basis for processing, it is inconceivable to subordinate it to the principle of specificity of use. Alternatively, other legal bases that are independent of consent could be used.

43 World Health Organization, *Meeting on secondary use of health data*, 13 December 2022, available at <https://www.who.int/europe/news-room/events/item/2022/12/13/default-calendar/meeting-on-secondary-use-of-health-data#:~:text=Secondary%20use%20of%20health%20data%20is%20the%20processing%20of%20health,of%20a%20service%20or%20product>. for example states that “*Secondary use of health data is the processing of health data for*

fact, data can serve additional purposes and therefore may be exploited by the data holders or by third parties to this end.

Secondary use of health data unlocks greater efficiency because of economies of scale and scope made possible by aggregation of different health datasets that “usually yields more (accurate) insights compared to the separate analysis of fragmented datasets”⁴⁴. Additionally, it proves functional to increase transparency in the provision of health services to the market, as the analysis of a wide range of data has great potential in comparing the efficiency of the different healthcare services. This has an impact both on service providers, who can better modulate their offer, and on patients themselves, who can more consciously choose the most suitable services, and possibly changing their service provider, without losing their health data already collected (clinical analyses, diagnosis, etc.) by using the data portability tool. As for research, building on the actual evidence of a therapeutic intervention avoids duplication of studies and complies not only with efficiency goals but also with the ethical requirement of preventing patients being subjected to studies whose outcome is already known, as it is contained in the available data or could be inferred from them⁴⁵.

The EHDS proposal innovates the examined landscape, introducing a definition of secondary use⁴⁶ that reflects the novel paradigm proposed.

In the context of the impact assessment conducted by the European Commission on the EHDS the secondary use (or reuse) of health data is

purposes other than the initial purposes for which the data were collected.”

44 Idem, p. 11 which in turns quotes B. Carballa-Smichowski et al., *Economies of scope in data aggregation: evidence from health data*, 2022, available at https://www.researchgate.net/publication/365276562_Economies_of_scope_in_data_aggregation_evidence_from_health_data. However, it must be mentioned that the characteristics of these datasets are such that, upon reaching a given (significant) size and level of accuracy, further expansion may bring only a minimal benefit in terms of insights on patients; it must also be considered that the size and characteristics of the dataset to be used to obtain useful medical insights may vary (considerably) depending on the complexity of the data and diagnostic questions.

45 These (further) uses of data which prove to have so many positive points, however, raise criticalities especially from a data protection and cyber risk standpoint.

46 EHDS Proposal, Article 2(2)(e).

regarded as the use of “*individual-level, personal or non-personal health data or aggregated datasets, particularly data generated during healthcare provision with the purpose of supporting research, innovation, policy making, regulatory activities and other uses, such as healthcare delivery to a patient, based on the data concerning other patients*”⁴⁷.

Within the Regulation, therefore, the provisions on the secondary use of data, which aim to broaden its scope and make its procedures smoother, refer to the defined concept. However, in the broader area of data processing there is no full consensus on the extension of the concept, that often is used as a synonym for “data reuse” and “repurposing”⁴⁸. These, though, are not entirely alike. Nonetheless, such terms – and other semantically related that are generically used to refer to such processing – highlight some of the core features that in additional processing of health data exist (*i.e.*, time interval separating the data generation and first to the subsequent uses, possible non correspondence of data user and original data controller, identifiable different purpose for data use).

Among the possible classifications useful to draw a line between primary and secondary use of data, the definitions established in the biomedical research domain (and the differences with the concept of further processing featured by the GDPR) can be recalled. In that field, the difference between secondary use and uses that fall outside such scope are attributable to whether

47 European Commission, *Impact assessment report Accompanying the Document, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on The European Health Data Space*, p. 12. In the background of the EHDS proposal, it has been emphasized that incentivizing the re-use of health data will be valuable, as it can greatly benefit the development of new products, with an expected increased value “estimated at around EUR 25-30 billion at present, expected to increase to around 50 billion in 10 years”.

48 The lack of consensus on the definition of secondary use (and clear demarcations between this concept and others close to it) created barriers to cross-border data sharing. Additionally, lack of clarity on the meaning and its scope (and, even more, its inconsistent use) can determine significant challenges when obtaining consent as well as difficulties to interpret what individuals have consented to. Among the negative consequences, difficulties to access certain types of data (e.g., genomic data or data from certain subjects) due to overly cautious and risk-averse behaviour by data controllers and underutilization of health data as a resource for secondary use. This leads to inefficient use of resources, human and financial, due to the need of re-collection of the same health data for other purposes.

the processing for an additional purpose concerns an entire data lifecycle (*i.e.*, all the possible activities and processing from data generation to deletion) or not. Instead, according to a different criterion (a controller focused view), the discrimen is to be found in the existence of a distinct phase within the data lifecycle: according to this approach - focused on the identification of the controller - each phase within the data lifecycle begins when a controller collects personal data, either directly from the data subject or, in the case of existing data, from another source, and ends with the realisation of the purpose for which that controller collected the data⁴⁹.

In such a fragmented landscape, the EHDS has adopted a more clear definition to provide greater certainty, and with the aim of favouring the re-use of health data, being aware of its potentialities: indeed, secondary use of health data is suitable for supporting, among the others, health research, innovation, policymaking, regulatory and personalised medicine⁵⁰ and it may streamline the process (and make it less costly) for the development of new drug medicines and protocol for medical procedures⁵¹.

4.2 Notwithstanding the different nuances in the understanding of what is secondary use and what still falls under primary use (or even qualifiable as something else, for example being outside the scope of personal data), the secondary use concept has a specific relevance in the field of health as it unlocks the possibility of providing value-added services on the market as well as potentialities for research⁵² (even though often the potential of secondary

49 Hospitals that administer medical examinations and tests may use the data collected both for diagnostic purposes (primary use) and for researches not linked to the cure of that specific illness (a secondary use, as this processing is unrelated to the main purpose the data were collected for). See *idem*, p. 137. The same applies when the research additional processing is not carried out directly by the original data holder but by a third party.

50 J.S. Marcus et al., *The European Health Data Space*, cited, p. 20.

51 As well as public health decision making. During the COVID-19 pandemics the use of health data proved to be essential.

52 C. Safran et al., *Toward a National Framework for the Secondary Use of Health Data: An American Medical Informatics Association White Paper*, *Journal of the American Medical Informatics Association* 14(1) 2007, pp. 1–9; I. Danciu et al., *Secondary Use of Clinical Data: The Vanderbilt*

use is not sufficiently exploited because of the privacy and data protection concerns that it raises)⁵³. Therefore, the need of establishing a functioning system for authorizing such processing appears to be essential. Clarifying its scope and assessing whether secondary use of health data constitutes – always, sometimes, when? – a form of further processing under GDPR⁵⁴ is also crucial, as uncertainty represents a relevant issue exposing researchers to non-compliance risks. Whereas Recital 37 of the EHDS proposal states that the mechanism provided for in Art. 34 EHDS (which envisages the purposes for which health data may be processed for secondary use) constitutes a legal basis legitimising the processing of the data under Art. 6 and 9 GDPR, it doesn't fully solve the problem.

In general terms, the EHDS has not cleared up all the sticking points with the GDPR and the applicative difficulties arising from uneven regulatory regimes. Earlier during the *iter legis* procedure, the joint opinion issued by the EDPB-EDPS pointed out some of the most relevant criticalities of the proposal, when it comes to data protection and rights of data subjects⁵⁵. It should be appreciated that most of those were addressed and sorted out in the course of the negotiations on the text. Nevertheless, some outstanding questions remain.

Approach, Journal of Biomedical Informatics, Special Section: Methods in Clinical Research Informatics 52, 2014, pp. 28–35, available at DOI: 10.1016/j.jbi.2014.02.003; S.M. Meystre et al., 'Clinical Data Reuse or Secondary Use: Current Status and Potential Future Progress', Yearbook of Medical Informatics 26(1), 2017, pp. 38–52, available at DOI: 10.15265/IY-2017-007.

53 L.O. Gostin - S.F. Halabi - K. Wilson, *Health Data and Privacy in the Digital Era*, Journal of the American Medical Association 320(3) (2018) pp. 233–234, available at DOI: 10.1001/jama.2018.8374.

54 R. Becker et al., *Secondary use of Personal Health Data: when is it 'Further Processing' under the GDPR, and What Are the Implications for Data Controllers?*, European Journal of Health Law 30, 2023, pp. 129–157, available at <https://ssrn.com/abstract=4070716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4070716>.

55 EDPB-EDPS, *Joint Opinion 03/2022 on the Proposal for a Regulation on the European Health Data Space*, adopted on 12 July 2022. Comments on the joint opinion EDPB-EDPS were offered by G. Bincoletto, *The EDPB-EDPS Joint Opinion on the Commission Proposal for a Regulation on the European Health Data Space: Key Issues to Be Considered in the Legislative Process*, 2022, 8:3 Eur Data Prot L Rev 398; V. Cimina, *The Proposal for a European Health Data Space: between pursued objectives and data protection challenges*, ERA Forum (2023) 24, pp. 343–359

Although the draft Regulation now expressly emphasizes the complementarity between the rules on the processing of health data contained in the EHDS and those of the GDPR⁵⁶, their interplay is not always clear from the point of view of their coherence and/or speciality. In fact, the relationship between the two pieces of legislation lies in coexistence but inconsistency, both in terms of definitions and data governance models. This results in a diminished protection of data subjects.

This reading key will therefore be used to analyze the provisions of the EHDS proposal.

5. (continues) The European health data space and its simplified mechanism

5.1 The European Data Strategy acknowledged the value that data has and possible further uses they may unlock. Therefore, the EU Commission promoted a legal framework aimed at favoring the development of technologies, preserving the European values and protecting data subjects' rights; at the same time promoting the data circulation and forms of processing aimed at exploiting the value of data⁵⁷. In a regulatory environment marked by the presence of horizontal disciplines, such as the Data Act and the Data Governance Act, the EHDS builds on their definitions and compliment such regulations providing specific rules for health data: it covers “*standards and specifications for providers of data intermediation services in the health sector, minimum technical requirements for the portability of health data, criteria for security of data for bodies dealing with data altruism*”⁵⁸.

⁵⁶ Under Art. 1, para. 4 EHDS it is expressly stated that the Regulation “*shall be without prejudice to other Union legal acts regarding access to, sharing of or secondary use of electronic health data, or requirements related to the processing of data in relation to electronic health data, in particular Regulations (EU) 2016/679 [...]*”.

⁵⁷ European Commission, *A European Strategy for data*, Shaping Europe's digital future, June 2023, available at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/strategy-data>.

⁵⁸ Each data space will feature distinctive and sector-specific rules and models of governance. It may also feature different technological characteristics. In such regard, see V. Cocca, *European perspectives: the creation of data spaces in the health care sector*, in Data Valley White Paper e-Health Data Sharing Best practices and solutions for data sharing, anonymization, and data lake creation with health data, October 2021.

The proposal pursues several objectives, listed under Article 1. While strengthening the rights of natural persons in relation to the availability and control of their electronic health data (lett. a) and laying down rules for developing electronic health records systems (lett. b), it aims to provide rules and mechanisms supporting the secondary use of electronic health data (lett. c), establishing a mandatory cross-border infrastructure for the secondary use of electronic health data. Thus, it impacts on both primary⁵⁹ and secondary use of health data and aspires to improve both.

With the aim of reaching a balance among the conflicting interests (and concerns), the proposal features a complex mechanism, whose functioning is guaranteed by public institutions - charged with management and guarantee functions - and where all the involved players (the health data access bodies, data holders, data users and data subjects) are tasked with specific duties and are right-holders.

It tackles the identified issues of public health, efficiency and data protection proposing a new governance structure - technological and institutional - for the control on health data (enhancing the tools to raise awareness on the use of data and the subsequent possibility to exercise the data subject rights), data circulation (data portability rights as well as data sharing mechanism), possible uses in diagnosis, healthcare and research enabled by interoperability.

More specifically in relation to secondary use, it provides that electronic health data⁶⁰ - collected and processed in various contexts with the support of public funding (EU or national) - should be made available by data holders⁶¹ to

⁵⁹ The primary use is defined under Article 2 (2) (d).

⁶⁰ While Article 33 identifies the (minimum) categories of health data that should be shared, under Article 34 the purposes that may justify the secondary use are listed (among them also the research purpose, Art. 34 (1)(e)). It should be emphasized however that although the proposal intends to shed light on many problematic profiles to date, it does not completely clear the field of questions. On the contrary, it sometimes raises new questions that it is hoped will be resolved as the legislative process continues. For example, under Article 34(1) of the Proposal, not all the types of secondary use featured are homogeneous and they would fall under different hypothesis of exceptions under Article 9(2) GDPR.

⁶¹ The GDPR itself provides the technical impossibility as a limitation to the transferability of personal data. In fact, it states that the data controller must be able to directly transfer

potential data users (through health data access bodies⁶²) with the declared goal of maximizing the impact on research, innovation, patient safety or policy making, generating thus a benefit for the society⁶³.

However, the pursuit of such objectives raises various concerns, especially related to the processing of particularly sensitive data, to which unrestricted access cannot be provided to data users and security conditions must be ensured: principles such as “*privacy by design*”⁶⁴ and “*bring questions to data instead of moving data*” should be implemented⁶⁵. Therefore, the mechanism envisaged by the EHDS features some precautionary measures and among them notable are the ones of structural nature. In this respect, all operations should take place through HealthData@EU and within a secure data processing environment where certain key principles are implemented (identification of user, minimization of use of data accessed, compliance with security measures). This provides greater reliability to the whole mechanism, but at the same time, seems to legitimise - in the approach of the proposal - derogations (in some points) from the GDPR rules, in the sense of greater support for data circulation and reuse.

The functioning of the EHDS secondary use mechanism is guaranteed by the creation of Health data access bodies (Article 36) designated by each member state and responsible for granting access to electronic health data for

portable data to another data controller indicated by the data subject, if technically possible. In the context of the new proposal, HealthData@EU is the infrastructure that makes this possible and thus justifies exemptions in the EHDS proposal to the GDPR.

62 It should be however mentioned that under Article 49 of the EHDS proposal when an applicant requests access to electronic health data only from a single data holder in a single Member State it may file the request directly to the data holder and the data holder may grant the access complying with the relevant conditions set forth under Article 46.

63 In countries where private institutions play a fundamental role in healthcare, the obligation to data sharing should be extended to those subjects as well. However, the sharing obligation does not provide for reciprocity. In fact, private entities and pharmaceutical companies benefit from access to such data to be employed in their research, but are not in turn obliged to share the health data they hold.

64 On the implementation of the privacy by design in the health field, see G. Bincoletto – P. Guarda, *A proactive GDPR-compliant solution for fostering medical scientific research as a secondary use of personal health data*, *Opinio Juris Studies in Comparative and National Law*, no. 1/2021.

65 See Recitals 40 and following of the EHDS proposal.

secondary use. Those bodies will have a *de facto* role of gatekeepers of data subjects' health data being entrusted with 'an intermediary role that is twofold'⁶⁶: on the one hand, to protect the data subjects from the re-identification risk, while on the other hand, to provide technical assistance to data users in selecting a suitable dataset according to the approved request of access, verifying the compliance of all the actors involved with the relevant rules - giving also "*health data users and holders the opportunity to reply to any findings and to remedy any infringement*"⁶⁷ - and, if necessary, impose sanctions⁶⁸. According to Article 37 and following, these bodies are entrusted with many functions as will have, e.g., to decide on data access applications, to provide access to electronic health data for the purposes set out in Article 34, maintain a management system to record and process data access applications, facilitate cross-border access to electronic health data for secondary use hosted in other Member States through HealthData@EU and cooperate closely with each other and with the Commission. Moreover, they will be in charge to make public a national dataset catalogue that shall include details about the source and nature of electronic health data and the conditions for making electronic health data available⁶⁹.

66 D. Amram, *Comparing EU initiatives on data*, cited, p. 9.

67 As provided for by Recital 48 of the EHDS proposal.

68 There is however the risk that the role attributed to data access bodies in the access mechanism for secondary use envisaged by the EHDS will lead to a subtraction of the competence of the data protection authorities. The scrutiny currently possible under Art. 36 GDPR would be depleted, granting the access bodies only the responsibility to express opinions on the scientific research carried out and thus on the usability of the data, allowing or not allowing access (purchase). To cope with these criticalities, the current article 11a EHDS expressly acknowledges the competence of the data protection supervisory authorities both "*for monitoring and enforcement of Regulation (EU) 2016/679*" and "*for monitoring and enforcement of the application of Articles 8a to 8f and Article 8b*" EHDS.

69 This model is in line with the FAIR principles (findable, accessible, interoperable, and reusable), that ensure data quality also through standards and allow the re-use of secondary data and unlock possibilities of developing data driven applications. See A.F. Näher et al., *Secondary data for global health digitalization*, *Lancet Digit Health* 2023; 5: e98.

5.2 The EU datasets catalogue should minimise the administrative burden for the data holders and other database users; be user-friendly, accessible and cost-effective, connect national data catalogues and avoid redundant registration of datasets. And Member states should ensure that data catalogues kept at a national level are interoperable with existing dataset catalogues from European research infrastructures and other relevant data sharing infrastructures⁷⁰. Furthermore - and this is essential to ensure truly valuable data for use in scientific research – the data included in the catalogue shall ensure a minimum level of data quality and the dataset shall be sufficiently described, so as to enable potential data users to figure out which of those information might be useful for their research.

In this context, therefore, data users who wish to access the data must make a request under Article 45, stating, *inter alia*, what data (in the catalogue) they intend to access, what use they intend to make of it, what security measures they will employ. Once the request has been assessed and accepted by the national Health data access body⁷¹ (that has ordinarily a term of 2 months to issue the decision) the data are immediately requested by the body from the data owner, in order to make them available to the data user.

The authorisation issued by the national body may benefit from mutual recognition by the other national bodies responsible for accessing the data. However, if a single data space is to be created, there should be a real obligation for automatic recognition.

As to the conditions of access to data by the data users, it may require the payment of fees under Article 42⁷², the amount of which is determined on the basis of objective criteria. However, it is worth clarifying the economic *rationale* of this provision: the activity of data collection and storage is

⁷⁰ EHDS Proposal, Recital 60.

⁷¹ Access to health data by EU and national institutions, bodies or organisations are not subject to authorisation (see e.g. EMA).

⁷² The provision of fees for re-use of data is a possibility already mentioned under article 6 DGA.

expensive; even more so is compliance with the obligations to structure electronic health records according to certain formats, to be made available on the platforms envisaged by the EHDS proposal. While access to such data as primary use does not envisage any form of payment (and thus remuneration for the person who generated it), secondary use is subject to specific charging. Such a pricing mechanism does not seem likely to generate considerable revenues for data holders, but could contribute to a sustainable organisational transformation and to the compliance costs that organisations will have to bear in order to fully implement the EHDS model.

It should be emphasised, though, that the possibility for data users to select the desired data from a catalogue does not pave the way for indiscriminate dissemination of all personal health data. Pursuant to data minimization principle, the health data access body shall ensure that access is only provided to requested electronic health data relevant for the purpose of processing indicated in the data access application by the data user and in line with the data permit granted. The health data access bodies shall provide the electronic health data in an anonymised format, where the purpose of processing by the data user can be achieved with such data, taking into account the information provided by the data user.

Where the purpose of the data user's processing cannot be achieved with anonymised data, taking into account the information provided by the data user, the health data access bodies shall provide access to electronic health data in pseudonymised format (and the information necessary to reverse the pseudonymisation shall be available only to the health data access body and not to the data users).

Hence, the circulation of health data is encouraged, and as long as this takes place for research purposes and by structured entities, the circulation of

pseudonymised data is also allowed in cases in which anonymised data⁷³ would not meet research needs.

In order to address criticism about the watering down of data protection in favour of data circulation, the Regulation now provides for the right of the data subject to opt out from secondary usages of his health data. Although he has no effective control over actual uses and decision-making on sharing, he may decide to exclude his data from such a mechanism. However, this is a reversible decision, reflecting the logic of favouring maximum re-usability of data.

A flaw in the system - considered from the point of view of the protection of the data subject – is that Member States are entitled to adopt laws intended to override the eventual opt-out by data subjects to enable secondary uses by public bodies, which are assigned with the pursuit of public interests deemed particularly meritorious.

An opt-in system is implemented only for data deemed extremely sensitive, in respect of which the balance between data subject protection and circulation has therefore been settled in favour of the former.

6. What use for anonymized and pseudonymized health data

6.1 At this point, we should better investigate to what extent a balance is achieved between data circulation and data protection. This requires dealing more specifically with the concepts of pseudonymisation and anonymization as the EHDS proposal, with regards to the secondary use for research purposes, builds on such notions.

Such processing - whose performance is mandated to the data holder or health data access bodies -allows for a wider circulation of data, regardless of the express consent of the data subject.

⁷³ It has been proved that some form of anonymization still preserves many of the features of data essential to carry out high quality research. See M. Donnelly - M. McDonagh, *Health Research, Consent and GDPR Exemption*, in *European Journal of Health Law*, 2019, 26 (2), p. 97 ff.

Pseudonymisation is a sufficiently clear concept (at least on paper) as the GDPR, under Art. 4, defines it as a form of “*processing of personal data in such a manner that the personal data can no longer be attributed to a specific data subject without the use of additional information [...] kept separately and is subject to technical and organisational measures*”. Conversely, it does not provide a specific definition of anonymization. The Recital 26 merely refers to anonymous information as “*information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to personal data rendered anonymous in such a manner that the data subject is not or no longer identifiable*.”

The main difference among anonymization⁷⁴ and pseudonymization lies in the reversibility of the de-identification operation, and the consequent possible re-identification of the data subject, which determine the applicability (or not) of the data protection rules. Simplifications resulting from the non-applicability of GDPR rules are not, however, without drawbacks: the data thus processed are depleted and the range of uses that can be made of them is reduced (also with regards to the secondary use for scientific research purposes). In fact, anonymised data can potentially be inaccurate: excessive anonymisation may reduce the quality, usability and reliability of the data to the point of making them of little use for the purposes pursued. Indeed, in the context of research, it is often important to be able to make connections between data and subjects, particularly in the context of correlation studies.

As discussed, the model for the secondary use of health data outlined by the EHDS heavily relies on the use of pseudonymisation and anonymisation techniques, insofar as it subordinates data users' access to health data for secondary use to such processing. The question that arises is whether the application of such techniques sufficiently protects the data subject from whom the

⁷⁴ The anonymization outcome may be obtained with different technological tools and techniques. Among them, for example, the elimination of certain relevant parameters from the dataset, randomization by means of ‘noise’ addition, generalization.

data (later anonymised) originates, who thereby loses all ownership and control.

The risk of re-identification sometimes remains even after anonymisation procedures as certain categories of electronic health data can remain particularly sensitive even when they are in anonymised format. For example, a residual risk of re-identification (also through techniques not available at the state of the art, but that may be developed later on) remains for example in relation to rare diseases where only a limited number of cases exist. On the other hand, the lack of homogeneous guidance across the Union ultimately makes the procedure more or less burdensome and effective in different contexts.

These findings seem to undermine the interplay of interests pursued (and allegedly achieved) by the EHDS proposal.

Moreover, a distinction should be done between data that are absolute anonymised (with the removal of the relevant “elements”, so that re-identification of the data subjects is impossible) and *de-facto* anonymisation that occurs when the re-identification is still technically possible, but only with an unreasonable effort in terms of time, cost and manpower. It is relevant also for regulatory purposes as only the absolute anonymized data can be accessed both by individuals and organizations, while the *de-facto* anonymized ones can be made available only to scientific institutions which pursue a research purpose. This point shows the regulator’s awareness of the weakness of the model in guaranteeing full protection of the data subject. Nevertheless, no definitive solutions have been proposed to date, but risk mitigation elements have been introduced (such as, for instance, the obligation - mentioned above - to perform activities within secure environments).

As a consequence of the uncertainty on the borders of the concepts⁷⁵, overly risk-averse behaviours (e.g., considering all data as personal data for the purpose of identifying the applicable rules) are often kept by research institutions leading to reduced re-use of health data and a subsequent slowdown on innovation. On the other hand, over-anonymisation aimed primarily at escaping the application of the burdensome GDPR rules “*can significantly reduce the quality, usability and reliability of health data*”⁷⁶.

In light of this - and also aiming to align the new health data governance model more closely with the objectives of the GDPR - a possible way of enhancing the current proposal would consist in including a clear guidance on the interpretation of the concept of ‘anonymisation’, as hinted also by Recital 49 EHDS. Similarly, it would be useful to outline a common European interpretation of what constitutes ‘pseudonymisation’, identifying “*the degree of separation needed between the re-identification key and the data user for data to be considered pseudonymized*”⁷⁷.

The current situation creates a number of obstacles for research friendly environments that risk jeopardising the data subject’s control over personal data also when no such need arises for research purposes, and exposes researchers to legal risks of non-compliance, as the actual extent of the relationship between Article 34 EHDS and Articles 6 and 9 GDPR mentioned above is still unclear. Furthermore, the regulatory uncertainties also pose

⁷⁵ In fact, some countries apply a stricter definition of ‘sufficient anonymisation’. Of re-identification (e.g., due to the rarity of their illness). There are also evident difficulties in following the patient in its healthcare, when each provider sticks to different interpretation of the ‘sufficient anonymisation’ concept. Even more problematic the fact that each institution may follow different methods to achieve anonymization as there is a lack of guidance on how to achieve it (at least with reference to some categories of personal health data, e.g. medical images). See M. Shabani - L. Marelli, *Re-Identifiability of Genomic Data and the GDPR: Assessing the Re-identifiability of Genomic Data in Light of the General Data Protection Regulation*, EMBO Reports 20(6) (2019) e48316, available at DOI: 10.15252/embr.201948316.

⁷⁶ TEHDAS - Joint Action Towards the European Health Data Space, *Report on secondary use of health data through European case studies*, 28 February 2022.

⁷⁷ TEHDAS - Joint Action Towards the European Health Data Space, *Report on secondary use of health*, cited, p. 14.

applicative challenges. For example, there are difficulties in making data pools interoperable due to different standards and methods of pseudonymization and the provision of different procedures and of specific safeguards may add significant cost and resource requirements; additional complexity arises from the fact that to date in some European countries only aggregated data can be shared for secondary use and research purposes⁷⁸, and not pseudonymised data.

6.2 A final question that needs to be addressed, in light of the discussion so far conducted, is the following: is it still possible (and worth to bear the additional costs) to use full personal health data for research purposes?

The EHDS proposal does not repeal the provisions contained in the GDPR which regulate the further processing for research purposes of health data, therefore formally the answer should be pretty straightforward: nothing impedes the processing of personal health data for such purposes, as long as the GDPR regulation is complied with.

The real question is to whether there will be a concrete application of such model after the EHDS will be fully implemented. A key point to be highlighted concern the costs: while the GDPR model imposes organizational and compliance costs, the EHDS require data users to pay for a fee.

However, the pursuit of certain research projects may require the processing of personal data (complete with all their elements) and could not be carried out with anonymised or pseudonymised data⁷⁹. In fact, undergoing such procedures depletes the quality of the data set: complete (and thus personal)

⁷⁸ The borders of the concept have been clarified also by the EDPS in its preliminary opinion on data protection and scientific research”, adopted on 6 January 2020 by the European Data Protection Board and the “EDPB Document on response to the request from the European Commission for clarification on the consistent application of the GDPR, focusing on health research”, of 2 February 2021.

⁷⁹ P. Quinn, *The Anonymisation of Research Data - A Pyrric Victory for Privacy that Should Not be Pushed Too Hard by the EU Data Protection Framework?*, in *European Journal of Health Law* 24, 2017, pp. 1-21.

data allow integration with other datasets (e.g. health data previously collected under other circumstances, area of residence data, epidemiological data, etc.) and this provide research potentials related, for example, to the possibility of recontacting the data subjects for follow-up. This could only be done by tracing back the chain of purchase, although the data holder himself would not be able to maintain the access keys necessary for reidentification in the case of anonymization.

Differently, in the case of secondary processing of fully personal health data - whilst complying with data minimization and purpose limitation principles – it will be able to harness the full breadth and depth of the processed data. Thus, based on these premises, theoretically an interest in acquiring personal health data under the GDPR could remain. From a practical point of view, however, also in view of the rapid evolution of technology, which also by making use of artificial intelligence tools and by accessing large datasets makes it possible to obtain very precise analytics and sometimes even to derive elements that could only be gleaned from personal data, the benefits of acquiring health data through the EHDS mechanism could far outweigh those deriving from the (classical) processing of personal health data for research purposes.

7. Concluding remarks

7.1 The digital transformation in healthcare is based on data, and the EHDS proposal marks the latest and probably most comprehensive building block in the data strategy relating to health.

The citizen is thus given access to the data, in such a way to keep confidence and trust in the technological tools through which the processing is done. This creates more favourable conditions for use and re-use of health data, that produce both economical and societal benefits. In other terms, the proposal goal is both to enhance the patient's control over its data providing a full access to his medical records and granting portability rights and, at the same time, creating a single health data market.

As widely discussed above, the model for secondary use promoted by the EHDS is based on procedures aimed at limiting elements of ‘personality’ of data, still retaining their value for research. Therefore, to this extent anonymization and pseudonymization are essential. The notion of anonymized data – that in principle may be considered sufficiently clear – is however shaken by the application of advanced technologies⁸⁰ and its borders are *de facto* uncertain: indeed, the combination of (anonymized) big data by using tools with high analytical capabilities enhances greatly the capability for re-identification of anonymous data. Technologies enabling data mining and other phenomena that allow data to be inferred from those already available (often with high levels of accuracy) are capable of rendering established legal models ineffective. The technological advancements pose new challenges related e.g. to large-scale re-use and tying of personal data which seem difficult to reconcile with data protection principles such as purpose limitation and data minimisation. Hence, also from these findings it may arise the need for a refurbishment of the relevant rules. At the same time, in data-intensive research, anonymization would severely damage the potential for research as it would impede linking and updating data. Uncertainty still exists around what constitutes ‘sufficient anonymisation’ to transform personal data to non-personal data⁸¹ and an effort towards standardization must be done.

7.2 How to streamline the procedure and thus make it easier to use personal health data, without neglecting the rights of the data subjects?

80 G. Comandè, *Research in the field of healthcare and data protection a puzzle ...resolvable*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.1, 1 february 2019, p. 199. See also in such regard S. Barocas – H. Nissenbaum, *Big data's end run around anonymity and consent*, in *Privacy, big data, and the public good: Frameworks for Engagement*. Cambridge University Press: Cambridge 2014, pp. 44-75; P. Quinn, *The Anonymisation of Research Data* cited; B.M. Knoppers et al., *Sampling populations of humans across the world: ELSI issues*, *Annu Rev Genomics Hum Genet* 2012; 13: 395-413; M. Mostert et al., *Big Data in medical research and EU data protection law: challenges to the consent or anonymise approach*.

81 TEHDAS - Joint Action Towards the European Health Data Space, *Report on secondary use of health data through European case studies*, 28 February 2022.

The opting out option granted in the last version of the EHDS proposal provides the opportunity to the data subject to exempt their health data from this mechanism, without undermining the functioning of the system excessively (as would have been the case if an explicit opting-in mechanism had been envisaged). The need for express consent to opt-in to the sharing mechanism is, on the other hand, contemplated with reference to specific areas, which prove to be more sensitive. Thus, in these areas a more protective approach appears to be justified.

The idea of allowing data holders to collect a “broader consent”⁸² which allows data controllers to carry out a number of diverse processing – some of them not precisely identified at the moment of the granting – and not strictly related to the primary use to be made of that data, is usually dismissed because appears to be, at least *prima facie*, incompatible with the guiding principles of the GDPR⁸³. Although the GDPR does not directly contemplate it, one could envisage such a form of broad consent, provided it is accompanied by a process of oversight and approval of future research activities, as well as timely information to the data subject on the concrete use of the data and thus on the progress of the research⁸⁴. As mentioned, there are some specific research fields in which the broad consent is already used – also because of the specific characteristics of the data employed – like genomic research⁸⁵. Some cautions must be expressed however with reference to the risk of dissemination of those data which could cause very serious damage to the data subject, his social

82 M. A. Rothstein et al., *Broad Consent for Future Research*, Ethics & Human Research, November-December 2018, Vol. 40, No. 6 pp. 7-12, available at <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26776205>.

83 With regard to the specificity of the research uses for which consent is given, ECDP guidelines on consent (no. 5/2020, adopted on 4 May 2020) identify examples “*allowing data subjects to consent to a research purpose in more general terms and to specific phases of a research project that it is known from the outset will take place. As the research progresses, it will then be possible to obtain consent for later phases of the project before the corresponding phase begins [...] still be in line with the deontological standards applicable to scientific research*”. See p. 158 of the mentioned guidelines.

84 Similarly, C. Grady et al., *Broad Consent For Research With Biological Samples: Workshop Conclusions*, Am J Bioeth. 2015; 15(9), p. 6, available at doi: 10.1080/15265161.2015.1062162.

85 D. Hallinan, *Broad consent under the GDPR: an optimistic perspective on a bright future*, Life Sci Soc Policy. 2020 Dec; 16: 1, available at doi: 10.1186/s40504-019-0096-3.

and working life. In such a case, the potential stigma arising from the dissemination of this data as a result of its mishandling could be so serious that it could not counterbalance the procedural simplification.

Moreover, the innovations contained in the EHDS proposal overcome many of the practical challenges that would suggest the adoption of forms of broad consent (while at the same time encouraging the use of pseudonymised or anonymised data, in deference to the principle of minimisation).

Still the EHDS proposal appears to have troublesome and challenging profiles, which would require rethinking or at least more careful consideration. For example, it seems to provide an insufficient control to patients over the sharing and uses of their personal data, granting them a mere power to deny their use outright. Although claiming that it would provide more control to individuals over their private information, the EHDS proposal appears to deprive them of this control, specifically when it comes to secondary use. In fact, patients would be granted a mere right of opting out from the secondary use of their data (generally considered), having no say over the specific sharing and commercial exploitation of their data, which will be decided solely by the data holders with the consent of the competent public bodies. In addition, even when data subjects have exercised their right to opt out, Member States have the power to adopt laws aimed at overriding that choice, in order to allow secondary use by entities in charge of public tasks in the field of public health, in specific situations in which there is a public interest. This provision, which is clearly expressive of the relevance of public health interests, might however threaten to (excessively) sideline the rights of the data subject, unless it is guaranteed that the personal elements of the data are removed already at the time of their storage of the data (and not only) when shared for re-use.

7.3 As for the many strongly positive profiles, in the first place, the EHDS proposal has the merit of providing a framework capable of favouring

the secondary use of health data, thus promoting the scientific progress and its positive effects for public health. This can be grasped, for example, from the provision which mandate those who have had access to the data (and conducted research on it) to publish the relevant results. In this way, it is ensured that also private research may bring public health benefits⁸⁶.

Moreover, the EHDS proposal must be commended for envisaging an effective and structured health data sharing model that in absence of specific regulatory obligations or incentives would hardly happen, also because of the costs to incur for setting up the data collection (and storage) and making their systems and data interoperable. Mandatory sharing of data (and the relevant tariff mechanisms provided for access to health data for secondary use) as well as the set-up of common standards may therefore represent appropriate stimuli for the establishment of functional and efficient practices. Although the cost of the initial investment required from data holders is not fully passed on to potential buyers, the mechanism of health data trading (for a consideration) makes the system more viable, it is still unlikely that it will get off the ground without substantial public investment⁸⁷.

The EHDS secondary use mechanism has the ultimate goal of creating a functioning 'network' system capable of yielding benefits to patients and well-being to the community.

The health data contained in hospital records will thus finally be considered not only as a summary of informative elements relating to the medical or diagnostic procedures performed, but as an asset to be valorised in view of its possible further uses: medical (such as the development of effective treatments based on the analysis of the results of clinical trials on a sample of patients),

⁸⁶ See Article 46 (11) EHDS Proposal.

⁸⁷ Article 32a shows awareness of the costly implications of compliance with the EHDS mechanisms and, applying the principle of proportionality, provides that individual researchers and micro-businesses are exempted from the sharing obligation of the health data in their possession.

diagnostic, research and even commercial, within the boundaries of permitted uses as deemed worthy.

Lastly, it still remains the challenge of the effective implementation of the EHDS, whereby member States will have to ensure that all entities operate using common standards and will actually upload data to the appropriate databases. Otherwise, the functioning of the entire mechanism will be compromised with negative consequences both for local communities and for the progress of European research. The economic incentives deriving from secondary use fees are likely to be insufficient if not supported by a determined political effort and cultural revolution.

MARCO CIRACÌ
Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Bari
Dottore di ricerca in diritto amministrativo
marco.giustizia@giustizia.it

INTERESSI DIFFUSI E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE ATTRAVERSO IL FILTRO DEL DANNO INGIUSTO

WIDESPREAD INTERESTS AND LEGITIMACY TO ACT THROUGH THE FILTER OF UNJUST DAMAGE

SINTESI

Gli interessi diffusi costituiscono entità fluide, che hanno conosciuto nel tempo diversi presidi: oggettivi e soggettivi; pubblici e privati; collettivi e individuali. Il presente contributo si sofferma sulle tutele individuali, basate sulla legittimazione ad agire del singolo, il quale, pur azionando una situazione giuridica soggettiva, garantisce la realizzazione di quei valori che vengono di norma identificati come interessi diffusi. Lo studio, in particolare, propone una lettura che pone in connessione le condizioni dell'azione con il sistema della responsabilità civile, prospettando la legittimazione di tutti coloro che patiscano un danno ingiusto.

ABSTRACT

Widespread interests are fluid entities, which have experienced different protections over time: objective and subjective; public and private; collective and individual. This contribution focuses on individual protections, based on the individual's legitimacy to act, who, while activating a subjective legal situation, guarantees the realization of those values which are normally identified as widespread interests. In particular, the research proposes a reading that connects the conditions of action with the civil liability system, envisaging the legitimation of all those who suffer unjust damage.

PAROLE CHIAVE: interessi diffusi; situazioni giuridiche; legittimazione ad agire; interesse a ricorrere; danno ingiusto.

KEYWORDS: widespread interests; legal situations; legitimacy to act; interest in acting; unjust damage.

INDICE: 1. Interessi diffusi: il nodo della tutela. - 2. Alla ricerca di una posizione qualificata e differenziata. In particolare, sulla qualificazione giuridica. - 3. Segue: sulla differenziazione. - 4. La differenziazione attraverso il filtro del danno giuridicamente rilevante.

1. Interessi diffusi: il nodo della tutela

Tradizionalmente il sistema della giustizia amministrativa è stato preordinato all'affermazione della giustiziabilità di pretese particolari, ossia riferibili al cittadino leso *uti singulus* dal provvedimento illegittimo: fin dalla creazione del giudice amministrativo, infatti, l'attenzione si è concentrata sui rapporti verticali tra individuo ed autorità¹.

È solo a partire dagli anni '70 del secolo scorso che si è iniziato ad ipotizzare l'ingresso nel giudizio di situazioni sovraindividuali, *id est* riferibili a pletore di soggetti indeterminati. Le connotazioni oggettive (in particolare, la non appropriabilità esclusiva) di alcuni beni materiali o immateriali hanno determinato l'elaborazione della discussa specie degli interessi diffusi², i quali, pur identificando una tensione soggettiva verso un'utilità, stenterebbero ad acquisire il rango di situazione giuridica propriamente detta, in quanto privi di un preciso referente soggettivo. Avendo ad oggetto utilità non suscettibili di appropriazione

1 In questo senso V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 633, secondo il quale «non si può ragionevolmente negare che il vigente ordinamento del processo amministrativo ordinario non solo abbia radice, ma sia interamente impregnato dell'ottocentesco spirito liberale di acceso individualismo».

2 Sul tema degli interessi diffusi si vedano R. FERRARA, (voce) *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. It. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, Utet Giuridica, 1993, pp. 481 ss.; V. DENTI, (voce) *Interessi diffusi*, in *Nov. Dig.*, app. IV, Torino, Utet, 1982, pp. 305 ss.; V. TROCKER, (voce) *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. Giur.*, vol. XIX, Roma, Treccani, 2007, pp. 1 ss.; G. ALPA, (voce) *Interessi diffusi*, in *Dig. It. Disc. priv.*, vol. IX, Torino, Utet giuridica, 1993, pp. 609 ss.; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro It.*, 1987, 1, pp. 7 ss.; B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi (Problemi di tutela)*, in *Dir. e soc.*, 1982, Padova, pp. 167 ss.; C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e collettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, pp. 647 ss.; S. CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 569 ss.; G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Enc. Dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, pp. 513 ss.; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012, *passim*; G. IUDICA, *Diritti diffusi*, in *treccani.it*.

e godimento esclusivi³, essi rilevarebbero solo in una dimensione collettiva, appuntandosi sull'individuo solo indirettamente, alla luce di una sua particolare qualificazione o della titolarità di un certo *status*⁴.

È rispetto a tali interessi che si è aperta la discussione intorno ai cc.dd. beni comuni, cioè «beni che [...] per loro intrinseca natura o finalizzazione risultano, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»⁵.

Fulgido esempio è quello relativo all'ambiente, il quale, pur identificando un insieme di *res* oggetto di tutele giuridiche distinte, ha finito, dopo un lungo percorso ermeneutico, per acquisire autonomia semantica⁶: l'impossibilità di conciliare le strutture del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo con una entità che, ove concepita nella sua unitarietà⁷, non si attaglia ad una dimensione

3 V. DENTI, *Interessi diffusi*, cit., p. 306. Secondo V. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 1, gli interessi diffusi «pertengono identicamente ad una pluralità di soggetti più o meno determinata o determinabile, eventualmente unificata più o meno strettamente in una collettività, e che hanno per oggetto beni non suscettibili di appropriazione e godimento esclusivi».

4 L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, Utet, 1989, p. 263: «L'interesse diffuso si presenta, quindi, come interesse generale, dal quale tuttavia diverge posto che quest'ultimo, quale già definito, non si frammenta in tante posizioni soggettive individuali, ma fa capo direttamente alla generalità, o, si deve aggiungere, a strati più o meno ampi di cittadini. Sicché si potrebbe anche dire che, mentre l'interesse individuale è quello del *civis uti singulus* e quello generale dei *cives*, l'interesse diffuso è l'interesse dei singoli *uti cives*». Una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la n. 6 del 20 febbraio 2020, li ha definiti come «interessi che sono riferibili ad una collettività o a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell'ambiente, consumatori, utenti, etc.) o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell'utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell'interesse correlato, i singoli possono trarre».

5 Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Dir. e giur. Agr.*, 2011, 7, con nota di L. FULCINITI. Sul tema dei beni comuni si consenta di rinviare a M. CIRACÌ, *Beni comuni: prospettive sostanziali e processuali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, pp. 561 ss.

6 P. D'AMELIO, (*voce*) *Ambiente (tutela dell')*, I) *diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss., il quale riporta le varie tesi che nel tempo si sono susseguite sulla nozione di ambiente: da coloro che ne hanno negato l'esistenza, essendo la tutela dell'ambiente «uno dei risultati possibili cui conduce l'azione amministrativa di cura di altri interessi»; a coloro che ne hanno sostenuto la configurabilità, in termini unitari o frammentati.

7 Nota è la definizione data da Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641 in *cortecostituzionale.it*, secondo la quale l'ambiente va inteso come «un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di

prettamente individuale, ha comportato difficoltà nell'elaborazione di tutele processuali, ravvivando il dibattito in ordine alla definizione di situazioni soggettive di nuova generazione⁸.

Il tema degli interessi diffusi potrebbe essere efficacemente analizzato in chiave sociale⁹, costituzionale¹⁰, dogmatica¹¹ e processuale.

È su quest'ultima prospettiva, tuttavia, che il presente contributo si sofferma, rappresentando l'aspetto processuale un nodo gordiano mai definitiva-

cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità».

8 Sulla difficoltà di conciliare la logica proprietaria delle categorie tradizionali con la fisionomia dell'ambiente si rinvia a L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, pp. 1 ss. Secondo l'Autore, «in ciascuno di questi ordini di idee [quelle tradizionali], tuttavia, la cosa [...] è rilevante per il diritto in quanto formi oggetto di posizioni soggettive, sicché la realtà materiale diviene giuridica in una prospettiva solamente antropocentrica. [...] è la dinamica appropriativa dell'uomo sulla cosa a rendere quest'ultima tale in senso giuridico. [...] La cosa, per essere tale in senso giuridico, insomma, deve esser parte del tutto suscettibile d'esser posseduta da alcuno; senza appropriarsene l'essere umano -e, quindi, l'ordinamento giuridico – non avverte alcunché come oggetto dei (suoi) diritti. [...] L'ambiente sfugge a questa logica, non è destinato all'appropriazione ma all'uso sostenibile ed alla conservazione, non soddisfa immediatamente un interesse economico (ma, semmai, è funzionale a conservare la possibilità materiale di godimento in funzione – anche – economica di qualunque bene in futuro e ad evitare danni a quelli esistenti), non è separabile dall'insieme delle risorse naturali ma, semmai, le coglie tutte come sistema. Ecco perché l'individualismo possessivo che sottostà all'archetipo del diritto di proprietà e alla dinamica dell'appropriazione non riesce a raggiungere una definizione adeguata di ambiente in senso giuridico, raffrenato dall'idea che le cose debbano soggiacere al senso del tatto e che i diritti servano a soggiogare la natura al bisogno umano».

9 A livello sociale, viene in rilievo il netto distacco tra società civile e politica e, in particolare, l'esigenza di una più ampia partecipazione dei cittadini ai processi decisionali inerenti alle materie di maggiore rilevanza sociale, frutto del declino dello Stato di diritto liberale. Secondo A. CLINI – L. R. PERFETTI, *Class Action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. Amm.*, 2011, p. 1443, «il fatto che l'emersione degli interessi diffusi sia stata risposta alla crisi di rappresentatività del modello liberale tradizionale ed assunzione, quindi, da parte di organizzazioni sociali di esigenze che non trovano soddisfazione in sede istituzionale, per la parte in cui l'istituzione si mostra incapace di racchiudere la socialità e rappresentarla, mancando norma di collegamento sia in senso soggettivo che oggettivo».

10 Sul versante costituzionale, l'emersione della categoria degli interessi diffusi è legata alla visione antropocentrica accolta dalla Costituzione nell'art. 2, che frantuma la tradizionale dicotomia tra pubblico e privato e fa venir meno l'idea per cui ciò che non è esclusivamente individuale appartiene allo Stato. Secondo A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e incerti confini tra pubblico e privato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2019, p. 789 ss. Secondo l'Autore, «il punto di svolta può collocarsi nella seconda metà del secolo scorso allorché vennero a completa emersione i problemi materiali connessi con la complessità delle interrelazioni tra individui in una società affluente e con esse la realtà di interessi che rimanevano individuali ed avevano la promozione dell'individuo come scopo, ma che, a cagione del grandissimo numero di elementi interagenti, non potevano essere affrontati entro gli schemi lineari della logica individualistica. In sintesi a me pare che il disfarsi della funzione ordinante della dicotomia

mente sciolto. Il problema degli interessi diffusi, invero, incrocia – oggi più che mai - quello della definizione degli spazi di accesso al processo amministrativo, stante la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa e la sua chiara vocazione a presidiare situazioni giuridiche soggettive (artt. 24, 103 e 113 Cost.)¹².

Il discorso sugli interessi diffusi ha inevitabilmente involto le figure della legittimazione e dell'interesse al ricorso, tradizionalmente intese, come titolarità effettiva di una posizione qualificata e differenziata¹³ e come danno patito dall'attore senza l'intervento del giudice¹⁴. Tali concezioni sono entrate in con-

pubblico/privato si coglie nella sua incapacità di dare collocazione a quelli che si sono chiamati interessi diffusi, o collettivi».

11 In chiave dogmatica, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato una concezione individualistica e proprietaria delle situazioni giuridiche soggettive, frutto dell'influenza ermeneutica che l'art. 832 c.c. ha esercitato sull'art. 810 c.c. e sulla definizione di bene giuridico. La centralità del dominio ha impattato sulla discussione generale sui "diritti", che avrebbero dovuto avere ad oggetto solo utilità esclusive. Ne sono state influenzate le conclusioni della letteratura in tema di situazioni giuridiche, generando un collegamento necessario tra bene, cosa e regime di appartenenza proprietaria, nonostante la nozione di bene postuli solo l'idoneità della *res* ad essere «oggetto di diritti» (art. 810 c.c.), ossia di una situazione soggettiva attiva, e non solo di diritti esclusivi, quindi di proprietà. Tale concezione, peraltro, veniva ancorata al tenore letterale della legge processuale: l'art. 26 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, ad esempio, nella parte in cui prevedeva che spettasse al Consiglio di Stato «decidere sui ricorsi» che avessero «per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici», veniva interpretato in chiave riduttiva, come se garantisse una tutela contro tutti gli atti che avessero ad oggetto l'interesse «esclusivo» di individui o di persone giuridiche, introducendo così un elemento non letterale che era l'esclusività dell'interesse. Il carattere comune dell'aspirazione e la sua attitudine a ripetersi tra più individui non determinabili *a priori*, di contro, ne avrebbero impedito l'azionabilità in giudizio, a fronte di una tutela necessariamente pubblica e statutale. Sul punto, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, cit., p. 633, sottolinea che l'art. 26 del R.D. n. 1054 del 1924, «che pure si riferisce apparentemente al solo interesse sostanziale di "individui", in realtà adopera tale espressione in netta contrapposizione a quella, immediatamente seguente, di "enti morali giuridici": e dunque opera solo un riferimento dell'interesse a persone fisiche o giuridiche, senza introdurre perciò preclusioni aprioristiche».

12 A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e sulla strumentalità del processo*, in *Foro It.*, 2012, p. 3. Secondo l'Autore, «L'art. 24, co. 1 Cost. impone di ritenere che il diritto di azione sia un diritto fondamentale (pubblico o privato poco interessa) che ha come funzione immediata la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, e solo mediamente, la funzione di attuare il diritto oggettivo, e come struttura la pretesa nei confronti dello Stato di prestare la tutela giurisdizionale».

13 In tal senso R. VILLATA, (voce) *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, Treccani, p. 2. Nello stesso senso, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Milano, 2013, p. 889; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIV ed., Torino, 2021, p. 200; R. FERRARA, (voce) *Interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 469; R. FERRARA, (voce) *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdiz. ecc.)*, in *Dig. It. Disc. pubb.*, vol. VIII, Torino, Utet Giuridica, p. 471.

14 G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, II ed., Napoli, 1947, pp. 161 ss.

trasto con la fisionomia adespota dei nuovi interessi, attribuendo alla giurisprudenza, anche attraverso interpretazioni creative¹⁵, il compito di consentire la giustiziabilità di siffatte pretese. Il risultato è stato la definizione di un modello di tutela basato sull'intervento di un ente esponenziale¹⁶, capace di sottrarre l'interesse diffuso alla sua fluidità e di dotarlo di struttura¹⁷.

Questo, a ben vedere, non ha impedito che la realizzazione di tali interessi avvenisse anche tramite l'azione del cittadino, limitatamente ai casi in cui questi possa vantare una preferenza concreta che, coincidendo con il dato assiologico, abbia la dimensione di situazione giuridica soggettiva azionabile in giudizio. Discorrere del singolo, infatti, non significa, di per sé, non discorrere anche di posizioni sovraindividuali, potendo l'interesse diffuso essere affiancato occasionalmente anche da una pretesa individuale (o acquisirne la fisionomia), in conseguenza delle peculiari condizioni in cui si trovi un soggetto rispetto ad una certa utilità¹⁸.

15 M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., p. 19 ritiene che «la funzione creativa del giudice in questo campo è riconosciuta da tutti».

16 Tra le altre, è notissima la decisione Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, in *Foro It.*, 1974, III, 33, con osservazioni di A. ROMANO e nota di L. ZANUTTIGH, *"Italia nostra" di fronte al Consiglio di Stato* con la quale è stata ammessa la legittimazione dell'associazione Italia Nostra a ricorrere innanzi al giudice amministrativo per «la tutela del patrimonio storico, artistico e naturale della nazione».

17 M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., p. 9, che parla di «variante giurisprudenziale del modello oggettivo di interesse diffuso».

18 Ad esempio, secondo C. M. BIANCA, *Note sugli interessi diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino, Giappichelli, 2003, p. 77, «occorre però tener presente che vi sono interessi diffusi aventi ad oggetto beni suscettibili di godimento individuale, come i beni della natura e i beni demaniali di uso pubblico (strade, biblioteche, ecc.). Trattandosi di beni di cui tutti devono poter godere liberamente, può riconoscersi in capo a ciascuno un interesse giuridicamente tutelato, può cioè riconoscersi al singolo un diritto soggettivo al godimento di essi. Con riguardo all'ambiente, in particolare, tende ad affermarsi in dottrina e in giurisprudenza l'idea che vi ravvisa l'oggetto di un diritto della personalità. La violazione di tale diritto da parte di terzi mediante distruzione, inquinamenti, impedimenti, ecc., sarà allora configurabile come illecito civile e darà luogo ai rimedi privatistici dell'inibitoria e del risarcimento. La pretesa risarcitoria che la legge sull'ambiente riconosce allo Stato concerne la lesione dell'interesse diffuso ma non esclude la pretesa risarcitoria per il danno individuale subito dal singolo. Ricorrendo i presupposti dell'interesse legittimo, sarà anche ammessa a tutela del singolo contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione».

Quanto detto risulta chiaro ove si parta dal presupposto che il carattere adespotato dell'interesse diffuso, in ultima analisi, ne consente la traduzione in veri e propri valori, cioè stati di cose controfattuali ("ciò che vale"), preferenze universali¹⁹, la cui realizzazione, oltre che esser rimessa a rimedi a vocazione oggettiva, può avvenire tramite la predisposizione di mezzi di tutela di interessi personificati, che rispetto al valore possano dirsi strumentali²⁰.

Definire adeguatamente il piano della legittimazione individuale, pertanto, può contribuire fortemente ridimensionare il «falso problema»²¹ degli interessi diffusi e della loro tutela, consentendo di selezionare i soggetti portatori di interessi che, reagendo al dato assiologico ordinamentale, acquisiscono il rango di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive.

2. Alla ricerca di una posizione qualificata e differenziata. In particolare, sulla qualificazione giuridica

Fermo restando il modello di tutela di matrice giurisprudenziale, riconosciuto oggi anche dal diritto positivo²², un contributo al dibattito può esser

19 F. FOLLIERI, *Lo Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 2017, pp. 229 ss. L'Autore si avvale di questo esempio: «Ad esempio: l'uguaglianza è un "assetto della realtà" in cui tutti gli uomini hanno le medesime condizioni di vita. Elevare l'uguaglianza a valore è una scelta: non tutte le società vedono nell'uguaglianza qualcosa di desiderabile. Anche nelle società nelle quali l'uguaglianza è elevata a valore, perché è larga l'adesione prestata a quel valore da parte dei consociati, non tutti gli uomini hanno effettivamente le medesime condizioni di vita: per quanto ci si sforzi, questa situazione non si verifica compiutamente nella realtà materiale. Il valore, allora, è uno stato-di-cose da realizzare mediante l'azione umana, cioè da attuare: il valore è uno stato-di-cose cui orientare il comportamento».

20 A. FALZEA, (voce) *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir.*, Ann. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 203.

21 Le parole sono di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, p. 167. Secondo l'Autore: «Non c'è bisogno di risolvere il problema degli interessi diffusi (che, come sappiamo, è per molti versi anche un falso problema) per dare sfogo alle più marcate esigenze di protezione e così ristabilire fra realtà sociale e giurisdizione amministrativa quel collegamento pieno che sembra essersi interrotto. Il giudice amministrativo ha tutelato interessi, a loro modo, diffusi, quando ha dato azione ai proprietari abitanti di una strada contro le offese di industrie insalubri o rumorose».

22 L'opzione ermeneutica, infatti, ha avuto seguito anche a livello legislativo. Ad esempio, proprio in materia ambientale, il legislatore è intervenuto con l'art. 18, co. 5, della legge n. 349 del 1986, riconoscendo espressamente la legittimazione di associazioni individuate in base all'art. 13 (ossia quelle ricomprese in un elenco approvato con decreto del Ministro dell'Ambiente) e consentendo loro di «intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi».

quindi fornito soffermandosi sulle posizioni individuali effettivamente azionabili nel processo amministrativo.

Per far ciò, è indispensabile soppesare correttamente i predicati che, di norma, si riconoscono alla situazione giuridica protagonista nei rapporti con la P.A., l'interesse legittimo: la qualificazione normativa e la differenziazione. Evitando approcci intuizionistici o eccessivamente riduttivi, questo percorso può contribuire a conciliare la fisionomia diffusa di alcune posizioni con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

Ora, è noto che la qualificazione dipenda dall'esistenza di una norma che prenda in considerazione l'interesse, ritenendolo meritevole di tutela²³. Si tratta di un predicato che è strettamente connesso alla visione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale, frutto della tutela diretta che la norma attributiva del potere garantirebbe ad interessi ulteriori rispetto a quello pubblico²⁴.

23 L'interesse può dirsi qualificato in quanto sia preso in considerazione da una norma di legge che lo protegga. Non ogni interesse, infatti, e neppure ogni interesse socialmente rilevante, assume dignità giuridica. L'interesse per salire a livello del diritto non soltanto deve diventare interesse sociale ma deve anche ricevere una qualificazione ordinamentale. In tal senso si veda, ad esempio, A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 390 ss. Anche secondo R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 471, la posizione di vantaggio è qualificata in quanto riconducibile ad una norma di riferimento che si configuri come il presupposto logico-giuridico della tutela giudiziale. D'altro canto, l'idea dell'interesse legittimo come posizione qualificata da una norma è coerente con la generale considerazione delle situazioni giuridiche soggettive come proiezioni di norme. In tal senso, E. FAZZALARI, (voce) *Azione civile (Teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. It. disc. priv. (sez. civ.)*, vol., II, Torino, Utet Giuridica, 1988., p. 32, secondo cui: «Nei limiti qui consentiti, e riallacciandosi all'inizio, va soggiunto che tali posizioni soggettive – «facoltà», «potere», «dovere», «diritto» – sono proiezioni di norme, cioè si astraggono dalle norme, imputando al soggetto del comportamento, che ciascuna norma descrive e valuta come lecito o come doveroso, la valutazione medesima (così come la norma che fa lecito il godimento del bene al proprietario, lo munisce delle «facoltà» di godimento; quella che impone al debitore di adempiere, lo investe di un «dovere»); e che dalle norme si astraggono, innanzitutto, le condotte ch'esse descrivono e valutano, così evidenziando l'«atto giuridico» (lecito: l'uso del proprio bene; o doveroso: la prestazione degli alimenti dell'alimentando)».

24 Uno dei più importanti contributi rispetto alla valorizzazione della natura sostanziale dell'interesse legittimo è stato fornito da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, IV ed., 1994, p. 93, secondo il quale «è da concludere che la norma attributiva del potere è norma regolativa, direttamente e volutamente regolativa, sia dell'interesse pubblico, sia degli interessi dei singoli. L'attribuzione del potere e la sua concreta configurazione (e cioè la determinazione della concreta consistenza di esso) si compiono a tutela e soddisfazione insieme dell'interesse pubblico e degli interessi privati». Anche secondo R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di*

Molte delle ricostruzioni teoriche che vedono nell'interesse legittimo una situazione sostanziale, invero, ritengono che la norma attributiva del potere sia la fonte esclusiva di qualificazione dell'interesse²⁵. Tale posizione è sostenuta da solide basi di teoria generale, per la quale l'interesse legittimo costituisce il «contraltare» di un potere unilaterale, il cui «tasso di consistenza» può esser misurato solo alla luce della disciplina regolativa del potere stesso²⁶.

Il rischio (o il limite) di tali ricostruzioni, tuttavia, è quello di ridimensionare fortemente la pletora di situazioni azionabili rispetto al potere pubblico e di porsi in controtendenza con una realtà pratica che vede sempre più moltiplicarsi le posizioni legittimanti al giudizio amministrativo.

Sono allora da condividere le voci secondo le quali bisognerebbe andare oltre la disciplina del pubblico potere, guardando all'ordinamento complessivamente inteso. Il criterio della qualificazione giuridica degli interessi dovrebbe dirsi integrato non solo nel caso in cui l'interesse sia preso in considerazione

differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo. (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse legittimo), in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 409, la necessità della qualificazione normativa deriva dalla considerazione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica sostanziale. L'Autore, tuttavia, rileva che tale requisito sia più ricercato che soddisfatto dalla giurisprudenza. Al contrario, fin quando è prevalsa l'idea di un interesse legittimo come interesse solo occasionalmente protetto, si è ritenuto che la norma attributiva presidiasse solo l'interesse pubblico e che l'interesse legittimo andasse individuato guardando in via esclusiva alle circostanze di fatto. Nota è la ricostruzione di O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, pp. 427 ss, per il quale, se la norma è posta solo nell'interesse generale, allora l'interesse legittimo non può che essere ricercato a livello fattuale.

²⁵ Si veda sul punto M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 106 ss, secondo il quale: «da individuazione dell'interesse legittimo dev'essere compiuta esclusivamente alla luce della norma regolativa del potere e delle altre norme che ad essa si collegano». Nello stesso senso si veda anche B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi (problemi di tutela)*, cit., p. 199, «La norma che attribuisce un potere ad una autorità amministrativa di per sé è rivolta all'individuazione e alla tutela di un interesse che è pubblico, proprio per la sua sussunzione nella norma attributiva di potere, ed in quanto tale non è necessario che prenda in considerazione (che qualifichi) i diversi interessi singolari sottesi a quell'attività. In considerazione del particolare atteggiarsi del rapporto tra territorio e cittadini, elementi che non possono più essere considerati quali semplici oggetti del potere dell'autorità pubblica secondo le note formulazioni gerberiane, si potrebbe ritenere che in questo caso, tramite la norma attributiva del potere, si realizza anche il secondo fenomeno, quello della qualificazione dell'interesse dei singoli, che pur di per sé non è ad essa necessariamente connesso».

²⁶ Le espressioni virgolettate sono usate da F. G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, in *Sistema del diritto amministrativo*, diretto da F. G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, Giappichelli, 2017, p. 401

dalla norma attributiva ma, a maggior ragione, ogni qualvolta lo stesso sia dotato di un solido aggancio costituzionale o comunque sia rilevante in base all'ordinamento considerato nella sua interezza²⁷.

Si tratta di affermazioni che più si attagliano alle conclusioni che la giurisprudenza, non solo amministrativa, ma anche civile, ha raggiunto ormai decenni orsono, quando, ad esempio, sono stati individuati i primi rimedi avverso i danni arrecati all'ambiente, valorizzando disposizioni come l'art. 32 Cost.²⁸.

D'altronde, l'interesse dovrebbe dirsi qualificato ogniqualvolta reagisca, realizzandolo o ledendolo, all'interesse fondamentale, e cioè al «tipo migliore di esistenza [...] possibile e realizzabile» per la comunità²⁹; non è dubitabile che il migliore tipo di esistenza sia scolpito nella Costituzione, che, alla luce del suo carattere anche programmatico, deve costituire necessariamente fonte di qualificazione giuridica degli interessi³⁰.

27 A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p.70. Secondo l'Autore «non sempre la norma che disciplina il potere identifica i soggetti direttamente interessati» e, pertanto, «frequentemente, invece, la qualificazione viene ricavata dalla giurisprudenza in base alla rilevanza attribuita a quell'interesse dall'ordinamento nel suo complesso e alla incidenza concreta dell'azione amministrativa su tale interesse». Su posizioni simili R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo. (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse legittimo)*, cit., p. 428, secondo il quale: «una posizione individuale [ha] natura di interesse legittimo quando riceva dall'ordinamento una specifica qualificazione di meritevolezza desumibile sia da una norma di legge o regolamento sia ricavabile dai principi generali di questo». In una prospettiva simile anche E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 21, secondo il quale sarebbe necessario «risalire a principi che permettano di ravvisare l'interesse legittimo anche in ipotesi diverse da quelle tradizionali».

28 V. DENTI, *Interessi diffusi*, cit., p. 310. L'Autore evidenzia i meritori approdi della Cassazione civile che, sul finire degli anni '70, ricollegò il diritto alla salute al diritto all'ambiente, individuando una base costituzionale di quello che viene definito «diritto alla qualità della vita».

29 A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., pp. 390 ss.

30 Quanto detto, peraltro, dovrebbe valere anche per le esigenze sociali emergenti: in particolare, la natura di fattispecie aperta dell'art. 2 Cost., capace di apprestare tutela anche a «diritti inviolabili» ulteriori rispetto a quelli elencati nella Carta costituzionale, seppur dotati di un solido aggancio in essa, consentirebbe di giuridicizzare interessi non presi in considerazione espressamente dal Costituente ma integranti il frutto di rinnovate visioni politiche e sociali. Sulla natura dell'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta si veda E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, Utet giuridica, 2006, pp. 46 ss.,

Una declinazione in chiave costituzionale del predicato della qualificazione rappresenta, pertanto, il primo passo verso una corretta sistematizzazione delle categorie sostanziali e processuali nell'area degli interessi diffusi: inquadrando il tema a partire dalla Costituzione, risultano con maggiore chiarezza le ragioni che, ad esempio, hanno condotto la giurisprudenza ad estendere la legittimazione in materia urbanistica non solo ai proprietari dei fondi finitimi ma anche a tutti i soggetti toccati personalmente dagli effetti dell'atto amministrativo, alla luce della radicazione in loco dei propri interessi di vita, rilevanti in base all'ordinamento (c.d. *vicinitas*)³¹.

Tale ricostruzione, peraltro, parrebbe trovare conferma nella moderna visione di bene giuridico. Come anticipato, una delle ragioni che induce ad escludere che interessi sovraindividuali possano tradursi in situazioni giuridiche soggettive è data dalla non appropriabilità esclusiva di certe entità e dalla incapacità di fornire godimento in forma esclusiva. Oggi, però, la teoria dei beni tende a guardare oltre i connotati tipici della proprietà. Si avverte una certa insoddisfazione, nell'identificare le caratteristiche di ogni bene possibile con quelle delle cose oggetto del diritto dominicale e nell'escludere che siano beni le utilità non idonee a costituire oggetto di situazioni reali, a fronte di una dimensione normativa che dà oggettivamente rilievo ad entità prive del connotato dell'esclusività³².

31 L'elaborazione dell'attributo della *vicinitas*, intesa come condizione distintiva idonea a fondare la legittimazione individuale, si deve a Cons. Stato., sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, con nota di G. D'ANGELO, in *Riv. giur. edil.*, 1970, p. 645. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'effettiva portata dell'art. 10, co. 9 della l. n. 765 del 1967, c.d. legge-ponte («Chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione»), ha escluso l'ipotesi dell'introduzione di una azione popolare, affievolendo i rischi di una moltiplicazione del contenzioso urbanistico e, al contempo, offrendo una lettura non abrogante della disposizione citata attraverso l'elaborazione della nozione di «insediamento abitativo», come elemento idoneo a giustificare l'azione di soggetti che, per l'inclusione in tale contesto («*vicinitas*»), abbiano interesse alla qualità del relativo assetto urbanistico-edilizio.

32 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, Napoli, E.S.I., 2020, p. 322.

Si afferma sempre più una visione che va oltre il «terribile diritto»³³, inteso quale signoria del soggetto sul bene, legata esclusivamente agli interessi normativamente protetti (in cui, si potrebbe dire, è l'interesse a divenire bene e non la *res* in quanto tale), andandosi verso una definizione di bene che si allontana dalla interpretazione classica dell'art. 810 c.c. e che attribuisce un ruolo centrale al concetto di interesse meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento³⁴.

Se così è, non può non considerarsi il ruolo che la Costituzione ha avuto nel determinare un mutamento assiologico e, quindi, un inevitabile rinnovamento del quadro degli interessi giuridicamente tutelati³⁵ in tutti i settori di norma evocati ove si discuta di situazioni sovraindividuali. Ad oggi, il bene (o l'interesse) cui le situazioni giuridiche soggettive si ricollegano in questi settori, lungi dall'identificarsi con lo sfruttamento o la mera conservazione del diritto reale, si atteggia come ampio e variabile. Ad esempio, i valori che ispirano la disciplina dell'edilizia e del governo del territorio inglobano, oltre al corretto sviluppo del territorio e alla funzione sociale della proprietà, anche la tutela della salute e del paesaggio (e dell'ambiente) e questo, inevitabilmente, si riflette sul novero delle situazioni giuridiche soggettive configurabili.

³³ Il riferimento è all'opera di S.RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, Il Mulino, 1990.

³⁴ V. A. C. NAZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1017.

³⁵ D'altronde, un interesse personale in tanto è presidiato in quanto sia strumentale alla attuazione di un valore. Ove si realizzi una mutazione dei valori giuridicamente rilevanti (com'è avvenuto con la Costituzione), è inevitabile anche una rinnovazione degli interessi giuridicamente rilevanti (in quanto strumentali ai nuovi valori). Sul punto si veda F. FOLLIERI, *La Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., p. 232. L'Autore pone il seguente esempio: «Ad esempio, il valore che principalmente presiedeva alla normativa sull'evidenza pubblica nel regolamento di contabilità pubblica era quello della tutela dell'erario. L'unico interesse tutelato da quelle norme era quello dello Stato o, se si vuole, della p.a. al meno esborso nei contratti c.d. passivi e al maggior introito nei contratti c.d. attivi, tanto che ai partecipanti alle gare non era riconosciuta alcuna pretesa tutelabile in giudizio. Quando il diritto comunitario (e, poi, dell'Unione Europea) si occupa della materia dei contratti c.d. passivi, l'assetto assiologico del settore muta: il valore principale del settore diviene la concorrenza. Di conseguenza, (anche) gli interessi dei partecipanti alle gare sono tutelati dalle norme sull'evidenza pubblica (ora il codice dei contratti pubblici e il regolamento attuativo), giacché la soddisfazione degli interessi dei singoli partecipanti è strumentale ad attuare una corretta concorrenza. Ovviamente, nell'uno e nell'altro sistema mutano le norme, perché mutano i valori da perseguire. E per effetto del mutamento dei valori e delle norme, mutano gli interessi tutelati dall'ordinamento».

Non si tratta, allora, di abbandonare i vecchi dogmi, percorrendo sentieri oscuri e difficoltosi, ma di rivederli alla luce degli interessi che il diritto – la Costituzione *in primis* – dota di rilevanza, alla luce del quadro assiologico.

3. Segue: sulla differenziazione

L'ampliamento degli interessi giuridicamente rilevanti dovrebbe esser sufficiente a giustificare un allargamento delle maglie della giurisdizione, implicando il riconoscimento della legittimazione al ricorso in capo a classi più ampie di soggetti.

In realtà, se certamente si è assistito in molti casi ad una tale ricaduta sul versante processuale, è anche vero che un controlimite in tal senso è costituito dal requisito della differenziazione, predicato dell'interesse che dipende dall'esistenza di elementi che ne rendano possibile una autonoma considerazione, in virtù del legame con una certa realtà³⁶. È su questo profilo che il discorso si complica, a fronte di una conclamata difficoltà nell'individuare criteri certi ed univoci in funzione selettiva degli interessi azionabili in giudizio.

Orbene, in disparte le più intuitive ipotesi in cui vengano in rilievo interessi pretensivi o interessi oppositivi correlati ad un potere limitativo, in cui è di norma sufficiente individuare il destinatario del provvedimento, maggiori difficoltà desta il caso di interessi oppositivi emergenti al seguito dell'adozione di provvedimenti positivi per altri o comunque non diretti primariamente a limitare la sfera giuridica del soggetto titolare³⁷. In tali fattispecie, infatti, non soccor-

³⁶ In tal senso C. CUDIA, *Interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., p.186.

³⁷ Si pensi al caso dei c.dd. provvedimento a doppio effetto, che producono, cioè, ad un tempo un effetto ampliativo e un effetto restrittivo nella sfera giuridica di due soggetti distinti e che danno origine ad una sorta di rapporto trilaterale. Sul punto si rinvia a F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 182 ss., il quale, prendendo in considerazione la categoria dei provvedimenti «favorevoli per taluni e pregiudizievoli per altri», evidenzia che «se dunque rispetto ad un potere restrittivo v'è almeno un interesse oppositivo (di solito quello del destinatario del provvedimento), dinanzi a quel potere vi possono essere eventualmente anche interessi pretensivi (quelli dei c.d. controinteressati sostanziali). Ed entrambi questi interessi sono considerati il sostrato di interessi legittimi [...], riconoscendo pacificamente ad entrambi tutela giurisdizionale di annullamento. Del resto, anche rispetto a poteri ampliativi posso darsi interessi oppositivi: chi richiede il provvedimento ampliativo è titolare di un interesse pretensivo; mentre il c.d. controinteressato sostanziale è titolare di un interesse oppositivo».

rendo la dimensione giuridica, la giurisprudenza si avvale di criteri materiali legati al pregiudizio, ammettendo che il soggetto che si ubichi nei pressi dell'intervento edilizio, ad esempio, possa considerarsi legittimato all'impugnazione, in quanto lesa nei suoi interessi.

La questione involge, più in generale, quella dell'individuazione dei cc.dd. terzi controinteressati, i quali, pur non menzionati dall'atto e di norma esclusi dalla partecipazione al procedimento (in quanto ignari della sua pendenza), sono comunque ritenuti legittimati ad insorgere avverso il provvedimento stesso, ove interessati alla sua rimozione³⁸.

Ora, se si considera che il problema degli interessi diffusi attiene essenzialmente alla ricerca di un portatore (*rectius*, di un titolare), si può facilmente comprendere l'importanza dell'individuazione dei soggetti controinteressati rispetto all'adozione di un certo provvedimento, quali potenziali attori di un giudizio concernente la legittimità dell'atto stesso.

Com'è noto, la giurisprudenza perimetra l'area dei controinteressati legittimati al ricorso attraverso l'uso di criteri empirici, legati di norma al pregiudizio³⁹, compiendo valutazioni propriamente materiali, afferenti alla dinamica procedimentale e all'esito provvedimentoale. Ebbene, che la ricerca dei terzi dipenda da una indagine concreta, che guardi agli effetti prodotti dal provvedimento, non deve sorprendere. Come evidenziato da autorevole dottrina⁴⁰, le situazioni giuridiche soggettive del privato, nei rapporti con l'amministrazione,

38 La giurisprudenza, invero, esclude che l'amministrazione sia gravata da eccessivi oneri istruttori di ricerca, in virtù del divieto di aggravamento del procedimento. Questo, però, non impedisce al terzo di intervenire nel procedimento (cfr. artt. 9 e 10 della legge 241/1990), facendo valere il proprio interesse, nonché di proporre ricorso avverso l'atto amministrativo, qualora possa dirsi portatore di una posizione qualificata e differenziata. In tal senso Cons. Stato, se. VI, 24 luglio 2020, n. 4745, in *giustizia-amministrativa.it*.

39 In tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *giustizia-amministrativa.it*.

40 A. ROMANO TASSONE, (voce) *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 981. Secondo l'Autore: «de situazioni giuridiche soggettive del privato sono il riflesso non solo e non tanto della norma astratta che nega o attribuisce il potere alla pubblica amministrazione e ne determina contenuti e modalità d'esercizio, quanto soprattutto della *norma agendi* valevole nel caso concreto per l'amministrazione nei riguardi del cittadino, questa soltanto essendo idonea ad esprimere l'effettivo rapporto giuridico intercorrente tra i due».

vanno determinate guardando non solo la dimensione normativa, ma anche il modo in cui concretamente viene esercitato il potere pubblico. La presenza del potere dell'amministrazione nella vicenda (in particolare se discrezionale) implica la necessità di tener conto del concreto atteggiarsi della singola decisione pubblica per stabilire quali siano i soggetti effettivamente toccati dai suoi effetti.

A dire il vero, in dottrina si è anche proposto di verificare la differenziazione solo sul versante normativo: una norma potrebbe dirsi attributiva di una posizione soggettiva solo se, nel qualificare un certo interesse, essa detti in astratto anche il criterio di selezione dei titolari del medesimo⁴¹.

Si criticano le ricostruzioni giurisprudenziali, sostenendo che le stesse finirebbero per legare la posizione del terzo alla legalità oggettiva. A differenza del destinatario, il terzo non potrebbe dirsi, infatti, portatore di una pretesa sufficientemente definita da contrapporre all'amministrazione e dovrebbe la rilevanza della sua posizione all'esistenza del potere pubblico e all'esigenza di controllo che a quello si collega⁴². La legittimazione dei controinteressati, nella

41 Nel senso, invece, di individuare l'interesse legittimo esclusivamente su base normativa si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 106 ss. Anche secondo E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 381, la differenziazione tende a doppiare la qualificazione: l'interesse si diversifica proprio in quanto preso in considerazione dalla norma. Recentemente, G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, pp. 224 ss., la quale sostiene che: «A onta della prassi che lega la differenziazione a meri dati fattuali, i teorici del diritto hanno chiarito che una norma può dirsi attributiva di una posizione soggettiva soltanto se, nell'individuare il valore tutelato (ossia nel qualificare l'interesse), essa detta anche il criterio di selezione dei titolari di quello stesso valore. Per la configurazione di posizioni soggettive, l'indicazione del bene tutelato deve, cioè, essere accompagnata dalla individuazione del criterio che consente di delimitare il novero dei soggetti che di quel bene possono godere separatamente [...]». La stessa posizione è ribadita, più di recente, in G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Gior. Dir. amm.*, 2020, pp. 529 ss e in L. FERRARA, G. MANNUCCI, I. PIAZZA, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Dir. pubb.*, 2023.

42 G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, cit., p. 218. Nello stesso senso anche F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 1009-1010. Secondo l'Autrice: «In questo modo di procedere si avverte la persistenza del concetto originario di interesse legittimo, che esprime la convergenza dell'interesse di fatto dei singoli con l'interesse all'attuazione del diritto obiettivo, cioè con l'interesse pubblico espresso dalla disciplina vigente. Si può dire, mi pare, che l'inerenza dell'atto alla cosa pubblica determina l'interesse al sindacato di legittimità. Non si ammette che vi siano atti amministrativi non esposti a tale sindacato. Per questo il carattere differenziato dell'interesse può essere

prassi, sarebbe la manifestazione della specialità del diritto amministrativo, inteso come il mezzo per «imbrigliare un potere pubblico debordante e ricondurlo al rispetto della legalità»⁴³.

Nelle decisioni dei giudici, pertanto, rimarrebbe in vita una concezione esclusivamente processuale dell'interesse legittimo, coincidente con l'interesse a ricorrere, e questo implicherebbe l'esaltazione della «funzione nomopoietica del giudice amministrativo», il quale, chiamato a valutare la tutelabilità di un certo bene, potrebbe fare a meno di indagare la volontà legislativa, sostituendola alla valorizzazione di criteri fattuali⁴⁴.

Le menzionate ricostruzioni, sicuramente apprezzabili sul versante della certezza del diritto e nel loro tentativo di ricondurre al legislatore e al circuito democratico la definizione delle situazioni giuridiche soggettive, non convincono del tutto.

Su un primo versante, aderendo ad una visione esclusivamente normativa, si finisce per appiattire il requisito della differenziazione su quello della qualificazione, tralasciando le diverse funzioni dei due momenti: individuare gli interessi astrattamente rilevanti il primo; selezionare l'interesse rilevante in concreto il secondo⁴⁵.

considerato sufficiente». In tale prospettiva, il ricorso del “terzo” avverso un provvedimento amministrativo si reggerebbe su «un interesse di fatto, abbinato ad un criterio fattuale che permetta di circoscrivere la cerchia di coloro nei cui confronti si concretizza questo interesse di fatto».

43 L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubb.*, 2006, p. 63.

44 *Ibidem*, p. 63. Non troppo distante è la posizione di A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 790 ss., il quale ritiene di verificare la legittimazione sempre sul versante normativo, indagando però la complessiva disciplina dei tipi di relazioni sussistenti fra amministrazione ed altri soggetti dell'ordinamento, senza limitarsi alla valutazione della norma attributiva del potere, ed avvalendosi dell'ausilio dei criteri di integrazione del diritto positivo ricavabili dall'art. 12 delle preleggi, ove necessario.

45 Secondo S. FRANCA, *Il doppio binario di legittimazione alla prova dell'Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1045, «Nel giudizio amministrativo [...] il giudizio di qualificazione normativa ha una portata più ampia, giacché guarda a tutti quegli interessi che sono protetti dalla norma. Ciò spiega anche perché sia necessario il requisito della differenziazione inteso come elemento che porta ad una ulteriore selezione, tesa a distinguere la posizione di chi agisce in giudizio da quella del *quisque de populo*, di modo che il primo finisca con l'essere riguardato “individualmente” da un provvedimento emanato dalla pubblica amministrazione».

Ci si dimentica, inoltre, che la dimensione anche fattuale della differenziazione è intrinsecamente connessa all'essenza del potere amministrativo: come anticipato, i soggetti pregiudicati dall'azione amministrativa sono individuabili sono a valle dell'esercizio del potere, tenendo conto delle concrete modalità con cui si è manifestato⁴⁶. Questo spiega il perché, di norma, la giurisprudenza si avvalga di criteri materiali, guardando in particolare agli effetti del provvedimento e distinguendo, ad esempio, tra vicini e distanti o tra coloro che subiscono un pregiudizio diretto e coloro che patiscono un male indiretto, ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati a ricorrere o semplicemente ad intervenire⁴⁷.

Peraltro, volendo mantenere un approccio consapevole dei dettami della teoria generale, si potrebbe aggiungere che il peso del pregiudizio nella valutazione delle condizioni dell'azione, lungi dall'essere il riflesso di una concezione del processo amministrativo in termini oggettivi, rappresenta l'esito dell'adeguata considerazione dell'interesse legittimo come situazione legittimante sostanziale e direttamente tutelata, ma comunque dotata di un nucleo di soggezione rispetto al potere. Il ricorrito pregiudizio rappresenta la concretizzazione della condizione di soggezione che il cittadino ha, dal punto di vista tecnico, rispetto al potere amministrativo.

Va detto, tuttavia, che tali affermazioni, ove non adeguatamente soppesate, rischiano di condurre ad approcci incerti, eccessivamente materiali, implicanti effettivamente il riconoscimento di un ruolo sovrano del giudice nell'individuazione dei legittimati.

46 Giova ricordare le parole di A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, cit., p. 980, secondo il quale: «il concetto di potere non appartiene alla statica, ma alla dinamica giuridica: esso, dunque, può esser solo malamente inteso come “situazione” giuridica, ossia come puro riflesso della norma sul soggetto-pubblica amministrazione, ma si coglie meglio nella sua dimensione dinamica, ossia nei provvedimenti autoritativi che ne costituiscono le singole epifanie».

47 Questo vale anche al di fuori del tema degli interessi diffusi. Di recente, ad esempio, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2022, n. 3, cit., ha riconosciuto la legittimazione esclusiva della società destinataria dell'interdittiva antimafia all'impugnazione, in quanto destinataria diretta degli effetti del provvedimento, escludendo il diritto di azione dei soci, in quanto pregiudicati solo di riflesso.

È quello che emerge nella ricostruzione di chi, partendo dalla considerazione critica di un approccio esclusivamente normativo al tema della differenziazione, propone di basare l'accesso al giudice su un generico controllo di meritevolezza, realizzato attraverso il filtro dell'art. 100 c.p.c e dell'interesse ad agire. Si tratta di un approccio basato su un *favor* per la massima estensione possibile delle posizioni legittimanti, che vede nella legittimazione processuale uno «strumento di contropotere» a disposizione del privato, che si erge a fronteggiare l'antagonista pubblico⁴⁸.

Una soluzione possibile potrebbe essere individuata attraverso un approccio mediano, legato alla ricerca non del mero pregiudizio ma del pregiudizio giuridicamente rilevante, astrattamente risarcibile: una conclusione di tal fatta, come si vedrà, consentirebbe di rispondere alle legittime preoccupazioni concernenti il rischio di arbitrio nella selezione delle posizioni azionabili in giudizio, attraverso un filtro normativo, ed eviterebbe, al contempo, l'eccessivo irrigidimento derivante dalle impostazioni esclusivamente normative.

4. La differenziazione attraverso il filtro del danno giuridicamente rilevante

Sulla scorta di quanto detto, ci si pone l'obiettivo di sistematizzare le conclusioni giurisprudenziali e ridurre lo spazio dei soggettivismi, abbandonando il riferimento al mero pregiudizio e spostando l'indagine sul piano del danno. In altri termini, si ipotizza che la ricerca del soggetto legittimato vada condotta attraverso un'analisi che non si limiti a vagliare l'esistenza di una lesione, ma che si spinga sino a sondarne l'ingiustizia e, pertanto, la rilevanza giuridica⁴⁹.

⁴⁸ P. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, E.S.I., 2021, pp. 116 e ss.: «Sul piano più concreto del controllo di meritevolezza, esso, oramai affrancato sia dalle tetraggini nefaste del dodicennio nero, sia dal suo inaffidabile utilizzo moderno ad *impediendum litis ingressum*, diviene strumento idoneo a trascrivere fedelmente l'emersione di nuovi e più progrediti valori sociali in termini acquisitivi di posizioni direttamente legittimanti (almeno) la domanda».

⁴⁹ Sulla distinzione tra pregiudizio e danno si vedano D. MESSINETTI, (voce) *Danno giuridico*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 469 ss.; A. DE CUPIS, (voce) *Danno (Teoria generale- a Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 622 ss.; F. BUSNELLI, (voce) *Illecito civile*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, Treccani, 1989, pp. 11 ss.; P. SCHLESINGER, *La ingiustizia*

L'art. 2043 c.c., la clausola del danno ingiusto e il sistema della responsabilità civile, allora, possono rappresentare dei validi strumenti a disposizione dell'interprete nell'individuazione dei soggetti legittimati, in quanto bisognosi di tutela⁵⁰.

Non si vuole certo sostenere che l'art. 2043 c.c., attraverso la clausola del danno ingiusto⁵¹, possa essere la norma di qualificazione degli interessi azionabili: in tale errore sembra cadere la giurisprudenza⁵², quando sostiene che l'art. 872 c.c., facendo riferimento al «danno», sarebbe disposizione idonea a qualifi-

del danno nell'illecito civile, in *Jus*, 1960, III, pp. 336 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1967; P. TRIMARCHI, (voce) *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 90 ss.; M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanicchi, 1993, pp. 68 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, (voce) *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969, pp. 4 ss.; M. FRANZONI, *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *Questione giustizia*, 2018.

50 Già A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 543 ss. aveva prospettato una conclusione simile, seppur in una fase in cui la discussione sulla risarcibilità dell'interesse legittimo e sul significato di danno ingiusto era ancora aperta: «Piuttosto, da quel medesimo punto di vista, con questa sottolineatura del carattere di posizione tutelata dall'ordinamento generale, di diritto soggettivo in senso corrispondente lato, delle situazioni legittimanti al ricorso giurisdizionale amministrativo, viene ad emergere il collegamento della loro gamma con la gamma di altre situazioni giuridiche, considerate sotto tutt'altro profilo: quelle la cui lesione da parte dell'amministrazione implica il sorgere a suo carico di un'obbligazione risarcitoria. Il nesso è addirittura imposto: nel senso che non si può marcare quel carattere delle situazioni legittimanti al ricorso, senza dover poi concludere, per la loro coincidenza, almeno tendenziale, con le situazioni la cui lesione è risarcibile».

51 In tal senso sembra porsi di recente E. PARISI, *Ricorso collettivo e legittimazione a ricorrere uti singulis per la tutela giurisdizionale dei beni comuni*, in *Dir. Proc. Amm.*, p. 728: «Si potrebbe infatti sostenere che l'art. 2043 c.c. fornisca una base normativa che rende giuridicamente rilevante le posizioni sostanziali dei fruitori dei vantaggi ambientali e sociali derivanti da beni comuni, i quali potrebbero lamentare di aver subito, in ragione di una determinazione relativa alla gestione del bene comune che ha conseguenze dirette sulla vita delle persone che con esso entrano costantemente in relazione, una lesione qualificabile in termini di danno morale, da intendersi come la sofferenza interiore soggettiva patita sul piano strettamente emotivo e/o di danno "dinamico-relazionale", consistente — secondo la giurisprudenza civilistica — nel peggioramento delle abitudini e delle condizioni, interne ed esterne, di vita quotidiana».

52 In tal senso si veda proprio Cons. Stato, Ad. Plen., 09 dicembre 2021, n. 22, cit., secondo la quale: «con specifico riferimento alla *vicinitas*, in ambito edilizio-urbanistico, dove la "qualificazione" dell'interesse del terzo può farsi discendere in ultimo dall'art. 872 c.c.». Dall'art. 872 c.c., in particolare, si ricava il c.d. criterio della doppia tutela, in base al quale, in relazione alle questioni attinenti alla violazione delle norme che disciplinano i rapporti di vicinato, sarebbe consentito agli interessati di rivolgersi sia al giudice ordinario - qualora agiscano direttamente contro il vicino facendo valere posizioni di diritto soggettivo - che al giudice amministrativo, qualora agiscano contro l'autorità pubblica, impugnando il titolo edilizio. In tal senso, si veda la recente T.A.R. Piemonte, sez. II, 27 ottobre 2020, n. 642, in *giustizia-amministrativa.it*

care non solo l'interesse del vicino leso nel suo diritto dominicale, ma qualunque interesse leso da un edilizio abusivo. È noto, invero, che l'art. 2043 c.c., pur non essendo norma secondaria e meramente sanzionatoria, impone all'interprete di rinvenire nell'ordinamento segni di qualificazione dell'interesse preesistenti. Attraverso il filtro del danno ingiusto, cioè, l'interprete è chiamato a verificare l'esistenza di un bene in senso giuridico, nonché la sua lesione.

Il rinvio al sistema della responsabilità civile, al contrario, si giustifica in virtù dell'esistenza di un *fil rouge* che lega la ricerca delle posizioni azionabili all'individuazione di quelle ristorabili, dato dalla nozione di bene. L'oggetto del danno (in senso giuridico), infatti, non coincide con la mera compressione di una situazione favorevole, ma nella incisione di una posizione giuridicamente tutelata. La reazione giuridica, logicamente, si giustifica solo ove il pregiudizio sia arrecato a ciò che il diritto presidia⁵³. La nozione di bene giuridico e di interesse giuridicamente tutelato rappresentano, a ben vedere, il fondamento dei mezzi di tutela, tanto sul versante della legittimazione, quanto sul versante riparatorio. I predicati della qualificazione e della differenziazione, di conseguenza, possono ben esser sondati avvalendosi della lente del danno ingiusto, constatando l'esistenza di un interesse protetto dall'ordinamento (qualificazione), nonché la sua lesione (differenziazione).

D'altro canto, è difficile negare che tali considerazioni trovino riscontro nell'evoluzione del concetto di danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., oggi inteso quale clausola generale⁵⁴ idonea ad apprestare tutela a vantaggio di qualsivoglia

53 In tale senso si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 7, il quale, contestando quando ricostruiscono il danno in una mera alterazione del patrimonio, identifica lo stesso «quale evento lesivo di un bene o di un interesse del soggetto». Anche Secondo A. DE CUPIS, (voce) *Danno (Teoria generale- a) Diritto vigente*, cit., p. 625.: «L'oggetto del danno si identifica con l'oggetto della tutela giuridica: e, quindi, è sempre un interesse umano. [...] Invero, una reazione giuridica ha ragione di essere solo contro il danno arrecato a ciò che il diritto tutela; e non altro se non l'interesse umano può ricevere la tutela del diritto».

54 Sull'inquadramento del danno ingiusto come clausola generale già P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, cit., p. 336 ss, prospettava simili conclusioni, tentando «di allargare la portata dell'art. 2043, sostenendo che debba qualificarsi ingiusta la lesione di qualsiasi interesse direttamente protetto da una norma giuridica, anche se tale protezione non venga assicurata dall'ordinamento mediante la concessione di diritti soggettivi». Più di recente, D. MESSINETTI, (voce) *Danno giuridico*, cit., p. 483, evoca la figura degli *standards*, sostenendo che:

glia interesse rilevante (non secondo l'intuizione ma) secondo l'ordinamento giuridico⁵⁵. Come anche avvenuto nel campo della legittimazione, invero, si è assistito ad un allontanamento dalle categorie dominicali⁵⁶, stante l'acquisita consapevolezza della necessità di estendere idonee garanzie a favore di tutti i bisogni "qualificati", a prescindere dalle caratteristiche dell'entità cui essi pertengono.

Per quanto la relazione tra soggetto e bene sia più evidente nel diritto di proprietà⁵⁷, oggi non c'è alcun dubbio che la clausola del danno ingiusto inglobi

«il criterio di ingiustizia del danno, espressamente sancito dall'art. 2043 c.c. come fondamento della funzione risarcitoria, rappresenta la formalizzazione linguistica di *standards* valutativi prodotti dalla prassi, che orientano e rendono operante l'astratta proposizione comunicativa del *neminem laedere* ("qualunque fatto [...] che cagiona ad altri un danno ingiusto) e che rispondono alle figure della "razionalità" e della "ragionevolezza"». In giurisprudenza, poi, non possono non ricordarsi le parole di Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, pp. 2487 ss.: «l'art.2043 c.c. non costituisce norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie (di divieto), ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalla tematiche del risarcimento) attribuisce rilevanza».

55 M. FRANZONI, *Il danno ingiusto fra giudice e legge*, cit., secondo il quale: «In presenza di una clausola generale il giudizio di meritevolezza è stato demandato al giudice, ma il suo potere non è arbitrario, dipende dai principi generale dell'ordinamento giuridico letti alla luce dei principi costituzionali». Secondo R. SCOGNAMIGLIO, (*voce*) *Risarcimento del danno*, cit., p. 11: «si deve ritenere invece che l'ingiustizia, come predicato del danno, che per tale carattere diviene giuridicamente rilevante (risarcibile), costituisca l'espressione compendiosa della valutazione che al tal fine l'ordinamento ne effettua. Qui non si tratta in altri termini, e per quel che più volte si è osservato, di stabilire se un potere-interesse è stato in qualche modo conculcato; bensì se la lesione-alterazione di un bene deve considerarsi ingiusta alla luce dei principi e criteri di giudizio accolti dal diritto positivo».

56 *Ibidem*, p. 189: «L'aver circoscritto il risarcimento del danno alle sole ipotesi in cui si verificava la lesione di un diritto soggettivo assoluto, derivava dal nesso istituito tra fatto dannoso e violazione del diritto soggettiva di proprietà, nesso che a taluni apparve sì stretto da giustificare una profonda compenetrazione dei due concetti; e non è senza significato che la rilevanza attribuita alle lesioni personali si accompagnasse a concezioni del diritto sul proprio corpo sostanzialmente riportate alla nozione di proprietà. Un nesso, d'altra parte, che si spiega non soltanto con la particolare importanza economica dei beni oggetto di quel diritto, ma soprattutto con il valore strutturale del diritto di proprietà, nel quale si identifica il paradigma del diritto soggetti assoluto. [...] E potrebbe aggiungersi che tutto ciò era da considerarsi naturale in sistemi giuridici più immediatamente diretti alla tutela dei detentori del potere economico, la cui fonte era soprattutto da ricercare nel diritto di proprietà». Anche secondo F. RUSCELLO, *Responsabilità civile e lesione di interesse legittimo: il danno ingiusto e i suoi nuovi orizzonti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 384 ss., l'originario ancoraggio del danno ingiusto ai diritti assoluto ha preso le mosse «dal ruolo che è stato assegnato in questa materia al diritto di proprietà quale situazione fondamentale per la spiegazione di qualsiasi forma di appropriazione di beni».

57 G. RUOPPOLO, *La tutela aquiliana dell'interesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 716 ss. Secondo l'Autore: «Sembra di poter affermare che l'interesse consiste, in termini giuridici ed ai fini qui in

un novero molto più ampio di situazioni e che, quindi, il compito dell'interprete non sia quello di verificare necessariamente la pre-esistenza di un diritto soggettivo, quanto generalmente constatare la lesione di una situazione comunque presidiata dall'ordinamento⁵⁸.

Ebbene, alla luce dei chiari punti di contatto tra il sistema della legittimazione e quello della responsabilità, si può sostenere che l'azione si possa incardinare ogniqualvolta il soggetto subisca (o rischi di subire) un danno ingiusto in conseguenza dell'esercizio del potere amministrativo. Verrebbero in rilievo, indistintamente, tanto situazioni di danno patrimoniale (banalmente, la lesione delle prerogative legate al diritto di proprietà), quanto situazioni di danno non patrimoniale (ad esempio, casi di danno biologico, legato al pregiudizio per il bene salute, o di danno morale, legati all'alterazione del paesaggio). Una tale conclusione contribuirebbe a convalidare l'atteggiamento della giurisprudenza in tema di legittimazione, consentendo di ricondurlo ad una dimensione propriamente normativa, seppur basata sull'operatività di una clausola generale.

D'altro canto, nella prassi, un tale parallelismo affiora con una certa evidenza dalla lettura di sentenze del giudice amministrativo che ritengono, ad esempio, fattore legittimante l'interesse al godimento del paesaggio⁵⁹ o l'interesse a non subire disturbi a causa di rumori molesti⁶⁰, entrambi lesi dalla realizza-

esame, nella relazione che la legge riconosce tra un soggetto giuridico ed un bene, relazione che, mentre qualifica il bene come bene giuridico, attribuisce al soggetto e una situazione, *lato sensu*, di potere e idonei strumenti per la sua tutela. Questa relazione è immediatamente evidente nel diritto di proprietà di un bene immobile o mobile, negli altri diritti reali, nei diritti assoluti ed è perciò che - come altri ha osservato - l'illecito si è subito configurato con riferimento alla loro violazione e a questo presupposto è rimasto sostanzialmente legato pur quando via via se ne è esteso l'ambito ad altre categorie di diritti, anche relative a beni immateriali».

58 In tal senso C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, III ed., Milano, Giuffrè, 2021, pp. 585 ss. Secondo l'Autore: «da nozione di giustizia del danno è ancora oggetto di un dibattito dottrinario che vede, da una parte, le tesi che identificano l'ingiustizia nell'antigiuridicità, quale violazione di un diritto o di una norma, e, dall'altra, le tesi che fanno capo all'idea di lesione di un interesse meritevole di tutela. [...] L'opinione che limita il danno ingiusto alla lesione di diritti tipici assoluti o anche di diritti relativi è ormai superata dalla realtà di un'esperienza che ha visto notevolmente ampliata la sfera di operatività della responsabilità extracontrattuale».

59 Cons. Stato, sez.II, 6 febbraio 2023, n. 1211, in *giustizia-amministrativa.it*.

60 Cons. Stato, sez. II, 13 novembre 2023, n. 9696, in *giustizia-amministrativa.it*.

zione dell'opera edilizia, da parte del vicino, sulla base di un titolo illegittimo. Ebbene, è noto che la Cassazione, ormai da decenni, ritiene che la lesione tanto dell'interesse a godere della vista di un certo panorama, a causa di nuove costruzioni che lo limitino o escludano del tutto, quanto dell'interesse a non subire disturbi acustici intollerabili⁶¹ costituiscono un danno ingiusto di cui può essere domandato ristoro⁶².

Certo, si potrebbe ribattere che, evocando la dimensione del danno ingiusto, si anticipi il momento del merito. Tale contestazione, tuttavia, non sarebbe fondata, dovendo il giudice limitarsi a verificare la mera esistenza di un pregiudizio giuridicamente rilevante, senza spingersi sino a valutare la ricorrenza di tutti gli ulteriori elementi dell'illecito.

Sul versante metodologico, invece, si potrebbe ritenere che ricercare una posizione legittimante tramite un mezzo di tutela – il sistema della responsabilità – realizzi un'inversione logica, ponendosi l'individuazione della situazione giuridica soggettiva come un *prius* logico rispetto all'enucleazione delle garanzie. Ebbene, anche tale considerazione, pur astrattamente condivisibile, sarebbe destinata a scontrarsi con le concrete modalità operative dell'art. 2043 c.c.: la clausola generale del danno ingiusto, attribuendo all'interprete una concreta funzione valutativa⁶³, fonda in un momento unico ciò che, di norma, può essere scisso in posizione sostanziale e presidi processuali.

Ancora, si potrebbe contestare che basare la legittimazione sul danno varrebbe a sovrapporla all'interesse al ricorso, la cui sussistenza è, di norma, le-

61 Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2016, n. 13208, in *italgiure.giustizia.it*.

62 In tal senso Cass. civ., sez. II, 18 aprile 1996, n. 3679, in *Foro it.*, 1997, pp. 1235 ss. Peraltro, a conclusioni simili si giunge anche analizzando ipotesi in cui il ricorso sia fondato sull'interesse a che il proprio concorrente non consegua vantaggi competitivi sulla base di atti illegittimi. Anche in tali fattispecie, infatti, si configura pacificamente la risarcibilità del danno da sviamento della clientela, legato allo sfruttamento di un titolo edilizio illegittimo. Sul punto di veda, in tema di legittimazione, Cons. Giust. Amm. Sicilia, 1 febbraio 2024, n. 94, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui il giudice fonda l'ammissibilità dell'azione, oltre che sul pregiudizio per il diritto di proprietà, sul danno derivante dallo sviamento economica della clientela; in tema di tutela risarcitoria, Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 2007, n. 234, in *lexambiente.it*.

63 Sulla natura delle clausole generali di concetti valutativi si veda F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., pp. 320 ss.

gata all'accertamento di un pregiudizio da evitare. Ad una tale obiezione, però, sarebbe possibile rispondere in questi termini: la verifica circa la sussistenza dell'interesse processuale ha sì ad oggetto il danno, ma in una prospettiva differente, essendo diretta a constatare la dimensione pratica e concreta della lesione della situazione giuridica soggettiva, *id est* le «conseguenze immediate e dirette» (cfr. art. 1223 c.c.) del provvedimento illegittimo. Avvalendosi di una terminologia ben nota agli studiosi del diritto civile, se l'indagine sulla legittimazione pare incentrarsi sul danno-evento, quella concernente l'interesse al ricorso sembra avere ad oggetto il danno-conseguenza⁶⁴.

È chiaro che l'accertamento delle due condizioni, concernendo differenti profili di un fenomeno – il danno – che ha naturalisticamente una fisionomia unitaria, tende a sovrapporsi, motivo per cui la ricerca di una posizione qualificata e differenziata finisce per anticipare in parte l'indagine sull'interesse al ri-

64 Tale distinguo, nella sistematica della responsabilità civile, viene di norma giustificato in base alla funzione dello strumento risarcitorio, di norma identificata nell'esigenza di ricondurre la sfera del danneggiato nelle condizioni medesime che si sarebbero ottenute in assenza dell'illecito. L'accoglimento di una pretesa risarcitoria, di conseguenza, presuppone tanto la lesione di un interesse qualificato, quanto un pregiudizio effettivo, che giustifichi concretamente la riparazione. Il riferimento è chiaramente alla c.d. teoria differenziale. Sul punto si veda C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Cologna-Roma, Zanichelli, 1979, pp. 246 ss. In ogni caso, l'introduzione della distinzione tra danno evento e danno conseguenza e, quindi, tra causalità materiale e giuridica nell'illecito civile, è da ricondurre all'opera di G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «Fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 407: «Tutte le varie, svariatissime, opinioni sul significato dell'espressione «conseguenza immediata e diretta» nell'art. 1223 (art. 1151 c. c. franc., art. 1229 c. c. 1865), in tutte le loro sfumature concorrono almeno in un punto: che, cioè, il concetto di (l'operazione per cui si ricerca la) «conseguenza immediata e diretta» serve per non porre a carico del debitore tutte le «conseguenze» che potrebbero andare all'infinito. La *ratio* è quella di non rendere insopportabile al soggetto agente il rischio del suo agire. Agire è sempre un rischio; e, se il soggetto ne dovesse sopportare tutte le conseguenze, egli, se non è uno spirito avventuroso o un delinquente, si dissuaderebbe dall'azione. Ne potrebbe nascere una società di statici buoni padri di famiglia. Ma, se questo è il concetto della conseguenza «immediata e diretta» (o della relativa operazione intellettuale), è chiaro che esso non corrisponde al concetto di causalità. È, invece, un'operazione per cui dopo aver accertato che esiste nel caso la causalità, si tende a limitare più o meno, a seconda delle varie opinioni, i risultati (della funzione intellettuale) della causalità. In quanto limitazione della causalità, in vista dello scopo pratico di non aggravare eccessivamente la responsabilità del debitore, la «causalità immediata o diretta» o causalità «giuridica» dell'art. 1223 (così come altri casi di «causalità giuridica») non può rappresentare un aspetto (giuridico) della funzione intellettuale della causalità».

corso⁶⁵; ciò non toglie, tuttavia, che la verifica dell'interesse, estendendosi anche al carattere diretto, personale, concreto ed attuale dello stesso, si spinga oltre, guardando al modo concreto di atteggiarsi del pregiudizio.

Il riferimento alle «conseguenze immediate e dirette», peraltro, consente di trarre uno spunto di riflessione ulteriore: la sussistenza dell'interesse al ricorso si traduce nell'esistenza di un danno concretamente rilevante, eliminabile tramite l'annullamento del provvedimento o, eventualmente, con lo strumento risarcitorio; se così è, sembrerebbe possibile traslare le conclusioni cui normalmente giunge la giurisprudenza in tema di danno-conseguenza (e cioè, in merito all'individuazione dei pregiudizi effettivamente ristorabili) nell'indagine relativa all'interesse al ricorso, consentendo di affinare la ricerca dei soggetti muniti di azione avverso il provvedimento.

La considerazione che l'art. 1223 c.c. compie delle «conseguenze immediate e dirette» dell'illecito, infatti, viene intesa in maniera non del tutto corrispondente all'impostazione di cui la giurisprudenza si avvale per riscontrare il carattere diretto e personale dell'interesse al ricorso. In quest'ultima ipotesi, ci si limita ad accertare la direzione del pregiudizio, il quale deve provenire direttamente dall'atto impugnato⁶⁶. Nell'accertamento delle conseguenze risarcibili, di contro, per evitare che qualsiasi effetto pregiudizievole venga a gravare sull'autore del danno ingiusto – in un'ottica redistributiva - entro la serie potenzialmente infinita delle ripercussioni dell'illecito, si tiene conto solamente delle conseguenze normali del medesimo⁶⁷. In altri termini, l'area dei pregiudizi risarcibili viene ridotta a quelli che, secondo la normale esperienza o in base a para-

⁶⁵ Giova ricordare le parole della recente Cons. Stato., Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, cit., secondo la quale «nella realtà dei fatti e nella dinamica dei giudizi la riflessione sulla legittimazione proceda non disgiunta da quella sull'interesse»

⁶⁶ Per una ricostruzione completa dei connotati dell'interesse al ricorso si veda R. VILLATA, (voce) *Interesse ad agire*, II) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, 2007, Roma, Treccani, 1989, p. 4.

⁶⁷ M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 106, secondo il quale: «nella causalità giuridica dell'art. 1223 c.c., la finalità è di consentire una equilibrata redistribuzione della ricchezza in senso quantitativo ciò si realizza attraverso il contenimento del quantum del danno entro i limiti della normalità della regolarità e della ordinarietà desunti dalla regola delle «conseguenze immediate e dirette» dell'art. 1223 c.c. e dalla regola della evitabilità del danno dell'art. 1227 2° comma».

metri di regolarità statistica, possono definirsi quali effetti normali del fatto dannoso, in ossequio alla teoria dell'adeguatezza causale⁶⁸. La normalità della conseguenza viene valutata *ex ante*, attraverso un giudizio di «prognosi postuma», preordinato ad attestare se, nel frangente in cui è intervenuto il fatto *contra ius*, fosse prevedibile, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la conseguenza che ne è scaturita⁶⁹.

Inteso in questi termini, il riferimento alle «conseguenze immediate e dirette» ingloba anche i pregiudizi apparentemente riflessi e indiretti, legati al carattere plurioffensivo dell'illecito⁷⁰.

Ebbene, applicare una siffatta interpretazione anche in materia di accesso al giudizio, dando rilievo ai pregiudizi effettivamente risarcibili (la cui esistenza, pertanto, fonda sicuramente l'interesse al ricorso) e valorizzando i punti di contatto con l'area della responsabilità, garantirebbe maggiore certezza nell'individuazione dei soggetti muniti di azione. Il ricorso al giudice sarebbe consentito a tutti coloro che, titolari di un interesse qualificato e differenziato (nei termini

68 Come riportato da P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, pp. 32 ss., la teoria dell'adeguatezza causale è da ricondurre a J.A.Von Kries, il quale metteva in evidenza «l'importante funzione dei giudizi di probabilità nella vita pratica: le probabili conseguenze di un'azione costituiscono il fondamento per la valutazione di quest'ultima come utile o, viceversa, pericolosa».

69 In giurisprudenza, su tutte, si veda Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, pp. 451 ss., secondo la quale: «Secondo l'opinione assolutamente prevalente, occorre distinguere nettamente, da un lato, il nesso che deve sussistere tra comportamento ed evento perché possa configurarsi, a monte, una responsabilità "strutturale" (*Haftungsbegründende Kausalität*) e, dall'altro, il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua funzione di delimitare, a valle, i confini di una (già accertata) responsabilità risarcitoria (*Haftungsausfüllende Kausalität*). [...] non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quella similare della c.d. regolarità causale».

70 Sulla base di tale ricostruzione, ad esempio, si è ritenuto risarcibile il danno subito dai prossimi congiunti della vittima ancorché mediato. La giurisprudenza, infatti, valorizza il carattere plurioffensivo dell'illecito che determina la perdita definitiva o la lesione di una persona cara: tale fatto lede contemporaneamente, ed in via immediata e diretta, l'incolumità personale della vittima e il diritto dei suoi cari all'intangibilità della sfera degli affetti e alla libera esplicitazione della propria personalità nella famiglia. Sul punto si veda Cass., Sez. Un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, pp. 3059 ss.

sopra esposti), possano allegare un pregiudizio che, in base ad una valutazione di regolarità statistica, costituisca una conseguenza normale del provvedimento illecito (in quanto tale, passibile di essere rimossa tramite l'intervento del giudice).

Siffatta rilettura, a ben vedere, sarebbe coerente con l'impostazione giurisprudenziale che identifica l'interesse al ricorso in termini di attitudine del processo a garantire al ricorrente un vantaggio concreto, materiale o morale, frutto della rimozione del pregiudizio nella sua dimensione concreta e non solo giuridica⁷¹. Così facendo, inoltre, si eviterebbero oscillazioni eccessive nella valutazione della rilevanza del pregiudizio, attraverso un canone dotato di una base normativa. Al contempo, si giustificerebbe definitivamente la carenza di azione in capo al "passante", il quale si limiti ad allegare effetti negativi troppo *too far* dall'illecito (il patema d'animo frutto della bruttura realizzata in un'area territoriale assolutamente priva di collegamenti con la propria sfera).

Va detto, peraltro, che il riferimento alla "normalità" del pregiudizio è, in qualche maniera, già compiuto dalla giurisprudenza: nel suo recente arresto, l'Adunanza Plenaria ha sottolineato come, «a fronte di un intervento edilizio *contra legem*», l'interesse al ricorso si leghi normalmente al «possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo», ovvero alla «compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata»⁷². Esistono, evidentemente, dei danni normali e, quindi, prevedibili, la cui configurazione è alla base del ricorso.

Concludendo, deve porsi in evidenza che la tesi esposta, ove pure non si ritenessero esaustive e convincenti le argomentazioni a suo sostegno, parrebbe

⁷¹ Tra le altre, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi 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'eventuale annullamento dell'atto impugnato».

⁷² Cons. Stato, Ad. Plen., 09 dicembre 2021, n. 22, cit.

corroborata da elementi di diritto positivo e, in particolare, dalla legislazione in materia ambientale.

Gli artt. 309 e 310 del D.lgs. n. 152 del 2006, infatti, prevedono la legittimazione ad agire, «secondo i principi generali», anche delle «persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino». Le disposizioni parrebbero confermare quanto detto in precedenza, onerando l'interprete a selezionare i legittimati al processo sulla base di un criterio legato alla materializzazione di un danno (ingiusto).

Ora, per quanto possa sostenersi, in una prospettiva ecocentrica⁷³, che il danno ambientale ci colpisca tutti, la *ratio* della norma è evidentemente quella di individuare, in una logica antropocentrica, una pleora specifica di soggetti e cioè coloro che abbiano patito, o possano patire, delle concrete conseguenze pregiudizievoli rilevanti, immediatamente riconducibili all'evento lesivo dell'entità ambientale.

«Secondo i principi generali», in conclusione, il danno costituisce criterio di legittimazione, in quanto fattore idoneo *in re ipsa* a giustificare la tutela giurisdizionale.

⁷³ Sulla necessità di una prospettiva ecocentrica da parte dei giuristi si rinvia a P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi.it*, 2011, 25, pp. 1 ss.

LUCIA MURGOLO

Dottore di ricerca in Dottrine generali del diritto
Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli studi di Foggia
Docente della Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università di Foggia
l.moore@libero.it

L'AUTORITÀ DI PUBBLICA SICUREZZA, IERI ED OGGI

THE PUBLIC SECURITY AUTHORITY, YESTERDAY AND TODAY

SINTESI

In Italia, una norma non abrogata del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (art. 1 R.D. n. 773/1931) dice chiaramente cosa sia l'Autorità di pubblica sicurezza; lo ribadisce la legge n. 121/1981 di riforma della polizia di Stato: l'Autorità di pubblica sicurezza, a livello nazionale, è il Ministro dell'interno; a livello provinciale è il Prefetto, inteso come autorità amministrativa, nonché il Questore, come autorità tecnica; a livello locale, è il dirigente del Commissariato di polizia ovvero il Sindaco (nei Comuni dove è assente un Commissariato). Ma non è questa l'Autorità di pubblica sicurezza a cui dottrina e giurisprudenza riconoscono il potere di limitare la libertà personale (quale previsto dall'art. 13, comma 3, della Costituzione), ritenendosi comunemente che l'Autorità amministrativa capace di limitare le libertà sia la polizia giudiziaria, cioè quella polizia di cui dispone l'Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 109 della Costituzione. Mentre la tendenza europea (si direbbe, mondiale) va nella direzione di affidare ad Agenzie specializzate i compiti della polizia, per depoliticizzare la funzione di pubblica sicurezza, in Italia, il Ministro dell'interno resta il responsabile nazionale delle azioni di prevenzione e contrasto ai fenomeni delittuosi. L'Autorità nazionale di pubblica sicurezza è stata ridimensionata nei suoi poteri, a seguito dell'avvento di nuovi organismi (Autorità nazionale di sicurezza, Europol, Agenzia di Cybersicurezza, Autorità nazionale anticorruzione, ecc.). Ciò tuttavia non è coinciso con una progressiva riduzione dei compiti delle Autorità provinciali di pubblica sicurezza (Prefetto e Questore). Anzi, i confini dei poteri esercitati da quelle due figure provinciali sono stati molto dilatati, al punto

che i Prefetti oggi possono incidere sulla vita delle imprese private con misure, come le interdittive antimafia, estremamente lesive degli interessi economici. E i Questori possono imporre ai privati limitazioni penose della libertà, mediante il divieto di accesso alle manifestazioni sportive e il divieto di accesso ad aree urbane, pur in assenza di condotte penalmente rilevanti.

ABSTRACT

In Italy, a current provision of the consolidated Text of public security laws (art. 1 R.D. n. 773/1931) clearly states what the Public Security Authority is. So too, law n. 121/1981 (containing the reform of the State Police) reiterates that definition. The Public Security Authority, at national level, is the Minister of the Internal Affairs; at provincial level it is the Prefect, understood as the administrative authority, as well as the Quaestor, technical authority; at local level, it is the Director of the Police Station or the Mayor (in municipalities where there is not a Police Station). This definition is not the Public Security Authority that doctrine and jurisprudence recognize as older of power to limit personal freedom (as contemplated in the article 13, paragraph 3, of the Constitution). We commonly believe that the administrative Authority capable of limiting freedom is the judicial police, i.e. the police at the disposal of the Judicial Authority, pursuant to article 109 of the Constitution. While the European trend (one might say, Global) goes in the direction of entrusting the tasks of the police to specialized Agencies, with the aim of depoliticizing the public security function, in Italy, the Minister of the Internal Affairs remains the national authority responsible for prevention and combating actions against criminal phenomena. However, the National Public Security Authority has lost some of its powers, following the advent of new Institutions (National Security Authority, Europol, Cybersecurity Agency, National Anti-Corruption Authority, etc.). This did not coincide with a progressive reduction of the tasks of the provincial Public Security Authorities (Prefect and Quaestor). Indeed, the boundaries of the powers exercised by those two Figures greatly expanded,

to the point that the Prefects today can affect the life of private companies with measures, such as anti-mafia Interdictions, which are extremely harmful to economic interests. So too, the Quaestors can impose painful limitations on private individuals' freedom, through the ban on access to sporting events and the ban on access to urban areas, even in the absence of criminally relevant conducts.

PAROLE CHIAVE: Autorità di pubblica sicurezza. Ministro dell'interno. Prefetto. Questore. Limiti alla libertà personale. Ordine pubblico e sicurezza. Polizia di sicurezza. Misure di prevenzione amministrative e giurisdizionali. Misure di polizia. Safety. Security. Agenzie di sicurezza.

KEYWORDS: Public safety authorities. Minister of the Interior. Prefect. Police Chief. Limits to personal freedom. Public order and security. Security police. Administrative and jurisdictional preventive measures. Police measures. Safety. Security. Security agencies.

INDICE: 1. Premessa sull'Autorità di pubblica sicurezza. - 2. La questione dell'inquadramento costituzionale dell'Autorità di pubblica sicurezza. - 3. La pubblica sicurezza e l'ordine pubblico. - 4. Sicurezza e polizia di sicurezza. - 5. Misure di prevenzione amministrative e giurisdizionali. - 6. Prevenzione, *safety, security*. - 7. Linee evolutive delle Autorità di pubblica sicurezza in Italia. Conclusioni.

1. Premessa sull'autorità di pubblica sicurezza

L'art. 1 del R.D. n. 773/1931, recante il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (T.u.l.p.s.), prevede ancora oggi che i compiti delle Autorità di pubblica sicurezza siano molteplici e, precisamente, quelli di vegliare al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità, alla tutela della proprietà, curare l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle Province e dei Comuni, nonché delle ordinanze delle autorità, prestare soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni, provvedere, a richiesta delle parti, alla bonaria composizione dei dissidi privati per mezzo dei suoi ufficiali.

Il T.u.l.p.s. del 1931, in piena epoca di regime fascista, riproponeva in nuova guisa l'articolato della legge sulla sicurezza pubblica di cui al R.D. n. 1848 del 6 novembre 1926 che, a sua volta, aveva riformato l'Allegato B della legge 20 marzo 1865 n. 2248, recante l'istituzione in Italia dell'Amministrazione della pubblica sicurezza.

A tenore dell'art. 1 dell'Allegato B della legge n. 2248 del 1865, «*L'amministrazione di pubblica sicurezza è diretta dal ministro dell'interno, e per esso dai prefetti e sottoprefetti. Essa è esercitata sotto la loro dipendenza dall'arma dei carabinieri reali, e per ordine gerarchico dai questori, dagli ispettori, dai delegati ed applicati di pubblica sicurezza*».

Il Ministro dell'interno era dunque titolare dei poteri di amministrazione di pubblica sicurezza e i Prefetti erano i suoi rappresentanti sui territori dell'Italia risorgimentale da poco riunificata.

A mente del successivo art. 4 dell'Allegato B citato, «*Nei comuni ove non sia un ufficiale di pubblica sicurezza il sindaco o chi ne fa le veci ne esercita le attribuzioni sotto la direzione del prefetto o del sottoprefetto*».

Pertanto, nel disegno del neoistituito ordinamento di pubblica sicurezza del Regno italiano, apparve da subito la figura del sindaco, come esercente le attribuzioni di ufficiale di pubblica sicurezza, ancorché sotto la direzione del prefetto.

Ancora, l'art. 9 del citato Allegato B statuiva quanto segue: «*Gli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza debbono vegliare all'osservanza delle leggi ed al mantenimento dell'ordine pubblico, e specialmente a prevenire i reati, a far opera per sovvenire a pubblici o privati infortunii, uniformandosi a tal uopo alle leggi ed agli ordini dell'autorità competente. Gli ufficiali di pubblica sicurezza debbono eziandio prestare la loro opera alla composizione dei privati dissidi a richiesta delle parti, e distendere verbali della seguita conciliazione e dei patti relativi. Questi verbali firmati da loro, dalle parti e da due testimoni potranno essere prodotti e far fede in giudizio*».

I compiti degli ufficiali e agenti di p. s. erano, sin dal 1865, pressappoco i medesimi che l'art. 1 del T.u.l.p.s. del 1931 avrebbe poi attribuito alle Autorità di pubblica sicurezza.

Si potrebbe affermare che nella legge di pubblica sicurezza del 1865 non fosse prevista affatto la figura dell'Autorità di p. s., ma ciò non sarebbe del tutto vero. Infatti, l'art. 17 dell'Allegato B già stabiliva che: «*La forza armata che proceda a qualunque arresto, od intervenga sul luogo del commesso reato, è specialmente incarica-*

ta di sorvegliare a che sino all'intervento dell'Autorità competente non venga alterato lo stato delle cose; si presteranno però frattanto i necessari soccorsi a chi può averne d'uopo. L'arrestato dovrà essere presentato all'Autorità locale di pubblica sicurezza, ovvero all'Autorità dalla quale sia stato rilasciato il mandato di cattura. Riconosciuta la regolarità dell'arresto l'arrestato dovrà sempre, entro le 24 ore, esser rimesso all'Autorità giudiziaria».

Il legislatore dell'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, ispirato dal pensiero liberale e dal principio della divisione dei poteri, distingueva l'Autorità di pubblica sicurezza dall'Autorità giudiziaria, il potere esecutivo dal potere giurisdizionale, prevedendo un meccanismo di collaborazione tra le due sfere di poteri¹. Tuttavia, l'Allegato B citato non configurava espressamente l'Autorità di pubblica sicurezza come plesso autonomo di poteri, pur riferendosi ad essa come *Autorità competente* e al dirigente di Commissariato regio (o al Sindaco) come *Autorità locale di pubblica sicurezza*.

Il R.D. n. 1848 del 6 novembre 1926 approvava il primo Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e, nel capo I, prevedeva le attribuzioni delle Autorità di pubblica sicurezza.

Da quel momento, la prevenzione securitaria degli illeciti e dei disordini sociali veniva affidata a una specifica figura istituzionale che faceva da contrappunto all'Autorità giudiziaria, la quale era dotata dei poteri di repressione e sanzione dei reati. In sostanza, per Autorità di p. s. si intendeva una pluralità di funzionari pubblici con poteri preventivi e sanzionatori di polizia, secondo il modello francese introdotto da Napoleone, durante il primo Consolato².

Il T.u.l.p.s del 1931 riprodusse quella medesima nomenclatura. La definizione del concetto di Autorità di p. s. rispondeva all'esigenza ordinatoria e classificatoria di tenere distinti i poteri di sicurezza dai poteri giudiziari, senonché

¹ L'arresto di un sospettato di reità poteva essere compiuto dal prefetto, dal questore e persino dalle forze armate che collaboravano con prefetti e questori, salvo poi a rimettere l'arrestato nelle mani del giudice competente entro il termine di 24 ore.

² Cfr.: ANTONELLI L., *I prefetti dell'Italia napoleonica. Repubblica e regno d'Italia*, Bologna, 1983, 7. Il prefetto, nella sua veste di rappresentante del Governo era un'evoluzione dell'intendente. L'atto di nascita è la legge del 28 Piovoso dell'anno VIII (17 febbraio 1800), allorché fu regolamentato l'intero sistema amministrativo in Francia.

nel 1931 si stabilì che il Ministro dell'interno non fosse riconosciuto come Autorità di p. s., perché non c'era un'Autorità nazionale di p. s.: «*l'autorità di pubblica sicurezza è provinciale o locale*» (art. 1, comma terzo, del R.D. n. 773/1931).

Il Ministro dell'interno restava il titolare dei poteri di amministrazione di pubblica sicurezza ma i Prefetti e i Questori erano qualcosa in più dei meri rappresentanti di quel Ministro sui territori, avevano poteri propri, diversi da quelli affidati al Ministro dell'interno, persino più incisivi ed efficaci.

Cinquant'anni dopo, con la legge 1° aprile 1981, n. 121, recante il «*Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*», tra le articolazioni territoriali della pubblica sicurezza sarà introdotta, al vertice della piramide amministrativa, la figura del Ministro dell'interno come Autorità nazionale di pubblica sicurezza.

Con la riforma del 1981, quella dell'Autorità di p. s. diventa una struttura gerarchica policentrica a tre livelli. Le Autorità di pubblica sicurezza, infatti, si distinguono in:

1) nazionale, le cui attribuzioni sono esercitate dal Ministro dell'interno (art. 1 legge n. 121/1981);

2) provinciale, le cui attribuzioni sono esercitate dal Prefetto e dal Questore (art. 1 T.u.l.p.s., art. 1 Reg. Esec. T.u.l.p.s. R.D. n. 635/1940 e artt. 13 e 14 legge n. 121/1981);

3) locale, le cui attribuzioni sono esercitate dal Capo dell'ufficio di pubblica sicurezza del luogo (il Questore nel capoluogo di provincia e i funzionari preposti ai Commissariati di polizia negli altri Comuni) o, in mancanza, dal Sindaco, il quale in tale qualità riveste il ruolo di Ufficiale di Governo (art. 1 T.u.l.p.s., art. 4 Reg. esec. T.u.l.p.s. e art. 15 legge n. 121/1981).

In alcune Regioni a statuto speciale, la qualifica di Autorità provinciale o locale di pubblica sicurezza è rivestita da organi diversi, in conseguenza della particolarità e della specialità delle competenze regionali:

a) nella Regione Sicilia, le competenze in materia spettano al Presidente della Regione (art. 31, comma 1, Statuto speciale della Sicilia);

b) nella Regione Sardegna, il Governo nazionale può delegare l'ente a svolgere funzioni in materia di ordine pubblico e, in tale evenienza, le relative funzioni sono svolte dal Presidente della Regione (art. 5 L.C. 26 febbraio 1948 n. 58);

c) nella Regione Trentino - Alto Adige, manca la figura del Prefetto e le competenze in materia di pubblica sicurezza sono assegnate al Presidente della Provincia e al Questore (D.P.R. 30 giugno 1951 n. 574);

d) nella Regione Valle D'Aosta, non esiste la Provincia, né il Prefetto, sicché le competenze di pubblica sicurezza spettano al Presidente della Regione (art. 44 L.C. 26 febbraio 1948 n. 4).

L'Amministrazione della pubblica sicurezza oggi è in prevalenza disciplinata dalla citata legge n. 121/1981. Al vertice di essa si trova il Ministro dell'interno (art. 1) e la relativa struttura amministrativa centrale è costituita dal Dipartimento della pubblica sicurezza (art. 4), cui è preposto il Capo della polizia (art. 5, secondo comma).

L'amministrazione della pubblica sicurezza rappresenta un modulo organizzativo complesso, articolato in una pluralità di organismi e strutture, con ordinamento speciale (art. 3), non avente carattere militare, le cui funzioni sono esercitate, in prevalenza, proprio dalle Autorità provinciali e locali di pubblica sicurezza.

Il prefetto – come già osservato - è definito dalla legge come Autorità provinciale di pubblica sicurezza (art. 13, primo comma legge n. 121/1981).

Anche il Questore è identificato come Autorità provinciale di pubblica sicurezza (art. 14, primo comma) e, relativamente al Comune capoluogo, come Autorità locale di pubblica sicurezza (art. 15, primo comma)³.

³ Negli altri Comuni, Autorità locali di p. s., sono i funzionari preposti ai Commissariati di polizia. Ove non sono istituiti Commissariati, le attribuzioni di Autorità locale di p. s. sono esercitate dal Sindaco quale ufficiale di Governo (art. 15, 2° co., legge n. 121 e art. 54, comma 1 lett. a, D.Lgs. n. 267/2000, Testo unico degli enti locali).

Il rapporto giuridico tra i due organi, Prefetto e Questore, e tra le rispettive sfere di attribuzioni è molto particolare: il Prefetto ha funzioni prevalentemente amministrative, il Questore ha funzioni prevalentemente tecniche; la qualificazione del Questore come Autorità tecnica di p. s. rappresenta un'evoluzione della sua collocazione nell'ordinamento amministrativo⁴.

L'art. 1, commi 3 e 4, del T.u.l.p.s. già stabiliva che Prefetto e Questore esercitassero le «attribuzioni dell'Autorità provinciale di pubblica sicurezza» (con menzione congiunta), ma l'art. 3 del relativo Regolamento di esecuzione (R.D. 6 maggio 1940, n. 635) precisava che lo svolgimento dei compiti del secondo avveniva «alla dipendenza del Prefetto».

Tale relazione viene riformata dalla legge n. 121/1981, laddove si sottolinea lo specifico e autonomo ruolo del Questore nell'ambito dell'Amministrazione della pubblica sicurezza.

Gli ampi compiti del Prefetto, che rappresenta il potere esecutivo nella Provincia (prima a tenore dell'art. 19, 1° comma, del Testo unico delle leggi comunali e provinciali, R.D. 3 marzo 1934 n. 383, poi in ragione dell'art. 11 d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300) che svolge funzioni di amministrazione generale, amministrazione civile e protezione civile accanto a quelle pertinenti alla sicurezza pubblica, ne connotano - in chiave distintiva - il ruolo, rispetto ai compiti del Questore e comportano che il primo non debba sovrapporsi alla sfera di attribuzioni della specifica figura, con competenza tecnica, per le azioni a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

I Prefetti fanno parte dell'Amministrazione civile dell'interno, anche se sono Autorità provinciali di pubblica sicurezza e vantano rilevanti funzioni nei confronti della Polizia di Stato.

Il Questore è un dirigente della Polizia di Stato preposto alla Questura; in tal veste rappresenta l'articolazione provinciale dell'Amministrazione della pub-

⁴ Per una approfondita disamina dei precedenti storico-giuridici relativi alla figura del Questore, cfr.: MEOLI C., *Questore*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 125-127.

blica sicurezza, cioè il principale apparato organizzativo territoriale della polizia (art. 31, primo comma, n. 2 e art. 32 D.P.R. n. 335/1982).

Altra caratteristica di fondo, che emerge dal combinato disposto dalla legge n. 121/1981 e della normativa sul decentramento autonomistico, consiste nella estraneità del Questore alle funzioni di polizia amministrativa; la sua sfera di attribuzioni, dunque i compiti dell'apparato cui è preposto, riguardano la polizia di sicurezza o - alle condizioni di legge - la polizia giudiziaria.

Per *polizia amministrativa* deve intendersi quel complesso di funzioni che «non assolvendo esclusivamente al compito di prevenzione (come la polizia di sicurezza), tendono - in presenza delle condizioni previste in astratto dalle leggi - a rendere possibili e lecite certe attività dei privati attraverso singole attribuzioni, quali le autorizzazioni, i permessi, le licenze ed anche i regolamenti»⁵.

In sostanza, la polizia amministrativa raggruppa una serie di funzioni che solo per ragioni storiche possono essere ancora denominate come di polizia (seppure amministrativa), per il fatto cioè di essere state attribuite nel passato - e in parte ancora oggi - ad Autorità di pubblica sicurezza; dunque, sembra preferibile ritenere che la c. d. polizia amministrativa non sia di per sé materia autonoma (se non per quanto attiene alla polizia municipale, regolata dalla legge 7 marzo 1986, n. 65), ma un profilo accessorio e strumentale rispetto alle singole materie cui di volta in volta inerisce, mentre la *pubblica sicurezza* deve intendersi come la funzione inerente al mantenimento dell'ordine pubblico, cioè alla tutela dei beni giuridici fondamentali o degli interessi pubblici primari sui quali regge la civile convivenza⁶.

In questi termini, si devono interpretare e applicare gli artt. 4, primo comma, e 20 del D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 (concernenti le funzioni di pubblica sicurezza) e lo stesso art. 3 del Regolamento di pubblica sicurezza citato.

5 Cfr.: Corte cost. 27 marzo 1987, n. 77, *FI*, 1987, I, 2308.

6 Cfr.: Corte cost. 7 aprile 1995, n. 115, *GiC*, 1995, 920.

Infatti, ai sensi degli artt. 9 e 19 del D.P.R. n. 616/1977, è disposto un vasto riconoscimento alle Regioni e agli Enti locali di funzioni di polizia amministrativa già esercitate dalle Autorità di pubblica sicurezza; in tale modo, a queste ultime - in particolare al Questore - non incombono più attività di gestione amministrativa scarsamente rilevanti e poco efficaci ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica⁷.

2. - L'inquadramento costituzionale dell'Autorità di pubblica sicurezza

Cosa fosse l'Autorità di pubblica sicurezza era ben chiaro alla dottrina amministrativa del primo '900⁸: essa era quell'autorità amministrativa vegliante al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla tutela della proprietà, all'osservanza di leggi e regolamenti, alla composizione dei privati dissidi, nonché prestante soccorso in caso di pubblici e privati infortuni.

La Costituzione, all'art. 13 terzo comma, ha riconosciuto all'Autorità di p. s. il potere di adottare provvedimenti, ancorché da sottoporre a convalida giudiziaria, limitativi della libertà personale, in casi eccezionali di necessità e di urgenza.

A tutta prima, sarebbe sembrato che il riferimento costituzionale mirasse a legittimare, previo controllo giurisdizionale, quelle misure di pubblica sicurezza già previste dagli artt. 150 e segg., 157 e segg., 214 e 220 del T.u.l.p.s. 1931, cioè le misure di prevenzione affidate ai Prefetti; invece, la dottrina⁹ e la giuri-

⁷ Si pensi alle originarie licenze per gli esercizi pubblici (art. 86 T.u.l.p.s.) e poi alla fissazione da parte del questore dell'orario di attività per i medesimi (legge 14.10.1974, n. 524). Tali attribuzioni sono ora affidate agli enti locali.

⁸ Si veda, sul tema, RANELLETTI O., *Polizia di sicurezza*, nel Primo trattato di diritto amministrativo italiano a cura di Orlando, IV, Milano, 1904, pag. 428 e segg.; sono utilmente consultabili al riguardo anche ROCCO ALFR., *La trasformazione dello Stato*, Roma, 1927, pag. 59 e segg.; LEVI A., *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in Riv. Fil., 1911, III, ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, Padova, 1957, pag. 255; ROMANO S., *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, cap. VI, pag. 7.

⁹ MANZINI V., *Trattato di diritto proc. penale*, III, Torino, 1956, pag. 537; VIRGA P., *La potestà di polizia*, Milano, 1954; CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, pag. 178.

sprudenza¹⁰ hanno individuato in quelle situazioni eccezionali gli istituti dell'arresto in flagranza e del fermo di polizia giudiziaria¹¹.

Sia per l'arresto che per il fermo, l'eccezionale potere riconosciuto alla polizia giudiziaria di privare, di propria iniziativa, un indiziato della libertà personale è controbilanciato dalla provvisorietà dei relativi provvedimenti e dal tempestivo intervento del controllo giurisdizionale, attribuito esclusivamente al giudice.

Senonché, l'interpretazione così data del terzo comma dell'art. 13 Cost. identifica nell'Autorità di p. s. né più né meno che la polizia giudiziaria, vale a dire quella polizia che opera per l'accertamento della colpevolezza penale e per la repressione dei reati, con i poteri attribuiti ad essa dal codice di procedura penale, poteri rispetto ai quali non avrebbe senso il richiamo all'eccezionalità delle misure di cui all'art. 13 della Costituzione.

Si tratta, evidentemente, di un equivoco o meglio di un uso improprio della locuzione *Autorità di p. s.* ed è curioso scoprire da che cosa esso nasca.

Il fermo di polizia era attuato nell'ordinamento previgente, dalla polizia di sicurezza, trovando fonte legittimante, per la prima volta, nel R.D. 6 novembre 1926, n. 1848, art. 158. Tale norma fu recepita successivamente nell'art. 157 del T.u.l.p.s. 1931.

Il legislatore del 1931, che pure aveva avvertito l'esigenza di disciplinare il fermo processuale, non si era occupato degli aspetti procedurali di quello di

10 La Corte costituzionale, con le sentenze 14 giugno 1956 n. 2 e 19 giugno 1956 n. 11 (reperibili in Raccolta Ufficiale Sent. C. Cost., vol. I/1956 pagg. 42 e segg. E 117 e segg., Roma) ritiene in parte illegittima la competenza dell'autorità amministrativa in tema di misure incidenti sulla libertà personale.

11 Per l'arresto in flagranza di reato, le ragioni di necessità e di urgenza risiederebbero nel fatto che l'autore del reato è colto nell'atto di commettere il reato, o subito dopo il reato è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone, ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che ha commesso il reato immediatamente prima. Le ragioni di necessità e di urgenza del fermo di indiziato di reità si desumerebbero dagli stessi requisiti dell'istituto: pericolo di fuga di persona gravemente indiziata di un delitto particolarmente grave.

polizia¹². Data la confusione così ingenerata, il R.D.L. 20 gennaio 1944, n. 45¹³, modificando l'art. 238 del cod. proc. penale ed introducendo in esso l'art. 238-bis, innovava il sistema precedente, considerando insieme i due fermi, quello processuale e quello di polizia.

La confusione tra gli istituti di polizia e processuali non cessava con la legge 18 giugno 1955 n. 517 (modificatrice in senso garantista e costituzionale degli artt. 238 e 238-bis del cod. proc. pen.)¹⁴, fino a che prima detta legge, poi la sentenza della Corte costituzionale 14 giugno 1956 n. 2 abrogavano l'istituto del fermo di polizia di sicurezza, inducendo il legislatore a rielaborare per intero la materia delle misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose, la qual cosa avveniva poi con la legge 27 dicembre 1956 n. 1423.

Quel che appare strano, nella vicenda, è che un equivoco sorto quasi per caso, per via di un mancato raccordo procedurale tra la funzione di sicurezza pubblica e quella di repressione giudiziaria, abbia potuto influenzare a tal punto dottrina e giurisprudenza da impedire loro di capire che l'Autorità di p. s. di cui parla il terzo comma dell'art. 13 Cost. non può essere in alcun modo confusa con la polizia giudiziaria.

Le conseguenze di questo equivoco sono più importanti di quel che sembrerebbe a tutta prima. Ciò che ne è risultato è un esilio forzato e prolungato dall'alveo della Costituzione delle Autorità di p. s. (quelle vere, vale a dire, in senso tecnico, il Ministro dell'interno, i Prefetti, i Questori, i dirigenti dei Commissariati di polizia ed i Sindaci in tal veste).

12 Cfr.: BELLAVISTA G., *Fermo di polizia*, in *Enc. Diritto*, XVII, 1968, pag.216.

13 Cfr.: D. legisl. lgt. 20 gennaio 1944 n. 45, art. 1. Sulla codificazione del fermo di polizia giudiziaria e sulle successive vicende riassunte nel testo, si legga AMATO G., *Individuo e autorità*, Milano, 1967, pag. 396; nonché BELLAVISTA G., in *Enc. del Dir.*, voce *Fermo di polizia*, 1968, pag. 213; e VIGNALE F., *Il fermo di polizia dall'unità d'Italia ai nostri giorni (Quale Giustizia*, 1973, 147 ss).

14 L'art. 238-bis, aggiunto nel 1944, prevedeva appunto che “*spetta all'autorità giudiziaria, alla quale il fermo è stato comunicato, convalidarlo per iscritto*”. Per i limiti entro cui la convalida si ridusse in base a tale disposizione e per le critiche conseguenze, cfr.: AMATO G., *Individuo e autorità*, cit., pag. 397.

Di più: quel che né è risultato è, persino, il dubbio della dottrina che la tutela della pubblica sicurezza non possa ritenersi davvero un principio di validità costituzionale¹⁵.

Eppure, va detto che la giurisprudenza della suprema Corte, al riguardo, ha sempre manifestato una certa qual propensione a valorizzare, sotto il profilo della legittimità costituzionale, i principi della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico.

Per fare qualche esempio, si osserva che la sentenza della Consulta n. 19/1962¹⁶ assume l'infondatezza della questione di costituzionalità dei reati contro l'ordine pubblico; la sentenza n. 25/1965¹⁷ legittima la norma procedurale nel dibattimento penale a porte chiuse alla luce della riconosciuta esigenza di prevenire eventuali turbative, ritenute di rango pari o addirittura superiore al principio della pubblicità nel giudizio; la sentenza n. 168/1971¹⁸ assume l'infondatezza della questione di costituzionalità delle contravvenzioni sull'inservanza dei provvedimenti di polizia; le sentenze n. 16/1973¹⁹ e n. 108/1974²⁰ ritengono infondata la questione di costituzionalità del reato di istigazione a disobbedire alle leggi, sempre che emerga nella fattispecie l'aspetto della pericolosità per la pubblica tranquillità, rilevante sotto il profilo della ponderazione dei lavori, a fronte della pur riconosciuta e garantita libertà di manifestare il proprio pensiero; la sentenza n. 11/1979²¹ assume l'illegittimità del T.U. delle leggi di p. s. nella parte in cui prevede l'incriminazione contravvenzionale per chi interloquisce in una riunione pubblica della quale non sia dato preavviso, in

15 Cfr.: AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 123 e segg.; CHIAPPETTI A. M., *L'attività di polizia*, Padova, 1973; PACE A., *Il concetto dell'ordine pubblico nella Costituzione Italiana*, in Arch. Giur., 1963, passim; LAVAGNA C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967, pag. 359.

16 Cfr.: Corte cost., 16.03.1962, n. 19 in *Raccolta Ufficiale vol. XIII*, 1962, pagg. 204 ss.

17 Cfr.: Corte cost., 13.03.1965, n. 25, in *Raccolta Ufficiale*, Vol XIV, 1965, pag.197 ss.

18 Cfr.: Corte cost., 8.7.71, n.168 in *Raccolta Ufficiale*, vol. XXII 1971, p. 675.

19 Cfr.: Corte cost., 27.2.1973, n.16 in *Raccolta Ufficiale*, Vol. XXIV 1973, p. 210 ss.

20 Cfr.: Corte cost., 10.6.74, n. 108, in *Raccolta Ufficiale vol. XXV*, 1975, p.521.

21 Cfr.: Corte Cost. 10.5.1979, n. 11, in *Raccolta Ufficiale vol. XXIX*, 1979, p. 420 ss.

quanto tale condotta non può essere di per sé lesiva del valore (questo sì, rilevante) della sicurezza pubblica.

La Corte costituzionale ha dato, si può dire, un notevole contributo all'evoluzione della moderna concezione dell'ordine e sicurezza pubblica da una forma ideale, intesa come complesso di inderogabili principi etico-sociali cui è affidata l'esistenza stessa dell'ordinamento e il conseguimento dei suoi fini essenziali, a una forma materiale, intesa come tutela della sicurezza e incolumità e come indispensabile condizione pacifica della convivenza sociale²².

Tuttavia, proprio nelle citate sentenze 16 marzo 1962 n. 19 e 8 luglio 1971 n. 168, la Consulta sembra aver privilegiato un'accezione normativa del concetto di ordine pubblico, identificato con l'ordine legale su cui poggia la convivenza sociale, ovvero con l'ordine costituzionale.

Pur ritenendo che non vi sia ormai più nell'ordinamento italiano – contrariamente al sistema tedesco – quello zoccolo duro di principi etico giuridici (le norme fondamentali, la personalità dello Stato e quant'altro) tale da potersi definire intangibile (il c. d. “ordine ideale” teorizzato prima dal filosofo olandese Grozio nel '600²³ e poi nell'800 da Giandomenico Romagnosi)²⁴, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'ordine pubblico sia pur sempre un bene collettivo e un valore inerente al sistema costituzionale, nonché un limite specifico per talune libertà costituzionali, inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale.

In questo, la Consulta ha resistito finché ha potuto alle tendenze più avanzate e progressiste della dottrina, ostili per principio all'idea di una compa-

22 Cfr.: CORSO G., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. Diritto*, XXX, 1980, pag. 1080.

23 Cfr.: HUGONIS GROTII, *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturæ et gentium item iuris publici præcipua explicantur*, Parisiis, *Apud Nicolaum Buon, in via Jacobæa, sub signis S. Claudii, et Hominis Silvestris*, 1625, *passim*.

24 Cfr.: ROMAGNOSI G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, pag. 56.

tibilità democratica della funzione di pubblica sicurezza, perché asseritamente avulsa dal nucleo fondante dei valori democratici²⁵.

Si ritiene superfluo soffermarsi sulle sfumature lessicali e sui sottili distinguo tra ordine pubblico e sicurezza pubblica, atteso che proprio la legge n. 121/1981 ha poi unificato le due locuzioni in una solenne endiadi (*ordine e sicurezza pubblica*); lo stesso è avvenuto con la riforma del titolo V parte II della Costituzione²⁶.

La Corte costituzionale, pur dando per pacifico che gli interventi di polizia di cui all'art. 13, comma terzo, della Costituzione possano avere come presupposto fattispecie di pericolosità sia *ante* che *post delictum* ed essere quindi di competenza tanto della polizia di sicurezza quanto della polizia giudiziaria²⁷, ha dovuto poi cedere al coro dei dissensi dottrinali che, proprio dopo le due citate sentenze (n. 2/1956 e n. 11/1956), è cresciuto di tono e d'importanza fino a subissare le deboli voci contrarie.

Già prima di quelle due pronunce, un certo spazio era stato conquistato dalla corrente di pensiero che, dopo la caduta del fascismo escludeva la legittimità del fermo di polizia preventiva²⁸, ma dopo le sentenze del 1956, le posizioni critiche nei confronti della legittimità delle misure preventive limitative della libertà personale, si sono fatte intransigenti²⁹, al punto che si è cominciato a parlare di «*imprecisione terminologica*» dell'art. 13 terzo comma, laddove la Carta richiamerebbe indistintamente la polizia di sicurezza e le altre forme di attività di polizia³⁰.

25 Cfr.: AMATO G., *Disciplina di pubblica sicurezza e Costituzione*, in *Dem. Dir.*, 1967. A suo tempo, la Corte di Giustizia CEE ebbe a precisare che: “*il richiamo alla nozione di ordine pubblico da parte degli organi nazionali presuppone, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività*”; cfr.: decisione 27 ottobre 1977, causa n. 30/77, in *Foro it.*, 1977, IV, col. 370.

26 Cioè con la legge costituzionale n. 3/2001 che ha introdotto, all'art. 117, lett. h) della Costituzione, la locuzione *Ordine pubblico e sicurezza*.

27 Cfr.: CHIAPPETTI A., *Polizia (dir. pubbl.)*, in *Enc. Diritto*, XXXIV, 1985, pag. 132.

28 Cfr.: SEVERINO M., *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1951, IV, pag. 271.

29 Cfr.: ELIA L., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, pag. 938.

30 Cfr.: CHIAPPETTI A., *op. cit.*, pag. 133.

Era così accentuata allora l'avversione dottrinale alle misure di polizia *ante delictum*, che neppure la previsione di un meccanismo di controllo giurisdizionale – contenuta nell'art. 13 citato – poteva attenuare il timore che l'Autorità di p. s. abusasse dei poteri limitativi della libertà personale.

La funzione della polizia di sicurezza è stata ridefinita dalla legge 1° aprile 1981 n. 121, che ha attribuito alle Autorità compiti di servizio alle istituzioni democratiche ed ai cittadini, tutela della libertà e dei diritti della persona, vigilanza sull'osservanza delle leggi, tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, prevenzione dei reati, soccorso in caso di calamità e infortuni (art. 24).

La nozione di ordine pubblico costituisce, in tale ottica, presupposto e limite all'azione di polizia preventiva, ma il vero fondamento e la legittimazione del potere coercitivo attribuito alla polizia di sicurezza, nell'evoluzione legislativa, sembrerebbe ora riposto nella difesa degli istituti democratici e delle libertà fondamentali.

La Corte costituzionale non ha mai smesso di affermare che *«la tutela costituzionale dei diritti ha sempre un limite insuperabile nell'esigenza che attraverso l'esercizio di essi non vengano sacrificati beni, ugualmente garantiti dalla Costituzione, il che tanto più vale quando si tratti di beni che – come l'ordine pubblico – sono patrimonio dell'intera collettività»*³¹, tuttavia nessuno – men che mai il legislatore – ha poi resistito alla suggestione dell'idea di dover affidare i più importanti compiti della prevenzione e della tutela dell'ordine pubblico non già alla polizia di sicurezza, bensì all'Autorità giudiziaria che da organo giurisdizionale di controllo dell'Autorità di p. s. è così diventata essa stessa, nei fatti, un'autorità securitaria, in senso meramente funzionale³².

31 Cfr.: Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19 (in Raccolta Ufficiale, vol. XIII, 1962, pag. 204 e segg.); vedansi, al riguardo, anche le sentenze 27 febbraio 1973, n. 16; 8 luglio 1975, n. 120; 19 febbraio 1965, n. 9; 4 maggio 1970, n. 65; 10 maggio 1979, n. 11 (tutte reperibili nella Raccolta Ufficiale delle sent. Corte cost.).

32 Vedasi al riguardo l'importante sentenza Cass. Pen., Sez. I, 14 febbraio 1984, n.80 (in *Mass. Cass. Pen.*, 1984, II, n. 162.645), dove si attribuisce alle misure di prevenzione natura sostanzialmente amministrativa.

L'imprecisione terminologica dell'art.13, terzo comma, della Costituzione è così diventata il pretesto per ricostruire su nuove basi la funzione della prevenzione, quale sorta di cornice al quadro del sistema repressivo penale³³, non più solo con riferimento all'applicazione delle misure di sicurezza già considerate alla stregua di rimedi quasi repressivi e di stretta competenza del giudice penale, perché rapportati al grado di pericolosità di un soggetto che, pur commettendo delitti ovvero essendo capace di delinquere, non è imputabile, ma anche – questo è il punto critico – con riguardo alle misure di prevenzione, fondate su un giudizio di pericolosità sociale dell'individuo sganciato dall'evento criminoso. Misure in nessun modo assimilabili alle sanzioni penali, in quanto basate non su un giudizio di certezza ma, al più, su un giudizio di probabilità³⁴.

La dottrina, in specie quella penalistica, si è seriamente impegnata nel costruire una complessa classificazione della funzione pubblica di prevenzione³⁵: c'è una prevenzione generale che può essere sociale o penale, e una prevenzione speciale che può essere *ante delictum* e *post delictum*. In particolare, la prevenzione generale intesa come sistema di controllo sociale e di programmazione dei meccanismi difensivi sembrerebbe essere l'unica forma di prevenzione affidata ad organi non giurisdizionali. Per quel che attiene agli aspetti specialistici della prevenzione, invece, le attribuzioni di legge sono strettamente comprese nell'alveo del potere giudiziario, anche quando la prevenzione appare cosa assai diversa dall'amministrazione della giustizia: non si vogliono sollevare dubbi sulla attualità di Montesquieu³⁶, ma sembra lecito formulare domande sulla costituzionalità di un sistema che, anziché limitarsi a una lettura piana e pacata

33 Si citano, per tutti, NUVOLONE P., *Comportamento deviante, prevenzione e repressione*, in *Indice pen.*, 1972, pag. 217; PAGLIARO A., *Aspetti giuridici della prevenzione*, ivi, 1976, pag. 5 e segg.; STUART P., *La prevenzione del crimine*, Roma, 1976, *passim*.

34 Cfr.: NUVOLONE P., *Misure di prevenzione e di sicurezza*, in *Enc. Diritto*, XXVI, 1976, pagg. 632 e 633.

35 Cfr.: BETTIOL G., *Ottimismo e pessimismo in tema di prevenzione dei reati*, in *Indice pen.*, 1978, pag. 6; MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 1988, pag. 369.

36 Il riferimento è ad un noto articolo di GIARDA A., su *Corr. Giur.*, 1991, 4, pag. 391, dal titolo "*Sorge il dubbio che Montesquieu non sia più attuale?*".

dell'art. 13, comma terzo, della Costituzione (*in claris non fit interpretatio*), ha ritenuto di interpretarlo come una sorta di errore lessicale.

Un'interpretazione meramente letterale della norma costituzionale, rifluendo nella legislazione, avrebbe avuto – a dire dei più – l'inaccettabile conseguenza di legittimare l'Autorità di pubblica sicurezza all'adozione di provvedimenti limitativi della libertà personale. Sennonché, a dispetto di tale rigore ideologico, quel che poi è avvenuto nella legislazione ordinaria è che, per davvero, oggi Prefetti e Questori possono adottare provvedimenti limitativi di libertà³⁷.

Resta da dire quali fossero i provvedimenti che l'Autorità di p. s. aveva facoltà di adottare nei casi eccezionali di necessità e di urgenza, indicati tassativamente dalla legge, prima e dopo le sforbiciate del legislatore repubblicano e della Corte costituzionale.

Il T.u.l.p.s. del 1931 annoverava le seguenti misure: l'espulsione dello straniero (artt. 150 e segg.); il rimpatrio della persona sospetta (artt. 157 e segg.); il fermo di polizia (artt. 220 e segg.); l'arresto disposto durante lo stato di pericolo pubblico o di guerra (artt. 214 e segg.)³⁸.

37 Si fa riferimento a ciò che le vigenti leggi ordinarie contemplano. Il Prefetto oggi può applicare le seguenti misure: 1) l'ordinanza contingibile e urgente (art. 2 T.u.l.p.s.) per fronteggiare situazioni di pericolo o disordine sociale imprevedibili e impreviste; 2) il divieto di detenzione di arma a chi possa abusarne (art. 39 T.u.l.p.s.); 3) l'invito al consumatore di stupefacenti a seguire un programma terapeutico e socio-riabilitativo o altro programma educativo e informativo personalizzato, in relazione alle proprie specifiche esigenze (art. 75 D.P.R. n. 309/1990); 4) l'interdittiva antimafia (art. 84 d.lgs. n. 159/2011 – Codice antimafia); 5) l'accesso ispettivo negli enti locali per verificare eventuali infiltrazioni mafiose (art. 143 d.lgs. 267/2000). Il Questore, invece, può applicare le seguenti misure: 1) il rimpatrio con foglio di via obbligatorio (art. 2 Codice antimafia); 2) l'avviso orale (art. 3 Codice antimafia); 3) il divieto di possedere determinati apparati che possano agevolare la condotta pericolosa, adottato con o senza avviso orale (commi 4 e 5 dell'art. 3 Codice antimafia); 4) obblighi e divieti per consumatori di stupefacenti già condannati per particolari reati, misura prevista dall'art. 75-bis D.P.R. n. 309/1990 (norma, tuttavia, dichiarata incostituzionale dalla Consulta, con sentenza n. 94/2016); 5) l'ammonizione per prevenire atti persecutori (art. 8 D.L. 23 febbraio 2009); 6) il d.a.spo., divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (art. 6 legge 13 dicembre 1989 n. 401); 7) il d.ac.ur., divieto di accesso alle aree urbane (art. 9 D.L. n. 14 del 2017). Si tratta di misure dirette a prevenire la commissione di reati, attraverso la vigilanza e il controllo *ad personam*, mediante imposizione ai destinatari di prescrizioni che incidono sui loro diritti di libertà.

38 Al novero di detti istituti si poteva aggiungere l'accompagnamento per identificazione di cui all'art. 11 della legge 18 maggio 1978, n.191 (G.U. 19 maggio 1978, n. 137).

L'espulsione e il rimpatrio con foglio di via obbligatorio non sono propriamente misure restrittive della libertà personale, quanto piuttosto limitative della libertà di circolazione, come tali legittimate dal primo comma dell'art. 16 della Costituzione, subordinatamente alla riserva di legge, ma senza alcuna riserva giurisdizionale.

L'istituto della detenzione o arresto ordinato dal Prefetto, durante lo stato di pubblico pericolo ovvero durante lo stato di guerra resta un'araba fenice. La Consulta non ha mai avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di tale misura (mai applicata in tempi di Repubblica), di guisa che, essendo improbabile il concreto utilizzo, potrebbe ritenersi abrogato per desuetudine.

Letto alla luce del terzo comma dell'art. 13 Cost., l'arresto prefettizio doveva essere inteso come provvedimento provvisorio, cioè di durata limitata nel tempo, con finalità preventivo-cautelare, adottabile nei casi eccezionali di necessità e di urgenza (lo stato di pubblico pericolo già dichiarato dal ministro dell'interno), quando nessun'altra misura sopperisse all'esigenza in concreto configurantesi, soggetto, infine, al controllo di convalida giurisdizionale, nei termini prescritti (48 ore).

Ovviamente, nulla toglie che, con legge ordinaria, siano previsti altri tipi di provvedimenti restrittivi *ante delictum* da attribuirsi alle competenze dell'Autorità di p. s., benché dalla norma costituzionale in esame traspaia inequivoco un certo qual sfavore verso tali misure, che comunque, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sarebbero solo le forme più aggressive e, si direbbe, estreme di un sistema di provvedimenti di contrasto dell'illegalità e della delinquenza, complementari alle sanzioni amministrative, con funzione preventiva, eventualmente anche di natura patrimoniale e comunque personali – normalmente limitativi della libertà di circolazione - da attribuirsi all'Autorità di p. s. in quanto responsabile, ai diversi livelli, dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Senza inoltrarsi nel campo delle questioni di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, pur sollevabili (ed effettivamente sollevate), dacché l'art. 13, terzo comma, della Costituzione ha cessato di essere fondamento di esse³⁹, quel che più preme di osservare è che l'idea che debba esserci un responsabile generale dell'ordine e della sicurezza pubblica ai vari livelli (centrale, provinciale e locale) sopravvive.

Senonché, la prevenzione di polizia, la sicurezza, l'ordine pubblico (inteso nel duplice senso materiale ed ideale) restano il cuore della funzione governativa generale, nucleo vitale destinato a crescere d'importanza, se è vero che la gestione dei conflitti sociali tende ad essere vieppiù determinante per lo sviluppo economico dei Paesi a capitalismo avanzato⁴⁰.

3. – La pubblica sicurezza e l'ordine pubblico

La *prevenzione* intesa come sinonimo di sicurezza pubblica in senso sociologico può intendersi, da diverse prospettive, come tutela della libertà⁴¹, fattore di riduzione dell'instabilità e della fluidità sociale⁴², fattore di moralizzazione

39 Sono consultabili, in proposito, ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962 e AA.VV., *Gli Atti del I° Simposio di Bressanone*, sul tema *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1961.

40 Si legga, in proposito, DAHRENDORF R., *Il conflitto sociale nella modernità*, 1983, trad. ital., Bari, *passim*.

41 Cfr.: SEN A., *Rights and Agency*, in SCHEFFLER S., *Consequentialism and its critics*, Oxford, 1988, 187. Sen, economista indiano, premio Nobel per l'economia nel 1998, osserva che la nozione di libertà «*si concentra precisamente sull'assenza di una classe di vincoli che una persona può esercitare su di un'altra, o che lo Stato può imporre sugli individui*». La sicurezza pubblica, pertanto, rimuove i vincoli esercitati da particolari soggetti (o dal contesto sociale) su altri soggetti ma deve trattarsi appunto di un potere pubblico che «*lo Stato può imporre sugli individui*», cioè di un potere contenuto dentro il limite costituzionale del rispetto della libertà medesima, poiché non si può violare la libertà con il pretesto di salvarla.

42 Cfr.: BAUMAN Z., *Modernità liquida*, trad. ital., Bari, 2003, 263. Il sociologo polacco Bauman osserva che la sicurezza collettiva non può essere affidata al sistema del “*panopticon*” cioè della sorveglianza globale, quanto piuttosto alla continua elaborazione dell'incertezza nel modello “liquido” di una società in costante trasformazione che non accetta limitazioni e vincoli troppo stringenti, se non a spese dello sviluppo economico e civile della società medesima.

sociale⁴³, fattore di coesione sociale⁴⁴, ovvero ancora come fattore di riduzione del rischio e dell'insicurezza sociale⁴⁵.

La *sicurezza pubblica* si sviluppa su più livelli di competenze, corrispondenti a diverse funzioni. A tratti, essa si sovrappone e si confonde con i concetti di prevenzione generale, ordine pubblico, polizia.

In senso giuridico, «*si ravvisa il nucleo costitutivo della nozione di sicurezza pubblica nella finalità di conservazione dello Stato e di mantenimento dell'ordine interno, ma nell'ordinamento italiano la nozione è sempre rimasta indefinita, ed il ricorrente accostamento alla materia dell'ordine pubblico impone tuttora di individuare caratteri distintivi che ne permettano una autonoma definizione*»⁴⁶.

Nondimeno, affermare che la *sicurezza pubblica* riguarda tanto le attività di polizia, volte ad assicurare il rispetto delle norme di legge (cioè la *security*), quanto quelle finalizzate a prevenire che la collettività patisca danni da eventi fortuiti e accidentali, infortuni e disastri naturali, climatici, o di qualunque altro genere, o comunque a prevenirne l'aggravio del danno attraverso l'organizzazione di forme di prevenzione e di soccorso (cioè la *safety*), è una definizione davvero troppo ampia e dilatata, certamente da abbandonare poiché essa genera incertezza e confusione lessicale⁴⁷.

43 Cfr.: ZIEGLER J., *La privatizzazione del mondo*, trad. ital., Milano, 2003, *passim*. La sicurezza collettiva, per il sociologo svizzero Ziegler, è il portato dell'etica pubblica, è cioè un processo culturale di crescita della società dentro le regole del vivere sociale, non già una gabbia di vincoli e imposizioni calata dall'alto dagli apparati statali. Nondimeno, la scomparsa dello Stato, nel processo globale di privatizzazione degli *assets* economici, non giova anzi nuoce alla moralizzazione della società.

44 Cfr.: DAHRENDORF R., *Legge e ordine*, trad. ital., Milano, 1991, *passim*. Per il sociologo tedesco Dahrendorf, l'obbedienza deriva dalla coercizione (*constraint*), quindi dipende dalla forza delle sanzioni, ma le sanzioni devono essere imposte sulla base di valori condivisi, senza i quali non può esservi coesione sociale. La libertà non è assenza di coercizioni, non è "libertà assertoria" ma è "libertà problematica", vale a dire consenso e adesione a un progetto sociale condiviso, mai uguale a sé stesso perché in continuo divenire.

45 Cfr.: BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. ital., Roma, 2000, 156. Nella visione del sociologo tedesco Ulrik Beck, la capacità di anticipare un rischio sociale consente di non trasformare le emergenze in panico sociale e le paure in catastrofi, sicché la sicurezza si identifica pienamente con la prevenzione e questa si dirama nelle due funzioni strutturali della *security* e della *safety*.

46 Cfr.: FOÀ S., *Sicurezza pubblica*, voce in *Nuovo Digesto Italiano* (d'ora in poi N.D.I.), 1999.

47 *Ibidem*.

Anche qui si tratta di una locuzione polisemantica o che almeno si rivela tale nella puntuale ricostruzione storica che ne dà Sergio Foà, nello studio citato in nota, al quale si rinvia per ogni opportuno approfondimento⁴⁸.

Sicurezza pubblica può essere, dunque, intesa come attività giuridica della pubblica Amministrazione, contrapposta all'attività sociale degli apparati pubblici; come funzione statale distinta da quella di polizia; come funzione di polizia contrapposta a quella di polizia amministrativa; e come oggetto di uno specifico servizio amministrativo⁴⁹.

L'incertezza nelle definizioni può essere agevolmente superata, semplicemente facendo riferimento alla pubblica sicurezza come insieme di compiti specifici affidati a quelle figure istituzionali che sono definite dall'art. 1 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931 n. 773) e dall'art. 3 della legge 1° aprile 1981 n. 121, recante il nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza.

Cosa alquanto diversa dalla pubblica sicurezza è (o dovrebbe essere) l'*ordine pubblico*.

L'espressione è introdotta per la prima volta nella Codificazione napoleonica. Durante i lavori preparatori del *Code*, la locuzione fu proposta dal Boulay per la formulazione dell'art. 6 del *Titre préliminaire de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, che recita: «*Le leggi che interessano l'ordine pubblico e il buon costume non possono esser derogate da particolari convenzioni*».

Il giurista francese Portalis, oratore del Governo napoleonico, nell'ottavo discorso pronunciato nella seduta del Corpo legislativo del 23 glaciale anno X (14 dicembre 1801), definì l'ordine pubblico come sinonimo di diritto pubblico⁵⁰.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 La citazione è tratta da PORTALIS J. E. M., *Motivi, rapporti, opinioni e discorsi pronunciati al Tribunato e al Corpo legislativo francese per la formazione del codice Napoleone*, nuova trad., Napoli 1838, I, p. 137). I contenuti dell'ordine pubblico post-rivoluzionario sono indagati da: FERRI G. B., *Ordine pubblico*, Milano, 1970, 45 ss.; BRECCIA U., *Causa*, in G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE, *Il contratto in generale*, t. III, in *Tratt. Bessone*, vol. XIII, t. 3, Torino 1999, 142.

Nella vigente normativa civilistica, amministrativa e di pubblica sicurezza – che, in parte, è ancora quella pre-costituzionale, con gli adattamenti e le correzioni imposte dalla Costituzione italiana – l'ordine pubblico viene in rilievo in molteplici accezioni.

L'*ordine pubblico in senso generale* è inteso come garanzia di pace, tranquillità e sicurezza collettiva. In tal senso, esso assume valore di ordine sociale, in quanto mira a difendere e favorire il tranquillo svolgimento dei rapporti della vita sociale⁵¹.

L'*ordine pubblico come clausola generale dell'ordinamento giuridico*⁵² è espressione dei valori fondanti della comunità sociale. A seconda della branca del diritto in cui è impiegato, ad esso è demandata la funzione di limite alla libertà e all'azione dell'individuo (nel diritto penale e amministrativo di polizia), di limite all'operatività di regole poste dai singoli nell'esercizio dell'autonomia privata (nel diritto civile) nonché di limite all'inserzione di regole derivanti da un ordinamento straniero (nel diritto internazionale privato).

Le connotazioni della locuzione in argomento tendono vieppiù a proliferare, man mano che il legislatore trova utile far ricorso a clausole generali che lascino all'interprete ampio margine di manovra esegetica.

L'*ordine pubblico ideale* (o *normativo*) è quell'insieme di norme fondamentali dell'ordinamento giuridico recanti i principi etici e politici, la cui osservanza e attuazione sia ritenuta indispensabile per l'esistenza dell'ordinamento giuridico e della stessa società civile⁵³. La nozione di ordine pubblico ideale o normativo,

51 Cfr.: MEOLI C., *Ordine pubblico (dir. amm.)*, in *Diritto on Line*, *passim*.

52 La letteratura giuridica sul tema è davvero troppo estesa. Per limitare il richiamo alle principali opere monografiche della civilistica italiana, si indicano qui di seguito: FERRARA SR. F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902. Sotto il vigore del codice civile del 1942, FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970; GUARNERI A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova 1974; LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli 1993; A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino 2004; F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli 2018; PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli 2019; CALOIARO L. A., *Ordine pubblico e giustizia privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2021, 1, 95.

53 Cfr.. CORSO G., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, voce in N.D.I., 2011.

è tipica espressione dello Stato-ordinamento, attraverso la corretta individuazione di un sistema di valori e principi coerente e unitario. Integra una realtà ideale di principi che l'ordinamento considera indispensabili, coincide con il bene comune o con l'interesse generale, nonché con i principi generali base dell'ordinamento. È questo un ordine pubblico inteso come limite all'esercizio di un potere di produzione giuridica, sia esso un potere pubblico (legislativo, amministrativo o giudiziario) o privato negoziale. In nessun caso, le leggi o gli atti di uno Stato straniero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente e le private disposizioni e convenzioni, possono avere effetto nel territorio italiano, quando sono contrari all'ordine pubblico così inteso⁵⁴.

L'*ordine pubblico internazionale* è una clausola utilizzata in sede di deliberazione di sentenze straniere, la quale consente al giudice di bloccare l'ingresso nell'ordinamento nazionale di valori ad esso estranei, fatti propri dagli assetti giuridici di ordinamenti stranieri. Il riferimento è agli artt. 16 e 64 della legge 31 maggio 1995 n. 218, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato⁵⁵. L'ordine pubblico è, pertanto, un *paradigma di sbarramento*, allorché un determinato precetto o un particolare regolamento di interessi non sia di per sé vietato da puntuali norme imperative ma si presenti in contrasto o addirittura sia reputato eversivo per le strutture politiche e sociali, come regolate dalla Costituzione e dalle leggi statali.

L'*ordine pubblico materiale* (o *amministrativo*) tende a identificarsi con la sicurezza pubblica, intesa come limite a un'attività materiale la quale normalmente costituisca esercizio di una libertà fondamentale; in questa accezione, l'ordine pubblico viene in considerazione nel diritto amministrativo ma anche nel diritto penale⁵⁶. L'ordine pubblico amministrativo è imposto ai soggetti di un grup-

54 Come ancora oggi statuisce l'art. 31 delle Preleggi (disposizioni preliminari al codice civile italiano).

55 Cfr.: ANGELINI F., *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 3 marzo 2020.

56 Cfr.: LAVAGNA C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967, *passim*.

po sociale, sicché è la tipica espressione dello Stato-persona tramite l'esistenza di istituti di polizia e di sicurezza pubblica.

L'*ordine pubblico penalmente salvaguardato* è, invece, il parametro di classificazione di talune fattispecie penali, come i delitti contro l'ordine pubblico (artt. 414 ss. c.p.) e le contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica (artt. 650 ss. c.p.)⁵⁷.

L'*ordine pubblico economico* è poi una diversa nozione, questa volta civilistica, che tende a identificarsi con l'ordine giuridico del mercato economico, la quale traduce il limite costituzionale di *utilità sociale* (art. 41 Cost.) nel configurare, sul piano della fattispecie negoziale, le molteplici operazioni che abbiano per oggetto o per effetto le dinamiche contrattuali c.d. *asimmetriche*, riportandole sotto il minimo comune denominatore dell'inderogabile principio comunitario di *proporzionalità*⁵⁸.

L'*ordine pubblico in senso tecnico* (indicato come tale dall'esegesi del T.u.l.p.s., artt. 18-67) è l'insieme di servizi di polizia svolti in occasione di manifestazioni pubbliche (cortei, comizi, adunate, riunioni di piazza, pubblici spettacoli), ovvero dei servizi di polizia aventi riguardo alla prevenzione dell'abuso di armi⁵⁹.

Una definizione del concetto di ordine pubblico è riportata dalla norma dell'art. 159, comma 2, del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112, a tenore della quale «*le funzioni e i compiti amministrativi relativi all'ordine e sicurezza pubblica... concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni*».

Come già accennato, l'endiadi «*ordine e sicurezza pubblica*» riportata da tale norma è stata introdotta per la prima volta dall'art. 2 della legge 1° aprile 1981 n. 121 di riforma dell'ordinamento della pubblica sicurezza. Tale espressione

57 Cfr.: FIORE C., *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 1091.

58 Cfr.: ROBLES M., *L'ordine pubblico economico tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, 4/2016.

59 Cfr.: RAMACCI F. – SPANGHER G., *Il sistema della sicurezza pubblica*, Milano, 2010, 45.

tende a sovrapporre e congiungere tra loro i concetti di pubblica sicurezza e ordine pubblico.

Nella Costituzione italiana, l'ordine pubblico è concetto assente fino al 2001. Il Costituente, ispirato dall'antifascismo, preferisce ad esso altre clausole generali meno compromesse con l'ideologia fascista, come la sicurezza, l'incolumità, il buon costume (artt. 14, 16, 17, 41 Cost.). Tuttavia, l'art. 117, comma 2 lett. h), introdotto dalla riforma costituzionale del 2001, menziona l'ordine pubblico, facendo di esso una materia preclusa alla legislazione regionale, quindi riservata alla legislazione dello Stato.

Nel diritto euro-unitario, il concetto di ordine pubblico assume un diverso significato in relazione alle materie a cui è riferito ma anche lì si preferisce far ricorso a clausole diverse, sempre per il sospetto che la locuzione *ordine pubblico* sia troppo generica e possa prestarsi ad applicazioni antidemocratiche⁶⁰.

4. Sicurezza e polizia di sicurezza

La pubblica sicurezza rimanda alla funzione di polizia che si esplica con la difesa dai pericoli che minacciano la pace sociale interna (c.d. *funzione preventiva*) e con la repressione delle turbative dell'ordine pubblico e dei valori penalmente protetti (c.d. *funzione repressiva*). Per la prima funzione si suole parlare di *polizia di sicurezza*⁶¹, intendendosi con tale espressione l'attività intesa a tutelare

⁶⁰ Le norme eurounitarie fanno riferimento al concetto di *ordre public* in numerose misure armonizzate: le disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, alla libera circolazione delle persone, al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi prevedono che gli Stati membri possano adottare misure restrittive, giustificate da motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza (artt. 30, 39, 46 Trattato U.E.). Nondimeno, il concetto di ordine pubblico è talmente vago che la Convenzione europea sul riconoscimento della personalità giuridica delle organizzazioni internazionali non governative ha deciso di non fare riferimento all'ordine pubblico dello Stato ma di precisare i motivi per i quali il riconoscimento della personalità giuridica in un altro Stato può essere rifiutato. Si è voluto evitare di utilizzare il termine ordine pubblico, che può essere causa di difficoltà. Cfr.: CALESINI G., *Diritto europeo di polizia*, Roma, 2007, 32.

⁶¹ Cfr.: LANDI G., *Pubblica sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 923, che a sua volta richiama la definizione di SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 244 ss.

l'ordine e la sicurezza pubblica da eventuali pericoli e minacce. Per la seconda, si fa riferimento ai compiti di *polizia giudiziaria*⁶².

La polizia di sicurezza si differenzia da quella giudiziaria perché quest'ultima ha la funzione di accertare i reati, ricercarne gli autori ed assicurarli alla giustizia, mentre la polizia di sicurezza opera prima della condotta antigiusdica o della violazione di legge, per impedire che la stessa si verifichi e determini un *vulnus* all'ordinamento.

Gli organi di polizia giudiziaria cumulano, di norma, anche funzioni di pubblica sicurezza⁶³; adempiendo contemporaneamente a entrambe le funzioni, conseguentemente, debbono restare nella disponibilità, per la rispettiva parte, della Magistratura e del Potere esecutivo.

Questo cumulo di funzioni, che non è costituzionalmente imposto⁶⁴, non sarebbe però agevolmente evitabile, perché prevenzione e repressione dei reati sono funzionalmente tra loro complementari. I risultati dell'attività preventiva costituiscono il punto di partenza della attività di polizia giudiziaria e viceversa, sicché sciogliere tale legame, attribuendo le due funzioni a due distinti organi, potrebbe nuocere all'efficienza di entrambe le strutture.

Come già accennato, sulla funzione preventiva della polizia di sicurezza si pronunciò la Corte costituzionale sin dalla sentenza 14 febbraio 1962 n. 6⁶⁵, allorché ebbe a precisare che polizia di sicurezza e pubblica sicurezza sono espressioni che, in certo qual modo, si equivalgono allorché «*non di provvedimento punitivo si tratta, ma di una misura provvisoria di polizia determinata da motivi di sicurezza*

62 Cfr.: D'ELIA G., *Polizia giudiziaria (diritto costituzionale)*, in NDI, voce, 2005.

63 Il cumulo di funzioni non si realizza per gli organi di vertice delle Amministrazioni di polizia, questori, vice-questori, ufficiali generali (cfr.: art. 57 c.p.p.; art. 39 legge 1° aprile 1981, n. 121; art. 2, 2° comma, R.D. n. 690/1907), i quali pertanto, pur potendo esercitare un ascendente verso il personale subordinato, dotato della qualifica di polizia giudiziaria, non sono però altrettanto soggetti alla diretta disponibilità in favore dell'Autorità giudiziaria. La ragione di questa differenza potrebbe essere ravvisata nell'esigenza di rispettare la separazione dei poteri tra Magistratura ed Esecutivo nella gestione dell'ordine pubblico.

64 Per CORSO G., *Polizia di sicurezza*, in *Digesto pubbl.*, XI, Torino, 1996, 334, l'art. 109 Cost., pur presupponendo una polizia di sicurezza distinta dalla polizia giudiziaria, tuttavia ne consente il cumulo in un unico apparato.

65 Reperibile in Corte cost. - Decisioni (Pres. Cappi, Red. Branca).

za pubblica». Ne consegue che i compiti e le funzioni della polizia di sicurezza si possano sintetizzare nella formula cosiddetta della *prevenzione di pubblica sicurezza*.

Il carattere di provvisorietà delle misure di polizia non sempre risulta evidente. Cosa alquanto diversa dalla polizia di sicurezza è la *polizia amministrativa*, intesa come insieme delle attività di prevenzione e repressione, riferibili anche all'esercizio di poteri di sicurezza e di polizia giudiziaria ma distanti dalle attività di ordine pubblico. La polizia amministrativa è compatibile con i compiti di operatori e funzionari regionali, provinciali, comunali, sanitari, La direzione dell'ordine pubblico non lo è. Deve farsi riferimento a una lunga elencazione di funzioni, tra cui quelle di polizia stradale, polizia annonaria, polizia commerciale, polizia edilizia, polizia urbana e rurale, polizia commerciale, ambientale, demaniale, sanitaria, cimiteriale, sociale⁶⁶.

5. Misure di prevenzione amministrative e giurisdizionali

La pubblica sicurezza si incardina nel sistema di prevenzione e trova nelle Autorità di p. s. il proprio riferimento organizzativo. Sennonché, le funzioni di prevenzione, per le ragioni storiche alle quali si è accennato, sono ripartite tra Autorità di p. s. e Autorità giudiziaria, con maggior riguardo per quest'ultima.

⁶⁶ Cfr.: LINGUANTI S., *Manuale di polizia amministrativa*, Rimini, 2020, *passim*. La funzione di polizia è essenzialmente preventiva, costituendo una categoria generale comprensiva di qualsiasi attività di prevenzione, anche con forme limitative di libertà, verso fatti e comportamenti antigiuridici, o per meglio dire fatti e comportamenti potenzialmente lesivi di pubblici e privati beni e valori, la cui commissione sia sanzionata in via amministrativa o penale. La Costituzione italiana fa esplicito riferimento all'Autorità di pubblica sicurezza ed alle potestà della polizia di sicurezza, a proposito della libertà personale (art. 13) e di altri diritti di libertà (artt. 16, 17 e 41). La sicurezza viene invero indicata dalla Costituzione con un prioritario interesse pubblico che autorizza restrizioni ai diritti di libertà di circolazione, di riunione e di iniziativa economica. La libertà è un *prius*, individuato in modo differente per ciascuno dei diritti fondamentali; la potestà di polizia opera all'esterno come limite e in forme distinte per ciascun diritto di libertà. Il campo delle misure di polizia di sicurezza è quello in cui maggiormente si manifesta la dialettica tra autorità e libertà ed è rispetto alle misure di polizia che si pongono, con maggior tensione i problemi delle libertà, della loro qualificazione giuridica, delle loro garanzie e tutele. Quello delle libertà civili è argomento di spettanza dei costituzionalisti, tuttavia è necessario accennarvi trattando di polizia e di prevenzione, poiché esso costituisce il punto di maggior sensibilità nell'esame dei provvedimenti e degli ordinamenti di polizia.

Le misure di prevenzione sono provvedimenti di carattere amministrativo (non penale) di competenza dell'Autorità amministrativa o dell'Autorità giudiziaria⁶⁷; sono strumenti di difesa sociale adottati nei confronti di persone ritenute pericolose.

La legge distingue tra: a) misure di prevenzione personali che incidono sulla libertà personale o di circolazione; b) misure di prevenzione patrimoniali che incidono sul patrimonio; c) effetti interdittivi derivanti dall'applicazione di misure di prevenzione personali.

Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia) unifica la disciplina delle misure di prevenzione prevista dalla precedente normativa.

Sono misure di prevenzione personali:

a) applicate dal Questore (misure di prevenzione amministrative), l'avviso orale, il foglio di via obbligatorio, il d.a.sp.o. - divieto di accesso ai luoghi interessati da manifestazioni sportive (art. 6 legge 13 dicembre 1989 n. 401), l'ammonimento per atti persecutori (art. 8 del D.L. 23 febbraio 2009 n. 11), le misure *ex art. 75-bis* del T.U. stupefacenti 9 ottobre 1990 n. 309;

b) applicate dal Prefetto (misure di prevenzione amministrative), le misure *ex art. 75* del T.U. stupefacenti (che tuttavia hanno natura ibrida di sanzione amministrativa e di misura di prevenzione); l'espulsione dello straniero irregolare (art. 13, comma 2, T.U. immigrazione D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286); le misure di prevenzione collaborativa *ex art. 94-bis* Codice antimafia;

b) applicate dall'Autorità giudiziaria (misure di prevenzione giurisdizionali), la sorveglianza speciale della p. s.; la sorveglianza speciale della p. s. con divieto di soggiorno; la sorveglianza speciale della p. s. con obbligo di soggiorno.

Sono misure di prevenzione a carattere patrimoniale il sequestro, la confisca, la cauzione, l'amministrazione giudiziaria dei beni.

⁶⁷ Cfr.: TONNARA P., *Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto*, in *Urhe appalti*, 2017, 2, 223.

Sono effetti interdittivi derivanti da misure di prevenzione personali (vale a dire misure interdittive applicate dal Prefetto) l'impossibilità di ottenere licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni; la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni; il divieto di concludere contratti di appalto, cottimo fiduciario, fornitura di opere, beni e servizi riguardanti la P.A.; gli altri effetti previsti dal c.p.p. e dalle leggi speciali.

Sin dalla legge n. 575 del 1965, il legislatore si preoccupò di estendere le misure di prevenzione nei confronti degli «*indiziati di appartenere ad associazioni mafiose*»⁶⁸.

Con lo stesso intervento, al fine di reprimere e prevenire l'aggressione mafiosa all'economia legale, si prevede, in caso di definitività delle misure, la sanzione della decadenza di diritto da una serie di provvedimenti: «*le licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati annonari all'ingrosso, le concessioni di acque pubbliche o di diritti ad esse inerenti, nonché le iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche di cui fossero titolari le persone soggette ai detti provvedimenti*»⁶⁹.

Tuttavia, mancava lo strumento di raccordo che consentisse all'Amministrazione di venire a conoscenza di tale misure, quindi di rifiutare *ab origine* il rilascio o la stipula dei suindicati provvedimenti⁷⁰. Sicché, dopo la legge Rognoni-La Torre (legge 13 settembre 1982 n. 646), che potenziò le misure di prevenzione antimafia già previste nel 1965⁷¹, il legislatore affidò tale compito

68 Cfr. art. 1. Le misure di prevenzione vennero disciplinate dalla L. 27 dicembre 1956, n. 1423.

69 Cfr. art. 10 della legge citata, nella sua versione originaria.

70 Gli artt. 19 e 20 della L. n. 646 del 1982 apprestarono un primo rimedio a tali insufficienze, prevedendo la costituzione di una sorta di casellario delle misure di prevenzione, trasmesso ad alcuni enti pubblici, e prevedendo apposite sanzioni penali nel caso in cui si fosse provveduto a stipulare contratti o a rilasciare provvedimenti in favore di soggetti indiziati di appartenenza alla mafia (artt. 10 *bis* e 10 *quinquies*, L. n. 575 del 1965).

71 L. 13 settembre 1982, n. 646, che è nota soprattutto per la introduzione nel codice penale dell'art. 416 *bis*, recante il nuovo delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso. Gli altri due fondamentali ambiti di intervento riguardarono il sequestro e la confisca, quali innovative misure di prevenzione patrimoniale, e, per l'appunto, uno statuto aggiornato delle interdizioni e delle decadenze comminate ai soggetti condannati per mafia o nei cui confronti fossero state

al Prefetto⁷². Venne così predisposto il meccanismo delle certificazioni antimafia, ossia comunicazioni indirizzate dall'autorità prefettizia alle pubbliche Amministrazioni, per rappresentare l'eventuale sussistenza di misure di prevenzione o di altri simili provvedimenti ostativi al rilascio di titoli abilitativi ovvero alla stipula di contratti pubblici⁷³. Negli anni Novanta del secolo scorso, vennero poi introdotte le informazioni interdittive per tentativi di infiltrazione mafiosa⁷⁴. Con tale strumento si valorizzò il ruolo investigativo del Prefetto⁷⁵, circoscrivendone tuttavia l'ambito di intervento all'interno dei rapporti contrattuali con la pubblica Amministrazione: appalti di lavori servizi e forniture, subappalti, cottimi, subcontratti, concessioni demaniali ed erogazioni di finanziamenti pubblici.

Era comunque già maturata la consapevolezza che occorresse porre dei limiti alla discrezionalità del Prefetto. Cercò di farvi fronte il regolamento del

irrogate misure preventive ai sensi della L. n. 575 del 1965.

⁷² Ci si riferisce, segnatamente, alla L. 23 dicembre 1982, n. 936.

⁷³ Più nello specifico, l'art. 2 della L. n. 936 del 1982 rinvia: (a) alle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della L. 27 dicembre 1956, n. 1423, (b) ai provvedimenti indicati dal comma 2 dell'art. 10 della L. n. 575 del 1965, nonché (c) a quelli di cui agli artt. 10 *ter* e 10 *quater* della medesima legge.

⁷⁴ Legge di delega 17 gennaio 1994, n. 47, cui si è dato attuazione con il D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490. L'art. 1, lett. d), legge di delega assegnò al Governo il compito di stabilire che "le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico" non potessero "stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti di cui all'art. 10 della citata legge n. 575/1965 e successive modificazioni, né rilasciare o consentire le concessioni e le erogazioni di cui al citato art. 10, se non hanno acquisito complete informazioni, rilasciate dal prefetto, circa l'insussistenza, nei confronti degli interessati e dei loro familiari conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di decadenza o di divieto previste dalla medesima legge n. 575/1965, e successive modificazioni, ovvero di tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate". Cfr. A. CISTERNA, *Certificazione antimafia*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, *ad vocem*, dove si osserva che nel corso dei lavori parlamentari guadagnò consensi "l'idea che fosse necessario completare il sistema degli accertamenti antimafia con un nuovo strumento capace di conferire incisività all'attività di controllo svolta dai prefetti. Soprattutto a seguito della cessazione delle funzioni dell'Alto Commissario antimafia, portata a compimento nel 1993, e della devoluzione ai prefetti e al direttore della Direzione investigativa antimafia, dei poteri antimafia che nel tempo erano stati attribuiti al Ministro dell'interno, con facoltà di delega, di volta in volta o in via permanente".

⁷⁵ Cfr.: FRATTASI B., *Le informative tipiche ed atipiche: che cosa sono? Le risposte della giurisprudenza*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 729, osserva che i prefetti vennero a rappresentare sul territorio il punto di riferimento, in continuità con l'esperienza dell'Alto Commissario, per l'esercizio di quel complesso ventaglio di poteri incentrati sulla valorizzazione degli elementi di intelligence investigativa.

1998⁷⁶, attraverso l'individuazione di una griglia di fattori dai quali poter desumere i tentativi di infiltrazione⁷⁷.

Più di recente, nel contesto di un più ampio disegno riformatore (c.d. "*Pacchetto Sicurezza*")⁷⁸, il legislatore ha inteso rafforzare i poteri di accertamento del Prefetto, accentuandone la funzione general-preventiva in materia di sicurezza, con particolare riferimento al settore delle commesse pubbliche. Così, al fine di «*prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti*», si è attribuito il potere di disporre «*accessi e accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze*»⁷⁹.

Un vero spartiacque è rappresentato dalla legge delega n. 136 del 2010 (*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*), di cui è emanazione il Codice delle leggi antimafia⁸⁰, finalizzato, fra l'altro, all'aggiornamento e alla semplificazione della documentazione antimafia, anche mediante l'istituzione di una Banca dati nazionale unica⁸¹.

Il sistema codicistico, recependo gli approdi del percorso evolutivo qui succintamente descritto⁸², ha quindi previsto due distinte tipologie di documen-

76 D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia.

77 Lo stesso atto pose, altresì, ulteriori basi per la discussa categoria delle informative atipiche o supplementari, ossia quelle inidonee a sortire un effetto automaticamente interdittivo ma utilizzabili dall'Amministrazione per valutare discrezionalmente l'idoneità morale del contraente e, pertanto, decidere se avviare o proseguire il rapporto contrattuale. Si ritiene che il regolamento abbia in realtà ripetuto quanto già previsto dall'art. 1-septies, D.L. n. 629 del 1982, convertito dalla L. n. 726 del 1982, e aggiunto dall'art. 2 della L. n. 486 del 1988. Il regolamento è stato abrogato dal Codice antimafia; l'art. 1-septies, D.L. n. 629 del 1982, invece, pur originariamente previsto dal codice fra le norme da abrogare, sembra sia stato riesumato dal decreto correttivo n. 218 del 2012. Rimane quindi discusso che valore possano avere siffatte informative. Sul tema, CANTONE R., *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?* in *Giornale di dir. amm.*, 2013, 899. Sulle informative atipiche o supplementari in generale, Cfr.: ZAMBERLETTI G., *I tentativi di infiltrazione mafiosa, le informative tipiche e quelle atipiche o supplementari: il punto della situazione e le prospettive*, in *Riv. trim. app.*, 2008; FRATTASI B., *Le informative tipiche ed atipiche: che cosa sono? Le risposte della giurisprudenza*, *ibid.*

78 L. 15 luglio 2009, n. 94.

79 Cfr. art. 5 *bis* del D.Lgs. n. 490 del 1994 nella versione risultante dalle modifiche apportate con la L. n. 94 del 2009.

80 D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

81 I criteri per l'esercizio della delega sono individuati all'art. 2.

82 Per alcuni approfondimenti, oltre ai riferimenti contenuti nella nota successiva, cfr.: CISTERNA A., *Certificazione antimafia*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, *ad vocem*; CARBONE P., *Normativa*

tazione:

a) la *comunicazione antimafia*, che consiste nella semplice attestazione circa l'assenza di misure di prevenzione penale o di condanne per alcuni gravi delitti e che è autocertificabile dall'imprenditore (cfr. art. 67 del Codice antimafia);

b) l'*informativa antimafia*, che, oltre ad assorbire il contenuto della comunicazione, rappresenta uno strumento di prevenzione molto più intenso, in quanto si fonda su una valutazione discrezionale del Prefetto circa il rischio di infiltrazione mafiosa, desunto non solo dalle condanne ma anche da altri elementi, quali rapporti di polizia, cointeressenze economiche, frequentazioni (cfr. art. 91 del Codice antimafia)⁸³.

Il rapporto tra comunicazioni e informazioni antimafia è stato ricostruito, in linea di continuità con la tradizione degli istituti, in termini di necessaria alternatività: le prime concernenti - oltreché contratti pubblici, concessioni e sovvenzioni pubbliche di più modesto valore - gli atti autorizzativi e abilitativi; le seconde applicabili, invece, solo a contratti pubblici, concessioni e sovven-

antimafia e contratti pubblici, in *Riv. trim. app.*, 2012, 137 ss.; V. Reale - R. Reale, *Il sistema normativo dei controlli antimafia e sui tentativi di infiltrazione mafiosa nelle attività contrattuali, autorizzative e concessorie pubbliche*, in *Nuova rassegna*, 2011, 2204 ss.

83 Sull'assetto delineato in materia dal Codice antimafia, fra gli altri, cfr.: CISTERNA A. (a cura di), *Commento al codice antimafia*: D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: *misure di prevenzione personali e patrimoniali, documentazione antimafia*, Santarcangelo di Romagna, 2013; MALAGNINO M. E. (a cura di), *Il codice antimafia*, Torino, 2011; BOSCHETTI B. L., *Istituti di semplificazione (in materia di documentazione amministrativa)*, in CLARICH M. - FONDERICO G. (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Milano, 2015; R. Cantone, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, cit., 888; CAPUZZA V., *Nuovi tratti normativi del codice antimafia sull'informativa prefettizia*, in *www.giustamm.it*; D'ANGELO G., *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in questa *Rivista*, 2013, 256. Sul dibattito precedente al codice, ZGAGLIARDICH G. - MENGOTTI E., *La nuova certificazione antimafia*, Milano, 1998; CARINGELLA F., *La normativa antimafia*, in DE NICTOLIS R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Esecuzione e contenzioso*, Milano, 2007, 67 ss.; FANELLI A., *Interventi legislativi in tema di semplificazione delle certificazioni antimafia*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, n. 4/1997, pt. 2, 379-381; FINOTTI A., *Comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia*, in *L'amministrazione italiana*, n. 9/1997, 1328-1331; LEOTTA E., *Poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; SCOTTI L., *Opere pubbliche, appalti e forniture nelle leggi "antimafia"*, in *Vita notarile*, nn. 3-4/1983, pt. 1, 380-388. Sul tema della competenza in relazione alla contestuale impugnazione dell'informativa e degli atti di gara, cfr. Ad. Plen. 31 luglio 2014, nn. 17-26 e, per approfondimenti sulla tematica generale sottesa alle pronunce, VELTRI G., *Il giudizio amministrativo dopo il secondo correttivo: lo spostamento della competenza territoriale per ragioni di connessione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

zioni aventi un valore eccedente determinate soglie, ossia esclusivamente a quelle ipotesi in cui l'Amministrazione conferisce al privato denaro o altri beni pubblici.

6. Prevenzione, *safety*, *security*

Le Autorità di pubblica sicurezza assolvono, in definitiva, a una funzione di prevenzione generale la quale, per come deve intendersi all'interno del quadro di riferimento dell'ordinamento giuridico italiano, merita un breve *excursus* analitico, a partire dalle molteplici definizioni che di essa sono date.

Prevenire significa precedere gli altri, ovvero – in senso più specifico - significa prendere precauzioni per evitare un evento dannoso o spiacevole.

La prevenzione nel diritto pubblico è gestione del pericolo in funzione di tutela della collettività⁸⁴.

Per comprendere cosa sia la prevenzione di diritto pubblico, occorre considerare la sua stretta relazione concettuale con le nozioni di pubblica sicurezza, ordine pubblico, polizia, sicurezza urbana, politica criminale. Occorre, altresì, distinguere le diverse specie di prevenzione che l'ordinamento giuridico pone all'attenzione dell'esegeta.

Nel lessico anglosassone, si usa distinguere tra *security* (intesa come contrasto al crimine e tutela della pacifica convivenza sociale) e *safety* (intesa come generale tutela dell'incolumità pubblica e privata)⁸⁵.

La *security* si concentra sulla prevenzione di atti deliberatamente dannosi; si tratta, quindi, di contrastare azioni umane che hanno l'intenzione di nuocere. Come tale, la *security* può coincidere con l'ordine e la sicurezza pubblica, con la prevenzione di polizia e con la sorveglianza tecnologica.

84 Cfr.: LASALVIA F. P., *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personale tra proporzionalità e legalità*, Roma, 2022, 4.

85 Si consulti, per un approfondimento del tema, la recentissima pubblicazione di: AFFRONTI M., *Safety e security*, Roma, 2023, *passim*.

La *safety*, invece, è l'insieme delle misure adottate per proteggere proprietà e persone da eventuali incidenti, disastri, calamità naturali⁸⁶. In larga misura, la *safety* può sovrapporsi, se non proprio identificarsi, volta per volta, con concetti diversi come la protezione civile, la tutela delle condizioni di lavoro, la prevenzione di sicurezza.

Nell'ordinamento italiano, la distinzione tra *safety* e *security* sta facendo ingresso in modo lento ma progressivo. Si usa ormai parlare, nel linguaggio degli addetti ai lavori, cioè delle Autorità di polizia e di protezione civile, di sistema integrato di *safety* e *security* nell'organizzazione delle manifestazioni pubbliche, poiché in questo campo di applicazione, i due diversi profili di prevenzione e sicurezza sono tra loro intricati⁸⁷. La stretta connessione tra *safety* e *security* è oltremodo evidente anche nel campo della sicurezza informatica e telematica, nonché nei processi industriali ad alto tasso tecnologico e di questo si occupano oggi ingegneri gestionali ed esperti di informatica⁸⁸.

Si tratta, tuttavia, di una nomenclatura ancora troppo distante dal lessico e dai parametri fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano il quale, prima o poi, dovrà pur fare i conti con essa, non fosse altro perché a ciò costretta dalle Direttive unionali⁸⁹.

Si consideri che il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza tratta di prevenzione di reati e prevenzione di sinistri quasi indistintamente⁹⁰, affidando agli ufficiali e agli agenti di pubblica sicurezza compiti attinenti all'una e

86 La *security* consiste, quindi, nel contrastare gli atti con l'obiettivo di lucro e con l'intento di nuocere (il furto, la frode, l'aggressione fisica, il danneggiamento volontario). La *safety* designa, invece, tutti i mezzi di prevenzione e di intervento contro i rischi accidentali che possono arrecare danno a persone e cose, ma la cui origine è sempre involontaria (le calamità naturali, gli incidenti sul lavoro, i rischi per la salute).

87 Si leggano, all'uopo, le circolari del Ministero dell'Interno n. 11464 del 19.06.2017, n. 11991-9925 del 20.07.2017 e n. 11001/110(10) del 28.07.2017.

88 L'*International Society of Automation* (ISA) e l'*International Electrotechnical Commission* (IEC) hanno sviluppato una serie di *standard* e rapporti tecnici racchiusi sotto la denominazione ISA/IEC 62443. Il loro obiettivo è quello di aiutare le industrie a gestire il rischio *cyber* e preservare la *safety* dei dipendenti e dei cittadini, preservare l'ambiente, evitare alle aziende perdite economiche e danni d'immagine e impedire il furto di informazioni riservate.

89 Ad esempio le Direttive sulla transizione digitale e sulla *cybersecurity*, come la Direttiva NIS 2 del 27 dicembre 2022.

90 Cfr.: BONFORTE A. A., *Compendio breve di pubblica sicurezza*, Rimini, 2022.

all'altra. Ciò, peraltro, dipende dal fatto che i due diversi profili della sicurezza sono tra loro strettamente connessi⁹¹.

Anche se la terminologia anglosassone sta prendendo piede nell'ordinamento italiano, è ancora prematuro agganciare il concetto giuridico di prevenzione al sistema integrato di *security* e *safety*, trattandosi peraltro di un concetto che esprime significati molteplici.

Inoltrandosi in una classificazione di tipo dottrinale, si può ritenere che la *prevenzione in senso generale* è l'insieme di azioni finalizzate a impedire o ridurre il rischio, ossia la probabilità che si verifichino eventi indesiderati. Gli interventi di prevenzione sono in genere rivolti all'eliminazione o, nel caso la stessa non sia concretamente attuabile, alla riduzione dei rischi da eventi naturali o da azioni umane che possano generare danni⁹².

La *prevenzione in senso tecnico o specifico* è il complesso di attività che lo Stato e gli apparati pubblici pongono in essere, attraverso i loro organismi, articolati secondo aree tematiche di competenza; si tratta, precipuamente, di attività di prevenzione di fenomeni di anomia sociale, devianza, criminalità, articolate in ampia gamma, la quale comprende iniziative di *prevenzione primaria di tipo sociale*, volte a incidere sulle motivazioni di fondo dei comportamenti criminali (aumento di aiuti, interventi sociali, programmazione di attività educative e rieducative, riduzione del tasso di disoccupazione, miglioramento della qualità della vita)⁹³, iniziative di *prevenzione primaria di tipo correttiva*⁹⁴ e iniziative di *preven-*

91 Basti pensare all'organizzazione dei pubblici spettacoli, nella quale i profili di prevenzione degli incidenti sono strettamente interrelati ai profili di ordine pubblico.

92 La prevenzione in senso generale comprenderebbe tutte le attività di *security* e *safety*, come prima accennate, ma per una strana deriva del significato impressa dalla dottrina giuridica ora tende a identificarsi precipuamente con la *safety*, cioè con la prevenzione di sicurezza. Cfr.: COSSU E., *Prevenzione e sicurezza*, Milano, 2010, *passim*.

93 Cfr.: La prevenzione primaria di tipo sociale persegue un obiettivo preventivo generale, attraverso azioni di sviluppo sociale, in grado di incidere sulle cause dei processi di criminalizzazione e di vittimizzazione. Rispetto alle politiche sociali assistenziali, la prevenzione di tipo sociale cerca di individuare meglio i destinatari e di rivolgersi a contesti circoscritti. Si legga, per tutti: BERTELLI B. (a cura di), *Servizio sociale e prevenzione*, Milano, 2007, *passim*.

94 Questo tipo di prevenzione si basa sull'analisi dei fenomeni devianti e affida principalmente all'applicazione delle sanzioni punitive l'effetto dissuasivo e preventivo. Sulla prevenzione primaria in ambito penale, si consulti il classico: BETTIOL G. – MANTOVANI F.,

zione situazionale, miranti a ridurre le occasioni contingenti che possono portare uno o più individui a commettere reati⁹⁵.

La prevenzione trova attuazione anche in quella che è stata definita come *sorveglianza* o *supervisione*, che fa riferimento al *controllo sociale*⁹⁶, valorizzabile in molti modi, persino attraverso la tecnologia avanzata e nei progetti architettonici di spazi difendibili nelle città⁹⁷.

La prevenzione può, dunque, identificarsi, volta per volta, con la pubblica sicurezza, con l'ordine pubblico, con la polizia di sicurezza e con la sicurezza urbana. È una categoria che abbraccia e comprende in sé le diverse forme di *security* e a volte, nei suoi significati, decampa persino dai limiti di quella nozione molto ampia e comprensiva.

La funzione preventiva si traduce in misure di prevenzione e, in tal guisa, si contrappone, dentro una partizione che attraversa tutti i campi del diritto, alla funzione punitiva.

Sia che la misura possa definirsi penale sia che abbia natura amministrativa o civile, si tratta di comprendere se essa abbia funzione sanzionatoria o preventiva. Ed è la funzione rivestita a condurre, in un secondo momento, la misura in un ambito di riferimento che, in linea di massima, è «*il diritto penale per la funzione sanzionatorio-punitiva (la pena), il diritto civile per la funzione sanzionatorio-ripristinatoria (il risarcimento del danno), il diritto amministrativo per la funzione preventiva (provvedimenti gestori)*. Il tutto tenendo evidentemente presente che tutte le misure ordina-

Diritto penale, Padova, 1986, 941.

95 Cfr.: CLARKE R. V., *Situational Crime Prevention. Successful Case Studies*, Albany-N.Y., 1997, 47. La prevenzione situazionale della criminalità (PSC) si distingue dalla gran parte della criminologia per il suo orientamento. Attraverso un procedimento che parte dall'analisi delle circostanze che conducono a un tipo specifico di crimine, essa introduce cambiamenti di carattere gestionale o ambientale al fine di ridurre le possibilità che quel crimine accada. Pertanto, la prevenzione situazionale si concentra sul "setting" del reato, piuttosto che sugli autori degli atti criminali. Cerca di arrestare il crimine, piuttosto che scoprire e punire chi lo commette. Non cerca di eliminare il crimine mediante miglioramenti della società o delle sue istituzioni ma più semplicemente rendendo il crimine meno attrattivo per chi intende commetterlo.

96 Cfr.: LEMERT E. M., *Devianza, problemi sociali, forme di controllo* (trad. ital.), Milano, 2019, *passim*.

97 Cfr.: CARRER L., *Sicurezza in città e qualità della vita*, Roma, 2000, 116.

mentali possono rivestire, allo stesso tempo, diverse funzioni, tra le quali, quella che consente di incasellare la misura, è chiaramente quella preminente, quella che cioè offre giustificazione della esistenza della misura nel sistema (rispondendo, dunque, alla domanda di Bobbio, 'a che cosa serve?')»⁹⁸.

7. Linee evolutive delle Autorità di pubblica sicurezza in Italia. Conclusioni

Il presente studio è una ricostruzione diacronica e prospettica dell'istituto dell'Autorità di pubblica sicurezza. La particolarità delle questioni - qui esaminate in rapida sequenza - pare sufficiente a far comprendere che è in corso un'evoluzione magmatica dell'istituto.

È oggi in atto una sfida globale del capitalismo avanzato che pone a confronto competitori pubblici a struttura democratica (come gli U.S.A. e l'Unione europea) con Paesi a ordinamento autocratico (come la Cina e la Russia); tale sfida consiste nell'evitare che questi ultimi traggano vantaggi economici esterni dalla loro maggiore capacità regimentale di controllo sociale interno, relegando i primi in una condizione di minorità che ne danneggi gli interessi globali, li renda meno performanti e, dunque, li veda soccombenti nella sfida. Invero, è opinione diffusa che la dittatura in Cina, i cosiddetti "ritmi cinesi" o la c.d. "quarta ascesa", associati a un regime poliziesco severo, favoriscano lo sviluppo economico più di quanto non facciano la tolleranza e il rispetto dei diritti nei Paesi democratici⁹⁹.

Nel secondo dopoguerra, le polizie italiane e i connessi servizi segreti si sono gradualmente adattati al sistema democratico, non senza qualche scossone e qualche strappo, che appartengono a una storia sommersa di tentativi di colpo di stato falliti, piccole e grandi cospirazioni, stragi o simulazioni di stragi¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr.: LASALVIA F. P., *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personale tra proporzionalità e legalità*, cit., 7.

⁹⁹ Cfr.: ZITELMANN R., *La forza del capitalismo*, Roma, 2020, *passim*.

¹⁰⁰ Cfr.: PALOSCIA A., *I segreti del Viminale*, Roma, 1994, *passim*.

L'ordinamento costituzionale e legislativo ha prima ridimensionato, esaltando i diritti di libertà, poi potenziato, valorizzando le istanze securitarie, i poteri di polizia, sottoponendoli al tempestivo controllo giurisdizionale, ovvero li ha spostati dal campo delle misure di pubblica sicurezza a quello dei provvedimenti giudiziari.

Ma il legislatore ordinario ha sovente giustificato con *ragioni emergenziali* (la lotta all'eversione terrorista e alle mafie) il ritorno a un'Autorità di pubblica sicurezza capace di incidere sensibilmente sulle libertà.

Le Autorità di p. s., in particolare Prefetti e Questori, sopravvivono agli scossoni politici, mentre le misure di prevenzione (di tipo non giurisdizionale ma amministrativo) via via prendono piede¹⁰¹.

Tutto questo mentre la tendenza europea (si direbbe, mondiale) va nella direzione di affidare ad agenzie specializzate i compiti di polizia, per depolitizzare la funzione di pubblica sicurezza. Non a caso, l'Autorità nazionale di pubblica sicurezza è stata ridimensionata a seguito dell'avvento di nuovi organismi (Autorità nazionale di sicurezza, Europol, Agenzia di Cybersicurezza, ANAC, ecc.), ma ciò non coincide con una progressiva riduzione dei compiti delle Autorità provinciali di pubblica sicurezza (Prefetto e Questore). Anzi, i confini dei poteri esercitati da quelle due figure sono stati molto dilatati.

Sono cresciuti (ma non troppo) anche i compiti dei Sindaci, ai quali è riconoscibile la qualifica - di nuovo conio - di responsabili locali della sicurezza urbana, benché l'introduzione delle misure questorili del d.a.spo. e del d.ac.ur.

101 Si è detto della legge n. 1423/56, a cui farà seguito la legge n. 575/1965 (sulla prevenzione antimafia). Poi ancora la legge n. 152/1975, c.d. legge "Reale" (sulla prevenzione antiterrorismo); la legge n. 401/1989 che subisce le modifiche del decreto "Pisanu", in materia di divieto di accesso ai luoghi di manifestazioni sportive (d.a.spo.). C'è poi l'art. 612-bis c.p. che prevede l'ammonimento del questore in caso di *stalking*, cioè di comportamenti persecutori. Nessuna misura di polizia è affidata ai prefetti, fatta eccezione per la legge n. 309/1990 (in materia di contrasto alla droga) che affida ai prefetti i poteri preventivi connessi a misure amministrative, come la sospensione della patente, del passaporto e del porto d'armi per chi faccia uso di stupefacenti. I prefetti sono valorizzati anche dalla riforma in materia di immigrazione (T.u. n. 268/1998), laddove è prevista l'espulsione dello straniero, misura di prevenzione affidata alla loro competenza. Di lì si arriva al Codice antimafia del 2011 che concede ai prefetti un potere immenso di *scomunica* delle imprese commerciali: l'interdittiva antimafia.

(o *d.a.spo. urbano*) abbia poi riportato il capo al Questore le maggiori responsabilità in materia di sicurezza urbana. Le città, in effetti, sono divenute realtà sovraccariche di tensioni sociali, in esse le classi dirigenti locali vengono sfidate da problemi, ai quali è arduo se non impossibile dare risposte di contesto. I territori locali sono una prima linea. La sicurezza pubblica, tradizionalmente intesa come funzione pubblica primaria, passa attraverso le politiche di prevenzione sociale e diventa sicurezza urbana, come tale chiedendo il coinvolgimento attivo e partecipe degli amministratori locali, nonché delle polizie locali.

Quel che è avvenuto, negli ultimi lustri, è una disarticolazione dell'istituto dell'autorità di pubblica sicurezza, tra livello nazionale e livelli provinciale e locale, ma ciò non conferma anzi destituisce di fondamento l'idea che quello dell'Autorità di pubblica sicurezza sia un concetto desueto che attende solo di essere trasformato in qualcosa di diverso da sé. Si è scucito l'ordito originario che intendeva mantenere in capo agli apparati pubblici statuali tutte le funzioni di ordine e sicurezza pubblica e le risorse per assolvere ad esse. Ma è rimasto fermo il principio per cui le Autorità di pubblica sicurezza vegliano al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica. Ed è rimasto fermo l'art. 13, comma 3, Cost. che dà un riconoscimento di massimo rango all'autorità di pubblica sicurezza. Proprio l'immodificabilità di questa norma lascia presagire che l'Autorità di p. s. in Italia non sia affatto destinata a scomparire. È evidente che si imponga una riforma di sistema e, ad avviso di molti, tale riforma dovrà passare attraverso l'abrogazione o l'integrale riscrittura del Testo unico n. 773/1931, di vecchia matrice fascista.

III SEZIONE

VITO VELLUZZI

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano,
Facoltà di Giurisprudenza
vito.velluzzi@unicatt.it

GIUDICI E DISCREZIONALITÀ INTERPRETATIVA

**SU F. SAITTA, “INTERPRETE SENZA SPARTITO?”, ES,
NAPOLI, 2023, PP. 549**

JUDICIAL INTERPRETATION AND DISCRETION

**ON F. SAITTA, “INTERPRETE SENZA SPARTITO?”, ES, NAPOLI,
2023, PP. 549**

SINTESI

Il testo esamina le principali tesi sull'interpretazione giuridica esposte nella prima parte del libro di Fabio Saitta. In particolare si affrontano tre questioni: a) l'individuazione delle condizioni dell'ampliamento della discrezionalità giudiziale nell'attuale contesto storico ordinamentale; b) l'analisi dei problemi “metodologici” dell'interpretazione giuridica; c) l'intreccio tra le questioni di cui ai due punti precedenti.

ABSTRACT

The review examines the main theses on legal interpretation set out in the first part of Fabio Saitta's book. In particular, three issues are dealt with: a) the conditions of the expansion of judicial discretion in the current historical legal context; b) the analysis of the ‘methodological’ problems of legal interpretation; c) the intertwining of the issues mentioned in the two previous points.

PAROLE CHIAVE: interpretazione giuridica; discrezionalità giudiziale; metodo giuridico

KEYWORDS: Legal interpretation; judicial discretion; legal method

Il libro di Fabio Saitta costituisce un contributo pregevole e interessante pure per i teorici dell'interpretazione giuridica, non soltanto per i cultori del diritto amministrativo. Infatti, il saggio si apre con ampie, documentate e appro-

fondite riflessioni sull'interpretazione delle disposizioni normative in generale, non riferite soltanto alle esigenze o ai peculiari caratteri di uno specifico settore giuridico. Si tratta di considerazioni ben strutturate che occupano l'intero primo capitolo del libro per più di duecento pagine delle oltre cinquecento complessive. Proprio dei profili teorici dell'interpretazione giuridica delineati nelle pagine appena richiamate si occupano (sinteticamente) queste osservazioni.

Il centro della riflessione di Saitta è costituito dal problema della discrezionalità giudiziale¹. Si tratta, com'è noto, di una questione ineludibile e cruciale per l'interpretazione giuridica che sfocia inevitabilmente nel modo di guardare al rapporto tra fonti del diritto e interpretazione, tra giurisdizione e legislazione, coinvolgendo a cascata ulteriori questioni di rilievo.

Come si pone la questione della discrezionalità giudiziale? La risposta a questo interrogativo attraversa tutto il percorso compiuto dall'Autore, percorso scandito, essenzialmente, in tre passaggi: a) l'individuazione delle condizioni dell'ampliamento della discrezionalità giudiziale nell'attuale contesto storico ordinamentale; b) l'analisi dei problemi "metodologici" dell'interpretazione giuridica; c) l'intreccio tra le questioni di cui ai due punti precedenti.

a) Per ciò che concerne il primo passaggio, l'Autore, dopo aver opportunamente rilevato che "l'insorgenza di conflitti tra legislatore ed interprete risale praticamente alla nascita del diritto scritto" (p. 16), sottolinea come negli ultimi lustri "Si è assistito (...) ad una sempre più accentuata giurisdizionalizzazione della produzione delle regole normative, a discapito della produzione naturale delle stesse da parte del legislatore" (p. 17). Ciò dipende da molti fattori attentamente riassunti da Saitta e ormai noti da tempo (per esempio: complessità del sistema delle fonti con relativa incertezza e gestione interpretativa delle gerarchie tra norme; frammentazione ed eccesso della produzione normativa rilevante e altro ancora, per una sintesi accurata v. p. 29). Vale la pena qui ricordare

¹ Al problema della discrezionalità interpretativa del giudice amministrativo sono dedicati i capitoli del libro dal secondo al quinto.

soprattutto quel fattore che fa capo all'inerzia o alla imperizia del legislatore, più che a manovre espansive dei giudici. Il riferimento è alla tendenza del legislatore "ad addossare sempre più spesso ai giudici scelte proprie, cioè la soluzione di importanti questioni che imporrebbero scelte politiche da parte sua" (p. 26). Con queste parole Saitta sottolinea, in maniera condivisibile, che nell'assetto complessivo dell'ordinamento giuridico e nella dialettica tra legislazione e giurisdizione, tutti, legislatore e giudici-interpreti, vanno richiamati all'esercizio responsabile dei propri compiti.

Le considerazioni svolte da Saitta su questo primo profilo (le condizioni dell'ampliamento della discrezionalità giudiziale nell'attuale contesto storico ordinamentale), richiamano questioni importanti ma per lo più contingenti, di natura sociologico giuridica, destinate a concedere ampia discrezionalità interpretativa agli interpreti stimolando, così, "un soggettivismo giurisprudenziale talvolta permeato da opzioni politiche e ideologiche" (p. 35). Si tratterebbe, dunque, di un "soggettivismo giurisprudenziale" in grado di mimetizzarsi tra le pieghe degli aspetti segnalati.

Si tratta di osservazioni utili, tuttavia, pur spiegando alcune ragioni della odierna discrezionalità giudiziale, si pongono da una specifica prospettiva che non affronta il nodo teorico del rapporto tra opzioni di scelta del giudice-interprete e metodologia dell'interpretazione delle disposizioni normative. Di ciò è pienamente consapevole l'Autore che proprio ai problemi metodologici dell'interpretazione giuridica dedica ampio spazio.

b) L'analisi di Saitta riguardo alla metodologia dell'interpretazione può essere riassunta intorno a tre questioni tra loro correlate: 1) la relazione tra interpretazione giuridica, concetto e concezioni del diritto; 2) la distinzione tra interpretazione in senso stretto e in senso ampio (o se si preferisce tra interpretazione e integrazione); 3) il rapporto tra diritto positivo, interpretazione e giustificazione della decisione giudiziale.

Riguardo al primo profilo va apprezzato l'approccio dell'Autore che, per dirla con Mario Jori e Anna Pintore², ha piena cognizione della natura centrale del problema dell'interpretazione giuridica, ovvero del fatto che si tratta di una questione con cui è inevitabile misurarsi. Tuttavia, l'interpretazione, per quanto centrale, dipende dalla questione fondamentale: che cos'è il diritto? Le differenti risposte all'interrogativo si riflettono sull'interpretazione giuridica e sulla sua caratterizzazione.

Muovendosi in tale direzione, Saitta ricostruisce con sintetica puntualità i cardini del dibattito filosofico giuridico contemporaneo guardando alle varie versioni del positivismo giuridico, al variegato “non positivismo” novecentesco ponendoli in relazione con i caratteri dello Stato costituzionale (di diritto). Salvo fraintendimenti, il cammino compiuto conduce l'Autore ad accostarsi a un positivismo giuridico “rivisitato” o “critico”, sulla scia di Uberto Scarpelli e di Mario Jori³. Scrive a tal proposito Saitta: “In definitiva, quello di Scarpelli può definirsi -come da lui stesso esplicitamente dichiarato- un ‘positivismo giuridico rivisitato’: un modo di intendere il diritto positivo che ne prenda sul serio le istanze di ‘integrazione’, dovute alla necessaria presenza dei principi, e sia orientato ad una costruzione del sapere giuridico a carattere sistematico, di cui la prospettiva ‘ordinamentale’ costituisce la migliore garanzia” (p. 61).

La prospettiva ordinamentale ci consegna, però, un quadro nel quale l'interprete è chiamato a gestire l'attribuzione di significato alle disposizioni normative di legge misurandosi (almeno) con le seguenti condizioni, per così dire, “strutturali”: l'ambiguità e l'indeterminatezza dei testi di legge; il rapporto tra i testi di legge, le fonti sovraordinate alle leggi (Costituzione innanzitutto) e

² M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 12-13: “Possiamo chiamare problemi centrali di una disciplina o di un settore dell'esperienza, come il diritto, quelli che incontriamo ineluttabilmente nell'affrontare qualunque altro problema, senza che essi siano peraltro il punto di partenza e il fondamento delle domande e delle risposte”.

³ Si vedano U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989), in A. SCHIAVELLO e V. VELLUZZI (a cura di), *Percorsi del positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 109-120, e M. JORI, *Del diritto inesistente*, Pisa, Ets, 2010; del giuspositivismo critico di Jori e della sua rilevanza per le tesi di Saitta si parlerà nuovamente più avanti.

il conseguente condizionamento nell'interpretazione delle disposizioni normative di rango legislativo⁴. Non v'è dubbio, dunque, che non soltanto questioni contingenti pongono in rilievo la natura discrezionale dell'attività interpretativa, ovvero la presenza di più opzioni tra le quali l'interprete può scegliere⁵.

Orbene, da quanto si è detto segue che all'interno di questo quadro, caratterizzato da molteplici fattori che rendono discrezionale l'interpretazione, resta da sciogliere l'interrogativo: il giudice-interprete in contra dei limiti, ed eventualmente quali, nell'esercizio discrezionale del proprio compito?

Un buon modo per accostarsi alla equilibrata risposta all'interrogativo presente nel libro è quello di considerare, come già accennato, la distinzione tra interpretazione in senso stretto e in senso ampio (o tra interpretazione e integrazione)⁶. Saitta assume per tutto il lavoro, talvolta in maniera esplicita, talaltra implicitamente, che l'interpretazione consista nell'attribuzione di significato alle disposizioni normative. Da ciò ne segue che alcune attività compiute dai giudici (e i relativi risultati) che presuppongono l'attribuzione di significato alle disposizioni, non si arrestano a essa (per esempio: colmare le lacune, costruire principi inespressi, risolvere le antinomie) non sono interpretative in senso stretto, bensì interpretative in senso ampio o integrative⁷. Tuttavia, il passaggio cruciale è stabilire in che cosa consista l'attribuzione di significato alle disposizioni normative. Qui entrano in gioco le teorie dell'interpretazione giuridica, ed è chiaro

4 Questo aspetto coinvolge il ruolo delle norme qualificate come principi, con tutte le problematiche questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione dei principi stessi, oltre al ruolo dei principi nell'interpretazione delle disposizioni di legge (v. soprattutto p. 97 ss. e 172 ss.).

5 Scrive l'Autore a p. 139: "l'attività interpretativa implica sempre un'opzione valutativa e l'esercizio di una certa dose di discrezionalità".

6 Su questa distinzione, non recente e discussa v. le tuttora attuali pagine di M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 85-92, soprattutto v. p. 87: "In sostanza l'integrazione è l'operazione in cui si cerca una proposizione giuridica onde completare una volontà insufficientemente formata o manifestata (...) È questa la differenza fondamentale dall'interpretazione che consiste nell'intendere la portata giuridica di una volontà", si noti che Giannini lega la distinzione a una prospettiva di fondo volontaristica.

7 È corretto dire che vi sono situazioni in cui la distinzione è sfumata e difficile da cogliere (lo sottolinea, per esempio, G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, Giappichelli, 2021), tuttavia ciò non significa che essa non sia mai utile o lo sia raramente.

che la distinzione tra interpretazione e integrazione ha una qualche plausibilità soltanto se si considera l'interprete non legittimato ad attribuire qualsiasi significato a una disposizione normativa.

Si tratta, cioè, di accreditare, come fa Saitta, una posizione che non ceda al formalismo radicale (l'interprete è privo di discrezionalità) o allo scetticismo estremo (l'interprete può attribuire qualsiasi significato alla disposizione normativa). In questa direzione “il mutamento del rapporto tra legislatore e giudici non deve indurre all'errore di buttare il bambino assieme all'acqua sporca, cioè a ritenere che una volta abbandonata l'insostenibile tesi del giudice bocca della legge e privo di discrezionalità interpretativa si debba approdare nello scetticismo radicale rispetto alle norme” (p. 141)⁸.

In sintesi e con qualche semplificazione: vi sono molteplici opzioni interpretative tra le quali scegliere, tuttavia, in quanto attribuzione di significato, l'interpretazione resta tale se rimane all'interno di determinati confini semantici e sintattici.

Emerge, dunque, la terza questione, quella del rapporto tra diritto positivo, interpretazione e giustificazione della decisione giudiziale. Su questo punto Saitta riprende la prospettiva del giuspositivismo “critico” già menzionata in precedenza. Seguendo questa prospettiva, i vari passaggi scanditi sino a qui trovano una sintesi nell'atteggiamento dell'interprete (e quindi pure del giudice) che “cerca di determinare cosa dicono le fonti del diritto e qualora il risultato gli sembri ancora incompleto e contraddittorio (...) cerca di distinguere quanto è ricavabile con i mezzi interpretativi concessi dalle fonti stesse e quanto in tale operazione deriva invece dai suoi valori, dalle sue opinioni e dai suoi interessi”⁹. Assecondando questo atteggiamento il giudice-interprete svolge il suo compito

⁸ Opportunamente nel libro si ricorda che tale posizione è espressa anche da certa giurisprudenza e si cita Cass. civ., 7. 4. 2016, n. 6791: “vi è una terza, possibile categoria di errore (...) che consiste nell'attribuzione di (...) un non-significato (...) che va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione. In questo caso si ha una scelta solo formalmente interpretativa”.

⁹ M. JORI, *Del diritto inesistente*, op. cit., p. 120.

“senza oltrepassare la linea di confine tra i giudizi di valore giuridici interni (...) e quelli ideologico-politici (...) che fanno parte della politica del diritto” (p. 196)¹⁰.

A queste considerazioni vanno aggiunte, a completamento del discorso, alcune parole sul ruolo della giustificazione delle attribuzioni di significato alle disposizioni normative. Bisogna ricordare, infatti, che gli argomenti dell'interpretazione (letterale, psicologico, teleologico etc.) assolvono (anche) al compito di giustificare le interpretazioni-prodotto, i significati attribuiti alle disposizioni. L'insieme dei significati attribuibili a una disposizione normativa costituisce, dunque, l'ambito delle interpretazioni (semanticamente e sintatticamente) possibili, l'argine alla discrezionalità interpretativa giudiziale. All'interno di questo ambito l'interprete è chiamato a scegliere uno dei significati, ma è chiamato pure a motivare adeguatamente e in maniera plausibile la propria scelta. Oltre all'ambito dei significati possibili, si delinea, quindi, anche quello dei significati giuridicamente ammissibili, ovvero dei significati possibili giustificabili sulla base degli argomenti dell'interpretazione ammessi nella comunità degli interpreti¹¹.

c) Orbene, una volta ribadito che la “fuga verso un diritto sempre più giurisdizionale è stata (...) alimentata da una complessiva complicazione del sistema delle fonti” (p. 29), da ulteriori fattori, alcuni contingenti e altri strutturali, dell'ordinamento giuridico, nonché dalle questioni metodologiche afferenti

10 Sempre a p. 196 l'Autore aggiunge che “la rivalutazione del momento ermeneutico non implica necessariamente che si debba affermare il c. d. ‘primato del caso’, non dovendo tale rivalutazione necessariamente mettere in discussione (...) il ‘primato della norma’. È stato infatti dimostrato con dovizia di argomentazioni che, mantenendo fermi alcuni punti teorici fondamentali, tra i quali la distinzione tra mera ‘interpretazione’ (...) e ‘integrazione’ (...) gli assunti fondamentali dell'ermeneutica giuridica (...) e quelli di un moderno positivismo critico (...) si possono sicuramente conciliare”.

11 In proposito v. B. PASTORE, *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica*, Milano, Wolters Kluwer, 2024, p. 73: “l'interpretazione giuridica è attribuzione di significato non solo *possibile*, ossia non escluso dal testo, ma anche (se non soprattutto) *ammissibile*. È ammissibile quel significato (...) che risulta giustificato grazie ai metodi interpretativi accettati (accreditati) in una comunità giuridica e facenti parte del bagaglio culturale del giurista”. L'importanza della giustificazione dell'interpretazione è colta nel volume che si commenta, v. in particolare pp. 131-136.

all'attribuzione di significato alle disposizioni normative, l'Autore non considera l'interprete senza spartito. Infatti, com'è stato correttamente scritto dinanzi “a tale scenario il ruolo e la connessa responsabilità degli interpreti non possono non crescere di peso”¹². Questa crescita del peso delle responsabilità dell'interprete acquisisce un significato pregnante proprio all'interno delle linee di pensiero tracciate nel libro. Infatti, lo spartito è complicato, ostico ed eseguibile con differenti sensibilità, tuttavia è uno spartito ed è dentro questa traccia che i giudici- interpreti sono chiamati a operare e a giustificare le interpretazioni-prodotto. Questa è, in estrema sintesi, la risposta che attraverso un'indagine seria ed equilibrata, priva di ingenuità e di estremismi ci consegna Saitta.

12 B. PASTORE, *Complessità del diritto*, op. cit., p. 142.

HADRIAN SIMONETTI
Presidente di sezione del Consiglio di Stato
hsimonetti@luiss.it

BREVI NOTE SUL POSSIBILE USO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

BRIEF NOTES ON THE POSSIBLE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

SINTESI

Il tema dell'intelligenza artificiale, della sua regolazione da parte del diritto e dei suoi effetti sul diritto stesso, è in questo momento tra i più dibattuti, sollevando entusiasmi, curiosità e inquietudini.

Per il diritto amministrativo le maggiori attenzioni si sono concentrate sinora sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni, sull'automazione dei loro procedimenti, sulle garanzie che debbono essere offerte e sul controllo giurisdizionale quanto al loro rispetto.

Più di recente la riflessione si va estendendo anche al possibile utilizzo delle nuove tecnologie nel processo in generale e in quello amministrativo in particolare, prospettando diversi gradi di utilizzo, dai più blandi sino ai più intensi, ipotizzando persino lo scenario estremo di un giudice robot che si sostituirebbe all'essere umano.

Muovendo dai recenti approdi indicati, per l'attività giurisdizionale in generale, dal Regolamento UE 1689/2024 e per l'Italia dal ddl n. 1146/2024, lo scritto esamina le possibilità di un utilizzo temperato dell'intelligenza artificiale, limitata almeno in una prima fase alla ricerca giurisprudenziale e dottrinale da parte del giudice, utile ai fini di una ricostruzione e di conoscenza effettiva della legge e del rispetto del principio *Jura novit curia*. L'articolo riflette su quali fonti e attraverso quali forme e con quali garanzie processuali sia preferibile procedere in tale direzione.

La prospettiva dell'ingresso dell'intelligenza artificiale nel giudizio amministrativo è l'occasione anche per riflettere sull'esperienza del processo telematico e più in generale sulla digitalizzazione, sugli effetti che tale esperienza ha prodotto nell'applicazione del codice del processo amministrativo.

ABSTRACT

The topic of artificial intelligence, of its regulation by law and of its effects on the law itself, is currently one of the most disputed, generating enthusiasm, curiosity but also fear.

As far as the administrative law is concerned the greatest attention has so far focused on the use of artificial intelligence by public bodies, in the automation of their procedures, on the guarantees that have to be assured and on the judicial control related to its compliance.

More recently the consideration is expanding also to the possible use of the new technologies to the judgement in general, including the judgement from administrative judges, prospecting different grades of implementation: from the softest to the hardest, hypothesising the extreme scenario of a robotic judge in substitution of the human being.

Moving from the recent directions coming from the European Regulation (AI act) and from the the draft of the Italian law, the paper examines the case of a only temperate use of AI in the administrative trial, limited at least in a first phase to jurisprudential and doctrinal research by the judge, useful for the purposes of reconstruction and effective knowledge of the law and respect for the principle *Jura novit curia*. The article reflects on which sources and through which forms and with which procedural guarantees it is preferable to proceed in this direction.

The prospective of the introduction of AI within the administrative trial is also the chance to think about the experience of the telematic administrative trial (PAT) and more in general about the digitalisation, with regard the consequences determined on the daily application of the Code of administrative trial.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale, giurisprudenza, dottrina, jura novit curia, processo amministrativo

KEYWORDS: Artificial intelligence, jurisprudence, doctrine, jura novit curia, administrative process

INDICE: 1. Sull'uso dell'intelligenza artificiale nel processo in generale. - 2. Il regolamento UE e il disegno di legge italiano. - 3. Una proposta di intervento minimo. - 4. L'esperienza del processo amministrativo telematico. - 5. Dottrina e giurisprudenza. Informatici e giuristi.

1. Sull'uso dell'intelligenza artificiale nel processo in generale¹

Si parla da tempo, in una letteratura sul digitale divenuta sempre più affollata², del possibile utilizzo dell'intelligenza artificiale, anche nel processo civile ed in quello amministrativo³; si delineano scenari differenti ed impieghi più o meno invasivi, lungo una scala ascendente che al primo gradino ne prospettano l'utilizzo in attività del tutto serventi allo svolgimento del processo vero e proprio, come ad esempio nell'organizzazione e gestione dei ruoli di udienza, per poi ipotizzarne un uso più interno e vicino al rendere giustizia, nella ricerca dei precedenti e nella ricerca documentale "intelligente", sino ad immaginare l'uso dell'IA nella (e in funzione della) decisione della causa, si direbbe nel cuore della vicenda, al centro del mistero del processo.

1 Si assume come nota una nozione di intelligenza artificiale (acronimo IA) come tecnologia basata sull'apprendimento automatico e che permette al computer di analizzare una grande quantità di dati e sulla base dell'esperienza derivatane adottare comportamenti intelligenti o proporre decisioni, attività tradizionalmente proprie degli esseri umani: cfr. M.A.BODEN, *Artificial intelligence: a very short introduction*, Oxford, University Press, 2018, passim, nonché la definizione datane nell'Executive Order del Presidente degli Stati Uniti del 30 ottobre 2023 (Sec. 3, (b)): "*a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decision influencing real or virtual environments*".

2 Per una guida e una messa a fuoco delle figure e dei fenomeni richiamati in queste note – quali algoritmi, big data, cybersicurezza, intelligenza artificiale – v. G.PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, Bologna, Il Mulino, 2021.

3 Come bene sottolineato da B.MARCHETTI, *Giustizia amministrativa e transizione digitale. Spunti per riflettere su un futuro non troppo lontano*, in M.RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale?* Bologna, Il Mulino, 2023, 59, il digitale e la digitalizzazione, da un lato, mediante il loro impiego nell'attività delle pubbliche amministrazioni, influenzano l'oggetto del processo amministrativo e con esso potenzialmente anche le forme del sindacato giurisdizionale, dall'altro lato modificano il processo stesso e in tale contesto l'attività del giudice e delle parti. In questo modo il processo amministrativo si configura almeno potenzialmente – per riprendere le parole di A.PAJNO, *La transizione digitale e il contributo dei giuristi. L'importanza del processo amministrativo*, *ivi*, 15 - "*come lo spazio nel quale è possibile giudicare l'intelligenza artificiale e giudicare con l'intelligenza artificiale*" Con la precisazione che in questa relazione mi occuperò prevalentemente del secondo aspetto e solo marginalmente anche del primo.

Al di là di questi scenari, relativamente futuribili e nei quali rimarrebbe pur sempre la presenza più o meno da protagonista del giudice umano, si colloca la prospettiva, il punto di non ritorno, della decisione giudiziaria robotica, di una decisione interamente demandata alla macchina⁴.

Può non essere inutile domandarsi per quali ragioni ci siamo messi su questa strada, quali obiettivi pensiamo di ricavare attraverso l'uso dell'algoritmo nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Le risposte che si danno, per quanto con accenti e toni dei più vari, vanno dal mai sopito anelito al "lavorare meno", anche da parte del magistrato, all'aspirazione a "lavorare meglio" offrendo un risultato migliore sul piano della rapidità e persino della qualità, all'obiettivo più ambizioso ancora di correggere i pregiudizi e le storture dell'essere umano – di raddrizzare il kantiano "legno storto" di cui è fatto l'uomo⁵ - e di assicurare così il grado massimo di certezza giuridica e di uguaglianza di fronte alla legge.

Non sfuggirà, quanto al primo degli obiettivi tracciati, come il lavorare meno sia alle volte un piano inclinato lungo il quale, di anno in anno, poco alla volta, si può scivolare quasi inavvertitamente nella condizione del non lavorare affatto o non lavorare più, se davvero lo scenario della decisione robotica prendesse forma e la sostituzione della macchina all'uomo divenisse realtà.

E' comprensibilmente quest'ultimo scenario che alimenta e suscita le maggiori suggestioni e paure.

Tra le suggestioni trova il suo spazio il mito della sentenza esatta, della sentenza sempre giusta⁶, in luogo della inevitabile fallibilità umana, risultato che

4 Il primo tentativo sembrerebbe risalire all'esperimento compiuto in un laboratorio della Sezione siberiana dell'Accademia delle Scienze dell'allora Unione Sovietica nel lontano 1964, esperimento volto "alla creazione di un giudice automatico, cioè di un automa giudicante", secondo le parole e nel commento di V.FROSINI, *Informatica, diritto e società*, Milano, Giuffrè, 1992, 278-279 nonché 21-25.

5 Si allude alla frase di Immanuel Kant ("da un legno storto, come quello di cui l'uomo è fatto, non può uscire nulla di interamente diritto") racchiusa in suo scritto del 1784, trad. it. *Idee di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N.BOBIO, LUIGI FIRPO, VITTORIO MATHIEU, Torino, Utet, 1995, 130.

6 Su questo mito si v. il saggio di M.LUCIANI, *Il "giusto" processo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 36-66.

si immagina potrebbe essere assicurato da una macchina provvista di tutte le informazioni necessarie e capace di apprendimento automatico.

Nelle tendenze in atto ormai da tempo, la fallibilità umana dei giudici è una condizione resa peraltro più critica da un modello di giurisprudenza incline al soggettivismo e alla creatività: sempre più riluttante a fare applicazione delle semplici disposizioni – che tanto semplici molte volte non sono e che l'impazienza del legislatore affastella e complica all'inverosimile – e propenso piuttosto a ragionare e decidere per principi. Riservandosi peraltro di fare anche la cernita tra principi diversi e non di rado confliggenti o di bilanciarli secondo la logica, o semplicemente il *clichè*, del “ma anche”.

Nelle stanze della giustizia amministrativa capita tante volte al lettore di sentenze di trovare in esse infiniti richiami di giurisprudenza che occupano intere pagine ed hanno il sopravvento sul diritto positivo, come fossimo in un sistema di common law.

Di fronte a queste tendenze del giudicare, che ricevono dalla dottrina plausi e critiche in dosi diverse⁷, la giustizia digitale, predittiva, potrebbe forse persino riorientare il giudizio in una chiave nuovamente ricognitiva piuttosto che volitiva, restituendo alla funzione giurisdizionale anche il senso del suo limite. E con il limite quella prevedibilità, quella calcolabilità, quel bisogno di sicurezza che, da Leibniz⁸ in poi, passando per Weber⁹ – come ricordato in particolare da Irti¹⁰ e Luciani¹¹ - sono connaturate al modello economico capitalistico e, prima ancora, hanno accompagnato la formazione dello Stato moderno.

⁷ Semberebbero prevalere, negli ultimi tempi, le critiche, come dimostrano gli interventi di L.FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018; M.LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023; A.PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, Cacucci, 2022; P.L.PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2021; F.SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, ESI, 2023.

⁸ G.W.LEIBNIZ, *Scritti di logica*, a cura di F.Barone, Milano, Mondadori, 2009.

⁹ M.WEBER, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, 1919-1922, trad. it., Roma, Donzelli, 1993, 298.

¹⁰ N.IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹¹ M.LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, 872-893.

Ma sono piuttosto le paure a prevalere su queste suggestioni. Alla paura della sostituzione, di cui si è già detto, si accompagna il timore di un ritorno ad un giudizio oracolare¹², caratteristico delle società primitive, più chiuse. Anche se un *quid* di oracolarità attraversa da sempre le vicende del giudizio amministrativo: lo erano le ordinanze cautelari novecentesche, prive di motivazione e perciò imperscrutabili nel loro accogliere o respingere; lo sono ancora alle volte certi provvedimenti odierni, quando si limitano a ripetere le formule del codice del processo o indugiano nella tautologia.

Molte, e tutte molto serie, sono le questioni e i problemi di diritto costituzionale che la prospettiva di una decisione giudiziaria robotica solleva. L'idea di fondo è che la Costituzione, in una trama di articoli che vanno dal 25 al 101, comma 2, e al 111, presupponga la giurisdizione come attività eminentemente umana e non ammetta che un uso limitato e solo servente dell'algoritmo¹³.

2. Il regolamento UE e il disegno di legge italiano

Esiste, dunque, una riserva di umanità anche nel processo, come si è detto esistere, prima ancora, nell'attività delle pubbliche amministrazioni, anche quando fanno ricorso a procedure automatizzate¹⁴.

12 Sulla funzione dell'oracolo nel decidere questioni giuridiche nel diritto antico, sulle varie forme di profezia giuridica, compresa l'esperienza della giurisdizione pontificale nella Roma antica in origine fondata su "conoscenze tecniche esoteriche", cfr. M.WEBER, trad. it. *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1995, 103-111. Sulla funzione (neo)oracolare dell'intelligenza artificiale cfr., per uno spunto, al solito, molto interessante, G.MONTEDORO, *Intelligenza artificiale e digitalizzazione fra Costituzione, amministrazione e giustizia*, in *giustizia-amministrativa.it*. 2024.

13 M.LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit. Si veda anche A.SIMONCINI, *La dimensione costituzionale dell'intelligenza artificiale*, in *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale* (a cura di G.CERRINA FERONI, C.FONTANA, E.C.RAFFIOTA), Bologna Il Mulino, 2022, 135-154.

14 Sul tema dell'amministrazione algoritmica e dell'automazione decisionale, e sul limite generale della riserva di umanità, si rinvia al pregevole lavoro monografico di G.GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, Cedam, 2023, dove sono esaminate anche le prime decisioni assunte dal Consiglio di Stato, in particolare le sentenze della sez. VI 18 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472, nell'insieme ispirate ad una apertura verso le nuove tecnologie ma salvaguardando i diritti alla conoscibilità dell'algoritmo, alla sorveglianza umana, alla non discriminazione, diritti ricavati dal Regolamento UE del 2016 sulla protezione dei dati personali. Su "*le principe de primauté humaine*" si consiglia le lettura anche dell'approfondito documento approvato dal Conseil d'Etat francese il 31 marzo 2022 (*Intelligence artificielle et action*

Si è mosso per primo in questa direzione il Consiglio d'Europa con la Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi del 2018, atto di *soft law* che enuncia una serie di principi generali, tra i quali il principio del controllo da parte dell'utilizzatore. Più di recente è intervenuto il Regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale del 2024¹⁵, il cui art. 6.2, attraverso il rinvio all'allegato III, annovera tra i sistemi ad alto rischio “*i sistemi di IA destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti, o a essere utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie*”; importante è anche il considerando 61, dove si legge che “*L'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana*”, pur facendo salve, dalla qualificazione come ad alto rischio, le attività accessorie rispetto alla decisione.

Riprendendo la formula del Regolamento l'uso dell'IA è finalizzato ad *assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti*.

Si tratta quindi di una pratica non vietata ma considerata ad alto rischio e come tale circondata di cautele e “sorvegliata”. Tali limiti si impongono agli Stati membri come effetti diretti vincolanti. E attraverso di essi si intacca la loro autonomia procedurale. Da ora in avanti gli Stati membri non potranno fare come meglio credono, soprattutto non potranno andare oltre quei limiti

publique: construire la confiance, servir la performance), dedicato alle prospettive di utilizzo dell'IA nel settore pubblico.

¹⁵ Sul quale Regolamento, per un primo inquadramento si rinvia a B.MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici, rule of law*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 49 ss., dove si sottolinea come l'approccio regolatorio è basato sul diverso livello dei rischi, distinguendosi tra categorie di applicazioni vietate (a rischio inaccettabile), ad alto rischio (soggetti a verifiche di conformità ai requisiti posti dal regolamento), a rischio limitato (per i quali sono previsti solo oneri di informazione e l'adesione a codici di condotta). Da notare come, per gli Stati Uniti, l'*Executive Order* del Presidente Biden del 30 ottobre 2023, richiamato alla nota 1, parrebbe “benedire” l'impiego dell'IA nel sistema giudiziario, anche penale, e non solo in funzione servente.

appena veduti. Con l'avvertenza che, al di qua di quei limiti, l'uso dell'IA non è imposto: gli Stati membri potranno dunque scegliere se farne uso e se farne uso per intero o solo per alcune parti.

E' allora possibile ritagliare un frammento dalla formula del Regolamento, fermarsi alla proposizione "assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca (soltanto) del diritto, dei precedenti e della dottrina", lasciando fuori (almeno per ora) ciò che attiene al fatto e alla sua ricostruzione.

In questo senso, e nel solco di quanto stanno facendo altri Stati dell'Unione Europea, sembra muoversi anche il Governo italiano, con il disegno di legge n. 1146 del 20 maggio 2024 ("Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale") presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro della giustizia, il quale al momento risulta all'esame del Senato della Repubblica. Esso, con una norma sostanzialmente in bianco che dà atto dell'esistenza di una riserva di umanità nel processo senza molto aggiungere, prevede, tra le "Disposizioni di settore" di cui al Capo II, all'art. 14 ("Uso dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria") che *"I sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati esclusivamente per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale. Il Ministero della giustizia disciplina l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale da parte degli uffici giudiziari ordinari. Per le altre giurisdizioni l'impiego è disciplinato in conformità ai rispettivi ordinamenti"* (comma 1) e che *"È sempre riservata al magistrato la decisione sulla interpretazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sulla adozione di ogni provvedimento"* (comma 2). Lo stesso disegno di legge prevede, all'art. 22 ("Deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale"), che *"Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le procedure di cui all'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari e del Garante per la protezione dei dati personali, uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale al regolamento del Parlamento"*

europo e del Consiglio sull'intelligenza artificiale, adottato dal Parlamento europeo nella seduta del 13 marzo 2024" (comma 1).

Sebbene il Regolamento europeo, che richiama a suo fondamento l'art. 114 del Trattato, sia mosso da finalità di ordine economico, la concorrenza e l'attrattività degli investimenti in particolare, a differenza della proposta italiana che si muove su un orizzonte più generale, il primo segna e delinea il perimetro entro il quale potrà muoversi il secondo, il cui compito dovrebbe essere, più che ripetere le formule del Regolamento, esercitare il margine di scelta che la fonte europea lascia agli stati e semmai disciplinare gli aspetti di maggiore dettaglio.

Sarebbe possibile scegliere di non esercitare l'opzione lasciata aperta dal Regolamento, di non utilizzare in alcun modo l'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria. Una scelta certamente percorribile in linea teorica, e che potrebbe essere salutata con favore da non pochi, ma che dovrebbe tener conto di come il mercato della giustizia predittiva sia comunque una realtà esistente, che bussa forte alle porte (dei protagonisti) del nostro processo, offrendo se non anche la sua "spada" almeno il suo "scudo"¹⁶, e che sta già cambiando il lavoro degli studi legali, così contribuendo a quella "complessiva tendenza alla disintermediazione, che non ha investito solo la politica, ma anche il mondo del lavoro (con la verticale crisi dei sindacati) e più in generale tutte le relazioni sociali"¹⁷.

Per il diritto amministrativo sostanziale, nell'ambito dei contratti pubblici, in tempi recenti il legislatore ha esteso notevolmente il perimetro applicativo dell'automazione e dell'impiego dell'intelligenza artificiale da parte delle pubbli-

¹⁶ Si allude a quanto emerge dal Report *Intelligenza artificiale e Giustizia amministrativa: strategie di impiego, metodologia e sicurezza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 4 ottobre 2024, quanto all'utilizzo, in atto sin dal 2020, di tecnologie basate sull'IA in funzione della *cybersecurity*.

¹⁷ M.LUCIANI, *La Costituzione e il pluralismo*, in *Pluralismo giuridico, Atti dell'incontro di studi Firenze, 20-21 ottobre 2022*, a cura di P.CAPPELLINI e G.CAZZETTA, Milano, Giuffrè, 2023, 222-223. In un altro scritto - *Può il diritto disciplinare l'Intelligenza Artificiale? Una conversazione preliminare*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2/2023, 10-17 - lo stesso A. ha osservato molto efficacemente come "questa (l'intelligenza artificiale) non è solo un potenziale oggetto di regolazione da parte del diritto, ma è un sicuro produttore di effetti *sul diritto*" (15).

che amministrazioni, in termini che sembrerebbero non meramente facoltativi, sebbene ribadendo alcune cautele e, soprattutto, la non esclusività della decisione algoritmica¹⁸.

Per il diritto amministrativo processuale, l'indicazione che proviene dal Regolamento europeo e dalla proposta di legge all'esame del Parlamento è ispirata ad una comprensibile maggiore cautela e si traduce nel tentativo di provare a governare un cambiamento che è già in corso e i cui effetti appaiono pressoché inevitabili.

Ragioniamo allora di un possibile utilizzo della IA nella ricerca giurisprudenziale e dottrinale a beneficio del giudice e della sua attività di interpretazione del diritto da applicare.

3. Una proposta di intervento minimo

Vediamo meglio di cosa parliamo, più da vicino.

Nella proposta articolata recentemente da Giovanni Gallone¹⁹, l'impiego dell'intelligenza artificiale ai soli fini della ricerca dottrinale e giurisprudenziale non costituirebbe (qualcosa di simile ad) un mezzo di prova e non si collocherebbe quindi nella fase dell'istruttoria, ma sarebbe invece un ausilio a disposizione del collegio nel passaggio alla deliberazione della decisione, per come disciplinato dagli artt. 75 e ss del c.p.a. Uno strumento al servizio, in particolare, del principio dello *jura novit curia*, principio fondamentale che vincola il giudice all'osservanza delle norme di diritto e che lo rende però libero di applicare quelle che meglio ritiene adattabili al caso concreto, anche mutando la qualifica-

¹⁸ Il riferimento è all'art. 30 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che reca il nuovo Codice de contratti pubblici. Per una prima riflessione G.FONDERICO, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S.FANTINI, H.SIMONETTI, *Il Foro italiano-Gli speciali*, Piacenza, La Tribuna, 1/2023, 25 ss, spec. 41 ss.

¹⁹ G.GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it. Favorevoli ad un utilizzo temperato, ovvero servente, dell'IA sono, tra gli altri, F.DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 415 ss; B.MARCHETTI, *Giustizia amministrativa e transizione digitale*, cit.; G.FINOCCHIARO, *L'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 425 ss.

zione giuridica proposta dalle parti²⁰. Principio che postula una conoscenza del diritto che diamo per scontata trascurando spesso, o fingendo che non vi sia, il problema della conoscenza effettiva di un diritto divenuto sempre più esteso e sempre più instabile. Tanto più nel campo del diritto amministrativo dove manca un codice di diritto sostanziale e dove si è al cospetto di una pluralità di fonti, di livelli normativi diversi, di una legislazione speciale in continua evoluzione.

Di qui la possibile utilità di uno strumento di accertamento che renda più effettivo l'antico brocardo. Un precedente è offerto²¹, per il diritto straniero, dal meccanismo dell'art. 14 della l. n. 219 del 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato in tema di "Conoscenza della legge straniera applicabile", dove si prevede che l'accertamento della legge straniera sia compiuta d'ufficio dal giudice e che a tal fine possa avvalersi di una serie di strumenti, tra cui le informazioni acquisite per il tramite del Ministero della Giustizia.

L'idea è che, nel nostro caso, tale potere officioso, per quanto suscettibile di essere sollecitato, sia esercitato per il tramite di un provvedimento apposito, nel contraddittorio con le parti, formalizzando con uno o più quesiti la richiesta da sottoporre alla macchina; e che il risultato, ossia la risposta al quesito, confluisca nel fascicolo d'ufficio, sia quindi agli atti del processo e sottoposta alle valutazioni delle difese.

Sino ad oggi la ricerca della dottrina e della giurisprudenza da parte dei giudici è stata un'attività tutta interna e generalmente portata avanti in solitaria, sebbene ne siano mutate da tempo le forme e le possibilità, nel passaggio dalla vecchia ricerca sui repertori cartacei a quella condotta attraverso le banche dati digitali; ma senza che le parti sappiano davvero le fonti di conoscenza utilizzate, il loro grado di completezza, aggiornamento, attendibilità, etc. E non sem-

20 Sul quale si rinvia ai classici approfondimenti di C.PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, Giuffrè, 1965 e S.SATTA, <*Jura novit curia*>, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 380 ss.

21 Lo ricorda G.GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale, cit.*

pre le tracce che, di questa ricerca solitaria, si possono cogliere nella motivazione della sentenza permettono di ricostruire il percorso di apprendimento.

E' un dato che i richiami di giurisprudenza sono divenuti più frequenti rispetto al passato e che l'integrazione o comunque l'interconnessione tra i sistemi giuridici, lo sviluppo della comparazione giuridica, rendono utili i richiami anche della giurisprudenza delle corti sovranazionali, come anche di quella di altri ordinamenti. E considerazioni simili possono valere anche per la dottrina.

Al contrario di quanto avviene adesso, l'uso dell'algoritmo e l'innesto del contraddittorio anche a tale fine, potrebbe orientare da domani le difese delle parti, nelle battute finali del giudizio, con le memorie previste dall'art. 73 c.p.a., a confrontarsi e discutere sui risultati della ricerca dottrinale e giurisprudenziale; con qualche analogia con quanto accade quando le difese leggono e valutano, ciascuna dal suo punto di vista, le relazioni istruttorie del CTU o del verificatore, ma anche con delle differenze, perché diversa è la fase e diverso è l'oggetto, vertendo l'indagine, nei casi della CTU o della verifica, sui fatti anziché sul diritto.

La novità dell'impiego dell'IA in funzione servente della ricerca dottrinale e giurisprudenziale potrebbe avere riflessi anche sulla motivazione della sentenza: in quale misura il collegio dovrebbe dare conto della ricerca "processata", dei suoi risultati e, soprattutto, della convinzione maturata su di essa? Ne deriverebbero forse maggiori vincoli nella motivazione della decisione? Se ciò avvenisse, sarebbe in controtendenza rispetto al *favor* legislativo per la motivazione semplificata o alle prassi giurisprudenziali che si richiamano ai "principi" dell'economia processuale e della ragione più liquida²². Ma non è detto che questo sarebbe male, a fronte di prassi che sacrificano forse un po' troppo la motivazione sull'altare della velocità del giudizio.

²² Si vedano per il processo civile l'art. 118 disp. att., c.p.c. e per il processo amministrativo l'art. 74 c.p.a.

Sempre parlando della ricostruzione del diritto (e non del fatto), un problema che si prospetta è soprattutto quello di non appiattirsi sul precedente maggioritario, di scongiurare il rischio che a prevalere sia il conformismo giudiziario. Il timore è, infatti, che, anche solo per pigrizia, gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti finiscano per essere recepiti e perpetuati sempre più acriticamente e che a risentirne sia l'evoluzione e il cambiamento della realtà sociale e del pensiero giuridico²³.

Per la dottrina, più che per le sentenze dei giudici, le sue opinioni non si contano ma si pesano e c'è una buona dose di soggettività nella loro selezione. Nella ricerca dei criteri sulla base dei quali scegliere quale dottrina ricercare nel vasto mare delle riviste, molte delle quali sono oramai solo *on-line*, sarebbe consigliabile fare affidamento sulle fasce elaborate all'interno del sistema universitario e magari limitarsi solo alla più alta di quelle fasce.

La proposta in esame, legittimata in primo luogo dal Regolamento europeo del 2024, potrà avere bisogno di un intervento legislativo di adattamento, da realizzare sul codice del processo amministrativo o quanto meno sulle sue disposizioni di attuazione, che dell'intelligenza artificiale, nei limiti che si sono detti, preveda e disciplini l'utilizzo. In questo modo potrebbe essere replicato, fatte le debite differenze, il metodo seguito in occasione dell'introduzione del processo amministrativo telematico.

4. L'esperienza del processo amministrativo telematico

L'accostamento tra l'intelligenza artificiale e il processo amministrativo telematico (in acronimo PAT) potrebbe apparire improprio. Specie se del secondo, nel suo rapporto con il processo e con il codice del processo, diamo

²³ Questo rischio è denunciato tra gli altri da A.GARAPON, J.LASSEGUE, *La giustizia digitale*, Bologna, Il Mulino, 2021, 184-185, sottolineando come a pagarne il prezzo sono in ultimo "gli avvocati che perorano soluzioni alternative, o che vogliono far cambiare una giurisprudenza"; E.GABELLINI, *La <comodità del giudicare>: la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1305 ss; M.LUCIANI, *Può il diritto disciplinare l'intelligenza artificiale? cit.*, 16; L.TORCHIA, *La giustizia amministrativa digitale*, in M.RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale? cit.*, 57, mettendo in guardia dal rischio di "un eterno presente".

una lettura riduttiva. Se, da un lato, le disposizioni relative al processo telematico sono servite e servono a regolare la dematerializzazione degli atti processuali e la forma digitale delle comunicazioni e dei depositi, dall'altro, l'uso dell'IA ha implicazioni ben più ampie, "che toccano il contenuto e i modi di esercizio della funzione, modificandone la logica"²⁴. Semplificando la distinzione così tracciata, la vicenda del PAT sarebbe confinata alla forma, mentre quella dell'IA sarebbe invece incidente, almeno potenzialmente, sulla sostanza stessa del giudicare.

Ma siamo proprio certi che anche il processo telematico attenga solo al contenitore e non tocchi anche i contenuti del processo?

A livello di fonti del diritto il processo amministrativo telematico trova il suo fondamento nell'art. 136 c.p.a., che contiene la testa di capitolo della disciplina e che prevede un generale obbligo di sottoscrizione con firma digitale e di deposito con modalità telematiche degli atti, dei documenti e dei provvedimenti, e nell'art. 13 delle norme di attuazione dove si fa ora rinvio ad un decreto attuativo del Presidente del Consiglio di Stato recante le "regole tecniche-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico"²⁵.

Ci fu un dibattito – che sarebbe forse interessante andare a rileggere, a distanza di alcuni anni - che si svolse all'interno dell'organo di autogoverno della Giustizia amministrativa tra il 2015 e il 2016, mentre si andavano scrivendo allora le prime regole tecniche sul processo telematico che avrebbe preso il via nel 2017. La scrittura di quelle regole avveniva presso gli uffici della Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa di allora, memore della riserva di legge in materia processuale (art. 111,

²⁴ B.MARCHETTI, *ult. op. cit.*, 77..

²⁵ Nella versione originaria dell'art. 13 il rinvio era ad un d.p.c.m. ed in forza di esso era stato approvato il d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40, successivamente sostituito dal d.p.c.s. 28 dicembre 2020 cui ha fatto seguito il d.p.c.s. 28 luglio 2021 pubblicato nella G.U. 2 agosto 2021, n. 183, attualmente in vigore.

comma 1, Cost.), si preoccupava degli effetti che si sarebbero potuti produrre sia sulle regole processuali che sull'organizzazione del lavoro dei magistrati²⁶.

Se il processo è anche e soprattutto forma, il PAT ha segnato un nuovo formalismo che limita la tradizionale libertà delle forme che trova(va) il suo fondamento nell'art. 121 c.p.c.: la libertà del giudice e prima ancora la libertà delle difese²⁷. L'una e le altre sono infatti sempre più intaccate dalla progressiva modellizzazione e standardizzazione degli atti processuali.

E ancora, seppure è vero che il PAT per tanti versi attiene al contenitore, non di meno quando permette di abbandonare l'udienza fisica svolta in presenza, quando permette che la camera di consiglio, con il suo carico di "mistero", avvenga da remoto, tocca tasti e tratti essenziali del giudicare. Lo hanno sottolineato con grande efficacia Garamond e Lassègue nel loro imprescindibile studio sulla giustizia digitale²⁸. Nel processo amministrativo si è sin qui mantenuta la regola dell'udienza, e della camera di consiglio ad essa successiva, in presenza fisica²⁹; nel processo civile, invece, mi sembra che gli argini si siano rotti e, come spesso capita, tornare indietro richiederebbe a questo punto una determinazione molto forte.

Il rapporto tra il codice del processo amministrativo e il processo telematico potrebbe poi indurre ad una riflessione più ampia, se pensiamo a come il primo abbia vissuto di vita propria, prima che arrivasse il secondo, per una stagione brevissima, appena pochi anni. E' una vicenda singolare quella di un co-

26 Per un'eco di queste preoccupazioni, cui si accompagna il rilievo relativo alla "non neutralità del passaggio al processo telematico", si v., nei commenti di allora, L.VIOLA, *Giusto processo e processo amministrativo telematico: un difficile rapporto*, in *Urb. app.*, 2/2017, 180 ss., richiamando anche il parere reso a suo tempo sullo schema di d.p.c.m. citato alla nota precedente da Cons. Stato, sez. atti normativi, 20 gennaio 2016, n. 66.

27 La difesa personale, di cui all'art. 23 del c.p.a., già confinata in spazi ridotti, con gli oneri legati al PAT pare destinata ad incontrare nuovi e maggiori ostacoli.

28 A.GARAMOND, J.LASSÈGUE, *La giustizia digitale, cit.*, 137 ss., dove si sottolinea il nesso tra la presenza fisica e l'intuizione, l'essere la prima una condizione della seconda, e come il video privi la relazione giudiziaria del linguaggio del corpo.

29 Ed anche nel periodo pandemico vi fu la consapevolezza dello stato di eccezione che si stava vivendo, come dimostrato da Cons. Stato, sez. VI, ord. 21 aprile 2021, n. 2538. Per le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato l'udienza da remoto è peraltro la sola modalità consentita dall'art. 87, comma 4-bis, del c.p.a.

dice, la cui nascita, attesa come una buona novella per oltre un secolo, è stata quasi subito doppiata e condizionata dal sopravvenire del PAT che ha determinato la trasposizione digitale del processo fino a quel momento analogico. Con esso abbiamo avuto e abbiamo una buona dose di comodità in più nel lavoro quotidiano ed un recupero di efficienza, ma al prezzo, per così dire, di forme processuali più rigide, qualcuno direbbe più ordinate, qualcun altro direbbe meno libere e basta, Vi è stato inoltre, dato forse non da tutti colto, un grado maggiore di trasparenza; il PAT ha infatti illuminato alcuni luoghi del processo, angoli che prima restavano in ombra, penso soprattutto ad una serie di attività e di comunicazioni che si svolgono al di fuori dell'udienza – ad esempio le operazioni di accesso al fascicolo processuale da parte dei terzi non costituiti³⁰ – e che un tempo si svolgevano in forme opache e inafferrabili, sotto il “dominio” incontrollato delle cancellerie o delle segreterie, e delle quali, tante volte, il giudice non aveva conoscenza.

5. Dottrina e giurisprudenza. Informatici e giuristi

Sullo sfondo di queste brevi note si stagliano due coppie di soggetti.

Vi è il tema generale del rapporto tra la dottrina e la giurisprudenza, con le ricorrenti domande su quanto la prima riesca a farsi ascoltare dalla seconda, su quanto quest'ultima presti ascolto a ciò che è fuori da sé. Dove lo scenario da scongiurare è quello di due autoreferenzialità estreme destinate a non incontrarsi: quella del professore universitario che studia allo sfinimento un solo ed unico argomento, spesso incurante della poca dimensione pratica del suo studio; quella del giudice che legge solo le sentenze, i commenti e i libri suoi propri e dei suoi colleghi.

Queste considerazioni valgono tanto più nel diritto amministrativo, per la sua forte matrice giurisprudenziale e per il ruolo di guida tradizionalmente

³⁰ Sulle quali v. ora Cons. Stato, Ad. plen. ord. 12 aprile 2024, n. 5, dove è affrontato il tema del rapporto tra fonte primaria e fonte secondaria nell'osservanza del principio della riserva di legge in materia processuale, in particolare affermando che le regole tecnico-operative del PAT, di cui al d.p.c.s. 28 luglio 2021, fanno salvi i poteri processuali del giudice.

svoltovi dal Consiglio di Stato; un ruolo che è però da qualche tempo intaccato dalla rilevanza che è venuta assumendo anche sul terreno processuale la Corte di giustizia dell'Unione europea, dagli interventi della Corte costituzionale, dall'attivismo della Corte di cassazione con la sua lettura "dinamica" dell'art. 111, u.c., Cost.³¹ Al cospetto di questa trasformazione in atto la dottrina è sembrata progressivamente allontanarsi dal centro della scena, rinunciare al suo ruolo di analisi e di critica³².

Le luci accese sul momento della ricerca, anche dottrinale, sulla via della decisione della causa, potrebbero contribuire a invertire questa tendenza e a rivitalizzare il confronto, a beneficio di entrambi questi due mondi.

Merita poi maggiore attenzione, di quella sinora riservagli³³, anche il rapporto tra giuristi ed informatici. I primi dovrebbero chiedere ai secondi le cose di cui hanno bisogno, talvolta piuttosto semplici ma non meno importanti³⁴; aprirsi certamente all'informatica ma resistere alla tentazione di diventare esperti a loro volta. Gli informatici potrebbero fare qualche passo in più verso la comprensione del processo e dei suoi riti. A distanza di quasi dieci anni dall'introduzione del processo telematico, l'impressione è che rimanga, tra gli uni e gli altri, una comunicabilità ancora ridotta.

Pesa forse su questa comunicazione imperfetta una certa asimmetria informativa: l'informatico vede (può vedere) il lavoro del magistrato senza esserne visto. Ma fin dove arriva l'occhio dell'informatico?³⁵ Per storia ed abitudine

31 Su queste dinamiche rimando al mio *Questioni di giurisdizione e diritto dell'Unione europea*, in *Judicium.it*, 14 giugno 2024.

32 Il tema è stato posto e sviluppato in particolare, con il consueto acume, da A.TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa* (2015), in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2022, 413-425.

33 Fa eccezione in questo senso il dialogo tra A.FERRARA, M.RAMAJOLI, *La giustizia amministrativa nell'era della digitalizzazione. Dialogo tra informatica e diritto*, in M.RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale? cit.*, 147 ss.

34 Si pensi al confezionamento, sin qui piuttosto sciatto, delle epigrafi dei provvedimenti giurisdizionali, ricavandone l'oggetto sulla base di criteri finalmente omogenei, come anche opportunamente declinando "costituito" o "costituita" a seconda del genere maschile o femminile, il che oggi stranamente non avviene.

35 Si è parlato di "presa di potere degli informatici" (A.GARAPON, J.LASSÈGUE, *La giustizia digitale, cit.*, 47), il che oltre a "spiazzare" i giuristi, attuerebbe un ulteriore spostamento del

siamo abituati a preoccuparci soprattutto dell'occhio del Governo - del Ministero e, nel caso dei giudici amministrativi, della Presidenza del Consiglio dei Ministri - a difesa dell'indipendenza esterna del magistrato³⁶. Per Costituzione l'indipendenza è presidiata dall'autogoverno, cui sono riservate nomine, promozioni, trasferimenti, eventuali procedimenti disciplinari, e al Governo restano solamente i profili dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi (art. 110 Cost.), in quanto ritenuti più innocui sebbene non del tutto neutri. Senonché un conto è l'organizzazione dei beni immobili e delle dotazioni più semplici quali ad esempio gli arredi, come è stato sinora; un altro conto, e il discorso cambia, quando l'organizzazione include i sistemi informatici e il flusso dei loro dati, sino a penetrare con essi nel segreto della formazione della sentenza, registrando ad esempio i passaggi delle minute dall'estensore al presidente, le correzioni che vi avvengono.

Ma dell'occhio dell'informatico ci preoccupiamo abbastanza? Dovremmo interrogarsi della sua provenienza, conoscerne meglio la formazione culturale e deontologica, essere in grado di valutarne, se non direttamente almeno indirettamente, attraverso gli uffici della Giustizia amministrativa, l'operato e la fedeltà. C'è sempre in simili casi il rischio che a forza di delegare, e di *non fare*, non si sappia poi neppure più come controllare il *fare*, se giusto o sbagliato, degli altri.

confine pubblico/privato a vantaggio dei soggetti privati, che sono anche dei poderosi poteri che si consolidano ogni giorno e aumentano la propria ricchezza grazie alla disponibilità dei big data" (così M.R.FERRARESE, *Digitalizzazione e diritto. Alcune domande e questioni*, in M.RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale? cit.*, 36-37).

³⁶ Sull'indipendenza e sulla collocazione istituzionale del giudice amministrativo, tra regole (alcune datate) e prassi applicative (non tutte virtuose), v. S.BACCARINI, *Status e carriere dei giudici amministrativi*, in *Giustamm.it*, 30 giugno 2017.

FRANCESCO MARONE
professore ordinario di diritto costituzionale
francesco.marone@unisob.na.it

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E SOCIETÀ PUBBLICHE NEL QUADRO DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA

LOCAL PUBLIC SERVICES AND PUBLIC COMPANIES IN THE FRAMEWORK OF THE ECONOMIC CONSTITUTION

SINTESI

Con l'espressione servizio pubblico, fermo l'ampio dibattito dottrinale sulla definizione, può dirsi che si fa riferimento, in ultima analisi, all'esercizio di una funzione amministrativa finalizzata alla realizzazione di un interesse collettivo. Questo rende la gestione di un servizio pubblico, in astratto, difficilmente armonizzabile con il principio di concorrenza; ciò che, invece, si è reso necessario quando il legislatore ha deciso di affiancare, alle tradizionali forme di gestione dei servizi pubblici locali, il ricorso a società di capitali. Sin da subito si è posto il problema di armonizzare questo principio generale dell'economia di mercato con i caratteri del servizio pubblico, inevitabilmente legato all'indirizzo politico-amministrativo dell'ente che lo assume. Gli interventi legislativi sono stati numerosi e caratterizzati dalla necessità di far fronte ai rilievi che, in sede europea, venivano mossi a un modello che, in origine, appariva effettivamente poco compatibile con il principio di concorrenza. Dunque, una disciplina poco organica che ha fatto sì che il modello generale di società pubblica ne venisse in qualche modo inciso, così ponendo problemi che attengono anche al modello definito dalla Costituzione economica, che contempla l'intervento pubblico nell'economia e la proprietà pubblica delle società di capitali.

ABSTRACT

The expression public service, without prejudice to the extensive doctrinal debate on the definition, can be said to refer, in the final analysis, to the exercise of an administrative function aimed at the realization of a collective interest.

This makes the management of a public service difficult to harmonize with the competition principle; what, on the other hand, became necessary when the legislature decided to flank the traditional forms of management of local public services with the use of corporations. The problem of harmonizing this general principle of the market economy with the characteristics of public services, which are inevitably linked to the policies of the entity that assumes them, arose immediately. Laws have been numerous and characterized by the need to cope with the remarks that EU made to a model that, originally, appeared indeed not so compatible with competition principle. So, a disorganic discipline that caused the general model of state-owned company to be affected in some way, thus posing problems that also pertain to the model defined by the economic framework of Constitution, which provide public intervention in the economy and public ownership of corporations.

PAROLE CHIAVE: Servizi pubblici – società pubbliche – concorrenza - Costituzione economica.

KEYWORDS: Public services – state-owned company – competition principle – Constitution

INDICE: 1. Costituzione, mercato, concorrenza 2. Servizi pubblici e concorrenza 3. Cenni sulle società degli enti locali nel più generale quadro delle società di proprietà pubblica – 4. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990 – 5. La natura delle società miste – 6. L'affidamento del servizio – 7. Incompatibilità del modello italiano con il diritto eurounitario e riforma dell'art. 113 TUEL – 8. *L'in house providing* – 9. L'evoluzione della giurisprudenza eurounitaria e le conseguenti modifiche legislative – 10. *Segue*: il d.l. n. 223/2006 – 11. *Segue*: il d.l. n. 112/2008 e il suo regolamento di attuazione – 12. Il referendum del giugno 2011 e il suo seguito – 13. Le riforme del 2016: il Codice dei contratti pubblici e il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – 14. Le decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale del 2020 – 15. Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (23 dicembre 2022, n. 201) e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) - 16. Considerazioni conclusive: il comune non è un imprenditore ma lo Stato può (e in certi casi deve) esserlo

1. Costituzione, mercato, concorrenza

Con l'espressione "Costituzione economica" si è soliti indicare l'insieme delle disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici. Queste sono principalmente quelle racchiuse nel Titolo III della Parte I della Costituzione, ma anche in leggi ordinarie, quali ad esempio quella *antitrust* o quella che ha disposto la privatizzazione delle principali imprese pubbliche¹.

¹ Cfr. S. CASSESE, *Introduzione*, in ID (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, 3, il quale riferisce di altri due sensi che possono attribuirsi all'espressione costituzione

Tuttavia, se con questa espressione si vuole fare riferimento al modo in cui la Costituzione repubblicana guarda all'economia, è probabilmente più corretto non limitare l'analisi alle sole disposizioni che espressamente si riferiscono ai rapporti economici. Il progetto di società che la Costituzione disegna comprende senz'altro anche i suoi aspetti economici, ma questi sono definiti da un insieme di principi che va oltre i rapporti economici formalmente e strettamente intesi, primo fra tutti il principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'articolo 3. In quest'ottica, è condivisibile la posizione di chi ritiene che non vi sia una «una costituzione *economica* distinta dalla costituzione *politica*»².

Comunque, al di là delle precisazioni terminologiche, il modello economico delineato dalla Costituzione è un modello misto, nel quale l'economia di mercato convive con l'intervento pubblico finalizzato a correggerne le dinamiche verso fini di utilità sociale, in ultima analisi rivolti a quella eguaglianza sostanziale dell'articolo 3, che rappresenta forse il più importante elemento di novità della Costituzione.

Il disegno giuridico e istituzionale del nostro ordinamento costituzionale discende anche dalla nuova concezione del ruolo dello Stato nel sistema economico, nata per far fronte alla grande depressione degli anni trenta del '900. Non più un mercato che si autoregola in virtù delle aspettative razionali, ma un mercato regolato dal potere pubblico che ne corregge le distorsioni, divenendone anche attore, là dove necessario³.

economica. La seconda accezione è riferibile al professore di Oxford della fine del XIX secolo, Albert Venn Dicey, il quale ritiene che il diritto pubblico dell'economia non possa fondarsi solo sull'analisi delle norme, ma deve comprendere anche l'analisi dell'opinione pubblica, intesa nel senso di modo in cui i cittadini percepiscono il corso della storia economica. Il terzo significato dell'espressione costituzione economica include, oltre a norme costituzionali, leggi e opinione pubblica, anche gli aspetti amministrativi, ossia gli atti applicativi delle norme formali, che trasformano la costituzione economica in senso formale in diritto vivente.

2 O. CHessa, *La costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 11.

3 L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 25: «Negli anni '30 si costruì, infatti, una nuova infrastruttura giuridica e istituzionale, destinata a durare a lungo e giustificata per l'appunto con la necessità di non tornare più al passato, di evitare per sempre una nuova crisi di quelle dimensioni e di attribuire, quindi, un nuovo ruolo allo Stato, all'intervento pubblico e alla regolazione che impedisse la stessa creazione delle condizioni di una crisi generale. Proprio per questa ragione, quell'insieme di misure fu pensato,

In quest'ottica, la Costituzione italiana si inserisce come un elemento centrale di quel nuovo disegno politico-istituzionale che aprirà la stagione storica della ripresa economica post-bellica e dello sviluppo pieno dello stato sociale. Tuttavia, il tema del mercato viene affrontato dai Costituenti in modo per certi versi contraddittorio. La diffidenza nei confronti del libero mercato accomuna, in qualche modo, i comunisti e la componente cattolica sociale. I primi, dopo un iniziale atteggiamento più morbido, assumeranno una posizione di più netta avversione, avendo compreso che la via dell'opposizione era inevitabile. I democristiani, d'altro canto, finiranno per difendere il mercato più come libertà politica dei singoli che come sistema economico regolato dal diritto pubblico a tutela del suo regolare funzionamento⁴. Ne verrà fuori un quadro nel quale tutela del mercato e tutela della singola impresa si confondono fino a creare un'economia assistita nella quale il rapporto tra politica e imprenditoria sarà troppo stretto e troppo interdipendente⁵.

Naturalmente, non può non ricordarsi che nel quadro di quel disegno e di quegli equilibri nacque e si sviluppò il *boom* economico italiano degli anni '50 e '60; ma ciò non toglie il carattere peculiare dell'infrastruttura giuridico-istituzionale, caratterizzata dal fatto che, rispetto al modello del libero mercato, la Costituzione italiana disegna un'economia nella quale programmi e diritti individuali prevalgono sul principio di libera concorrenza.

La concorrenza, come principio pubblicistico di regolazione del mercato atto a garantire parità tra i concorrenti, entrerà nell'ordinamento italiano dalla porta europea, affermandosi progressivamente fino alla sua piena attuazione

se pur con gli ovvi e sempre presenti condizionamenti delle contingenze politiche, non come un rimedio temporaneo ad una crisi passeggera, ma come una infrastruttura stabile e permanente, che doveva appunto sia rimediare al passato, sia determinare un futuro più sicuro e scevro da rischi e pericoli».

4 Francesco Saverio Nitti, in Assemblea, commentò che si trattava di una «*unione innaturale tra la falce e il martello e la croce e l'aspersorio*». Pasquale Saraceno, nella sua *Intervista sulla Ricostruzione*, Bari, 1977, sintetizzava la saldatura tra comunisti e democristiani nei confronti del mercato in questi termini: «*Il pensiero marxista e il pensiero sociale cattolico si congiungevano allora sul tema del controllo della anarchia capitalista*».

5 Si veda G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica. Atti del convegno dell'AIC del 11-12 ottobre 1991 a Ferrara*, Padova, 1997, 7 ss. Più diffusamente, su questi temi, G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976.

con l'approvazione della legge n. 287 del 1990, che istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La piena apertura dell'ordinamento italiano al libero mercato e alle sue regole fondanti avviene, quindi, in ragione dell'adesione dell'Italia alle comunità europee. È un percorso progressivo nel quale quanto più i mercati europei si integrano, tanto più il principio di concorrenza si afferma pienamente e diffusamente⁶.

Tuttavia, il principio di concorrenza non sembra essere stato del tutto assorbito dal nostro ordinamento, almeno non nei termini di principio generale di regolazione del mercato.

Basta citare vicende recenti, tra le quali senza dubbio la più evidente è quella relativa alle concessioni balneari marittime, per comprendere come il rapporto del nostro ordinamento con il principio generale che regola il libero mercato sia ancora un rapporto controverso.

Com'è noto, il Consiglio di Stato, con due decisioni dell'Adunanza Plenaria⁷, ha dovuto ribadire che il principio di concorrenza che informa l'ordinamento eurounitario non è compatibile con una disciplina legislativa che sottrae un intero settore economico alla libertà di stabilimento garantita a cittadini e imprese dall'art. 49 TFUE. In quelle decisioni, il Consiglio di Stato, forse eccedendo i limiti della propria giurisdizione, ha fissato al 31 dicembre 2023 la data oltre la quale la disciplina legislativa di proroga dovrà ritenersi non più efficace, arrivando a dire che «oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale proroga

6 Sulla progressiva apertura del sistema giuridico-economico italiano in ragione del procedere dell'integrazione europea e sulle sue conseguenze si veda G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA.VV., *La Costituzione economica* cit., 21 ss. Più di recente, per una puntuale ricostruzione di tutte le fasi di quel processo si veda F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Padova, 2019.

7 In *Giur. cost.* 2021, 2935 ss., con nota di E. DI SALVATORE, *Proroghe legislative automatiche, non applicazione e disapplicazione: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulla direttiva servizi*; si veda anche il commento di C. FELIZIANI, *Norma interna in contrasto con il diritto europeo, doveri del funzionario pubblico e sorte del provvedimento amministrativo "antieuropeo"*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 460.

legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento UE».

Il legislatore, ancora di recente, ha ulteriormente prorogato - con il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (art. 10-*quater*) - il termine di scadenza delle concessioni balneari, portandolo al 31 dicembre 2025; e ancora una volta il Consiglio di Stato ha ribadito che la norma di proroga si pone «in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato»⁸.

In altro ambito, sempre il Consiglio di Stato è dovuto intervenire a chiarire che un'operazione societaria straordinaria che comporti «l'allargamento della compagine sociale a soci privati o la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati», deve rispettare le procedure di evidenza pubblica richieste dalla legge per la selezione dei soci privati nelle società pubbliche⁹.

Ancora, sempre recentemente, la Corte costituzionale ha annullato una legge regionale che disponeva la proroga automatica delle concessioni di servizio di trasposto pubblico locale, ribadendo il carattere trasversale della competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza¹⁰.

Naturalmente, sono soltanto pochi esempi, ma che danno il senso di una difficoltà del principio di concorrenza ad affermarsi pienamente nell'ordinamento italiano.

D'altra parte, non va dimenticato che si tratta di un principio originariamente non accolto, quantomeno non in termini espliciti, dalla Costituzione e che, forse, assume un carattere strumentale, e quindi in qualche modo anche recessivo, rispetto ai valori costituzionali che delineano il quadro socio-econo-

⁸ Consiglio di Stato, sez. 6^a, 1° marzo 2023, n. 2192.

⁹ Cons. Stato, sez. 5^a, 6 settembre 2021, n. 6213, in *Urbanistica e Appalti*, 2022, 369 ss., con nota di V. DONATIVI, *Fusione e scissione di società partecipate: le indicazioni "ultra petita" del Consiglio di Stato*.

¹⁰ Corte costituzionale, 15 marzo 2021, n. 38

mico, a partire dall'eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, della Costituzione¹¹.

2. Servizi pubblici e concorrenza

La definizione di cosa debba intendersi con l'espressione "servizio pubblico" è oggetto di un dibattito non ancora giunto a conclusioni unanimemente condivise¹². Tuttavia, non sembra doversi dubitare che si tratti, in ultima analisi, dell'esercizio di una funzione pubblica che l'amministrazione assume, attraverso una scelta discrezionale che ha necessariamente un contenuto anche politico, debba essere esercitata perché necessaria per i cittadini e la vita della comunità¹³.

Si tratta, quindi, dell'esercizio di una funzione amministrativa finalizzata alla realizzazione di un interesse collettivo. Questo rende la gestione di un servizio pubblico, in astratto, difficilmente armonizzabile con il principio di concorrenza; ciò che, invece, si è reso necessario quando il legislatore ha deciso di affiancare, alle tradizionali forme di gestione dei servizi pubblici locali, il ricorso a società di capitali.

Da un lato, la circostanza che lo strumento societario si sottraesse ad alcuni vincoli e formalità proprie dell'amministrazione pubblica, soprattutto in tema di selezione del personale e dei contraenti, ha fatto sì che il ricorso a questa soluzione fosse molto ampio, creando un vero e proprio nuovo *genus* nel novero delle società, con problemi e caratteristiche affatto peculiari. Dall'altro, la probabile iniziale inconsapevolezza del legislatore dell'irrompere della con-

11 In questo senso, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale AIC, Torino 27-29 ottobre 2011*, Napoli, 2014, 3 ss.

12 F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi*, 14/2016, ricostruisce sinteticamente il dibattito citando in nota le diverse posizioni.

13 F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, 5, richiamando E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 647, definisce servizio pubblico «la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico che organizza un'offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti; esso è assunto dal soggetto pubblico con legge o atto generale, rendendo doverosa la conseguente attività».

correnza come principio ordinatore del servizio pubblico locale¹⁴, là dove questo veniva gestito nelle forme privatistiche della società a scopo di lucro, ha fatto sì che si ponesse sin da subito il problema di armonizzare questo principio generale dell'economia di mercato con i caratteri del servizio pubblico, inevitabilmente legato all'indirizzo politico-amministrativo dell'ente che lo assume¹⁵.

I problemi sono venuti sin da subito fuori in tutta la loro evidenza e il legislatore, nel tentativo di salvaguardare le ragioni del mercato, ha iniziato a limitare e specificare funzionamento e struttura delle società degli enti locali, fino a incidere, come vedremo, sul *genus* della società pubblica, più ampio e del tutto autonomo dalla specificità della gestione dei servizi pubblici locali.

3. Cenni sulla storia della gestione dei servizi pubblici locali

Affrontare in modo organico, ricostruendone nel dettaglio i tratti salienti e le linee evolutive, la storia della gestione dei servizi pubblici locali è forse una missione impossibile¹⁶. Tuttavia, una riflessione su questi temi appare non solo utile, ma necessaria; in particolare, in una prospettiva costituzionalistica, come fenomeno che deve inquadrarsi nel contesto dell'art. 41 della Costituzione, ovvero del delicato equilibrio tra economia privata, economia pubblica e tutela della concorrenza.

La storia delle società pubbliche nel nostro ordinamento è una storia ultracentenaria, fatta di diverse stagioni e, inevitabilmente, di modelli e discipline stratificati.

¹⁴ Sul punto si veda G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *federalismi.it*, 6/2014.

¹⁵ M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 520, il quale specifica il concetto affermando che «il legislatore spinse l'amministrazione nell'unico spazio da evitare: quello a metà del guado tra la riva della dimensione pubblica degli interessi e del servizio pubblico e quello dell'impresa e della concorrenza».

¹⁶ M. CAMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI E F. DONATI, Torino, Giappichelli, 2010, 127. Nello stesso volume si veda anche F. MERUSI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, 1.

Si va dalla legge istitutiva della Banca d'Italia, alla fine dell'Ottocento, e alla sua successiva evoluzione come istituto di credito di proprietà pubblica, alle società di diritto speciale degli anni venti e trenta del secolo scorso, frutto anche del salvataggio di imprese andate in crisi negli anni della grande depressione, fino alla creazione di un sistema di *holding* pubbliche (Iri, Eni, Efim) in funzione di raccordo tra le società di proprietà pubblica, operanti in regime di diritto privato, e il Ministero delle partecipazioni statali¹⁷.

La fase più recente, caratterizzata dall'adeguamento al diritto eurounitario del sistema di imprese pubbliche e da un diffuso *favor* per la privatizzazione, ha conosciuto anche la nascita e il rapido sviluppo delle società c.d. miste, ovvero delle società di capitali partecipate, in tutto o in parte, dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali.

Queste società, inizialmente previste dall'art. 22 della legge n. 142 del 1990 come una delle possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali, hanno conosciuto uno sviluppo molto significativo, probabilmente andando oltre le stesse intenzioni del legislatore che le aveva introdotte nell'ordinamento.

Negli anni si è assistito a una crescita tale da snaturare il senso della iniziale previsione legislativa, rendendo necessari interventi incisivi - tanto in sede giurisprudenziale, nazionale ed eurounitaria, quanto in sede legislativa - per riequilibrare il sistema. Da articolazioni privatistiche dell'amministrazione locale, alternative all'azienda speciale e alla concessione nella gestione dei servizi pubblici locali, queste società sono cresciute e hanno mutato forme e strategie, fino a divenire, in alcuni casi, vere e proprie *holding* quotate in borsa.

17 M. CLARICH, Società di mercato e quasi-amministrazioni, in *Dir. amm.*, 2009, 253, il quale per la ricostruzione storica dell'impresa pubblica nell'ordinamento italiano fa riferimento a P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, Giappichelli, 1992; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 1000.

La natura ibrida di queste società, al tempo stesso affidatarie dirette di contratti pubblici e concorrenti nel libero mercato, ha imposto, anche e soprattutto per impulso dell'ordinamento europeo, mutamenti di disciplina normativa tesi, per lo più, a neutralizzare la turbativa della concorrenza nel mercato di cui questi soggetti erano parte. La tendenza legislativa che si è sviluppata è giunta a esiti non del tutto coerenti e, comunque, di difficile raccordo con il sistema economico discendente dall'articolo 41 della Costituzione, per cui sembra utile ricostruirne brevemente i tratti salienti.

4. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990

Come detto, l'art. 22, l. n. 142/1990 ha introdotto nell'ordinamento, tra le forme attraverso cui Comuni e Province possono gestire i servizi pubblici locali, quella della società per azioni a prevalente capitale pubblico, ovvero le cosiddette società miste.

Si tratta di disposizioni che sono rimaste sostanzialmente immutate per oltre dieci anni, fino cioè all'approvazione della l. n. 448/2001 che, per venire incontro ai rilievi mossi in sede europea al modello italiano di gestione dei servizi pubblici locali, ha modificato il testo dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali) che, nel frattempo, aveva recepito la disposizione originariamente contenuta nella legge n. 142/90.

Fino a quel momento la legge prevedeva semplicemente che, oltre alle ipotesi di gestione in economia, di concessione a terzi o di azienda speciale, si potesse far ricorso allo strumento della società mista, pubblico-privato, con affidamento diretto del servizio.

L'art. 113 è riferito ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, la cui nozione va tenuta distinta da quella di rilevanza industriale, poiché la rubrica dell'art. 113 è stata modificata dall'art. 14, d.l. n. 269/2003, sostituendo l'aggettivo "economica" a quello precedentemente utilizzato "industriale".

Prima del d.l. n. 269/2003 per rilevanza industriale si intendeva il carattere imprenditoriale di un'attività conformemente al dettato dell'art. 2082 c.c.,

alla stregua del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi»¹⁸.

Sono, dunque, servizi pubblici di rilevanza industriale quelle attività economiche svolte da più imprenditori in un mercato concorrenziale, che ne assumono il rischio senza il soccorso economico-finanziario pubblico.

Successivamente all'entrata in vigore del d.l. 269/2003, si è esteso l'ambito di applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali, facendo questo riferimento non più alla rilevanza industriale ma alla rilevanza economica dei servizi, utilizzando, quindi, un concetto più generale.

Hanno rilevanza economica tutti quei servizi che abbiano potenzialmente una redditività e che possano dar vita a un mercato concorrenziale, indipendentemente dall'intervento o meno di finanziamenti pubblici¹⁹. Si tratta di una

18 Consiglio di Stato, sez. 5^a, 15 aprile 2004, n. 2155.

19 T.A.R. Sardegna, sez. 1^a, 2 agosto 2005, n. 1729. Si è riconosciuto che «il servizio di manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione non può essere annoverato tra quelli privi di rilevanza industriale o economica, richiedendosi per il suo esercizio l'impiego di capitali, mezzi e personale da destinare allo svolgimento di un'attività economicamente rilevante, cui ordinariamente consegue anche la produzione di un utile di gestione» (T.A.R. Basilicata, 15 aprile 2005, n. 271). Sempre con riguardo ai servizi d'illuminazione si è affermato che «il carattere di servizio pubblico locale dell'illuminazione delle strade comunali è confermato dai richiami storici (la pubblica illuminazione era inclusa fra i servizi pubblici comunali ex art. 1, lett. c), R.d. n. 2578/1925 e nel Tulp n. 383 del 1934) e ribadito dal divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, introdotto nell'art. 113 Tuel (l. n. 448 2001 e d.l. n. 269 2003): al pari di altri pubblici servizi, anche il servizio locale di illuminazione pubblica si avvale di un sistema di impianti collegati a rete per la diffusione dell'energia» (Consiglio di Stato, sez. 5^a, 16 dicembre 2004, n. 8090). Più di recente si è ribadito che «La giurisprudenza è consolidata nel riconoscere che il servizio di illuminazione pubblica rientra tra i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica» (T.A.R. Lombardia, sez. 1^a, 14 giugno 2019, n. 1376). Ancora, la qualificazione di servizio pubblico di rilevanza economica è stata riconosciuta con riferimento alla gestione dei rifiuti (T.A.R. Lombardia, sez. 3^a, 8 aprile 2003, n. 994); alla manutenzione delle strade, illuminazione pubblica e impianti elettrici e tecnologici comunali e manutenzione del verde pubblico, che rivestono sicuramente rilevanza economica, «poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale» (T.A.R. Liguria, sez. 2^a, 28 aprile 2005, n. 527); allo spazzamento delle strade (T.A.R. Lombardia, sez. 3^a, 13 aprile 2004, n. 1451); alla illuminazione cimiteriale (T.A.R. Puglia, sez. 3^a, 11 settembre 2007, n. 2103; T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. 1^a, 1 giugno 2016, n. 1138; T.A.R. Campania, sez. 3^a, 10 dicembre 2020, n. 6023); alla gestione degli stabilimenti balneari (Consiglio di Stato, sez. 5^a, 9 dicembre 2016, n. 5193). Anche con riferimento alla gestione dei porti turistici si è di recente affermato che «La gestione di un porto turistico è qualificabile come servizio pubblico locale di rilevanza economica e a domanda individuale, giacché, nonostante la finalità turistico-ricreativa soddisfi interessi privati di una fascia ristretta di utenti, sussistono nondimeno rilevanti interessi pubblici quali la valorizzazione turistica ed economica del

definizione che assume notevole rilievo, giacché la classificazione di un'attività come servizio pubblico di rilevanza economica comporta la sottoposizione della stessa alla disciplina dettata per la gestione dei servizi pubblici locali²⁰.

5. La natura delle società miste

Problema di carattere generale è costituito dalla natura giuridica delle società miste, in ordine alla quale, in dottrina e in giurisprudenza, si rinven-
gono tre opzioni interpretative²¹: secondo la prima, le società miste rappresentereb-

territorio, l'accesso alla via di comunicazione marina e la potenziale fruizione da parte dell'intera collettività laddove ricorrano eccezionali esigenze di trasporto pubblico; in virtù del principio di auto-organizzazione e in base al diritto euro-unitario, il Comune può esercitare anche i servizi pubblici di interesse economico (oltre a quelli privi di tale rilievo) nelle forme dell'amministrazione diretta, ossia internalizzandoli e gestendoli con la propria organizzazione» (T.A.R. Liguria, sez. 1^a, 9 novembre 2021, n. 946).

20 Su questo tema è intervenuta la Corte costituzionale (sentenza n. 325/2010) che ha provato ad individuare una nozione oggettiva di rilevanza economica, anche se, come notato da V. COCOZZA, Una nozione oggettiva di «rilevanza economica» per i servizi pubblici locali, in *Munus*, 2011, 237 con esiti non del tutto convincenti. Più recentemente, la Corte, con sentenza 25 maggio 2020, n. 103, ha avuto modo di precisare che «In effetti, la qualificazione in termini di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" ai sensi della legislazione nazionale, o quella (già considerata omologa alla prima dalla giurisprudenza di questa Corte: sentenze n. 325 del 2010 e n. 272 del 2004) di "servizio di interesse economico generale" ai sensi della disciplina dell'Unione europea, non dipendono tanto dalla natura dell'attività svolta, quanto dalla circostanza che l'ente pubblico abbia in concreto inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati; responsabilità che poi potrà essere svolta in proprio, ovvero attraverso affidamenti cosiddetti in house, o ancora delegandone l'esercizio a imprese private mediante contratti di concessione».

21 F. CARINGELLA, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di F. CARINGELLA, A. GIUNCATO, F. ROMANO, Milano, Giuffrè, 2007, 714. In generale su questi temi si veda M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 2581; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1985; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004; A. ZUCCHETTI, *Articolo 112*, in *Commento al Testo Unico de gli Enti Locali* (a cura di V. ITALIA), Milano Giuffrè, 2000, 1133; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994; G. NAPOLITANO, *Dieci anni di riforme amministrative. I servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 7, 804; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; R. CAVALLO PERIN, *Articolo 112*, in *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali* (a cura di R. CAVALLO PERIN – A. ROMANO), Padova, Cedam, 2006, 604; F. CARINGELLA, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli Enti Locali, Commentario al Testo Unico* (a cura di F. CARINGELLA, A. GIUNCATO, F. ROMANO), Milano, Giuffrè, 2007, 711; F. CARINGELLA, *Gli organismi di diritto pubblico*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di R. DE NICTOLIS), Milano, Giuffrè, 2007, 233; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005; A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 478 ss.; L. R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 678 ss.; L. CARBONE, R. VICARIO, *Osservatorio delle decisioni del Consiglio di Stato - criteri distintivi dei servizi pubblici a rilevanza economica*,

bero una estensione del concetto di ente pubblico, ovvero rappresenterebbero un organismo con autonoma personalità giuridica inserito nel quadro generale organizzativo dell'ente di riferimento. Si tratterebbe, in altri termini, di una soluzione alternativa a quella della gestione in economia o attraverso azienda speciale, poiché l'ente locale deciderebbe di costituire un organo formalmente terzo, essendo una società di diritto privato, ma sostanzialmente privo di autonomia gestionale e sottoposto alle direttive dell'ente territoriale di appartenenza.

Trattandosi di una sorta di ente pubblico in forma societaria, risultano di più facile soluzione tutti i problemi di compatibilità con i principi eurounitari e in particolare l'affidamento diretto del servizio.

Una seconda tesi è quella che riconosce a queste società natura di soggetti di diritto privato del tutto autonomi dall'ente di riferimento. Si tratta di una ricostruzione che muove da un punto di vista strettamente privatistico e che giunge a ritenere l'ente locale titolare del servizio e la società per azioni che lo gestisce come soggetti del tutto autonomi, se non per la scelta originaria dell'ente locale di costituire la società stessa. In questo quadro, non residua in capo all'ente locale alcun potere direttivo ma soltanto il ruolo di azionista, con i poteri che a quello *status* collega il diritto societario. È evidente che sul piano della compatibilità con i principi eurounitari questa soluzione crea maggiori problemi della precedente, poiché non vi è possibilità di sostenere la legittimità di un affidamento diretto a una società che è formalmente, a parte il suo mo-

in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 75 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nella riflessione di Domenico Sorace*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2020, 533 ss.; P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2020, 531 ss.; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2016, 1457 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.; M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. Dir., I tematici III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1086 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2012, 629 ss.; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 ss.; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2020, 53 ss.; R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023.

mento genetico, uno dei tanti soggetti di diritto privato che operano in un determinato mercato.

Un'ultima posizione presente in dottrina, peraltro maggioritaria, è quella di ritenere che la questione non possa essere risolta in termini univoci e generali ma che si debba avere riguardo, in concreto, alla natura della singola società mista e al rapporto di autonomia o di subordinazione di questa con l'ente locale di riferimento.

6. L'affidamento del servizio

Come visto, legato al problema della natura giuridica delle società miste è quello delle modalità di affidamento del servizio. Più in particolare, se sia necessario un atto concessorio e se, per la scelta dei soci privati sia necessaria una gara. Si dava per scontato, inizialmente, che fosse legittimo l'affidamento diretto senza gara alla s.p.a. dell'ente locale titolare del servizio.

In ordine alla necessità di un esplicito atto concessorio si distinguono un'impostazione pubblicistica e una privatistica. Secondo la prima non è necessaria una procedura comparativa per la individuazione del gestore del servizio poiché questo viene affidato a un soggetto che è un organo con personalità giuridica, inserito nell'organizzazione dell'ente titolare del servizio. L'impostazione privatistica, che riconosce alle società miste totale autonomia rispetto all'ente di riferimento, risulta invece più difficilmente compatibile con il diritto europolitano, poiché, se vi è autonomia, non può esservi affidamento diretto, ovvero non può eludersi il ricorso a procedure di evidenza pubblica.

In proposito si è notato²² che prima della riforma del 2001 il testo dell'art. 113 era tale da non lasciare adito a dubbi, nel senso che la società per azioni non avesse bisogno per la gestione del servizio di un atto concessorio e non vi fosse l'obbligo di esperire procedure di evidenza pubblica. Il testo originario dell'art. 113 cita, infatti, tra le forme attraverso cui può essere gestito il servizio pubblico locale, anche la concessione, oltre alla società di capitali a pre-

²² F. CARINGELLA, I servizi pubblici locali, cit., 716.

valente partecipazione pubblica. Ne consegue che si tratta di forme di gestione alternative nelle quali il concessionario deve essere individuato attraverso l'evidenza pubblica mentre la società mista, una volta costituita, esercita direttamente il servizio.

In questa seconda fattispecie resta, però, da chiarire la questione relativa al socio privato. La lettera *e)* del testo originario dell'art. 113 stabiliva che dell'azionariato della società di capitali istituita per la gestione del servizio pubblico locale potessero far parte anche soggetti privati. Si poneva, quindi, il problema della modalità di scelta del socio. Se fosse, cioè, necessaria una gara per la sua individuazione o se, invece, si dovessero seguire le norme privatistiche individuando direttamente su base fiduciaria il socio privato. Questa seconda ipotesi è, naturalmente, più consona alla tesi tutta privatistica che riconosce piena autonomia alle società in questione, mentre risulta più difficilmente conciliabile con l'impostazione pubblicistica secondo la quale queste società sarebbero, comunque, organismi di diritto pubblico posti sotto la direzione dell'ente locale di riferimento.

In proposito è sufficiente ricordare che, a partire già dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, la giurisprudenza, sia ordinaria sia amministrativa, si è orientata in maniera pressoché uniforme nel senso della necessità della gara per la individuazione del socio privato.

In sintesi, nell'impianto originario dell'art. 113, qualora si decidesse di utilizzare una società per azioni per la gestione del servizio pubblico, non era necessaria una concessione né, quindi, una gara per l'individuazione del concessionario ma era, di contro, necessaria l'evidenza pubblica per la scelta del socio privato. Questa soluzione interpretativa lascia aperta la questione della compatibilità dell'affidamento diretto con il diritto comunitario, in particolare in assenza di limitazioni alla attività cosiddetta *extra moenia*.

7. Incompatibilità del modello italiano con il diritto eurounitario e riforma dell'art. 113 TUEL

L'impianto originario dell'art. 113 che, come ricordato, risultava essere sostanzialmente analogo a quello introdotto *ex novo* nell'ordinamento giuridico italiano dalla l. n. 142/1990, ha posto, dunque, problemi di compatibilità con il diritto eurounitario. In particolare, la Commissione europea contestava all'Italia la disciplina dell'art. 113 nella parte in cui consentiva un affidamento diretto senza gara, perché la riteneva incompatibile con i principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione delle imprese su base nazionale. L'incompatibilità della disciplina italiana con i principi generali del libero mercato europeo era, poi, aggravata dalla mancata previsione esplicita della necessità della evidenza pubblica per la scelta del socio privato della società di capitali affidataria della gestione del servizio.

Per evitare sanzioni in sede europea, il legislatore italiano è intervenuto dapprima con la l. n. 448/2001 e poi con il d.l. n. 269 del 2003, superando, come già ricordato, la nozione di rilevanza industriale dei servizi in favore della più generale rilevanza economica degli stessi e stabilendo che il servizio possa essere gestito, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, da società di capitali individuate con procedura a evidenza pubblica; da società a capitale misto, pubblico-privato, nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica; da società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano.

Se i primi due modelli gestionali rispondono direttamente ai rilievi mossi dalla Commissione europea, il terzo rappresenta un elemento di novità, ovvero introduce nell'ordinamento italiano quella modalità di gestione che nel diritto eurounitario assume il nome di *in house providing*.

8. *L'in house providing*

Questa figura trova origine, in sede europea, nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione affermava che appalti *in house* erano quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ovvero tra una amministrazione centrale e una locale o tra un'amministrazione e una società da essa interamente controllata. Questo principio, così inizialmente introdotto nell'ordinamento europeo, venne ripreso e sviluppato dalla sentenza *Teckal* del 1999 nella quale la Corte di giustizia affermò la legittimità dell'affidamento diretto della gestione di un servizio a un soggetto avente una personalità giuridica distinta da quella dell'ente affidante, ancorando la legittimità di questa modalità gestionale alla compresenza di due elementi: che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi; che l'affidatario svolga la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano.

Si tratta, dunque, per comprendere quando è possibile affidare la gestione di un servizio pubblico senza ricorrere all'evidenza pubblica, di definire con chiarezza cosa si intenda per controllo analogo.

Il controllo analogo va inteso in termini di controllo strutturale e non di controllo sull'attività, nel senso cioè che l'ente pubblico azionista deve esercitare veri e propri poteri direttivi e non soltanto un controllo *ex post*, per quanto stringente, sull'attività. Si deve, quindi, trattare di qualcosa in più di quella influenza dominante utile a classificare un ente come organismo di diritto pubblico.

L'astrattezza dei criteri definitivi utilizzati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Teckal* ha reso necessario un ulteriore intervento a distanza di circa cinque anni, finalizzato a definire più chiaramente i confini dell'affidamento *in house*.

Con la sentenza *Stadt Halle* del 2005 la Corte di giustizia è ritornata su questi temi chiarendo il concetto di controllo analogo, nel senso che esso è in-

compatibile con la presenza di capitale privato nell'azionariato della società. La presenza dei privati rende, infatti, precario il controllo dell'Amministrazione sull'azienda affidataria del servizio, giacché inevitabilmente la presenza dei privati nella compagine sociale porta con sé una logica imprenditoriale che ha finalità del tutto diverse da quelle, squisitamente pubblicistiche, dell'azione amministrativa.

Questa decisione assume grande rilievo poiché mette un punto definitivo sull'accesso delle società cosiddette miste al meccanismo dell'*in house providing*, ovvero esclude la possibilità dell'affidamento diretto alle società con capitale misto pubblico-privato.

Ulteriore specificazione si rinviene nella sentenza *Parking Brixen* del 2005. Con questa decisione la Corte di giustizia ha chiarito che il requisito del controllo analogo è da considerare incompatibile con una vocazione commerciale della società affidataria; vocazione commerciale resa palese dall'ampliamento dell'oggetto sociale a settori diversi da quello dell'affidamento, nonché dalla previsione statutaria dell'apertura del capitale sociale a terzi e dalla previsione della possibilità dello svolgimento di attività al di fuori dell'ambito territoriale di appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero della possibilità di svolgere attività cosiddette *extra moenia*.

Questo orientamento restrittivo, inaugurato dalla Corte di giustizia con la sentenza *Parking Brixen*, è stato poi confermato e precisato dalle successive decisioni *Modling* del 2005 ed *Anav* del 2006. Si è notato²³ che l'intervento limitativo della Corte di giustizia si collega al fenomeno dell'elusione dei principi comunitari in tema di concorrenza, attraverso l'ingresso nell'azionariato della società affidataria del servizio pubblico di soci privati, in un tempo successivo a quello dell'affidamento e senza le garanzie dell'evidenza pubblica.

Va qui ricordato che il Consiglio di Stato ha dovuto recentemente chiarire, con la già citata sentenza n. 6213 del 2021, che l'ingresso di soci privati in

23 G. GUZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: tra ripensamenti legislativi e incertezze giurisprudenziali, in www.lexitalia.it.

una società pubblica non può mai avvenire, nemmeno all'esito di una complessa operazione straordinaria, se non con procedura concorrenziale a evidenza pubblica²⁴.

Per quanto riguarda l'attività svolta dal soggetto aggiudicatario in prevalenza con l'ente o gli enti pubblici che lo controllano, la circostanza può ricorrere o nel caso in cui la società *in house* eroghi direttamente servizi pubblici in sostituzione dell'amministrazione affidataria o nel caso in cui la stessa società operi come stazione appaltante in sostituzione dell'amministrazione, procurando così beni necessari all'attività istituzionale. Questo aspetto, come vedremo, ha creato significativi dubbi interpretativi, fino all'intervento del legislatore del 2006.

9. L'evoluzione della giurisprudenza eurolunitaria e le conseguenti modifiche legislative

L'evoluzione restrittiva della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *in house providing*, tanto in termini di necessaria partecipazione totalitaria all'azionariato della società affidataria del servizio, quanto in ordine alle attività extraterritoriali delle società *in house*, ha comportato negli anni la necessità di successivi interventi legislativi, fino all'approvazione dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008.

L'art. 14 d.l. n. 269/2003 ha modificato l'art. 113 nel senso di richiedere, tanto alla lettera *a*) del comma 4 (gestione delle reti), quanto al comma 5 (erogazione del servizio), la partecipazione totalitaria di capitale pubblico per l'affidamento diretto senza procedure a evidenza pubblica.

Sul punto, come visto, è intervenuta anche la Corte di giustizia, escludendo la ricorrenza del requisito del controllo analogo nel caso in cui all'azionaria-

²⁴ Sul punto è stato condivisibilmente osservato che «attraverso l'apertura del capitale sociale a operatori economici privati si realizza anche il descritto fenomeno di "circolazione dell'affidamento", che viene realizzato "non attraverso un (nuovo) affidamento esterno integrale, bensì ricorrendo alla modifica del profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già attribuito". In ipotesi di tal fatta, la gara a doppio oggetto per la selezione del partner privato risulta dunque imposta dalla necessaria osservanza delle normative di derivazione eurolunitaria in tema di affidamento di concessioni e appalti, al fine di garantire una sostanziale equiparazione tra detta selezione e la gara per l'affidamento di tali contratti pubblici». Cfr. V. DONATIVI, *op. cit.*, 380.

to partecipassero soggetti privati. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 1/2008, ha chiarito, recependo gli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria, che, ai fini dell'affidamento diretto della gestione del servizio pubblico, non è sufficiente la partecipazione pubblica totalitaria, ma è necessario che l'ente pubblico azionista disponga di strumenti di controllo, maggiori di quelli che il codice civile riconosce alla maggioranza degli azionisti. In particolare: lo statuto della società non deve consentire che quote del capitale sociale siano alienate a soggetti privati; al consiglio di amministrazione non devono essere affidati rilevanti poteri gestionali e contestualmente, come detto, l'ente pubblico controllante deve essere titolare di poteri più incisivi di quelli normalmente riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza degli azionisti; l'azienda, inoltre, non deve avere una vocazione commerciale, ovvero non deve ampliare l'oggetto sociale, non deve aprirsi ad altri capitali, né deve espandere la propria attività dal punto di vista territoriale a tutta l'Italia e all'estero; le decisioni più importanti devono essere preventivamente vagliate dall'ente affidante.

L'adunanza plenaria n. 1/2008 ha costituito, come si è notato²⁵, il più importante tentativo di organica razionalizzazione della materia dell'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali, tanto da rappresentare il punto di partenza della riforma legislativa di cui all'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008. L'orientamento è stato, peraltro, confermato anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 439 del 2008.

Inoltre, con la stessa decisione, l'adunanza plenaria ha anche chiarito, richiamando il parere della 2^a sezione del Consiglio di Stato n. 456 del 2007, che, qualora si scelga di utilizzare la forma della società mista per la gestione del servizio pubblico locale, non è sufficiente, perché sia legittimo l'affidamento diretto, che il socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, essendo richiesto, nelle ipotesi in cui vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, che ricorrano due garanzie: sostanziale

²⁵ G. GUZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali, cit.

equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio e gara per la scelta del socio, tale per cui il socio si configuri come operativo, ovvero concorra materialmente allo svolgimento del servizio; che sia previsto un rinnovo della procedura di selezione del socio alla scadenza di un dato periodo di tempo, per evitare che il socio divenga un socio stabile.

Va, infine, segnalato, in ordine alla questione del controllo analogo, che la Corte di giustizia, con sentenza del 17 luglio 2008 in causa C-371/05, ha ritenuto che ricorresse un'ipotesi di controllo analogo, nonostante lo statuto dell'affidataria prevedesse la possibilità dell'ingresso di soci privati, poiché nella fattispecie quell'ingresso non era avvenuto. In proposito si è parlato²⁶ di *revirement* della Corte di Lussemburgo rispetto alla sentenza *Anav* del 2006, nella quale si era affermato che anche l'astratta previsione statutaria della apertura dell'azionariato ai privati, confermando una vocazione commerciale della società affidataria, escludeva il ricorrere del controllo analogo.

10. *Segue*: il d.l. n. 223/2006

L'evoluzione della giurisprudenza in tema di *in house providing* e tutela della concorrenza ha contribuito, come già accennato, a rendere necessari interventi legislativi di modifica della disciplina interna della materia.

Per quanto riguarda in particolare la questione della extraterritorialità, ovvero della legittimità di attività imprenditoriale svolta da società di enti locali, affidatarie dirette di servizi pubblici, al di fuori del territorio degli enti di appartenenza la giurisprudenza interna, seppur con diverse oscillazioni si era orientata nel senso che «le società miste comunali sono, in via di principio, legittimate a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale, ma sono pur sempre tenute, per il vincolo genetico-funzionale che le lega

²⁶ G. GUZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali, cit.

all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione»²⁷.

Il problema è stato affrontato in sede legislativa dapprima con l'art. 35 della legge n. 448 del 2000, riprodotto poi dall'art. 14 della legge n. 326 del 2003, prevedendo, nel regolare il regime transitorio, che, al termine di questo, le società affidatarie dei servizi pubblici non potessero più svolgere attività al di fuori del proprio territorio. Successivamente, la questione è stata affrontata, in via definitiva, dall'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006. Questa disposizione stabilisce, al fine di evitare alterazioni della concorrenza e del mercato, che le società a capitale interamente pubblico o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali, «devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale».

La disposizione in oggetto indica, dunque, una soluzione definitiva al problema dell'attività *extra moenia*, vietandola in termini assoluti per tutte le società partecipate dagli enti regionali e locali. Tuttavia, lo stesso art. 13 prevede, al comma 3, un termine (più volte prorogato negli anni successivi) entro il quale le società in parola debbano cessare le attività non consentite, così da non produrre eccessivi traumi nei mercati di riferimento di quelle stesse società.

11. *Segue*: il d.l. n. 112/2008 e il suo regolamento di attuazione

La materia è stata oggetto di un ulteriore intervento del legislatore nel 2008, che ha introdotto una nuova disciplina organica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 disponeva che le modalità di gestione dei servizi in oggetto fossero due; e precisamente, l'affidamento a imprenditori privati, mediante procedura a evidenza pubblica o l'affidamento a società mista, il cui socio privato venisse scelto mediante procedure a evidenza pubblica che avessero a oggetto tanto la qualifica di socio, quanto l'attribuzione

²⁷ Consiglio di Stato, sez. 5^a, 30 maggio 2005, n. 2756.

di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. La possibilità di ricorrere a società a capitale interamente pubblico rimaneva un'ipotesi derogatoria, ammessa solo in circostanze particolari e specificamente «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

Veniva, in sintesi, operata una scelta netta a favore del ricorso al mercato privato, lasciando alla gestione *in house* soltanto i servizi che, per ragioni contingenti, non potessero essere gestiti secondo le regole del libero mercato. Inoltre, il comma 8 regolava il regime transitorio degli affidamenti non conformi alle regole appena descritte, individuando termini di cessazione degli affidamenti *in house* diversificati a seconda della natura dell'affidatario.

Il successivo comma 9 disponeva che le società affidatarie dirette di pubblici servizi locali in virtù di tale affidamento non potessero acquisire la gestione di servizi ulteriori, né direttamente né all'esito di gara pubblica. Da questo divieto restavano escluse le società quotate in mercati regolamentati. Si tratta di una scelta molto chiara, che in qualche modo provava a chiudere la stagione dei servizi *in house*, scegliendo in modo netto il ricorso al mercato per la gestione dei servizi pubblici locali.

Con il d.P.R. n. 168 del 2010 è stato emanato il regolamento di delegificazione in materia di servizi pubblici locali, previsto dal comma 10 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, che ha disposto, per quanto più strettamente ci interessa, che (art. 3, comma 2) «le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23-*bis*, c. 2, lett. a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge».

In conclusione, la disciplina in materia di gestione dei servizi pubblici locali, vigente prima del *referendum* del giugno 2011, può essere così sintetizzata.

La gestione poteva essere conferita a imprenditori o società terze mediante procedura a evidenza pubblica, oppure a società miste nelle quali il pri-

vato avesse una quota non inferiore al 40% e fosse scelto mediante gara che avesse a oggetto anche i compiti operativi attribuiti al socio.

La possibilità della gestione *in house* rimaneva un'ipotesi derogatoria, giustificata da situazioni eccezionali dovute a «caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (art. 23-*bis*, comma 2). Le società affidatarie dirette di contratti di gestione di servizi pubblici locali non potevano concorrere all'aggiudicazione di altri contratti a meno che non fossero quotate in mercati regolamentati.

Infine, il regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis*, come detto, completava il quadro normativo in argomento. L'art. 2 disciplinava il procedimento di adozione della delibera con cui si decide di non liberalizzare un servizio pubblico locale. L'art. 3 dettava norme generali in tema di affidamento, disponendo che le società pubbliche potessero partecipare alle gare bandite per l'affidamento del servizio.

12. Il referendum del giugno 2011 e il suo seguito

La disciplina dei servizi pubblici locali sembrava dover trovare, dunque, un assetto finalmente stabile con l'entrata in vigore dell'art. 23 *bis* del d.l. 112/08.

Tuttavia, quella disposizione è stata oggetto di una richiesta referendaria, dichiarata ammissibile dalla Corte costituzionale²⁸ e votata in senso favorevole all'abrogazione dal corpo elettorale, nella consultazione del giugno 2011.

Il legislatore, con il dichiarato intento di adeguare l'ordinamento all'esito del *referendum* (così, infatti, recitava la rubrica della legge) ha approvato l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, con il quale ha sostanzialmente reintrodotta la disciplina dell'art. 23 *bis* abrogata col *referendum*, con la sola esenzione del servizio idrico. La campagna referendaria era stata condotta dai promotori in nome dell'acqua pubblica, ragione per cui il legislatore ha ritenuto di poter rispettare

²⁸ sentenza 26 gennaio 2011, n. 24.

la volontà del corpo elettorale reintroducendo la disciplina per tutti i servizi pubblici locali, esclusi quelli idrici.

Naturalmente, se è innegabile che sul piano politico, e dunque anche della percezione e della consapevolezza degli elettori, la consultazione referendaria era intesa come consultazione contro la cosiddetta privatizzazione dell'acqua, è altrettanto innegabile che, sul piano strettamente giuridico e, dunque, sul piano dell'effetto del *referendum* sull'ordinamento, oggetto della consultazione era l'intero testo dell'art. 23 *bis*.

Con un successivo intervento (art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1), la disciplina è stata corretta in senso ancor più liberista, prevedendo che il ricorso a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali sarebbe stato considerato elemento di "virtuosità" degli enti territoriali. Inoltre, veniva abbassata la soglia massima degli affidamenti *in house* da 900.000 a 200.000 euro.

Avverso l'art. 4 d.l. 138/2011 hanno proposto ricorso alla Corte costituzionale diverse Regioni, censurando, tra gli altri vizi, la violazione dell'art. 75 della Costituzione, perché la sostanziale reintroduzione di una disciplina abrogata per via referendaria sarebbe in contrasto con la disciplina del *referendum*.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 199 del 17 luglio 2012, ha accolto il ricorso della Regione Puglia, ritenendo che la riapprovazione, a distanza di un solo mese e senza che vi siano stati mutamenti significativi del quadro politico, di una legge abrogata per via referendaria sia illegittima per contrasto con l'art. 75 della Costituzione. E, nello specifico dell'art. 4 del d.l. 138/11, non è sufficiente a farne salva la legittimità costituzionale neanche la circostanza che questo facesse salva la disciplina del servizio idrico.

Così, dunque, i servizi pubblici locali tornavano a essere disciplinati dall'art. 113 del d.lgs. 267/00, le cui disposizioni erano state, però, in larga parte abrogate dall'art. 12 d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. In questo quadro la disciplina da seguire risultava essere in buona parte dettata dai principi eurounita-

ri, con una conseguente riespansione dei margini di autonomia degli enti locali²⁹.

Va, infine, segnalato che il regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* (d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168), non essendo stato oggetto del *referendum*, restava ancora vigente. Di quelle disposizioni bisogna, quindi, tener conto, provando ad armonizzarle con il quadro emerso dal *referendum* del 2011 e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012. Compito non facile per l'interprete se solo si pensa che l'art. 2 del d.P.R. 168/10, dettando "misure in tema di liberalizzazione", sembra poco conforme allo spirito del *referendum* che ha abrogato l'art. 23 *bis*.

13. Le riforme legislative del 2016: il Codice dei contratti pubblici e il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

La ricostruzione della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali risulta ancor più complessa alla luce delle riforme legislative del 2016.

In particolare, l'art. 28 del d.lgs. 19.8.2016, n. 175 dispone l'abrogazione dell'art. 14 del d.l. 30.9.2003, n. 269, che aveva a sua volta abrogato diverse disposizioni dell'art. 113 TUEL, sostituendole con altre. Si tratta di abrogazione di clausola abrogatrice espressa che potrebbe farsi rientrare nell'ipotesi, derogatoria rispetto alla regola generale, di reviviscenza di norme abrogate. Se, infatti, di norma l'abrogazione delle norme abrogatrici non comporta reviviscenza delle norme originarie, come la Corte ha avuto modo di ribadire anche di recente³⁰, si ritiene però che faccia eccezione il caso in cui l'abrogazione riguardi una clausola abrogatrice espressa. In queste circostanze, la *ratio legis* sarebbe proprio

29 A. SANDULLI, *Editoriale*, in *Munus*, 2/2012.

30 La Corte Costituzionale, con sentenza 1.6.2023, n. 108, ha ribadito «che si tratta di fenomeno circoscritto a casi tassativi, corrispondenti alle ipotesi di annullamento di norme meramente abrogatrici di altre disposizioni (ex plurimis, sentenze n. 220 del 2021, n. 10 del 2018 e n. 218 del 2015), di annullamento di una disposizione legislativa per vizio procedurale (sentenze n. 95 del 2020, n. 148 e n. 23 del 2016 e n. 32 del 2014; ordinanza n. 184 del 2017) e di declaratoria di illegittimità costituzionale di singole parole di una disposizione (sentenze n. 8 del 2022, n. 106 del 2018 e n. 58 del 2006)».

quella di far rivivere la disciplina previgente, ragion per cui andrebbe riconosciuta un'eccezione alla regola generale³¹.

Nel caso che ci occupa sembra delinarsi una situazione limite. L'abrogazione riguarda disposizioni non di mera abrogazione, ma sostitutive delle precedenti, il che potrebbe far ritenere che non vi sia reviviscenza, ma è anche vero che non si comprende quale possa essere la ratio dell'art. 28, comma 1, lett. b), d.lgs. 175/16 se non quella di ripristinare il testo dell'art. 113 del TUEL antecedente alla riforma del 2003.

Si tratta, naturalmente, di una questione di teoria generale molto complessa, che richiederebbe una riflessione più approfondita di quanto non sia possibile fare in questa sede. Tuttavia, se ne può forse prescindere, perché, se si allarga lo sguardo alla disciplina d'insieme dettata in materia di società di gestione di servizi pubblici dai decreti legislativi nn. 60 e 175 del 2016 ci si rende conto che le disposizioni dell'art. 113 risultano in buona parte abrogate tacitamente, perché superate dalle riforme successive che, pur se non organicamente, hanno ridisegnato in buona parte il regime di gestione dei servizi pubblici.

Tanto il Codice dei contratti pubblici, quanto il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, si occupano di gestione dei servizi pubblici, disciplinando diffusamente il regime degli affidamenti *in house* e le caratteristiche delle società affidatarie³².

Il quadro normativo che si delinea sembra reintrodurre elementi, quali ad esempio la possibilità dell'ingresso di soci privati nelle società *in house* o la legittimità di attività cd. *extra moenia* delle stesse società, che in passato avevano creato non pochi problemi interpretativi, sia sul piano della compatibilità con l'ordinamento europeo, sia sul piano della legittimità costituzionale di soluzioni già abrogate dal corpo elettorale per via referendaria. Era, dunque, prevedibile che vi sarebbero state ulteriori questioni in futuro e che la storia della disciplina

³¹ Per una ricostruzione dei termini teorici della questione, si veda A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, XVII, 1998, *ad vocem*.

³² Si vedano, in particolare, le seguenti disposizioni: artt. 5 e 192, d.lgs. 50/2016; linee guida ANAC n. 7, di attuazione dell'art. 192; artt. 2, 4, 5, 7 e 16, d.lgs. 175/2016.

dei servizi pubblici locali non finisse lì. D'altra parte, come notato in dottrina, sarebbe stato forse auspicabile che l'intera disciplina dell'*in house providing* fosse contenuta in un unico testo normativo, anziché essere separata in diversi commi di diversi articoli di due distinti decreti legislativi³³.

In quest'ottica, non è un caso che - sull'onere motivazionale gravante in capo alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016 - siano state sollevate due distinte questioni dinanzi alla Corte di giustizia UE e dinanzi alla Corte costituzionale³⁴.

14. Le decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale del 2020

La suddetta questione dell'onere motivazionale relativo al mancato ricorso al mercato nella decisione di affidare *in house* un servizio è stata affrontata, nel 2020, con due decisioni della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale³⁵.

I giudici amministrativi si erano posti il problema se la direttiva 2014/24 dovesse essere interpretata nel senso di ostare a «una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche “contratto *in house*”, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».

La Corte di giustizia ricostruisce la propria giurisprudenza e, nel ricordare il principio di libera organizzazione sancito dalla direttiva, precisa che «la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può es-

³³ C. VOLPE, P. PERISI, *Art. 5*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 57.

³⁴ La questione alla Corte costituzionale è stata rimessa dal T.A.R. Liguria con ordinanza n. 886/2018. La questione alla CGUE è stata rimessa dal Consiglio di Stato con ordinanze n. 138, n. 293 e n. 296 del 2019.

³⁵ Si fa riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia 6 febbraio 2020 nelle cause C-89/19 e C-91/19 e della Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100.

sere illimitata», ma deve anzi essere orientata al rispetto delle regole fondamentali del TFUE e, in particolare, «della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

Fatta questa precisazione, la Corte di giustizia conclude nel senso di ritenere che l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta «a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche “contratto *in house*”, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».

In sintesi, da punto di vista del diritto eurounitario, il principio di concorrenza non richiede che le ipotesi in cui si decida di derogarvi siano residuali e strettamente motivate, ma nemmeno esclude che i singoli Stati scelgano di tutelare maggiormente il ricorso al mercato rispetto ai vincoli posti dalla direttiva. Dunque, la scelta del legislatore italiano non è imposta da vincoli europei, ma è frutto di una scelta politica di maggior favore per il mercato.

Altra questione, sempre riferita alle norme del Codice dei contratti pubblici sugli affidamenti *in house*, era stata sollevata dal giudice amministrativo dinanzi alla Corte costituzionale.

In particolare, il dubbio riguardava l'eccesso di delega in cui sarebbe incorso il legislatore del Codice, violando il principio direttivo posto dalla legge di delega, secondo il quale è vietato introdurre o mantenere «livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (cosiddetto *gold plating*)». Se, come abbiamo visto chiarito dalla Corte di giustizia, non c'è un vincolo nel diritto eurounitario ad aggravare con un onere motivazionale particolare la scelta di non ricorrere al mercato per la gestione di un servizio, la scel-

ta del legislatore di introdurlo sarebbe un'ipotesi di *gold plating*, che la legge di delega aveva voluto espressamente escludere.

La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione. Preliminarmente, il divieto di *gold plating* è un principio direttivo della delega, «ma non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati». Il limite è, quindi, una scelta discrezionale del legislatore delegato che va interpretata, però, come divieto di impedire oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli minimi fissati dal diritto eurounitario, tali da ridurre la concorrenza tra imprese.

La finalità del divieto, e quindi il suo limite operativo, è quella di limitare gli oneri non necessari, ma non quella di impedire di far prevalere altri valori costituzionali rispetto alle esigenze di massima semplificazione, che vanno anzi ritenuti, dinanzi a questi, recessive.

Sarebbe anche la succitata decisione della Corte di giustizia a confortare questa interpretazione, avendo chiarito che il principio di libera autorganizzazione non impone di non poter rendere meno agevole per l'amministrazione la scelta di non ricorrere al mercato.

La sentenza della Corte desta qualche perplessità, perché la questione non è se il divieto di *gold plating* derivi o meno da un vincolo comunitario. L'ordinanza di rimessione non lamentava, infatti, la violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione. La legge di delega ha limitato lo spazio di discrezionalità del legislatore delegato vietando il *gold plating* e la violazione dell'art. 76 appariva piuttosto chiara.

Al di là delle perplessità, però, resta il dato che tanto la giurisprudenza europea quanto quella costituzionale hanno riconosciuto la legittimità di una disciplina legislativa che limita il ricorso alla gestione diretta da parte dell'amministrazione scegliendo in modo chiaro il *favor* per il mercato che, viceversa, il corpo elettorale aveva bocciato. Naturalmente, è noto l'orientamento della Cor-

te, espresso proprio in riferimento a quel *referendum* del 2011, secondo il quale la scelta referendaria vincola il legislatore solo in un quadro politico immutato e va da sé che il quadro, in oltre dieci anni, sia profondamente mutato, ma non può tacersi che la scelta mercatista non convince alla luce di quell'espressione del corpo elettorale, soprattutto perché figlia di quell'equivoco iniziale sul rapporto tra servizi pubblici e concorrenza che ha segnato tutta la legislazione successiva al 1990.

Vuole dirsi, più chiaramente, che la degenerazione del fenomeno delle società *in house* ha fatto sì che il legislatore si affannasse in un tentativo di limitarne le dimensioni in un'ottica concorrenziale, confondendo il rispetto del principio di concorrenza, che vincola tutte le società operanti sul mercato, con la proprietà delle quote societarie.

La scelta di gestire *in house* non comporta, *ex se*, un *vulnus* alla concorrenza, a meno che quelle società pubbliche che assumono direttamente la gestione di un servizio non vadano poi a competere sul mercato con società private che non godono del medesimo beneficio.

A questa separazione netta si è arrivati tardi, ma ci si è arrivati. Senza, tuttavia, smettere di voler perimetrare la possibilità di ricorrere, da parte dell'amministrazione pubblica, al modello della società di capitali, vicenda rispetto alla quale tanto il diritto eurounitario quanto la Costituzione sono neutri, ammettendo che le società possano essere sia pubbliche sia private.

15. Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (23 dicembre 2022, n. 201) e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)

La materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata oggetto, da ultimo, di un intervento legislativo organico entrato in vigore alla fine del 2022 quale *milestone* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. In attuazione della delega di cui all'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118, è stato emanato il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 recante il "*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*" che, pur rappresentando un tentativo, da salutare

con favore, di dettare finalmente una disciplina organica della materia, lascia irrisolti alcuni nodi problematici relativi al ricorso all'*in house providing*, soprattutto alla luce della sopracitata recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

Le forme di gestione del servizio pubblico locale sono, a norma dell'art. 14, (i) l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, (ii) l'affidamento a società mista, (iii) l'affidamento a società *in house* «nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea» e, infine, (iv) limitatamente ai servizi non a rete, la gestione in economia o mediante aziende speciali.

L'affidamento a società *in house* è disciplinato dall'art. 17 che rinvia al TUSP e al Codice dei contratti pubblici, salvo prevedere, al comma 2, che, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, la decisione di affidare direttamente il servizio a società *in house* necessita di una motivazione che dia conto espressamente delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei «benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*».

Emerge piuttosto chiaramente la diffidenza del legislatore delegato nei riguardi della gestione diretta in forme privatistiche. Probabilmente si tratta di una diffidenza derivante da dati statistici che restituiscono il senso di un'esperienza non sempre felice se non, in certi casi, addirittura dannosa. Sotto questo aspetto non si può biasimare l'indirizzo scelto dalla legge di limitare il ricorso a questa forma di gestione. Tuttavia, sul piano più strettamente giuridico, la soluzione non convince del tutto.

In primo luogo, sembra esservi una contraddizione interna al d.lgs. 201/2022 che consente il ricorso all'*in house* «nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea» (art. 14, comma 1, lett. c), ma poi ne limita il ricorso chie-

dendo una chiara motivazione della scelta di non ricorrere al mercato. Si tratta di un'opzione legittima ma non imposta dal diritto eurounitario. Non è, cioè, un limite fissato dal diritto dell'Unione, ma una scelta discrezionale del legislatore nazionale che ha optato per un chiaro *favor* del ricorso al mercato in luogo della gestione diretta a mezzo di società di capitali. Sotto questo aspetto la contraddittorietà appare piuttosto chiara, se solo si fa riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia che ha chiarito la indifferenza della scelta di non ricorrere al mercato dal punto di vista del diritto dell'Unione.

A ciò si aggiunge la considerazione, alla quale si è già accennato, che la scelta di limitare il ricorso all'*in house providing* si pone in contrasto con il risultato del *referendum* del 2011. Ciò, se è senz'altro costituzionalmente legittimo, pone tuttavia qualche dubbio sul piano dell'opportunità politica, a maggior ragione a valle di orientamenti giurisprudenziali che hanno inequivocabilmente chiarito che il *favor* mercatista in tema di servizi pubblici locali non “ce lo chiede l'Europa”, ma è rimesso alla discrezionalità politica del legislatore.

In questo quadro, sarebbe stata forse una soluzione più equilibrata quella di mantenere una neutralità tra le diverse opzioni di gestione, salva naturalmente la necessità di meccanismi di controllo e intervento in relazione a distorsioni nell'utilizzo delle società degli enti locali.

La scelta, peraltro, risulta contraddittoria anche in relazione al ruolo che la disciplina dettata per l'attuazione del PNRR sembra riconoscere alle società pubbliche quale elemento di accelerazione degli investimenti, rappresentando, sotto questo aspetto, una evidente rottura con la normativa vigente, contenuta in diversi testi legislativi e sempre nel senso di ritenere l'*in house* un'ipotesi residuale rispetto al ricorso a procedure di affidamento del servizio a evidenza pubblica. Da questo punto di vista, sembra che la disciplina del PNRR e quella di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali non si parlino, quasi come

se la seconda si fosse limitata a ribadire le scelte del passato senza una riflessione che tenesse conto di tutti gli elementi di novità³⁶.

Di segno parzialmente diverso e più aderente alla disciplina di attuazione del PNRR sembrano le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 7 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 detta un principio di auto-organizzazione amministrativa, in ragione del quale «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea». Sembrerebbe una piccola rivoluzione della disciplina delle società pubbliche, per la prima volta da molto tempo qui costruita in aderenza al quadro dei principi costituzionali ed eurounitari, neutri rispetto alla proprietà delle società, fatto salvo il rispetto del principio di libera concorrenza.

Tuttavia, la stessa disposizione prevede anche, per i servizi pubblici locali d'interesse economico generale, un rinvio al d.lgs. 201/2022 che, di fatto, ridimensiona molto la portata innovativa della succitata disposizione generale di cui al comma 1 dell'art. 7. Buona parte degli affidamenti diretti riguardano servizi pubblici locali, ragion per cui il cambio di paradigma, pur apprezzabile, rischia di restare un po' sulla carta³⁷.

Emerge, in conclusione, un disegno normativo stratificato nel tempo, che sembra, nonostante i recenti interventi, peccare di organicità, essendo facilmente visibile il difetto di coordinamento tra discipline dettate più dall'esigenza di correggere errori che non da un disegno di regolamentazione del settore

³⁶ In tema di rapporto tra *in house* e PNRR si veda A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 298 ss. secondo cui «la scelta del legislatore di puntare sulla capacità dell'amministrazione di gestire autonomamente le attività di supporto tecnico-operativo ai soggetti che progettano e attuano il Piano parrebbe segnare un potenziale punto di rottura rispetto alle tendenze consolidate nel passato recente. Nulla, infatti, anche a seguito delle pronunce della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2020, lasciava presagire una qualche discontinuità rispetto al consolidarsi della tendenza, già cristallizzata nella disposizione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016 (Codice degli appalti), a ritenere l'*in house* providing un'opzione meramente residuale rispetto all'evidenza pubblica».

³⁷ A tal proposito, R. CARANTA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, 1950 ss. parla espressamente di «schizofrenia del legislatore».

chiaro e univoco. Da ciò si ricava la sensazione, per certi versi paradossale, che una disciplina normativa elaborata per aprire un mercato alla libera concorrenza si sia trasformata in un elemento di turbativa della concorrenza all'interno di quello stesso mercato, là dove ha favorito lo sviluppo di società pubbliche che, forti di importanti contratti affidati direttamente, si sono affacciate sul mercato in concorrenza con le altre. E anche la disciplina organica da ultimo adottata, e qui brevemente riassunta, non sembra aver sciolto tutti i nodi che una storia trentennale ha creato.

16. Considerazioni conclusive: il comune non è un imprenditore, ma Lo Stato può (e in certi casi deve) esserlo

La figura della società mista, nelle diverse forme che ha assunto nel tempo, ha avuto un rilievo notevole negli ultimi venti – venticinque anni, al punto che dall'evoluzione di questa modalità di gestione dei servizi pubblici locali, e in particolare dall'intreccio tra *in house providing* e presenza sul mercato, si sono sviluppate realtà industriali di primo piano. E questa è probabilmente la ragione per la quale il legislatore aveva ritenuto di escludere dal divieto di cui al comma 9 dell'art. 23-*bis* le società quotate.

Se, infatti, il fenomeno è andato probabilmente oltre le intenzioni stesse del legislatore che aveva originariamente pensato quel modello e, comunque, ha raggiunto dimensioni, quantitative e qualitative, tali da divenire incompatibile con i principi eurounitari, le conseguenze non possono ricadere sui risparmiatori che in quelle imprese hanno creduto e investito. Fatta salva, però, la tutela del risparmio e probabilmente anche dei livelli occupazionali nei territori di riferimento delle aziende pubbliche di maggior importanza, il modello è stato sostanzialmente abbandonato dall'ordinamento.

Le vicende legislative e giurisprudenziali dell'ultimo decennio, dal *referendum* del 2011 fino al d.lgs. 201/2022, restituiscono un quadro nel quale alcuni nodi problematici sono sciolti, ma, per certi versi, al prezzo di una equivoca let-

tura della storia e del regime giuridico delle società pubbliche e di queste nell'ambito del disegno economico della Costituzione.

Il tema del rapporto tra affidamenti diretti ed extraterritorialità dell'attività svolta dalle società degli enti locali è stato risolto nel senso indicato dalle istituzioni europee, che hanno a più riprese segnalato un *vulnus* al principio di libera concorrenza, che era piuttosto evidente.

Tuttavia, ciò è avvenuto con interventi stratificati che peccano di organicità e non risolvono in modo del tutto convincente le molte questioni teoriche che toccano. In particolare, si è deciso di limitare non solo la proprietà di quote sociali da parte degli enti locali, bensì di tutte le amministrazioni pubbliche, dimenticando che, sul piano del disegno economico della Costituzione, Stato ed enti territoriali non sono assimilabili.

L'articolo 41 della Costituzione, nel quadro complessivo del disegno costituzionale, costruisce un sistema economico misto nel quale convivono la libertà d'iniziativa economica privata e quella pubblica. Vi è la scelta per l'affievolimento della libertà d'iniziativa economica privata in favore di un governo politico dello sviluppo economico, fondato sulla equiparazione dell'economia privata e di quella pubblica e il limite al governo politico dell'economia è rappresentato dall'affermazione dell'economia di mercato e, dunque, della libera concorrenza alle cui regole è sottoposta anche l'attività economica pubblica³⁸.

L'intervento pubblico nell'economia risulta, quindi, giustificato dalla volontà del Costituente di non lasciare il mercato del tutto libero di individuare i

38 F. GALGANO, Art. 41, in Commentario alla Costituzione, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982. Oggi, peraltro, le affermazioni sull'affievolimento della libertà di iniziativa economica privata sono da rapportare al rafforzamento dell'ordinamento comunitario, prevalente come è noto, anche sulle disposizioni costituzionali. Si è parlato in proposito di emancipazione dallo schema dirigitico definito in Costituzione, R. NANIA, Libertà economiche e libertà d'impresa, in I diritti costituzionali, a cura di R. NANIA E P. RIDOLA, Torino, 2001, 78. Oggi, a seguito della modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione, tali affermazioni appaiono ancor più vere. Si è notato, infatti, che «si sono fortemente ridimensionate quelle indicazioni di cui al 2° e 3° comma (fino al punto di indurre a ritenere le medesime previsioni quiescenti al pari di quelle di cui all'art. 43) volte a legittimare gli interventi pubblici nell'economia». Cfr. R. NIRO, Art. 41, in Commentario alla Costituzione, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI, Torino, 2006.

propri equilibri, ma di guidarne lo sviluppo attraverso un sistema economico misto. Ciò spiega la proprietà pubblica, che peraltro si va tendenzialmente riducendo, di aziende strategiche per il sistema economico nazionale. Ma le stesse considerazioni non possono valere per le società degli enti locali, che non hanno tra le proprie finalità istituzionali quella di guidare lo sviluppo economico, ovvero hanno un ruolo nel sistema che non sembra ne possa giustificare l'intervento diretto nell'economia.

Il rapporto tra l'articolo 41 della Costituzione e la tendenza evolutiva della normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali suggerisce, quindi, una considerazione conclusiva.

Le disposizioni vigenti in tema di società pubbliche denotano il disfavore nei confronti di queste da parte del legislatore. Si tratta di un atteggiamento che va oltre quanto richiesto dal diritto eurounitario, per il quale è indifferente che la proprietà sia pubblica o privata, purché l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati, tali da distorcere la concorrenza. Ma la tendenza legislativa restrittiva nei confronti dell'intervento pubblico nell'economia, al di là delle considerazioni svolte in precedenza sulle società partecipate dagli enti locali, è compatibile con l'art. 41 della Costituzione?

Nei suoi contenuti programmatici quella disposizione costituzionale delinea, come detto, un sistema di economia mista, nel quale l'intervento pubblico non soltanto è ammesso, ma è richiesto al fine di indirizzare l'iniziativa economica all'utilità generale. Il processo di integrazione europea, che ha introdotto nell'ordinamento principi di concorrenza e libero mercato più ampi e rigidi di quelli conosciuti dal nostro diritto interno, nel dispiegare i suoi effetti sulla disciplina dei servizi pubblici locali sembra aver prodotto un effetto paradossale. L'apertura del mercato dei servizi pubblici locali ha inaugurato una stagione di proliferazione incontrollata di società pubbliche o semi-pubbliche finalizzate alla gestione. Ma proprio la crescita rapida e molto vasta del fenomeno ha comportato incongruenze con il diritto eurounitario, tali da innescare una tendenza

legislativa di riduzione dell'ambito di operatività di quelle società, al fine di garantire l'equilibrio del mercato. E il legislatore, in una sorta di "eccesso di legittima difesa", ha probabilmente inciso anche sul regime generale delle società pubbliche, costituzionalmente e comunitariamente ammissibili e necessarie³⁹.

³⁹ In questo senso M. CLARICH, Società di mercato e quasi-amministrazioni, cit.

DONATO VESE*

Università di Pisa – Dipartimento di Giurisprudenza
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Institut de Recherche Juridique
Universidad Complutense de Madrid – Departamento de Derecho Administrativo
donato.vese@unipi.it

RECENSIONE DEL LIBRO DI KŌHEI SAITŌ, IL CAPITALE NELL'ANTROPOCENE, EINAUDI, TORINO, PP. 2024

Marx è tornato! Il filosofo giapponese Kōhei Saitō, autore de *Il capitale nell'Antropocene* (Einaudi, Torino, 2024, 297 pp.) irrompe sulla scena italiana riportando al centro del dibattito le idee fondamentali di uno dei più originali e controversi pensatori del XIX secolo: Karl Marx. Lo fa con un *best-seller* che nel suo Paese, il Giappone, ha venduto oltre 500.000 copie¹, una versione più accessibile e divulgativa della sua monografia accademica *Marx in the Anthropocene: Towards the Idea of Degrowth Communism* (Cambridge, 2022, pp. 276).

Ma che cosa hanno a che fare Marx e la sua opera più rappresentativa, *Il Capitale*, con l'Antropocene? Apparentemente poco o nulla, se rimaniamo fedeli al pensiero del filosofo di Treviri per come lo abbiamo conosciuto fino a questo momento. Ma il pionieristico lavoro di ricostruzione di un corposo materiale inedito del filosofo tedesco, recentemente messo a punto grazie ad un

* PhD in Economics and Social Sciences presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e l'Istituto Universitario di Studi Superiori di Pavia. La recensione al libro di Saitō è stata scritta nell'autunno 2024 grazie alla gentile ospitalità delle biblioteche dell'Università di Pisa, della Scuola Normale Superiore e dell'Universidad Complutense di Madrid. Ringrazio colleghi e amici che hanno letto e riletto la prima bozza del testo, migliorando molti punti delle argomentazioni tratte dal libro recensito. Sono debitore al Direttore di P.A.: *Persona e Amministrazione, Ricerche giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, Luca Perfetti, il quale ha accettato di ospitare questa recensione, sebbene la stessa risulti distante dagli argomenti generalmente trattati dalla Rivista. Il tema al centro del libro di Saitō è però così urgente che sono sicuro, tuttavia, che le lettrici e i lettori della Rivista non potranno che apprezzare l'apertura di campo operata dal Direttore. L'edizione italiana de *Il capitale nell'Antropocene* è uscita l'8 ottobre 2024, mentre la pubblicazione di questa recensione è prevista per la fine di dicembre del 2024. Non sarebbe stato possibile essere così tempestivi senza la presenza della libreria *Tra le righe* di Pisa e della dedizione del suo gestore, Leonardo, che ha tolto dalla vetrina l'unica copia de *Il capitale nell'Antropocene*, irreperibile altrove, per offrirla al recensore. Lui non aveva letto ancora il libro, ma si è reso inconsapevolmente protagonista di uno dei cavalli di battaglia di Saitō: il comunismo della decrescita!

1 K. SAITŌ 人新世の「資本論」(*Hitoshinsei no Shibonron*), Tokyo, 2020, 384 pp.

progetto di ricerca internazionale, il *Marx-Engels-Gesamtausgabe* (MEGA)², consente di rileggere e reinterpretare in questo senso le principali opere di Karl Marx. Si tratta di un progetto, di cui lo stesso Saitō fa parte, sulle opere complete dei lavori di Marx ed Engels – tra cui gli *Appunti di ricerca*³ – tuttora in corso di svolgimento presso la Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften.

Ecco allora che, a partire da MEGA, l'idea di Saitō di rivisitare il pensiero di Marx nell'era della più grande recessione ecologica della storia umana prende sostanza. Il proposito dell'autore è chiaro sin dall'inizio del volume. Egli intende mettere in luce un aspetto completamente nuovo del pensiero marxiano, rimasto nell'ombra per oltre centocinquanta'anni: in che modo « *capitale, società e natura* » risultano intrecciati « *all'interno dell'Antropocene* »⁴. Ad emergere sarebbe un quadro del tutto inedito rispetto a quello offerto dagli studi tradizionali su Marx, che darebbe nuova linfa al suo più celebre e controverso lavoro, inserendosi nel filone di studi avviato dalle celebri opere di Thomas Piketty⁵. In particolare, tale quadro restituirebbe un'immagine in cui *Il Capitale* e, più in generale, l'intera produzione scientifica di Karl Marx divengono potenti strumenti di contrasto alla colossale crisi climatica nell'era dell'Antropocene.

A tale nuova immagine è dedicato il capitolo centrale de *Il capitale nell'Antropocene*⁶. In questa sezione, Saitō argomenta un processo di “riabilitazio-

2 *Marx-Engels-Gesamtausgabe (The Complete Works of Marx and Engels)*, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften. Per maggiori informazioni su MEGA cfr. <https://mega.bbaw.de/de>.

3 Gli *Appunti di ricerca* sono parte integrante di MEGA e consistono nelle note essenziali che Marx era solito riportare nell'ambito dei suoi studi e che offrirebbero, secondo i curatori del progetto, un prezioso materiale di prima mano del filosofo tedesco, sinora pressoché ignorato dagli specialisti del pensiero marxiano-engeliano.

4 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene* (trad. it. di Alessandro Clementi degli Albizzi), Torino, 2024, p. 6.

5 T. PIKETTY, *Le capital au XXIe siècle*, Paris, 2013 (ed. it. *Il Capitale nel XXI secolo*, trad. di Sergio Arecco, Milano 2014); T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, Paris, 2019 (ed. it. *Capitale e ideologia*, trad. di Lorenzo Matteoli e Andrea Terranova, Milano 2021).

6 Si tratta del quarto capitolo il cui titolo è appunto “Marx nell'Antropocene”. È interessante osservare che tale titolo sintetizza grossomodo il contenuto della versione accademica del lavoro del filosofo giapponese, ossia K. SAITŌ, *Marx in the Anthropocene: Towards the Idea of Degrowth Communism*, Cambridge, 2022.

ne” del filosofo di Treviri, mostrando come da sostenitore convinto della visione progressista della storia, con al centro il primato della produzione, Marx divenga il fautore di una nuova visione ecologista dell’economia politica. Una riabilitazione concettuale che passa soprattutto attraverso l’originale teoria del “metabolismo” tra uomo e natura e dalla “conversione” ecologica della sua opera più rappresentativa, *Il Capitale*, la quale diviene il “manifesto” di un rinnovato pensiero naturalista che si oppone all’ideologia capitalista dominante nell’era dell’Antropocene, spingendo Saitō a sondare territori finora inesplorati negli studi tradizionali di Marx.

La tesi di Saitō poggia sulla rilettura dell’ultimo Marx, e più esattamente su alcuni scritti quali “*Lettera a Zasulič*”⁷ e “*Critica al programma di Gotha*”⁸. È qui che, secondo lo studioso giapponese, una simile svolta concettuale prende corpo e diviene tangibile, facendo emergere una figura del tutto inedita di Karl Marx, e particolarmente quale teorico del “comunismo della decrescita”.

Il comunismo della decrescita costituisce il vero cuore pulsante del libro di Saitō, nonché il *fil “rouge”* che fa da *trait d’union* tra il pensiero di Marx e la più grave crisi planetaria dell’epoca moderna. Ad una simile concezione dell’economia politica il filosofo giapponese dedica una larga parte della trattazione, sulla quale sofferma la sua attenzione nel capitolo sette de *Il capitale nell’Antropocene*, dove vengono esposti i fondamenti concettuali e delineate le caratteristiche basilari di tale inesplorata matrice comunista.

Essenzialmente, Saitō indica in cinque snodi fondamentali l’avvento del comunismo della decrescita. Il primo riguarda il passaggio da un’economia basata sul “valore di scambio” ad un’economia fondata sul “valore d’uso” (p. 241), e ciò in radicale controtendenza rispetto all’attuale modello capitalista che pone al centro la produttività e il consumismo di massa. Il secondo concerne la

7 K. MARX, *Lettera a Zasulič*, in K. MARX, F. ENGELS, *Opere*, vol. 24, (a cura di Vito Capuzzoni e Claudio Lillo), Sesto San Giovanni, 2021.

8 K. MARX, F. ENGELS, *Critica al programma di Gotha*, in K. MARX, F. ENGELS, *Opere*, vol. 24, *cit.*, pp. 171 ss.

riduzione dell'orario di lavoro e il miglioramento della qualità di vita della lavoratrice e del lavoratore (p. 243). Il terzo implica l'abolizione della divisione *standardizzata* del lavoro, in favore di una ripartizione che esalti la creatività della lavoratrice e del lavoratore (p. 247). Il quarto coinvolge la democratizzazione del processo produttivo, contrapponendolo alla sua mera ottimizzazione e velocizzazione (p. 249). Il quinto si focalizza sulla cruciale importanza dei lavori "essenziali" in netta opposizione ai lavori da "catena di montaggio" (p. 252).

Se il comunismo della decrescita è il modello economico che, come dice lo stesso autore, « *salverà il mondo* »⁹ dalla più grande recessione ecologica della storia dell'umanità, Saitō non manca di individuare nell'acerrimo nemico di tale modello le radici della profonda crisi ambientale in atto: il *capitalismo*. Saitō non usa mezzi termini per denunciare come la crisi ecologica sia essenzialmente causata dal modello economico capitalista dominante nella società contemporanea¹⁰, né tantomeno nasconde il fatto che una gravissima responsabilità nella distruzione della maggior parte delle risorse e degli ecosistemi naturali della Terra sia da attribuire al più recente modello economico del *neoliberalismo*¹¹.

Ritengo, da questa prospettiva, che gli antefatti storici dell'attuale crisi climatica globale siano da rinvenirsi, senza ombra di dubbio, proprio nella svolta neoliberale imboccata dall'economia neoclassica, specie a partire dalla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, quando tre eventi storici di rilevante portata hanno contribuito all'avvento del capitalismo così come noi oggi lo conosciamo: la fine della Guerra fredda, la caduta del muro di Berlino e il declino dell'Unione Sovietica. È proprio in quel periodo che, a mio avviso, il modello economico capitalista diviene predominante e conduce le democrazie occiden-

9 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., p. 223, dove il titolo di uno dei più importanti capitoli del libro, vale a dire il capitolo sette, è « *Il comunismo della decrescita salverà il mondo* ».

10 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., *passim*, ma per una critica serrata e diretta al modello capitalista spec. p. 93, dove l'A., in modo deciso, sostiene che « *la distruzione ambientale è una colpa che ricade interamente su un solo responsabile, e cioè un sistema capitalista che persegue una crescita economica illimitata. Ed eccoci arrivati a una prima conclusione: il capitalismo è la causa prima della crisi ambientale, cambiamenti climatici in testa* » (enfasi aggiunte).

11 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., pp. 92-95.

tali verso una radicale trasformazione del loro sistema giuridico. Su quest'ultimo versante, il risultato è un'evidente tendenza degli ordinamenti legali di Stati Uniti ed Europa alla deregolamentazione delle normative settoriali amministrative, alla privatizzazione e all'esternalizzazione dei servizi pubblici nazionali e locali, alla liberalizzazione delle attività economiche.

Elementi, questi ultimi, tutti riferibili alla matrice dell'economia neoclassica e particolarmente alla corrente del pensiero neoliberale, quale sua declinazione più moderna. Una tendenza affermatasi, evidentemente, in nome del libero mercato e del principio della concorrenza¹². Dopotutto, appare chiaro che il nemico da combattere per il neoliberalismo è lo Stato, la burocrazia e più in generale l'intervento pubblico nell'economia¹³. I poderosi processi di deregolamentazione, privatizzazione e liberalizzazione hanno portato alla globalizzazione della produzione di merci e del consumo di massa. In questo modo, per il capitalismo si è aperta una nuova fase che ha segnato una svolta senza precedenti nell'economia politica moderna. Ma ciò è avvenuto in larga parte a danno dell'ambiente, delle risorse naturali e, più in generale, dell'intero sistema ecologico della Terra. Come ho provato a dimostrare altrove, è in quella radicale trasformazione del sistema giuridico realizzatasi con l'avvento del neoliberalismo e del suo modello capitalista dominante che si è prodotta un'insanabile frattura tra economia ed ecologia¹⁴.

12 Sul paradigma del libero mercato, come argomento centrale del più recente movimento del neoliberalismo economico che affonda le sue radici nella teoria neoclassica, sono imprescindibili i lavori di Friedrich A. Hayek, Ludwig Von Mises e Milton Friedman, tra cui, si v. il celebre F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty, 1973-1979*, trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986, pp. 1 ss.; nonché ID., *The Road to Serfdom*, London, 1944 (ora anche in ID., *The Road to Serfdom: Text and Documents. The Definitive Edition* (ed. by B. CALDWELL), New York/London, 2008, pp. 1 ss.; e, infine, ID., *The Constitution on Liberty*, Chicago, 1960, trad. it. *La società libera*, Firenze, 1969. Della stessa corrente di pensiero, si v. L. VON MISES, *Epistemological Problems of Economics*, Princeton, 1933, pp. 1 ss.; ID., *Human Action: A Treatise on Economics*, New Haven, 1949, pp. 8 ss.; ID., *Liberalism in the Classical Tradition*, San Francisco, 1985, pp. 3 ss. Inoltre, di pari importanza, si v. M. FRIEDMAN, *Studies in the Quantity Theory of Money*, Chicago, 1956, pp. 5 ss.; ID., *A Theory of the Consumption Function*, Princeton, 1957, pp. 1 ss.; ID., *The Optimum Quantity of Money*, Chicago, 1969, pp. 7 ss.

13 Su cui si v. la feroce critica all'intervento pubblico nell'economia, allo Stato e soprattutto alla (sua) burocrazia di L. VON MISES, *Bureaucracy*, New Haven, 1944.

Occorre allora chiedersi, in termini empirici, in che modo il modello economico capitalista abbia condotto la *Terra* e con essa l'intera società dei viventi verso la più grande recessione ecologica della sua storia. Saitō rintraccia, correttamente a mio avviso, le responsabilità del capitalismo contemporaneo per ciò che riguarda i danni sul versante ecologico. Il suo punto di partenza è una feroce critica al modello della crescita, della produzione e dello sviluppo economico “sostenibile”. A tal riguardo, l'autore de *Il capitale nell'Antropocene* punta il dito contro uno dei massimi esponenti dell'economia politica contemporanea, e cioè il premio Nobel William Nordhaus, il quale, già a partire dagli anni Novanta del Novecento, si era reso fautore di un modello in gran parte improntato al sacrificio delle risorse naturali in nome della crescita e della produzione di stampo capitalista¹⁵.

Recentemente, Nordhaus è tornato a sostenere che le riduzioni delle emissioni di CO₂ devono essere pur sempre temperate con gli obiettivi di crescita e sviluppo sostenibile¹⁶, proponendo un modello di contenimento dell'aumento della temperatura che vanificherebbe l'obiettivo minimo fissato con l'Accordo di Parigi del 2015, ossia quello di mantenere in 1,5-2° C. l'aumento massimo della temperatura terrestre rispetto ai valori preindustriali. Secondo i più recenti dati scientifici, produzione, crescita e sviluppo al centro del modello capitalista contemporaneo potrebbero portare persino ad un aumento di 3,5° C. della temperatura globale.

Senonché è sotto gli occhi di tutti che un simile incremento termico si rivelerebbe devastante per il nostro pianeta. Basti pensare che già con un innalzamento di circa 1,1° C., rispetto ai valori preindustriali, si è assistito in tutto il mondo a disastri naturali con una frequenza e un'intensità senza precedenti

14 D. VESE, *Stato, mercato, nomos. Sulla funzione dell'amministrazione nel sistema produttivo globale*, in *P.A. Persona e Amministrazione: Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, 1, 2020, pp. 453 ss., ma spec. pp. 473-476.

15 W. D. NORDHAUS, *To Slow or Not to Slow. The Economics of The Greenhouse Effect*, in *The Economic Journal*, 1991, n. 407, pp. 920 ss.

16 W. D. NORDHAUS, *The Climate Casino. Risk, Uncertainty, and Economics for a Warming World*, London 2015.

nella storia dell'umanità. Solo nell'anno in corso, il 2024, si sono verificati numerosi eventi estremi, quali siccità, incendi, ondate di calore, uragani, monsoni e alluvioni, i cui effetti sono stati devastanti dal punto di vista ambientale, sociale, economico e sanitario. Secondo gli scienziati, frequenza e portata di simili eventi sono peraltro destinate ad aumentare nel prossimo futuro. Eppure, la gravità della questione ambientale, sebbene sia ormai da tempo nota e corroborata da dati scientifici incontrovertibili, viene in larga parte sottovalutata, quando non è ignorata, dalla gran parte dei *policy makers* dei Paesi occidentali. Non è un caso che nelle democrazie occidentali anche i *mass-media* diano poco spazio alla profonda crisi ambientale e quando lo fanno sono portati ad attribuire ad un generico “cambiamento climatico” le devastazioni cui assistiamo giorno per giorno in ogni parte del pianeta.

In Europa, per fare un esempio eclatante, solo pochi mesi fa, ad ottobre 2024, una catastrofica alluvione ha colpito la Spagna meridionale, provocando oltre duecentoventi morti, migliaia di sfollati e ingenti danni a infrastrutture pubbliche e private nella provincia di Valencia. Nel resto del mondo, eventi estremi flagellano territori e popolazioni del tutto impreparate ad affrontare simili catastrofi naturali, incidendo fortemente sul piano ambientale, sanitario e socioeconomico. Si pensi soltanto alla violentissima alluvione che nel 2022 ha devastato gran parte del territorio del Pakistan, e alle cicatrici profonde che questa ha lasciato. Simili eventi sono destinati a moltiplicarsi e a divenire più intensi nel prossimo futuro. Ciononostante, sono altri i temi al centro del dibattito pubblico in Occidente: la crisi economica in Europa, la rielezione di Donald Trump alla presidenza degli Stati Uniti e i conflitti Russia/Ucraina e Israele/Palestina mettono costantemente in secondo piano la più grave crisi climatica della storia umana.

Tornando al libro di Saitō, è importante notare come vi siano alcuni specifici nodi problematici, di particolare rilievo, impliciti nella crescita economica “tradizionale” proposta dal modello capitalista, i quali non possono essere

ignorati. L'autore giapponese sintetizza simili nodi problematici in quella che definisce la « *trappola della crescita economica* » del modello capitalista¹⁷. Provando a chiarire un quadro complesso e variegato in poche parole, risulterebbero almeno tre i fattori principali a sconsigliare di perseguire il modello della crescita economica proposta dal sistema capitalista.

Un primo problema che merita attenzione è rappresentato dai « *planetary boundaries* », ossia nove specifici limiti ecosistemici del nostro pianeta (clima, atmosfera, biodiversità, inquinamento chimico, ciclo dell'azoto, strato dell'ozono, acidità degli oceani, consumo d'acqua, uso dei terreni), oltrepassati i quali gli effetti sul piano ambientale risulterebbero catastrofici. Un secondo problema, altrettanto degno di nota, è quello legato al paradosso di Jevons, sulla base del quale è stato dimostrato che il progresso tecnologico, diversamente dall'ipotesi generale, potrebbe non solo non ridurre l'impatto ambientale, ma in alcuni casi persino portare ad un incremento delle esternalità negative sul clima prodotte dalle attività umane. Un terzo problema riguarda l'impossibilità di ridurre le emissioni di CO₂ ricorrendo soltanto alle logiche del mercato, stante il fatto che il meccanismo dei prezzi si rivela viepiù insufficiente in assenza di opportune e rigorose regolamentazioni amministrative.

Di fronte alla catastrofe naturale, il libro di Saitō si interroga anzitutto su quale sia la risposta offerta “dall'interno”, ossia dallo stesso sistema capitalista, alla severa recessione ecologica in atto nell'era dell'Antropocene. In particolare, come è noto, sono due specifici programmi deputati a fornire una seria risposta all'attuale crisi ambientale: il *Green New Deal* e i *Sustainable Development Goals* (obiettivi di sviluppo sostenibile, d'ora in poi “SDGs”). Si tratta, senza dubbio, dei più ambiziosi programmi economici, politici e sociali messi in campo dalle maggiori democrazie occidentali, Stati Uniti ed Europa, oltre che di attori istituzionali di particolare rilievo, come l'Organizzazione delle nazioni unite (ONU), il Fondo Monetario Internazionale (FMI), l'Organizzazione per la coo-

17 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., pp. 51 ss.

perazione e lo sviluppo economico (OCSE) e la Banca mondiale (BM), al fine di affrontare una crisi senza precedenti nella storia del pianeta. Il Green New Deal e gli SDGs sono inoltre sostenuti, in un circolo non accademico, da autori di *best seller* sul tema, quali Jeremy Rifkin¹⁸ e Aaron Bastani¹⁹ (le opere di questi due autori saranno oggetto di forti critiche da parte dello stesso Saitō).

Vero è che se consideriamo questi due programmi dal punto di vista dell'economia politica possiamo constatare come essi convergano su un obiettivo comune, vale a dire la riproposizione di una crescita economica in versione "green". Per realizzare tale obiettivo, la strategia condivisa dai principali *leaders* delle democrazie occidentali è un corposo processo di sviluppo tecnologico cui dovrebbe seguire un capillare rinnovamento in ogni settore produttivo della società, abbattendo allo stesso tempo le emissioni di CO₂.

In termini tecnici, per rendere concreto un simile scopo, la parola d'ordine dei *leaders* europei e statunitensi è "*decoupling*" (disaccoppiamento). Senza entrare troppo nei dettagli di tale complessa materia, *decoupling* significa tenere distinta crescita economica e impatto ambientale. Come è intuitivo, tutte le attività produttive generano *spill over effects* (esternalità negative) per il clima sotto forma di emissioni di anidride carbonica. La maggior parte di tali esternalità sono dovute al massiccio impiego di combustibili fossili nel ciclo delle attività produttive e delle infrastrutture energetiche. I combustibili fossili (carbone, petrolio, gas etc.) sono infatti impiegati per l'erogazione dell'energia elettrica a imprese e abitazioni, per il trasporto commerciale e pubblico (aerei, treni, navi) e per numerosi altri servizi pubblici e privati su larga scala. È inevitabile che ciò abbia un enorme impatto sul versante ambientale. La sfida del Green New Deal e degli SDGs è allora di scindere crescita economica e impatto ambientale

18 J. RIFKIN, *The Green New Deal. Why the Fossil Fuel Civilization Will Collapse by 2028, and the Bold Economic Plan to Save Life on Earth*, New York, 2019 (ed. it. *Un Green New Deal globale. Il crollo della civiltà dei combustibili fossili entro il 2028 e l'audace piano economico per salvare la Terra*, trad. it. M. Parizzi, Milano, 2019).

19 A. BASTANI, *Fully Automated Luxury Communism. A Manifesto*, London, 2019.

attraverso un vasto processo di innovazione tecnologica che azzeri le emissioni di CO₂, ottenendo così un *decoupling* “assoluto”.

Se non fosse che conseguire un *decoupling* assoluto sia semplicemente un'illusione. Prendere sul serio la possibilità di ottenere un simile risultato costituirebbe un vero e proprio “azzardo morale” nell'ottica di affrontare in modo efficace e tempestivo la sfida ai cambiamenti climatici posta dall'Antropocene²⁰. Già Tim Jackson, con il noto studio *Prosperity without Growth*, aveva messo in guardia dall'illusione di una crescita economica senza impatti sull'ambiente²¹. Il fatto è che un *decoupling* assoluto in grado di ridurre e poi annullare interamente le emissioni di CO₂ risulta pressoché impossibile da realizzare, almeno non sulla base della *timeline* che scienziati e climatologi di tutto il mondo hanno indicato: dimezzare le emissioni di anidride carbonica entro il 2030 e azzerare le emissioni nette entro il 2050.

Ed è su questo aspetto che si appunta una delle maggiori critiche di Saitō, il quale nel terzo capitolo del libro si occupa di esaminare le problematiche di una decrescita di matrice capitalista. A tal riguardo, un contributo prezioso de *Il capitale nell'Antropocene* è offerto dall'analisi della possibile conversione del quadro concettuale su cui poggia da sempre il sistema capitalista. In particolare, Saitō si chiede se sia possibile ripensare il capitalismo come modello di decrescita: egli ritiene che ciò sia semplicemente irrealizzabile, una « pura *utopia* »²² e, in modo ancora più deciso, che in realtà « [n]on esiste un “capitalismo della decrescita”²³ ».

In effetti, sono diverse le ragioni che impedirebbero un simile mutamento del modello. Una, tuttavia, è fondamentale. Si tratta di una caratteristica in-

20 *Ivi*, cfr. Cap. II, § 10, pp. 54 ss. « L'illusione del “*decoupling*” », dove secondo l'A. « la strategia di una “crescita economica verde” che diffonde l'illusione di un *decoupling* assoluto pari a un obiettivo facilmente raggiungibile costituisce un vero e proprio pericolo ».

21 T. JACKSON, *Prosperity without Growth. Foundations for the Economy of Tomorrow*, 2nd ed., London, 2017 (trad. it. *Prosperità senza crescita*, a cura di L. Coppo e D. Tavazzi, Milano, 2017).

22 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., p. 107.

23 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., p. 106, dove aggiunge che un simile « per definizione “capitalismo” e “decrescita” sono due termini incompatibili ».

terna al modello in questione, che già Karl Marx aveva nitidamente messo in luce definendo il capitalismo come un processo di accumulazione “illimitato”, la cui essenza più intima è rintracciabile proprio nella crescita economica finalizzata all’incremento continuo e costante del profitto. Saitō ne è consapevole e identifica, in modo coerente, il capitalismo con « *un sistema che, al fine di accrescere il valore e l’accumulo di capitale, promuove la creazione continua di nuovi mercati* »²⁴. In termini più netti, l’autore afferma che « [i]l capitale è un moto perpetuo teso all’incremento costante del valore [...] nella produzione di beni e servizi che [...] aumentino il profitto, in un processo in continua espansione »²⁵. In sostanza, per il modello capitalista « *non esiste condizione peggiore di quella che impedisce la crescita* »²⁶.

Un’analisi importante svolta da Saitō riguarda la comprensione, sempre in termini empirici, dei processi che sono alla base dello sfruttamento delle risorse naturali da parte del modello economico capitalista. Per chiarire un simile aspetto è necessario fare riferimento al concetto di “traslazione”, ossia a quella tecnica di trasferimento delle esternalità dal centro alla periferia, messa in atto dal capitalismo moderno. Un caso tipico di traslazione è rappresentato dall’agricoltura di “sovrasfruttamento” e dal conseguente impoverimento del suolo a causa dell’affermarsi dell’attività agricola in senso capitalista²⁷. Per porre rimedio al problema, il capitalismo ha fatto ciclicamente ricorso allo sviluppo tecnologico, introducendo da ultimo in agricoltura l’uso dei fertilizzanti chimici. Lo sviluppo tecnologico, tuttavia, non ha risolto il problema dell’impatto ambientale, ma lo ha semplicemente “trasferito”.

L’uso massiccio dei fertilizzanti sprigiona infatti una quantità enorme di CO₂, che viene quindi dispersa nell’ambiente. Le colture intensive producono

24 K. SAITŌ, *Il capitale nell’Antropocene*, cit., p. 93.

25 K. SAITŌ, *Il capitale nell’Antropocene*, cit., p. 106.

26 K. SAITŌ, *Il capitale nell’Antropocene*, cit., p. 107.

27 Il fenomeno fu analizzato da Justus von Liebig, che criticò aspramente la moderna “agricoltura di rapina” (*Raubbau*), la quale mira solo alla massimizzazione del profitto a breve termine e lascia che le piante assorbano il maggior numero possibile di sostanze nutritive dal terreno senza reintegrarle. Si v. J. LIEBIG, *Familiar Letters on Chemistry*, 4th ed. (edited by John Blyth), Londra, 1859.

grandi quantità di prodotti agricoli, ma generano e assorbono al contempo la quasi totalità di CO₂ connessa all'uso dei pesticidi. Il fenomeno della traslazione, quale tecnica di cui si avvale il modello capitalista per scaricare i costi socioeconomici e ambientali (esternalità) sulle “periferie” globali e massimizzare i profitti per i Paesi sviluppati dei “centri” globali viene esemplificato dal concetto di “imperialismo ecologico”²⁸.

Per imperialismo ecologico, in sostanza, s'intende ogni processo che produce asimmetrie nello sfruttamento delle risorse naturali e scambi ineguali. L'ordine sociale del capitalismo è inseparabile dall'imperialismo ecologico, che è fondamentale per il sistema quanto la stessa ricerca del profitto²⁹. I trasferimenti di valori economici sono oscurati in modo complesso da veri e propri flussi materiali-naturali che trasformano le relazioni ecologiche tra città e campagna, tra centro e periferia globali. Pertanto, diviene evidente che di fronte ad un problema come quello dell'inquinamento dei terreni agricoli e dell'atmosfera il modello capitalista non trovi una soluzione equa per la collettività, ma sia invece sempre alla ricerca di una soluzione soddisfacente per lo scopo egoistico del singolo attore economico in vista del conseguimento del profitto e dell'accumulazione della ricchezza.

Società dell'esternalizzazione, traslazione, vita imperiale e imperialismo ecologico sono certamente elementi basilari su cui poggia il capitalismo moderno. Eppure, detti elementi hanno portato ad un incredibile paradosso: il centro globale e i suoi Paesi avanzati stanno pagando le conseguenze di un simile mo-

28 A. W. CROSBY, *Ecological Imperialism: The Biological Expansion of Europe, 900–1900*, Cambridge, 1986; J. B. FOSTER, B. CLARK, B. (2003), *Ecological Imperialism*, in L. PANITCH, C. LEYS (eds), *Socialist Register*, New York, 2004, pp. 186-201; B. CLARK, J. B. FOSTER, *Ecological Imperialism and the Global Metabolic Rift. Unequal Exchange and the Guano/Nitrates Trade*, in *International Journal of Comparative Sociology*, 2009, nn. 3-4, pp. 311 ss.

29 B. CLARK, J. B. FOSTER, *Ecological Imperialism and the Global Metabolic Rift*, cit., p. 311, che argomentano come una simile frattura metabolica globale ha comportato il declino della fertilità del suolo in Gran Bretagna, l'importazione di manodopera cinese in Perù, l'esportazione di massa di fertilizzanti naturali, il degrado dell'ambiente peruviano/cileno, la guerra per il possesso dei nitrati e la creazione di economie ricche di debiti. Ciò ha permesso alla Gran Bretagna e ad altri Paesi imperiali di mantenere uno “scoperto ambientale” nei propri Paesi, attingendo imperialisticamente alle risorse naturali della periferia.

dello, dal momento che sono anch'essi colpiti massicciamente dagli effetti catastrofici della crisi ambientale generata dal sistema capitalista. Si è già detto come eventi climatici estremi, quali incendi e alluvioni, colpiscano ora anche gran parte dei territori degli Stati Uniti e dell'Europa, causando devastazione all'interno dei tessuti urbani e sociali. Di fronte ad un simile scenario, il modello capitalista e i suoi fautori non solo non si assumono le responsabilità per la crisi planetaria e gli ingenti danni ambientali e sociali causati, ma sono persino in grado di creare artificiosamente ulteriori opportunità di profitto, speculando cioè sulle stesse calamità naturali attraverso quello che è stato correttamente definito da Saitō “capitalismo dei disastri”³⁰.

Da un punto di vista strettamente metodologico, è interessante notare che Saitō si avvale ne *Il capitale nell'Antropocene* del concetto sociologico di “vita imperiale” (*Imperiale Lebensweise*)³¹ declinato alla luce della distinzione, di tipo geopolitico, tra Nord e Sud globale. A mio avviso, è questa una scelta metodologica coraggiosa, opportuna e tempestiva, per il fatto che la categoria dell'*Imperiale Lebensweise* mette sotto accusa il tenore di vita delle classi agiate dei Paesi sviluppati del Nord globale, fondato essenzialmente sull'appropriazione violenta e dispotica delle risorse naturali del Sud globale al fine di soddisfare la produzione e il consumo di massa da parte di quelle stesse classi abbienti dei Paesi sviluppati.

Si tratta, dunque, di una critica radicale che viene mossa all'attuale sistema di crescita economica basato sulla produzione e sul consumo di massa, sul modello capitalista di “vita imperiale” e più in generale sull'imperialismo ecologico dell'Antropocene. È una critica severa a quelle che Saitō definisce le « *classi agiate* » dei Paesi avanzati del Nord globale. I dati riportati dal filosofo giapponese risultano piuttosto impressionanti e indicano come il solo 10 % della popolazione più ricca del mondo sia in grado di produrre la metà complessiva di

30 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., spec. Cap. 6, § 10, pp. 200 ss.

31 W. STEFFEN, W. BROADGATE et Al., *The Trajectory of the Anthropocene. The Great Acceleration*, in *The Anthropocene Review*, II 2015, n. 1, pp. 81 ss.

CO₂, mentre una larga parte delle persone appartenenti agli strati meno abbienti, pari quasi al 50 %, della popolazione mondiale, producano appena il 10 % di quel totale. Inoltre, il dato più allarmante è che l'0,1 % degli appartenenti alle classi agiate, vale a dire lo strato di persone più ricche al mondo, è responsabile della maggior parte delle emissioni di anidride carbonica. È importante osservare che tutte le persone dei Paesi avanzati rientrano plausibilmente almeno nel 20 % delle classi agiate e coloro i quali rappresentano la c.d. classe media rientrano senz'altro in quel 10 % degli strati più ricchi della popolazione.

In questo senso, il punto cruciale è che il modello capitalista non solo è responsabile di enormi danni sul piano ambientale, ma è anche artefice di gravissime conseguenze socioeconomiche per le popolazioni del Sud Globale. A tal proposito, sono piuttosto eclatanti i disastri petroliferi nel Golfo del Messico e nelle Mauritius o il cedimento della diga di Brumadinho in Brasile o ancora gli incendi nelle foreste pluviali tropicali causati dalla continua deforestazione perpetrata dalle società di *agribusiness*.

Simili disastri nel Sud globale sono accomunati dal fatto di essere stati causati da società commerciali che operano in nome di un'economia capitalista e per conto di un modello di vita imperiale nel Nord globale. Disastri naturali che determinano, come si è detto, anche disastri socioeconomici. Il caso della tragedia del Rana Plaza in Bangladesh risponde esattamente a questa logica, mettendo in luce il circolo vizioso alimentato dal modello di società capitalista che usurpa risorse naturali, creando i presupposti per i disastri ambientali, i quali a loro volta si ripercuotono seriamente su di un piano socioeconomico e di (mancata) tutela dei diritti umani. Nel Sud globale, ad esempio, gli operai bengalesi sono costretti a lavorare in condizioni e con ritmi disumani per produrre l'abbigliamento della *fast fashion* del Nord globale. Allo stesso tempo, una larga parte della popolazione povera dell'India viene sfruttata per coltivare cotone in campi aperti dove le temperature sono al di sopra dei 40° C., e ciò per

procurare una delle materie prime indispensabili per far funzionare l'industria della moda nei Paesi sviluppati.

Da questo punto di vista è interessante comprendere, in termini tecnico-economici, come avviene lo sfruttamento delle risorse umane e naturali del Sud globale da parte del Nord globale. Per spiegare simile sfruttamento, Saitō fa correttamente ricorso al concetto sociologico di “società dell'esternalizzazione”³². Il concetto di società dell'esternalizzazione è molto utile per rivelare come i Paesi sviluppati preservino la propria ricchezza attraverso la decentralizzazione della ricaduta dei costi sociali, economici e ambientali legati ai processi di produzione del modello capitalista. In altre parole, i Paesi sviluppati fonderebbero la propria ricchezza sui sacrifici ambientali, economici e sociali dei Paesi del Sud globale, non sostenendo tuttavia i relativi costi che sarebbero scaricati sugli stessi territori dei Paesi “in via di sviluppo”.

Inoltre, la preservazione della ricchezza dei Paesi del Nord globale nel modello capitalista viene generalmente esemplificata dalla teoria di Wallerstein³³. Per Wallerstein, il modello capitalista poggerrebbe le sue basi sulla distinzione tra “centro” e “periferia” del “sistema mondo”. Al centro vi sono i Paesi avanzati del Nord globale che sfruttano le risorse umane della periferia, costituita invece dai Paesi del Sud globale. Così facendo, i primi si sviluppano e acquisiscono ricchezza e benessere a discapito dei secondi, poiché possono contare su risorse umane e materiali a basso costo provenienti dai Paesi del Sud globale, quali forza lavoro e materie prime.

A mio avviso, però, la teoria wallersteiniana non chiarisce fino in fondo un altro aspetto cruciale implicito nel modello economico della società capitalista: lo sfruttamento delle risorse naturali e i conseguenti disastri ambientali. Ed è questo, a parere del recensore, uno degli aspetti più originali su cui si appunta

³² S. LESSENICH, *Neben uns die Sintflut. Wie wir auf Kosten anderer leben*, Piper, München, 2018, p. 166.

³³ I. WALLERSTEIN, *World-Systems Analysis. An Introduction*, Durham, 2004 (trad. it. *Comprendere il mondo. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo*, a cura di M. Errico, Trieste, 2013).

la critica avanzata dal libro *Il capitale nell'Antropocene*. Saitō definisce giustamente lo stesso concetto di Antropocene come il processo di « penetrazione delle attività economiche umane in ogni angolo del globo » attraverso cui il « capitale si è appropriato di qualunque cosa arrivasse a toccare, petrolio, nutrienti del suolo, terre rare »³⁴. In conclusione, secondo Saitō, l'Antropocene non è altro che « l'epoca che per compiere la sua razzia e dirottarne i costi » ha depredato e saccheggiato « la periferia », provocando « pesanti danni all'ambiente »³⁵.

Il punto è che non sembra più appropriato parlare di “Antropocene”³⁶. A mio modo di vedere, l'epoca nella quale viviamo dovrebbe essere definita piuttosto “Capitalocene”³⁷. Capitalocene, perché ritengo che la responsabilità della più grave recessione ecologica nella storia del pianeta non sia tanto da attribuire all'uomo (*anthropos*), né al suo nuovo, recente e inatteso (*kainos*) impatto sull'equilibrio della Terra, quanto piuttosto di un preciso modello economico, giuridico, politico e sociale che risponde al nome di “Capitalismo” e di tutti coloro i quali, più o meno consapevolmente, se ne rendono artefici, fautori e sostenitori.

Gettando una luce sui motivi che rendono irrealizzabile una crescita economica “verde”, da una parte, e svelando le ragioni per le quali dovremmo seriamente considerare la scelta di abbandonare del tutto l'idea della crescita come obiettivo comune, dall'altra, il contributo di Saitō risulta particolarmente in questo momento storico, tanto importante quanto necessario.

34 K. SAITŌ, *Il capitale nell'Antropocene*, cit., p. 24 (enfasi aggiunta).

35 *Ibid.*, (enfasi aggiunta).

36 P. J. CRUTZEN – E. F. STOERMER, *The “Anthropocene”*, in *Global Change Newsletter*, 41, 2000, a cui si deve il termine Antropocene, ossia un'era in cui l'umanità è divenuta una “grande forza geologica” con un enorme potere scientifico e tecnologico in grado di trasformare l'intero pianeta *Terra* su una scala senza precedenti.

37 J. W. MOORE, *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism*, Oakland, 2016, trad. it. *Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria*, a cura di A. Barbero e E. Leonardi, Verona, 2017. È interessante l'intervista di Massimo Filippi a Jason W. Moore pubblicata su Aut Aut, dal titolo *Ecologia dialettica. Dialogo sul Capitalocene*, giugno 2024, n. 402, pp. 78-98.

GIOVANNI D'ELIA

Dottorando di ricerca in diritto pubblico dell'economia presso il Dipartimento di
Giurisprudenza dell'Università di Pisa
giovanni.delia@phd.unipi.it

**POTERE ECONOMICO E “CATTURA” DELLA SCELTA
PUBBLICA: IL CASO PORSCHE IN PUGLIA**

**ECONOMIC POWER AND THE ‘CAPTURE’ OF PUBLIC CHOICE:
THE PORSCHE CASE IN APULIA**

SINTESI

L'articolo argomenta come il potere economico sia in grado di “catturare” la scelta pubblica a diversi livelli di governo in uno scenario giuridico caratterizzato dal predominio del neoliberismo e dimostra come determinati interessi meritevoli di tutela, quali l'ambiente ed i diritti sociali delle comunità locali, diventino così recessivi al cospetto dell'idea del libero mercato e degli interessi da quest'ultimo garantiti. A tal riguardo, sul piano empirico, il lavoro analizza il caso Porsche in Puglia, il quale esemplifica la teoria della “cattura” del regolatore regionale, mettendo in evidenza come il forte potere economico dell'impresa privata (uno dei maggiori gruppi automobilistici a livello mondiale) sia in grado di influenzare la scelta pubblica nella procedura di esproprio di una vasta area boschiva tutelata dal diritto europeo con la direttiva Habitat.

ABSTRACT

The article presents a theoretical argument concerning the phenomenon of economic power exerting influence over public decision-makers at various levels of government within a legal context characterised by the dominance of neoliberalism. It illustrates how certain interests, such as those pertaining to ecology and the social rights of local communities, tend to become eclipsed in the face of the prevailing ideology of the free market and the interests it espouses. With regard to this matter, the empirical evidence presented in the work is exemplified by the Porsche case, which serves to illustrate the theory of

the 'capture' of administrative decision-makers. It demonstrates how the economic power of a private company (one of the world's largest automobile groups) can influence the public choice in the expropriation procedure of a vast wooded area protected by European law directive Habitat.

PAROLE CHIAVE: teoria della scelta pubblica, cattura del regolatore, potere economico, interesse pubblico, interessi ambientali e sociali.

KEYWORDS: public choice theory, capture of the state regulator, economic power, public interest, environmental and social interests.

INDICE: 1. Introduzione. - 2. Il caso Porsche in Puglia e la "cattura" dell'amministrazione regionale. - 3. Neoliberalismo e "cattura" della scelta pubblica. - 4. La rinnovata protezione legale dell'ambiente nel diritto positivo europeo e italiano - 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'articolo sostiene come il potere economico possa "catturare" la scelta pubblica a diversi livelli di governo in uno contesto giuridico contrassegnato dalla supremazia del neoliberalismo e verifica come determinati interessi meritevoli di tutela, quali l'ambiente ed i diritti sociali delle comunità locali, possano diventare recessivi di fronte al libero mercato e agli interessi da quest'ultimo garantiti¹.

A tal riguardo, sul piano empirico, il contributo porta all'attenzione del lettore un *leading case study*, il caso Porsche in Puglia, in quanto esso mette nitidamente in risalto la teoria della cattura della scelta pubblica ad un livello di governo locale. In particolare, la vicenda pugliese della Porsche mostra come, quando si è in presenza di un forte potere economico, le decisioni delle amministrazioni pubbliche possono essere influenzate e orientate verso finalità pro-

1 Questo contributo è frutto, nei suoi tratti essenziali, del lavoro di ricerca svolto dall'autore nell'estate del 2023. La parte empirica del lavoro è stata agevolata grazie alla lettura degli atti amministrativi riguardanti l'Accordo di programma tra Regione Puglia e NTC Srl. A seguito è stato fondamentale il confronto col GRUPPO DI INTERVENTO GIURIDICO di Cagliari, Italia NOSTRA APS di Roma, Comitato CUSTODI DEL BOSCO D'ARNEO di Nardò (LE) e ILLAVACAVALLI – ONDA VERDE FACCIAMO RETE APS di Bari, che desidero ringraziare per aver fornito spunti fondamentali e materiale informativo indispensabili per la redazione di questo contributo. Desidero altresì ringraziare l'organizzazione ambientalista non governativa ROBIN WOOD di Bremen (Germania) che ha contribuito a far conoscere la vicenda oltre i confini provinciali. Infine, ma non infine, desidero ringraziare Donato Vese per la revisione scientifica di questo saggio nonché il Direttore di *Questa Rivista*, Luca R. Perfetti per la lettura critica e per averne permesso la pubblicazione.

prie degli interessi privati e a discapito dell'interesse pubblico, costituito nel caso di specie dalla tutela ambientale di una vasta area boschiva oggetto di protezione da parte del diritto europeo con la nota direttiva Habitat².

L'obiettivo del lavoro è dunque quello di approfondire il rapporto tra potere economico e scelta pubblica³ nella prospettiva della tutela ambientale del territorio locale, gettando anche uno sguardo critico al modello economico predominante nell'attuale momento storico: il neoliberismo. Modello che è stato oggetto di recenti e severe critiche da parte della dottrina che ha avuto il coraggio di dire francamente come il neoliberismo (quale tendenza più recente del capitalismo) abbia prodotto una crisi climatica senza precedenti nella storia dell'umanità, tramite un "imperialismo ecologico" che fa dipendere la sua sopravvivenza dal «*saccheggio delle periferie, dove però, nello stesso tempo, dirotta le proprie contraddizioni*»⁴. E di periferie e di "governo del territorio"⁵ (di quelle periferie)

2 Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (G.U. L. 206 del 22 luglio 1992, pag. 7).

3 James M. Buchanan, Premio Nobel per l'Economia nel 1986, ha analizzato approfonditamente il meccanismo della scelta pubblica, mettendo in risalto come economia e potere istituzionale siano profondamente intrecciati. Egli ha studiato i meccanismi politico-costituzionali non dal punto di vista normativo, ma di quello della massimizzazione degli interessi particolaristici degli attori in campo: partiti, elettori, finanziatori privati. Il sistema partitico nelle democrazie mature, secondo l'Autore, tende alla massimizzazione del numero di voti e gli attori politici attuano le proprie scelte, una volta al governo ovvero all'opposizione, anche tenendo conto dei finanziamenti privati che ricevono durante le proprie campagne elettorali, generando così un *mercato politico* e definendo una serie di modelli politico-costituzionali che possono variare a seconda del grado di interazione tra i vari soggetti dell'arena politica. La teoria è stata sviluppata sin dal 1962, nell'opera *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, ma trova compiuta espressione in M. BUCHANAN, *Stato, mercato e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2006.

4 Il riferimento è a K. SAITŌ, *Il Capitale nell'Antropocene*, Einaudi, 2024, p. 32. Per un'analisi approfondita del libro di Kōhei Saitō si rimanda alla recensione di D. VESE, in *Questo numero di Questa rivista*, il quale mette in luce gli aspetti giuridici ed economici fondamentali del recente contributo del filosofo giapponese studioso di Marx.

5 Vi è una vasta produzione della dottrina giuridica, specie di quella amministrativistica, che usa il termine "governo del territorio" per indicare la gestione tramite norme giuridiche degli interessi di natura ambientale ricadenti nelle comunità locali (si v., di recente, il lavoro di A. GALDERISI, M. DI VENOSA, G. FERA, S. MENONI (a cura di), *Geografie del rischio. Nuovi paradigmi per il governo del territorio*, Donzelli, Roma, 2020; e, meno recentemente, anche quello di R. GIOVAGNOLI, S. MORELLI (a cura di), *Urbanistica e governo del territorio. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, Milano, 2014). È evidente, tuttavia, che nessun "governo" del territorio può dirsi legittimo ed equo senza il rispetto dei diritti ambientali delle stesse popolazioni (umane e non umane) che quei territori abitano. La posizione di questo articolo si pone in distonia con

si discuterà nel presente contributo, ovvero di come esse siano da tempo bersaglio di forti poteri economici del mercato che fanno leva sulla cattura della scelta pubblica per condurre le amministrazioni locali a cedere un elemento essenziale, vitale e basilare per la stessa esistenza delle periferie: appunto, il territorio⁶.

Nella scienza economica si deve al premio Nobel George Stigler⁷ una prima ed efficace ricostruzione della c.d. *regulatory capture theory*. Secondo Stigler, quando si è in presenza di un forte potere economico i regolatori possono essere oggetto di cattura normativa, nel senso che i privati e le imprese agiscono attraverso *lobbying* e finiscono per influenzare e orientare le decisioni verso interessi di parte.

Aspetto che è, ad avviso di chi scrive, anche storicizzato, inserito in un contesto di rapporti sociali, frutto di un certo tempo e spazio⁸. Vero è che, richiamando l'acuto pensiero di Fredric Jameson, i problemi del diritto non do-

chi pretende di “governare” il territorio senza quel rispetto dei diritti basilari.

6 In tema di uguaglianze e disuguaglianze, di “centro” e “periferia”, s'è discusso molto in *Questa Rivista*. Tra i tanti, PERFETTI L.R. (2021), *Eguaglianza vs. disuguaglianze, l'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, su *Questa Rivista*, n. 2/2021. Inoltre, in merito alle esternalizzazioni del centro verso la periferia ed in riferimento al concetto di Sud globale, il quale subisce le esternalizzazioni e gli effetti negativi dello *sviluppo*, si rimanda al S. KÖHEI, *cit.*, p. 17, il quale, in riferimento al concetto di Sud globale, precisa che si tratta di un «(...) termine che indica i territori e le popolazioni che subiscono gli impatti negativi della globalizzazione. Il problema che grava sul Sud globale è quello che da tempo viene chiamato la «divisione Nord-Sud». Con l'affermarsi delle economie emergenti e con le emigrazioni di massa verso i paesi più sviluppati, però, la disuguaglianza tra «Nord» e «Sud» non ha più necessariamente una connotazione geografica, o comunque ne ha in misura sempre minore. Anche all'interno dei paesi sviluppati esistono zone in cui si soffre per la povertà e la discriminazione, come esistono in quelli in via di sviluppo strati privilegiati di popolazione in grado di condurre stili di vita tali da far impallidire quelli delle nazioni sviluppate».

7 G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 2, 1, 1971, 3-21; G.J. STIGLER, *Public Regulation of The Securities Markets*, in *The Journal of Business*, 1964, 117-142. La teoria della Regulatory capture, in sintesi, sostiene che gli organismi preposti alla regolamentazione di determinate attività (Autorità di vigilanza e regolazione, enti pubblici di varia natura), agiscono in favore degli interessi privati o speciali dominanti nel settore oggetto della regolamentazione anziché perseguire l'interesse pubblico.

8 A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani e lo studio comparativo del diritto costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 773 osserva che «Lo studioso di diritto (...) non dovrebbe “... arrestarsi alla concezione del mondo prevalente in una certa epoca, restare immanente alle opinioni dominanti tra gli specialisti delle singole materie, ma ben può interrogarsi sugli elementi costitutivi del diritto, sulle esigenze umane fondamentali, sui mutamenti che caratterizzano lo sviluppo storico dell'umanità”»

vrebbero per forza essere risolti nel diritto⁹, come a dire che per comprendere l'esercizio del potere amministrativo e le ragioni che lo sottendono, non è sufficiente utilizzare gli strumenti propri del diritto, ma occorre anche volgere lo sguardo altrove, interrogare altre scienze, al fine di tentare di rispondere all'interrogativo sul perché la pubblica amministrazione abbia operato una data scelta e se detta scelta sia stata effettuata per promuovere l'interesse pubblico ovvero, rispettato formalmente il diritto, per favorire gli interessi di un soggetto privato, a scapito di interessi fondamentali dell'ordinamento¹⁰.

Oggi ci si limita solo a porre alcuni brevi interrogativi e tratteggiare alcune – giocoforza lacunose – possibili risposte, abbozzando altresì un metodo di indagine che, partendo da una breve ricostruzione, operata dalle scienze extra-giuridiche, relativamente al quadro concettuale in cui operano sia il mercato che le istituzioni pubbliche, ne comprenda il rapporto sotteso, a seguito della ricostruzione interpretativa delle fonti normative che consentono ai *policy makers* determinate deroghe in materia di tutela ambientale, favorendo così un libero esercizio, quasi un arbitrio, in punto di esercizio della discrezionalità amministrativa. Discrezionalità che, se da un lato, viene usata in modo da rispettare formalmente il dettato normativo, dall'altro ne elude la sostanza. Ed è precisa-

9 Difatti in una delle sue opere più celebri, Fredric Jameson spiega come le attività umane quali l'arte, o la musica, persino la stessa religione, siano un prodotto di un dato tempo e spazio, frutto dunque di determinati sistemi di valore ma sono da considerarsi atti simbolici del presente, che elabora attivamente la realtà che li genera. F. JAMESON, *The Ancients and the Postmoderns: On the Historicity of Forms*, Verso Books, 2015.

10 In campo giuridico un'analisi sulla violenza del potere nell'adozione di atti discrezionali viene da Luca R. Perfetti, il quale si interroga sul problema dell'integrazione della legge. «*Quest'integrazione opera, almeno in parte, al di fuori della legge e, quindi, il potere, per la parte non regolata dalla legge, si presenta come violenza (...)*». Continua l'autore, «*(...) lo Stato di diritto non garantisce affatto che la decisione del potere esecutivo sia assunta secondo legge. (...) La dominazione della sovranità continua ad operare per mezzo di una serie di fattori potentissimi: la legge, che si vorrebbe generale ed astratta, è pur sempre il prodotto di un corpo dello Stato (il Parlamento, per divenire in tempi recenti sostanziale appannaggio del Governo); "l'interesse generale" viene sostituito da quello "pubblico", vale a dire da quello assunto come tale dall'autorità; la legge viene ricostruita sempre più attraverso le visioni kelseniane della pura legalità formale, sicché il primato della legislazione è anche primazia dell'efficacia priva di collegamenti con la sostanza, prescinde dal contenuto ed involontariamente apre la via ai totalitarismi. La garanzia della legalità, quindi, appare davvero inefficace a limitare il potere se non per via del suo stesso self restraint, talché essa appare per lo più ottativa*». L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa Rivista n. 1/2017, su <https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1250/1148>

mente in tale frangente che, a parere di chi scrive, la scelta pubblica viene “catturata”, finendo così per favorire determinati interessi (*i.e.* economici) a discapito di altri interessi parimenti meritevoli di protezione (*i.e.* ambientali e sociali)¹¹.

Il caso Porsche in Puglia, da noi preso in esame per condurre l'indagine sul piano empirico, è piuttosto emblematico e mette bene in luce proprio un fenomeno di cattura della scelta pubblica, specie quando sono in gioco interessi di natura economica.

Dal punto di vista legale, al centro della vicenda vi è l'Accordo di programma che ha consentito alla società automobilistica tedesca di ottenere dall'amministrazione della Regione Puglia, un provvedimento di ampliamento del sito produttivo di proprietà della Porsche A.G., andando a ledere preminenti interessi ambientali. In particolare, nel caso di specie si trattava di un'estesa area boschiva (200 ha), situati nella penisola Salentina, un biotopo critico e antico tutelato dal diritto comunitario ai sensi della direttiva Habitat¹², nonché di una vasta area (278 ha) di notevole pregio naturalistico, stante il fatto che detta area risulta costituita da numerosissime specie vegetali tipiche della macchia mediterranea. Il che genererebbe, in linea con la visione dell'economia neoliberista, un impoverimento della ricchezza locale a favore della concentrazione della proprietà terriera nelle mani di pochi imprenditori commerciali¹³.

11 Nel diritto italiano, specie con riguardo allo studio dei rapporti tra interesse economico e scelta pubblica, tale tesi è avanzata da D. VESE, *Stato, Mercato, Nomos. sulla funzione dell'amministrazione nel sistema produttivo globale*, in *questa Rivista*, 1, 2020, pp. 453 ss. Secondo l'A. la *regulatory capture* è essenzialmente una forma di *market failure*, poiché può generare gravi e incontrollati fenomeni di esternalità negative. La conseguenza immediata che tale fenomeno provoca è la perdita di neutralità, terzietà e oggettività, da parte degli organismi di regolamentazione, appannaggio di una spiccata interpretazione dei fenomeni e delle dinamiche di mercato molto vicina a quella delle imprese regolate.

12 Si tratta della Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

13 È in atto, in Puglia, un processo di trasformazione geografica anche a seguito della vicenda del disseccamento rapido degli ulivi (c.d. CoDiRo), per cui, nelle dottrine sociali, si è parlato di processi di land grabbing. Tra i diversi contributi si V. M. CIERVO, *Emergenza Xylella in Salento (Puglia): una questione geopolitica*, in *Rivista semestrale di studi e ricerche di geografia*, Numero Speciale, supplemento al fascicolo 2/2023. Sulla questione, con uno sguardo sul fenomeno dell'accentramento fondiario da un punto di vista giuridico, sia consentito rinviare a G. D'ELIA, *Il rapporto tra Scienza e Diritto nel Piano di rigenerazione olivicola della Puglia, stato dell'arte e criticità*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti locali*, 2022.

Solo a seguito di un'azione collettiva “buona”¹⁴, da parte di associazioni titolari di interessi diffusi di portata regionale, nazionale e sovranazionale (come i gruppi ambientalisti tedeschi), i quali hanno attivato la macchina della giustizia amministrativa e sollecitato l'intervento della Commissione Europea, l'Accordo di programma è stato sospeso a data da destinarsi. Eppure, a nostro avviso, vi sono validi motivi per ritenere che detto accordo sia illegittimo e debba pertanto essere annullato in via di autotutela o in via giurisdizionale. E ciò che vedremo a tempo debito nel corso della trattazione.

2. Il caso Porsche in Puglia e la “cattura” dell'amministrazione regionale

Il caso pugliese della Porsche, da noi prescelto per l'indagine sul piano empirico è, come anticipato, un potente esempio di “cattura” della scelta pubblica e va senz'altro preso in seria considerazione se si vuole comprendere appieno il meccanismo che innesca e alimenta un simile fenomeno di “cattura” della scelta pubblica. Una prima disamina del caso Porsche è allora essenziale anzitutto per comprendere il contesto giuridico (legislativo e normativo) e il livello di governo (nazionale e regionale) in cui è venuta a maturare la “cattura” del decisore pubblico. I dati normativi e legislativi sono un'efficace cartina al tornasole che dimostrano come il legislatore regionale abbia messo in campo una serie di atti non per soddisfare l'interesse pubblico come interesse della collettività, derivante dalla massimizzazione dei diritti delle persone, ma l'interesse particolare ed individualistico dell'attore economico di cui la società Porsche era titolare nel procedimento di concessione dell'area demaniale boschiva.

Ma andiamo con ordine. L'esame dei fatti procedurali principali impone di ricostruire l'intero *iter* burocratico del caso di specie. Occorre, dunque, partire con un breve salto nel passato, precisamente negli anni '70 dello scorso secolo. Qui, nell'ambito del piano di sviluppo del Mezzogiorno d'Italia, il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (d'ora in poi

¹⁴ Su cui si v. A. ALEMANNI, *The good lobby. Partecipazione civica per influenzare la politica dal basso*, Tlon, 2021.

“CIPE”), con provvedimento del 23 gennaio 1970, deliberava il Programma di Investimenti FIAT per il biennio 1970-1972, il quale includeva anche la realizzazione di una pista per la prova dei motori, nel territorio del Comune di Nardò, un comune in provincia di Lecce.

Il Piano veniva approvato con decreto del Presidente della Regione Puglia n. 905 del 3 maggio 1976 e, ancor prima, il Comune di Nardò approvava il Piano Regolatore Generale (PRG), sotto la spinta della decisione del CIPE¹⁵, individuando l'area interessata come zona D1 “Zone industriali”. Nel corso del tempo la pista venne ampliata e fu dapprima ceduta al gruppo “Prototipo” per i test di automobili di varie case automobilistiche.

In estrema sintesi, questo è ciò che avvenne a partire dagli anni '70. Sino a quando, nel maggio del 2012, la pista automobilistica fu ceduta al gruppo tedesco Porsche A.G., che istituì la società commerciale Nardò Technical Center S.r.l. (d'ora in poi “NTC”).

Di seguito la nostra disamina si focalizza sui dati attuali, prendendo in considerazione i principali atti amministrativi che suffragano la nostra argomentazione per quanto riguarda la teoria della cattura del regolatore regionale.

Un dato iniziale appare di rilievo. Il 26 ottobre 2021 la NTC S.r.l. trasmette alla Regione Puglia una bozza di accordo di programma, ai sensi dell'art. 34 del Testo Unico degli Enti Locali (d'ora in avanti “TUEL”), tra Regione Puglia, Comune di Nardò, Comune di Porto Cesareo e Consorzio ASI di Lecce. Il documento ha ad oggetto un apposito piano di sviluppo della società NTC, la quale, come detto, fa parte del gruppo di Porsche A.G.

L'accordo è notevole dal punto di vista dell'interesse sociale e ambientale, dal momento che è costituito da rilevanti opere di interesse pubblico e del loro piano di gestione, finalizzato a realizzare una serie di infrastrutture incidenti persino su di un Sito di Importanza Comunitaria (c.d. SIC)¹⁶, quale la nota area naturalistica regionale pugliese denominata “Palude del Conte-Dune

15 D.G.R.P. n. 1438 del 30 maggio 1974.

16 Poi designato Zona Speciale di Conservazione (ZSC) con D.M. 28. Dicembre 2018.

di Punta Prosciutto”. Tale area è ricadente in larga parte proprio nel Comune di Nardò, oggetto della vicenda di cui ci si occupa.

Vero è che l'area naturalistica in questione è classificata come sito di massima tutela ambientale in cui sono applicate le misure di conservazione necessarie al mantenimento e al ripristino degli *habitat* di varie specie animali. D'altra parte, detta area rappresenta una rara testimonianza di foresta primaria nel Sud della Puglia in cui, nel corso degli ultimi due secoli, si è assistito ad un intenso processo di disboscamento e di riconversione agricola¹⁷.

Sorprendentemente, con atto legislativo *ad hoc*, vale a dire il D.G.R. n. 53 del 31 gennaio 2022, la Regione Puglia ha dichiarato di interesse pubblico il piano di sviluppo della società NTC (e dunque della Porsche A.G.), promuovendo la procedura per la sottoscrizione di un Accordo di Programma, ai sensi dell'art. 34 TUEL, tra la stessa Regione e i principali attori coinvolti a vario titolo nell'iter amministrativo¹⁸.

17 Il geografo G. Arditì osservava che «Stando qui, nel territorio, non posso però ristarmi dal riferire e deplorare a caldi occhi due difetti, anzi due colpe, e colpe late: la smania inconsulta adesso più che mai cresciuta di abbattere e distruggere i boschi e le selve cedue; e le paludi che infestano quasi tutti i bordi della Provincia, meno un breve tratto nelle Cenate di Nardò, e la lunga costiera da Otranto – Leuca fino a S. Gregorio. I boschi richiamano le piogge, di cui si ha tanto bisogno, e rettificano l'aria, perché gli alberi in massima decompongono l'acido carbonico, assorbendo il carbonio improprio alla respirazione animale ed emettendo l'ossigeno ch'è il gas necessario alla vita. Quei tali guardano il guadagno d'un momento, divorano in un giorno l'opera dei secoli, e poi? Un danno diuturno ed irreparabile pel pubblico e per loro stessi! L'asino solo guarda il presente, l'uomo sta in piedi, sta tra gli uomini, può e deve guardare ogni onde per sé e pel suo simile, e il sapere sta nel prevedere. La costituzione fisica della nostra penisola e la sua positura topografico-geografica c'impongono di favorire in essa l'incremento della flora arborea piuttosto che sminuirlo e disolarla». G. ARDITI, *Corografia fisica e storica della Provincia di Terra d'Otranto*, Lecce, 1879-1885, pp. XV ss.

18 La proposta di dichiarazione di rilevanza dell'interesse pubblico è stata fatta da NTC Srl con istanza del 26.10.2021. Nella Delibera di Giunta n. 53/2022 l'Accordo è stato motivato nel seguente modo: *La realizzazione del centro di elisoccorso, equipaggiato con attrezzature sanitarie di primo intervento, consente di integrare il sistema sanitario di emergenza della Regione Puglia, migliorando la copertura nel Salento e bilanciando la copertura già attiva nel nord della regione grazie al centro di elisoccorso attualmente presente a Foggia; un intervento tempestivo risulta, infatti, fondamentale per le urgenze, gli interventi di primo soccorso e le patologie tempo-dipendenti; - Il progetto di riqualificazione e valorizzazione ecologico-ambientale e paesaggistica, che prevede un processo programmato di interventi di naturalizzazione all'esterno della proprietà del Nardò Technical Center, integrando aree demaniali ed ulteriori aree da acquisire, consentirà un sensibile ampliamento delle aree boscate e di interesse paesaggistico, garantendo in tal modo anche una maggiore fruibilità delle aree protette, oltre che il miglioramento degli habitat e delle specie di interesse conservazionistico; al contempo si realizzerà un incremento della funzionalità e della qualità ambientale a livello territoriale grazie ai corridoi ecologici di connessione tra entroterra e mare; tali opere potranno essere utili anche al fine del superamento degli aspetti relativi all'incidenza negativa dell'intervento sulle componenti naturali che interessano l'area (presenza di habitat di importanza comunitaria); - La realizzazione del Centro Visite Polifunzionale*

Ed è su detto provvedimento che a nostro avviso si verifica un intenso fenomeno di “cattura” della scelta pubblica che influenzerà in modo decisivo l'amministrazione regionale, portando quest'ultima a garantire l'interesse economico dell'attore privato a discapito dell'interesse sociale e ambientale della collettività. Basti notare che il piano di sviluppo dell'opera e dell'attività privata delle società Porsche A.G. e NTC ha previsto la concessione amministrativa che in concreto implica la rimozione di una vasta area boschiva (più di 200 ha), per rendersi conto della portata assunta dalla “cattura” del regolatore regionale nel caso da noi preso in esame.

Insufficienti, quando non del tutto risibili, peraltro, sono da ritenersi le opere di compensazione proposte dalle società Porsche A.G. e NTC¹⁹. Non vi è da stupirsi, d'altra parte, se si tiene conto che questa tipologia di “scambio” tra la concessione del demanio pubblico e una controprestazione economica sia ricollegabile alla logica neoliberista oggetto della nostra critica (cfr. *supra* par. 2).

Un importante iter amministrativo si è poi svolto nell'autunno del 2022, nell'ambito della Conferenza dei Servizi per l'approvazione del piano di sviluppo dell'impianto di NTC e Porsche A.G.²⁰. Ad esito della conferenza dei servizi, con la determina n. 389 del 16 novembre 2022, il Servizio VIA/VInCA²¹ della

rappresenta una nuova polarità per il territorio, che consentirà di tutelare e valorizzare la Riserva Naturale e la Zona Speciale di Conservazione (ZSC), mediante la promozione e la divulgazione di attività culturali ed educative per la tutela dell'ambiente e delle naturalità esistenti; - Il Nardò Technical Center nel corso dell'ultimo decennio è stato già protagonista di continue azioni di salvaguardia dell'ambiente, con un costante monitoraggio e un servizio antincendio proattivo in affiancamento e/o sostituzione dei Vigili del Fuoco; tale attività ha limitato notevolmente il numero di focolai e di incendi sia all'interno della proprietà NTC sia nelle aree limitrofe di proprietà pubblica e/o privata, grazie ad un'azione coordinata con il Corpo dei Vigili del Fuoco e con gli Enti Territoriali preposti;

19 Nella proposta della Porsche A.G. si legge: «realizzazione di opere di rinaturalizzazione e forestazione naturalistica finalizzate alla valorizzazione paesaggistica ed ecologica del territorio ampliando boschi e macchia mediterranea in aree demaniali esistenti, sia in aree di proprietà del Nardò Technical Center che in ulteriori aree da acquisire e integrare a quelle esistenti per ampliare le zone di rilevanza per l'habitat caratteristico dei luoghi».

20 La Conferenza dei Servizi fa parte, infatti, della procedura armonizzata per la definizione sia del Provvedimento Autorizzatorio Unico Regionale (c.d. PAUR) sia dell'Accordo di Programma di cui all'art. 34 del D.lgs 267/2000.

21 La Valutazione di incidenza ambientale (VInCA) è un particolare tipo di analisi obbligatoria per valutare tutte quelle opere, progetti o azioni che possono incidere,

Regione Puglia ha valutato positivamente e votato all'unanimità²² le misure di compensazione proposte nell'ambito del piano di sviluppo industriale di NTC e Porsche. Sicché il provvedimento è passato al Ministero della Transizione Ecologica per l'avvio delle procedure comunitaria davanti alla Commissione Europea, ai sensi dell'art. 6, par. 4 della direttiva UE *Habitat*.

Di conseguenza, con delibera della Giunta regionale n. 600 del 03 maggio 2023 è stata dichiarata la sussistenza di “motivi imperativi di rilevante interesse pubblico”, in termini di salute umana per il sistema sanitario pugliese e in termini di sicurezza pubblica per la popolazione connessi alla realizzazione del piano di sviluppo di NTC e Porsche. Il che ha permesso l'avvio della procedura di esproprio pubblico dell'area boschiva e messo in luce, per quanto da noi argomentato, la “cattura”, a più riprese, dell'amministrazione regionale e delle sue scelte istituzionali, facendo avverare una sorta di “tirannia” dell'interesse economico dell'attore privato sull'interesse sociale e ambientale della comunità locale.

3. Neoliberismo e “cattura” della scelta pubblica

Nella scienza giuridica, una lunga tradizione ha studiato le patologie degli atti amministrativi, chiarendo i meccanismi che sono alla base dell'illegittimità

direttamente o indirettamente, su un Sito di Interesse Comunitario (SIC) o su una Zona di Protezione Speciale (ZPS), che fanno parte della Rete Natura 2000.

22 Sebbene con parere del 28.7.2022, il Comitato Regionale VIA (VINCA) quanto alla valutazione di incidenza ambientale riteneva che: “*esaminata la documentazione relativa alla Valutazione d'Incidenza Ambientale ed in particolare lo Studio di Incidenza allegato allo SIA e valutate le entità delle interferenze tra le opere previste dal MasterPlan di progetto e gli habitat e specie anche d'interesse prioritario presenti sul territorio, il comitato ritiene che gli impatti su tali componenti siano negativi e significativi in quanto non è possibile concludere il Piano di Sviluppo di NTC non determinerà incidenze significative durante la fase di realizzazione e di attuazione dell'opera. In ragione dell'assenza di localizzazioni alternative e verificate e valutate le alternative progettuali proposte dal proponente, tra cui l'alternativa zero; trattandosi di un progetto per la realizzazione di opere d'interesse pubblico (giusta DGR 53/2022), può trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 6 comma 4, della direttiva 92/43/CEE habitat*”. A motivo di ciò, con Determinazione del Servizio VIA/VINCA n. 374 del 28.10.2022 si deliberava di ratificare il predetto parere del Comitato VIA e di proseguire, nonostante le preoccupazioni sollevate, il procedimento istruttorio per la deroga delle prescrizioni contenute nell'art. 6 par. 4 della Direttiva habitat.

dei provvedimenti delle pubbliche amministrazioni²³. Sullo sfondo, tuttavia, è rimasta un'indagine che chiarisca la matrice teorica dei vizi di legittimità della scelta pubblica quando questi derivano dalla contrapposizione degli interessi in gioco. Si tratta di patologie della scelta pubblica che difficilmente possono essere inquadrare e spiegate alla luce delle tradizionali categorie di invalidità offerte dalla scienza amministrativistica.

Per essere sicuri, la nostra tesi è che detta matrice teorica abbia a che fare con il modello economico predominante nella società contemporanea: il neoliberismo. Appare opportuno, dunque, ricostruire, sebbene a grandi linee, il quadro teorico del neoliberismo, in modo da comprendere meglio come si genera e alimenta il fenomeno oggetto della nostra indagine, ossia quella “cattura” della scelta pubblica. Fenomeno che se lasciato solo allo studio della scienza giuridica e di quella amministrativistica in particolare, sarebbe destinato ad essere diagnosticato semplicemente come “illegittimo” (o meno), senza quindi un'analisi volta a comprendere i potenti meccanismi alla base di una simile illegittimità utili a formulare una migliore prognosi in punto di protezione legale dei diritti coinvolti da detto fenomeno.

Avviamoci allora a ricostruire, seppure brevemente e con un'opportuna selezione degli argomenti utili allo scopo della ricerca, alcuni tasselli concettuali basilari di tale scuola di pensiero, per meglio comprendere il retroterra culturale

²³ Sarebbe impossibile, anche solo tentare, in questa sede, di richiamare tutti gli studiosi e le Scuole che, a vario titolo, hanno contribuito all'elaborazione ed evoluzione della ricerca giuridica sull'invalidità degli atti amministrativi. Sia consentito rinviare ad alcuni studi della dottrina amministrativistica classica che sono particolarmente preziosi in materia: F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione amministrativa*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, p. 118 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 991 ss. e p. 1117 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, p. 280 ss.; A. PIRAS, *Invalidità*, (dir. amm), in *Enc. Dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 599 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, II, p. 3165 ss.; A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici (1941)*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Jovene, Napoli, 1990, p. 3 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 1127 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, II, p. 299 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 187 ss.,

da cui deriva il fenomeno della cattura della decisione pubblica²⁴ e dunque contestualizzarlo nell'ambito di questo lavoro. Iniziamo dunque questo breve percorso ricostruttivo. Come il lettore potrà constatare, si tratta di pochi passaggi, ma invero molto utili nell'economia della presente indagine.

Il neoliberismo²⁵ rappresenta una corrente di pensiero dell'economia politica relativamente recente. La sua fortuna si deve alla severa critica nei confronti dell'intervento dello Stato nella sfera economica²⁶. L'idea della preminenza del mercato sullo Stato è al centro della visione neoliberista che promuove così vigorosi processi di deregolamentazione delle norme amministrative, privatizzazione dei servizi pubblici e liberalizzazione delle attività produttive delle imprese private.

Com'è noto, a seguito del crollo del Muro di Berlino, che ha segnato la cessazione della guerra fredda ed il dissolvimento del modello socialista sovietico, l'Occidente è stato oggetto di due importanti fenomeni, studiati dalle scienze extragiuridiche, la *morte delle ideologie*²⁷ e l'ascesa del neoliberismo. Uno dei teorici importanti del neoliberismo, Francis Fukuyama, sosteneva che il model-

24 In punto di tassonomia giuridica appare utile avvisare il lettore che nel presente articolo ho inteso usare i termini di "scelta" e "decisione" come sinonimi. Su tali termini il lettore troverà utile i lavori contenuti nel fascicolo n. 1, 2017 di questa Rivista cui si rinvia per maggiori approfondimenti.

25 Sul versante tassonomico si utilizzerà il termine "neoliberismo" anziché "neoliberalismo" (*neoliberalism* in lingua inglese) aderendo alla distinzione, nella dottrina italiana, di cui al fondamentale dibattito tra B. Croce e L. Einaudi (Si V. nota 31) tra l'ambito economico (liberismo e, oggi, neoliberismo) e quello etico-sociale (liberalismo).

26 Nel diritto dell'economia, per un'acuta critica si v. D. VESE, *Pubblico e privato nella sfera economica: Cassa Depositi e Prestiti e la ricerca di una disciplina generale per il socio pubblico*, in *Riv. Dir. Banc.*, 4, 2023, pp. 561 ss.

27 Sarebbe pressoché impossibile citare la dottrina sociologica o antropologica o, ancora, politologica, storiografica, che si è occupata del tema. Qui basti citare uno dei più noti e originali sociologi che, attraverso una metafora, è stato in grado di spiegare il passaggio da società occidentali basate su determinati pilastri a quelle caratterizzate dallo smantellamento delle pregresse strutture religiose ed ideologiche. Il riferimento è a Zygmunt Bauman, il quale, utilizzando la metafora della solidità e della liquidità, descrive il postmodernismo, una categoria sociologica legata inscindibilmente al neoliberismo, per spiegare il passaggio dalla solidità (caratterizzata da stabilità, nelle appartenenze politiche, sindacali o religiose, da una vita organizzata attorno alla produzione, al rispetto dogmatico delle norme, al rispetto dei ruoli e delle autorità) alla liquidità (una società basata sul disimpegno, sul passaggio dal concetto di autorità a quello di autorevolezza, sul dissolvimento dei legami affettivi e familiari e organizzata attorno al modello del consumo, caratterizzata altresì dalla seduzione e dall'edonismo e privata delle regolamentazioni normative). Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

lo socioeconomico statunitense, fondato essenzialmente sul *Reaganomics*²⁸, ossia sul modello di politica economica adottato dagli Stati Uniti durante la presidenza dal presidente Ronald Reagan, dal 20 gennaio 1981 al 20 gennaio 1989, rappresentava, nel suo sviluppo massimo, la *fine della storia*²⁹. In altre parole, il politologo statunitense riteneva che, specie a seguito della caduta dell'Unione Sovietica, il processo di evoluzione sociale, economica e politica dell'intera umanità avrebbe raggiunto una fase matura, con l'avvento della democrazia liberale, trovando il suo apice alla fine del XX secolo, secondo una visione per cui la storia procede per evoluzioni e non, dialetticamente, anche per salti³⁰.

Questo modello è stato definito liberale o liberal-democratico, sebbene non condivida molto – nei suoi tratti attuali – con la liberal-democrazia³¹ né è

28 G. GABELLINI, *Reaganomics, anatomia di una controrivoluzione*, in *Osservatorio Globalizzazione*, 29 giugno 2020.

29 F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992 pp. 7 ss.

30 D. LOSURDO, *Ipocondria dell'impolitico. La critica di Hegel ieri e oggi*, Milella, Lecce, 2001, p. 11, in cui, analizzando il pensiero di Hegel, sostiene che la storia si basa sulla contraddizione oggettiva e sul salto qualitativo che il filosofo ha voluto esporre nella *Logica*, studiando la Rivoluzione francese. Hegel criticava aspramente Kant, per cui la storia avanza a passo lento, ma infallibile verso il progresso. Di pari modo anche Fichte, secondo il Losurdo, ammette che la storia compie delle trasformazioni radicali, accanto al progresso lento e graduale, sebbene il pensiero di Fichte cozza con quello di Hegel nella contrapposizione tra il fatalismo del primo ed il movimento dialettico dello Spirito che permette il divenire del secondo.

31 Al di fuori dall'Italia il termine utilizzato è quello di neoliberalismo (*neoliberalism*), mentre solo in Italia si usa il termine neoliberismo e, raramente, neoliberalismo nel parlare di processi economici. Ciò è dovuto, in larga parte, al proficuo dibattito tra Luigi Einaudi e Benedetto Croce, negli anni venti del secolo scorso, in cui si scorge la prima differenza tra liberismo e liberalismo, una differenza tutta italiana, germogliata nelle riflessioni filosofiche dei due autori, i quali, in buona sostanza, relegano il liberismo ad una matrice puramente economica, mentre il liberalismo ha a che vedere con le libertà individuali ed il rapporto tra individuo e Stato. Einaudi ritiene che il liberismo non sia una scienza economica, ma uno strumento servente le scelte operate dal politico o filosofo-politico. Il liberismo, in altre parole, è un metodo. In tal senso, essendo uno strumento, può venire utilizzato dallo Stato nella risoluzione dei casi concreti, accanto ad altri strumenti di matrice socialista, interventista, ecc. Ogni problema, dunque, troverebbe una soluzione sua propria, il che riconosce il potere di intervento dello Stato nell'economia e critica aspramente la teoria del *laissez-faire* elaborata da J.-C.-M.-V. de Gournay (1712-1759). Croce, dal canto suo, critica il liberismo non in quanto metodo, non nella sua dimensione di libera iniziativa privata, ma nella sua pretesa che i principi di carattere utilitaristico surclassino le libertà fondamentali tanto da divenire «regola e legge suprema della vita sociale». Croce riconosce certamente che l'economia liberista sia fondata sull'utilitarismo e sulla somma di scelte egoistiche che portano benefici all'intera collettività. Non mette in discussione i presunti vantaggi del liberismo, ma si interroga se un sistema sociale possa fondarsi e reggersi solo su questi criteri. L'utilitarismo, secondo Croce, andrebbe ristretto ad una limitata parte della vita sociale di uno Stato e non si dovrebbe commettere l'errore di fondare un intero

possibile più scorgere gli elementi che, invece, caratterizzavano il c.d. primo liberismo, quello teorizzato dal padre dell'economia moderna Adam Smith³². Difatti il modello economico sorto a seguito degli eventi cui s'è accennato è caratterizzato dalla conferma delle premesse dell'economia liberista classica, ma dalla negazione dell'intervento dello Stato nell'economia, in quanto «ritenuto spesso inefficace, sempre tardivo, pesante e facile a degenerare in costrizione»³³.

È stato acutamente osservato, nella dottrina giuridica, che non è ad oggi possibile «(...) comprendere il reale significato dell'espressione, che evoca un fenomeno complessissimo, quanto a natura e caratteristiche, privo di una definitiva sistemazione in letteratura. In simile prospettiva, non è poi dato identificare l'esistenza stessa di un "diritto neoliberale", se non evocando l'idea di un diritto "caratterizzato da uno stile neoliberale"»³⁴. E difatti è pressoché impossibile rinvenire, anche nelle scienze extragiuridiche, una definizione univoca e condivisa del concetto, se non nei suoi tratti più salienti, sebbene vi sia persino chi ne disconosce il concetto³⁵.

sistema politico-normativo basato su un'idea di mercato. La soluzione che suggerisce Croce è di riconoscere il primato non al liberismo (economico) ma al liberalismo (etico), per cui il liberismo ed i problemi economici andrebbero trattati in rapporto al liberalismo etico. Il liberalismo «(...) aborre dalla regolamentazione autoritaria dell'opera economica in quanto la considera mortificazione delle facoltà inventive dell'uomo, e perciò ostacolo all'accrescimento dei beni [...] Ma non può accettare che beni siano soltanto quelli che soddisfano il libito individuale, e ricchezza solo l'accumulazione dei mezzi a tal fine (...)». Per una lettura sintetica ma al contempo completa del dibattito Si Vedano L. EINAUDI *Liberismo, borghesia e origini della guerra, in Il buongoverno. Saggi di economia politica*, (1897-1954), in E. Rossi (a cura di), vol. 1, Laterza, Bari, 1954 e B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, in P. Solari (a cura di), Riccardo Ricciardi, Milano e Napoli, 1957.

32 Adam Smith riteneva che il mercato fosse un sistema di decisioni decentrate fondate su una serie di negoziazioni degli operatori economici che vi operano all'interno. Ognuna di dette negoziazioni prevede un'offerta ed una domanda in cui acquirenti e venditori prendono le proprie decisioni sulla base del proprio egoistico interesse. Dalla somma degli egoismi di ciascun operatore si trae un beneficio collettivo per la società, che consiste nella stabilità dei prezzi, nella produzione di grandi varietà di beni e servizi e, infine, nella distribuzione ottimale delle risorse. Tutto ciò è stato sintetizzato da Smith nella *invisibile hand*, A. SMITH, *The Wealth of the Nations*, tr. it. *La ricchezza delle nazioni*, Torino, UTET, 1975.

33 La citazione è presa da <https://www.treccani.it/enciclopedia/neoliberismo/>. Ultima visita, 6 dicembre 2024.

34 Così F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, I, 309 ss., il quale richiama F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, vol. II, Rispoli Farina, Sciarrone Alibrandi, Tonelli (a cura di), Torino, 2017.

35 F. BONI e O. RICCI, «*Il neoliberismo non esiste*». *Pratiche partecipative nella definizione di un concetto controverso*, 2020, disponibile su <https://air.unimi.it/retrieve/dfa8b9a3-7492-748b-e053-3a05fe0a3a96/Boni%2C%20Ricci%20-%20II%20neoliberismo%20non%20esiste%20-%20Rev.pdf>

I padri fondatori di detta visione economica, gli economisti neoclassici della Scuola austriaca Friedrich A. von Hayek³⁶, Ludwig von Mises³⁷ e il francese Jacques L. Rueff³⁸, gettarono le basi di quella che poi fu denominata Scuola di Chicago³⁹, fondata presso l'omonima università negli anni '30 del secolo scorso e poi sviluppatasi anche negli Stati Uniti negli anni '50 ad opera, soprattutto, dall'economista Milton Friedman⁴⁰. La Scuola austriaca si caratterizzerà per essere particolarmente critica nei confronti dell'intervento dello Stato nell'economia, ritenendo che solo grazie allo sviluppo delle forze capitalistiche nella storia e solo attraverso la libertà economica, si può giungere alla libertà politica⁴¹. Tuttavia i *Chicago Boys* (come vennero, popolarmente, soprannominati gli studiosi di tale Scuola) divennero consiglieri strategici del governo dittatoriale militare cileno di Augusto Pinochet, il quale, dopo aver esautorato il governo Allende (inviso agli Stati Uniti) attraverso un colpo di stato, per circa 17 anni pose in essere numerose azioni repressive nei confronti della popolazione locale, realizzando molteplici privatizzazioni (in particolare istruzione, sanità, trasporti) tanto da portare il Cile ad essere il primo esempio di paese neoliberista della storia, ma anche – sino ad oggi - uno dei principali paesi al mondo per livelli di disuguaglianza sociale⁴².

36 Tra i tanti, F. VON HAYEK, *La società libera (The Constitution of Liberty, 1960)*, Rubbettino Editore, 2007

37 L. VON MISES, *Economic Policy. Thoughts for Today and Tomorrow* (trad. it. *Politica economica. Riflessioni per oggi e per domani*, Liberilibri, Macerata, [1999], 2007)

38 J. RUEFF, *La Fin de l'ère keynésienne*, in *Le Monde*, 1976.

39 Un testo fondamentale del neoliberismo è quello di H.C. SIMONS, *A Positive Program for Laissez Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy*, University of Chicago Press, 1949 in cui l'A., nell'analizzare le relazioni e l'interdipendenza tra istituzioni e ambito economico, non si esime dal criticare come il capitalismo, nella sua fase postbellica, sarebbe giunto a forme pervasive e limitatrici delle libertà individuali e sociali, le stesse che, idealmente, si prefiggeva di proteggere e sviluppare.

40 Si V. M. FRIEDMAN, *Studies in the Quantity Theory of Money*, Chicago, 1956; ID., *A Theory of the Consumption Function*, 1957

41 M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, 1962, University of Chicago Press.

42 Secondo la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), 2018, oggi circa il 10% della ricchezza nazionale è controllato da meno di 550 famiglie, il 50% più povero ha una ricchezza media di 5.000 dollari, il 10% più ricco ha una ricchezza media di 760.000 dollari, l'1% più ricco ha una ricchezza media di oltre 3.000.000 di dollari. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/5a4765e3-47c5-4ed2-bf2d-273af7927e4f/content>. In questo senso e con uno sguardo verso i paesi che hanno abbracciato

Di neoliberalismo, tuttavia, si parlava già ampiamente negli ambienti accademici francesi. La genesi del neoliberalismo è stata analizzata in modo pregevole da Michel Foucault, nel suo celebre corso al *Collège de France* del 1978-1979, in cui, nell'analizzare lo sviluppo delle politiche economiche in Francia, Germania e Stati Uniti, dimostrava come i meccanismi del mercato abbiano condotto lo Stato a «(...) lasciare intatto il gioco economico (...) lasciare che la società si sviluppi come una società d'impresa» in quanto il neo-liberismo, specie negli Stati Uniti (il cui modello s'è diffuso in Europa sin dal dopoguerra), è «(...) una maniera di essere e di pensare», (...) una sorta di nucleo utopico che viene continuamente riattivato, (...) un metodo di pensiero, una griglia di analisi economica e sociologica, (...) stile generale di pensiero, di analisi e di immaginazione»⁴³. All'interno di questa analisi, Foucault rileva, citando Robbins, uno dei padri del neoliberalismo, che «l'economia è la scienza del comportamento umano, inteso come una relazione tra fini e mezzi rari, i quali hanno utilizzazioni che si escludono reciprocamente»⁴⁴. In altre parole, secondo l'intellettuale francese, l'economia, nella visione neoliberale, non è più l'analisi logica e storica dei processi, ma diventa l'analisi di un'attività umana, della razionalità interna, della programmazione strategica dell'attività degli individui.

Ciò che qui interessa è che, già nella visione del neoliberalismo di Foucault si può intravedere una prima concettualizzazione del fenomeno giuridico ed economico della “cattura” della scelta pubblica. Non a caso, a nostro modo di vedere, il pensiero neoliberale non è solo un fatto economico e giuridico, ma è anche un fatto antropologico, capace di orientare e influenzare i comportamenti sulla base di una bussola ideologica calata nel contesto in cui il decisore

il modello neoliberalista, un Autore come Thomas Piketty ricostruisce la storia della distribuzione del reddito e della ricchezza, evidenziando il ruolo fondamentale dell'ideologia neoliberalista nel giustificare il regime di distribuzione ineguale esistente oggi. T. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, La Nave di Teseo, Milano 2020.

43 M. FOUCAULT, *La nascita della biopolitica: Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, spec. 153-175 (sull'ordoliberalismo e neoliberalismo tedesco e francese) e 176-216 (sul neoliberalismo degli Stati Uniti).

44 L. C. ROBBINS, *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Macmillan, London, 1962

opera. E l'economia si serve del decisore pubblico e del suo potere amministrativo al fine di rimodellare le attività umane.

In questo senso appare pregnante l'analisi prodotta da Naomi Klein⁴⁵, che ha dimostrato come le crisi economiche, sociali o politiche vengano spesso sfruttate da governi e grandi *corporations* per introdurre politiche economiche radicali, tipicamente neoliberiste, che altrimenti non riceverebbero il consenso popolare.

Klein argomenta la sua tesi sostenendo che le crisi, siano esse naturali (terremoti, uragani) o provocate dall'uomo (guerre, crisi finanziarie), vengono spesso utilizzate, dietro il pretesto dell'emergenza, come un'opportunità per introdurre politiche economiche impopolari, come robuste deregolamentazioni, privatizzazioni e definanziamenti per i servizi pubblici. L'elemento chiave di dette operazioni è la velocità con cui vengono attuate tali politiche. Approfitando del disorientamento e della paura causati dalla crisi, i governi agiscono rapidamente, spesso senza un adeguato dibattito pubblico, per implementare le loro riforme. Inoltre Klein sostiene che il consenso popolare viene spesso manipolato attraverso la paura e la propaganda. I media, secondo l'autrice, giocano un ruolo fondamentale nel diffondere il messaggio che le riforme radicali sono necessarie per superare la crisi. Infine, i benefici di dette politiche vanno principalmente a vantaggio di una ristretta *élite* economica, mentre la maggior parte della popolazione ne subisce le conseguenze negative. Il che significa privatizzare i profitti e socializzare le perdite. L'opera di Klein, da noi qui presa in esame, ha suscitato aspre critiche da parte della dottrina economica⁴⁶, anche a seguito dell'emergenza sanitaria COVID-19, in cui il suo testo è stato *riscoperto* ed attualizzato alla luce delle politiche pandemiche del biennio 2020-2022.

In sostanza, a nostro avviso, tale visione dell'economia politica produce due fenomeni apparentante antitetici rispetto alle teorie dalla stessa propugna-

45 N. KLEIN, *Shock economy: L'ascesa del capitalismo dei disastri* (traduzione di I. Katerinov), Rizzoli, 2008.

46 Tra le tante, V. FILOSO, *Sulla domanda di economia irrazionale: Naomi Klein vs. Milton Friedman*, in *Il Politico*, Vol. 75, No. 1 (223) (Gennaio-Aprile 2010), pp. 85-98.

te: *i*) sebbene professi in maniera incondizionata una fede per il libero mercato, essa ha in realtà bisogno dell'apparato statale e del potere pubblico per poter esercitare la sua influenza, sia nell'economia che nel sistema dei diritti sociali e civili; *ii*) condiziona e determina, talvolta, le politiche normative oltre che l'azione amministrativa forte del fatto che il pensiero neoliberista formi la classe dirigente e ne orienti le decisioni.

Sotto il primo profilo non si può sottacere come un recente contributo di Wolfgang Streek⁴⁷, ponga l'accento sul fatto che «*[g]li stati, soprattutto se al plurale, rappresentano per principio il nemico numero uno del neoliberismo, per sua natura globalista (...). Gli stati hanno confini e sono mezzi politicamente strumentalizzabili al servizio di interessi radicati in un territorio, dunque particolaristici*». Fin quando l'entità statale e le sue politiche particolari non saranno definitivamente sostituite da un ordinamento generale, immune alla sovranità popolare il potere statale, prosegue l'Autore «*(...) continuerà a essere uno strumento imprescindibile per il neoliberismo*». Il capitalismo globale, infatti «*non è un ordine naturale, ma sociale, (...) è un regime che necessita di essere fondato e difeso contro chi lo rifiuta. Il capitalismo cioè richiede una politica, la politica dello stato. Pur con tutta la loro esibita ostilità verso lo stato, neoliberismo e globalismo dipendono dalla statualità in modo essenziale*». Ma, secondo Streek, «*devono anche ristrutturare quest'ultimo in vista dei propri scopi, in modo che il particolarismo sociale alla base di ogni stato, cui questo è tenuto a dare ascolto, non sia d'intralcio all'universalismo del mercato globale*». Il liberismo, in altre parole, deve essere «*“autoritario”, conclusione cui già Carl Schmitt era giunto, alla vigilia della presa del potere da parte dei nazisti*».

Ma è sotto il secondo profilo, per quanto sinora abbiamo argomentato, che c'è un ulteriore e cruciale elemento della corrente neoliberista che risulta tuttora poco esplorato nella dottrina giuridica italiana. Si tratta del fenomeno della “cattura” della scelta pubblica da parte degli attori economici che detengono forti poteri di mercato. In sostanza, quando all'interno della matrice neoliberista vi sono in gioco forti poteri economici, gli attori (imprese private) che

⁴⁷ W. STREEK, *Globalismo e Democrazia, L'economia politica del tardo neoliberismo*, Feltrinelli, 2024, p. 159

li detengono “catturano” i decisori pubblici (amministrazioni) spingendo questi ultimi verso provvedimenti e altre regolazioni del tutto sbilanciate a favore dei primi. Il risultato è che assisteremo quasi sempre ad una predominanza degli interessi economici sulle altre tipologie di interessi (sociali e ambientali). D'altra parte, noi riteniamo che proprio nelle pieghe del neoliberismo si celino i meccanismi di sviluppo del potere privato, capace di orientare la decisione pubblica a proprio vantaggio⁴⁸.

Il fenomeno di ingerenza del potere economico in quello politico-istituzionale è da ricollegarsi alla teoria della *regulatory capture* di Georg Stigler. Come spiegato dalla dottrina giuridica, la teoria di Stigler ci fa capire molto bene in che modo l'attore privato, a causa della forza di mercato di cui dispone, «“catturari” gli organi istituzionali (stato e amministrazioni locali), che così sono spinti ad emanare leggi o provvedimenti favorevoli all'interesse perseguito dall'attore economico; e ciò anche se l'interesse economico privato vada palesemente a scapito di altri interessi della collettività». In altre parole, la cattura del regolatore da parte del regolato può consistere in atti e azioni amministrative favorevoli nei confronti dell'attore privato.

Di fronte ad simile scenario, il nostro obiettivo è quello di dimostrare, anche attraverso l'analisi del caso di studio oggetto del prossimo paragrafo, che la “cattura” della scelta pubblica trovi precisi limiti e condizioni invalicabili nel diritto positivo europeo e italiano (nazionale e regionale). È il diritto che protegge tutti gli altri interessi meritevoli di tutela che non siano necessariamente di natura economica. Ciò in quanto noi crediamo che il diritto positivo sia il frutto di un cruciale processo dialettico, il quale condensa in sé diverse visioni e tiene conto basilamente dei diversi interessi in gioco (economici, ma anche sociali e ambientali), assumendo una valenza di massima garanzia per la salva-

48 «Il Leviatano non riesce più a imporsi e a inglobare l'enorme potere economico esercitato da soggetti privati. Sono uomini quelli che oggi impongono il loro potere incontrollato sugli altri uomini e sugli Stati. È la loro prepotenza ad annientare la difesa dei nostri diritti; il loro arbitrio non è arginabile dalle regole poste dagli Stati né vi è giudice che possa sanzionare i loro comportamenti» Così R. BIN, *Rule of Law e ideologie*, in G. Pino, e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016.

guardia dei diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento giuridico europeo e italiano⁴⁹.

4. La rinnovata protezione legale dell'ambiente nel diritto positivo europeo e italiano

La ricostruzione del quadro concettuale del neoliberismo appena svolta restituisce un'immagine al cui centro si staglia l'interesse economico, mentre sullo sfondo rimangono gli interessi ambientali e sociali. Detta immagine mostra come gli interessi di natura sociale e ambientale divengono pressoché recessivi al cospetto degli interessi economici dominanti. È il fenomeno della "cattura" della scelta pubblica, per come da noi argomentato in questo contributo, a risultare determinante. Ogni qual volta vi siano forti interessi di mercato in gioco, l'amministrazione e gli altri regolatori pubblici finiscono per cedere alle influenze esercitate dagli attori economici, i quali così indirizzano l'azione amministrativa verso finalità proprie di detti attori, mettendo in ombra gli interessi sociali e ambientali altrettanto meritevoli di tutela.

Occorre concentrare adesso l'attenzione sul contesto giuridico e particolarmente sui vincoli posti dal diritto positivo europeo e italiano sulla scorta dei quali il regolatore regionale avrebbe dovuto muoversi per rispettare la legalità sostanziale e soprattutto realizzare l'interesse pubblico quale massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali.

Vero è che la materia ambientale nel diritto europeo è disciplinata dal Titolo XX del Trattato sull'Unione europea (TUE) il quale, all'art. 191, par. 2

49 Secondo Luigi Ferrajoli, «Se è vero che democrazia politica e Stato di diritto sono destinati a decadere con lo sviluppo storico del capitalismo, ciò non significa che la difesa dello Stato di diritto, delle garanzie di libertà ed anche di una qualche rappresentatività reale delle forze politiche sia estranea agli interessi della classe operaia. Al contrario, proprio perché lo Stato e il capitale tendono oggi a liquidare i diritti di libertà e le garanzie costituzionali, a capovolgere il ruolo della Costituzione da strumento della tutela delle libertà civili e del dissenso politico in strumento della legittimazione dell'autorità e di sollecitazione del consenso, proprio per questo la difesa della democrazia e delle libertà politiche, sia pure nel loro contesto borghese, rappresenta un interesse e un obiettivo irrinunciabile della lotta di classe. Da oltre un secolo (...) le libertà civili e politiche (...) hanno cessato di essere libertà soltanto individuali e tanto meno a valenza borghese. Esse hanno assunto bensì natura e ruolo anticapitalistico (...)». Così L. FERRAJOLI, *Esiste una democrazia rappresentativa?*, in L. FERRAJOLI - D. ZOLO, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 62.

prende una netta posizione, disponendo che l'Unione europea «(...) mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga" (...)»⁵⁰.

All'interno di questo quadro giuridico di tutela rafforzata si colloca un pilastro della politica comunitaria in materia di conservazione della biodiversità, nonché la base legale su cui si fonda la rete istituzionale "Natura 2000". Si tratta della nota direttiva 92/43/CEE (d'ora in poi direttiva Habitat)⁵¹, la quale

50 L'art. 191 così dispone: "1. La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. 2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione. 3. Nel predisporre la sua politica in materia ambientale l'Unione tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili, delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione, dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione, dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni. 4. Nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri collaborano con i paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali. Le modalità della cooperazione dell'Unione possono formare oggetto di accordi tra questa ed i terzi interessati. Il comma precedente non pregiudica la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali". <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT>

51 Una Direttiva che, nel corso degli anni, è stata continuamente aggiornata per adattarsi all'evoluzione delle conoscenze scientifiche, alle nuove sfide ambientali e alle esigenze di un contesto socio-economico in continuo cambiamento. La Direttiva Habitat è stata recepita nel nostro Ordinamento con Decreto del Presidente della Repubblica 08.09.1997 n. 357, recante "Attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche"; poi con Decreto del Presidente della Repubblica 12.03.2003 n. 120 recante "Modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 08.09.1997 n. 357 concernente attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche". Importante, per l'applicazione delle norme ivi contenute è il DM 17.10.2007 recante "Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)". Parallelamente alla Direttiva Habitat va menzionata la Direttiva "Uccelli", spesso associata alla prima, per la tutela degli habitat degli uccelli migratori. Questa è stata oggetto di numerosi recepimenti da parte del legislatore nazionale e regionale. Si ricordano solo i principali atti di recepimento: Legge 27.12.1977 n. 968 recante "Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia"; si ricorda anche il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 20.12.1979, avente ad oggetto "Variazione dell'elenco delle specie

all'art. 6 stabilisce la procedura amministrativa da seguire nel caso in cui un piano o progetto possa avere un impatto significativo sull'area oggetto di tutela ambientale⁵².

Al centro vi è la cruciale importanza che assumono gli habitat naturali così come la flora e fauna selvatiche per le politiche dell'Unione Europea, posto che sin dal preambolo vengono considerate un «*obiettivo essenziale di interesse generale perseguito dalla Comunità*».

L'ecosistema "giuridico" di rete "Natura 2000" è costituito da numerosi e importanti Siti di Interesse Comunitario (SIC) a livello ambientale, censiti dagli Stati Membri grazie a specifiche procedure stabilite negli artt. 4 e 5 della Direttiva Habitat, i quali vengono successivamente designati come Zone Speciali di Conservazione (ZSC). Sono anche ricomprese le Zone di Protezione Speciale (ZPS) istituite ai sensi della Direttiva 2009/147/CE⁵³.

cacciabili di cui all'art. 11 della legge 27 dicembre 1977, n. 968, recante principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia" e la Legge 11.02.1992 n. 157, recante "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio"; ancora, il Decreto Legge 16.8.2006 n. 251, recante "Disposizioni urgenti per assicurare l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva 79/409/CEE in materia di conservazione della fauna selvatica". Nel 2009 la Direttiva 79/409/CEE è stata abrogata e sostituita integralmente dalla versione codificata della Direttiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30.11.2009 recepita nel nostro Ordinamento solo con Legge 14.11.2024 n. 166 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano".

52 Sebbene anche la Direttiva uccelli ponga alcuni obblighi procedurali. Si V., ad esempio, l'art. 6 par. 3, parte 2, in cui si prevede che "Gli Stati membri che intendono concedere tale permesso [ammettere nel proprio territorio alcune specie, ndr] si consultano in via preliminare con la Commissione, con la quale esaminano se la commercializzazione degli esemplari della specie in questione contribuisca o rischi di contribuire, per quanto è ragionevolmente possibile prevedere, a mettere in pericolo il livello di popolazione, la distribuzione geografica o il tasso di riproduzione della specie stessa in tutta la Comunità. Se tale esame rivela che il permesso previsto porta o può portare, secondo la Commissione, a uno dei rischi summenzionati, la Commissione rivolge allo Stato membro una raccomandazione debitamente motivata, nella quale disapprova la commercializzazione della specie in questione. Se ritiene che non esista tale rischio, la Commissione ne informa lo Stato membro". Anche l'art. 7 par. 4, per cui "Gli Stati membri trasmettono alla Commissione tutte le informazioni utili sull'applicazione pratica della loro legislazione sulla caccia". Infine si V. l'art. 4 par. 3 secondo cui "Gli Stati membri inviano alla Commissione tutte le informazioni opportune affinché essa possa prendere le iniziative idonee per il necessario coordinamento affinché le zone di cui al paragrafo 1, da un lato, e al paragrafo 2, dall'altro, costituiscano una rete coerente e tale da soddisfare le esigenze di protezione delle specie nella zona geografica marittima e terrestre a cui si applica la presente direttiva".

53 Si V. nota 51.

Vero è che l'architettura di cui all'art. 6 della direttiva Habitat è concepita proprio al fine di tutelare massimamente gli ecosistemi naturali. Risulta importante rilevare come al par. 3 detta norma stabilisca che un piano o un progetto di natura economica e finalità produttivistiche «*non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito*», ma che può avere «*incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti*», debba essere oggetto di una necessaria, seria ed efficace valutazione di incidenza sul piano ambientale.

Per essere sicuri, il legislatore europeo si spinge decisamente oltre nell'ottica di tutelare gli ecosistemi, allorché richiede che le autorità competenti autorizzino un piano o un progetto di natura economica e finalità produttivistiche solo «*previa certezza che esso non pregiudicherà l'integrità del sito in causa*».

Alla luce di simili vincoli giuridici, se rivolgiamo lo sguardo al caso Porsche, appare senza ombra di dubbio piuttosto azzardata, se non inopportuna, la scelta pubblica da parte della Regione Puglia di autorizzare il piano economico della società satellite NTC laddove un simile piano contempli una sorta di "esproprio" per "privata" utilità con conseguente rimozione di una vasta area boschiva e di macchia mediterranea interamente ricadente nella protezione legale prevista dal diritto comunitario.

Senonché rimane il fatto che l'attore economico privato (Porsche e la sua società satellite NTC) può invocare una specie di deroga prevista al par. 4 dell'art. 6 della direttiva Habitat. Simile regola derogatoria prevede che l'autorizzazione ad un piano economico può essere concessa se si rinvergono motivi imperativi di rilevante interesse pubblico. In una simile situazione, all'esito della procedura di valutazione di incidenza ambientale, le autorità amministrative locali devono adottare ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata, nonché solo informare la Commissione delle misure compensative adottate.

Su questa deroga vale la pena spendere alcune parole critiche. Dal nostro punto di osservazione, è piuttosto chiaro che ci troviamo di fronte ad una de-

roga normativa di matrice neolibera, frutto di una tipica visione delle cose dell'economia neoclassica, stante il fatto che la regola europea subordina la concessione di un'area demaniale pubblica ad una controprestazione economica, secondo il meccanismo della compensazione. Senonché, tenuto in disparte il fatto che è criticabile il modello compensativo in sé, appare ciononostante discutibile che si possa invocare detta deroga nel caso di specie. A nostro modo di vedere, difficilmente si può “compensare” economicamente la perdita di un'area naturalistica di raro pregio, né si può pensare che esista sempre un prezzo o valore economico valido a ripagare la perdita degli ecosistemi in nome dell'iniziativa economica privata.

Sta qui, peraltro, un punto cruciale dell'interpretazione dell'art. 6, par. 4, della direttiva Habitat. Infatti, la norma *de qua* stabilisce espressamente che se nel sito in questione vi si trovano un tipo di habitat naturale e/o una specie prioritari⁵⁴, i piani o i progetti economici possono essere approvati solo se con-

⁵⁴ E nel sito oggetto dell'intervento di ampliamento da parte di NTC vi sono habitat e specie prioritarie. Ciò si rileva dalla Determinazione n. 176 del 12.5.2023 del Servizio VIA/VINCA, per cui: *“Attuazione del piano di Sviluppo Industriale si presenta come la scelta di sviluppo territoriale meno dannosa per gli habitat, le specie, gli habitat di specie e per l'integrità dei siti Natura2000 interessati, avendo accertato l'assenza di altre alternative possibili in grado di non presentare incidenze significative e negative per gli habitat esistenti (conformemente al dettato delle linee guida nazionali per le valutazioni di incidenza direttiva 92/43/CEE Habitat scenario 2, art. 6, par. 4.2, parte 1: sono coinvolti habitat e specie prioritari; a seguito della predetta fase di analisi delle soluzioni alternative a minor incidenza ambientale non sono state individuate modalità progettuali alternative di realizzazione del Piano di Sviluppo Industriale in grado di garantire il perseguimento dei diversi motivi di interesse pubblico sottesi all'attuazione del Master Plan. Di conseguenza si ritiene di procedere all'attuazione del Piano di Sviluppo Industriale in considerazione “della sussistenza di motivi imperativi di rilevante interesse pubblico connesso a motivazioni di carattere economico e di contestuali motivi legati alla salute dell'uomo ed alla sicurezza pubblica di preminente importanza regionale come specifica nella DGR n. 600/2023” determinazione n. 176 del 12.5.2023 del Servizio VIA/VINCA: “Attuazione del piano di Sviluppo Industriale si presenta come la scelta di sviluppo territoriale meno dannosa per gli habitat, le specie, gli habitat di specie e per l'integrità dei siti Natura2000 interessati, avendo accertato l'assenza di altre alternative possibili in grado di non presentare incidenze significative e negative per gli habitat esistenti (conformemente al dettato delle linee guida nazionali per le valutazioni di incidenza direttiva 92/43/CEE Habitat scenario 2, art. 6, par. 4.2, parte 1: sono coinvolti habitat e specie prioritari; a seguito della predetta fase di analisi delle soluzioni alternative a minor incidenza ambientale non sono state individuate modalità progettuali alternative di realizzazione del Piano di Sviluppo Industriale in grado di garantire il perseguimento dei diversi motivi di interesse pubblico sottesi all'attuazione del Master Plan. Di conseguenza si ritiene di procedere all'attuazione del Piano di Sviluppo Industriale in considerazione “della sussistenza di motivi imperativi di rilevante interesse pubblico connesso a motivazioni di carattere economico e di contestuali motivi legati alla salute dell'uomo ed alla sicurezza pubblica di preminente importanza regionale come specifica nella DGR n. 600/2023”.*

nessi con la salute dell'uomo, la sicurezza pubblica o per motivi di importanza primaria per l'ambiente, mentre per tutti gli altri motivi di interesse pubblico si deve dapprima ottenere un «*parere della Commissione*».

L'impianto del diritto positivo di matrice comunitaria è pienamente armonizzato al sistema costituzionale italiano. L'articolo 9 della Carta fondamentale del nostro ordinamento prevede ora, al comma 3, un'espressa tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e, nell'ottica di ciò, rinvia al legislatore ordinario l'onere di disciplinare i modi e le forme di tutela. Detti elementi (ambiente, biodiversità, ecosistemi) sono da considerarsi una parte del tutto e non possono essere scissi, pena la frammentazione ed inefficacia della loro tutela costituzionale.

Pertanto, il legislatore regionale si deve muovere lungo dei confini segnati dalla disciplina fondamentale dettata dalle fonti comunitarie e costituzionali.

Non diversamente, se si guarda all'interessante prassi dell'Unione Europea, la *Guida all'interpretazione dell'articolo 6 della Direttiva 92/43/CEE (direttiva Habitat)*⁵⁵ costituisce un tassello normativo fondamentale per la comprensione della cruciale importanza della tutela dell'ambiente e degli ecosistemi nell'era dell'Antropocene. Detta guida, recependo gran parte degli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) sui diversi aspetti dell'applicazione dell'art. 6 (procedurali e di merito)⁵⁶, ha inteso fornir

⁵⁵Rinvenibile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0125\(07\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0125(07)&from=IT)

⁵⁶ Si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia C-363/85, C-361/88, C-159/99, punto 32, C-415/01, punto 21, C-58/02, C-6/04, punti 21, 25, 26, C-508/04, punto 80 secondo cui la trasposizione dell'art. 6 nel diritto nazionale deve essere chiara e precisa, fedele e con un'efficacia cogente incontestabile. Entrando nel merito, per esempio, la Corte di Giustizia ha statuito svariate volte in materia di "sicurezza pubblica". In CdG C-57/89 (Leybucht Dykes) si discuteva dei lavori di costruzione per il rafforzamento di argini a Leybucht nel Mare del Nord, che avrebbero comportato la riduzione della superficie di una ZPS. Come principio generale, la Corte ha affermato che i motivi che giustificano una tale riduzione devono corrispondere a un interesse generale superiore a quello che risponde allo scopo ecologico contemplato dalla direttiva. Nel caso di specie, la Corte ha confermato che il pericolo di inondazioni e la protezione della costa costituiscono ragioni sufficientemente serie per giustificare i lavori di arginatura e di rinforzo delle strutture costiere, sempre che tali misure si limitino allo stretto necessario. In un'altra causa (C-43/10, punto 128) la Corte ha stabilito che: «*Qualora un progetto siffatto pregiudichi l'integrità di un SIC ospitante un tipo di habitat naturale e/o*

re uno strumento pratico volto a “catturare”, questa volta conformemente allo *spirito del diritto*, la scelta pubblica e quindi orientare i regolatori nazionali e locali all'adozione delle più corrette procedure autorizzatorie⁵⁷.

Verso una simile tendenza, volta alla protezione ambientale e alla messa in secondo piano dei processi economici, appare ora anche schierarsi la giurisprudenza amministrativa di legittimità in Italia. Secondo i Tribunali Amministrativi Regionali, le pubbliche amministrazioni interessate, se rinvencono motivi imperativi di rilevante interesse pubblico atti a sacrificare l'interesse dominante al mantenimento degli habitat naturali, questi debbono comunque essere valutati all'interno di un procedimento complesso⁵⁸, volto appunto a valutare

una specie prioritari, la sua realizzazione può, in linea di principio, essere giustificata da motivi connessi all'approvvigionamento di acqua potabile. In determinate circostanze, essa potrebbe essere giustificata a titolo delle conseguenze positive di primaria importanza che l'irrigazione ha per l'ambiente. Per contro, l'irrigazione non può, in linea di principio, rientrare tra le considerazioni correlate alla salute delle persone e alla sicurezza pubblica, giustificanti la realizzazione di un progetto quale quello controverso nel giudizio principale. Ancora, in CdG C-504/14, punto 77, la Corte ha stabilito che «(...) una piattaforma diretta ad agevolare lo spostamento di disabili può, in linea di principio, essere considerata realizzata per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico connessi alla salute dell'uomo».

57 Guida all'interpretazione dell'art. 6, *cit.*, par. 5.8.3.

58 TAR Lazio III n. 18015 del 17.10.2024 spiega nel dettaglio e con estrema chiarezza la procedura che conduce al provvedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR), il quale «(...) è disciplinato dall'art. 27-bis del d.lgs. n. 152/2006. Esso prevede che nel caso di procedimenti di VIA di competenza regionale il proponente presenta all'autorità competente un'istanza ai sensi dell'articolo 23, comma 1, allegando la documentazione e gli elaborati progettuali previsti dalle normative di settore per consentire la compiuta istruttoria tecnico-amministrativa finalizzata al rilascio di tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione e all'esercizio del medesimo progetto e indicati puntualmente in apposito elenco predisposto dal proponente stesso (co. 1). Entro dieci giorni dalla presentazione dell'istanza l'autorità competente comunica per via telematica a tutte le amministrazioni ed enti potenzialmente interessati, e comunque competenti ad esprimersi sulla realizzazione e sull'esercizio del progetto, l'avvenuta pubblicazione della documentazione nel proprio sito web (co. 2) e che entro i successivi trenta giorni l'autorità competente e le amministrazioni e gli enti di cui al comma 2 verificano la completezza della documentazione, assegnando al proponente un termine perentorio non superiore a trenta giorni per le eventuali integrazioni (co. 3). In seguito alla verifica della completezza documentale ovvero, in caso di richieste di integrazioni, dalla data di ricevimento delle stesse, l'autorità competente pubblica l'avviso al pubblico ed entro i trenta giorni seguenti il pubblico interessato può presentare osservazioni (co. 4). Entro l'ulteriore termine di trenta giorni l'autorità competente può chiedere al proponente eventuali integrazioni, assegnando un termine non superiore a trenta giorni, prorogabile, su motivata richiesta del proponente, fino a centottanta giorni (co. 5). Entro dieci giorni dalla scadenza del termine per richiedere integrazioni di cui al comma 5 ovvero dalla data di ricevimento delle eventuali integrazioni documentali, l'autorità competente convoca una conferenza di servizi ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 241/90, alla quale partecipano il proponente e tutte le Amministrazioni competenti o comunque potenzialmente interessate per il rilascio del provvedimento di VIA e dei titoli abilitativi necessari alla realizzazione e all'esercizio del progetto richiesti dal proponente. 29. La procedura di valutazione di incidenza è prevista dalla direttiva 92/43/CEE “Habitat”, che ha istituito una rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione, denominata “Natura 2000”, formata dai

attentamente sia l'incidenza dell'opera sull'ecosistema, sia le possibili soluzioni alternative le quali debbono essere, per usare un termine ormai noto al linguaggio comune, meno impattanti possibile.

Difatti, come viene rilevato in una interessante pronuncia della giurisprudenza amministrativa italiana, l'ambiente « gode di una tutela rafforzata a cui si può derogare solo in presenza di condizioni che sono da interpretarsi in maniera rigorosa e restrittiva (...). Le diverse misure che l'Autorità può assumere – per come richiamate dalle fonti normative e secondo l'interpretazione fatta propria dalla Corte di Giustizia – devono ritenersi enunciate in via gradata, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata a mente del novellato art. 9 Cost., con la conseguenza che è possibile ricorrere alla misura più

siti in cui si trovano tipi di habitat naturali elencati nell'allegato I e habitat delle specie di cui all'allegato II, e funzionale garantire il mantenimento ovvero, all'occorrenza, il ripristino in uno stato di conservazione soddisfacente dei tipi di habitat naturali e degli habitat delle specie interessati nella loro area di ripartizione naturale. La rete "Natura 2000" comprende anche le zone di protezione speciale classificate dagli Stati membri a norma della direttiva 79/409/CEE (c.d. direttiva "Uccelli"). 30. L'art. 6, par. 3, della direttiva Habitat stabilisce che "Qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito ma che possa avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti, forma oggetto di una opportuna valutazione dell'incidenza che ha sul sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo. Alla luce delle conclusioni della valutazione dell'incidenza sul sito e fatto salvo il paragrafo 4, le autorità nazionali competenti danno il loro accordo su tale piano o progetto soltanto dopo aver avuto la certezza che esso non pregiudicherà l'integrità del sito in causa e, se del caso, previo parere dell'opinione pubblica". 31. Il successivo par. 4 contempla, peraltro, anche l'ipotesi in cui "nonostante le conclusioni negative della valutazione dell'incidenza sul sito e in mancanza di soluzioni alternative, un piano o progetto debba essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata. Lo Stato membro informa la Commissione delle misure compensative adottate. Qualora il sito in causa sia un sito in cui si trovano un tipo di habitat naturale e/o una specie prioritari, possono essere adottate soltanto considerazioni connesse con la salute dell'uomo e la sicurezza pubblica o relative a conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente ovvero, previo parere della Commissione, altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico". 32. In ambito nazionale, la Valutazione di Incidenza viene disciplinata dall'art. 5 del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, così come sostituito dall'art. 6 del DPR 12 marzo 2003, n. 120, mentre le indicazioni tecnico-amministrativo-procedurali sono dettate nelle "Linee Guida Nazionali per la Valutazione di Incidenza (VIncA) - Direttiva 92/43/CEE "HABITAT" articolo 6, paragrafi 3 e 4", adottate in data 28.11.2019 con Intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano. 33. Il coordinamento tra la procedura di VIA e quella per la valutazione di incidenza (VIncA) è regolato dall'art. 10 del T.U. ambientale, ai sensi del quale la VIA comprende le procedure di valutazione d'incidenza. Lo studio di impatto ambientale contiene, quindi, gli elementi di cui all'allegato G del d.P.R. n. 357 del 1997 e la valutazione dell'autorità competente si estende alle finalità di conservazione proprie della valutazione d'incidenza oppure dovrà dare atto degli esiti della valutazione di incidenza. Il predetto d.P.R. stabilisce, a sua volta (art. 5, co. 4), che per i progetti assoggettati a procedura di valutazione di impatto ambientale che interessano proposti siti di importanza comunitaria, siti di importanza comunitaria e zone speciali di conservazione la valutazione di incidenza è ricompresa nell'ambito della predetta procedura che, in tal caso, considera anche gli effetti diretti ed indiretti dei progetti sugli habitat e sulle specie per i quali detti siti e zone sono stati individuati».

grave solo ove sia provata l'impossibilità di adottare la misura meno cruenta e, quindi, "a condizione che esista un'altra soluzione valida"»⁵⁹.

L'esistenza di un'altra soluzione valida è quindi il principio cardine che guida tutta la procedura di cui all'art. 6 par. 4 della direttiva habitat, ossia le amministrazioni debbono valutare attentamente l'esistenza e l'applicabilità di soluzioni alternative a quelle individuate *prima facie* dal proponente, che conducano al minor sacrificio possibile degli habitat naturali.

Infine, non meno importante, è che i motivi imperativi di rilevante interesse pubblico devono essere legittimi «*sotto i profili della necessità, indispensabilità, congruità, proporzionalità, utilità del mezzo rispetto allo scopo prefissato*»⁶⁰. In altre parole, l'interesse pubblico dev'essere rilevante, anche in relazione alla durata in termini temporali, nonché deve riferirsi a condizioni di necessità ed i motivi debbono essere superiori all'interesse generale di mantenimento del sito protetto (motivi imperativi)⁶¹.

5. Conclusioni

L'indagine sul caso Porsche mette in luce come agisce e si alimenta il fenomeno della "cattura" della scelta pubblica (cfr. *supra* par. 3), quando nei procedimenti amministrativi vi siano in gioco forti poteri economici. Già in dottri-

⁵⁹ CdS III n. 6049 del 9.7.2024, a proposito della nota vicenda dell'abbattimento dell'orsa JJ4 nella Provincia Autonoma di Trento.

⁶⁰ TAR Lazio II Ordinanza 31.05.2024 n. 11215.

⁶¹ Osserva la Commissione europea, nella Guida all'interpretazione dell'art. 6, cit., che «*l'interesse pubblico deve essere rilevante: è chiaro quindi che non tutti i tipi di interesse pubblico, di natura sociale o economica, sono sufficienti, in particolare se contrapposti al peso particolare degli interessi tutelati dalla direttiva (cfr. ad esempio il considerando 4, che fa riferimento al «patrimonio culturale della Comunità»); c) in questo contesto, sembra altresì ragionevole presumere che l'interesse pubblico possa essere rilevante unicamente se si tratta di un interesse a lungo termine; gli interessi economici a breve termine, o altri interessi che producono soltanto benefici di breve periodo per la società, non sembrano sufficienti per superare in importanza gli interessi di conservazione a lungo termine tutelati dalla direttiva. È ragionevole ritenere che i «motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi i motivi di natura sociale o economica» si riferiscano a situazioni nelle quali i piani o i progetti previsti si dimostrano indispensabili: - nel quadro di azioni o politiche volte a tutelare valori fondamentali per la vita dei cittadini (salute, sicurezza, ambiente); - nel contesto di politiche fondamentali per lo Stato e la società; - nell'ambito della realizzazione di attività di natura economica o sociale rispondenti a obblighi specifici di servizio pubblico. Spetta alle autorità competenti soppesare i motivi imperativi di rilevante interesse pubblico del piano o progetto a fronte degli obiettivi di conservazione degli habitat naturali e della fauna e della flora selvatiche. Il piano o progetto può essere approvato solo se i motivi imperativi per la sua realizzazione hanno maggiore rilevanza del suo impatto sugli obiettivi di conservazione.»*

na, con riguardo ad un altro caso eclatante di recessione dell'interesse ambientale a fronte di potenti poteri economici del mercato (il c.d. caso del *Trans Adriatic Pipeline*), si era acutamente sostenuto come la “cattura” della scelta: «*avviene per via del forte potere economico che l'attore privato esercita sui soggetti pubblici. Più in dettaglio, dunque, si può dire che il potere di mercato della società (...), influenzando in modo considerevole l'attività di regolazione amministrativa, ha spinto gli attori istituzionali verso una sopravvalutazione degli interessi dell'attore privato e ad una sottovalutazione dell'interesse pubblico generale*»⁶².

Abbiamo argomentato come simile fenomeno trovi un solido retroterra culturale nella corrente di pensiero neoliberista, laddove affonda radici profonde l'idea del primato del mercato e con esso della forza dei poteri economici sugli altri interessi, sociali e ambientali, nonostante questi ultimi siano altrettanto meritevoli di tutela (cfr. *supra* par. 2).

Ma la nostra tesi è che, da un punto di vista giuridico, siffatta impostazione non appare più compatibile e coerente con l'evoluzione del diritto positivo europeo e con la conseguente recezione dello stesso negli ordinamenti legali degli Stati membri, Italia compresa (cfr. *supra* par. 4). È il diritto a proteggere espressamente gli interessi sociali e ambientali elevandoli al di sopra degli interessi economici, laddove questi ultimi risultino in contrasto con la piena salvaguardia dei primi.

Sono norme europee di rango primario nella gerarchia delle fonti che si esprimono in favore della protezione legale comunitaria degli ecosistemi. Il lungo processo evolutivo del diritto europeo ha così portato alla creazione della c.d. rete Natura 2000 e all'approvazione della fondamentale direttiva Habitat.

Vero è che per gli ecosistemi e gli altri habitat naturali la normativa comunitaria dispone una tutela rafforzata, con la conseguenza che non è possibile procedere ad interventi di antropizzazione in dette aree in assenza di un rigido

⁶² Così D. VESE, *cit.*, pp. 459 ss., che indaga il fenomeno della cattura della scelta pubblica a diversi livelli di governo.

controllo e assenso da parte degli stessi organi comunitari, specie della Commissione Europea.

Pertanto, gli interventi di antropizzazione, tra cui piani e progetti di “sviluppo economico” aventi incidenze significative sul piano ambientale dovranno: *i*) formare oggetto di una opportuna valutazione dell’impatto; *ii*) essere motivati da imperativi ragioni di rilevante interesse pubblico; *iii*) ricevere un parere di legittimità da parte della Commissione Europea; *iv*) essere oggetto di rigorose e serie misure di compensazione per garantirne la coerenza con la rete Natura 2000 e la direttiva Habitat.

Non solo, ma nel caso in cui il piano di natura economica riguardi una tipologia di habitat naturale particolarmente vulnerabile⁶³, lo stesso potrà essere autorizzato solo a condizione che: *i*) sia connesso alla salute e sicurezza pubblica; *ii*) sia comunque pur sempre relativo alla tutela dell’ambiente; *iii*) rispetti infine le ragioni imperative di rilevante interesse pubblico (previo parere della Commissione Europea).

Sembra invero del tutto risibile, a fronte dell’abbattimento di una vasta area boschiva (circa 200 ha) riconosciuta quale sito SIC e ZSC nonché habitat prioritario della Regione Puglia, il programma di “compensazioni” proposto a Porsche e NTC⁶⁴. Eppure, siffatto programma ha condotto il regolatore regio-

⁶³Gli habitat prioritari sono quelli definiti dall’Allegato 1 della Direttiva 92/43/CEE e tra questi, nel sito oggetto del Piano di sviluppo di NTC rientrano due habitat prioritari: “habitat di interesse comunitario prioritario cod. 6220 Percorsi substeppici di graminacee e piante annue dei Thero-Brachypodietea” e “habitat cod. 9340 Foreste di Quercus ilex e Quercus rotundifolia”.

⁶⁴ Si legge nei considerando della Deliberazione di Giunta Regionale 31 gennaio 2022, n. 53 che sono previste le seguenti opere compensative: 1. La realizzazione del centro di elisoccorso, equipaggiato con attrezzature sanitarie di primo intervento, consente di integrare il sistema sanitario di emergenza della Regione Puglia, migliorando la copertura nel Salento e bilanciando la copertura già attiva nel nord della regione grazie al centro di elisoccorso attualmente presente a Foggia; un intervento tempestivo risulta, infatti, fondamentale per le urgenze, gli interventi di primo soccorso e le patologie tempo-dipendenti; 2. Il progetto di riqualificazione e valorizzazione ecologico-ambientale e paesaggistica, che prevede un processo programmato di interventi di naturalizzazione all’esterno della proprietà del Nardò Technical Center, integrando aree demaniali ed ulteriori aree da acquisire, consentirà un sensibile ampliamento delle aree boscate e di interesse paesaggistico, garantendo in tal modo anche una maggiore fruibilità delle aree protette, oltre che il miglioramento degli habitat e delle specie di interesse conservazionistico; al contempo si realizzerà un incremento della funzionalità e della qualità

nale a considerare tali proposte di sicuro rilievo per l'interesse pubblico, specie per la salute e la sicurezza. Ne è prova la deliberazione della Giunta della Regione Puglia del 3 maggio 2023, n. 600, con cui si è proceduto alla «*Dichiarazione dei motivi imperativi di rilevante interesse pubblico in termini di salute umana per il sistema sanitario pugliese e in termini di sicurezza pubblica per la popolazione connessi alla realizzazione del Piano di Sviluppo di Nardò Technical Centers*»⁶⁵.

Alla tutela (vera) dell'interesse pubblico, inteso come salvaguardia dell'ambiente, è tuttavia pervenuta la Commissione Europea. Con la recente nota n. 29121 del 15 febbraio 2024, la Commissione Europea ha manifestamente evidenziato l'assoluta carenza degli imperativi motivi di rilevante interesse pubblico all'approvazione del piano di sviluppo economico di Porsche A.G., mettendo così in risalto il fenomeno della "cattura" della scelta pubblica del regolatore regionale pugliese, il quale era stato evidentemente influenzato e orientato nelle sue decisioni dalla presenza di forti interessi economici. Sono emblematiche le parole della Commissione Europea: *«se lo scopo preminente del progetto fosse stato legato a queste esigenze di salute pubblica, le opzioni alternative da valutare avrebbero dovuto riguardare direttamente questi obiettivi. Tenendo conto di queste esigenze, Invece, le alternative che sono state prese in considerazione si riferiscono chiaramente*

ambientale a livello territoriale grazie ai corridoi ecologici di connessione tra entroterra e mare; tali opere potranno essere utili anche al fine del superamento degli aspetti relativi all'incidenza negativa dell'intervento sulle componenti naturali che interessano l'area (presenza di habitat di importanza comunitaria); 3. La realizzazione del Centro Visite Polifunzionale rappresenta una nuova polarità per il territorio, che consentirà di tutelare e valorizzare la Riserva Naturale e la Zona Speciale di Conservazione (ZSC), mediante la promozione e la divulgazione di attività culturali ed educative per la tutela dell'ambiente e delle naturalità esistenti; 4. Implementazione di un centro di sicurezza antincendi. Il Nardò Technical Center nel corso dell'ultimo decennio è stato già protagonista di continue azioni di salvaguardia dell'ambiente, con un costante monitoraggio e un servizio antincendio proattivo in affiancamento e/o sostituzione dei Vigili del Fuoco; tale attività ha limitato notevolmente il numero di focolai e di incendi sia all'interno della proprietà NTC sia nelle aree limitrofe di proprietà pubblica e/o privata, grazie ad un'azione coordinata con il Corpo dei Vigili del Fuoco e con gli Enti Territoriali preposti.

65 Qualcuno, malignamente, ha insinuato che l'eliporto sarebbe utile solo alla dirigenza del gruppo imprenditoriale e che nessun ospedale della provincia dispone attualmente di un'elisuperficie, per cui diverrebbe pressoché inutile. Ad ogni modo sono state numerose e corali le critiche legate alla dichiarazione dei motivi imperativi di interesse pubblico per dette, scarse, misure previste. Tra i tanti si rinvia a <https://ecor.network/articoli/ampliamento-piste-della-porsche-a-nard%C3%B2-pubblica-utilit%C3%A0-o-interesse-privato/> (ultima visita, 10 dicembre 2024).

alle necessità (economiche) di sviluppo del NTC e in particolare alle esigenze di ammodernare e ampliare le piste del centro di prove».

Inoltre, con riferimento ai motivi di sicurezza pubblica invocati dalla Regione Puglia a sostegno dell'approvazione del progetto Porsche/NTC, la stessa Commissione ha aggiunto: *«se la motivazione principale del progetto fosse stata la sicurezza antincendi, le alternative da considerare (comprese localizzazioni alternative al di fuori dei siti Natura 2000), avrebbero dovuto riguardare direttamente questo scopo, invece delle esigenze di sviluppo del NTC.».*

Resta da sottolineare che l'abbattimento della vasta area boschiva in cui ricadrebbe il progetto Porsche non potrà essere mitigata dalla ripiantumazione di altre tipologie di piante, posto che l'indirizzo della Commissione Europea è chiaro: *«tutte le foreste primarie ed antiche, in particolare, dovranno essere rigorosamente protette. Secondo le stime, esse rappresentano appena il 3% circa della superficie forestale dell'UE, con appezzamenti generalmente piccoli e frammentati. Le foreste primarie ed antiche non sono solo alcuni degli ecosistemi forestali più ricchi dell'UE, ma immagazzinano anche grandi stock di carbonio e sottraendolo all'atmosfera, oltre ad essere di fondamentale importanza per la biodiversità e la fornitura di servizi ecosistemici essenziali»⁶⁶.*

Va infine rilevato che la Commissione Europea ha sollevato il vizio procedurale relativamente alla mancata richiesta del parere obbligatorio previsto dall'art. 6 par. 4, della direttiva Habitat. Così come è stato eccepito il vizio relativo alla mancata definizione degli obiettivi di conservazione dell'area naturalistica, coerenti con gli standard e con la metodologia elaborata dal Ministero

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Nuova strategia dell'UE per le foreste per il 2030*, COM(2021) 572 final, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0572#footnoteref40>. Il documento richiama, in nota, J. BARREDO CANO, C. BRAILESCU, A. TELLER, F.M. SABATINI, A. MAURI, K. JANOUSKOVA, *Mapping and assessment of primary and old-growth forests in Europe*, EUR 30661 EN, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2021, in cui si argomenta abbondantemente sulla differenza tra le foreste primarie e altre tipologie di vegetazione *giovane* in termini di servizi ecosistemici nei confronti degli esseri umani e altri benefici prodotti sugli ecosistemi in senso ampio.

dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica italiano⁶⁷, la cui assenza impedisce di elaborare in modo appropriato i possibili impatti del progetto sui siti oggetto di intervento, nonché l' idoneità e la sufficienza delle misure di mitigazione e di compensazione proposte⁶⁸.

L'esito dell'intera vicenda è stato così rinviato. E certamente noi non esiteremo a tornare sul caso pugliese della Porsche a tempo debito. Cionondimeno, non ci esimeremo già in questa sede dal trarre alcuni spunti di riflessione critica per concludere la nostra indagine sul fenomeno della “cattura” della scelta pubblica.

Iniziamo con dire che, dal punto di vista giuridico, sulla vicenda restano aperti diversi dubbi, in particolare sulle motivazioni che hanno condotto il regolatore regionale a sospendere l'Accordo di programma anziché ad annullarlo in autotutela, posto che vi ricorrono adeguati presupposti per addivenire a siffatto provvedimento di revisione della decisione iniziale.

Si è argomentato che il diritto positivo europeo ritiene legittimo un intervento di sviluppo economico su un sito protetto sul piano ambientale solo se detto intervento sia in linea con la salvaguardia dell'interesse pubblico primario nel caso di specie. Ciò significa che, all'esito di un complesso procedimento istruttorio, un interesse economico può ritenersi superiore ad interessi sociali e ambientali solo se questi ultimi interessi siano effettivamente e concretamente di minore rilievo rispetto al primo, pur sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, così come delineati dalla giurisprudenza della CGUE e recepiti dalle corti degli Stati membri dell'UE.

Vero è che il sacrificio di un sito protetto a livello ambientale, a fronte di un progetto di sviluppo economico non è più ammissibile se è in contrasto con

⁶⁷Disponibili su <https://www.mase.gov.it/pagina/documenti-di-riferimento-lindividuazione-di-obiettivi-e-misure-di-conservazione>.

⁶⁸ Aspetto, questo, che ha portato l'UE ad avviare la procedura d'infrazione 2015/2163, ad oggi in fase di messa in mora complementare, per la mancata designazione di Zone Speciali di Conservazione (ZSC) e la mancata adozione delle misure di conservazione previste dalla direttiva Habitat.

il diritto comunitario cristallizzato nell'art. 6 della direttiva Habitat. Senonché potenti fenomeni di “cattura” delle decisioni pubbliche possono sovvertire l'ordine giuridico così come avvenuto nel caso Porsche oggetto della nostra indagine. Difatti, anche tra le pieghe delle procedure amministrative del caso *de quo* è possibile rintracciare elementi chiave di detto fenomeno. Così appare chiaro che la politica della Regione Puglia di proseguire e correggere errori di merito e procedurali, sebbene chiaramente rilevati dalla Commissione Europea, sta a dimostrare l'influenza che l'interesse economico dell'attore privato (Porsche A.G.) può esercitare sul regolatore pubblico e sulle sue scelte.

A nostro avviso l'influenza del potere economico sulle decisioni del regolatore regionale può essere dedotta da almeno tre angoli visuali.

Il primo riguarda il tipo di procedura adottata. È stata scelta quella che, nel tutelare le aree prioritarie, permette di intervenire su di esse solo per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico connessi alla salute e alla sicurezza pubblica. Al di fuori di detti motivi, va ottenuto il parere obbligatorio della Commissione Europea. Sicché simili motivi sono stati modellati in modo da soddisfare l'interesse economico dell'attore privato (Porsche A.G.).

Il secondo concerne la mancata adozione degli obiettivi di conservazione sito-specifici, oggetto peraltro di una ormai datata procedura d'infrazione, per cui appare evidente che il regolatore regionale (Puglia) abbia agito all'oscuro di norme fondamentali in materia, oppure abbia agito con il fine di snellire e velocizzare il processo decisionale onde avvantaggiare l'interesse economico di parte. Ciò, sebbene la chiarezza espositiva della Guida sull'applicazione dell'art. 6 della direttiva Habitat e una consolidata prassi giurisprudenziale in materia, non lasci spazio a dubbi circa l'influenza subita dal regolatore regionale (Puglia) da parte dell'attore economico (Porsche A.G.) e del suo forte interesse economico allo sviluppo del progetto nell'area boschiva protetta dalla normativa comunitaria.

Il terzo, infine, pone luce sulle deprecabili motivazioni degli atti amministrativi analizzati nel corso della nostra indagine. È piuttosto sintomatico del fenomeno della “cattura” della scelta pubblica il fatto che, in tutti gli atti amministrativi non si rinvenga una qualche motivazione che tenga conto della giurisprudenza della CGUE in materia. Nel corso di una lunga e consolidata tradizione, la CGUE ha offerto solidi criteri interpretativi difficilmente bypassabili dai regolatori locali, specie nel settore ambientale.

Vero è che gli interessi economici del privato (Porsche A.G.) considerati dal regolatore regionale meritevoli di rientrare nel rango dei motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, laddove confrontati con gli interessi ambientali e sociali protetti dal diritto positivo europeo con la direttiva Habitat sono da considerarsi del tutto marginali rispetto a questi ultimi.

Ma non è che l'avverarsi di un fenomeno che noi abbiamo provato a portare all'attenzione della scienza giuridica: il potere economico dell'attore privato è capace di “catturare” la scelta pubblica, orientando le sue decisioni e finanche l'intera azione amministrativa verso finalità che premiano interessi individualistici ed egoistici a discapito degli interessi ambientali e sociali e della collettività.

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
Vol. XIV