

Editoriale

GIUSEPPE PIPERATA, LORENZO SALTARI E ALDO SANDULLI, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum* V

RICORRENZE

MARCO DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*XIII

Saggi

SARA VALAGUZZA ED EDUARDO PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato* I

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale* 29

Articoli

SERVIZI DI TRASPORTO E MOBILITÀ URBANA

FRANCESCO GASPARI, *La regolazione della mobilità urbana sostenibile e i limiti del Green Deal dell'Unione europea. Ovvero, il ruolo dello Stato all'alba della post-globalizzazione*..... 67

EDUARDO CARUSO, *La disciplina del trasporto pubblico non di linea alla luce della sentenza n. 56/2020 della Corte costituzionale* III

ENRICO GUARNIERI, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza: un ritorno alla dir. 2014/24/UE?* 141

FRANCESCO MAZZONI, *Le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi comunitari: la tela di Penelope*..... 175

sommario

SALVATORE MILAZZO, *La comunicazione della pubblica amministrazione, tra mutate esigenze “sociali” e necessità di nuove figure professionali*207

Commenti

SERENA STACCA, *La Corte costituzionale su autonomia e autodichia degli ordini professionali (perché i nodi vengono sempre al pettine)*.....237

NOTIZIE SUGLI AUTORI255

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 1/2020
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/1_2020

Editorial

GIUSEPPE PIPERATA, LORENZO SALTARI AND ALDO SANDULLI, *The return of service to the community as a munus publicum* V

ANNIVERSARIES

MARCO DUGATO, *The new boundaries of the pathology of administrative acts*.....XIII

Essays

SARA VALAGUZZA AND EDUARDO PARISI, *Research on the legal identity of the public-private partnership* I

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Prevention of corruption and liability for damage to the treasury*..... 29

Articles

TRANSPORT SERVICES AND URBAN MOBILITY

FRANCESCO GASPARI, *The regulation of sustainable urban mobility and the limits of the European Union's Green Deal. In other words, the role of the State at the dawn of post-globalization* 67

EDUARDO CARUSO, *The regulation of non-linear public transport in the light of Constitutional Court ruling no. 56/2020*..... III

ENRICO GUARNIERI, *Brief notes on public procurement in the emergency: a return to dir. 2014/24/UE?* 141

FRANCESCO MAZZONI, *The Italian beaches and the maritime concessions between the domestic regulation and European principles: Penelope's canvas* 175

table of contents

SALVATORE MILAZZO, <i>The communication of the public administration, between changed “social” needs and the need for new professional figures</i>	207
--	-----

Comments

SERENA STACCA, <i>The Constitutional Court on autonomy and self-declaration of the professional orders (as the knots always come to the comb)</i>	237
---	-----

LIST OF CONTRIBUTORS	1005
----------------------------	------

EDITORIALE

GIUSEPPE PIPERATA, LORENZO SALTARI E ALDO SANDULLI

IL RITORNO DEL SERVIZIO ALLA COMUNITÀ COME *MUNUS PUBLICUM*

1. La drammaticità dello stato di emergenza, di cui abbiamo avuto prova in questo anno solare bisestile, ci ricorda quanto, a causa di più di un ventennio di tagli lineari alle prestazioni sociali in Stati con un elevato debito pubblico, l'obbligo di conformità a rigidi vincoli finanziari europei abbia reso gli ordinamenti giuridici inidonei a fronteggiare eventi imprevisi e calamitosi.

Le vicende contemporanee dimostrano anche quanto le attività di prestazione di servizi, in particolare quelle connesse alle garanzie dei diritti sociali, rappresentino, soprattutto nei frangenti anticiclici, specie se aggravati da shock esogeni, il cuore pulsante dello "Stato comunità" e non siano riducibili a una mera visione contrattualistica e mercatistica. Altrimenti il condizionamento finanziario sulle prestazioni sanitarie rischia di tradursi, nell'emergenza sanitaria, in un inaccettabile incremento del numero di vittime. Il Covid-19, sostanzialmente, ha reso tangibili le tesi weberiane della gabbia d'acciaio e del disincanto del mondo.

È in queste circostanze che si comprende a pieno la rilevanza della preservazione del tessuto organizzativo e delle nervature istituzionali di un ordinamento giuridico e la persistente centralità del tema dei servizi di interesse generale, sociali ed economici, nell'alveo dell'odierno diritto pubblico.

Sono sufficienti poco tempo e radi colpi ben assestati per indebolire organi costituzionali, istituzioni pubbliche, sistema dei servizi e delle prestazioni sociali. Di converso, per riparare le istituzioni dai danni prodotti occorre molto tempo: sicché, quando improvvisamente la situazione emergenziale costringe a uno *stress test*, l'apparato istituzionale e amministrativo fatica a rispondere al meglio alle concrete sollecitazioni.

Il diritto dell'emergenza, insomma, ci ha ricondotto alla realtà, ma ci spinge anche ad interrogarci sul futuro.

A causa della crisi pandemica, si sta attraversando un periodo di profonda incertezza, durante il quale si accetta un diritto *extra ordinario*, che limita le libertà fondamentali. A distanza di alcuni mesi dall'avvio dell'ancora non superata pandemia, tuttavia, si sta anche iniziando a ragionare all'insegna

della possibile ripresa economica e della ricostruzione progressiva di quelle dinamiche sociali alle quali si è dovuto rinunciare. Al diritto dell'emergenza si è affiancato un diritto speciale e provvisorio, il quale, con particolare riferimento alla pubblica amministrazione e alle sue regole di funzionamento, introduce alcune novità tese a privilegiare la semplificazione rispetto alle garanzie. Occorre poi iniziare a riflettere, quando la crisi sarà alle spalle, alla persistente tenuta di principi, istituti, regole, funzioni sin qui consolidati e condivisi. Sarà necessario, in particolare, comprendere gli errori fatti e cogliere questo frangente come occasione per rimodellare il nostro sistema istituzionale e amministrativo.

2. Il compimento del decimo compleanno di *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, cade in questo passaggio di cambiamento.

Quando è nata, la rivista ha inteso battezzare la fine di un'epoca e il sorgere di una nuova età. Il 2011 è stato forse l'anno di maggiore sofferenza per il Paese, a seguito della crisi economico-finanziaria globale. Si intuiva la cesura profonda che separava il quasi ventennio di spinta neoliberista dal brusco risveglio dettato dalle misure del Governo Monti. E tuttavia si comprendeva anche come la *Leistungsverwaltung* sarebbe stata il laboratorio attorno al quale si sarebbe potuta calibrare la misura della variazione di rotta e l'introduzione di nuovi paradigmi.

Nell'editoriale del primo numero, si è sostenuto che «per studiare i rapporti tra pubblico e privato, tra istituzioni e mercato, tra Stato e società, tra globale e locale, tra politica e amministrazione, tra libertà ed eguaglianza, tra individuo e associazione, i servizi pubblici rappresentano, anche in chiave storica, una fondamentale cartina di tornasole». E si è ricordato come il riferimento al *munus* assumesse una connotazione plurale: come cura di un interesse generale, come dono che richiede un ricambio e vincola la collettività e, soprattutto, come *cum-munus* e, cioè, *communitas*, unione di individui per il conseguimento di scopi che trascendono le proprie forze. Sicché, «dalla combinazione tra *munus* e *communitas* si accede all'idea di un servizio reso alla comunità, alla quale il titolare del servizio è chiamato a rispondere».

Alla metà del percorso, alla fine del quinto anno di attività della rivista, si è sottolineata la persistente centralità dei servizi di interesse generale.

In particolare, mentre sul versante dei SIEG sono state segnalate le profonde trasformazioni derivanti dalle innovazioni tecnologiche, sul fronte dei servizi a carattere sociale si è posto l'accento sul fatto che «la crisi economica e le esigenze di *spending review* hanno condotto agli estremi confini il dibattito sui servizi sociali, sfaldando il tradizionale sistema del *welfare* e spostando l'attenzione sul costo dei diritti e sull'apertura alle dinamiche competitive di

il ritorno del servizio alla comunità come *munus publicum*

tali settori e ponendo il problema della tenuta costituzionale dei diritti sociali e, in pratica, della ricetta che ha consentito alle democrazie occidentali, nella seconda parte del Novecento, di edificare un modello di solidarietà e di benessere che non ha avuto uguali nella storia dell'umanità».

La rivista ha consentito di approfondire, con taglio interdisciplinare e libera da posizioni dogmatiche e preconcepite, le criticità di maggior rilievo relative ai servizi economici e sociali e di segnalare le principali disfunzioni in tema di appalti pubblici; ha cercato di registrare e analizzare le principali dinamiche nel rapporto tra pubblico e privato e tra Stato e mercato; ha cercato di seguire nei loro percorsi creativi e ricostruttivi non solo il legislatore europeo e nazionale, ma anche i giudici, le autorità di settore e persino gli enti pubblici e gli attori economici in alcune esperienze concrete particolarmente innovative. In tal senso, il bilancio dei dieci anni è senz'altro positivo, tenuto anche conto della qualifica di classe A ottenuta e sin qui conservata.

3. Il cambiamento in atto impone di riflettere sui grandi temi che occuperanno gli studiosi (e, si auspica, la rivista) nei prossimi anni.

Innanzitutto, sul piano generale, la traumatica vicenda della pandemia ha dimostrato quanto sia importante lo studio del diritto amministrativo e un ordinamento dotato di un apparato amministrativo in grado di prendere decisioni, affrontare in modo organico le emergenze ed erogare prestazioni all'altezza.

Subiscono un ridimensionamento le posizioni sostenute dai teorici dello "Stato minimo": coloro che hanno auspicato lo smantellamento dell'apparato amministrativo (validando come meritevoli e assolutamente opportuni i tagli lineari ai servizi sociali), congetturando la bontà delle esternalizzazioni aprioristicamente e senza una corretta analisi caso per caso, desiderando improbabili zone a "burocrazia zero" e traslando nel pubblico il *mantra* dell'aziendalizzazione a tutti i costi. Quanti problemi ha prodotto, in questi decenni, la pedissequa applicazione dei metodi dell'ingegneria aziendale alle pubbliche amministrazioni e quanti ha invece contribuito a risolvere? Sarebbe interessante formulare un bilancio in tal senso. L'impressione, ad esempio, è che l'applicazione spinta delle logiche della concorrenza e del mercato ai servizi sociali e, in particolare, alla sanità e all'istruzione possa produrre danni significativi all'intero ordinamento.

È chiaro che tale profilo debba essere correlato a politiche fiscali ragionevoli ma severe e, qualora sia possibile, coordinate a livello europeo (attraverso un'unione fiscale europea).

Ciò premesso, quali potrebbero essere le aree di studio di maggiore interesse per gli anni a venire?

Del primo tema, il ruolo del pubblico nei servizi a carattere sociale, abbiamo innanzi accennato. A esso è correlato quello del costo dei diritti sociali, quali diritti finanziariamente condizionati. Se l'ordinamento europeo è fondato sulla distinzione tra Stati creditori e Stati debitori, allora le disegualianze nell'erogazione dei servizi sociali sono *in re ipsa* (il caso greco insegna). Ma bisogna dare per scontato che sia così? Che ne è, in tal modo, del principio di coesione sociale, enunciato in tutti gli atti fondanti dell'Unione e costantemente citato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia? E, sulla base di tali presupposti, che tipo di connessione, di sintonia, di attaccamento alle istituzioni si può stabilire tra l'ordinamento europeo e i suoi cittadini?

Sempre in relazione ai temi europei, vi è quello del coordinamento tra politiche europee e nazionali. La vicenda del Covid-19 ha dimostrato come non sia possibile che un evento epocale, una emergenza sanitaria di dimensione globale, chiaramente non confinabile entro il perimetro nazionale, sia affrontato in ordine sparso all'interno di un ordinamento giuridico che si definisce Unione: ciascuno Stato europeo ha operato per sé, adottando in modo scoordinato proprie fonti, chiudendo frontiere in contrasto con il diritto euro-unitario, senza pensare all'ipotesi di coordinare le forze, adottare standard comuni e studiare una strategia unitaria per affrontare l'emergenza.

Allo stesso modo si sono rivelati difficili i rapporti tra Stato e regioni. Da un lato, lo Stato complessivamente ha retto, *in primis* grazie anche al Presidente della Repubblica, istituzione che si è più volte rivelata fondamentale nella storia repubblicana. Il governo, a sua volta, ha promosso un processo di accentramento dei poteri e parallelamente, nel fronteggiare una crisi inedita, ha oscillato nell'uso non sempre lineare delle fonti, all'inseguimento dell'*expertise* tecnico-scientifica, adottando decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio e altri atti governativi d'urgenza, spesso preannunciandoli ai media prima della effettiva emanazione. Dall'altro lato, anche nella crisi più grave vissuta dalla Repubblica, le regioni (con i dovuti distinguo) hanno mostrato alcune fragilità istituzionali, inefficienze in settori fondamentali di azione e una scarsa capacità di collaborazione in verticale con lo Stato e gli enti locali, ma anche in orizzontale con le altre regioni.

Il salto di paradigma che stiamo osservando pone sempre più al centro il nuovo diritto pubblico dell'economia: lo Stato salvatore, il ruolo di Cassa Depositi e Prestiti, i *golden powers*, gli aiuti di Stato, la vigilanza bancaria e dei mercati finanziari, la regolazione pubblica. In epoca neoliberista, i profili pubblicistici del diritto dell'economia erano stati sempre più erosi e marginalizzati; confermandosi l'andamento ciclico di tali processi, siamo ora in pieno revival di tale tendenza: ma occorre fare i conti con la disciplina

il ritorno del servizio alla comunità come *munus publicum*

normativa europea e, pertanto, si tratta di ragionare su nuovi assetti e nuovi strumenti. È un'area in grande fermento, che torna ad essere l'ala marciante del diritto amministrativo.

Un ulteriore momento di sperimentazione e di avanzamento del diritto amministrativo è quello della tutela ambientale: i temi dello sviluppo sostenibile, del cambiamento climatico e del processo di riconversione in modalità *green* dell'intero assetto economico e industriale sono assolutamente cruciali. Occorre ragionare, pertanto, sulle modalità per garantire lo sviluppo economico e industriale attraverso strumenti compatibili con la tutela dell'ambiente e la preservazione delle scarse risorse del pianeta.

Anche in questa circostanza si è visto quanto sia divenuto centrale il tema della innovazione tecnologica applicata all'apparato amministrativo e come la rivoluzione digitale incida sugli istituti tradizionali del diritto amministrativo, nonché sui modi di esercizio del potere e sulla tutela degli individui e dei corpi intermedi. La rivista intende ragionare sull'intelligenza artificiale, sulle infrastrutture dell'innovazione e sull'assetto dell'amministrazione digitale.

Altro tema cruciale negli anni Venti di questo secolo sarà quello dei modi di limitazione dei poteri privati, in particolare di quelli delle multinazionali che operano nel settore della quarta rivoluzione industriale. Gli strumenti giuridici che sono serviti per limitare i poteri pubblici sono utilizzabili anche per limitare i poteri privati oppure occorre riflettere su meccanismi diversi e su un nuovo ruolo, in tal senso, dei pubblici poteri?

Restano ovviamente di assoluta centralità, per la rivista, le aree tematiche che hanno costituito tradizionalmente il nocciolo duro oggettuale nel corso del primo decennio: la regolazione pubblica dei SIEG, i modelli dei servizi pubblici locali, la disciplina delle società pubbliche, gli statuti dell'impresa pubblica, l'assetto degli appalti pubblici, i sistemi di istruzione e formazione, la tutela e la valorizzazione dei beni culturali e del paesaggio, i sistemi assistenziali, previdenziali e sanitari. In relazione a queste tematiche già al centro dell'attenzione della rivista, va quanto meno segnalata la necessità di realizzare un focus sulle infrastrutture (digitali e non), in ordine alle quali occorre registrare il gravissimo ritardo del nostro Paese. Altra questione di capitale rilievo, frutto di palesi diseguaglianze, è data dalla enorme differenza della qualità dei servizi sul territorio nazionale: la rivista si impegnerà anche su questo fronte.

4. Dieci anni sono una tappa importante per una rivista. Rappresentano per prima cosa un risultato, un traguardo non scontato, considerato il numero di riviste che l'area scientifica offre, alcune delle quali con la rapidità

e le utilità che solo la veste elettronica può garantire. Se *Munus* sta entrando in una nuova decade, lo può fare grazie a molti: *in primis*, il suo Editore che fin dall'inizio ha creduto nella rivista e supportato il progetto scientifico che ne è alla base; i fondatori e, in particolare, Giacinto della Cananea e Tommaso Edoardo Frosini, i quali hanno profuso energie nel periodo più delicato, quello di costruzione della rivista; i tanti giuristi che hanno destinato alla rivista i loro prodotti accademici migliori; i tanti autorevoli colleghi che, come membri del Comitato scientifico, del Comitato di direzione, ne hanno indirizzato le scelte strategiche; i revisori anonimi, che hanno consentito di tenere alto il livello qualitativo della rivista; soprattutto, si ringraziano i giovani colleghi del Comitato di redazione, che hanno fattivamente lavorato alla costruzione di ogni singolo fascicolo.

Il decennale della rivista interviene in un anno che, come abbiamo visto, sarà ricordato per la crisi sanitaria dovuta alla pandemia da Covid-19. Tuttavia, cade anche in un anno, il 2020, che è occasione di celebrazioni di altri eventi, in particolare di interventi legislativi che hanno segnato importanti riforme o innovazioni nel nostro ordinamento giuridico: la l. n. 142/1990 e il d.lgs. n. 267/200 per quanto riguarda l'ordinamento degli enti locali; la l. n. 241/1990 che continua ad essere il testo fondamentale di disciplina dell'azione delle pubbliche amministrazioni; il d.lgs. n. 104/2010 con il quale è stato codificato il processo amministrativo; la l. n. 287/1990 che ha introdotto nel nostro Paese il sistema di tutela della concorrenza; la l. n. 240/2010 sulla riforma dell'università. Si è consapevoli che alcune di queste fonti trattano settori che sono laterali rispetto al tema dei servizi pubblici, l'oggetto principale alla base del progetto scientifico della rivista. Tuttavia, considerate la coincidenza temporale, l'importanza delle riforme e le possibili e reciproche influenze si è pensato di aprire ognuno dei tre fascicoli del decennale con un saggio di un collega dedicato ad un aspetto originale e innovativo offerto da una delle riforme richiamate. Per questo primo numero, il contributo è stato chiesto a Marco Dugato, il quale ha preso in considerazione la l. n. 241 del 1990 per dare una sua lettura originale della patologia degli atti amministrativi.

Per il 2020 non ci saranno soltanto scritti celebrativi. Il decimo anniversario della rivista, come si è visto, apre la strada a nuove sfide e a nuovi obiettivi.

Per affrontarli al meglio si è ritenuto di adottare un rinnovato assetto.

Innanzitutto, l'uscita di questo numero cartaceo sarà affiancata dall'attivazione del nuovo sito internet della rivista, www.rivistamunus.it, strumento ormai necessario per qualsiasi attività di approfondimento scientifico, ma soprattutto vetrina telematica contenente l'archivio delle annate della rivista,

il ritorno del servizio alla comunità come *munus publicum*

fruibile senza limitazioni, tranne i fascicoli degli ultimi due anni, dei quali sono messi a disposizione in chiaro solo gli indici e gli editoriali.

In secondo luogo, la rivista ha ritenuto di dover rivedere la propria struttura organizzativa, a partire dalla direzione della stessa, con una rotazione tra i condirettori, e a seguire con l'ampliamento del comitato direttivo e la riorganizzazione della redazione, grazie all'ingresso di nuovi e qualificati colleghi.

Anche per *Munus*, dunque, questo periodo traumatico può costituire, come per il Paese, l'opportunità per un nuovo inizio, ma soprattutto l'occasione per dare un contributo utile alla definizione dei percorsi per il ritorno alla normalità e al dibattito per la ricostruzione del diritto amministrativo. La crisi sanitaria sta cambiando profondamente i valori e i comportamenti delle nostre società. Paure e fragilità si rafforzano senza trovare istituzioni in grado di fornire risposte efficienti e garantire quei sistemi di protezione che in questi casi sono essenziali. La conseguenza di questa situazione è stata con efficacia descritta dal filosofo Roberto Esposito: i cittadini rinunciano a vivere la *communitas* e preferiscono rifugiarsi nell'*immunitas*, un cambio di prospettiva che segna il passaggio da una idea di *munus* che valorizza il darsi reciprocamente e l'appartenenza sociale, ad una prospettiva di isolamento e di rinuncia a qualsiasi coinvolgimento sociale.

Bisogna evitare che ciò accada. L'auspicio è che la seconda età di *Munus*, che si avvia in un'atmosfera plumbea e piena di incertezze, possa conoscere gradualmente una inversione di tendenza, anche a seguito della forza traente della *communitas* e dei servizi a essa resi.

MARCO DUGATO

I NUOVI CONFINI DELLA PATOLOGIA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I presupposti della trasformazione. – 3. Tempo, buona fede e diritto europeo. – 4. Ibridazione dei presupposti, invalidità e valore differenziato degli interessi. – 5. La natura della nullità e le sue manifestazioni. – 6. L'art. 21-*octies*, c. 2, e la legittimità sostanziale.

1. Premessa¹

Dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi e del sindacato giurisdizionale sulla patologia degli atti ha ormai senso parlare solo in un'ottica evolutiva. I lavori dei grandi maestri del diritto amministrativo² e processuale e i grandi arresti giurisprudenziali hanno infatti disegnato in modo puntuale ed esaustivo i pilastri dogmatici del tema, approfondendo ogni profilo, rilevante o secondario, a partire dai fondamenti storici e costituzionali fino alle conseguenze processuali. Neppure è utile, a mio avviso, percorrere la via dell'analisi della tenuta delle più importanti costruzioni dottrinali e delle ricostruzioni sistematiche alla luce dei percorsi intrapresi dalla giurisprudenza dopo la riforma della l. 7 agosto 1990, n. 241, ad opera della novella del 2005, perché è già stata battuta felicemente più volte.

Il taglio che ho scelto è quindi un taglio volto ad immaginare i possibili approdi futuri di un'onda in movimento, partendo da alcune considerazioni di sistema e tentando di prevederne il prossimo punto di arrivo. Ciò, avendo piena consapevolezza di non poter dare preliminarmente conto del contenuto e del significato che all'invalidità immagino attribuire³.

* Lo scritto è stato destinato agli Studi in onore di Eugenio Picozza.

¹ Le riflessioni svolte in queste pagine devono molto al confronto, critico e costruttivo, con Enrico Guarnieri, che ringrazio di cuore.

² È qui doveroso il rinvio ad A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2009.

³ Al riguardo, è doveroso il rinvio all'importante saggio di S. Civitaresse Matteucci, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 227 ss.

Quel che mi pare di poter anticipare è come la distinzione tra vicende sostanziali e vicende processuali, che nella storia del diritto amministrativo è sempre stata più artificiale che reale⁴, si sia nei tempi più recenti fatta ancor più incerta. Così, l'irrinunciabile principio della separazione tra il potere giurisdizionale e quello esecutivo deve trovare nuovi fondamenti e confini se ne si vuole conservare l'effettivo carattere precettivo e non lo si vuole trasformare in un dogma trascendente e muto. Del resto, il diritto amministrativo, anche ove non se ne ammetta l'origine come diritto delle tutele (delle "guarentigie") verso il potere, certo si è evoluto sensibile alle esigenze di protezione, come dimostra la storia stessa della posizione soggettiva che lo qualifica rispetto al diritto privato. L'interesse legittimo, a differenza del diritto soggettivo, non è "altro" dall'azione processuale che lo aziona in giudizio, ma è al contempo posizione sostanziale e proiezione processuale.

Il dato, lo vedremo, ha un rilievo centrale per la teorica dell'invalidità e per la sua stessa ontologia ed è certamente amplificato dalla circostanza, tutt'altro che irrilevante, in ragione della quale nel diritto amministrativo riformato, a fronte della previsione delle patologie, continua a mancare un corpo normativo espresso sulla fisiologia dell'atto. È facile prevenire la contestazione all'affermazione resa: la fisiologia è compiutamente trattata nelle regole sulla corretta conduzione del procedimento amministrativo e ciò basta se si considera che la patologia, in fondo, non affligge tanto l'atto quanto il procedimento che lo genera. Credo, tuttavia, che l'argomento non possa soddisfare oggi come in passato. La partecipazione del privato al procedimento, la possibile negoziazione del potere, l'ingresso del principio di buona fede nel diritto amministrativo sostanziale, come meglio tenterò di chiarire in seguito, hanno infine spinto il rapporto amministrativo in un alveo assai simile a quello in cui naviga il rapporto di diritto privato, così che dell'unilateralità del provvedimento si conserva più il dato formale dell'imputazione della decisione che non quello sostanziale del processo di formazione della volontà.

In tal senso e come si vedrà, non è irrilevante il fatto che non esistano norme generali sull'atto amministrativo ed esistano invece norme sulla sua invalidità. Il codice civile, fonte principale di un ordinamento fondato sul rapporto, preliminarmente definisce il contratto, il matrimonio, gli atti unilaterali, per poi positivizzare le distonie invalidanti. Nel diritto amministrativo manca una norma sostanziale che definisca in generale gli atti

⁴ Alcune delle ragioni, come l'essere l'atto amministrativo al contempo l'oggetto del giudizio e il principale elemento d'istruzione, bene emergono dalla splendida illustrazione di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953.

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

amministrativi e la teoria dell'atto è stata costruita in sede processuale dal giudice proprio nella sede in cui è chiamato a giudicarne la validità rispetto al prototipo legale e a sanzionarne i vizi.

Vi è poi un secondo dato sostanziale indotto dal dato processuale invece più tecnico (e più moderno, potremmo dire, anche se Feliciano Benvenuti l'aveva magistralmente descritto già negli anni Cinquanta con l'intenzione di evitarne le derive): per com'è immaginato il giudizio sulla validità degli atti amministrativi, esiste un collegamento inscindibile tra ciò che viene fatto nel procedimento (cioè l'istruttoria procedimentale) e ciò che viene controllato nel processo che ha ad oggetto la legittimità del provvedimento.

Quel che emerge è che i due casi di non annullabilità di atti astrattamente viziati previsti dal secondo comma dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, e soprattutto il secondo di quei casi rendono indiscutibile che il processo non è vicenda separata rispetto al procedimento, apparendo piuttosto il primo un'appendice di verifica di ciò che è stato fatto nel procedimento amministrativo. L'analisi sulla validità dell'atto è compiuta al termine di un *continuum* procedimento-processo. La teorizzazione del "soccorso istruttorio processuale" né è significativo indice.

Quel che si è detto alimenta la convinzione in merito al fatto che non è oggi possibile trattare dell'invalidità se non partendo dal valore della partecipazione al procedimento, dai contorni del percorso processo-procedimento, dalla consensualità nell'azione amministrativa, dalla rilevanza del principio di buona fede.

Le tappe per le quali passerà il ragionamento possono essere utilmente sintetizzate: concetti generali; reale incidenza dei principi comunitari; istituti dell'invalidità; analisi giurisprudenziale.

Con riferimento all'analisi giurisprudenziale, è bene premettere che in nessuno degli ambiti del diritto amministrativo la giurisprudenza ha avuto un'incidenza così significativa come in quella dell'invalidità degli atti amministrativi, anche volendo limitare lo studio al solo periodo che va dal 2005 al 2019. La giurisprudenza sull'invalidità ha cambiato i contorni del diritto amministrativo sostanziale e forse dello stesso principio di legalità, passando ad un concetto di legittimità sostanziale alternativo e, per mezzo del rilievo dato al risultato dell'azione amministrativa, forse anche antitetico rispetto a quello di legalità sostanziale formatosi dalla Costituzione fino all'inizio del nuovo millennio. Con tutto quello che ne consegue anche in termini di capacità predittiva dell'esito di un processo. L'analisi della legittimità sostanziale e la funzione salvifica del risultato raggiunto rendono sostanzialmente impossibile, prima dell'esposizione degli argomenti ad opera delle parti, prevedere il contenuto della sentenza per il semplice fatto che la legittimità si

forma *nel* processo. L'analisi della giurisprudenza, caratterizzata peraltro da cicli, da fughe in avanti e da ritorni al passato alimentati proprio dal timore delle fughe in avanti, è dunque l'unico strumento per tentare di prevedere il futuro più probabile ed eventualmente per evitarne i pericoli.

Dell'incidenza effettiva del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale dell'invalidità dirò invece sommariamente ed in termini di dubbio. È certo che in alcuni ambiti settoriali i principi e gli istituti comunitari hanno profondamente ridisegnato la fisiologia dell'attività amministrativa e conseguentemente dell'invalidità (si pensi al "soccorso istruttorio" negli appalti pubblici), ma ritengo che in una prospettiva più generale e nonostante il riferimento che la giurisprudenza è usa fare all'origine comunitaria dei principi, l'evoluzione sia stata un fenomeno per così dire autoctono; il risultato di un percorso interno al nostro ordinamento. È così, ad esempio, per l'assunta rilevanza del principio di buona fede, che la giurisprudenza ricollega all'introdotta rinvio ai principi del diritto comunitario ad opera del novellato art. 1, l. n. 241/1990, e che a chi scrive pare invece un progressivo adattarsi del principio dell'affidamento alla struttura plurilaterale del procedimento amministrativo.

Così, la giurisprudenza, che aveva sostanzialmente costruito il principio dell'affidamento sulle basi di una costruzione formale della legittimità, lo ha naturalmente sostituito con il principio della buona fede al trasformarsi del rapporto amministrativo in una vera e propria relazione bilaterale ed all'affermazione del rinnovato concetto sostanziale della legittimità. Non ritengo, dunque, di dare credito all'affermazione (più di stile che convinta) della giurisprudenza successiva al 2012 del Consiglio di Stato e ritengo invece che il principio di buona fede non sia un canone precettivo indotto dall'esterno, ma un naturale ed inevitabile approdo del descritto percorso giurisprudenziale di celebrazione della relazione amministrazione-amministrati in chiave di rapporto giuridico plurilaterale.

Mi pare invece più rilevante l'influenza del diritto europeo nella nuova definizione dei confini soggettivi della pubblicità con profonda incidenza sulla qualificazione e sulla struttura della validità degli atti posti in essere dagli enti riconducibili al perimetro del "pubblico". C'è una vicenda che mi pare significativa ed attiene ad una curiosa contesa processuale in materia di appalti. Un'azienda ospedaliera pubblica decide di partecipare ad un appalto pubblico in Lombardia e si aggiudica la gara. I profili d'interesse sono ovviamente molti, dal vecchio dogma dei confini territoriali dell'agire dei soggetti pubblici al crollo del canone in ragione del quale tra pubbliche amministrazioni si contrattava direttamente. Ciò che però rileva ai nostri fini è che la qualificazione dell'ente pubblico quale operatore economico (questa

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

fu la conclusione del giudice comunitario chiamato infine ad esprimersi) spezza la monoliticità dell'ente pubblico e dà al concetto di "pubblica amministrazione" una dimensione dinamica, variabile e componibile con altri sistemi qualificatori⁵. Il soggetto dev'essere considerato pubblica amministrazione o operatore economico secondo quel che sta facendo. Se così è, i suoi atti sono o non sono riconducibili al diritto amministrativo in ragione della veste che l'ente indossa ed il regime della loro validità non può che variare di conseguenza.

Vi sono poi ambiti in cui il discorso si complica. È il caso, ad esempio, degli accordi amministrativi, quale che sia la natura che si voglia loro attribuire. Il combinarsi dei principi in tema di obbligazioni e contratti con quelli propri del potere amministrativo (rispetto ai quali i primi si applicano se "compatibili", secondo quanto dispone l'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo) non può che tradursi in un regime particolare ed ibrido che costringe l'interprete ad uno sforzo interpretativo capace di contemperare la disciplina civilistica dell'invalidità con quella della patologia degli atti espressivi del potere amministrativo. L'applicazione dei principi del diritto privato "in quanto compatibili", oltre a mettere in seria difficoltà il lettore che voglia trovare armonia tra quanto disposto dall'art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990, e la natura degli accordi, parrebbe doversi riferire anche ai principi sull'invalidità, sull'adempimento e sull'inadempimento. Tuttavia, come ebbi modo di rilevare qualche tempo fa, contemperare i principi civilistici sull'invalidità con quelli dell'invalidità dell'atto amministrativo è una vera quadratura del cerchio, essendo gli uni e gli altri tra loro in sostanziale contraddizione. Così, a dar credito all'art. 11 ed alla prevalenza del regime pubblicistico (quella che discende appunto dalla clausola di "compatibilità"), se ne dovrebbe far discendere l'applicazione solo residuale agli accordi dei principi sull'invalidità del contratto. Col che, delle due, l'una: o gli accordi hanno natura di provvedimento (ancorché negoziale), o la previsione dell'appena ricordato c. 1-*bis* («La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente») vede assai ridotta la sua portata precettiva.

Sullo sfondo dell'intero ragionamento sull'invalidità si muovono due forti tensioni, che anticipo. Innanzitutto, il diritto nazionale, almeno per come è andato rappresentandolo la giurisprudenza, si sta muovendo in di-

⁵ Si leggano, al riguardo, le considerazioni di G. Mulazzani, *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2015, 385 ss.

rezione diametralmente opposta a quello che sta accadendo negli ordinamenti di altre nazioni, in tutto il diritto comunitario e nel mondo del diritto amministrativo globale. La più attenta dottrina, infatti, ha posto in evidenza come in questi ultimi ambiti assuma rilievo sempre maggiore la correttezza delle procedure (del procedimento, azzardo), del regolare andamento del procedimento e del contraddittorio. Sono dunque in costante rafforzamento il significato e la pienezza della partecipazione, delle garanzie e delle tutele. Il nostro ordinamento sta invece andando nella direzione opposta, fino a riconoscere alla partecipazione al procedimento un ruolo marginale e meramente strumentale. Anche la più frettolosa analisi della giurisprudenza sull'art. 21-*octies*, c. 2, consente di affermare che la partecipazione non è affatto un valore *in se* e soprattutto che non sempre è rilevante ai fini della validità degli atti che concludono il procedimento.

Ritengo che sarà compito dei futuri studi sul procedimento e sulla partecipazione chiarire se il nostro diritto possa continuare a ignorare la direzione del diritto europeo e di quello globale. Ciò, per tornare ai profili strettamente attinenti alla nostra indagine, tenendo conto della seconda tensione in atto.

La giurisprudenza della Corte EDU, a volte non senza forzature, mostra di ricondurre ad un concetto generale di sanzione (e quindi all'ambito *criminal*) una parte non secondaria dei provvedimenti sfavorevoli (mi riferisco alle sanzioni interdittive), comprimendo nella sostanza la differenza tra sanzione penale e amministrativa. Proprio una siffatta rappresentazione del provvedimento affittivo (in futuro, non si può escludere, del provvedimento sfavorevole inteso in senso lato) e la sua attrazione al campo sanzionatorio criminale, classicamente assistito dal rigoroso principio di legalità e da garanzie partecipative assai ampie, porranno nel breve rilevanti questioni non solo con riferimento alla dequotazione del valore della partecipazione che caratterizza il nostro ordinamento nazionale, ma anche e soprattutto con riferimento ai profili dell'invalidità dei provvedimenti posti a conclusione di procedimenti a partecipazione vulnerata. Quel che per noi, dopo la novella del 2005, è divenuto soltanto *unfair*, potrebbe presto tornare *unlawful*⁶.

⁶ Interessante è senz'altro lo studio di G. Mannucci, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 259 ss., che sottopone a revisione critica proprio l'assunto a cui, in modo certo accennato e superficiale, do qui credito.

2. I presupposti della trasformazione

Il tema dell'invalidità è certamente tra i più classici ed in esso si trovano riflesse le due ottiche con cui il diritto amministrativo viene storicamente affrontato rispetto alla sua funzione: quella dell'organizzazione dello Stato e della realizzazione dei fini pubblici e quella della protezione, della garanzia individuale verso l'esercizio del potere. Ordinamento *versus* guarentigie, potremmo dire con imprecisa semplificazione.

Qualunque sia il momento genetico del diritto amministrativo, è innegabile che i giuristi che vi si dedicarono provenivano da esperienze diverse che riflettevano le due ottiche descritte. Accanto agli studiosi nati nel diritto costituzionale, ve ne furono altri, come Federico Cammeo, profondamente radicati nello studio del diritto processuale e quell'interesse si rifletté certamente nei lavori di molti altri maestri.

La teorica dell'invalidità non poteva non risentire della prospettiva scelta. Per gli ordinalmentalisti il tema della validità degli atti fondamentalmente assumeva interesse nella prospettiva del rapporto tra previsione legislativa ed azione amministrativa e del principio di legalità. Gli effetti dell'atto invalido sugli interessi particolari erano sostanzialmente un corollario, tanto da giustificare il loro sacrificio anche per opera di atti viziati. Come ben testimonia l'origine dell'interesse legittimo, persino nel processo quel che si proteggeva erano la legge e la sua supremazia, non il bene o l'aspirazione del privato, relegato ad un ruolo di mero attivatore strumentale del giudizio.

In altra ottica, evidentemente divenuta potente per l'evoluzione del pensiero di Maurice Hauriou, la preoccupazione nasce invece dalla consapevolezza che il potere, pur essendo il necessario strumento attraverso cui si realizza l'interesse collettivo, fa male. Il potere limita o toglie e deve poterlo fare solo se esercitato conformemente alla legge, che ne costituisce non solo la genesi funzionalizzante ma anche l'argine di garanzia. In tal senso, la legge stessa è pensata, nel rapporto con l'amministrazione, come meccanismo di protezione dell'individuo. È in questa prospettiva che l'invalidità nel diritto amministrativo, non nasce come conseguenza patologica per la violazione di regole ma come figura di garanzia ed è rappresentata dai limiti della tutela del privato. Ed è ancora in questa prospettiva che si spiega la radicale differenza tra l'evoluzione del concetto di invalidità nel diritto amministrativo e quella che ha caratterizzato il diritto privato.

Non credo che nel diritto civile vi sia stato un periodo in cui non si sia dato rimedio all'invalidità degli atti. Nel diritto amministrativo, al contrario, il concetto di invalidità e la previsione di un rimedio non hanno sempre rappresentato un binomio inscindibile: sicuro era il concetto di invalidità;

non altrettanto certe erano invece sul piano pratico le conseguenze dell'invalidità del provvedimento amministrativo. Le ragioni di questa *impasse* traevano origine dal canone fondamentale della divisione dei poteri. Il concetto di validità infatti si fondava sul principio (presupposto) di separazione dei poteri, perché una volta separato l'esecutivo dal potere legislativo e riconosciuto il carattere servente del primo rispetto al secondo, la violazione della legge avrebbe *in se* determinato una condizione di illegittimità e quindi di invalidità. L'insussistenza delle conseguenze ripristinatorie dell'ordine legislativo violato, invece, si reggeva precariamente sulla iniziale "immaturità" della divisione dei poteri, che in principio presentava un labile confine fra amministrazione e giustizia e soprattutto non era scortata dalla affermazione della supremazia del potere legislativo.

Ma vi è di più. Tutti gli istituti centrali nell'elaborazione successiva – interesse legittimo e merito amministrativo – e i soggetti a vario titolo inseriti nelle vicissitudini dell'invalidità – privato e giudice amministrativo – saranno conseguenze più o meno dirette dei problemi connessi al principio di divisione dei poteri. Difatti, l'impostazione concettuale poc'anzi descritta muterà con l'avvento del costituzionalismo e con l'assunzione di consapevolezza della centralità dei Parlamenti. Non, quindi, per maggiore tutela del privato, ma per offrire una più salda garanzia al potere legislativo, il principio di legalità stabilirà la piena supremazia del Parlamento rispetto al potere amministrativo, che della legge dovrà essere corretto esecutore. La nascita dell'interesse legittimo risponde a questa logica, perché quello sorge non già come posizione sostanziale utile a legittimare l'accesso alla giustizia dei privati, ma come interesse occasionalmente protetto, ovvero come legittimazione attraverso cui avviare, con un *escamotage*, un processo nel quale il privato diviene solo occasione e strumento di tutela della legalità.

Il discorso potrebbe proseguire evidenziando le ragioni della nascita, dapprima, del contenzioso amministrativo e poi, in forza della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, del giudice amministrativo, che pure sono legate alla volontà di tenere separati i poteri secondo la massima per la quale «*judger l'administration c'est encore administrer*». Allo stesso modo, l'attenzione potrebbe essere calata sull'esigenza di limitare il sindacato giurisdizionale, sulla catalogazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e sulla definizione del merito amministrativo, anch'esse essendo state determinate dalla necessità di evitare che per il tramite del giudizio sull'atto il giudice potesse infrangere la sfera riservata al proprio potere⁷.

⁷ Ciò, sia che con A.M. Sandulli si ritenga che l'emergere della figura sintomatica consenta comunque all'amministrazione di provare in giudizio la correttezza del proprio

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

Eppure, ritengo di dover soffermarmi nuovamente sul fatto che l'invalidità e il "suo" processo non siano nati per proteggere il destinatario del potere amministrativo. È per i più certo che questa concezione, questa visione dell'interesse legittimo come interesse callidamente utilizzato dall'ordinamento per legittimare l'attivazione del processo da parte di "qualcuno" il cui interesse corre parallelo alle ragioni della legge, sia stata superata dalla sostanzializzazione dell'interesse legittimo. Però quella origine non va dimenticata, perché, nell'attuale assetto costituzionale e nell'inverato processo sul rapporto, il privato continua a non essere necessariamente il fulcro della protezione delle norme sulla validità degli atti, ma permane stretto "in un gioco tra altre parti". Di ciò se ne ha la riprova nell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990. Da quella disposizione esce, infatti, un'invalidità che si direbbe eccentrica, ma che è in realtà coerente con la storia perché, ponendo in relazione gli obiettivi che la legge vuole conseguiti e quelli che l'amministrazione ha concretamente realizzato, essa in realtà attiene ancora una volta ad un rapporto tra legislatore e amministrazione. D'altronde, ragionando *a contrario*, se fosse il privato l'oggetto di protezione delle disposizioni sull'invalidità non si spiegherebbe perché, a fronte di una disposizione che stabilisce il suo diritto di partecipare al procedimento, gli sia precluso l'annullamento di un provvedimento pregiudizievole adottato senza la sua partecipazione.

Il tratto differenziale fra l'invalidità civilistica e quella del diritto amministrativo non sta però solo nell'origine degli istituti – sul tema si tornerà comunque a proposito del concetto di nullità – ma anche nella loro evoluzione.

Invalidità, adempimento, inadempimento e nullità del contratto sono, ben più che nei soli tratti fondativi, ancora gli istituti di centocinquant'anni fa. Nel diritto amministrativo, anche volendo tacere del periodo dell'origine della giurisdizione sull'atto, l'invalidità si plasma continuamente nel suo stesso fondamento teorico e presenta oggi caratteri che solo per tradizione e per desiderio di continuità illustriamo con termini ed espressioni simili a quelli di un tempo. Nel passaggio tra il sindacato occasionale, la censura dei casi più macroscopici di straripamento e l'indagine del cuore più intimo della discrezionalità (che altro è il processo dopo l'art. 21-*octies*, c. 2?), non leggiamo una storia di evoluzione, ma una storia di vera e propria trasformazione, in cui non muta la disciplina dell'invalidità e del sindacato giurisdizionale,

agire, sia che si concluda per la irrimediabile illegittimità del provvedimento in ragione della mera sussistenza della figura sintomatica (nell'ultimo senso, B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Parte generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 985.

ma mutano i concetti stessi nei tratti essenziali con un'intensità sconosciuta al diritto civile.

Il primo tratto che mi pare caratterizzare la trasformazione attiene alla prospettiva attraverso la quale leggerla. Non mi pare dubbio che l'invalidità abbia progressivamente cessato d'essere violazione di un precetto o di un principio, per divenire impulso e strumento di tutela. Essa va dunque rappresentata al positivo anziché al negativo. Ne è dimostrazione la tecnica legislativa della riforma del 2005, che, anziché descrivere il prototipo legale dell'atto e dei suoi elementi essenziali per poi dedurne nullità e illegittimità come violazione di quel prototipo, compie l'operazione inversa, mettendo al centro la patologia e non la fisiologia, avendo cura di disegnare i contorni della tutela individuale più che di punire la violazione della fisiologia legale. In tal senso, appare marcato il solco col diritto civile e con la rappresentazione in chiave negoziale dell'atto amministrativo. Se l'art. 1325 c.c. costituisce il perno su cui ruota il sistema fisiologico del contratto, di cui l'invalidità rappresenta la rottura e la tutela una mera conseguenza, nel diritto amministrativo, il profilo sostanziale diviene accessorio rispetto a quello della tutela tanto che l'ordinamento assegna all'invalidità il ruolo centrale e la rappresenta come condizione della tutela e come nucleo essenziale della positivizzazione dei principi. L'invalidità non serve dunque per punire l'atto concreto che ha tradito le forme ideali, ma per definire modo ed ambito della legittima reazione al potere. È una figura dinamica non una figura di resistenza o la chiave di tenuta del dover essere.

Le considerazioni sin qui svolte, ad un tempo, danno conto della trasformazione del concetto stesso di invalidità dell'atto amministrativo e delle sue specificità. Per poterle calare nel concreto svolgersi dell'attività mi pare tuttavia necessario affrontare alcune questioni soltanto in apparenza ellittiche e slegate tra loro.

La prima attiene ad alcuni dei profili del rapporto tra il diritto sostanziale e il diritto processuale nel diritto amministrativo.

Non è ovviamente questa la sede per tratteggiare, neppure per sommi capi, l'evoluzione dell'interesse legittimo ed il progressivo affermarsi della sua natura sostanziale. Quel che mi interessa richiamare, nella sola misura funzionale al discorso che qui conduco, è che Redenti ha costruito un sistema di diritto processuale ancora oggi accreditato, in cui il processo è "altro" dai rapporti sostanziali ed è fatto di norme e principi diversi ed autonomi rispetto a quelli del diritto sostanziale. Il processo è funzionale alla sostanza, che mira a realizzare e a proteggere, e si caratterizza per avere un diritto (l'azione) del tutto proprio, ancorché ancillare rispetto ai diritti sostanziali.

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

Nel diritto amministrativo la prospettiva è differente, tanto è vero che il diritto d'azione è sostituito, nella sua centralità, dall'interesse a ricorrere, nel quale si manifesta la natura del rimedio giurisdizionale come strumento per accedere ad un'utilità concreta, materiale, in cui si rappresenta un'identità tra posizione sostanziale e posizione processuale del tutto peculiare rispetto al mondo del diritto e del processo civile, in cui i diritti sostanziali ed il diritto d'azione rimangono distinti. Il quadro è ben rappresentato non solo e non tanto dal solco che separa il mondo dell'inesauribilità dell'azione finché i diritti non sono prescritti dal mondo in cui la decadenza processuale non si cura della prescrizione delle posizioni giuridiche sostanziali, quanto dal differente atteggiarsi della legittimazione attiva. Nel diritto processuale civile, quel che conta sono l'affermazione del diritto e la prova della titolarità, senza che all'attore sia domandato di provare il beneficio che attraverso il processo conseguirebbe in capo al diritto stesso. Nel sistema della giustizia amministrativa è invece centrale la dimostrazione dell'effetto concreto favorevole e benefico dell'esito dell'azione. È certamente vero che lo sfondo è rappresentato dalla necessità di non interrompere se non quando indispensabile l'azione di soddisfazione degli interessi pubblici. Nella prospettiva che qui più interessa, tuttavia, è quel che ne discende: nel diritto processuale amministrativo l'invalidità, che costituisce l'oggetto del processo, non è un concetto statico ma è un concetto essenzialmente dinamico, attraverso il quale si consente al portatore dell'interesse di conseguire l'utilità materiale che il potere amministrativo sostanziale ostacola o realizza. È in questo senso che appare corretta la rappresentazione dell'interesse legittimo offerta da Corletto in una prospettiva ininterrotta tra procedimento e processo come aspirazione ad un'utilità concreta.

Il che ben spiega, in primo luogo, come tutta l'invalidità amministrativa, a differenza dell'invalidità del contratto, non si possa né tratteggiare né comprendere se non nella sua proiezione processuale, come appare vero alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza sull'art. 21-*octies*. In secondo luogo, rende ancor più comprensibile la lucida preoccupazione di Feliciano Benvenuti nel definire il confine tra l'istruttoria nel procedimento e l'istruttoria processuale. Una preoccupazione che riflette il nodo gordiano che ci appare ad oggi di non poter sciogliere. Se l'istruzione probatoria serve per capire se un atto è valido o invalido, è necessario rappresentare cosa è stato fatto prima, cosa è accaduto nel procedimento e nell'istruttoria del procedimento. Solo assumendo che l'istruttoria procedimentale è intangibile da parte del giudice, tuttavia, il concetto di validità o invalidità avrebbe matrice sostanziale, poiché al giudice non resterebbe altro che prenderne atto per stabilire se quanto compiuto corrisponda o meno all'archetipo legale. Una costruzione

di tal segno, tuttavia, marca la distanza tra la protezione della norma violata e la concretizzazione dell'utilità del ricorrente. Se invece il giudice è libero di analizzare nell'istruzione processuale ciò che è stato fatto nell'istruttoria procedimentale, la tutela ha davvero ad oggetto l'uso del potere utile al portatore dell'interesse ma il concetto di validità cessa di essere sostanziale per divenire concetto processuale. Ed è quel che oggi in concreto accade.

Quanto siano distanti il mondo del diritto civile e quello del diritto amministrativo dell'invalidità appare chiaro anche nell'affrontare la questione, centrale nel nostro discorso, della distinzione tra forma e sostanza, tra vizio formale e vizio sostanziale. Si direbbe diffusa la consapevolezza circa l'ingresso del metodo consensuale – tipico del diritto civile – nel procedimento amministrativo, eppure una parte degli interpreti ha fatto riferimento a concetti di forma e sostanza radicalmente diversi da quelli del diritto civile, tanto da farne, nella prospettiva dei linguisti, dei “falsi amici”. È bene allora procedere per gradi.

Il diritto amministrativo si distingue dal diritto civile perché l'atto che esprime tradizionalmente l'uso del potere è immaginato e, in prima battuta, descritto come una manifestazione di volontà unilaterale, imperativa, esecutiva, esecutoria ed inoppugnabile. Al contrario, il diritto privato è il luogo del consenso, perché gli effetti giuridici sono prodotti dall'incontro delle due volontà veicolate nel contratto. La descrizione che precede non è fine a se stessa, ma incide sul concetto medesimo di invalidità. Nel diritto amministrativo “tradizionale”, poiché il provvedimento è unilaterale, tutto ciò che attiene all'invalidità riguarda l'unica volontà, ovvero quella amministrativa; nel diritto civile, invece, l'invalidità del contratto è nella maggior parte dei casi dipendente dal difetto genetico del consenso e ciò anche laddove i vizi si riferiscano in astratto a una volontà sola, perché quella volontà, per produrre gli effetti giuridici previsti, dovrà fondersi con quella dell'altro.

Dal 1990 queste affermazioni sono formalmente vere, ma sostanzialmente sbagliate. Rimane formalmente vero ed impregiudicato il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo, se non altro perché esso ordina, dispone, delibera ed è firmato dall'organo dell'ente. Sennonché, il fatto che il provvedimento sia frutto di un procedimento partecipato attivamente dal privato rende l'atto finale unilaterale per imputazione, ma non unilaterale per formazione della volontà. Nella sostanza, quindi, la volontà dell'amministrazione si forma sulla base dell'apporto e del dialogo con l'altra parte del rapporto amministrativo e, anche laddove l'amministrazione disattendesse le osservazioni del privato, ciò non ripristinerebbe da sé l'unilateralità del procedimento di “costruzione” della volontà. Insomma, quest'ultima rimarrebbe unica nella sua espressione, ma non già nella sua formazione.

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

Si tratta di aspetti essenziali per la definizione del concetto di invalidità. Difatti, dinanzi ad una istruttoria condotta in modo sconveniente, a fronte di un parere sbagliato o ad una falsa rappresentazione della realtà dovuta ad un'allegazione privata errata, l'imputazione dell'invalidità non può più avvenire secondo i tradizionali e consolidati schemi. Nel momento in cui anche il privato partecipa, ciò che conta è il comportamento di tutte le parti (che siano stati o meno consegnati documenti, che si sia presa o meno visione dei documenti) e tutto diventa un gioco di relazione. Ciò fa sì che la validità e l'invalidità del provvedimento dipendano per buona parte dalle regole di quella relazione e dal modo in cui le parti si sono vicendevolmente rapportate. In altro modo, poiché la manifestazione di volontà che si pretende essere viziata non è più unilaterale nella sua formazione, l'invalidità non dipenderà più solo dalla sequenza logica che l'amministrazione ha seguito e dal rispetto delle norme di azione, ma sarà anzitutto patologia del modo in cui è stato condotto il rapporto. Le evidenze del rinnovato approccio emergono, come di consueto, sul versante giurisprudenziale, ove, a tacere dei nuovi contorni dell'eccesso di potere, almeno a far data dal 2012 nelle motivazioni delle sentenze è stato introdotto il principio, tipicamente comportamentale, di buona fede e si è fatto meno sporadico il richiamo agli artt. 1321, 1223 e 1227 c.c.

Ciononostante, ovvero nonostante la rilevanza assunta dalla "logica consensuale" nella formazione della volontà dell'amministrazione, pronunce giurisprudenziali e voci della dottrina hanno impiegato i concetti di forma e sostanza in modo radicalmente diverso rispetto a quanto avviene nel diritto civile. Nel diritto civile, il vizio formale non è mai accostato a difetti informativi o ad elementi che, anche indirettamente, possano incidere sulla formazione della volontà. Nella giurisprudenza amministrativa è invece attratto al mondo della "forma" (e dell'irrilevanza ai fini dell'annullamento) il vizio consistente nella mancata comunicazione di avvio del procedimento e nella conseguente mancata partecipazione del privato al procedimento, ove l'amministrazione dimostri in giudizio che, anche partecipando l'interessato, il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente. Ora, è di tutta evidenza che, almeno in principio, la partecipazione attiva del privato inerisce alla formazione della volontà che poi si esprime nel provvedimento. Se non nella sua manifestazione nell'atto e nel segno della sua decisione, almeno nel modo in cui alla manifestazione si giunge. La lettura delle memorie e dei documenti può non mutare la fine della storia, ma certo potenzialmente ne cambia l'intreccio. Questo vizio, che per il diritto amministrativo non è invalidante ed è un vizio formale, nel diritto civile non sarebbe "di forma" ma "di sostanza", incidendo nel modo di forma-

zione della volontà. Nel diritto civile i difetti informativi sono invalidanti. Il concetto di forma nel diritto amministrativo coincide così con quello di sostanza nel diritto civile. Avrò ovviamente modo nelle pagine seguenti di ritornare sul tema, ma quel che mi preme sottolineare fin d'ora è che anche in quest'ottica si confermano la dinamicità e la natura processuale del concetto di invalidità, essendo invalido soltanto l'atto che, al termine della revisione processuale non produce un risultato concretamente utile.

3. Tempo, buona fede e diritto europeo

Nella logica del rapporto procedimentale e del mutato quadro di riferimento nella valutazione della validità dei provvedimenti, l'influenza del diritto europeo su quello nazionale è stata in parte determinante. Di quel legame, in via di prima approssimazione, possono essere identificate almeno tre fasi, a cui corrispondono tre diversi rapporti con il profilo dell'invalidità.

La prima fase è quella della totale indifferenza ed estraneità. Basti considerare quanto poco comparisse l'espressione "Comunità europea" nella manualistica degli anni Ottanta del secolo scorso, e come, anche dove vi si facesse ricorso, mai la si collegasse al tema della validità degli atti. A quel periodo ne succedette uno che potremmo definire di "rilevanza per competenza". Il diritto comunitario andò via via divenendo rilevante settorialmente (appalti, concorrenza, aiuti di stato, ambiente). Al di fuori di quegli ambiti espressi, tuttavia, esso non assumeva rilievo determinante. Il procedimento, l'attività in generale e quindi la validità erano i grandi assenti della normativa comunitaria. L'ultimo è invece il periodo della dipendenza, della totale sottomissione. In un siffatto contesto, il parametro domestico di validità e di risultato non è mai nazionale, bensì derivato. La legge nazionale e il nostro legislatore diventano passaggi meno rilevanti: le nuove previsioni dell'ordinamento europeo sul rinvio preventivo interpretativo alla CGUE e la sufficienza, ai fini dell'annullamento di un provvedimento, della incompatibilità anche con norme comunitarie non direttamente vigenti o con i principi, sono la chiara dimostrazione della tendenziale estromissione del legislatore nazionale dal dialogo fra il giudice amministrativo e l'ordinamento europeo.

Ciò chiarito sotto il profilo storico, alcune conferme dell'attualità del rapporto fra il diritto amministrativo domestico e la legislazione europea sono fornite dalla rilevanza assunta dalla buona fede, da un lato, e dal fattore temporale, dall'altro.

Conformemente a quanto si è detto in premessa, quei due istituti presentano un diverso grado di discendenza dal diritto comunitario. Il fattore

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

temporale ha un'origine profondamente comunitaria, anche se Merusi ne ha da tempo evidenziato l'origine addirittura ontologica⁸, e nel concetto comunitario di ragionevolezza il tempo è elemento primario. La buona fede, invece, pur avendo un sicuro legame con il diritto sovranazionale – tanto che la giurisprudenza almeno dal 2012 giustifica l'impiego della clausola generale alla luce del rinvio dell'art. 1, l. n. 241/1990, ai principi comunitari – è fortemente connessa al progressivo adattamento del principio di legittimo affidamento alla ricordata maturazione del concetto di rapporto giuridico plurilaterale in seno al procedimento amministrativo.

Fino a tempi non troppo risalenti, la buona fede è stata impiegata raramente nel diritto amministrativo. A differenza dell'affidamento che tanto rileva per l'esercizio dei poteri di autotutela e in particolare per la revoca, per lungo tempo la buona fede non ha avuto cittadinanza, perché essa si scontrava con un dato di teoria generale. La costruzione dell'interesse legittimo attorno alla pretesa di legittimità dell'azione amministrativa e l'impossibilità di far valere, a fronte di un comportamento legittimo, un affidamento su di un diverso atteggiamento dell'amministrazione sono fattori che hanno ostacolato l'ingresso di un principio, come quello buona fede, che prescinde da ciò che è legittimo o illegittimo (ed anzi è presupposto della legittimità) e che dipende dal comportamento delle parti.

La buona fede ha fatto breccia nel diritto amministrativo, dapprima muovendo i primi e timidi passi nelle gare ad evidenza pubblica e poi venendo riconosciuto e applicato dal Consiglio di Stato nei procedimenti amministrativi *tout court*, in forza dell'evoluzione del procedimento in senso “relazionale” o, come si usa dire, in quanto principio dell'ordinamento comunitario rilevante *ex art. 1, l. n. 241/1990*. Il che nella pratica è determinante non solo perché consente di conseguire utilità processuali minori – ad esempio, l'imputazione delle spese del processo all'amministrazione che aveva tergiversato nel rilasciare certe informazioni – ma perché talvolta è diretto parametro per la sanzione dell'invalidità.

I principi del diritto europeo hanno poi influenzato il diritto amministrativo domestico anche sotto il diverso profilo del fattore temporale. Al fine dell'adozione dei provvedimenti di annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies, l. n. 241/1990*, il tempo non rileva più solo come indice della “ragionevolezza” del suo decorso, ma è stato anche quantificato per i provvedimenti autorizzatori e per quelli attributivi di vantaggi economici. Il che è determinante per il tema che stiamo trattando: se decorre il tempo, perché esso è irragionevolmente lungo o perché sono stati superati i diciotto mesi,

⁸ F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

diviene saldo il provvedimento che pretendo di annullare e illegittimo diviene l'atto con cui annullo.

4. Ibridazione dei presupposti, invalidità e valore differenziato degli interessi

Tra le vicende incidenti sul concetto di invalidità meritano centralità i temi della “ibridazione dei diritti”, della decostruzione dei concetti tradizionali (merito e legalità) e della diversificazione degli orientamenti giurisdizionali in base alla materia e al tipo di interesse pubblico coinvolto.

Il tema dell'ibridazione fra modelli unilaterali e consensuali è troppo ampio per poter essere utilmente descritto in questa sede e pertanto conviene muovere per esempi. Il primo riguarda il regime degli appalti pubblici, la cui vicenda viene da tutti caratterizzata per essere distinta in due fasi; l'una va dalla delibera fino alla stipulazione; l'altra abbraccia tutto ciò che segue la stipulazione del contratto. La prima fase è tradizionalmente descritta come un tipico procedimento amministrativo (ad evidenza pubblica), tanto che l'art. 30, c. 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, impone l'applicazione della l. n. 241/1990. Data la dimensione pubblicistica della fase precontrattuale, nelle articolazioni procedurali (fase di delibera, di scelta del contraente e di aggiudicazione) si afferma la sussistenza di poteri unilaterali dell'amministrazione e conseguentemente di interessi legittimi, che giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo.

Onestamente, credo che questa scansione, “pubblico prima” e “privato dopo”, sia oramai insostenibile sotto il profilo concettuale e pratico. Negli appalti pubblici il privato ha sempre partecipato con l'offerta, spesse volte (oggi è la regola) presentando assieme al profilo economico una proposta progettuale e tecnica. In questi procedimenti pertanto l'amministrazione non ha mai operato unilateralmente né tantomeno potrebbe farlo oggi, tenuto conto che l'evidenza pubblica nel d.lgs. n. 50/2016 è composta da istituti e fasi che stabiliscono un dialogo continuo fra l'aggiudicatore e gli appaltatori economici (si pensi al soccorso istruttorio, al giudizio di congruità offerta, alle istanze di accesso, ai chiarimenti, al dialogo competitivo, alla procedura competitiva con negoziazione). In buona sostanza, sebbene sia lecito continuare a definirlo procedimento ad evidenza pubblica, in realtà quello con cui si ha a che fare è assai simile ad una vera e propria trattativa precontrattuale, tanto è vero che la giurisprudenza ne applica i principi (responsabilità precontrattuale, buona fede, correttezza). Il che peraltro mi induce a ritenere che la distinzione tra la fase dell'evi-

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

denza pubblica e quella del contratto sia oggi concettualmente difficile da giustificare.

Quanto precede ha un'estrema rilevanza sul piano dell'invalidità. Basti pensare al tema dello scioglimento del contratto, in relazione al quale solo dopo anni di giurisprudenza e l'intervento della adunanza plenaria 20 giugno 2014, n. 14, si è compreso – personalmente mi permangono dubbi sulla soluzione giurisprudenziale – che l'invalidità non fosse quella della revoca, ma quella del recesso. Ancora, se i chiarimenti condizionano l'esecuzione e l'esecuzione è fatta in attuazione di quei chiarimenti, od anche se nel dialogo competitivo il regolamento negoziale è stato elaborato da entrambe le parti contrattuali, quali sono i canoni della validità e invalidità? Quelli del diritto dei contratti o quelli del diritto amministrativo? Una risposta certa non può darsi, perché nei sistemi ibridi privi di relè giuridici tutto è possibile.

Vi è poi da rilevare che il tema dell'ibridazione e delle conseguenze sulla validità è tanto più diffuso quanto è più diffusa l'attività amministrativa nella materia economica che di regola dovrebbe essere disciplinata dal diritto privato. A tal fine, sia consentito ricordare che il paradosso di questo sistema è rappresentato dalla attività economica bancaria, della quale non si sa più se sia amministrativa o privata, non si sa quali siano i suoi parametri di valutazione.

Ciò detto, anche l'evoluzione (*rectius*, la decostruzione) di alcuni concetti tradizionali del diritto amministrativo (merito e legalità *in primis*) ha avuto dirette conseguenze sui confini medesimi dell'invalidità.

Le vicissitudini del merito sono note e sono state drasticamente segnate dal diverso atteggiarsi dei tre poteri. Ad un legislatore che si esprimeva con norme puntuali si affiancava un giudice “*bouche de la loi*” il cui giudizio era limitato al controllo “formale” del discostamento dalla legge. Ad una legge che si è poi espressa sempre di più attraverso principi si è accostata una tecnica di sindacato più penetrante, quella dell'eccesso di potere, che, essendo anzitutto un metodo di controllo della discrezionalità e della ragionevolezza, ha inciso sull'alterità tra potere giurisdizionale e amministrativo. Eppure, ciò che si tradurrà poi nella crisi del merito amministrativo non è che uno degli episodi di decostruzione, perché questa ha interessato anche il principio di legalità. In origine il principio di legalità implicava che un comportamento dovesse essere *perfettamente* corrispondente alla legge. Oggi, la moltiplicazione e la diversificazione delle fonti di produzione presupposte (si pensi alle, seppur “passeggere”, linee guida dell'ANAC) è tanta e tale da aver fatto perdere centralità alla legge, con la conseguenza che al principio di legalità è andato sostituendosi quella che Cassese chiama «regola del diritto»: l'azione amministrativa deve avere una regola giuridica preesistente

che la legittimi, ma dove stia la regola, quale ne sia la natura e quale sia il grado della fonte non sono più dati centrali. Ed allora nella separazione dei poteri muta anche il ruolo del giudice, che non è più difensore della legge e censore della violazione della legge, ma tutore di regole che possono essere qualificate solo temporalmente come degli antecedenti conformativi dell'azione amministrativa.

Il percorso di decostruzione termina con la confusione fra norma e principio.

Vi è stato un tempo in cui la differenza è stata centrale e di ciò se ne ha testimonianza nella corrispondente distinzione fra violazione di legge ed eccesso di potere. L'art. 1, l. n. 241/1990, ha posto in crisi quel modello di riparto, perché con esso il legislatore ha normativizzato, solo per citarne alcuni, i principi di efficacia, economicità, trasparenza, nonché quelli comunitari. Il dato potrebbe dirsi da alcuni irrilevante, perché, che l'infrazione del principio rientri nella violazione di legge o nell'eccesso di potere, ciò non muterebbe l'esito dell'illegittimità dell'atto. Nella pratica però quella distinzione non è affatto irrilevante, perché mentre la violazione di legge prevede l'analisi della "secca" violazione di una norma, l'eccesso di potere apre al diverso e più penetrante sindacato sulla discrezionalità. La verità è allora che l'ordinamento sta volgendo verso un nuovo sistema di legittimità, in cui l'immissione del risultato nella legittimità e del principio nella norma di legge fa sì che la distinzione tra i due vizi abbia ormai significato sui soli piani terminologico e storico.

A latere del descritto fenomeno di omologazione o quantomeno di omologazione dei vizi, si assiste ad un moto eguale e contrario sul piano del tipo di controllo giurisdizionale, che appare in crescente diversificazione a seconda della materia su cui è radicata in concreto la controversia. Solo per fare qualche esempio si pensi che il controllo giurisdizionale sulla validità nel diritto degli appalti, è diverso da quello svolto nelle materie dell'ambiente, dell'urbanistica e, specialmente, della sanità, ove la presenza di diritti fondamentali mal tollera qualsiasi forma di limitazione. Per scendere più nel dettaglio basterebbe considerare l'assenza di uniformità del sindacato sulle valutazioni tecniche, che Sigismondi dimostra essere per buona parte dovuta alla prevalenza della «sensibilità per le esigenze legate alla materia» rispetto all'attenzione per la «coerenza di sistema». Tuttavia, per rendersi conto del fenomeno è opportuno circoscrivere ancora più la prospettiva. Un settore specifico come quello dei contratti pubblici fornisce diretta prova di quanto si è affermato, la cui evidenza, per ragioni di sintesi, non può qui essere fornita che per sintomi. Si consideri allora una peculiare vicenda legata all'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990. La disposizione prevede un sindacato che non

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

ha limiti ulteriori a quelli legali previsti dalla disposizione medesima, eppure, quando la giurisprudenza è chiamata a conoscere della materia degli appalti, essa esclude che nei procedimenti ad evidenza pubblica possa trovare applicazione la previsione in commento. Non vi è una norma che giustifichi quello che nei fatti è un autovincolo giurisprudenziale, ma certo è che esso, al contempo, assicura e contraddice la minore invasività che alcuni reclamano affinché il giudice amministrativo non costituisca un ostacolo allo sviluppo economico. La assicura in astratto perché, evitando di ripetere l'istruttoria e di avocare a sé la decisione sul diverso contenuto provvedimento, si astiene da un controllo di merito; la contraddice in concreto, perché la logica del c. 2 dell'art. 21-*octies* è proprio quella di contenere gli esiti caducatori del sindacato amministrativo.

L'ottica distonica dell'approccio del giudice amministrativo può essere letta in uno all'ampliamento del numero di interessi pubblici. A tal riguardo, è bene evidenziare un dato noto ed uno meno scontato. Il primo attiene all'essenza stessa del diritto amministrativo, ovvero l'intreccio ed il confronto fra l'interesse pubblico e l'interesse individuale. L'interesse pubblico non esiste in se stesso, ma è una creazione formale: è tale quell'interesse a cui la legge attribuisce speciale *status*. E quello è ontologicamente preponderante sull'interesse del privato, non fosse altro perché per la sua soddisfazione è conferito un potere che, anche laddove sia "attributivo di vantaggi", valuta sempre, secondo un rapporto verticale, la compatibilità dell'interesse privato rispetto a quello pubblico. Il secondo dato è invece più interessante perché è volto ad evidenziare non già il profilo qualificatorio, ma l'aspetto "quantitativo". L'interesse pubblico non esiste al singolare, perché vi sono in realtà una pluralità di interessi pubblici, che possono persino essere in conflitto tra loro (si pensi, solo per citare alcuni noti esempi, alle coppie sviluppo economico-ambiente e finanza pubblica-sanità).

Il fenomeno ha però una dimensione più dinamica.

Differentemente da quanto si è talvolta portati a credere, la riduzione della sfera pubblica rappresenta una legittima visione, ma non descrive il vero stato delle cose, perché gli interessi pubblici sono in continua espansione. Il che impone di riconsiderare l'ambito di estensione dell'invalidità. La diffusione (in senso atecnico) degli interessi pubblici aumenta infatti le istanze di tutela, perché nello Stato sociale la moltiplicazione degli incontri fra amministrazione e privato (un sorprendente ritratto della «presenza capillare» è fornito da Marco Cammelli ne «*La pubblica amministrazione*») fa sì che il potere non sia più un fatto episodico, ma una costante quotidiana; al contempo l'aumento degli interessi pubblici di prestazione richiederebbe di abbandonare le generalizzazioni, perché altro sono le invalidità degli interessi

pubblici d'ordine e altro sono le invalidità legate a provvedimenti connessi a prestazioni sociali.

Sullo sfondo delle differenziazioni si pone anche un ultimo tema, che è quello delle divergenze della giurisprudenza dal precetto normativo.

Se per il civilista le norme sulla fisiologia e sulla patologia sono un *prius* e l'interpretazione è qualcosa che viene dopo, sul crinale del diritto amministrativo lo stato delle cose è diverso. Fino al 2005 è mancata una disposizione che regolasse l'invalidità degli atti. Quel vuoto in realtà non è mai stato tale, perché l'opera giurisprudenziale lo ha progressivamente riempito. D'altronde, è la storia stessa del diritto amministrativo ad essere diversa da quella del diritto civile, perché il primo ha una originaria matrice pretoria ed è stato edificato sulle solide fondamenta tracciate dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Nel 2005, come noto, il legislatore di riforma della l. n. 241 introdusse l'art. 21-*septies* (nullità del provvedimento), l'art. 21-*octies*, c. 1 (annullabilità), c. 2 (casi di non annullabilità), e l'art. 21-*nonies* (sanatoria e annullamento d'ufficio). I primi commentatori diedero poco rilievo all'intervento, perché di fatto il legislatore aveva replicato, positivizzandoli, gli arresti giurisprudenziali fino a quel tempo maturati e consolidati. Ciò che però in origine sfuggì era che l'esplicitazione per via legislativa degli approdi della giurisprudenza avrebbe potuto bloccare l'evoluzione e limitare la capacità del diritto amministrativo di rinnovarsi rapidamente (e più velocemente del diritto civile) attraverso la successione dei *revirement* pretori.

Può così essere anticipata un'impressione che troverà conferma nell'analisi più puntuale sul tema della nullità e dell'annullabilità. A fronte di una riforma non necessariamente banale nelle conseguenze sul piano sistematico, ad essere ancor meno scontata è stata la reazione giurisprudenziale, che mi pare sia andata nel senso del superamento del dato positivo o quantomeno del suo impiego in modo marginale e diverso da quanto esplicitamente prescritto dal legislatore e da un assetto normativo che si è rivelato tutto sommato poco rilevante (sotto il profilo della nullità) ed in parte critico (sotto il profilo del rapporto annullabilità-non annullabilità)⁹.

⁹ A. Corpaci, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 674, giustamente osserva che «quando, però, nel 2005 il legislatore canonizza la categoria della nullità, senza peraltro precisarne il regime, dottrina e giurisprudenza sono chiamate a fare i conti con il precedente modo di concepirla e ricostruirla nel più generale quadro della invalidità dell'atto amministrativo».

5. La natura della nullità e le sue manifestazioni

Con queste premesse può prendere avvio un discorso più noto. Nella l. n. 241/1990 esistono due norme che riguardano l'invalidità, l'art. 21-*septies* e l'art. 21-*octies*, che stabiliscono che la patologia dei provvedimenti amministrativi può assumere due forme: quella della nullità e quella dell'annullabilità-illegittimità.

Come nel diritto civile, è tradizione manualistica dire che la nullità rappresenta il caso più grave di invalidità, perché attiene ad un provvedimento fortemente distonico rispetto all'ordinamento giuridico ed ai suoi valori, mentre l'annullabilità si riferisce ad ipotesi di illegittimità meno gravi¹⁰.

Altra affermazione tradizionale è quella secondo la quale, rispetto al diritto civile, si ha un'inversione nel rapporto tra regola ed eccezione. Nel diritto civile, è vero, l'annullabilità è categoria speciale e sussiste soltanto nelle ipotesi previste dalla legge, mentre la nullità rappresenta un'invalidità, per così dire, "di chiusura". Nel diritto amministrativo, si afferma, la regola e l'eccezione si invertono, perché è la nullità ad operare nei soli casi tassativamente previsti.

L'affermazione lascia oggi perplessi. La definizione infatti non è del tutto corretta già nel termine di paragone. Nel diritto civile, infatti, non è vero il binomio nullità-categoria generale e annullabilità-categoria speciale, perché tutto dipende dal tipo di atto preso in considerazione. Nel contratto quel rapporto è certo ed evidente, ma nelle delibere delle società per azioni le cose stanno diversamente: la causa generale è l'annullabilità e la nullità non opera sostanzialmente mai, perché i casi di nullità sono piuttosto ipotesi di inesistenza dell'atto giuridico. Il dato che mi pare maggiormente problematico è però un altro. Il rapporto regola-eccezione presuppone che sussista un archetipo normativo. Fino al 2005 non vi era nessuna norma che si occupasse di illegittimità o di nullità, perché la definizione di quelle categorie è stata a lungo prerogativa giurisprudenziale; e nell'elaborazione pretoria non solo sono mancate sicure qualificazioni – si pensi che all'origine lo sviamento di potere non era definito né come illegittimità né come nullità – ma, per di più, l'interpretazione era soggetta ad una continua evoluzione giurisprudenziale.

Già prima del 2005, analizzando le sentenze che si occupavano di nullità, non era più dato riconoscere il concetto di nullità della tradizionale

¹⁰ L'affermazione, assai diffusa, è comunque riferibile a quella che D. Corletto, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, II, Padova, Cedam, 2007, 65 s., descrive come «nullità-sanzione» e non alla «nullità-evidenza».

manualistica precedente¹¹. Ad esempio, il difetto del provvedimento posto in essere da un'amministrazione differente da quella a cui è attribuito il potere, era da tempo retrocessa dall'ipotesi dell'incompetenza assoluta a quella dell'incompetenza relativa.

A fronte di un siffatto scenario, credo che quel rapporto sia ancora più difficile da definire dopo la riforma del 2005. Vero è che l'art. 21-*septies* indica tassativamente quattro ipotesi di nullità, ma è altresì innegabile che anche i tre vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere) sono recepiti dall'art. 21-*octies* in un elenco che appare oggi altrettanto tassativo. Certamente si potrebbe affermare che attraverso la violazione di legge e l'eccesso di potere l'annullabilità copra ipotesi non tipizzabili, ma, come si vedrà, anche la nullità copre casi residuali di difficile individuazione.

La storia della nullità del provvedimento è infelice per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, essa è stata per troppo tempo rappresentata come una manifestazione di un concetto generale di nullità di matrice civilistica; in secondo luogo, essa, pur essendo stata tratteggiata come la più grave delle forme di invalidità, è stata a lungo assistita da un regime processuale debole e, in fondo, inefficace.

Mi pare, poi, che l'introduzione dell'art. 21-*septies* abbia aggiunto un ulteriore criticità nel tentativo di apparentamento con la nullità civilistica¹².

¹¹ È vero però che la dottrina del XXI secolo ha, essa sì, profondamente mutato il contesto scientifico di riferimento e strutturato un percorso di analisi della nullità del provvedimento amministrativo più libero dai canoni del diritto privato, come dimostrano gli studi di A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002; A. Buonfino, *La disciplina della nullità provvedimentoale nel sistema amministrativo tedesco: spunti per un'analisi di diritto comparato*, in *Dir. amm.*, 2014, 777 ss.; M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, Giappichelli, 2012; R. Cavallo Perin, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, Utet, 1999, 615 ss.; R. Chieppa, *Art. 21 septies. Nullità del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*², a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 1115 ss.; A. Corpaci, *Osservazioni minime sulla nullità*, cit., 673 ss.; M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; C.E. Gallo, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43 ss.; Id., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 637 ss.; F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, Giappichelli, 2010; G. Morbidelli, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 662 ss.; N. Paolantonio, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 855 ss.; M. R. Spasiano, *Perduranti profili di incertezza in ordine alla figura dell'atto amministrativo nullo per mancanza degli elementi essenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 631 ss.

¹² Un'attenta e recente dottrina ha osservato «come la formulazione dell'art. 21 *septies*, per quanto sintetica e non esaustiva, costituisca un punto nodale della riflessione sul tema dell'invalidità in quanto sancisce il definitivo superamento della ricostruzione dogmatica del-

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

Nel diritto civile dei contratti, la disciplina della nullità è sì tratteggiata, per così dire, al negativo, come punizione della mancanza di un elemento essenziale dell'atto o come violazione di norme imperative di legge, ma essa è comunque ancillare rispetto alla definizione (al positivo) degli elementi essenziali. Nel diritto amministrativo, la riforma del 2005 ha invece tralasciato la fisiologia (gli elementi essenziali del provvedimento) e ha positivizzato la patologia (la nullità in ragione della loro mancanza)¹³. Al contempo, non si è corretto il paradosso per il quale alla nullità, alla forma più grave di violazione, consegue una protezione processuale più debole, priva della potente tutela cautelare avverso l'illegittimità (almeno a rigore, visto che la giurisprudenza, saggiamente tanto quanto forzatamente dal punto di vista dogmatico, ha in parte corretto l'errore) e (ancora a rigore) del vigore demolitorio della sentenza d'annullamento.

Prima di analizzare questi ultimi profili è comunque necessario anticipare una convinzione che muove sul piano prettamente teorico-dogmatico e che sarà utile a fissare un ulteriore elemento di divergenza fra il diritto amministrativo e quello civile.

Ebbene, sono persuaso del fatto che “il problema” della nullità nel diritto amministrativo stia, per così dire, all'origine: è l'ontologia della nullità ad essere in dubbio nel diritto amministrativo. I pochi casi di nullità immaginabili sono infatti riconducibili all'ambito dell'inesistenza radicale dell'atto, aderendo personalmente e senza riserve a quanto hanno sostenuto Villata e Ramajoli¹⁴ ed alla loro affermazione della «differenza fondamentale tra la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica (inesistenza) e quella dell'atto rilevante cui è applicata la sanzione della nullità».

Questa mia convinzione nasce dall'adesione all'impostazione concettuale che non riconosce alcuna dipendenza, nemmeno storica, del diritto amministrativo dal diritto civile. Tra le conseguenze derivanti dall'adesione alla visione di Houriou ve ne è una qui determinante che si pone sul fronte dell'integrazione normativa delle lacune del diritto amministrativo con l'applicazione analogica delle norme del diritto privato. La rilevanza di quanto si è detto è facilmente comprensibile se si considera che l'avvi-

la nullità in termini mutuati dalle riflessioni privatistiche che tanto a lungo hanno influenzato l'elaborazione dell'istituto in ambito amministrativo». Così, V. Sessa, *Le nullità sopravvenute del provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 52.

¹³ Ha dunque ragione R. Cavallo Perin, *Validità del provvedimento*, cit., 618, quando definisce sostanzialmente errato ed inutile ogni parallelo tra la nullità civilistica e quella del provvedimento.

¹⁴ R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*², Torino, Giappichelli, 2017, 381.

cendamento delle previsioni legislative sulla invalidità del provvedimento amministrativo (dapprima assenti e poi dal 2005 presenti ma insufficienti) non ha risolto ogni questione, con la conseguenza che aderire alla prima o alla seconda delle due teorie sopraccitate significa in realtà anche decidere, di fronte alle poche previsioni normative, se trovino applicazione le norme del codice civile in tema di annullabilità e nullità. Un dato questo per nulla scontato, tenuto conto che il rinvio ai principi civilistici sulla nullità, se parrebbe dovuto per il legislatore del 2005, non lo è altrettanto nell'attuale e frastagliato panorama giurisprudenziale¹⁵, ove appaiono formule – come quella della “super-annullabilità”¹⁶ – forse emblematiche di una diversa scelta teorica operata a monte. E allora, se di scelta si tratta, è bene esplicitare che la premessa che credo preferibile è ancor più radicale dell'assenza di parentela fra la nullità amministrativistica e quella civilistica. Ritengo, cioè, che la cosiddetta nullità del diritto amministrativo non sia in alcun modo concettualmente riconducibile alla nullità civilistica. Il che non cambia, ed invece rafforza, la conclusione per l'inapplicabilità delle disposizioni del diritto civile in materia.

Quanto precede può aiutare a confermare l'*impasse* in cui cade chi propugni la tesi dell'equivalenza tra la nullità amministrativistica e quella civilistica (da cui la prima dovrebbe originare) ogni volta in cui si debba riconoscere che l'esecutività del provvedimento amministrativo è incompatibile con il paradigma dell'incapacità radicale dell'atto nullo di produrre effetti giuridici. *Impasse* a cui spesso ci si illude di poter rimediare coniando espressioni evocative ma prive di vero contenuto. Mi riferisco, ad esempio, ai cosiddetti “effetti interinali” che l'atto nullo produrrebbe, quasi che, proprio perché “interinali”, fossero in sostanza diversi dagli “effetti definitivi” o fossero caratterizzati da un differente grado di invasività della sfera giuridica soggettiva del destinatario del provvedimento.

Può essere osservato quindi con maggiore serenità uno dei problemi poc'anzi evocati in relazione alla nullità disciplinata dall'art. 21-*septies*. Faccio riferimento al fatto che alla più grave delle violazioni è stata a lungo accordata la protezione più debole. Ciò che più rileva non è già il paradosso processuale, che pure poteva essere risolto (come poi in parte avvenuto nel codice del processo amministrativo), ma l'origine stessa di tutto il problema.

Nel diritto privato, il contratto nullo non produce effetti, né in diritto né in concreto, così che, non solo chi lamenta la nullità può ben non adem-

¹⁵ Ben descritto da T. Bonetti e A. Sau, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 271 ss.

¹⁶ Cons. reg. sic., sez. giurisd., 27 luglio 2012, n. 721.

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

piere alle obbligazioni assunte mantenendo un atteggiamento del tutto passivo senza temere alcunché, ma soprattutto la sentenza meramente dichiarativa può intervenire efficacemente anche a distanza di tempo, certificando il nulla che è accaduto. Diverso è a dirsi per il diritto amministrativo, perché la “sanzione” della nullità è sì, al pari al diritto civile, quella astrattamente più forte – il provvedimento nullo è di per sé *tamquam non esset*, ovvero improduttivo di effetti – ma in concreto, prima ancora che con i *deficit* processuali, la sua efficacia si scontra con i risvolti pratici della esecutività e della esecutorietà del provvedimento¹⁷. La mancata ottemperanza del proprietario di un immobile, su cui pende un’ordinanza di riduzione in pristino, legittima l’amministrazione ad eseguire coattivamente l’ordine di demolizione. Qualora il provvedimento sia poi dichiarato nullo, la genetica improduttività degli effetti *giuridici* si scontrerebbe con il diverso esito della vicenda sul piano *materiale*¹⁸.

¹⁷ Ha ragione M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013, 264, quando afferma che «sono le ragioni dell’autorità a determinare lo sfasamento tra invalidità ed efficacia».

¹⁸ In tal senso, l’affermazione di D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2014, 418, in ragione della quale la nullità dell’atto amministrativo lo rende inefficace, così che ogni attività che ne consegue è giuridicamente ingiustificata, mi pare dogmaticamente ineccepibile ma non pienamente soddisfacente a descrivere la materiale capacità dell’atto a modificare realtà e sfere giuridiche soggettive.

Posizioni vicine a quelle di Sorace ha assunto, prendendo le mosse dall’insegnamento di Giovanni Miele, A. Corpaci, *Osservazioni minime sulla nullità*, cit., 682 ss. Nell’analisi della giurisprudenza amministrativa che ha affermato “l’efficacia interinale” del provvedimento nullo, l’A., con un percorso di assoluto rigore metodologico, mette in guardia dal rischio che si corre ricostruendo teorica e sistemazione generale dell’invalidità partendo dalle conseguenze (tutela ed effetti). Il percorso è lineare, poiché Corpaci è convinto che «la previsione inserita nel codice del processo amministrativo non metta in discussione le ragionevoli conclusioni su cui si era attestata in precedenza quella dottrina che predicava per il provvedimento amministrativo identità di regime rispetto al negozio di diritto privato, in particolare la improduttività di effetti disposta dal codice civile quale regola per il contratto nullo» (687). Ciò, ribadendo che anche la relazione tra gravità dei vizi e “tipi” di invalidità non possa che presentarsi in eguale modo nel diritto privato e nel diritto amministrativo.

A mio avviso, è tuttavia legittimo anche un *iter* logico, per così dire, induttivo, che, prese le mosse dal dato di fatto che l’imperatività e l’esecutorietà del provvedimento producono sostanzialmente e materialmente effetti, conduca ad affermare che la nullità del provvedimento non può che essere “altro” da quella del contratto. Ciò, non perché sia falso quel che afferma Corpaci, ma anzi perché è senz’altro vero: nel diritto dei contratti, nullità ed inefficacia radicale sono inscindibili.

Del resto, volendo onorare il rigore interpretativo, qualora si dovesse ritenere l’atto amministrativo nullo incapace in radice di produrre effetti, dovrebbe giungersi, sul piano processuale, ad affermare l’inutilità (e, prima ancora, l’inammissibilità logica) di quei prov-

All'elemento logico ora descritto si aggiungeva in passato la difficoltà di immaginare, sul piano astratto, una tutela al contempo efficiente e rispettosa dei dogmi teorici. L'incapacità di produrre effetti dell'atto nullo avrebbe impedito infatti la sostituzione del diritto soggettivo con l'interesse legittimo, con la conseguente necessità di adire il giudice ordinario e con tutte le implicazioni che ciò avrebbe comportato sul piano dei poteri del giudice. Inoltre, anche laddove la controversia fosse stata ritenuta correttamente radicata in capo al giudice amministrativo, la presenza, nel processo amministrativo di un tempo, della sola misura cautelare della sospensiva avrebbe (e ha) nei fatti ostacolato la domanda di tutela dinanzi a provvedimenti qualificati dalla parte ricorrente come nulli, apparendo logicamente contraddittorio sospendere gli effetti di un atto che di effetti (sul piano giuridico) non può produrre. Nel 2010, con l'adozione del codice del processo amministrativo, il legislatore ha risolto il paradosso, ma la soluzione, se è consentito, ha confermato la "finzione giuridica" della nullità del provvedimento, come dimostra la sostanziale equivalenza tra il processo sulla nullità e quello sull'annullabilità.

Peraltro, la vicenda, per come la si è sin qui descritta, è osservata dal punto di vista formale della progressione degli interventi legislativi. L'approccio tralascia però un dato sostanziale ben più determinante. Per dare tutela al privato, la giurisprudenza, in un'opera progressiva ma inarrestabile, aveva avviato già ben prima del 2010 l'erosione del contenuto del concetto di nullità, riconducendo sempre più decisamente le ipotesi tradizionali di nullità all'ambito proprio dell'illegittimità. Si badi, come si è già anticipato,

vedimenti cautelari che l'ordinamento legittima per arrestare gli effetti del provvedimento nelle more del giudizio. Il che, sul piano (certo solo conseguente) della tutela, renderebbe la posizione del ricorrente assai più precaria nell'ipotesi di nullità di quanto non accada nell'ipotesi di illegittimità.

Mi pare, tuttavia, che ci sia di più. Nemmeno nel diritto civile è certo che il contratto nullo sia insuscettibile di produrre effetti, sol che si consideri che produce effetto, ad esempio, se la prestazione effettuata non può essere restituita (nel caso in cui l'azione di ripetizione sia prescritta, ad esempio).

Ad avviso di V. Sessa, *Le nullità sopravvenute*, cit., 52, la previsione esplicita di altre e diverse nullità «induce a riconsiderare la nullità dell'atto amministrativo come istituto del tutto particolare, non speculare a quello proprio dell'ambito civilistico, in quanto finalizzato a tutelare interessi e rapporti estranei all'ambito privatistico».

Peraltro, per comprendere l'inefficacia della tutela del privato nei casi di invalidità mi pare assai significativo anche quanto affermato da C. E. Gallo, *Questioni attuali sulla nullità*, cit., 49: «[...] già si è osservato come in molti casi la disciplina della nullità sia stata introdotta non tanto al fine di salvaguardare i rapporti tra l'amministrazione e i terzi quanto al fine di salvaguardare l'amministrazione dalla sua stessa attività».

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

l'opera evolutiva della giurisprudenza è proseguita anche dopo l'intervento del legislatore del 2005, che con impeto qualificatorio ha classificato i casi di nullità del provvedimento amministrativo. Lo studio della giurisprudenza sulla nullità dimostra plasticamente come alla difficoltà di "riconoscere" le cause di nullità tipizzate si sia affiancata una ben più significativa tendenza a non fare affatto applicazione di quella disposizione.

Il caso più illuminante è quello della nullità conseguente alla mancanza degli elementi essenziali del provvedimento, che fa emergere le contraddizioni di una costruzione in chiave negoziale dell'atto amministrativo¹⁹.

Si è detto che il legislatore del 2005, positivizzando la patologia (l'invalidità-nullità), non ha previsto alcunché sulla fisiologia del provvedimento, non avendo identificato gli elementi essenziali del provvedimento in una norma di contenuto analogo all'art. 1325 c.c. Il diritto amministrativo ha però una certezza nei principi di tipicità e nominatività del potere, così che è la legge che prevede un potere a stabilirne al contempo i presupposti ed il contenuto. Il legislatore del 2005, incline al parallelismo con il diritto civile, ha imposto di ricercare nel provvedimento amministrativo (talvolta infruttuosamente) requisiti equivalenti a quelli descritti dall'art. 1325 c.c. Sebbene la scelta di non prevedere nella l. n. 241/1990 una disposizione espressa di definizione degli elementi essenziali dell'atto sia stata da autorevoli voci della dottrina ritenuta saggia e virtuosa²⁰, io ritengo invece che essa abbia poi (e di tutta conseguenza) disperso la coerenza giurisprudenziale nella più ampia frammentazione interpretativa, laddove la mancanza di un medesimo elemento nel provvedimento ha condotto talvolta ad affermarne la nullità, talaltra l'annullabilità, talaltra ancora l'inesistenza e persino la mera irregolarità.

Paradigmatica è la vicenda della mancanza dell'oggetto del provvedimento amministrativo. Se si ritiene che l'oggetto del provvedimento sia il bene materiale su cui il potere si esercita (l'edificio da demolire, ad esempio), non si può tacere il fatto che la giurisprudenza ha spesso ritenuto possibile la sua corretta individuazione successivamente all'adozione dell'atto. Qualora, invece e con maggiore rispetto dell'evoluzione della dottrina civilistica,

¹⁹ Ancora a V. Sessa, *Le nullità sopravvenute*, cit., 113 ss., si deve l'organica ricostruzione della tematica degli elementi essenziali dell'atto nella prospettiva di una loro (dubbia) rilevanza ai fini dell'individuazione dei caratteri della nullità del provvedimento.

R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 403, lucidamente rilevano come i casi che tradizionalmente vengono ricondotti a questa ipotesi di nullità attengono ad atti che difettano in radice dei caratteri indispensabili per affermare l'esistenza stessa del provvedimento in quanto tale.

²⁰ L. Mazzaroli, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 546 ss.

lo si faccia coincidere con la “prestazione”, nel provvedimento esso fatalmente finisce per consistere nel potere esercitato e la sua mancanza determina l'inesistenza radicale, non la nullità, del provvedimento. In soccorso viene talvolta quella giurisprudenza (TAR Lombardia, sez. II, 22 aprile 2005, n. 855) che afferma che le categorie della nullità per mancanza o illiceità dell'oggetto siano insuscettibili di trovare applicazione, perché se l'oggetto è radicalmente indeterminabile il provvedimento è inesistente e se l'oggetto è illecito allora si è dinanzi ad un tipico caso di eccesso di potere e quindi ad una illegittimità.

Quanto alla causa le divergenze dal diritto civile mi paiono ancora più evidenti. Nel diritto amministrativo infatti la causa è il fine pubblico perseguito e la sua illiceità o la sua mancanza dovrebbero portare all'inesistenza radicale dell'atto; a tacersi poi del fatto che lo sviamento dal fine istituzionale dovrebbe essere sanzionato per eccesso di potere e perciò il provvedimento sarebbe “soltanto” annullabile.

Ora, comprendo bene quel che potrebbe opporsi alle considerazioni sin qui svolte tanto da chi, forte anche delle considerazioni di una parte della dottrina civilistica, consideri un errore la distinzione tra nullità ed inesistenza, quanto da chi, sull'opposto versante, non ritenga neppure ipotizzabile nel diritto amministrativo il concetto di inesistenza giuridica del provvedimento. Non può ovviamente essere questo il luogo per trattare di argomenti tanto complessi di teoria generale del diritto. Mi limito quindi a dichiarare come io ritenga, per un verso, che nullità ed inesistenza siano figure giuridiche esistenti ed incompatibili tra loro (la prima presupponendo appunto “l'esistenza” di un atto che possa poi essere valutato invalido) e, per altro verso, che l'inesistenza del provvedimento amministrativo sia configurabile tutte le volte in cui difettino i presupposti che lo caratterizzano rispetto alla violenza, alla forza o all'arbitrio: una norma che fondi il potere; l'esercizio del potere da parte di un soggetto astrattamente compatibile; un comando sufficientemente concreto²¹. Ciò, facendo mie le parole di Leopoldo Mazzaroli: «dove un atto sia inesistente – o, per meglio dire, dove si abbia inesistenza di un dato atto – non ne può essere affermata la rilevanza, che implica la sua esistenza, sia pure per poterne predicare la nullità»²².

²¹ Si tratta, con tutta evidenza, di requisiti di esistenza diversi da quello descritto da V. Cerulli Irelli, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 216, secondo il quale può dirsi comunque esistente l'atto «che abbia una parvenza di decisione amministrativa».

²² L. Mazzaroli, *Sulla disciplina della nullità*, cit., 556.

Con ciò, il mio pensiero è dunque differente da quello esposto con rigore da A. Conterti, *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*,

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

Ancor più emblematiche della difficoltà di conciliare i presupposti classici della nullità del negozio con i caratteri propri del provvedimento amministrativo sono le vicende della mancata sottoscrizione del provvedimento. Talvolta le resistenze sono insite nella stessa pronuncia, come nella sentenza del TAR Lazio n. 12967/2009, ove, principiando dalla condivisibile affermazione che l'assenza di firma non involgerebbe solo un problema di imputazione, ma altresì di esistenza della volontà del soggetto agente di assumere un determinato atto, si conclude poi per l'inesistenza o quantomeno per la nullità. Sul fronte opposto, vi è invece quella giurisprudenza che ha affermato che ci sono ipotesi in cui la mancata sottoscrizione dell'atto non comporterebbe né la nullità né l'annullabilità dell'atto, bensì soltanto una mera irregolarità di forma (Cons. St., sez.V, 9 giugno 2008, n. 2872). Probabilmente, è vero che è necessario distinguere i diversi casi di mancanza della sottoscrizione, così che ogni volta in cui, pur mancando la sottoscrizione, è comunque possibile ricostruire l'imputazione dell'elemento volitivo, l'atto deve dirsi legittimo, salva l'irregolarità. Qualora invece manchino gli estremi del funzionario e dell'organo, il principio di immedesimazione organica impone di considerare quel provvedimento come radicalmente inesistente perché non può davvero dirsi che l'amministrazione stia agendo.

Sia qui consentita una postilla prima di procedere. Francesco Galgano scriveva del suo profondo fastidio per la distinzione fra nullità e inesistenza, poiché nel diritto civile la differenza non si traduce in una diversità di effetti. Ed è comprensibile: se gli effetti sono i medesimi, perché allora distinguere. Nel diritto amministrativo, tuttavia, la distinzione in realtà si impone per alcune determinanti ricadute processuali, fra le quali è bene ricordare che se l'art. 31, c. 4, c.p.a. stabilisce un termine decadenziale per esperire l'azione volta alla declaratoria di nullità, il codice del processo nulla prevede rispetto all'inesistenza radicale dell'atto, la cui conoscenza è peraltro da molti attribuita al giudice ordinario.

La seconda causa di nullità di cui interessarsi è quella relativa al difetto assoluto di attribuzione, che oggi riassume in sé le due ipotesi, un tempo distinte, della carenza del potere in astratto e dell'incompetenza assoluta. La carenza di potere in astratto rappresenta oramai un caso di scuola, mentre l'incompetenza assoluta viene normalmente declinata come incompetenza relativa, con la conseguenza che l'atto viziato non è dichiarato nullo, ma annullabile *ex art. 21-octies*. Sicché, può dirsi che sul fronte dell'incompetenza

in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., 41, secondo il quale, pur non potendosi negare la categoria dell'inesistenza del provvedimento, la distinzione tra questa e la nullità sarebbe «astratta, teorica e meramente nominalistica».

assoluta si assiste nel modo forse più evidente alla ricordata trasmigrazione delle ipotesi di nullità verso l'alveo dell'annullabilità. Può dirsi compiuta, dunque, la via verso la sostanziale residualità dell'incompetenza assoluta, conseguendo essa solo all'adozione di un atto da parte di un'amministrazione radicalmente e concettualmente incompatibile rispetto a quella a cui la legge ha attribuito il potere.

Un cenno merita l'ultima delle cause di nullità previste dall'art. 21-*septies*, corrispondente ad una classica norma di chiusura. In effetti, qualche interrogativo genera in chi, come me, ritiene che a fianco dei provvedimenti tradizionali l'art. 11 della l. n. 241/1990 abbia costituito gli accordi quali provvedimenti negoziali. La questione non è meramente terminologica, perché affermarne la natura provvedimentoale o, come Guido Greco, quella contrattuale, significa orientare la struttura e la disciplina della nullità verso quella del diritto amministrativo o verso quella di matrice civilistica.

Volgendo al termine dell'analisi, è opportuno riservare alcune considerazioni finali a mo' di sintesi.

Mi pare confermata l'idea espressa nell'*incipit* e cioè che la nullità del diritto amministrativo a cui continuiamo a fare riferimento per tradizione nel concreto svolgersi del giudizio amministrativo sia sostanzialmente inesistente, apparendo essa stretta tra l'inesistenza ed una forma di invalidità molto più simile all'annullabilità che alla nullità del diritto civile. A margine della mia convinzione sull'origine storica del diritto amministrativo, credo che quell'impressione sia rafforzata, nell'ordine, dalla diversità tra gli effetti che il provvedimento produce rispetto a quelli propri del contratto, dalla sostanziale impossibilità di ricondurre molte delle cause previste dal 21-*septies* al concetto di nullità, da un sistema processuale radicalmente diverso ed infine dal regime della convalida. Se del secondo aspetto tanto si è detto, qualche ultima battuta può essere riservata agli altri tre fattori.

Invero, più di un accenno è stato in precedenza svolto anche in merito al tema della diversità degli effetti ed in particolare al fatto che il provvedimento amministrativo sia comunque in grado di produrre conseguenze concrete sul piano materiale. Il discorso potrebbe fermarsi qui, ma alcune precisazioni si rendono necessarie perché, da un lato, qualche TAR appassionato dei parallelismi con le categorie civilistiche ha talvolta affermato la «radicale inefficacia» dell'atto nullo (TAR Liguria, sez. I, 16 dicembre 2013, n. 1547) e, dall'altro lato, perché un Consiglio di Stato desideroso di salvare il concetto di nullità amministrativa ha ritenuto preferibile ammettere la sussistenza di una «efficacia interinale (fin tanto che la nullità non venga accertata)» all'ammissione dell'incompatibilità tra l'ontologia del provvedimento ed i caratteri della nullità (Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2011, n.

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

5799). Ora, se di efficacia interinale si dovesse trattare, si deve considerare che il provvedimento amministrativo, esecutivo ed esecutorio, può essere portato a compimento fino alla definizione del giudizio e una volta portato a compimento, non essendoci l'argine della volontà dell'altra parte, gli effetti materiali potrebbero risultare prodotti in modo irreversibile: questi effetti pertanto sono interinali da un punto di vista processuale, non certo nella realtà fisica dei fatti, perché essi, se prodotti, restano²³.

Vi è di più. Il carattere peculiare degli effetti interinali determina rilevanti conseguenze sul piano degli oneri delle parti. Nel diritto civile, poiché il contratto davvero non produce effetti, alla parte interessata non resta che rimanere inerte, perché l'inattività è di per sé argine sufficiente alla produzione degli effetti. Nel diritto amministrativo, invece, siccome il provvedimento nullo produce comunque degli effetti, le parti (tanto il privato a fronte di atti svantaggiosi, quanto l'amministrazione nel caso in cui abbia adottato atti vantaggiosi e nulli) devono adempiere ad un preciso dovere, declinato a seconda del soggetto in dovere di agire/ricorrere o nel dovere di esercitare i poteri di autotutela.

Ciò chiarito sul piano degli effetti, un'altra considerazione si impone sul piano del regime processuale. Nel diritto civile esiste il principio fondamentale della imprescrittibilità dell'azione di nullità, rimanendo questa sempre promovibile. Nel diritto amministrativo invece, seppure l'eccezione di nullità possa sempre essere opposta, l'art. 31, c. 4, c.p.a. ha stabilito che l'azione volta alla dichiarazione della nullità è soggetta a un termine decadenziale di centottanta giorni. Il che mi induce ad evidenziare che la giurisdizione sui provvedimenti nulli non appartiene necessariamente al giudice ordinario. Sicuramente non gli è attribuita per i casi di violazione ed elusione del giudicato (art. 133, c. 1, lett. a), n. 5, c.p.a.), ma non lo è neppure laddove il potere abbia inciso con effetti diretti sulla sfera del destinatario, perché, a fronte di una nullità–super annullabilità produttiva di effetti qual è sempre quella descritta, non può non darsi una posizione di interesse legittimo (e perché, tutto sommato e se così non fosse, non avrebbe neppure ragione di esistere l'art. 31, c. 4, c.p.a.).

²³ Il panorama è dunque simile a quello della nullità degli atti processuali civili, a cui, come ha ben rilevato M. Delsignore, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, 854, si ricollega la piena efficacia sino ad una pronuncia che ne dichiari la nullità.

Secondo la condivisibile lettura di G. Morbidelli, *Della "triplice" forma di nullità*, cit., 668, la prova della «vicinanza» della nullità alla tradizionale annullabilità starebbe, oltre che nella capacità del provvedimento amministrativo nullo di «determinare effetti pratici di non poco conto», nel regime decadenziale a cui il codice del processo amministrativo ha sottoposto l'azione di nullità.

Infine, differenze fra nullità amministrativistica e nullità civilistica si pongono sul piano del regime della convalida. Se l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, prevede la convalida degli atti illegittimi e non di quelli nulli, ciò non significa che, nei limiti dell'elusione e violazione del giudicato, l'amministrazione non possa unilateralmente adottare un atto di eguale contenuto, ma emendato dal vizio: pare quasi superfluo dire che altrettanto non può avvenire nel diritto civile dei contratti, ove sarebbe sempre necessario l'accordo dell'altra parte.

Ebbene, i quattro fattori considerati mi convincono del fatto che la nullità del diritto amministrativo è radicalmente ed inevitabilmente diversa da quella del diritto civile e, sarà casuale, ma il termine "super annullabilità" in luogo della nullità è impiegato proprio in quelle sentenze ove trova applicazione il termine decadenziale dei centottanta giorni. La diversità, come si accennava in apertura, è determinante sotto il profilo dell'applicazione analogica dei principi e delle norme sulla nullità del contratto. Se si ritiene, come personalmente credo, che per i motivi elencati quel rapporto di derivazione non sussista, allora troveranno applicazione i principi del codice civile o del processo civile solo in quanto principi generali (buona fede, correttezza, etc.) e non già i principi in tema di nullità del contratto.

6. L'art. 21-*octies*, c. 2, e la legittimità sostanziale

Lo studio critico del secondo periodo del c. 2 dell'art. 21-*octies* non può che principiare dall'idea che la disposizione attesterebbe la vittoria dell'amministrazione di risultato sull'amministrazione di pura legalità. Quella contrapposizione fu evidenziata in grandi studi del 1990 e soprattutto in quelli di fine anni '90, quando si iniziò a pensare che la mera legittimità fosse un ostacolo all'efficienza amministrativa. Nel periodo in cui i controlli divenivano interni e l'amministrazione era descritta come un'azienda, l'amministrazione di risultato finiva con l'essere immaginata come l'amministrazione liberata dal rispetto formale delle regole.

Questa visione, che ha poi inciso profondamente sul concetto di invalidità, a mio avviso tradisce un'incomprensione. L'amministrazione non è un *a priori*, ma è lo strumento per raggiungere l'obiettivo voluto dalla legge: in altri termini, la legge usa l'amministrazione come mezzo per pervenire allo scopo previsto. Così correttamente inteso il rapporto fra legge e amministrazione, si comprende che la prima non è un mero vincolo formale, ma è la sostanza stessa del diritto amministrativo perché rappresenta la ragione di esistenza dell'intera azione amministrativa. Amministrazione di legittimità e

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

amministrazione di risultato non sono quindi due elementi fra loro in contraddizione, perché il risultato dell'amministrazione, oltre che giustificazione intrinseca della sua esistenza, è voluto dalla legge e, per raggiungerlo, la legge pone regole che sono spesse volte poste a garanzia di diritti (o, più comunemente, interessi) che hanno rilievo e che partecipano alla graduazione del risultato legale. Il che non può non condurre ad affermare che l'insofferenza per la forma sconta talvolta l'incomprensione per il senso "finale" che la regola talvolta può avere²⁴.

Sennonché, quell'incomprensione è salda e ha portato la dottrina a fotografare il profilo dell'amministrazione di risultato senza avvedersi delle criticità sottese all'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo.

Procediamo allora con ordine. Dell'espressione "amministrazione di risultato" possono essere fornite plurime declinazioni. Essa può sicuramente essere intesa nel senso indicato da Marco Cammelli, ovvero come «responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque [...] 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»²⁵. Eppure, nel tema che ci occupa, è confacente anche un'altra declinazione che non è necessariamente alternativa alla prima e che individua nella formula "amministrazione di risultato" il senso del raggiungimento di un risultato a prescindere dal rispetto delle formalità procedurali. Questa descrizione è la più conveniente non solo perché è quella usualmente fatta propria dalla giurisprudenza, ma anche perché essa spiega, secondo buona parte degli interpreti, la ragione posta a fondamento dell'art. 21-*octies*, c. 2.

Ebbene, tanto la definizione quanto la disposizione pongono una questione capitale sul piano dell'invalidità. Se il risultato è l'elemento che diviene parametro del giudizio sulla validità è anzitutto necessario individuarne la sostanza. La mia personale convinzione è che quel risultato non possa che essere il fine legale e che esso non possa coincidere con un risultato scelto dall'amministrazione medesima. Se così fosse, se cioè l'amministrazione potesse decidere essa stessa il risultato, ci si troverebbe dinanzi ad una *impasse*. Il problema è tutto teorico e corrisponde alla frattura del principio

²⁴ Il che, peraltro, impone di rigettare l'idea che i vizi non invalidanti di cui all'art. 21-*octies*, c. 2, siano riconducibili al novero dei vizi formali. Come aveva affermato già prima della novella del 2005 A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 749, «è del tutto fallace ed impropria la qualificazione dei vizi del provvedimento che non incidono sulla legittimità sostanziale dello stesso, in termini di vizi di forma (o formali)».

²⁵ M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 109.

di funzionalizzazione e quindi del principio di legalità. L'*impasse* invece è pratica e porta alla sostanziale eliminazione dell'invalidità, perché, per salvare il proprio operato, all'amministrazione basterebbe "falsificare" la coincidenza fra il risultato portato nel processo e quello perseguito nella vicenda procedimentale. Ma la soluzione al problema è forse ancora più banale, perché è proprio il c. 1 dell'art. 1, l. n. 241/1990 a confermare che i fini perseguiti dall'amministrazione sono quelli «determinati dalla legge».

Attorno a questo discorso teorico si salda un fondamentale interrogativo da cui riprendere l'analisi del secondo periodo del c. 2 dell'art. 21 *octies*. Al giudice spetta la valutazione della corrispondenza tra la fattispecie concreta (il risultato conseguito in un procedimento in cui non vi è stata la partecipazione del privato) e la fattispecie astratta (il raggiungimento del risultato legale). Al di là del tentativo di leggere il nuovo sindacato del secondo comma dell'art. 21-*octies* quale naturale evoluzione del sindacato sulla discrezionalità e sulla ragionevolezza, è del tutto evidente che si è modificato il perimetro del principio di separazione dei poteri. Ciò non significa che al giudice sia ormai disponibile il merito dell'azione amministrativa. Anzi, se il risultato e l'efficacia, come si è sostenuto poc'anzi, sono parte integrante della legalità, non è dubbio che il giudizio che li riguarda abbia ad oggetto la legittimità. È però vero che il sindacato è oggi un sindacato sul *continuum* procedimento processo, in cui tutto è assorbito dal ragionamento unitario sull'efficacia dell'atto ed in cui, almeno come parametro per decidere, è inevitabile rifare in processo l'istruttoria procedimentale. Ne sono ovviamente prova l'estensione (*praeter legem*) dell'art. 21-*octies*, c. 2, all'ipotesi di mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza²⁶, l'ammissione della motivazione *a posteriori*, ammessa seppur con attenzione da una parte della giurisprudenza, ed il cosiddetto soccorso istruttorio processuale.

L'affermazione, poi, oltre a sottendere il dato innegabile del superamento dei confini tradizionali del principio di separazione dei poteri, accoglie anche un ossimoro filosofico per giustificare se stessa: il poter dimostrare ora per allora, che, sulla scorta del pensiero fenomenologico, ben potrebbe definirsi la giustificazione postuma dell'azione originaria, una sorta di giudizio prognostico fatto *a posteriori* (molto simile alla "prognosi postuma" del diritto e della procedura penale).

²⁶ Si segnala che lo scritto è stato redatto in data antecedente all'adozione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2020, n. 120), il cui art. 12, c. 1, lett. i), ha aggiunto all'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, in fine, il seguente periodo: «la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*».

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

La sostituzione dell'amministrazione con il giudice amministratore è evidente e tollerabile una volta superata l'idea (*rectius*, la finzione) che il giudizio dell'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo, sia espressione del vecchio sindacato di legittimità dell'operato dell'amministrazione proprio perché, nell'assetto attuale, il giudizio che termina con una statuizione sulla validità dell'atto in realtà implica anzitutto il rifacimento del procedimento e una valutazione del risultato. Né, in un'ottica qual è quella descritta, ha senso interrogarsi se la sentenza che decide il processo abbia o meno il contenuto di un provvedimento amministrativo. Piuttosto, è bene darsi conto del fatto che la piena effettività della tutela impone, allo stato attuale dei fatti, di rivedere il rapporto tra giudizio di primo grado e giudizio d'appello. La posticipazione delle tutele procedurali, infatti, non è senza costi per il privato e in ciò risiede la differenza fra il provvedimento amministrativo e la sentenza/provvedimento *ex art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo*, perché solo per il primo sarebbe assicurato il pieno inserimento nel circuito delle tutele (giurisdizionali e non) previste dall'ordinamento: detto altrimenti e con una suggestione, in quale sede potrà essere contestata la sentenza/provvedimento adottata dal Consiglio di Stato, tenuto peraltro conto che il giudice ha le stesse probabilità di errore dell'amministrazione? A ciò dovendosi poi aggiungere che l'attivazione del processo dovrebbe dipendere da una scelta libera e non già obbligata in spregio degli artt. 24 e 103 Cost.

Vero è che è atto fideistico confidare sul funzionamento di quella che si è descritta come una grande irrazionalità fenomenica. Il giudizio prognostico – che l'art. 21-*octies*, c. 2, delinea con l'espressione «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio» – si basa infatti su quello che si è detto essere un ossimoro logico (immaginare ora per allora) e consiste in una finzione, qual è il dimostrare oggi che all'epoca dell'adozione del provvedimento la partecipazione del privato non avrebbe potuto condurre l'amministrazione ad esiti diversi. Questo approccio tradisce la dimensione umana dell'*iter* istruttorio (magari è cambiata la persona in cui s'immedesima l'organo che ha emanato l'atto), dimentica le variabili fattuali "dell'allora" (ciò che si intende depositare oggi non necessariamente sarebbe stato depositato al tempo), rende il giudizio curiosamente anacronistico (devono essere ignorati i fatti che siano occorsi in epoca successiva all'adozione del provvedimento) e ammantava di oggettività un giudizio che è in realtà soggettivo e che si risolve non già nell'apprezzamento di ciò che sarebbe potuto avvenire nel procedimento, ma in un'opera di persuasione del giudice sulle possibili miglorie del provvedimento adottato, in cui un ruolo fondamentale è giocato dall'abilità-inabilità degli avvocati.

Tuttavia, anche a ritenersi superabili i rilievi che precedono, rimarrebbero comunque innegabili alcuni aspetti.

Convieni poi ritornare su un dato di cui si è in precedenza detto. Il modello descritto dall'art. 21-*octies*, c. 2, impone una gerarchia ben precisa tra forma e sostanza, in cui è la prima a soccombere. Tuttavia, in realtà, la forma nel diritto spesso è essa stessa sostanza e la forma *ad substantiam*, se è prevista, è tale perché è portatrice di un valore. In questa prospettiva, l'infrazione dell'art. 7, con riferimento all'attività discrezionale, è una violazione di una norma sostanziale e con la sua dequotazione, è bene sottolinearlo, è violato lo scopo della disposizione, che è quello di assicurare la partecipazione. Il che consente di respingere con decisione la tesi di quanti ritengono che la disposizione sia riprodotiva dell'art. 156, c. 3, c.p.c. Pare scontato, ma è bene evidenziarlo: la norma del codice di procedura civile attiene all'ipotesi in cui l'atto abbia raggiunto lo scopo a cui è destinato (la notizia certa della pendenza del giudizio); nel caso dell'art. 21-*octies*, invece, non si è affatto prodotto il risultato voluto dalla legge ed anzi, quel risultato è contraddetto perché si è negata la partecipazione che la legge voleva ci fosse.

In secondo luogo, l'infrazione dell'art. 7 è sostanziale perché comporta la violazione di uno dei valori fondativi della l. n. 241/1990 e cioè la partecipazione al procedimento come elemento della "democrazia partecipativa". Sulla scorta del risultato e della giurisprudenza più recente, si è rovesciata pertanto la prospettiva, perché non è più il procedimento a servire al privato, ma è il privato che serve (se serve) al procedimento. La partecipazione non è più un valore in sé, ma diviene un accidente meramente strumentale all'adozione di un provvedimento migliore²⁷. Un fatto, questo, peculiare per due motivi. Da un lato, perché di fronte a un valore non si discute della sua utilità: il valore si rispetta. Dall'altro lato, perché attesta una certa ciclicità del diritto e conferma che il protetto nei processi sulla validità dell'atto non è il privato, ma l'interesse astratto voluto dalla legge, con buona pace, si dovrebbe aggiungere, dell'interesse pubblico in concreto definito nel procedimento.

Ciò che appare ancor più singolare è che le descritte trasformazioni, che dal piano dell'invalidità si sono poi riverberate sul concetto stesso di procedimento, originano da un "innocuo" e piuttosto cauto orientamento giurisprudenziale antecedente al 2005. La giurisprudenza più risalente

²⁷ G. Mannucci, *Il regime dei vizi*, cit., 270 ss., con riferimento al diritto di essere sentiti, espressione caratterizzante della partecipazione, afferma che nella giurisprudenza della Corte di giustizia «benché, come anticipato, il difetto di essere sentiti abbia ormai assunto il rilievo di diritto fondamentale, ciò non determina una assolutizzazione della sua garanzia: non ogni difetto del contraddittorio comporta la illegittimità del provvedimento finale».

i nuovi confini della patologia degli atti amministrativi

infatti si era limitata ad escludere l'annullabilità del provvedimento amministrativo sfavorevole qualora, pur in assenza di comunicazione di avvio, il privato avesse comunque partecipato attivamente nel procedimento; e quell'orientamento si fondava sul presupposto (corretto) che l'infrazione dell'art. 7 avesse un carattere formale e non già sostanziale, perché lo scopo della disposizione nei fatti era stato comunque realizzato.

Risulta poi ancor più peculiare l'evoluzione pretoria successiva al 2005. L'iniziale interpretazione restrittiva dell'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo, coerente rispetto all'orientamento precedente, è stata presto disattesa. Per superare l'*impasse* fra una norma favorevole alla non annullabilità e una prassi di segno opposto provocata dall'impossibilità di fornire prova dell'identità dell'atto, una giurisprudenza creativa ha affermato che, poiché la prova che doveva essere fornita dall'amministrazione era una *probatio diabolica*, allora sarebbe stato onere del privato quello di allegare la documentazione che avrebbe prodotto se avesse avuto coscienza dell'avvio del procedimento. La giurisprudenza ha così iniziato ad estendere la previsione dell'art. 21-*octies*, c. 2, secondo periodo anche all'art. 10 *bis* – così di fatto legittimando prassi amministrative volte ad estromettere il privato non solo a monte ma anche a valle del procedimento – per poi applicarla alle violazioni dell'art. 3 – dapprima solo per i provvedimenti vincolati e poi anche per l'integrazione della motivazione di quelli discrezionali – e “infine” giungendo, sebbene sporadicamente, a farne uso anche nei casi di incompetenza relativa.

Vi è poi un'ultima questione da trattare e che consente di chiarire perché è pericoloso confondere annullabilità ed illegittimità. Ci si è a lungo interrogati sullo *status* dell'atto non annullabile, ovvero se esso fosse illegittimo o legittimo. La prima tesi è stata sostenuta a lungo (tra tutti, da Bergonzini²⁸) sulla scorta del fatto che l'art. 21-*nonies* facesse comunque salva la possibilità per l'amministrazione di annullare l'atto adottato nei modi di cui al c. 2 dell'art. 21-*octies*. Si affermava, infatti, che quest'ultima norma avesse natura squisitamente processuale e si è finanche paventata la sua in-costituzionalità, perché avrebbe contraddetto il principio rispetto al quale non possono essere istituite categorie di atti illegittimi verso i quali non c'è possibilità di reazione. Credo invece che, proprio perché il risultato è ormai parte della legittimità, laddove l'art. 21-*octies* prevede la non annullabilità di atti che comunque conseguano il risultato voluto dalla legge, esso stia invero affermando la legittimità dell'atto: l'ultima riforma dell'art. 21-*nonies*, che esclude anche l'annullabilità in sede amministrativa, pare confortarmi nella

²⁸ G. Bergonzini, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., 11 ss.

lettura. Il dato non è irrilevante, perché dimostra che l'evoluzione dei contorni e dei confini dell'invalidità non è indotta da norme mal scritte o di cui non sono chiari gli effetti e neppure da una giurisprudenza irrispettosa dei principi dell'ordinamento. È invece il prodotto di una scelta politica consapevole di cui i giudici sono i custodi rispettosi e dalla quale traggono la consapevolezza della «cognizione piena del rapporto e della discrezionalità tecnica»²⁹. Approdo, questo, che forse ci sarebbe dovuto apparire inevitabile fin dall'origine dell'ammissibilità stessa del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche solo considerando, con Feliciano Benvenuti, che l'atto discrezionale impugnato è in fondo esso stesso “un fatto”.

Certo, il quadro descritto è il prodotto di una visione soggettiva, che debbo confessare essere condizionato da scelte ed opzioni ideologico-giuridiche, non ultima quella della natura ontologicamente sanzionatoria (sebbene intesa in chiave positiva di soddisfazione dell'interesse pubblico) di ogni provvedimento amministrativo, anche favorevole. Così, quel che non lascia tranquilli è l'assenza di paradigmi certi della scelta politica ora descritta, perché «nell'ambito delle sanzioni amministrative, appare inaccettabile una responsabilità per la violazione di regole obiettivamente incerte nel loro contenuto precettivo specifico, o nel loro contenuto precettivo che si coglie attraverso il rinvio ad altre norme»³⁰.

Abstract

Against the background of the relationships between the domestic administrative law and the European legislation, as well as between the public and the private law, the essay analyses the topic of the administrative acts' invalidity. Considering the autonomy of the administrative law (even on an historical perspective), the paper underlines the inconsistencies implied by the hybridization of branches of law; in this respect, the Author analyses in particular the nullity of the administrative act as regulated by a legislator too interested in creating parallelism with the private law. Furthermore, on the basis of the substantial value of the participation as well as of the strong link between the investigation phases of the proceeding and of the process, the Author focuses on the issues arisen from the art. no. 21-octies, par. 2, l. no. 241/1990, which relegates the participation to a secondary function.

²⁹ Sono le parole con cui si esprime la *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, Roma, 5 febbraio 2020, 15.

³⁰ Spero possa perdonarmi Aldo Travi, le cui parole ho forzatamente adattato all'idea, mia e non sua, della natura *in se* sanzionatoria del potere amministrativo. Esse sono tratte dal magistrale saggio su *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 627 s.

SARA VALAGUZZA ED EDUARDO PARISI

RICERCA SULL'IDENTITÀ GIURIDICA DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO*

SOMMARIO: 1. I cento volti del partenariato pubblico-privato e le ragioni dell'insoddisfazione per l'approccio del codice dei contratti pubblici. – 2. L'incoerenza interna al codice. – 3. Elementi per la definizione di partenariato pubblico-privato: la dimensione europea ed extra-europea del partenariato. – 4. La dimensione nazionale del partenariato. – 5. La differenza da figure affini. – 6. L'oggettivizzazione dell'interesse pubblico: il partenariato come governo degli interessi comuni.

1. I cento volti del partenariato pubblico-privato e le ragioni dell'insoddisfazione per l'approccio del codice dei contratti pubblici

Oggi il partenariato pubblico-privato è invocato in molti discorsi politici come la frontiera di un nuovo tipo di governo¹.

La *public-private partnership*, intesa come modello di cooperazione polivalente e paradigma capace di realizzare una «trasversale e più generale intenzione sinergica [...] finalizzata a comporre in senso organico e flessibile ogni occasione di rapporto tra l'azione dei pubblici poteri e il libero svolgimento degli interessi emergenti nella società»², costruisce l'immagine di un'amministrazione moderna, aperta al dialogo e sensibile alle istanze della

* Sebbene il presente articolo sia frutto di una riflessione comune, la stesura dei par. 1, 2 e 6 è di S. Valaguzza, quella dei par. 3, 4 e 5 è di E. Parisi.

¹ Nel discorso tenuto dal Presidente francese Emmanuel Macron all'Università Sorbona il 26 settembre 2017, per esempio, il partenariato è stato evocato come elemento chiave per promuovere la collaborazione nell'Eurozona. Per il contesto britannico, interessante la ricostruzione di M. Flinders, *The politics of public-private partnership*, in 7 *The British Journal of Politics and International Relations* (2005), 215.

² F. Cortese, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato sotto la "lente" del partenariato*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale. Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012*, a cura di B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 8 ss.

comunità, sempre più capace di coinvolgere gli operatori del mercato e gli altri attori sociali nella cura di istanze di interesse generale.

La cooperazione tra pubblico e privato assume di certo la portata di una vicenda globale³, che affonda le radici in profonde questioni ideologiche, inerenti al rapporto tra Stato, istituzioni economiche o sociali e comunità amministrata⁴.

In linea generale, ciò che caratterizza le politiche di valorizzazione del partenariato pubblico-privato è la promozione di logiche che favoriscano

³ Invero, il partenariato nacque, come concetto giuridico, nell'ambito della politica di cooperazione internazionale, nella accezione di partenariato pubblico-pubblico, nell'ambito della creazione del Patto atlantico, istitutivo della Nato, all'inizio degli anni Cinquanta, per individuare una forma d'integrazione tra Stati: nello specifico, il trattato stabilì l'impegno, intercorrente tra gli Stati aderenti, di difendersi vicendevolmente da attacchi bellici provenienti da Stati esterni al patto stesso, in nome del comune obiettivo di una pace duratura. L'istituto, originariamente circoscritto al rafforzamento della sicurezza all'interno della Nato, fu poi progressivamente ampliato ai settori più diversi, tra cui spicca quello socio-economico, richiamato nella Dichiarazione del millennio delle Nazioni unite del 2000 al punto 8, ove gli Stati firmatari si impegnano a «sviluppare un partenariato mondiale per lo sviluppo». La stessa costituzione dell'Unione europea rappresenta un modello di cooperazione tra Stati membri. Cfr., con riferimento al partenariato come forma di cooperazione tra Stati: A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012, 5 ss.; G. Bonvicini, *A renewed partnership for Europe*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996. Sempre in ambito europeo, una concezione specifica di partenariato (nei termini di partenariato verticale e orizzontale) è legata all'utilizzo dei fondi europei; per avere un'idea del tema: M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 55 ss.; L. Polverari e R. Michie, *Il partenariato orizzontale: chimera, specchio per le allodole o reale strumento di policy?*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, 2010, 75 ss.; R. Sapienza, *Sussidiarietà e partenariato nel nuovo modello di intervento dei fondi strutturali comunitari*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*², Napoli, 2008, 1201 ss.; E.R. Yescombe, *Public-Private Partnership*, Amsterdam, Elsevier, 2007.

⁴ Sono molti gli interventi volti a dotare il partenariato di riferimenti teorici generali; per esempio, cfr. United Nations Economic Commission for Europe, *Guidebook on promoting Good Governance in Public Private Partnerships*, ECE/CECI/4, New York-Geneve, 2008, che definisce il partenariato come: «Innovative method used by the public sector to contract with the private sector, who bring their capital and their ability to deliver projects on time and to budget, while the public sector retains the responsibility to provide these services to the public in a way that benefits the public and delivers economic development and an improvement in the quality of life»; P. Marin, *Public-Private Partnerships for Urban Water Utilities. A Review of Experiences in Developing Countries*, Washington DC, The International Bank for Reconstruction and Development, 2009; rilevanti, nella prospettiva anche delle problematiche concrete e delle possibili risoluzioni delle stesse, le *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships* della Commissione europea pubblicate nel 2003.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

la collaborazione tra due mondi, quello pubblico e quello privato, e tra i loro protagonisti, in una dinamica non conflittuale, popolata da strumenti giuridici di tipo associativo, in vista di un obiettivo comune⁵ e di vantaggi reciproci⁶.

Il fenomeno in esame si presta ad essere osservato da differenti angolazioni. E quando il mezzo tradisce il fine, ove cioè la collaborazione si trasformi nella indomabile prevalenza dello scopo lucrativo cui segue il soffocamento dell'interesse generale, il partenariato diventa oggetto anche di pesanti critiche: «Putting every citizen's daily life in the hands of a disparate array of unaccountable commercial interests over whom the public has little or no control, and even less ability to access and sway regarding the services that maintain in everybody's daily existence, is little more than a capitulation of democratic governance and oversight»⁷.

Nell'ottica degli economisti, il partenariato pubblico-privato è lo strumento che permette di affrontare la crisi economico-finanziaria, generando un positivo effetto moltiplicatore degli investimenti pubblici (a poco investimento pubblico corrisponde un grande ritorno in termini di beneficio

⁵ Questo elemento caratterizza anche le forme di partenariato pubblico-pubblico proprie del diritto internazionale. Fin dalle sue origini, dunque prima dell'applicazione della nozione ai rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati, il termine «partenariato» è stato utilizzato per indicare l'accordo tra più parti volto a dirigere gli interessi particolari verso il perseguimento di uno scopo comune.

⁶ Nel Regno Unito, per esempio, la diffusione del partenariato è stata promossa e fortemente voluta dai sostenitori della teoria del *New Public Management*, fondata sulla ricerca dei valori di *good governance* oltre che sulla fiducia nell'apporto dei privati per la gestione delle iniziative di interesse comune, pur essendo oggi fortemente osteggiata, per via dell'esperienza, negativa per la finanza pubblica, del modello concessorio. Cfr. R. Wettenhall, *The public-private interface: surveying the history*, in *The challenge of PPPs learning from International Experience*, a cura di G. Hodge e C. Greve, Bodmin, Cornwall, 2005, 22 ss.; S. Davies e P. Fairbrother, *Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources*, Working Paper 39, Cardiff University, 2003; E.H. Klijn e G.R. Teisman, *Governing public-private partnerships*, in *Public-Private Partnerships. Theory and Practice in international perspective*, a cura di S.P. Osborne, Abingdon-on-Thames (UK), Routledge, 2002; S. Arrowsmith, *Public-private Partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?*, in *37 Common Market Law Review* (2000), 709; P. Dunleavy e C. Hood, *From old public administration to new public management*, in *14 Public Money and Management Review* (1994), 9, ove si afferma che «PPPs are loosely defined as cooperative institutional arrangements between public and private sector actors. But this of course covers a wealth of possibilities». La diffusione dei fenomeni di partenariato, nel mondo anglosassone, si spiega come incremento dell'efficienza di modelli basati sul c.d. *joint decision making and production*.

⁷ Cfr., sul punto, 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, St. Martin's Press, 2019, spec. 37.

per la collettività) e consentendo di affrontare il *gap* infrastrutturale, senza infrangere i vincoli della spesa pubblica⁸. Oltre al contenimento degli oneri economici per le pubbliche amministrazioni, i meccanismi partenariali contribuiscono all'arricchimento del *know-how* pubblico, grazie al continuo confronto con quello privato, migliorato nella competitiva arena della concorrenza tra imprese: «la cooperazione con i privati fa sì che l'amministrazione possa aumentare le risorse a disposizione e acquisire soluzioni innovative»⁹.

Sempre gli studi economici fanno rilevare che il beneficio del partenariato si riverbera sull'utenza finale, cioè sulla comunità amministrata: l'affidamento di compiti pubblici a soggetti privati dovrebbe comportare, ove diventi un dato sistematico a lungo termine, un alleggerimento globale del carico fiscale e un abbassamento dei costi dei servizi con correlato aumento della qualità degli stessi (per via dell'alto livello di competitività tra i potenziali *partners*).

In termini giuridici, invece, il partenariato, come «nozione descrittiva di un fenomeno complesso e articolato che si riferisce in modo collettivo ad un fascio di istituti giuridici caratterizzati da alcuni elementi comuni»¹⁰, è stato approfondito solo in tempi relativamente recenti¹¹, come effetto dell'aumentare di nuovi scenari di interazione tra pubblico e privato.

La discussione attuale sul partenariato riguarda principalmente: le mo-

⁸ In argomento, sono interessanti le statistiche e i dati empirici esaminati con riferimento alle operazioni di partenariato a partire dall'anno 2000 nel volume *Partenariato pubblico-privato e project finance. Come uscire dalla crisi*, a cura di M. Nicolai e W. Tortorella, Ravenna, Maggioli, 2015, spec. 31 ss. Si veda altresì D. Ciapetti e A. Petretto, *Il partenariato pubblico-privato: profili macroeconomici ed evoluzione in Italia*, in *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 532 ss., ove si approfondiscono i seguenti aspetti: il legame tra infrastrutture e crescita, la carenza infrastrutturale italiana rispetto alla media europea e le potenzialità dello strumento non ancora pienamente sfruttate.

⁹ Cfr. ancora relazione di accompagnamento al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, 358.

¹⁰ La definizione è di M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, cit., 3.

¹¹ Il partenariato pubblico-privato, nelle sue multiformi applicazioni concrete, è in costante crescita: in particolare, i dati raccolti dall'Osservatorio di Cresme Europa Servizi, pubblicato nell'ottobre 2016, mostrano un interessante incremento degli importi delle gare per l'affidamento di concessioni di servizi «e altre gare di PPP» che passano dai € 2,5 miliardi del semestre gennaio-settembre 2015 ai € 7,4 miliardi del semestre gennaio-settembre 2016, e un significativo aumento pure degli importi delle procedure di affidamento delle concessioni di lavori, dai € 776 milioni del semestre gennaio-settembre 2015 ai € 3,917 miliardi del semestre gennaio-settembre 2016.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

dalità di attuazione di un indirizzo strategico volto a valorizzare la partecipazione dei cittadini a iniziative che abbiano riflessi su esigenze della comunità, con conseguente commistione di pubblico e privato nella missione di soddisfare gli interessi generali, tradizionalmente concepita, invece, come di esclusiva spettanza degli enti pubblici; il significato e le conseguenze del limite alla contribuzione pubblica per i progetti di partenariato (per il momento fissato al quarantanove per cento del valore del contratto); la possibilità di sopperire alla carenza di contribuzione pubblica attribuendo al *partner* privato altri vantaggi suscettibili di valutazione economica; la reale vantaggiosità dei contratti di partenariato rispetto agli appalti.

Non vanno però trascurati aspetti di rilievo generale e sistematico. In particolare, il partenariato porta ad approfondire il fatto che sono ormai superati quei confini che un tempo delimitavano, come due ambiti rigidamente separati, retti da regole proprie e da logiche specifiche, la sfera dell'azione pubblica e quella dell'autonomia privata o imprenditoriale¹². Le ricerche nel settore hanno messo in evidenza che l'antica separazione non corrisponde più alla realtà delle cose. Così, il partenariato fornisce importanti spunti per ragionare sugli effetti dell'accennata commistione di settori apparentemente non conciliabili.

Lo scivolamento del pubblico nel privato, e viceversa, ha contaminato le teorizzazioni, che hanno conseguentemente individuato e articolato un corpo comune di principi e un'area di azione condivisa, in cui la tradizionale dicotomia (pubblico/privato) viene a ricomporsi¹³.

¹² La configurazione del rapporto tra pubblico e privato si articola, secondo recenti ricostruzioni, nei termini, alternativi, di: i) separazione, ii) scambio o iii) cooperazione. Cfr., G. Piperata, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, cit., 3 ss. Il partenariato è riconducibile alla struttura giuridica della «cooperazione».

¹³ Si rinvia, per tutti, agli scritti di S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2008 e G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; in argomento sono risultati interessanti i lavori in tema di *contrattualismo*, inteso come una formula comprensiva di «tutte quelle strategie mediante le quali le Pubbliche Amministrazioni producono politiche pubbliche attraverso la cooperazione, la collaborazione e l'interazione inter-settoriale oppure con organizzazioni rappresentanti di interessi socialmente diffusi e con aziende private. [...] Si tratta di pratiche sempre più diffuse che prendono diversi nomi [...] e che, in molti casi, vengono previste e sollecitate direttamente dalle fonti normative. Insomma, le modalità di azione delle Pubbliche Amministrazioni, nella formulazione e implementazione delle politiche pubbliche, sono fortemente caratterizzate da relazioni di cooperazione, dense e strutturate, ormai imprescindibili», in *La pubblica amministrazione in Italia*, a cura di G. Capano ed E. Gualmini, Bologna, il Mulino, 2006, 15 ss.; *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, a cura di M.P. Chiti, Roma, Dike, 2005, 54 ss.; L. Bobbio, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica*

La combinazione di elementi privatistici e pubblicistici¹⁴ costituisce, in effetti, uno dei profili di maggiore interesse del partenariato. Il problema sotteso ha origini antiche.

Alcuni fenomeni giuridici, ad oggi ricondotti all'ampia e generale categoria del partenariato, sono stati per lungo tempo nel mezzo di due regimi concorrenti e talvolta in tensione. Per esempio, la normativa pubblicistica attraeva nel suo ambito di interesse la concessione di costruzione ed esercizio di opere ferroviarie, richiamata nella l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, precisando, però, con una formula che suscita ancora curiosità, che essa avrebbe dovuto essere regolata «dal diritto civile, ancorché con privilegio»¹⁵.

Del resto, dal punto di vista meramente teorico, la regola del coordinamento dell'attività pubblica e privata, in vista di fini sociali, è enunciata già dall'art. 41, c. 3, Cost.¹⁶. Il che comporta, di per sé, una necessaria convergenza.

Inoltre, alla crescita dell'interesse giuridico verso il partenariato ha certamente contribuito la valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come veicolo di partecipazione e strumento di superamento del tradizionale isolazionismo dell'amministrazione nella gestione delle attività di promozione degli interessi della comunità.

Invece, gli studi giuridici devono ancora perfezionare la distinzione causale, strutturale e funzionale, tra contratto di partenariato e appalto pubblico. Non pare che tale questione si sia mossa di molto dalla semplice constatazione dell'esistenza di diverse definizioni normative.

A parte la presenza di una committenza pubblica, il partenariato e l'appalto pubblico non hanno molto in comune: nel primo caso, il soggetto

amministrazione italiana, in *Stato e mercato*, 2000, 111 ss.; G. Berti, *Introduzione*, in *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, a cura di G. Berti, Bologna, Il Mulino, 1994, 11: «il procedere per associazione tra pubblico e privato è la caratteristica maggiormente indicativa della transizione tra gli ordinamenti di ieri e quelli di domani»; N. Bobbio, *La grande dicotomia: pubblico/privato (1980-1982)*, in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, a cura di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 1985, 3 ss.

¹⁴ L'intreccio tra norme civilistiche e istituti o regole pubblicistiche è una problematica che meriterebbe, in verità, un approfondimento specifico molto complesso, che gli studi della dottrina amministrativista ad oggi non hanno affatto esaurito, come dimostra l'attenta e acuta monografia di A. Cassatella, *La transazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

¹⁵ Per un approfondimento sull'evoluzione dell'istituto e in particolare sulle concessioni ferroviarie, che ne costituirono il prototipo, si rinvia a C. Corsi, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica 2009, 21 ss.

¹⁶ Art. 41, c. 3, Cost.: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

pubblico e quello privato collaborano all'interno di un modello contrattuale che valorizza la flessibilità per adattarsi al perseguimento di un obiettivo comune; nel secondo caso, il pubblico e il privato sono controparti di uno schema negoziale in cui l'operatore economico ottempera a quanto pattuito. Nell'appalto tradizionale, l'amministrazione domanda e l'operatore economico risponde; nel partenariato, i due si alleano in maniera maggiormente dinamica.

Concordando che il partenariato è qualificato per la presenza di una speciale sinergia tra pubblico e privato che è invece carente nell'appalto, si tratta allora di articolare la qualità di questo "carattere", per dotarlo dei connotati della giuridicità.

Rispetto allo schema logico-giuridico degli appalti pubblici, il partenariato suscita interesse anche da un altro punto di vista: si tratta del progressivo mutamento della nozione di interesse generale, per effetto del fenomeno collaborativo.

Se, infatti, nella logica dei contratti di appalto, è l'amministrazione, da sola, ad individuare un programma di interesse generale, in attuazione dell'interesse pubblico ad essa affidato, e a procedere di conseguenza determinando specifici contenuti ed obiettivi, nel campo del partenariato, invece, il privato partecipa (nel caso della finanza di progetto anche proponendo la realizzazione di progetti al di fuori della programmazione delle opere pubbliche approvata)¹⁷ al momento di individuazione dell'interesse concreto della comunità amministrata, potendo proporre all'amministrazione modalità e sistemi che diano un valore aggiunto all'obiettivo strategico dell'ente pubblico, che viene così affinato e precisato nel contesto stesso della collaborazione. Questo aspetto non deve sfuggire, perché ha una rilevanza decisiva per il diritto: il partenariato è l'unico contratto in cui al privato è consentito di partecipare alla definizione della domanda pubblica; con il partenariato, l'operatore economico assume un ruolo propositivo nell'attività (originariamente solo amministrativa) che plasma l'interesse generale, diventando così compartecipe di decisioni e strategie che, nel mondo degli appalti, dovrebbe invece solo eseguire.

Ciò premesso, osservando il partenariato pubblico-privato con gli occhi del giurista, non è facile definirne con esattezza la nozione¹⁸, anche in

¹⁷ Nel caso degli interventi di sussidiarietà orizzontale e dei contratti di partenariato sociale, regolati dagli artt. 189 e 190 del codice, tale facoltà non è espressamente prevista, il che però non dovrebbe portare ad escluderla, visto che, in assenza di un divieto espresso, dovrebbero valere i medesimi principi ammessi per le ben più complesse operazioni di *project finance*.

¹⁸ L'eterogeneità delle *species* di partenariato pubblico-privato è messa in evidenza in

seguito all'emanazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("codice"), che, in verità, si occupa dell'istituto in maniera molto più parziale e circoscritta di quanto si sarebbe propensi a ritenere da una lettura che trascuri il dato sistematico della vicenda.

Un commento sul partenariato pubblico-privato¹⁹ che non riguardi i principali istituti disciplinati dal codice, da quest'ultimo catalogati come contratti di partenariato (ovverosia le concessioni, la finanza di progetto, la

S. Amorosino, *Il partenariato pubblico privato negli interventi infrastrutturali e di trasformazione urbanistica*, in *Governo del territorio. Scenari economici ed innovazioni amministrative*, a cura di S. Amorosino, Napoli, Jovene, 2016, 109 ss.; G.F. Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. app.*, 2011, 888. D'altra parte, basta guardare alla differente conformazione delle tipologie di collaborazione pubblico-privata ricondotte dal d.lg. n. 50/2016 nell'insieme di partenariato pubblico-privato per rendersi conto della poliedricità dell'oggetto della nostra analisi.

¹⁹ I contribuiti sul partenariato hanno spesso una impronta pratica e sono ormai numerosi; nel seguito della nota e nel prosieguo del commento si farà riferimento sia a studi giuridici sia a lavori di altro genere: V.M. Sessa, *Il Partenariato pubblico-privato*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.lg. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di F. Caringella, P. Mantini e M. Giustiniani, Roma, Dike, 2016, 457 ss.; F. Di Cristina, *Il partenariato pubblico-privato quale "archetipo generale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 482 ss.; R. Cori e I. Paradisi, *Partenariato pubblico-privato e project financing: il contesto di riferimento*, in *Partenariato pubblico-privato e project finance. Come uscire dalla crisi*, a cura di M. Nicolai e W. Tortorella, Ravenna, Maggioli, 2015, 31 ss.; *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; C. Bovis, *Public-Private Partnerships in the European Union, Abingdon-on-Thames (UK)*, Routledge, 2014; S. Valaguzza, *Pubblico e privato nell'organizzazione*, in *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, a cura di B. Marchetti, cit., 99 ss.; F. Cortese, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico privato: sotto la "lente" del partenariato*, *ivi*, 8 ss.; A. Travi, *Il Partenariato Pubblico-Privato: i confini incerti di una categoria*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, Milano, Giuffrè, 2013, 13 ss.; *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, a cura di G. Cerrina Feroni, Torino, Giappichelli, 2011; M. Libanora, *Le società miste pubblico-privato e le operazioni di project financing. Gli strumenti per rilanciare servizi pubblici e investimenti negli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2011; G. Fidone e B. Raganelli, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2010, 737 ss.; *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica 2009; E. Iossa e F. Russo, *Il Partenariato pubblico-privato in Italia*, in *Riv. pol. econ.*, 2008; C. Skelcher, *Public-Private Partnerships and hybridity*, in *The Oxford handbook of public management*, a cura di E. Ferlie, L.E. Lynn Jr. e C. Pollitt, Oxford, Oxford University Press, 2007, spec. 347 ss.; R. Dipace, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, a cura di E. Picozza, Torino, Giappichelli, 2005; M.A. Sandulli, *Il Partenariato Pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, in *Atti Convegno SPISA*, 29 luglio, 2005; S.H. Linder, *Coming to terms with the Public-Private Partnership: a grammar of multiple meanings*, in *Public-Private Policy Partnerships*, a cura di P. Vaillancourt Rosenau, Cambridge (MA), MIT Press, 2000.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il contratto di disponibilità), potrebbe apparire astratto e poco utile.

Ci sono invece alcune valide ragioni che rendono opportuna una riflessione ampia sulla nozione generale di partenariato che non tema di varcare i confini dettati dal codice: in primo luogo, quest'ultimo, agli artt. 3, c. 1, lett. *eee*) e 180²⁰ – in maniera dispersiva e con una tecnica che fa rimpiangere l'attenta e sintetica elaborazione dei contratti tipici nel codice civile – ha apparentemente introdotto un modello generale di contratto di partenariato, ammettendo anche l'esistenza di accordi partenariali “atipici”, dunque diversi da²¹ quelli esplicitamente descritti nel decreto legislativo in questione, il che rende necessario verificare la tenuta della definizione generale. Sempre che di definizione generale si possa parlare.

In secondo luogo, identificare gli elementi costitutivi del *genus* confrontandosi con la realtà fattuale e giuridica, nazionale ed internazionale, nella quale il partenariato è ambientato fornirà all'interprete gli elementi per un confronto circostanziato e consapevole (non ideologico o preconcelto) con le previsioni codicistiche.

Infine, la ricostruzione generale del partenariato permetterà di affrontare profili ambigui o aspetti non risolti nelle differenti regolamentazioni.

Nelle pagine che seguono si rappresenterà una nozione di partenariato pubblico-privato piuttosto ampia, qualcuno potrebbe dire sfuggente, certamente più estesa di quella contenuta nel d.lgs. n. 50/2016, che dimostreremo non essere in grado di cogliere l'identità giuridica del fenomeno nel suo complesso, essendo invece ritagliata su casi specifici e non risultando sufficientemente estesa da ricomprendere ipotesi che, invece, se colte nei rispettivi lineamenti essenziali, dovrebbero essere ricondotte al *genus* del partenariato pubblico-privato per come qui di seguito descritto.

A ben vedere, l'operazione che il codice ha compiuto, come sarà evidenziato nel prossimo paragrafo, si caratterizza per una sfocatura pericolosa,

²⁰ Oltre a riprendere il tentativo definitorio dell'archetipo contrattuale, difficoltoso (e, a tratti, poco convincente) in ragione della poliedricità degli strumenti che ad esso si riconducono, il d.lg. n. 50/2016 inserisce una previsione specifica sulle procedure di affidamento del “partenariato” utile a chiarire – anche in risposta ad una prassi piuttosto confusa ed eterogenea – che qualsiasi contratto di partenariato deve essere affidato in esito ad una procedura di evidenza pubblica.

²¹ Ci si riferisce qui all'inciso di cui al c. 8 dell'art. 180, secondo cui «Nella tipologia dei contratti di cui al c. 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti».

che si presta a facili fraintendimenti: gli artt. 3 e 180 introducono una definizione generale di contratto di partenariato²² basata sul rischio, sull'equilibrio economico finanziario e sulla necessità di recuperare investimenti privati in fase di gestione (di un'opera o di un servizio), che tiene dunque in considerazione le sole vicende contrattuali del settore delle costruzioni di opere pubbliche e dei servizi annessi.

Inevitabilmente vengono così trascurate altre importanti dinamiche partenariali – si pensi, per esempio, all'interessante mondo del partenariato sociale – a cui la definizione attuale chiude l'accesso, creando confusione e introducendo, come conseguenza, un vuoto di disciplina.

2. L'incoerenza interna al codice

La parte IV del codice – intitolata «Partenariato pubblico-privato e contraente generale ed altre forme di affidamento»²³ – dedica, per la prima volta, un intero titolo (il titolo I della parte IV) alla disciplina del partenariato pubblico-privato. Le norme che compongono il titolo, da un lato, riscrivono le regole applicabili ad alcune tipologie contrattuali riconducibili da tempo alla nozione generale di partenariato e oggetto di specifica regolamentazione anche nella normativa di precedente emanazione, quali la finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il contratto di disponibilità, e, dall'altro, introducono, *ex novo* o recuperando istituti originariamente previsti in normative di settore, alcune tipologie contrattuali inedite, frutto dell'intenzione, primariamente politica, di riconoscere il valore sociale dell'iniziativa di soggetti privati o di comunità specifiche²⁴, tramite l'introduzione di innovativi strumenti giuridici, quali il baratto amministrativo e gli «altri interventi di sussidiarietà orizzontale».

²² Infatti, il c. 1 dell'art. 180 esordisce precisando, in maniera inequivocabile, che il contratto di partenariato «è il contratto di cui all'art. 3, c. 1, lett. eee) del codice.

²³ L'espressione «ed altre forme di affidamento» è stata aggiunta con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

²⁴ Sulla valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, cfr., a livello generale e senza alcuna pretesa di esaustività, M.V. Loo Gutiérrez, *I principi di sussidiarietà e solidarietà nel partenariato pubblico-privato contrattuale*, Roma, Aracne, 2014; D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2013; A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico-privato*, cit.; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, 2001, 13 ss.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

Alla luce di tali elementi di innovazione, risulta incoerente che la definizione dell'archetipo sia rimasta sostanzialmente immutata rispetto a quella del previgente testo normativo. Studiando con attenzione le nuove forme partenariali che il codice ha inserito agli artt. 189 e 190 si giunge infatti a dubitare che esse mantengano coerenza con la definizione ricavata dal combinato disposto degli artt. 3 e 180.

Sono enunciati, nelle previsioni appena menzionate, alcuni elementi costitutivi del partenariato, che tuttavia sono comuni solo ad alcuni tipi riconducibili al genere, tra cui: l'onerosità del contratto, il trasferimento del rischio in campo all'operatore economico, la corresponsione di un canone da parte del soggetto pubblico e l'equilibrio economico finanziario.

La definizione e i caratteri del tipo non si adattano, anzitutto, al partenariato per l'innovazione, descritto dall'art. 65, d.lgs. n. 50/2016, come un contratto (per la verità il termine "contratto" non compare affatto nella previsione citata) che abbia come causa «l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano». A ben vedere, la norma in questione descrive, più che un tipo di contratto di partenariato, una peculiare procedura di selezione: si può ricorrere al partenariato per l'innovazione a certe condizioni; nei documenti di gara devono essere inserite determinate previsioni; le regole della selezione sono volte alla negoziazione, e così via.

Appare perciò sottesa alla terminologia impiegata («partenariato per l'innovazione») non tanto l'intenzione di ricondurre il tipo di contratto al modello regolato nella parte IV del codice – di cui, quindi, si accetta l'approssimazione e la parzialità – ma quella di distinguere dal sinallagma del contratto di appalto una relazione tra committente e operatore economico basata sul reciproco scambio, sul progressivo adattamento e sulla flessibilità dell'oggetto delle prestazioni.

Diversamente dal contratto di partenariato, il partenariato per l'innovazione non attribuisce a uno o più operatori economici per un periodo determinato un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della disponibilità o dello sfruttamento economico di un servizio; né il *partner* accetta di trattenere su di sé un particolare rischio economico od operativo. Perciò, il partenariato per l'innovazione di cui all'art. 65 del codice non appare come un contratto di partenariato ai sensi degli artt. 3 e 180 del codice stesso; il che può risultare alquanto bizzarro, dato che l'incoerenza rilevata sussiste tra norme che hanno sede nel medesimo testo normativo.

Inoltre, la definizione codicistica di partenariato non si adatta bene nemmeno agli interventi di sussidiarietà orizzontale e al baratto amministra-

tivo, creando una perplessità non minore, dato che entrambi gli istituti sono inseriti agli artt. 189 e 190, d.lgs. n. 50/2016, proprio nel titolo dedicato al partenariato pubblico-privato.

Nei menzionati artt. 189 e 190, il legislatore si è dedicato per la prima volta a interpretare l'esigenza di un maggior coinvolgimento delle comunità amministrative nella cura della «cosa pubblica», riconoscendo ed incentivando l'intervento diretto dei componenti della collettività, in forma singola o associata, nell'essere diretti portavoce, da un lato, e fattivi interpreti, dall'altro, dell'interesse generale.

L'art. 189 introduce due tipologie differenti di interventi, qualificati come di sussidiarietà orizzontale: al c. 1, quelli che attengono alle aree riservate al verde pubblico urbano e agli immobili di origine rurale e, al c. 2, quelli che concernono la realizzazione di opere di interesse locale.

Il primo tipo di interventi si riferisce alla facoltà per le amministrazioni (dalla formulazione letterale della disposizione, che impiega il verbo modale «potere», sembra inequivoca l'intenzione di escludere la sussistenza dell'obbligo per gli enti pubblici di dar corso agli interventi descritti al c. 1) di affidare in gestione, «per quanto concerne la manutenzione», le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, dedicati alle attività sociali e culturali di quartiere, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi (ossia nell'ambito degli accordi convenzionali assunti all'interno delle procedure di pianificazione esecutiva comunque denominate), con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle convenzioni²⁵, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.

²⁵ L'art. 189 del codice riprende quando precedentemente disciplinato dall'art. 4 della l. 14 gennaio 2013, n. 10, recante «Misure per la salvaguardia e la gestione delle dotazioni territoriali di standard previste nell'ambito degli strumenti urbanistici attuativi dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444». Gli ultimi commi dell'articolo in commento, abrogati dall'art. 217, c. 1, lett. ii), d.lgs. n. 50/2016, si esprimevano nei seguenti termini: «4. Le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere concessi in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, mediante procedura di evidenza pubblica, in forma ristretta, senza pubblicazione del bando di gara. 5. Ai fini della partecipazione alle procedure di evidenza pubblica di cui al c. 4, i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66 per cento della proprietà della lottizzazione. 6. Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione diretta delle aree e degli immobili di cui al c. 4 da parte dei cittadini costituiti in consorzi anche mediante

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

L'intenzione è far coincidere il soggetto portatore di un determinato bisogno con colui che è responsabile di identificarlo e che si impegna a soddisfarlo. Ciò dovrebbe generare un beneficio sociale molto rilevante perché le aree pubbliche e gli immobili di origine rurale (per esempio, i fabbricati rustici, le fattorie e i ricoveri per animali) sarebbero destinati al soddisfacimento di bisogni reali e concreti dei fruitori, senza l'intermediazione dell'ente pubblico che, altrimenti, sarebbe costretto ad astrarre e generalizzare, oppure a farsi carico di un costante monitoraggio e aggiornamento delle mutevoli necessità della città, per una corretta e appropriata erogazione dei servizi rispetto alle necessità collettive.

L'art. 190 del codice introduce l'obbligo per gli enti territoriali (obbligo dedotto, in questo caso, dall'utilizzo della voce verbale all'indicativo) di definire, con apposita delibera, i criteri e le condizioni per la realizzazione di «contratti di partenariato sociale», sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati²⁶. La norma non chiarisce, in verità, se l'adozione della delibera sia condizione preliminare all'attivazione degli strumenti introdotti dal nuovo regime del partenariato ispirato alla sussidiarietà. A nostro avviso, una lettura coerente con il principio di massima valorizzazione della partecipazione dei cittadini a iniziative di interesse comune, oltre che con l'ampiezza del raggio di azione dell'art. 190 citato, dovrebbe far preferire l'interpretazione secondo la quale la delibera di competenza degli enti territoriali sia da considerarsi una misura di regolazione dell'istituto, nelle more della cui adozione le proposte provenienti dai cittadini possano comunque essere disciplinate da appositi accordi raggiunti con gli enti competenti²⁷.

La disposizione in commento presenta lo stesso limitato campo di applicazione dell'art. 189 del codice; è rivolta, cioè, ad iniziative di «cittadini» e sembra con ciò escludere che operatori economici possano essere promotori di attività di interesse pubblico. La scelta del legislatore parrebbe la conseguenza dell'intenzione di aderire *in toto* alla previsione dell'art. 118,

riduzione dei tributi propri». Diversamente da quanto previsto dalla previgente norma, l'attuale art. 189 non specifica la procedura da adottare per l'affidamento della gestione.

²⁶ In tal senso, cfr. M. Renna e V. M. Sessa, *Art. 190 – Baratto amministrativo*, in *Codice dei Contratti Pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*², a cura di G.M. Esposito, Milano, Giuffrè, 2017, 2227 ss.: «Quanto agli enti territoriali, il dato testuale della norma (“definisciono”) sembra configurare come doverosa l'emanazione della delibera contenente i criteri e le condizioni per la realizzazione dei contratti di partenariato sociale: l'adozione della relativa delibera, infatti, non è lasciata alla discrezionalità dell'ente, potendo quest'ultimo solo stabilire criteri e condizioni dell'applicazione del baratto amministrativo», 2234.

²⁷ In questo senso sono orientati anche M. Renna e V. M. Sessa, *Art. 190 – Baratto amministrativo*, cit., 2234, secondo i quali, in assenza della delibera in questione, l'ente locale dovrà procedere applicando i principi dettati dall'art. 50, d.lgs. n. 50/2016.

c. 4, Cost., secondo cui «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».

Le iniziative di cui agli artt. 189 e 190 del codice non sono considerate per il loro essere attività economica, ma per la loro rilevanza sociale²⁸; perciò resta esterna agli strumenti di cui agli artt. 189 e 190 del codice la logica del profitto e, a nostro avviso, anche quella del rischio di impresa, che però caratterizzano la nozione generale di partenariato ex art. 180.

Gli interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo sono forme di collaborazione partenariali che si distinguono abbondantemente dai tradizionali contratti a prestazioni corrispettive, inadatti a raccogliere la cooperazione tra realtà istituzionali e comunità, specialmente locale, qualora quest'ultima si candidi ad assumere anche le sembianze di una comunità che si auto-amministra, almeno in parte. Ecco perché neanche questi tipi contrattuali trovano alcuna corrispondenza nella definizione generale.

Domandandoci quale fosse la ragione di un tale sfasamento tra strutture partenariali inserite nel codice e definizione del partenariato, la conclusione che ne abbiamo tratto è la seguente: a prescindere da quanto dichiarato, non c'è, nel d.lgs. n. 50/2016, una definizione capace di qualificare il genere di partenariato; quello (a nostro avviso erroneamente) identificato dal codice come partenariato è invece il modello speciale della concessione (di costruzione e gestione o di servizi).

Una volta che si sia compreso ciò, è essenziale differenziare le regole della “*species*” dalla semantica elementare del “*genus*”, necessariamente più ampia.

La presa di distanza dall'identificazione tra partenariato pubblico-privato e concessione²⁹ (o contratti affini) è imprescindibile se si intende cogliere l'identità giuridica del partenariato come istituto capace di descrivere un genere³⁰.

²⁸ Nel senso di attività che vanno a beneficio della società.

²⁹ Non vi è dubbio che, tra le tipologie di partenariato menzionate al c. 8 dell'art. 180, d.lgs. n. 50/2016, la concessione di costruzione e gestione sia quella che è stato oggetto della disciplina maggiormente dettagliata, sia a livello nazionale sia europeo.

³⁰ La difficoltà di ricondurre ad unità le diverse forme di partenariato è evidenziata nel volume *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, Giappichelli, 2016 e nel contributo di A. Massera, *Il quadro della trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale, con particolare riferimento alle concessioni di lavori e di servizi*, *ivi*, 37, ove si dà conto della forte influenza della normativa europea nell'individuazione dei contorni della figura per come de-

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

È dalla necessità di superare la confusione concettuale, che ha portato talvolta a sovrapporre gli schemi logico-giuridici dei contratti di concessione con quelli del partenariato pubblico-privato come figura dotata di autonomia concettuale, che occorre ripartire per esaminare il concetto e delimitare i confini della sua giuridicità.

A ben vedere, anche le critiche mosse nei confronti del partenariato sia dagli apparati di controllo della finanza pubblica³¹ sia dagli studiosi³² non hanno riguardato il partenariato pubblico-privato come strumento di collaborazione nella sua dimensione concettuale generale, ma si sono rivolte ai contratti di concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche in finanza di progetto, che spesso non hanno saputo, in concreto, apportare i benefici promessi³³.

Chiarito che la recente codificazione non ci consegna una nozione sufficientemente ampia e capace di esprimere le peculiarità sistematiche del fenomeno³⁴, all'interprete spetta un compito arduo, perché egli deve operare

clinata nell'ordinamento interno. Una ricostruzione degli elementi giuridici che connotano il partenariato pubblico privato si ritrova in S. Amorosino, *Il partenariato pubblico privato dalle teorie giuridiche alla realtà del codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo n. 56/2017)*, in *Urb. app.*, 2017, 616 ss.

³¹ La critica più serrata nei confronti dell'efficienza del partenariato pubblico-privato è stata sollevata dalla Corte dei conti europea nel marzo 2018, con la relazione speciale n. 9/2018, intitolata *Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati*.

³² Particolarmente interessante risulta la lettura della letteratura giuridica ed economica internazionale, dalla quale emergono diverse critiche ai contratti di concessione, che enfatizzano la difficoltà di mantenere una gestione oculata del denaro pubblico e un equilibrato rapporto di forza tra parte pubblica e parte privata, si veda, per esempio, K.S. Jomo, A. Chowdhury, K. Sharma e D. Platz, *Public-private partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development: fit for purpose?*, UN Department of Economic and Social Affairs (DESA) Working Paper No. 148, UN, New York, 2016; M. Kort e E.H. Klijn, *Public-private partnerships in urban regeneration projects: organizational form or managerial capacity?*, in *71 Public Administration Review* (2011), 618; M.J. Witte e C. Streck, *Introduction to progress or peril? Partnership and networks in Global environmental governance: the post-Johannesburg agenda*, Washington DC, Global Public Policy Institute, 2003; J. Hall, *Private opportunity, public benefit?*, in *19 Fiscal Studies* (1998), 121.

³³ Ossia evitare l'incremento di costi a carico dei bilanci pubblici e spostare i rischi di costruzione e gestione in capo al *partner* privato.

³⁴ Dato che, tra le forme di partenariato pubblico-privato, la concessione di costruzione e gestione è quella che maggiormente assomiglia all'appalto pubblico. Come rilevato dalla più attenta dottrina, «concessions do not have special features that distinguish them in principle from other arrangements [...]. The general procedures, which already apply to non-concession arrangements with the same features, are adequate, and certainty could have been made clearly so simply by making available for all concessions the well-known negotiated procedure with a call for competition». S. Arrowsmith, *Revisiting the case against a separate*

con metodo deduttivo, interrogandosi sull'esistenza e sui caratteri di una identità giuridica originale e specifica, a partire da una realtà molto articolata, piena di sfaccettature e complessità, facile preda di entusiasmi politici, volti a catturare l'immagine di (almeno presunta) armonia che il partenariato ovunque evoca.

Tentando di assolvere questo compito in queste pagine, abbiamo beneficiato di uno studio ad ampio raggio, che ci ha portato a conoscere e indagare diverse forme di partenariato, nei contesti locali e nella dimensione internazionale³⁵.

L'immagine che emergerà è quella di un istituto conosciuto in ogni parte del mondo, utilizzato in maniera estesa per la sua capacità di innovare la configurazione del rapporto tra poteri pubblici e comunità, che trova la sua forza espansiva nell'immedesimazione tra coloro che esprimono bisogni di interesse generale e coloro che si impegnano a rispondere a tali bisogni.

Il partenariato, in questa prospettiva, appare come un utile strumento di trasmissione agli apparati pubblici della vitalità dell'iniziativa dei diversi attori sociali che, beneficiando di strutture aperte e di alleanze cooperative, vengono messi in condizione, a loro volta, di far fronte in maniera attiva alla cura degli interessi comuni.

3. Elementi per la definizione del partenariato pubblico-privato: la dimensione europea ed extra-europea del partenariato

Nell'approcciare la dimensione normativa del partenariato pubblico-privato occorre anzitutto rilevare come per decenni le iniziative partenariali siano state poste in essere in assenza di una compiuta disciplina, sulla sola base di una semplice interpretazione dei principi generali di buona amministrazione.

Similmente al caso italiano, l'analisi condotta sulle normative dei paesi stranieri ci porta ad evidenziare che le legislazioni nazionali sul partenariato hanno un approccio parziale, in quanto prevalentemente dirette a disciplinare gli aspetti economici dei contratti di concessioni. Così, l'analisi condotta

concessions regime in the light of the concessions directive: a specific directive without specificities?, in *The internal market and the future of European integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, a cura di F. Amtenbrink, G. Davies, D. Kochenov e J. Lindeboom, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 370 ss., 395.

³⁵ Gli esiti dello studio a cui si fa riferimento sono riportati nel volume S. Valaguzza ed E. Parisi, *Public private partnerships. Governing common interests*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

su legislazioni nazionali selezionate sulla base di un criterio di ricerca caratterizzato sotto il profilo geografico, cronologico e di ampiezza dell'oggetto della disciplina³⁶ ci ha consentito di rilevare che, per esempio, la legislazione vietnamita definisce il partenariato pubblico-privato come uno strumento per ottenere finanziamenti privati al fine di realizzare infrastrutture o fornire pubblici servizi³⁷ mentre la legislazione della Repubblica Democratica del Congo lo considera un veicolo di sviluppo economico-sociale del Paese³⁸.

Altre disposizioni normative fanno riferimento a concetti giuridici che hanno una valenza limitata al contesto giuridico locale³⁹ o ne restringono l'ambito applicativo a specifiche infrastrutture di primario interesse nazionale: è questo il caso dell'Indonesia, ove il regolamento presidenziale n. 67/2005 limita l'utilizzo della *partnership* pubblico-privata ai settori dei trasporti, della distribuzione di acqua potabile, delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica⁴⁰.

Neanche l'analisi del contesto normativo sovranazionale è di per sé sufficiente a cogliere la specificità giuridica della figura. Si rileva in particolare, sia nel contesto europeo sia nella dimensione extra-UE, l'assenza di una disciplina unitaria di *hard law* sul partenariato pubblico-privato e il proliferare di strumenti di *soft law* promossi in larga parte da istituzioni finanziarie internazionali quali il Fondo monetario internazionale, la Banca mondiale, la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo e la Banca asiatica per lo sviluppo⁴¹, ove l'analisi è limitata a contratti che hanno i caratteri degli

³⁶ *Ibidem*, 56 ss.

³⁷ Si v. il Vietnamese decree on public-private partnership investment form No. 15/2015/ND-CP, ove il partenariato pubblico-private è definito come «a form of investment conducted on the basis of a contract between an authorized State body and the investor (and/or) the project company in order to implement, manage and operate an infrastructure project (or) to provide public services».

³⁸ Si veda l'art. 1 della legge 11 febbraio 2014 n. 13, che definisce il partenariato pubblico-privato come una «convention conclue entre l'Etat et un groupement d'entreprise, une entreprise ou d'autres institutions portant sur un projet de coopération susceptible de contribuer de façon substantielle au développement économique et/ou social du pays».

³⁹ Si veda la l. greca n. 3389/2005, che limita le tipologie di enti pubblici abilitati a intraprendere operazioni di partenariato pubblico-privato, includendo tra queste lo Stato, le amministrazioni locali, gli «enti di diritto pubblico» e le «società anonime» partecipate dagli enti sopra citati.

⁴⁰ Per un commento, G. Widjaja, *Implementation of public-private partnership in Indonesia*, in 14 *International Journal of Economic Research* (2017), 235.

⁴¹ Il ruolo di supporto assunto dalla Banca mondiale in relazione al partenariato pubblico-privato è evidente dalla lettura del documento World bank group, *Independent Evaluation Group, World Bank Group support to public-private partnerships: lessons from experience in client countries*, Washington DC, 2015. Tra gli atti maggiormente rilevanti emanati dal Fondo

schemi concessori volti alla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali ove maggiore è il bisogno di finanziamento privato⁴².

Nel contesto europeo, al di fuori delle previsioni contenute nella direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni, non vi è una regolamentazione del partenariato pubblico-privato, la cui disciplina è rilasciata ad atti volti a descrivere lo stato dell'arte e a dare indicazioni di massima alle amministrazioni e agli istituti finanziatori più che a dettare una disciplina rigida ed esaustiva delle diverse forme di partenariato. In questo contesto si inseriscono le *Guidelines for successful public-private partnership* emanate nel febbraio 2003 dalla Direzione generale delle politiche regionali della Commissione europea, ove vengono messe in luce, dopo aver svolto una accurata analisi di casi concreti considerati di successo⁴³, alcune criticità che il partenariato pubblico-privato pone, fra cui rilevano l'esigenza per gli ordinamenti degli Stati membri di dotarsi di un quadro normativo coerente, dotato di sufficiente certezza e che garantisca un'effettiva competizione nella selezione del *partner* privato, oltre alla necessità per il *partner* pubblico di svolgere un accurato monitoraggio sull'esecuzione del contratto.

Nel 2014, il legislatore europeo è poi intervenuto a disciplinare, nell'ambito del pacchetto delle direttive europee in materia di contratti pubblici, le concessioni pubbliche di opere e servizi, distinguendone la disciplina di evidenza pubblica da quella degli appalti pubblici.

La dottrina ha riflettuto sulla determinazione del legislatore europeo di trattare del partenariato concentrandosi esclusivamente su una *species* nel

monetario internazionale si possono citare International monetary fund, *Public-private partnerships fiscal risk assessment model user guide*, Washington DC, 2016, ID., *Making public investment more efficient*, Policy Papers, Washington DC, 2015; ID., *Public-private partnerships*, Washington DC, 2004. È della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo e della Banca mondiale lo strumento intitolato *Public-Private Partnerships. Reference Guide Version 3.0*, 2017, che analizza e mette a paragone diverse regolazioni sulla tematica a livello globale. La dimensione asiatica del partenariato è infine affrontata dalla Asian development bank nei documenti *Public private partnership handbook*, Manila, 2008 e *Public-Private Partnership Operational Plan 2012-2020*, Manila, 2012.

⁴² Il ruolo di tale istituzione nel mercato internazionale dei contratti pubblici è approfondito in S. Williams-Elegbe, *Public procurement and multilateral development banks*, Londra, Hart Publishing, 2017.

⁴³ Tra le più rilevanti si vedano Commissione europea, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, COM (2007) 6661; ID., *Comunicazione concernente la mobilitazione degli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, COM (2009) 615; ID., *Una strategia europea per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2010 final.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

genus, considerando solo i contratti di concessione, e ha ipotizzato che tale scelta sia dipesa dalla supposta inutilità di una disciplina generale: «il legislatore europeo ha considerato, almeno per il momento, che non sussistono le condizioni per una disciplina unitaria degli istituti giuridici riportabili al partenariato pubblico privato (PPP); ma neanche che ce ne sia bisogno, una volta che il cuore della tematica del partenariato (le concessioni) trova una compiuta disciplina»⁴⁴.

In proposito, si può affermare che l'assenza di una disciplina comune europea del partenariato pubblico-privato discenda dai limiti posti dai Trattati europei alla competenza normativa dell'Unione, che non si occupa – né potrebbe occuparsi – di disciplinare il rapporto tra poteri pubblici e operatori economici, tra Stato e mercato⁴⁵, ma è competente per dettare modalità procedurali che consentano la selezione di *partner* privati con modalità che garantiscano la parità di trattamento.

Dunque, ove si consideri il substrato europeo del partenariato pubblico-privato, occorrerà riferirsi a una nozione limitata al fine che è proprio della disciplina europea sui contratti pubblici, ossia l'individuazione di regole procedurali applicabili per l'affidamento di quei contratti che rientrano nella tipologia delle concessioni – nozione che condiziona altresì gli atti di *soft law* emanati dalla Commissione europea volti indirizzarne l'esecuzione a *standard di best practice*.

L'attenzione per le concessioni e il ricorso ad atti di *soft law* si ritrova anche al di fuori dell'Unione europea, ove – come si è anticipato – la produzione normativa a livello sovranazionale è dovuta principalmente al protagonismo delle istituzioni finanziarie internazionali nel supporto economico e giuridico a progetti di ampia portata in aree geografiche meno privilegiate o in via di sviluppo.

⁴⁴ M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., 12.

⁴⁵ Utilizzando la terminologia adottata in F Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15, ove si afferma che «Il diritto europeo non dispone né sottintende alcunché riguardo al rapporto tra Stato e mercato», 32. Si veda sul punto altresì Id., *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, 723, ove, a proposito di affidamento di servizi pubblici, si specifica che «il diritto europeo non si interessa ai modelli organizzativi che gli Stati membri adottano per la gestione dei servizi pubblici: che i servizi siano gestiti a mezzo terzi o, invece, con l'organizzazione propria dell'amministrazione è cosa irrilevante; ciò che conta per il diritto dell'Unione è che, se la gestione è affidata a terzi, questi soggetti siano scelti con modalità che garantiscano la parità di trattamento – cioè con procedure di gara o, se si tratta di concessioni di servizi, con la procedura concorrenziale attenuata che la Corte di giustizia ha ricavato dagli articoli 12, 43 e 49 del Trattato», 733-734.

Tuttavia, il partenariato come strumento di collaborazione tra settore pubblico e privato emerge dall'esame delle politiche di sviluppo promosse nel contesto internazionale. Infatti, sin dal *summit* di Johannesburg del 2002, è stata promossa l'idea di affrontare obiettivi ambiziosi quali la lotta alla povertà, la risposta al cambiamento climatico, la protezione dell'ambiente, la promozione di istanze egualitarie e la protezione di diritti umani in un'ottica collaborativa e solidaristica, tramite lo sviluppo di *partnership* tra soggetti pubblici e soggetti privati⁴⁶. Da allora, il partenariato pubblico-privato è stato inteso quale strumento fondamentale di attuazione di politiche in materia ambientale e sociale, al punto che l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni unite lo cita quale strumento da utilizzare in vista del perseguimento dei primi sedici *sustainable development goals*.

In questa dimensione, il partenariato pubblico-privato è inteso come strumento di solidarietà globale capace di unire insieme «i governi, il settore privato, la società civile»⁴⁷ nello sforzo di perseguire obiettivi strategici di carattere transnazionale. È stata così proposta a livello internazionale una nuova concezione del partenariato pubblico-privato, quale meccanismo che può essere impiegato in maniera coerente con un modello di crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva.

Tale visione è stata di recente in grado di imporsi sia a livello europeo⁴⁸ sia in alcuni ordinamenti nazionali – quale quello italiano – ove l'implementazione delle direttive europee sui contratti pubblici è stata utilizzata come

⁴⁶ Cfr. Nazioni unite, *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*, World summit on sustainable development, September 2002 e, per un commento, J. Scherr e R. Juge Gregg, *Johannesburg and beyond: the 2002 World Summit on Sustainable Development and the rise of partnership*, in 18 *Geo. Int'l Env'tl Review* (2006), 425.

⁴⁷ Nazioni unite, *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*, cit., punto 39.

⁴⁸ Nella comunicazione *A stronger role for the private sector in achieving inclusive and sustainable growth in developing countries*, COM (2014) 263, la Commissione europea ha puntato su un modello di ingaggio del settore privato rivolto a tutte le sue dimensioni, anche quelle non strettamente caratterizzate dallo scopo lucrativo, affermando che il partenariato pubblico-privato può essere uno strumento efficace di fornitura di beni e servizi a fasce meno abbienti della popolazione, in ottica solidaristica. Successivamente, la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente sostenibile ed inclusiva ha consacrato il partenariato pubblico-privato come risposta positiva e sostenibile alla crisi finanziaria, affermando che «l'Europa deve fare tutto il possibile per utilizzare i suoi mezzi finanziari ed esplorare nuove piste combinando finanziamenti privati e pubblici e creando strumenti innovativi per finanziare gli investimenti necessari, come ad esempio i partenariati pubblico-privati (PPP)». Cfr. Comunicazione COM (2010) 2020 final.

occasione per ripensare alla disciplina del partenariato pubblico-privato in maniera più ampia e ispirata a principi solidaristici⁴⁹.

4. La dimensione nazionale del partenariato

Nel contesto normativo italiano, l'assimilazione tra partenariato e concessioni è piuttosto diffusa e trova fondamento nella tendenza – presente in diversi ordinamenti del mondo – a considerare il partenariato pubblico-privato esclusivamente quale mezzo di finanziamento privato di opere pubbliche.

In effetti, l'elemento appena citato assume una notevole rilevanza sia nel contesto europeo, ove le pubbliche amministrazioni sono vincolate a stringenti limiti di bilancio, sia in alcune nazioni extra-europee, ove la disciplina del partenariato è stata più o meno esplicitamente ispirata dall'obiettivo di fornire le condizioni di contesto necessarie per garantire investimenti privati nelle opere pubbliche⁵⁰.

Eppure, occorre rilevare che non sempre l'investimento da parte del privato è l'elemento qualificante del partenariato pubblico-privato. L'elemento economico non è determinante, ad esempio, nei partenariati instaurati tra enti locali, società cooperative ed enti *no-profit* in progetti rivolti alla inclusione sociale di richiedenti asilo e rifugiati; nelle forme di partenariato sociale di cui agli artt. 189 e 190, d.lgs. n. 50/2016, come si è già evidenziato esempi di sfruttamento della dinamica *bottom-up* coerenti con il principio solidaristico di cui all'art. 2, Cost.⁵¹; nei contratti di sponsorizzazione tecnica passiva, tramite i quali un soggetto privato svolge una prestazione di interesse pubblico – quale la ristrutturazione di un bene culturale⁵², la costruzione di un edificio pubblico⁵³ o lo svolgimento dell'attività di raccolta rifiuti in

⁴⁹ Si fa qui riferimento agli interventi di sussidiarietà orizzontale e al baratto amministrativo.

⁵⁰ È esemplificativo il caso della legislazione russa. La legge federale russa n. 224-fz del 13 luglio 2015 stabilisce, all'art. 1, che «The purpose of this federal law shall be establishing legal background for attraction of investments in the economy of the Russian Federation and increasing the quality of goods, work and services, organisation of provision of which to consumers shall be the responsibility of state and local authorities».

⁵¹ Di recente, il punto è stato approfondito, con particolare riferimento al baratto amministrativo, da R. Cavallo Perin, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2018, 839.

⁵² E. Borin, *Public-private partnership in cultural sector: a comparative analysis of European models*, Bruxelles, PIE – Peter Lang, 2017.

⁵³ R. Hatcher, *Privatization and sponsorship: the re-agenting of the school system in England*, in 21 *Journal of Education Policy* (2006), 599.

un tratto di strada pubblica⁵⁴ – in cambio della possibilità di esibire i segni distintivi della propria impresa⁵⁵.

I casi citati si caratterizzano per lo svolgimento congiunto, da parte di amministrazioni e soggetti privati, di un'attività di pubblico interesse, ove capacità e *know-how* vengono messi al servizio della produzione di valore pubblico.

Si coglie così il valore proprio del partenariato pubblico-privato nella dimensione nazionale, quale scelta strategica di politica industriale ed economica basata sul desiderio di sfruttare la partecipazione e l'inclusione di parti attive della società nel disegno e nell'implementazione di nuovi meccanismi di fornitura di beni, lavori e servizi.

In altre parole, tramite la *partnership* viene sfruttata la creatività del settore privato che partecipa alla *governance*, secondo il meccanismo noto come «innovazione sociale»⁵⁶.

È evidente come in questa scelta sia implicita una consapevolezza: gli schemi tradizionali propri degli appalti pubblici, anche laddove caratterizzati in senso verde o sociale, non sono spesso in grado di intercettare i sempre mutevoli bisogni della collettività cui le pubbliche amministrazioni sono tenute a rispondere. Nella dimensione locale, il partenariato si impone così come una scelta obbligata laddove sussistano complessità giuridiche, economiche e sociali che non consentono di soddisfare adeguatamente un'esigenza amministrativa tramite gli schemi tradizionali degli appalti pubblici e che inducono dunque a un avvicinamento tra dimensione pubblica e dimensione privata nella ricerca di una risposta efficiente ai bisogni della comunità.

5. La differenza da figure affini

Agevolati da quanto illustrato nei paragrafi che precedono, ci è ora

⁵⁴ M. Minow, *Partners, not rivals: redrawing the lines between public and private, non-profit, and secular and religious*, in 80 *BU Law Review* (2002), 1061.

⁵⁵ Si consenta sul punto un rimando a S.Valaguzza, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto ed oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1381.

⁵⁶ Si vedano in proposito W.Voorberg *et al.*, *Does co-creation impact public service delivery? The importance of state and governance traditions*, in 37 *Public Money and Management* (2017), 365; W.Voorberg, V. Bekkers e L. Tummers, *A systematic review of co-creation and co-production, embarking on the social innovation journey*, in 17 *Public Management Review* (2015), 1333; *New public governance, the third sector and co-production*, a cura di B.Verschuere e V. Pestoff, Abingdon-Thames (UK), Routledge, 2012; T. Bovaird, *Beyond engagement and participation: user and community co-production of public services*, in 67 *Public Administration Review* (2007), 846.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

possibile distinguere il partenariato da figure affini, svolgendo un'operazione utile all'attività di *finium regundorum* che stiamo svolgendo.

Si è già fatto presente che il partenariato è solo una delle molte forme in cui i soggetti privati possono interessarsi della cosa pubblica, svolgendo attività di interesse generale. Si pensi, ad esempio, alla prestazione di attività medica gratuita, alla rappresentanza degli interessi collettivi da parte di associazioni di categoria, alle fondazioni universitarie o culturali, ai comitati promotori di iniziative in favore delle comunità locali, alle associazioni di volontariato: nei casi citati, l'attività svolta da individui o organizzazioni nell'ambito della libertà di associazione e di iniziativa economica si affianca a quella svolta dai soggetti pubblicistici rivolta alla soddisfazione di bisogni fondamentali; tuttavia, non si realizza alcuna *partnership*, perché il soggetto privato presta sì la propria attività al servizio di un interesse generale o collettivo ma non in una forma di collaborazione diretta con il soggetto pubblico. Il soggetto pubblico, dal canto suo, riconosce e talvolta regola l'associazionismo privato ma non necessariamente si aggrega all'organizzazione privata prestando l'attività assieme ad essa. Per esempio, il servizio di assistenza a persone senza fissa dimora può essere effettuato da enti pubblici e da associazioni private in maniera reciprocamente autonoma e indipendente.

In altri termini, la soddisfazione di interessi della comunità non è di per sé sufficiente a individuare un partenariato. L'elemento qualificante, invece, è che esso si riferisce a fenomeni in cui soggetti pubblici e privati agiscono assieme, impegnandosi nel medesimo progetto. Ove quindi, tornando alla esemplificazione che precede, un'associazione privata e un ente pubblico decidessero di avviare congiuntamente un progetto di assistenza a persone senza fissa dimora, per esempio costituendo una nuova organizzazione *ad hoc*, ecco che potrebbe darsi vita ad un fenomeno dotato delle caratteristiche della *partnership* pubblico-privata.

Spesso, poi, il partenariato pubblico-privato viene assimilato alla privatizzazione di compiti pubblici. Il che però è, a nostro avviso, profondamente scorretto, in quanto la privatizzazione è, sotto alcuni profili, l'antitesi della *partnership*, perché con essa il soggetto pubblico si spoglia di proprie funzioni e/o aliena proprie partecipazioni in enti ed organizzazioni, per cedere il passo al privato che, a quel punto, non avvia una collaborazione ma si sostituisce al pubblico.

Piuttosto, l'esternalizzazione di pubblici servizi a favore di imprese private nasce da un'esigenza simile a quella che porta alla stipulazione di contratti di partenariato, cioè l'impossibilità per l'amministrazione di far fronte da sola ai bisogni della propria comunità. Tramite l'esternalizzazione, però, ancora una volta, la pubblica amministrazione si spoglia di un'attività di

propria competenza, affidandola a un soggetto privato, che ne assume la responsabilità. Vi è solo una forma di *outsourcing* che può dar vita ad un partenariato: si tratta del cosiddetto partenariato istituzionalizzato, in cui si crea una società di scopo, in cui pubblico e privato diventano soci realizzando così assieme lo scopo sociale, che è rappresentato da un'attività di pubblico interesse.

Similmente a quanto si è osservato per il caso dell'associazionismo privato, non possono essere qualificate in termini di partenariato quelle forme di collaborazione fra soggetti pubblici e privati che si caratterizzano per lo svolgimento di attività economiche volte a soddisfare bisogni della collettività in cui il ruolo del soggetto pubblico si limiti al rilascio di autorizzazioni. Ove il soggetto pubblico non partecipi direttamente alla prestazione del servizio di interesse generale o alla realizzazione dell'attività posta in essere dal privato ma sia coinvolto esclusivamente per rimuovere, tramite un provvedimento autorizzativo, un limite imposto legislativamente, non si può parlare di *partnership*. In tali casi, infatti, il soggetto pubblico agisce secondo i canoni tipici dell'attività amministrativa, esercitando un potere di imperio e non un'attività negoziale. Pertanto, in questo tipo di rapporto, il soggetto pubblico sarà posto in una posizione di superiorità rispetto al soggetto privato, e non si verificherà quella commistione di funzioni che è propria dei rapporti partenariali.

Ragionando in termini generali, si trova anche riportata l'affermazione secondo cui il partenariato sarebbe una forma di sussidiarietà orizzontale⁵⁷. A voler essere precisi, anche questo richiamo, a nostro avviso, non è appropriato. Infatti, il principio richiederebbe anche che lo Stato debba intervenire solo quando l'azione del privato o delle sue forme associative non riescano a raggiungere adeguatamente gli scopi prefissati. Così inteso, il principio di sussidiarietà orizzontale individua una netta preferenza per il soggetto privato rispetto al soggetto pubblico nello svolgimento di attività di interesse generale. Il che, come evidente, non è perfettamente coerente con l'idea di *partnership*, che non esprime alcuna preferenza per il soggetto privato rispetto al soggetto pubblico, piuttosto equiparandoli, e che non marginalizza l'ambito di azione pubblica ritenendolo residuale rispetto a quello privato.

Nel partenariato, pubblico e privato si fondono, senza che venga affermato un criterio di prevalenza dell'uno sull'altro. Il coinvolgimento degli operatori privati è discrezionale e dipende da una molteplicità di fattori, che resta nei poteri dell'amministrazione valutare.

⁵⁷ Nella letteratura italiana, il citato collegamento è presente, ad esempio, in R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 90.

6. L'oggettivizzazione dell'interesse pubblico: il partenariato come governo degli interessi comuni

L'analisi che precede ci permette di dedurre che la gestione in comune di attività di interesse pubblico è una caratteristica ineliminabile degli schemi giuridici partenariali. Senza di essa ci possono essere attività private di interesse pubblico che richiedono di coordinare un'azione privata (operativa) e un'azione pubblica (relegata, perlopiù, al momento autorizzativo o concessorio), le quali però non sono identificabili come partenariato pubblico-privato perché manca quella condizione di gestione condivisa delle prestazioni di interesse pubblico che costituisce il *proprium* del fenomeno che stiamo analizzando.

Perciò, il partenariato non deve essere confuso con il generico intervento a sostegno del pubblico di carattere altruistico, né con il mecenatismo. Esso esiste laddove vi sia una relazione di coordinamento e compartecipazione, a struttura solidaristica, basata cioè sulla flessibilità dell'alleanza invece che sulla rigidità della predeterminazione di obblighi e risultati, tra almeno un soggetto pubblico e uno privato. I *partners* (il pubblico e il privato) concorrono, assieme, nel fornire risposte ai bisogni comuni.

Se questo è il cuore del ragionamento, si capisce anche perché riteniamo che il partenariato provochi una profonda mutazione del concetto di interesse pubblico, che perde la sua connotazione soggettiva, come interesse dell'amministrazione, per divenire un oggetto composito e soggettivamente neutro, che risulta da un continuo avvicendamento dialogico tra enti pubblici e soggetti privati, organismi collettivi e operatori economici.

Il partenariato si associa a schemi giuridici complessi, nella cui struttura si situa un rilevante cambiamento nei canoni della formazione delle attività dirette alla cura degli interessi della comunità amministrata: esse non sono più il risultato di esercizio amministrativo di potere discrezionale, ma divengono concertate fin dalla fase del loro concepimento.

Se, tradizionalmente, l'atto del governare appartiene ai soggetti pubblici ed è loro prerogativa istituzionale, quando si ricorre al partenariato, quello stesso interesse pubblico entra in una dimensione compartecipata dalla quale esce trasformato, si emancipa dall'amministrazione e diventa patrimonio condiviso, manipolabile dai protagonisti della *partnership*.

Facendo mente locale riguardo ad alcune specie di partenariato, quello che stiamo indicando come l'elemento caratterizzante del fenomeno è subito evidente: si pensi a un gruppo di cittadini che propone all'ente locale di riqualificare uno spazio pubblico attraverso iniziative di carattere socio-culturale, oppure a una società mista in cui i soci, pubblico e privato,

concertano ragioni e prospettive dell'azione comune, oppure ancora all'operatore economico che sottopone all'amministrazione una proposta per una concessione di costruzione e gestione in *project financing* di un'opera pubblica al di fuori della programmazione triennale. In tutti questi casi, l'interesse pubblico risulta da un processo di scambio e progressivo adattamento che è connotato da una dinamica non autoritativa ma dialogica, nella quale il soggetto privato cessa di essere solo il fruitore di un'azione che l'ente pubblico concepisce e realizza o fa realizzare, e diviene partecipe dell'interpretazione dei bisogni della comunità.

In questo senso, il concetto di partenariato circoscrive le strutture giuridiche attraverso le quali pubblico e privato si dedicano congiuntamente, ciascuno per quanto convenuto per contratto, al governo degli interessi comuni⁵⁸.

Nel governo degli interessi comuni, l'interesse pubblico si spersonalizza, perché viene a mancare l'immedesimazione con l'amministrazione; nel partenariato l'ente pubblico continua a governare, guida l'alleanza pubblico-privata verso il perseguimento degli interessi della collettività ma perde parte della propria autonomia (se non anche della propria sovranità) perché essa viene condivisa con il *partner*.

In tale contesto, la sovranità assume un particolare modo di incedere: essa appartiene ai pubblici poteri, non viene certo ceduta ai privati, ma è esercitata in maniera discorsiva; l'amministrazione interloquisce con il mondo dell'economia e con gli attori sociali, per identificare modalità e direzione della propria azione.

Proprio come conseguenza delle caratteristiche appena menzionate, nel partenariato occorre che l'amministrazione sia consapevole della dinamica descritta e dei rischi ad essa connessi. È essenziale che l'ente pubblico mantenga saldo il proprio ruolo di vigilanza e di controllo nel perseguimento del bene comune, per evitare che, soprattutto nei partenariati di grandi dimensioni e con rilevanti potenzialità lucrative, gli interessi economici del

⁵⁸ La descritta dinamica partecipativa provoca necessariamente una commistione di strumenti, modelli, idee, discipline e principi tra sfera pubblica e sfera privata. Tale commistione non è limitata solo al concetto di pubblico interesse, di cui, sia pure sinteticamente, si è detto. Infatti, se si osserva bene il fenomeno, ci si accorge che anche i tradizionali principi che dominano l'*agere* amministrativo subiscono una torsione irrimediabile, proprio in forza della diffusione degli schemi partenariali. Nello scritto non ci si può dilungare sull'argomento, che esulerebbe dal tema principale affrontato. Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a S. Valaguzza ed E. Parisi, *Public private partnerships. Governing common interests*, cit., 141 e ss.

ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato

partner abbiano effetti distorsivi rispetto al bisogno di interesse generale a cui la *partnership* deve dare risposta⁵⁹.

Alla luce delle riflessioni svolte nelle pagine precedenti, si sarà capito perché la definizione basata principalmente sull'assetto del rischio, che il codice dei contratti pubblici propone, lascia insoddisfatti. Una nozione ampia di partenariato, che riecheggi le scarse e sintetiche definizioni di tradizione civilistica, apparirebbe maggiormente capace di svolgere la funzione delimitativa del *genus*, ferme le regole di dettaglio che si occupino delle varie *species*. In conclusione, l'inversione logica tra specie e genere appare un errore che merita un ripensamento. Il rifugiarsi dentro ad un ordine nient'affatto perfetto sarebbe uno dei più classici tradimenti dei chierici⁶⁰.

Abstract

After analyzing the norms of the Italian Public Contract Code regarding public private partnership, the Authors detect the essential juridical elements of the figure on the basis of a systematic analysis which considers the national and supranational contexts. Besides demonstrating the inefficiencies and incoherencies of the Code, the article proposes a definition of the concept able to be used in different normative frameworks, based on the expression «governing common interests».

⁵⁹ Rischio, quello prefigurato, molto sentito anche da chi ha studiato i recenti casi di *partnership* volti ad introdurre innovazione e progresso sfruttando competenze e risorse private. Emblematica la riflessione di 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*, cit., spec. 41 e 166 ss., che invoca una migliore organizzazione da parte del *partner* pubblico.

⁶⁰ Nel senso utilizzato da J. Benda, *Il tradimento dei chierici. Il ruolo dell'intellettuale nella società contemporanea*, Torino, Einaudi, 1928, rist. 2012.

CECILIA SERENI LUCARELLI

PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE E RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il piano nazionale anticorruzione e i piani triennali di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni: qualche considerazione sulla vincolatività del primo sui secondi. – 3. *Segue*: il ruolo centrale, ma non esclusivo, del responsabile della prevenzione della corruzione nel sistema delineato dalla l. n. 190/2012. – 4. Corruzione nella prospettiva del danno erariale: le tipologie di danno risarcibile. – 5. *Segue*: il danno all'immagine nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 6. Responsabilità per danno erariale e per danno all'immagine del responsabile della prevenzione della corruzione: criticità e contraddizioni. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Il tema della corruzione e della prevenzione della corruzione è un tema oramai noto e indagato in tutti i suoi aspetti e analizzato con riguardo alla gran parte dei settori di rischio coinvolti¹.

Lo stesso può affermarsi in tema di responsabilità amministrativa per danno erariale², anche a fronte del rinnovato interesse suscitato dall'introdu-

¹ La letteratura sul tema è vastissima. Tra i lavori di carattere più generale e ricostruttivo si vedano *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, Passigli, 2011; *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, Giappichelli, 2013; *Combattere la corruzione: analisi e proposte*, a cura di M. D'Alberti, Catanzaro, Rubbetino, 2016; M.G. Racca, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., Torino, Utet, 2017, 208 ss.; *Corruzione e pubblica amministrazione*, a cura di M. D'Alberti, Napoli, Jovene, 2017; R. Cantone e E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018; *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, a cura di F. Cerioni e V. Sarcone, Milano, Giuffrè, 2019; R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020.

² Per un inquadramento generale della responsabilità amministrativa e dei suoi caratteri si vedano L. Torchia, *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, II, 1649 ss.; A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005; L. Mercati, *Responsabilità contabile (voce)*, in *Dizionario*

zione del nuovo codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174)³ e dalle recenti disposizioni in materia contenute nel decreto legge “semplificazioni” (d.l. 16 luglio 2020, n. 76)⁴.

È tema meno approfondito, quello della prevenzione della corruzione nella prospettiva del danno erariale⁵ per varie ragioni, che danno atto di alcuni aspetti, non solo trasformazioni e evoluzioni, ma anche tendenze e resistenze, che hanno caratterizzato il primo e il secondo fattore del rapporto.

Una delle ragioni sottese al minor interesse dedicato al tema è rappresentata dal fatto che il tema della prevenzione della corruzione è relativamente nuovo e che, anche dopo il 2012, comunque, l’attenzione si è concentrata prevalentemente sul reato di corruzione più che sulla corruzione come fenomeno, sul presupposto, forse più percepito che reale, di una

di diritto pubblico, diretto da S. Cassese, V. Milano, Giuffrè, 2006, 5097 ss.; *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, a cura di V. Castiglione e A. Pizzoferrato, Padova, Cedam, 2009; *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, a cura di F.G. Scoca e A.F. Di Sciascio, Napoli, Editoriale scientifica, 2014; V. Raeli, *Il modello della responsabilità amministrativa come “clausola generale” e le fattispecie sanzionatorie*, in *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, a cura di D. Crocco, Napoli, Jovene, 2014, 163 ss.; *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti del Convegno preliminare AIPDA tenutosi nell’Università degli Studi di Bergamo il 7 giugno 2016*, a cura di M. Andreis e R. Morzenti Pellegrini, Torino, Giappichelli, 2016; V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in *La nuova Corte dei Conti. Responsabilità, pensioni, controlli. Dottrina. Giurisprudenza. Normativa. Formulario*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2018, 26 ss.; S. Pilato, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2019; *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, a cura di A. Canale, D. Centrone, F. Freni e M. Smiroldo, Milano, Giuffrè, 2019.

³ Sul tema si veda *La giustizia contabile. Dal regolamento di procedura al nuovo codice*, a cura di F. Mastragostino e S. Pilato, Bologna, BUP, 2017.

⁴ L’art. 21, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, come modificato in sede di conversione dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, prevede infatti una serie di innovazioni in materia di responsabilità erariale: «All’articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: “La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso”. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 settembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l’azione di responsabilità di cui all’articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente».

⁵ Non mancano tuttavia contributi sul tema, S. Pilato, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, cit.; G. Martellino, *Il responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza (rpct): ruolo, competenze e responsabilità del “regista della prevenzione”*. I referenti per la prevenzione della corruzione e la trasparenza, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 101 ss.

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

familiarità diffusa nel nostro paese di scambi illeciti⁶. Anche quando l'enfasi si è, seppure parzialmente e settorialmente, spostata sulla prevenzione della corruzione, ci si è per di più soffermati sull'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e sulle sue carenze, spesso perdendo di vista la dimensione organizzativa dell'anticorruzione⁷.

L'impressione, in altri termini, è che in tema di prevenzione della corruzione ci si è preoccupati, e ci si continui a preoccupare, di introdurre prescrizioni sempre più puntuali, nuove regole, procedure e oneri, piuttosto che ragionare sull'effettività di quelle esistenti⁸ e sulle conseguenze che ne possono derivare in caso di loro violazione, tra cui, appunto, quella della responsabilità per danno erariale.

La minore attenzione al tema della prevenzione della corruzione nella prospettiva del danno erariale è dovuta altresì al fatto, che, spostandosi sul secondo fattore del rapporto, in mancanza di dati normativi certi, è stata rimessa al diritto giurisprudenziale la possibilità di applicare la clausola generale della responsabilità amministrativa ai comportamenti c.d. di *maladministration*, ulteriori a quelli tipicamente già sanzionati dal diritto penale.

Le strategie di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegittimità amministrativa si sono trovate così esposte, secondo alcuni positivamente⁹, all'oscillazione degli indirizzi giurisprudenziali e dunque all'estensione del rapporto di servizio, alla moltiplicazione dei danni risarcibili contemporaneamente alla legittimazione della Corte a condanne senza danno e, non da ultimo, alla progressiva erosione dell'argine della colpa grave.

Nel tentativo di affrontare il tema del rapporto tra prevenzione della corruzione e danno erariale in un'ottica evolutiva, è preliminarmente necessario dare conto del quadro normativo di riferimento, che rappresenta non solo il punto di partenza imprescindibile in un esame sistematico e analitico dei temi presi in considerazione singolarmente, ma anche il punto di arrivo per gli sviluppi di un ragionamento congiunto.

In tema di prevenzione della corruzione il riferimento non può che

⁶ Sul tema della corruzione tra i tanti si veda il contributo di V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 ss.

⁷ Colgono tale aspetto M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2015, 667 ss.; G. Piperata, *Il sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni: un'introduzione*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 3 ss.

⁸ Evidenziano tale criticità M. Delsignore e M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61 ss.

⁹ Si esprime in tal senso G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 455.

essere alla l. 6 novembre 2012, n. 190, c.d. legge anticorruzione, che, per la parte che in questa sede interessa, ha delineato un complesso sistema di strumenti, persone, comportamenti e azioni, che incide trasversalmente e capillarmente sull'amministrazione.

In tema di responsabilità amministrativa il riferimento è alla clausola generale di cui all'art. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, ma soprattutto agli indirizzi giurisprudenziali sui presupposti della stessa e, in particolare, sul danno erariale, che, come anticipato, si sono freneticamente susseguiti, ma che, al contempo, hanno rappresentato lo strumento per attualizzare la norma alle esigenze che nel frattempo si sono poste.

Sarà perdonato il passaggio per tematiche conosciute, ma il cui approfondimento è imprescindibile nel ragionamento condotto.

Nella prima parte dello studio si darà conto di alcuni aspetti del sistema di prevenzione della corruzione, in particolare ci si interrogherà sulla natura delle disposizioni contenute nel piano nazionale anticorruzione per svolgere alcune considerazioni sui piani triennali adottati dalle singole amministrazioni e sui compiti del responsabile della prevenzione della corruzione. Come si cercherà di dimostrare, il ruolo di quest'ultimo, seppure centrale, non è esclusivo. Anzi, per quanto si dirà, l'analisi dei compiti in concreto svolti e della conseguente responsabilità rapportati alle mansioni per le quali è stato assunto, rischia di creare contraddizioni e criticità nel sistema contrattuale, ancor prima che nel sistema anticorruzione.

La successiva parte dell'analisi sarà dedicata al danno erariale, dapprima con riguardo alle tipologie di danno che la giurisprudenza ha ritenuto configurabili in presenza di un evento corruttivo, per poi ragionare sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato la controversa figura del danno all'immagine.

Ci si concentrerà dunque su quella previsione della l. n. 190/2012, l'art. 1, c. 12, che mette a sistema i due temi oggetto di analisi, prevedendo la responsabilità per danno erariale e per danno all'immagine del responsabile della prevenzione della corruzione. L'analisi di quella norma diventerà l'occasione per ragionare dei temi di cui si è detto in modo congiunto e per confortare, da un lato, le perplessità sull'efficacia delle norme di prevenzione della corruzione e per confermare, dall'altro, la deviazione dell'illecito erariale di cui ci si occupa dai canoni tradizionali, perché, anticipando le conclusioni del ragionamento di seguito svolto, la responsabilità amministrativa del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza sembra assumere i connotati di una responsabilità senza colpa, e dunque oggettiva.

La norma così costruita, cioè, sembra non tenere in adeguata considerazione le conseguenze dell'assunto di cui si cercherà di dar conto nei suoi

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

tratti essenziali (*infra* par. 3) e cioè che la l. n. 190/2012 ha invero creato un sistema di organizzazione, che, lungi dal coinvolgere un unico soggetto, vede la compartecipazione di più soggetti e più coerentemente dovrebbe essere valutato anche in sede giudiziale nel suo complesso, come un sistema di responsabilità congiunte e davvero condivise.

In sintesi, un sistema normativo che sotto il profilo dell'organizzazione si caratterizza per elementi di trasformazione su più aspetti (oggettivo, soggettivo, procedimentale), sotto il profilo della responsabilità, si trova a scontrarsi con una profonda resistenza al cambiamento.

Lo “scarto” tra i due binari del rapporto così sinteticamente delineato e che meglio sarà approfondito nel presente lavoro, rende però incerto quello che era l'obiettivo della l. n. 190/2012 “di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”. Il modello delineato dalla legge anticorruzione e a più riprese modificato da leggi successive, presenta in definitiva astratte potenzialità come modello organizzativo, ma, per come di fatto è applicato, rischia di restare inefficiente come strumento di prevenzione della corruzione.

Le ragioni della inefficienza sono varie, ma non sembra azzardato concludere, e obiettivo del presente lavoro è provare a rendere l'assunto convincente, che il *deficit* sotto il profilo della responsabilità erariale possa rappresentare un ostacolo rilevante nell'attuazione di quel sistema.

2. Il piano nazionale anticorruzione e i piani triennali di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni: qualche considerazione sulla vincolatività del primo sui secondi

Come premesso, si pone in primo luogo la necessità di analizzare il complesso “sistema” anticorruzione delineato dalla l. n. 190/2012, che ha introdotto strumenti, procedimenti e competenze, che incidono sia sul funzionamento e sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (misure c.d. di tipo oggettivo: rotazione del personale, formazione, controlli, trasparenza), sia sul comportamento del funzionario pubblico per evitare condotte devianti o comunque potenzialmente prodromiche al compimento di fatti corruttivi in senso proprio (misure c.d. di carattere soggettivo).

Ci si concentrerà in questa sede su due aspetti del sistema anticorruzione, utili ai fini dell'analisi condotta: sulla pianificazione e sulla figura del Responsabile della prevenzione della corruzione (d'ora in avanti RPC).

Con riferimento alla pianificazione, pare utile interrogarsi sulla vincolatività o meno dello strumento previsto a livello centrale rispetto agli stru-

menti previsti a livello decentrato, prendendo le mosse da qualche riflessione sulla natura delle disposizioni contenute nel primo.

La legge ha previsto l'adozione a livello centrale del Piano nazionale anticorruzione (d'ora in avanti PNA) e a livello decentrato ha sancito l'obbligo per le singole amministrazioni di approvare i propri Piani triennali di prevenzione della corruzione (d'ora in avanti PTPC)¹⁰. Il PNA e i PTPC, sinteticamente la pianificazione anticorruzione, rappresentano lo strumento più innovativo e al contempo più criticato nel sistema di prevenzione della corruzione¹¹.

Da un lato, infatti, la pianificazione c.d. a cascata riflette l'idea sottesa alla l. n. 190/2012 secondo cui la prevenzione della corruzione non può prescindere dalla considerazione che le amministrazioni non rispecchiano modelli costanti e stereotipi, ma presentano peculiarità specifiche e debolezze precise, operano in contesti territoriali, sociali e culturali differenti e dunque sono esposte a rischi corruttivi diversi.

Dall'altro lato, l'introduzione incondizionata dell'obbligo di adottare i PTPC¹² è stata criticata da molti¹³ e percepita dalle singole amministrazioni più come un onere organizzativo inutile, che come un efficiente strumento di ottimizzazione e razionalizzazione della propria organizzazione¹⁴.

¹⁰ Nel presente scritto si farà riferimento esclusivamente ai piani triennali di prevenzione della corruzione e al responsabile della prevenzione della corruzione e non ci si occuperà del tema della trasparenza, ma va tenuto in debito conto che il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 ha novellato l'art. 10, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, unificando in un unico strumento il piano triennale di prevenzione della corruzione e il programma triennale della trasparenza e dell'integrità e prevedendo che il responsabile della prevenzione della corruzione sia anche il responsabile della trasparenza.

¹¹ Sul ruolo della pianificazione anticorruzione e sulle sue criticità si veda G. Gallone, *La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione*, in *Dir. econ.*, 2018, 349 ss.

¹² L'art. 1, c. 2-bis, l. n. 190/2012, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione rinvia all'art. 2-bis, d.lgs. n. 33/2013 che ricomprende nel concetto di «pubbliche amministrazioni» oltre alle amministrazioni in senso classico di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, gli enti pubblici economici e gli ordini professionali; le società in controllo pubblico, le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato con determinate caratteristiche.

¹³ Si veda sul punto M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, cit., secondo cui «l'incapacità di distinguere e la paura di differenziare finiscono per determinare non solo una difficoltà organizzativa, talvolta drammatica, per gli enti, ma anche e soprattutto la perdita di potenzialità effettiva delle misure normative». Le difficoltà sono note anche ad ANAC, si vedano sul punto ANAC, determina 17 giugno 2015, n. 8 in tema di società ed organismi di diritto privati partecipati; ANAC, determina 7 ottobre 2014, n. 144 con riguardo agli obblighi di trasparenza nelle università.

¹⁴ Il legislatore è in parte intervenuto a risolvere tali criticità: l'art. 41, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 97/2016 ha modificato l'art. 1, c. 6, l. n. 190/2012, aggiungendo: «I comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti possono aggregarsi per definire in comune, tramite accordi

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

Nella sua versione originaria¹⁵, la l. n. 190/2012 attribuiva al Dipartimento della funzione pubblica (d'ora in avanti DFP) il compito di predisporre il PNA, che poi veniva approvato dall'ANAC (un tempo CIVIT), creando così un infelice sistema di commistioni di ruoli¹⁶. Successivamente, con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 si è assistito ad un sostanziale ridisegno delle funzioni in un'ottica di concentrazione dei compiti di trasparenza e prevenzione della corruzione in capo ad ANAC, disponendo da un lato la soppressione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e trasferendo ad ANAC le sue risorse e il suo personale, dall'altro spostando sul DFP i ruoli in materia di misurazione e valutazione della *performance*¹⁷. L'art. 1, c. 2, lett. b), l. n. 190/2012 prevede che sia l'Autorità nazionale anticorruzione (allora CIVIT oggi ANAC), ad adottare il PNA, «sentiti il Comitato interministeriale di cui al comma 4 e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281». Così facendo, il PNA da atto complesso, adottato congiuntamente dal DFP e dall'Autorità anticorruzione, è divenuto atto di competenza esclusiva dell'ANAC.

Il contenuto del PNA è stabilito dall'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 190/2012, introdotto dal d.lgs. n. 97/2016, che testualmente afferma che il piano «in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di

ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il piano triennale per la prevenzione della corruzione, secondo le indicazioni contenute nel piano nazionale anticorruzione di cui al comma 2-*bis*».

¹⁵ Per la definizione del PNA nel suo originario disegno si veda G. Sciuolo, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in *La legge anticorruzione*, cit., 71 ss.

¹⁶ Sull'ANAC la letteratura è vastissima, si vedano tra i molti *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, a cura di R. Cantone e F. Merloni, Torino, Giappichelli, 2015; G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative*, in *federalismi.it*, 2015, 16 ss.; F. Di Lascio e B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.; E. D'Alterio, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 757 ss.; *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Torino, Giappichelli, 2016; G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2019, 29 ss.

¹⁷ M. De Rosa e F. Merloni, *Il trasferimento all'Anac delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione*, in *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 56 ss.; G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 345 ss.; F. Di Cristina, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione. La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1019 ss.

obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione». Si è discusso in ordine alla natura delle norme contenute nel PNA¹⁸, in quanto la disposizione così formulata (individua rischi e rimedi, indica obiettivi, tempi e modalità) secondo alcuni sarebbe indice di un potere normativo dell'ANAC.

Prescindendo dall'ampio dibattito sulla legittimazione di ANAC e sulle problematiche ad esso sottese¹⁹, conviene in questa sede concentrarsi sul contenuto dei PNA nella prospettiva di adozione dei PTPC da parte delle singole amministrazioni e poi di indagine della responsabilità del responsabile della prevenzione della corruzione. Se si analizzano i piani fino ad ora adottati (ad eccezione del PNA 2013 adottato dal DFP e dell'ultimo PNA 2019-2021²⁰), l'impostazione è sempre la stessa: ad una parte generale che fornisce indicazioni sistematiche alle singole amministrazioni sulla redazione dei piani, segue una parte speciale nella quale sono analizzate le problema-

¹⁸ F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione*, cit., 92 ss.; F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4 ss.; F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2015, 483 ss.; C. Tubertini, *Piani di prevenzione della corruzione e organizzazione amministrativa*, in *Jus*, 2016, 136 ss.; D. Senzani, *Misure di prevenzione della corruzione, discrezionalità e prassi amministrativa*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 41 ss.; V. Sarcone, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e il coordinamento con la valutazione della performance*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 67 ss.

¹⁹ Sulla legittimazione delle autorità amministrative indipendenti ad adottare atti di regolazione si vedano in dottrina F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2000, 25 ss.; M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Aa.Vv., Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 1999, 91 ss.; Id., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005, 129; S. Del Gatto, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 947 ss. Con particolare riferimento al potere regolatorio di ANAC si vedano S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 9 ss.; G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 743 ss.; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.; L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, ivi, 2016, 605 ss.; I.A. Nicotra, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di Id., Torino, Giappichelli, 2017, 33-45.

²⁰ ANAC, delibera 13 novembre 2019, n. 1064 testualmente afferma: «per il PNA 2019-2021 il Consiglio dell'Autorità ha deciso di concentrare la propria attenzione sulle indicazioni relative alla parte generale del PNA, rivedendo e consolidando in un unico atto di indirizzo tutte le indicazioni date fino ad oggi, integrandole con orientamenti maturati nel corso del tempo e che sono anche stati oggetto di appositi atti regolatori».

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

tiche relative a settori particolarmente esposti al rischio corruttivo²¹ o sono affrontate questioni proprie di alcune amministrazioni²².

Con specifico riguardo alla natura, i PNA contengono per lo più raccomandazioni generali e caratterizzate da un certo grado di flessibilità, ma, in alcuni ipotesi, si rinviengono indicazioni più puntuali e specifiche che potrebbero incidere sul potere delle singole amministrazioni in sede di adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione²³. Ci si è chiesti dunque se il contenuto dei PTPC sia in qualche modo vincolato dalle indicazioni del PNA, se per esempio l'approvazione di un provvedimento privo dell'indicazione delle misure nei settori di rischio più esposti individuati dal PNA possa essere sanzionata. O ancora, se la previsione nei PTPC di compiti ulteriori del RPC rispetto a quelli previsti nel PNA debba essere ritenuta ultronea e dunque non vincolante. È la stessa l. n. 190/2012 a prevedere, all'art. 1, c. 2-*bis* che il PNA «costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni [...] ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione» e anche l'ANAC sembra orientata in tal senso²⁴. A più riprese ha infatti ribadito che si tratta di «misure sia pur suggerite [...] non imposte»²⁵ e che le singole amministrazioni «in base allo specifico contesto organizzativo, sono tenute a individuare le misure più appropriate e le modalità più idonee per attuare e declinare le misure indicate nel PNA e altri presidi ritenuti utili per la prevenzione della corruzione». Le misure indicate dall'Autorità «sono esemplificative di quelle che possono essere inserite nei PTPC e sono state elaborate per supportare gli enti nell'individuazione degli strumenti di prevenzione della corruzione che dovrà tenere conto delle specificità di ogni organizzazione»²⁶.

Ad oggi, pertanto, sembra si possa affermare con quasi certezza che il PNA non è annoverabile tra le fonti del diritto e rappresenta un atto di indirizzo, declinabile dalle singole amministrazioni nel modo più adeguato al contesto specifico di riferimento, con la conseguenza che possono

²¹ A titolo esemplificativo: ANAC, determina 28 ottobre 2015, n. 12, aggiornamento PNA 2015, affronta il tema dei contratti pubblici; ANAC, delibera 3 agosto 2016, n. 831, pna 2016 affronta il tema della sanità.

²² A titolo esemplificativo: PNA 2016 si occupa dei piccoli comuni; ANAC, delibera 22 novembre 2017, n. 1208, aggiornamento PNA 2017, si occupa delle università.

²³ In tal senso F. Dal Canto, *Le regole dell'anticorruzione nel governo dell'Università*, in *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, a cura di A. Pertici e M. Trapani, Torino, Giappichelli, 2019, 231 ss.

²⁴ Cons. St., par. 18 febbraio 2016, n. 343.

²⁵ Cfr. ANAC, delibera 22 novembre 2017, n. 1208, PNA 2017.

²⁶ Cfr. ANAC, delibera 21 novembre 2018, n. 1074, aggiornamento PNA 2018.

essere adottate misure ulteriori rispetto a quelle previste nel PNA ovvero non adottate misure non necessarie, seppure previste dal PNA. Tanto sarebbe confermato dalla l. n. 190/2012 nella parte in cui specifica il contenuto dei PTPC in maniera più dettagliata rispetto a quello del PNA²⁷. Ai sensi dell'art. 1, c. 5, l. n. 190/2012, le pubbliche amministrazioni centrali definiscono il proprio piano di prevenzione della corruzione che «fornisce una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione e indica gli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio». Ma, ancora più specificatamente, l'art. 1, c. 9, dietro alla formula «Il piano di cui al comma 5 risponde alle seguenti esigenze», ne declina il contenuto, prevedendo che lo stesso debba «a) individuare le attività, tra le quali quelle di cui al comma 16, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel piano nazionale anticorruzione, nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, e le relative misure di contrasto, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti, elaborate nell'esercizio delle competenze previste dall'articolo 16, comma 1, lettera a-bis), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165; b) prevedere, per le attività individuate ai sensi della lettera a), meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione; c) prevedere, con particolare riguardo alle attività individuate ai sensi della lettera a), obblighi di informazione nei confronti del responsabile, individuato ai sensi del comma 7, chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano; d) definire le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti; e) definire le modalità di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione; f) individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge».

²⁷ In tal senso F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit. secondo cui «Nel testo finale – della l. 190/2012 – il rapporto si capovolge: la legge definisce più nel dettaglio i contenuti dei PTPC (comma 9 dell'art. 1) e attribuisce al piano nazionale il ruolo di guida, di predeterminazione dei contenuti fondamentali dei PTPC, fermo restando che questi devono operare con riferimento alla specifica amministrazione interessata». Così facendo i piani triennali delle singole amministrazioni «da meri documenti di valutazione del rischio» divengono «veri e propri piani contenenti concrete misure di prevenzione, proporzionate alle caratteristiche delle amministrazioni, a partire dalle attività di esercizio delle funzioni attribuite all'amministrazione».

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

Il piano adottato da ogni amministrazione dovrebbe in sintesi mappare il rischio, cioè analizzare le aree di amministrazione e le attività maggiormente esposte al rischio di corruzione per poi individuare i singoli procedimenti amministrativi, le fasi e i momenti istruttori o decisionali che possono favorire l'insorgere di scambi illeciti, con la valutazione del relativo indice di rischio, e poi indicare le misure di contrasto da adottare in concreto per ciascun procedimento.

Vale la pena evidenziare quella parte in cui la legge consente ai PTPC di individuare attività anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel PNA, così confortando la tesi secondo cui il PNA non è che un mero atto di indirizzo per le singole pubbliche amministrazioni e i PTPC nell'attuarlo non sono strettamente vincolati al suo contenuto²⁸.

Dalla natura non normativa del PNA derivano almeno due conseguenze, che direttamente rilevano nel ragionamento condotto.

In primo luogo, i PTPC nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, possono prevedere misure ulteriori a quelle indicate nel PNA se funzionali alla gestione del rischio corruttivo nell'amministrazione interessata e/o omettere quelle non necessarie con riguardo allo specifico contesto di riferimento. Dunque, non vi sarebbe nessuna violazione e, di conseguenza, nessuna responsabilità nel caso di non corrispondenza tra PNA e PTPC.

In secondo luogo, l'unico vincolo per le amministrazioni dovrebbe essere quello imposto dalla legge, anche se dubbia è la forza dello stesso. Un'analisi condotta di recente ha infatti dimostrato come, dal punto di vista formale, la totalità delle amministrazioni tenute abbia adempiuto all'obbligo

²⁸ Sulla natura del PTPC si veda D. Senzani, *Misure di prevenzione della corruzione, discrezionalità e prassi amministrativa*, cit., secondo cui il piano triennale di prevenzione della corruzione costituisce atto che «in ragione delle scelte operate dall'amministrazione, assume diversa natura e portata. In particolare: (i) di *atto amministrativo a rilevanza interna*, di natura programmatica, ma con un contenuto che si "limita" a richiamare i principi di legge che informano, comunque, l'organizzazione e l'azione amministrativa, senza però intervenire sull'esercizio concreto del potere amministrativo con riferimento alle singole tipologie procedurali. In questo senso, dunque, l'amministrazione formula un piano rilevante su un livello essenzialmente interno alla stessa mediante, come detto, l'enunciazione di indicazioni di mero principio; (ii) di *atto amministrativo a rilevanza interna* di carattere più marcatamente *organizzatorio*, laddove il contenuto comporti l'adozione di misure sufficientemente specifiche da divenire vincolanti per gli uffici ma solo per le modalità, appunto, di organizzazione interna delle funzioni; (iii) di *atto a rilevanza esterna* laddove, invece, l'amministrazione intervenga mediante prescrizioni finalizzate a vincolare l'esercizio della discrezionalità amministrativa in sede di azione. Dunque, a differenza dei casi precedenti, qui il piano di prevenzione appare suscettibile di divenire rilevante per i soggetti terzi, in particolare per gli interessati ad un determinato procedimento amministrativo».

previsto dalla legge di adozione dei PTPC. I risultati sono del tutto meno soddisfacenti dal punto di vista qualitativo²⁹, in quanto è divenuta prassi oramai diffusa quella di applicare meccanicamente la metodologia presentata da ANAC, di ritardare l'analisi dei procedimenti e del contesto, di riprodurre in modo integrale provvedimenti di altre amministrazioni³⁰, di procedere a rinvii, soppressioni, mere integrazioni in sede di aggiornamento annuale dei piani, con l'obiettivo ultimo di adempiere l'ennesimo onere imposto dalla legge piuttosto che incidere effettivamente sui problemi della propria organizzazione.

Se si dovesse dunque valorizzare il vincolo di scopo, si giungerebbe alla conclusione che in questo caso la legge è sistematicamente violata da parte delle singole amministrazioni e la pianificazione per così dire «abbandonata alle intemperie»³¹.

3. Segue: il ruolo centrale, ma non esclusivo, del responsabile della prevenzione della corruzione nel sistema delineato dalla l. n. 190/2012

Nel sistema di prevenzione della corruzione, un ruolo centrale, ma non esclusivo, è attribuito alla figura del responsabile della prevenzione della corruzione.

Come anticipato, è proprio dalla non esclusività, che derivano dirette

²⁹ ANAC, aggiornamento 2018, cit., riporta i dati dell'analisi effettuata dall'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" su due diverse edizioni dei PTPC relativi ai trienni 2015-2017 e 2017-2019.

³⁰ Sul punto si veda ANAC, regolamento 9 settembre 2014 secondo cui «Equivale a omessa adozione: a) l'approvazione di un provvedimento puramente ricognitivo di misure, in materia di anticorruzione, in materia di adempimento degli obblighi di pubblicità ovvero in materia di Codice di comportamento di amministrazione; b) l'approvazione di un provvedimento il cui contenuto riproduca in modo integrale analoghi provvedimenti adottati da altre amministrazioni, privo di misure specifiche introdotte in relazione alle esigenze dell'amministrazione interessata; c) l'approvazione di un provvedimento privo di misure per la prevenzione del rischio nei settori più esposti, privo di misure concrete di attuazione degli obblighi di pubblicazione di cui alla disciplina vigente, meramente riproduttivo del Codice di comportamento emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».

³¹ L'immagine è di A. Travi, *Etica pubblica e anticorruzione*, in *Istituzioni, riforme e ruolo del giurista. Giornate di studio in onore di Luciano Vandelli*, a cura di D. Donati, G. Gardini, C. Tuberini e J.J. Gutierrez Alonso, Bologna, BUP, 2018, 105 ss. che riprende J.L. Borges, *Del Rigore della scienza*, Milano, Mondadori, 1961 che descrive un impero dove l'arte della cartografia era giunta a una tale perfezione che le generazioni seguenti conclusero che una carta così enorme era del tutto inutile e la abbandonarono «alle inclemenze del Sole e degli Inverni».

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

conseguenze sotto il profilo della responsabilità che si vuole indagare e, a tal fine, si rende necessaria una più approfondita analisi dei soggetti coinvolti nel sistema anticorruzione.

L'art. 1, c. 7, l. n. 190/2012 prevede che «L'organo di indirizzo individua, di norma tra i dirigenti di ruolo in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, disponendo le eventuali modifiche organizzative necessarie per assicurare funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività». La legge detta alcuni criteri, stabilendo che di regola il RPC sia un dirigente e che, solo quando manchino figure dirigenziali o questi siano in numero limitato, possa essere individuato in un profilo non dirigenziale. Negli enti locali di regola è nominato RPC il segretario o il dirigente apicale, salvo diversa e motivata deliberazione³². Il RPC non dovrebbe essere scelto tra i dirigenti che svolgono attività di gestione e di amministrazione attiva, nonché tra gli organi di indirizzo politico per evitare che ci possano essere delle commistioni tra controllore e controllato³³.

³² Sull'interpretazione dell'art. 1, c. 7, l. n. 190/2012 in particolare per ciò che attiene alla corresponsione di emolumenti, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che «dall'espletamento dell'incarico di RPC non potesse derivare l'attribuzione di alcun compenso aggiuntivo, fatto salvo il solo riconoscimento, laddove sia configurabile, di eventuali retribuzioni di risultato legate all'effettivo conseguimento di precisi obiettivi predeterminati in sede di previsioni delle misure organizzative per la prevenzione della corruzione, fermi restando i vincoli che derivano dai tetti retributivi normativamente previsti e dai limiti complessivi alla spesa per il personale», con la conseguenza che costituisce danno erariale l'indebito compenso aggiuntivo riconosciuto al dipendente che svolga le funzioni di RPC. In tal senso C. conti, sez. giur. Sardegna, 7 febbraio 2019, n. 52.

³³ Per una sintesi delle problematiche sull'individuazione del RPC e sulle incompatibilità si veda ANAC, PNA 2019, cit. In particolare, si è posto il problema se il ruolo di RPC possa essere affidato a un componente interno all'organismo di vigilanza (OdV), sul tema si vedano ANAC, determina 17 giugno 2015, n. 8 che ha inizialmente ritenuto che «nelle società in cui l'Organismo di vigilanza sia collegiale e si preveda la presenza di un componente interno, è auspicabile che tale componente svolga anche le funzioni di RPC. Questa soluzione, rimessa all'autonomia organizzativa delle società, consentirebbe il collegamento funzionale tra il RPC e l'Organismo di vigilanza. Solo nei casi di società di piccole dimensioni, nell'ipotesi in cui questa si doti di un Organismo di vigilanza monocratico composto da un dipendente, la figura del RPC può coincidere con quella dell'Organismo di vigilanza»; poi ANAC, determina 8 novembre 2017, n. 1134 secondo cui «In ragione delle diverse funzioni attribuite al RPCT e all'OdV dalle rispettive normative di riferimento nonché in relazione alle diverse finalità delle citate normative, si ritiene necessario escludere che il RPCT possa fare parte dell'OdV, anche nel caso in cui questo sia collegiale» anche se «considerata la stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 e quelle previste dalla legge n. 190 del 2012, le funzioni del RPCT dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'OdV nominato ai sensi del citato decreto legislativo».

Il problema si pone negli enti di piccole dimensioni, nei quali il segretario svolge spesso le sue funzioni in più comuni e anche le figure non dirigenziali qualificate difficilmente possono essere distolte dai loro compiti senza che vi sia una perdita sull'efficienza dell'intero sistema organizzativo³⁴. Si tenga a mente questa criticità, perché, anticipando quanto si dirà, le mansioni svolte da un soggetto non apicale sono incompatibili con le conclusioni cui si giungerà sulla natura della responsabilità del R.P.C.

In ogni caso, è assolutamente eccezionale la nomina di un dirigente esterno, in quanto è comunque preferibile l'individuazione di un soggetto, che, anche se con compiti gestionali, sia interno all'amministrazione³⁵. La mappatura e l'analisi dei rischi corruttivi richiedono infatti una conoscenza della situazione organizzativa dell'amministrazione e della scansione e gestione dell'iter dei procedimenti amministrativi, che non può essere detenuta che da quei soggetti che operano quotidianamente ed effettivamente all'interno della stessa (direttori, dirigenti, responsabili di servizi e uffici).

³⁴ A. Grasso, *La prevenzione della corruzione e la trasparenza nei comuni, nelle province e nelle città metropolitane*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 627 ss.

³⁵ In materia di incarichi esterni per la valutazione del rischio corruzione si vedano C. conti, sez. I app., 11 aprile 2019, n. 73; C. conti, sez. giur. Piemonte, 3 luglio 2019, n. 253 che precisa che «Con il secondo periodo del comma 8 cit. il legislatore ha vietato che l'attività di elaborazione del piano sia affidata a soggetti estranei all'amministrazione, prevedendo anche specifici percorsi formativi per i dipendenti, cui corrispondono le previsioni, contenute nel successivo art. 2, che le amministrazioni competenti provvedano allo svolgimento delle attività previste dalla legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e che dall'attuazione della stessa non derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (c.d. clausola di invarianza). [...] L'interpretazione letterale si allinea a quella teleologica. La *ratio legis* del divieto in questione, infatti, giusta quanto sopra, non può non ricomprendere anche le componenti essenziali della elaborazione del piano anticorruzione, quale la mappatura dei rischi corruttivi. Parimenti, la stessa *ratio* non autorizza una artificiosa distinzione tra attività di redazione e di assistenza per la stessa, che non troverebbe spiegazione se non nell'intenzione di aggirare il divieto di legge»; C. conti, sez. giur. Piemonte, 17 maggio 2019, n. 70; C. conti, sez. giur. Lazio, 4 maggio 2018, n. 269 secondo cui la «scelta di far effettuare l'analisi del rischio all'esterno da soggetto terzo, essa appare in contraddizione con la norma dell'art.1, comma 8 della legge 190/2012 che prevede il divieto di redigere il piano anticorruzione da parte di soggetti esterni. Non convince l'affermazione della difesa che la mappatura del rischio sarebbe un elemento prodromico alla redazione del piano. Infatti, l'analisi dei rischi è un aspetto fondamentale del piano stesso e ne costituisce una delle componenti più significative, secondo quanto previsto dall'ANAC nei propri modelli. D'altra parte, non può escludersi, in linea di principio, che una parte della mappatura dei rischi possa essere oggetto di affidamento a terzi, ma ciò potrà avvenire quando la struttura di cui devono essere valutati i rischi sia molto complessa, particolarmente grande, ad esempio in termini di estensione territoriale, o soggetta a processi di notevole complessità».

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

Numerosi sono i compiti attribuiti al RPC dalla legge: segnala all'organo di indirizzo e all'organismo indipendente di valutazione le disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza³⁶; indica agli uffici competenti all'esercizio dell'azione disciplinare i nominativi dei dipendenti che non hanno attuato correttamente le misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza; predispone il PTPCT e lo sottopone all'organo di indirizzo politico, che lo adotta e lo trasmette all'ANAC; definisce le procedure per selezionare e formare i dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione. L'art. 1, c. 10, l. n. 190/2012 prevede altresì che il RPC debba provvedere «a) alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché a proporre la modifica dello stesso quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione; b) alla verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione; c) ad individuare il personale da inserire nei programmi di formazione di cui al comma 11».

Se indubbia è la centralità della figura del RPC, tuttavia, non si tratta dell'unico soggetto coinvolto nella elaborazione e attuazione dei piani triennali e queste considerazioni, come anticipato, hanno dirette conseguenze sulle conclusioni in tema di responsabilità cui si giungerà al termine dell'analisi qui condotta. Seppure spesso nei PTPC ne manchi la puntuale indicazione, il RPC, infatti, soprattutto nelle amministrazioni più complesse, è dotato di un vero e proprio staff, e rappresenta solo la figura apicale di un sistema plurisoggettivo. I dirigenti, nonché i responsabili apicali dell'amministrazione sono tenuti a collaborare con il RPC sia in sede di mappatura dei processi, sia in fase di elaborazione e attuazione dei piani³⁷. La legge prevede altresì all'art. 1, c. 9 lett. c), l. n. 190/2012 un implicito coinvolgimento di tutti i dipendenti, che, oltre ad essere tenuti all'osservanza del piano, devono

³⁶ L'art. 15, d.lgs. n. 39/2013 prevede che sia il RPC a curare «anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconfiribilità o incompatibilità di cui al presente decreto»; l'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001 attribuisce al RPC compiti in materia di segnalazioni sul *whistleblowing*.

³⁷ L'art. 16, c. 1-ter, d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che i dirigenti degli uffici dirigenziali generali sono tenuti a fornire le informazioni richieste dal soggetto competente – cioè il RPC – per l'individuazione delle attività nelle quali è più elevato il rischio corruzione.

segnalare eventuali illeciti e/o situazioni di conflitti di interesse al RPC. Un ruolo centrale è attribuito anche all'organo di indirizzo, che designa il RPC e adotta il PTPC (su proposta del RPC). Spetta sempre all'organo di indirizzo disporre le modifiche organizzative necessarie per assicurare al RPC funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico, nonché definire gli obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza³⁸. Un ruolo fondamentale è svolto altresì dai referenti delle aree di rischio indicate nei PTPC, che devono fornire informazione periodiche, valutare le anomalie o atipicità riscontrate nelle aree di loro competenza, nonché sottoporre al RPC la necessità di nuove procedure di controllo.

Il coinvolgimento di più soggetti nel sistema di prevenzione della corruzione è stato in più occasioni ribadito anche dall'ANAC che ha specificato i comportamenti che devono essere tenuti da ciascun soggetto coinvolto. In particolare, l'aggiornamento 2018 del PNA³⁹, la delibera n. 840 del 2 ottobre 2018⁴⁰ e l'allegato 1 al PNA 2019⁴¹ stabiliscono in maniera dettagliata "chi deve fare cosa" (poteri del RPCT, dell'organo di indirizzo, dei dirigenti e dei responsabili delle unità organizzative, degli organismi indipendenti di valutazione, delle strutture di vigilanza, dei dipendenti, nonché di tutti coloro che dispongono di dati utili e rilevanti), rimarcando che i poteri del RPC di verifica, controllo e istruttori «si inseriscono e vanno coordinati con quelli di altri organi di controllo interno delle amministrazioni ed enti al fine di ottimizzare, senza sovrapposizioni o duplicazioni, l'intero sistema di controlli previsti nelle amministrazioni anche al fine di contenere fenomeni di *maladministration*».

Pertanto, il ruolo di coordinamento del RPC non deve «essere interpretato dagli altri attori organizzativi come un pretesto per deresponsabilizzarsi in merito allo svolgimento del processo di gestione del rischio. Al contrario, l'efficacia del sistema di prevenzione dei rischi corruttivi è strettamente connessa al contributo attivo di altri attori all'interno dell'organizzazione».

³⁸ L'ANAC ha in più occasioni segnalato che una delle criticità dei PTPC è rappresentata dalla carenza degli obiettivi strategici. L'attuale normativa non prevede specifiche responsabilità in capo ai componenti degli organi di indirizzo sulla qualità delle misure del PTPC e possono essere chiamati a rispondere solo in caso di mancata adozione.

³⁹ ANAC, delibera n. 1074/2018. Si veda in particolare l'all. 2 recante «Riferimenti normativi sul ruolo e sulle funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza», riprodotto integralmente nell'all. 3 del PNA 2019.

⁴⁰ ANAC, delibera 2 ottobre 2018, n. 840, recante «Parere sulla corretta interpretazione dei compiti del Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT)».

⁴¹ All. 1 recante «Indicazioni metodologiche per la gestione dei rischi corruttivi».

4. Corruzione nella prospettiva del danno erariale: le tipologie di danno risarcibile

Ammesso che l'attuazione degli strumenti di prevenzione della corruzione non è rimessa solo al RPC e che la violazione delle norme di prevenzione, della cui natura sopra si è detto, dovrebbe di conseguenza essere imputata all'amministrazione nel suo complesso, si pone ora l'esigenza di inquadrare nei suoi tratti essenziali il potenziale danno risarcibile.

Prima di concentrarsi sul danno all'immagine derivante dalla violazione delle norme anticorruzione, sia consentito delineare per sommi capi le conseguenze, sempre sotto il profilo contabile, che possono derivare a seguito di un fatto corruttivo.

Si è già detto sull'incessante opera della giurisprudenza nella moltiplicazione della ricerca e selezione dei danni risarcibili⁴² e, anche in questa materia, la casistica sulle diverse fattispecie di danno pubblico è assai variegata⁴³. Si ritiene pertanto utile partire dall'analisi di questa casistica, perché mentre sono molteplici i giudizi della Corte dei conti originati da fatti di corruzione a carico di pubblici amministratori e funzionari, condannati anche in sede penale, come si dirà, il tema specifico della responsabilità per danno erariale del RPC è pressoché sconosciuto alla giurisprudenza contabile (*infra* par. 7).

È oramai consolidato in giurisprudenza l'orientamento secondo cui il costo delle tangenti corrisposte o promesse dal privato all'agente pubblico si traduce automaticamente in un aumento dei prezzi praticati alla pubblica amministrazione rispetto a quelli comuni di mercato⁴⁴. La tangente

⁴² Sulla tendenza del legislatore e della giurisprudenza alla creazione di fattispecie tipiche di danno erariale, si veda M. Occhiena, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. econ.*, 2017, 919 ss.; più in generale sul danno erariale si vedano *ex multis* S. Pilato, *La responsabilità amministrativa*, cit., 235 ss.; E.F. Schlitzer, *Il danno erariale: una nozione essenziale di non facile definizione*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme). Atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005*, Milano, Giuffrè, 2006, 179 ss.; A. Attanasio, *Rassegna ragionata di giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa-contabile*, in V. Tenore, *La nuova Corte dei Conti*, cit., 468 ss.

⁴³ Sulle tipologie di danno derivanti dai reati di corruzione si veda F. Cerioni, *La responsabilità amministrativa dei dirigenti e dei funzionari delle p.a. e delle società "controllate" per la violazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla trasparenza*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità*, cit., 763 ss.

⁴⁴ Sul danno c.d. da tangente, tra le sentenze "capofila" si vedano C. conti, sez. giur. Lombardia, 18 febbraio 1995, n. 136 che ritiene sussistente la tangente «mediante il ricorso al fatto notorio, come onere economico gravante sull'amministrazione»; C. conti, sez. I app., 20

cioè rappresenterebbe «un costo occulto d'esercizio per l'imprenditore che viene trasferito sui prezzi di aggiudicazione degli appalti», configurato dalla giurisprudenza «come effetto della “traslazione” dei costi per la dazione illecita nei pubblici appalti»⁴⁵. La casistica del danno c.d. da tangente ha riguardato per lo più procedure ad evidenza pubblica, ma ha un ambito di applicazione più esteso, con la conseguenza che è generalmente definibile come danno differenziale, pari alla differenza tra la spesa effettivamente sostenuta e quella minore che si sarebbe ottenuta in condizioni normali⁴⁶, ricomprendendo tanto il danno che si è tradotto in maggiori costi (nel caso di aggiudicazione di appalti truccati), quanto il danno rappresentato da minori introiti (nel caso per esempio di omessi accertamenti tributari). Il danno da tangente, che ha natura inequivocabilmente patrimoniale, viene quantificato in via presuntiva, in una somma almeno pari alla tangente versata al funzionario corrotto sul «presupposto che la lesione patrimoniale inflitta all'Amministrazione non sia comunque inferiore all'ammontare della illecita dazione»⁴⁷, ma non sono mancate procure che hanno contestato un danno anche maggiore sull'assunto che il vantaggio patrimoniale dell'appaltatore è certamente superiore rispetto all'importo indebitamente corrisposto al funzionario pubblico. In altri termini, gli importi indebitamente percepiti dagli agenti pubblici costituiscono in via presuntiva un

aprile 1995, n. 62: «In sede di giudizio di responsabilità a carico di pubblici dipendenti resisi responsabili dal reato di concussione, per aver percepito tangenti, il danno subito dall'amministrazione può essere determinato al “minimum”, ai sensi dell'art. 1226 c.c. nella somma pari alla dazione solo dove non sia possibile una diversa quantificazione del danno medesimo, che tenga conto dell'effettivo pregiudizio economico patito dalla p.a.».

⁴⁵ Cfr. C. conti, sez. giur. Veneto, 15 marzo 2019, n. 36.

⁴⁶ *Ex multis* cfr. Cconti, sez. giur. Lazio, 14 febbraio 2018, n. 83: «La tangente, infatti, configura un danno alla P.A. in termini diretti poiché si deve presumere che tale maggior importo venga poi recuperato sul valore del contratto e si trasformi, quindi, in un maggior costo per l'Amministrazione (cfr. I Appello 102/2002 e Sez. Lombardia 376/2006). Nel caso di specie, la stessa esistenza di una proroga del contratto scaduto depone per un'illiceità connessa alla dazione della tangente, la quale era finalizzata appunto all'ottenimento della proroga. [...] D'altro canto, non appare sufficientemente provato da parte della Procura un danno maggiore rispetto all'importo della tangente. In linea teorica, si sarebbe potuto individuare un danno superiore all'importo della corruzione qualora la successiva gara avesse dato luogo ad un esborso minore rispetto al contratto prorogato, ma ciò non appare provato dalla Procura attrice che quantifica il danno subito nel doppio dell'importo della tangente senza dimostrare come si sia pervenuti a tale quantificazione. In assenza di una specifica prova di danno lo stesso non può che essere valutato nel valore della tangente percepita dai convenuti, e provata in sede di giudizio penale, e non in un importo superiore».

⁴⁷ *Ex multis* C. conti, sez. giur. Veneto, 17 maggio 2019, n. 73; C. conti, sez. giur. Lazio, 14 marzo 2012, n. 314.

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

danno erariale⁴⁸, con la conseguenza che sotto il profilo probatorio è sufficiente dimostrare il comportamento delittuoso dell'agente pubblico perché il pregiudizio risulta automaticamente acclarato⁴⁹.

Strettamente connessa a tale voce di danno è quella relativa al danno all'immagine, a cui però, per la rilevante evoluzione normativa e giurisprudenziale e per la diretta incidenza sulla prevenzione della corruzione, sarà dedicato un apposito paragrafo (*infra* par. 5).

Parallelamente al danno all'immagine si è sviluppata nella giurisprudenza contabile, ma in modo meno evidente, la figura del danno da disservizio che si differenzia dal primo per l'oggetto della tutela: non l'immagine, il decoro o il prestigio della pubblica amministrazione, bensì la sua funzionalità⁵⁰. La giustizia contabile ha qualificato il disservizio in modo molto ampio e la casistica è tra le più varie, dalle ipotesi del medico dell'azienda sanitaria pubblica che nell'orario di servizio ha svolto attività privata⁵¹ ai numerosi episodi di assenteismo prolungato e ingiustificato dei dipendenti pubblici⁵². Si tratta cioè di una nozione di natura aperta, che può essere variamente declinata⁵³, peraltro non configurabile limitatamente all'attività pubblica di prestazione di servizi⁵⁴, e che, in via generale, si ravvisa nel mancato con-

⁴⁸ Sul potere della Corte di condanna a prescindere da un danno è molto critico A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, cit., 35 ss.

⁴⁹ Cfr. C. conti, sez. giur. Lazio, 2 febbraio 2015, n. 80.

⁵⁰ In dottrina si veda E. Tomassini, *Il danno da disservizio*, in *Riv. C. conti*, 2005, 334 ss.; S. Pilato, *Il danno erariale ed il danno da disservizio*, in *Nuove Autonomie*, 2003, 483 ss.; M. Perin, *Tipologia di danni erariali conseguenti ad attività di corruzione e concussione nella pubblica amministrazione: danno da tangente, danno da disservizio e lesione all'immagine pubblica*, in *Giust. amm.*, 2002, 391 ss.; G. Crepaldi, *Il danno da disservizio: nozione e forme di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 781 ss.

⁵¹ Cfr. C. conti, sez. giur. Lazio, 23 gennaio 2008, n. 109: «L'attività privata "intra moenia" svolta dal personale medico nel corso dell'orario di servizio costituisce un pregiudizio finanziario conseguente alla duplicazione ingiustificata di retribuzione, pregiudizio che concorre peraltro con il danno da disservizio che il personale cagiona all'Azienda Sanitaria, a causa della distrazione dai propri doveri di servizio».

⁵² C. conti, sez. giur. Calabria, 17 ottobre 2001, n. 966 che condanna due dipendenti degli uffici giudiziari di Palmi per il danno da disservizio arrecato dalle loro prolungate e ingiustificate assenze dal servizio, che consiste «nell'aver determinato o contribuito a pregiudicare anche il funzionamento dell'ufficio ritardandone l'attività».

⁵³ C. conti, sez. giur. Lombardia, 27 luglio 2015, n. 135; C. conti, sez. giur. Trento, 14 dicembre 2006, n. 130, nella parte in cui nega che il danno da disservizio possa «essere cristallizzato in fattispecie tipizzate» in quanto esso si determinerebbe attraverso un «criterio espansivo».

⁵⁴ Secondo un orientamento restrittivo C. conti, sez. giur. Lombardia, 23 febbraio 2009, n. 74, il danno da disservizio è «intrinsecamente connesso ad un pubblico servizio» che viene

seguimento da parte dei dipendenti pubblici, della legalità, dell'efficienza, dell'economicità e della produttività dell'azione amministrativa⁵⁵ e che si verifica quale conseguenza del pregiudizio derivante dalla c.d. «disutilità della spesa» in tal modo sostenuta⁵⁶. Venendo al punto, quando si verifica un fatto di corruzione o un altro reato a danno della pubblica amministrazione, l'azione pubblica, per effetto del comportamento illecito di un dipendente, non raggiunge sotto il profilo qualitativo quelle utilità ordinariamente ritraibili dall'impiego di determinate risorse, con conseguente diminuzione di efficienza e efficacia⁵⁷. La giurisprudenza contabile addirittura ritiene che, in caso di carcerazione del dipendente corrotto, la stessa assenza del dipendente dal servizio determini un danno pubblico, derivante dalla necessità per l'amministrazione di appartenenza di riorganizzare l'attività, anche attraverso la sostituzione del dipendente con altro idoneo personale⁵⁸. Con riferimento

a risultare «desostanziato per l'utenza»; C. conti, sez. giur. Puglia, 7 gennaio 2008, n. 2; *contra* C. conti, sez. giur. Puglia, 25 agosto 2008, n. 661, secondo cui se è vero che in senso stretto, «il danno *“de quo”* attiene esclusivamente ad un'attività di servizio pubblico, di cui esprime la carenza qualitativa alla luce del rapporto costi di gestione/utilità paradigmato ai valori dell'attività amministrativa dell'efficienza, dell'efficacia e della economicità», è da individuarsi anche «un *“disservizio da pubbliche funzioni”*, che si risolve in una mancata connessione tra il potere esercitato ed il fine istituzionale attribuito ad esso dall'ordinamento. Per lo più, tale figura si ha nei casi in cui il pubblico agente abbia posto in essere una condotta criminosa (c.d. *“danno da esercizio illecito e penalmente rilevante di pubbliche funzioni”*); C. conti, sez. giur. Veneto, 6 luglio 2017, n. 76: «Dalla categoria di danno da disservizio *“in senso stretto”* si distingue poi il danno da disservizio *“in senso lato”*, che ha riguardo invece all'esercizio illecito e penalmente rilevante di funzioni pubbliche, ove la funzione istituzionale tipica, astrattamente finalizzata al perseguimento e alla realizzazione degli interessi pubblici generali, venga in concreto piegata o *“sviata”* alla realizzazione degli interessi egoistici del dipendente che ha agito».

⁵⁵ C. conti, sez. giur. Lazio, 30 gennaio 2019, n. 43; C. conti, sez. II app., 11 maggio 2012, n. 295; C. conti, sez. giur. Sicilia, 24 marzo 2009, n. 748; C. conti, sez. centr. app., 24 febbraio 2009, n. 97.

⁵⁶ C. conti, sez. giur. Lombardia, 2 gennaio 2012, n. 1; C. conti, sez. giur. Lombardia, 20 gennaio 2011, n. 47.

⁵⁷ C. conti, sez. giur. Veneto 28 febbraio 2017, n. 29 definisce il danno da disservizio quale «pregiudizio che la condotta illecita del dipendente arreca al corretto funzionamento dell'apparato pubblico attraverso l'espletamento di un servizio al di sotto delle caratteristiche di qualità e quantità richieste, è caratterizzato dalla infrazione del sinallagma contrattuale e dalla conseguente disutilità della spesa retributiva, che compromette, nel rapporto di impiego pubblico a obbligazioni corrispettive, il rapporto tra la retribuzione e l'adempimento degli obblighi di servizio»; C. conti, sez. giur. Veneto, 27 febbraio 2017, n. 28 afferma che: «Il danno da disservizio è caratterizzato dall'espletamento del servizio al di sotto degli standard di qualità e quantità richiesti, in violazione dei canoni di legalità, efficacia, efficienza ed economicità».

⁵⁸ C. conti, sez. giur. Piemonte, 18 dicembre 2007, n. 320; C. conti, sez. giur. Piemonte, 12 aprile 2007, n. 101.

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

al danno da disservizio, la giurisprudenza si è attenuta ai canoni tradizionali della responsabilità amministrativa, escludendo, per un verso, che la prova possa essere fondata su presunzioni⁵⁹, come invece avviene per il danno da tangente, e, per altro verso, che, in assenza di una previsione legislativa, analogo a quella che riguarda il danno all'immagine (*infra* par. 5), il danno possa essere considerato quale danno-evento, riconosciuto indipendentemente dall'accertamento di un comportamento illecito⁶⁰.

5. *Segue: il danno all'immagine nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*

Il tema della prevenzione della corruzione e, in particolare, la responsabilità del RPC interseca una peculiare categoria di danno erariale, il danno all'immagine che, come anticipato, è stato oggetto di una codificazione legislativa intervenuta a più riprese, nonché di una importante elaborazione pretoria.

Siccome la qualificazione del danno rappresenta una base da cui non è possibile prescindere, prima di concentrarsi sulla responsabilità del RPC, che anche sotto il profilo del danno risarcibile presenta indubbe peculiarità, di quel percorso normativo e giurisprudenziale è necessario dar conto.

Il danno all'immagine è stato ricondotto sin dalle prime pronunce «alla grave perdita di prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica, che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta è, tuttavia, suscettibile di una valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso»⁶¹. La giurisprudenza contabile ha poi rilevato che la diffusione della notizia, la

⁵⁹ C. conti, sez. giur. Trento, 26 febbraio 2009, n. 8; C. conti, sez. giur. Sicilia, 17 marzo 2004, n. 795; C. Conti, sez. giur. Umbria, 12 luglio 2001, n. 315.

⁶⁰ Sulla prova del danno da disservizio si veda *ex multis* C. conti, sez. giur. Lazio, 2 febbraio 2015, n. 80 che afferma che «Ove l'organo requirente non fornisca la prova, anche indiziaria, di una autonoma configurazione del danno da disservizio (il danno emergente, costituito dal costo delle attività inutilmente retribuite, o il lucro cessante, quantificazione del valore delle attività alternative che non è stato possibile realizzare) questo tipo di danno non può essere addotto».

⁶¹ Tra le prime sentenze sul danno all'immagine si veda Cass., sez. un., 25 giugno 1997, n. 5668, in *Foro it.*, 1997, I, 2872. In dottrina sul danno all'immagine si veda V. Tenore, *Giurisdizione contabile sul danno non patrimoniale alla pa*, in *Foro amm.*, 1994, 2586; Id., *La nuova Corte dei Conti*, cit.; M. Didonna, *Il danno all'immagine ed al prestigio della Pubblica Amministrazione*, Bari, Cacucci, 2003; V. Raeli, *Il danno all'immagine della p.a. tra giurisprudenza e legislazione*, in *federalismi.it*, 2014, 14 ss.

risonanza della vicenda, il c.d. *clamor fori*, costituiscono il modo attraverso il quale viene realizzato il nocumento alla reputazione e alla onorabilità dell'ente pubblico, per effetto dell'illecito perpetrato dal proprio dipendente.

Fino al 2009 si è assistito a un riconoscimento ampio della responsabilità per danno all'immagine⁶², risarcito in via automatica e "provato" attraverso la mera sussistenza di un fatto intrinsecamente dannoso⁶³, tanto che i più in dottrina ne hanno affermato la finalità tipicamente sanzionatoria⁶⁴.

La materia è stata profondamente incisa dall'art. 17, c. 30-ter, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102⁶⁵, successivamente modifi-

⁶² C.E. Gallo, *Passato, presente e futuro del danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2011, 414 ss.

⁶³ A tale riguardo, la giurisprudenza, dopo aver qualificato il danno all'immagine come danno-evento e non come danno-conseguenza, ha sostenuto che «non è necessario provare i costi effettivamente sostenuti per il ripristino di beni immateriali lesi, essendo sufficiente provare la sussistenza di un fatto intrinsecamente dannoso in quanto configgente con interessi primari protetti in modo immediato dall'ordinamento giuridico» si vedano *ex multis* C. conti, sez. giur. Lombardia, 6 dicembre 2002, n. 1954; C. conti, sez. riun., 23 aprile 2003, n. 10; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26975; C. conti, sez. III app., 9 febbraio 2017, n. 66.

⁶⁴ N. Di Modugno, *Il c.d. risarcimento per danno all'immagine della p.a. come sanzione "nascosta"*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 567 ss.; *contra* V. Raeli, *Il danno all'immagine della p.a. tra giurisprudenza e legislazione*, cit., il quale ritiene che così facendo si rischia di dare vita ad una sorta «di danno punitivo, la cui *ratio* non è il ristoro del pregiudizio sofferto, bensì la sanzione a carico del danneggiante». Sul punto, cfr. C. conti, sez. riun., 3 agosto 2011, n. 12; C. conti, sez. giur. Lazio, 20 dicembre 2005, n. 3001. Sulla natura della responsabilità amministrativa la bibliografia è amplissima. Tra i sostenitori della tesi sanzionatoria si vedano M. Dugato, *Corte dei Conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività*, in questa *Rivista*, 2018, 607 ss. che sostiene che la giurisdizione della Corte dei conti «anche quando ripristinatoria o ridistributiva, abbia un'ontologia natura sanzionatoria»; M. Clarich, F. Luiso e A. Travi, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1283 ss.; E. Bogetti, *Relazione all'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 della Corte dei conti*, in *www.corteconti.it*; V. Raeli, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in *federalismi.it*, 2010, 1 ss.; F. Merusi, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, 1 ss.; *contra* coloro che continuano a sostenere la natura risarcitoria della responsabilità amministrativa P. Simeon, *Principi del giusto processo e giudizio di responsabilità amministrativa per danno all'erario. Perché la giurisdizione di responsabilità della corte dei conti è da ritenersi esclusiva*, in *Riv. web corte conti*, 2018, 11 ss.; S. Cimini, *La responsabilità amministrativa e contabile: introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, Giuffrè, 2003; vi è poi una terza tesi che ritiene si tratti di una responsabilità civile *sui generis*, cfr. V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit.; *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 3-9.

⁶⁵ La norma testualmente prevedeva, prima delle ulteriori modifiche introdotte dal d.lgs. n. 174/2016: «Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

cato con d.l. 3 agosto 2009, n. 103, convertito in l. 3 ottobre 2009, n. 141⁶⁶. Con tale intervento, il legislatore ha di fatto limitato l'ambito oggettivo della responsabilità per danno all'immagine, circoscrivendola ai casi e alle ipotesi previste dall'art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 97⁶⁷, e cioè ai reati propri dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, con conseguente esclusione di reati diversi, seppure astrattamente idonei a provocare un pregiudizio all'immagine della pubblica amministrazione⁶⁸. Quest'ultima disposizione riconosceva infatti una forma di collegamento tra procura contabile e procura della Repubblica, con l'espressa previsione che, in caso di condanna definitiva per i principali delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (quelli del capo I, titolo II, libro II, c.p.), la sentenza dovesse essere comuni-

danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 dalla legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta».

⁶⁶ In dottrina si vedano A. Vetro, *Il danno all'immagine della P.A. dopo il lodo Bernardo: una discutibile sentenza della Consulta*, in www.giustamm.it; F. Pavoni, *Prime considerazioni sul lodo Bernardo e, in particolare, sulla sua incidenza in tema di danno all'immagine della P.A.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 168 ss.; M. Perin, *Lodo Bernardo, decreto correttivo ancora molto limitativo delle indagini e la quasi abolizione della lesione all'immagine pubblica*, in www.lexitalia.it.

⁶⁷ L'art. 7, cui l'art. 17, c. 30-ter rinvia, sancisce a sua volta che: «La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

⁶⁸ *Contra* C. conti, sez. I app., 3 aprile 2014, n. 522 secondo cui l'art. 17, c. 30-ter contemplava un doppio regime ovvero un danno all'immagine da reato proprio (combinato disposto dell'art. 17, c. 30-ter e dell'art. 7, primo periodo, l. n. 97/2001) e un danno all'immagine da reato comune (combinato disposto dell'art. 17, c. 30-ter e dell'art. 7, secondo periodo, l. n. 97/2001); nello stesso senso C. conti, sez. I app., 9 maggio 2014, n. 641, che sostiene che «mentre il primo periodo si riferiva espressamente ai soli delitti contro la pubblica amministrazione, il secondo periodo operava invece riferimento anche ai reati comuni produttivi di pregiudizi per l'erario, ciò in quanto richiamava l'art. 129 dove si legge un'espressa menzione dei reati che hanno cagionato un danno per l'erario».

cata dalla seconda alla prima per promuovere l'azione contabile per danno erariale nei confronti del soggetto già condannato in sede penale. La limitazione alle sole fattispecie citate è stata avallata dalla Corte costituzionale con la sentenza 15 dicembre 2010, n. 355 che ha dichiarato inammissibili o non fondate alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 17, c. 30-ter, d.l. n. 78/2009⁶⁹ e confermata dalle sezioni riunite della Corte dei conti, che si sono dovute esprimere a fronte del permanere di pronunce di contrario avviso anche dopo l'intervento della Consulta⁷⁰.

Il quadro normativo e giurisprudenziale così sinteticamente delineato è stato profondamente innovato con l'entrata in vigore del nuovo codice di giustizia contabile (d.lgs. n. 174/2016). Infatti, l'art. 4, all. 3, d.lgs. n. 174/2016 ha abrogato, alla lett. g), l'art. 7, l. n. 97/2001, e, alla lett. h), il primo periodo dell'art. 17, c. 30-ter, d.l. n. 78/2009, convertito in l. n. 102/2009⁷¹. Così facendo, si è assistito a quello che in giurisprudenza è stato definito uno «svuotamento del richiamo alle fattispecie penali» che, in base all'art. 17, c. 30-ter, consentivano alla procura della Corte dei conti l'apertura delle indagini per danno all'immagine, e si è posto il dubbio che in questi casi il danno erariale possa essere contestato senza limiti e l'azione esperita incondizionatamente.

⁶⁹ In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto che il legislatore abbia inteso «circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa» e che la disposizione in questione debba essere «univocamente interpretata» nel senso che «al di fuori delle ipotesi tassativamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria». La Consulta ha altresì precisato che «nel caso in esame il legislatore ha ulteriormente delimitato, sul piano oggettivo, gli ambiti di rilevanza del giudizio di responsabilità, ammettendo la risarcibilità del danno per lesione dell'immagine dell'amministrazione soltanto in presenza di un fatto che integri gli estremi di una particolare categoria di delitti», e che «la scelta di non estendere l'azione risarcitoria anche in presenza di condotte non costituenti reato, ovvero costituenti un reato diverso da quelli espressamente previsti, può essere considerata non manifestamente irragionevole» avendo il legislatore ritenuto, nell'esercizio della propria discrezionalità, che «soltanto in presenza di condotte illecite, che integrino gli estremi di specifiche fattispecie delittuose, volte a tutelare, tra l'altro, proprio il buon andamento, l'imparzialità e lo stesso prestigio dell'amministrazione, possa essere proposta l'azione di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'ente pubblico».

⁷⁰ C. conti, sez. riunite, 19 marzo 2015, n. 8.

⁷¹ Rimane dunque in vigore il secondo periodo a mente del quale l'azione per il risarcimento del danno all'immagine può essere esercitata dal p.m. contabile a pena di nullità soltanto a fronte di una sentenza penale definitiva di condanna del pubblico dipendente per uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, richiamati dall'art. 7, l. n. 97/2001, ma anche quest'ultima norma è stata abrogata.

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

Senonché, a seguito dell'intervento normativo del 2009, le norme attualmente in vigore relative al danno all'immagine sono l'art. 1, c. 1-*sexies*, l. n. 20/1994, introdotto dalla l. n. 190/2012, e l'art. 51, c. 6, d.lgs. n. 174/2016, che statuisce la rilevabilità d'ufficio della nullità per violazione delle norme sui presupposti di proponibilità dell'azione per danno all'immagine.

L'art. 1, c. 1-*sexies*, l. n. 20/1994 stabilisce che «Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente». Stando ad un'interpretazione meramente letterale della norma, la stessa sembrerebbe fornire all'interprete solo un criterio di quantificazione della tipologia di danno in parola⁷². In realtà, come chiarito anche dalla giurisprudenza contabile, nel fare genericamente riferimento al danno derivante dalla commissione di un «reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza

⁷² Si è discusso in giurisprudenza in merito all'applicabilità retroattiva (o meno) del criterio di quantificazione del danno previsto dalla l. n. 190/2012. Secondo C. conti, sez. giur. Lombardia, 20 maggio 2019, n. 117: «La questione sarebbe priva di particolari conseguenze pratiche, tenuto conto del valore "relativo" (e non assoluto) della presunzione e del fatto che la giurisprudenza, già prima del 2012, aveva annoverato, tra i criteri di quantificazione del danno all'immagine (ex art. 1226 c.c.), anche quello dell'ammontare dell'illecita dazione di denaro o altra utilità». Sull'immediata applicabilità del criterio di quantificazione ai giudizi in corso, si vedano ex multis C. conti, sez. giur. Emilia Romagna, 7 gennaio 2015, n. 1; C. conti, sez. giur. Emilia Romagna, 2 dicembre 2019, n. 179. Sull'applicabilità, anche dopo il 2012, del criterio equitativo per la quantificazione del danno all'immagine si veda ex multis C. conti, sez. giur. Emilia Romagna, 24 novembre 2017, n. 229 secondo cui la previsione normativa rimane integrata dal criterio equitativo «In assenza, peraltro, di criteri probatori utili, per certezza storica, ad accedere alla stima del danno all'immagine secondo la prescrizione normativa di cui sopra, il Collegio ritiene che possono sempre trovare applicazione gli ordinari criteri di quantificazione in via equitativa, ex art. 1226 c.c., del danno all'immagine in concreto risarcibile con riferimento alla gravità della condotta, alla qualifica rivestita dall'autore del danno, alla rilevanza nel settore di servizio delle istanze di legalità e di correttezza dell'agire dei dipendenti pubblici ed, infine, anche al c.d. *clamor fori*, i quali sono tutti utilizzabili per la stima delle somme necessarie a risarcire il danno e che conducono ugualmente a prospettare l'entità del danno all'immagine in una componente economica che confluisce nel valore risarcibile». Assumono rilievo in relazione all'*an* ed al *quantum* del danno all'immagine i seguenti elementi: l'attività dell'ente, organo, ufficio dell'autore del danno; la posizione funzionale dell'autore dell'illecito, che assume maggior gravità in caso di posizione di vertice; la sporadicità o la continuità o la reiterazione dei comportamenti illeciti; la necessità o meno di interventi sostitutivi o riparatori dell'attività illecitamente tenuta; in ipotesi di tangenti, l'entità del denaro ricevuto; la negativa impressione nell'opinione pubblica, tale da suscitare sfiducia nei confronti dell'ente.

passata in giudicato», statuisce implicitamente vere e proprie condizioni per la perseguibilità e la condanna dei dipendenti pubblici per il danno all'immagine⁷³. Pur nel limite dell'accertamento con sentenza passata in giudicato, la norma dunque sembrerebbe ampliare la gamma delle fattispecie criminose ad ogni reato potenzialmente offensivo dell'immagine della pubblica amministrazione⁷⁴. Anche se non più circoscritta, a seguito dell'abrogazione dell'art. 7, l. n. 97/2001, ai reati contro la pubblica amministrazione di cui al capo I, titolo II, libro II (artt. 314-355-*bis* c.p.)⁷⁵, non sembrerebbe però lasciar spazio a una interpretazione a tal punto estensiva da ricomprendere qualsivoglia tipologia di danno che provochi anche solo indirettamente sfiducia nel corretto funzionamento della pubblica amministrazione⁷⁶.

⁷³ *Ex multis* tra le ultime sentenze C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna 11 aprile 2019, n. 54; C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 19 giugno 2019, n. 84; C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 6 agosto 2019, n. 117; C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 9 ottobre 2019, n. 139.

⁷⁴ *Ex multis* C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 24 marzo 2017, n. 73; C. conti, sez. giur. Liguria, 10 dicembre 2019, n. 204; C. conti, sez. giur. Veneto, 15 febbraio 2019, n. 26. Secondo G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 298-301, le formule normative – “delitti contro la pubblica amministrazione” e “delitti commessi a danno delle pubbliche amministrazioni” – contenute rispettivamente nell'abrogato art. 7, l. n. 97/2001, e nell'art. 51, c. 7, d.lgs. n. 174/2016, «possono comunque ritenersi [...] del tutto equivalenti» in ragione dei canoni forniti dall'art. 12 delle preleggi.

⁷⁵ Altre sentenze valorizzano il disposto del secondo comma dell'art. 4, all. 3, d.lgs. n. 174/2016, secondo cui quando disposizioni vigenti (nel caso di specie il secondo periodo dell'art. 17, c. 30-*ter*, d.l. n. 78/2009) richiamano disposizioni abrogate dal c. 1 (l'art. 7, l. n. 97/2001) il riferimento agli istituti previsti da queste ultime si intende effettuato alle corrispondenti fattispecie disciplinate nel medesimo d.lgs. n. 174/2016; C. conti, sez. giur. Lombardia, 1 dicembre 2016, n. 201; C. conti, sez. giur. Piemonte, 30 giugno 2017, n. 56 e C. conti, sez. giur. Lombardia, 12 luglio 2017, n. 113. In dottrina si vedano E. Guarnieri, *Il regime delle azioni di rivalsa civile e amministrativa nell'ambito della responsabilità sanitaria. Considerazioni a margine della più recente riforma*, in questa *Rivista*, 2018, 1087-1089; L. D'Angelo, *Il danno all'immagine: premessa*, in *La giustizia contabile*, cit., 226, secondo cui «poiché nell'art. 51, comma 6, del codice, si fa espresso riferimento al danno all'immagine, il contenuto di detta norma, in combinato con il generale richiamo, nel successivo comma 7, a delitti commessi “a danno della PA” accertati con sentenza penale irrevocabile, conduce a ritenere che, ai fini dell'individuazione dei presupposti di che trattasi, tali reati siano da individuare, sul piano testuale e logico, senza la previgente delimitazione, in tutti i delitti commessi a danno delle pubbliche amministrazioni da dipendenti pubblici» ovvero dopo la novella del 2016 «qualsiasi delitto commesso da pubblici dipendenti (o da soggetti legati da rapporti di servizio alla p.a.) in danno della p.a., accertato con sentenza penale definitiva è idoneo a configurare – senza più la limitazione tipologica di cui all'abrogato art. 7 della l. n. 97 del 2001 – il presupposto per l'eventuale promovimento dell'azione risarcitoria per il danno all'immagine di cui al comma 6 dell'art. 51 del menzionato codice».

⁷⁶ C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 24 marzo 2017, n. 73 per esempio ha escluso

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

Le procure tuttavia spesso intraprendono azioni contabili per presunti danni all'immagine pur in assenza di sentenze di condanna per un reato contra la pubblica amministrazione. Tanto si riscontra in molti casi di assenteismo fraudolento nel pubblico impiego, in cui le procure, sull'assunto di una presunta natura speciale dell'art. 55-*quinquies* d.lgs. n. 165/2001, tendono a voler applicare regimi derogatori rispetto a quello generale, promuovendo azioni per danno all'immagine anche in assenza di una sentenza penale di condanna per un reato in danno alla pubblica amministrazione e ritenendo che l'art. 1, c. 1-*sexies*, l. n. 20/1994 riguardi fattispecie del tutto differenti⁷⁷.

La giurisprudenza contabile sembra tuttavia orientata nel ritenere che le condizioni per l'azione contabile per danno all'immagine previste dall'art. 1, c. 1-*sexies*, l. n. 20/1994 rappresentino veri e propri «presupposti di proponibilità dell'azione»⁷⁸.

Di quei presupposti di proponibilità occorrerà dunque tener conto anche nelle azioni di responsabilità per danno erariale promosse nei confronti del R.P.C.

la risarcibilità del danno all'immagine in presenza di una condanna per violenza sessuale: «Pertanto, posto che le norme in vigore sopra richiamate indicano, come presupposto per la risarcibilità del danno all'immagine, l'esistenza di una condanna definitiva per reati contro la pubblica amministrazione, la semplice occasionalità delle condotte del OMISSIS in un contesto sanitario aperto alla collettività, per reati contro la persona, non consente di poter riconoscere nelle sue condotte l'offesa diretta ed immediata al bene giuridico dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, tipico dei reati specifici contro la pubblica amministrazione, e che si può ravvisare anche in altre fattispecie lesive dell'attività amministrativa, come alcuni reati contro la fede pubblica o la salute pubblica. In tal senso, spetta all'interprete la verifica caso per caso dell'attitudine offensiva all'amministrazione pubblica delle fattispecie penali sulle quali poter fondare un'azione di responsabilità erariale per danno all'immagine compatibile con i criteri enunciati dall'art. 1, comma 1 *sexies*, legge n. 20/1994, nella sua attuale formulazione».

⁷⁷ *Ex multis* C. conti, sez. I app., 18 luglio 2016, n. 262; C. conti, sez. I app., 11 settembre 2015, n. 476.

⁷⁸ Cfr. C. conti, sez. giur. Emilia-Romagna, 17 settembre 2018, n. 165: «Tali elementi, pur peculiari (ma non estranei alla produzione legislativa di urgenza), non sono tuttavia idonei ad inficiare la natura del danno in questione, qualificato dalla stessa norma come danno "d'immagine" (art. dall'art. 54-*quater*, comma 3-*quater*, secondo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001) e dunque da ricondurre alla disciplina, sopra ricordata, del *genus* "danno all'immagine" della pubblica amministrazione; diversamente opinando si arriverebbe alla conclusione dell'introduzione nell'ordinamento, non tanto di un'ipotesi speciale di danno d'immagine, bensì di una vera e propria sanzione amministrativa (in ordine alla quale sarebbero da svolgere sul piano sistematico più ampi approfondimenti), disancorata dal giudizio penale, derivante da un *clamor* mediatico che, nel prosieguo potrebbe, in ipotesi, neppure trovare una conferma».

6. Responsabilità per danno erariale e per danno all'immagine del responsabile della prevenzione della corruzione: criticità e contraddizioni

Così delineati i presupposti fondanti del ragionamento, tanto sotto il profilo soggettivo quanto sotto il profilo della qualificazione del danno erariale risarcibile, si può dunque tentare di trarne considerazioni sistematiche.

L'esame congiunto delle norme sulla prevenzione della corruzione e della responsabilità per danno erariale, ovvero della responsabilità amministrativa del responsabile della prevenzione, non può che principiare dall'analisi dell'art. 1, c. 12, l. n. 190/2012 che testualmente prevede che «In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze: a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano».

Occorre in via preliminare fare una precisazione, e, in particolare, distinguere la responsabilità diretta del RPC dalla responsabilità configurata dalla norma.

La prima forma di responsabilità non pone particolari problemi, nel senso che in presenza dei presupposti previsti dalla legge, non vi è dubbio che il RPC che abbia commesso fatti penalmente rilevanti, riconducibili alle fattispecie di cui agli artt. 314 ss. c.p., possa essere chiamato a rispondere delle varie tipologie di danno erariale declinate dalla giurisprudenza contabile, *in primis*, in presenza di una sentenza di condanna definitiva, del danno all'immagine causato alla pubblica amministrazione (*supra* par. 4 e 5). Alle stesse conclusioni dovrebbe giungersi nell'ipotesi di compartecipazione ad un fatto corruttivo che provochi un danno erariale, in quanto anche la normativa contabile, come quella penale, conosce l'ipotesi di concorso di persone (art. 1, c. 1-*quinquies*, l. n. 20/1994)⁷⁹.

⁷⁹ La l. n. 190/2012 non ha previsto una responsabilità penale per omissione del RPC, ma la stessa può discendere dall'art. 110 c.p. in materia di concorso di persone nel reato. Secondo la giurisprudenza penale infatti, per rispondere di concorso doloso nel reato è sufficiente aver fornito un contributo causale che abbia almeno agevolato la commissione del delitto, per esempio l'aver consapevolmente ommesso di aver richiesto al dirigente responsabile i necessari provvedimenti nei confronti del dipendente che sappia concussore o corrotto; si

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

La responsabilità per danno erariale e all'immagine delineata dall'art. 1, c. 12, l. n. 190/2012 solleva invece una serie di questioni.

Innanzitutto, alla luce di quanto evidenziato sopra (*supra* par. 5), il presunto danno del c. 12 è difficilmente inquadrabile nei presupposti generali del danno all'immagine previsti dall'art. 1, c. 1-sexies, l. n. 20/1994 e ritenuti da parte della giurisprudenza contabile indefettibili condizioni per la proponibilità dell'azione. In questo caso, infatti, il RPC non risponde del danno direttamente «derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato», dal momento che manca una sentenza definitiva di condanna nei suoi confronti.

Si è tuttavia ampiamente detto che, alla luce della oramai consolidata giurisprudenza contabile, in mancanza di una sentenza definitiva di condanna per un reato contro la pubblica amministrazione, il danno all'immagine non è contestabile. Il rigore della Corte dei conti sui presupposti di proponibilità dell'azione spiegherebbe perché dal 2012 la norma risulti sostanzialmente inapplicata e non si rinvengano ad oggi azioni della procura contabile nei confronti del RPC, che sarebbe chiamato a rispondere, come si dirà, non per fatto proprio ma per fatto altrui.

Oltre alle evidenziate difficoltà di contestazione del danno, indubbe sono le criticità di inquadramento della responsabilità. Per le considerazioni che si andranno a svolgere e sulla base di quelle già fatte, la responsabilità del RPC sembrerebbe assumere i connotati di una responsabilità indiretta, con evidenti connotati oggettivi.

Tradizionalmente la responsabilità amministrativa è definita come meccanismo di imputazione delle conseguenze del proprio agire o non agire, nel senso che il soggetto responsabile è il soggetto che ha il potere di fare, l'obbligo di adempiere e dunque il dovere di rispondere delle sue azioni⁸⁰. Nel caso di specie sembrerebbe venir meno il collegamento tra imputazione formale e sostanziale della responsabilità. Quando all'interno dell'amministrazione si verifica un fatto corruttivo, accertato con sentenza passata in giudicato, infatti, il responsabile di fatto ne risponde anche se non lo ha commesso. Non risponde cioè per il fatto corruttivo in sé, ma per il semplice fatto che lo stesso si è verificato, come se nel suo "potere di fare"

veda in giurisprudenza *ex multis* Cass., 10 gennaio 2017, n. 29219. La dottrina penalistica esclude invece il concorso colposo nel reato doloso altrui, pertanto il RPC non potrà essere chiamato a rispondere del reato commesso da altri quando colposamente non abbia per esempio adottato un piano triennale efficace; in dottrina M. Orefice, *La responsabilità connessa alla realizzazione del piano anticorruzione: le modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, Relazione al Convenzione di Varenna 19-21 settembre 2013.*

⁸⁰ L. Torchia, *La responsabilità*, cit.

dovesse rientrare anche quello di impedire il verificarsi di fatti corruttivi. Questa è un primo elemento di difficoltà che si incontra nell'inquadrare la responsabilità per danno erariale del RPC.

A questo si aggiunge che, alla luce del sistema organizzativo sopra descritto (*supra* par. 3), risulta di difficile comprensione la ragione per cui l'unico soggetto chiamato a rispondere debba essere il RPC. La l. n. n. 190 prima, l'ANAC e la giurisprudenza poi, hanno definito un sistema che come già detto, vede più soggetti coinvolti nella prevenzione della corruzione e stabilisce in maniera dettagliata i compiti di ciascuno. Il coinvolgimento di più soggetti nella prevenzione della corruzione dovrebbe portare a ritenere l'intero apparato amministrativo responsabile o quantomeno corresponsabile del proprio comportamento e del mancato raggiungimento del risultato. In un sistema definito dalla dottrina "a rete"⁸¹, in cui il RPC fa da regista e, soprattutto nelle amministrazioni più complesse, è dotato di un vero e proprio "staff" organizzativo, al sistema di imputazione delle decisioni non sembra corrispondere un'adeguata equiparazione sul piano delle responsabilità⁸². Anche perché, come meglio precisato nella delibera dell'ANAC n. 840/2018, in materia di prevenzione della corruzione, è escluso che al RPC spetti anche il «compito di accertare responsabilità e svolgere direttamente controlli di legittimità e di regolarità amministrativa e contabile»⁸³.

Potrebbe obiettarsi che in un sistema così complesso è tutt'altro che scontato individuare il soggetto cui imputare il comportamento, ancor prima del soggetto direttamente responsabile, perché compiti e funzioni sono spesso sovrapposti, perché quando l'analisi si sposta dall'astratto al concreto le relazioni diventano atipiche, perché i rapporti tra organo di indirizzo politico e di gestione sono alterati e spesso invertiti, perché non è infrequente che gli organi di indirizzo politico condizionino i dirigenti e gli organi esecutivi inducano le decisioni politiche.

Sia consentito però, in conclusione del presente lavoro, formulare qual-

⁸¹ Parla di programmazione a cascata e di progettazione a rete S. Pilato, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, cit., 393 secondo cui «nella programmazione a cascata e nella progettazione a rete, i processi *top down* (dall'alto verso il basso) s'intersecano e sono reciprocamente integrati ai processi *bottom up* (dal basso verso l'alto), al fine di realizzare un'architettura di sistema aperta, variabile e partecipata».

⁸² Evidenzia tale problematica G. Martellino, *Il responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza*, cit.

⁸³ Diversamente in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi, il RPC ha da un lato il potere di dichiarare nullo l'incarico e dall'altro un potere sanzionatorio nei confronti degli autori della nomina dichiarata nulla perché inconfiribile, sul punto si veda ANAC, delibera n. 833/2016.

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

che perplessità sulla strada intrapresa dal legislatore, che, prescindendo da ogni analisi della condotta, della realtà, dell'essere piuttosto che del dover essere, stigmatizza in capo al RPC una responsabilità di fatto da posizione⁸⁴. L'impressione, in altri termini, è che dietro all'art. 1, c. 12 vi sia più la preoccupazione di dover individuare un colpevole sul quale di fatto concentrare tutte le colpe organizzative dell'amministrazione, piuttosto che quella di atenersi ai canoni tradizionali di accertamento della responsabilità.

Vi è poi un'ulteriore criticità. L'errore in cui è facile incorrere potrebbe essere quello di ragionare in termini di responsabilità *per culpa in vigilando*⁸⁵, assimilando la responsabilità del RPC a quella degli organi apicali gestionali dell'amministrazione per omesso, inadeguato o tardivo controllo sulla condotta dei propri subordinati, che si sia tradotto in un danno per l'erario. Tuttavia, la responsabilità di cui trattasi non può essere iscritta nella categoria della responsabilità *per culpa in vigilando* in quanto il RPC non ha alcun potere di controllo sui soggetti a vario titolo coinvolti nella prevenzione della corruzione. Non ha un potere di sorveglianza né sull'operato dell'organo politico che dovrebbe assicurare l'attuazione del piano, né sui dirigenti e sui dipendenti dell'amministrazione che dovrebbero aderire complessivamente alle specifiche misure previste in sede di pianificazione. Non vi sarebbero dunque i presupposti tradizionalmente richiesti per la configurazione della responsabilità *per culpa in vigilando*, rappresentati tanto dal dovere di sorveglianza di un soggetto sull'altro quanto dal verificarsi del fatto del sorvegliato per effetto dell'omessa sorveglianza del sorvegliante⁸⁶.

Ma vi è un altro dato cui si è accennato in precedenza e di cui si deve tener conto. Soprattutto negli enti di piccole dimensioni, il ruolo di RPC può essere ricoperto da un soggetto non apicale e talvolta anche non dirigente. Ma se così è, da un lato si sgombra il campo da qualsivoglia richiamo alla responsabilità *per culpa in vigilando* dell'apicale, dall'altro lato diviene lecito interrogarsi sulla compatibilità tra le mansioni ricoperte dal RPC e

⁸⁴ Esprime perplessità in tal senso anche F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit., 13 secondo cui «La responsabilità del RPC sembra disciplinata in modo infelice».

⁸⁵ Sulla responsabilità da omessa vigilanza si vedano M. Dentamaro, *Responsabilità dei controllori per concorso nella produzione del danno erariale*, in *Riv. C. Conti*, 1995, 265 ss.; V. Tenore, *Omissioni e ritardi procedurali della pubblica amministrazione: prontuario degli strumenti di tutela del cittadino*, in *Enti pubblici*, 1999, 2 ss.; G. Capone, *La giurisprudenza contabile dopo le innovazioni legislative. Sub. omessa vigilanza (specie sui dipendenti)*, in *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, a cura di E.F. Schlitzer, Milano, Giuffrè, 2002, 364 ss.; S. Cimini, *La responsabilità amministrativa e contabile*, cit., 168 ss.

⁸⁶ *Ex multis* Cass., sez. III, 26 gennaio 2016, n. 1321; Cass., sez. III, 19 novembre 2010, n. 23464.

le responsabilità allo stesso ascrivibili. Il *favor* del legislatore per l'esercizio associato delle funzioni fondamentali, tra cui appunto quelle in tema di prevenzione della corruzione, ben evidenziato da ANAC nel PNA 2016⁸⁷, pone sotto questo profilo maggiori criticità sul sistema contrattuale che su quello della prevenzione della corruzione. Un soggetto non apicale, o addirittura semplicemente titolare di una posizione organizzativa potrebbe infatti essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 1, c. 12 per un ruolo che esula dalle mansioni per le quali è stato assunto. La soluzione a tale ultima criticità si trova però fuori dal sistema di prevenzione della corruzione e riguarda l'inquadramento del dipendente e i compiti concreti, che, anche se non corrispondono a quelli per i quali è stato assunto, gli vengono successivamente affidati.

Ciò detto con riguardo alla presunta responsabilità *per culpa in vigilando*, per ovviare alle difficoltà evidenziate, altra parte della dottrina ha fatto ricorso alla figura della responsabilità sussidiaria ritenendo che il RPC «potrà essere chiamato a rispondere per una condotta gravemente colposa, con la conseguenza che, rispetto agli autori dei reati la sua responsabilità risulterà solo sussidiaria, quale concorso colposo nell'illecito amministrativo-patrimoniale realizzato dolosamente dal funzionario corrotto»⁸⁸. Anche questa tesi non è però condivisibile perché l'interpretazione letterale della norma condurrebbe a conclusioni diverse: il c. 12, infatti, non sembra né imputare al RPC il fatto di aver agevolato, o non ostacolato, l'azione dolosa del responsabile principale dell'illecito, né imporre alla Procura di agire prima nei confronti dell'obbligato principale (il funzionario corrotto) e poi, in caso di esito negativo, nei confronti del RPC quale responsabile sussidiario⁸⁹.

Vi è infine un quarto elemento di frizione e di difficile inquadramento. Il c. 12 dell'art. 1 delinea un regime probatorio peculiare, imponendo al RPC, per andare esente da responsabilità, di dimostrare di aver predisposto il piano triennale di prevenzione della corruzione prima della

⁸⁷ ANAC, delibera 3 agosto 2016, n. 831, spec. 41.

⁸⁸ In tal senso F. Cerioni, *La responsabilità amministrativa dei dirigenti e dei funzionari delle p.a. e delle società "controllate" per la violazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla trasparenza*, cit.

⁸⁹ A partire da C. conti, sez. riun., 19 gennaio 1999, n. 4 la responsabilità sussidiaria è così definita: «quando concorrono nella produzione dell'evento dannoso condotte dolose e condotte colpose, occorre individuare come obbligazione principale, di carattere restitutorio quella del soggetto cui sia imputato di aver agito con dolo, e come obbligazione sussidiaria, di carattere risarcitoria quella facente carico al corresponsabile che abbia agito con colpa grave. Da ciò deriva l'obbligo di eseguire la sentenza di condanna prima nei confronti del debitore principale e poi, subordinatamente al non esito di tale tentativo, nei confronti del debitore sussidiario, nei limiti della somma al cui pagamento sia stato condannato».

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

commissione del fatto, di aver osservato le prescrizioni di cui ai c. 9 e 10 e di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano. Il sistema di esonero dalla responsabilità del RPC è stato estrapolato dal decreto sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) che all'art. 6 prevede un analogo meccanismo di inversione dell'onere della prova a carico dell'ente nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un soggetto apicale⁹⁰. Non è tuttavia possibile trarre suggestioni interpretative da quel complesso normativo perché i due modelli di prevenzione presentano evidenti differenze⁹¹, prima tra tutte, e ai fini che qui interessano, il fatto che mentre il d.lgs. n. 231/2001 fa ricadere la responsabilità per il reato commesso dal suo dipendente sull'ente stesso, la l. n. 190/2012 riversa la responsabilità non sull'amministrazione in quanto tale, ma esclusivamente sul RPC.

Leggendo la norma, il dubbio che si pone è che dietro a quello che a prima vista sembrerebbe un meccanismo di inversione dell'onere della prova⁹², vi sia una sorta di «presunzione di responsabilità». Le prescrizioni di cui ai c. 9 e 10, il primo avente ad oggetto le indicazioni che devono essere contenute nei PTPC e il secondo relativo ai compiti del RPC, sono, infatti, di portata talmente ampia che di fatto il RPC deve dimostrare adempimenti che vanno ben oltre alla prova della diligenza richiesta ai soggetti apicali⁹³.

⁹⁰ L'art. 6, c. 1 espressamente prevede che: «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».

⁹¹ È estraneo al presente contributo il tema della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, per un'analisi comparata si vedano *ex multis* G. Caputi, *La disciplina anticorruzione e i modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 l'applicazione delle norme sulla prevenzione della corruzione alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 453 ss.; A. Rossi, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico e i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 44 ss.; F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit.

⁹² Sulle fattispecie di inversione dell'onere della prova e sulle presunzioni si veda S. Patti, *Delle prove. Sub. Art. 2967*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di F. Galgano, Bologna, Zanichelli, 97 ss.

⁹³ Sulla prova dell'elemento soggettivo e sull'evoluzione del concetto di colpa grave nella giurisprudenza contabile si vedano tra i tanti E. Bonelli, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi vent'anni dalla legge 20 dicembre 1996*

In dottrina si è tentato di ricondurre l'aggravamento dell'onere della prova liberatoria nel regime giuridico generale della responsabilità pubblica, facendo riferimento alla responsabilità dell'agente contabile e al giudizio di conto sull'assunto che «ad ogni differenziazione giuridica *in peius* di una posizione soggettiva [...] non corrisponde mai alcuna deroga ai principi di prova degli elementi costitutivi della fattispecie dannosa»⁹⁴.

Mi pare però più convincente pensare che la norma sia così costruita per legittimare la vigenza del principio «nessuna responsabilità senza colpa», ma che sia lo stesso contenuto dell'onere della prova (o meglio della presunzione di responsabilità) a smentire quel principio.

In altri termini, da criterio per far dipendere gli effetti della fattispecie dall'esito della mancata prova, diviene essa stessa fattispecie, nella parte in cui la prova dell'insufficienza delle misure di prevenzione della corruzione consiste proprio nella verifica dell'evento. L'oggetto della prova consiste dunque non tanto nella dimostrazione della diligenza o della perizia espletata, bensì nell'individuazione del fatto positivo dal quale è derivato l'evento, sull'assunto però che una volta verificato sia comunque imputabile al RPC.

Le contraddizioni evidenziate e le considerazioni svolte, in definitiva, confortano l'impressione che il RPC sia assunto a garante del rischio causato dal comportamento illecito all'interno dell'amministrazione e che, nell'ambito della responsabilità per danno erariale del RPC, il danno all'immagine sia sostanzialmente presunto e il principio «nessuna responsabilità senza colpa», che peraltro in tempi di Covid-19 il legislatore sta tentando di

n. 639, in *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, cit., 275 ss.; G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit.; S. Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2008; Id., *Colpa della p.a. e colpa grave del dipendente pubblico*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 3341 ss.; M.A. Sandulli, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *federalismi.it*.

⁹⁴ Cfr. S. Pilato, *La responsabilità amministrativa*, cit., 394, secondo cui «l'imputazione delle responsabilità dirigenziali, disciplinari ed amministrative e l'apparente regime d'inversione dell'onere della prova liberatoria, non possono però né ignorare, né modificare i regimi giuridici generali delle singole responsabilità pubbliche, e non possono neppure derogare i principi di proporzionalità e di adeguatezza, che contraddistinguono l'applicazione di qualsiasi tipo di sanzione con le garanzie del contraddittorio. [...] La conseguenza è che il pubblico ministero non può avvalersi di alcuna interpretazione orientata ad alleviare il dovere di ricerca e di allegazione di tutti gli elementi probatori, necessari alla completa ricostruzione del fatto, ed alla imputazione soggettiva degli addebiti personali. La posizione processuale del RPC è – però – differenziata sotto il profilo probatorio, poiché il Giudice dovrà valutare con particolare rigore i profili inerenti l'efficacia e l'idoneità delle misure di prevenzione amministrativa».

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

elevare al principio «nessuna responsabilità senza dolo», di fatto privato del suo essenziale contenuto.

7. Brevi considerazioni conclusive

A margine delle considerazioni fatte, l'unica conclusione che sembra essere plausibile è quella di definire la responsabilità del R-pc come una forma di responsabilità indiretta, che prescinde dall'elemento soggettivo del dolo e della colpa grave, una sorta di "colpa di organizzazione"⁹⁵ per il ruolo apicale rivestito con evidenti connotati oggettivi.

Nel tentativo di individuare una base giuridica, anche al di fuori della disciplina propria della responsabilità amministrativa, che generalmente è una responsabilità per dolo e colpa grave in cui il pubblico funzionario risponde del danno cagionato all'amministrazione, il richiamo potrebbe essere all'art. 2049 c.c.⁹⁶. La responsabilità dei padroni e dei committenti per l'operato dei propri preposti è infatti tradizionalmente riconosciuta per il semplice fatto di avvalersene e viene inquadrata dalla migliore dottrina civilistica nell'ambito della responsabilità per l'esercizio dell'impresa, indipendentemente dalla prova di qualsivoglia elemento soggettivo, ed anzi senza possibilità di alcuna

⁹⁵ F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit.; F. Cerioni, *La responsabilità amministrativa dei dirigenti e dei funzionari delle p.a.*, cit.; M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni*, cit., 672 *contra* S. Pilato, *La responsabilità amministrativa*, cit., 394 che richiama i principi giurisprudenziali sulla causalità degli atti di gestione, sulla colpa nei comportamenti di agevolazione colposa e sulla determinazione della quota dell'addebito nella misura della partecipazione causale e fa riferimento alla responsabilità dell'agente contabile ed alla struttura giuridica del giudizio di conto «per non incorrere nel facile errore del rinvio alla categoria della responsabilità oggettiva».

⁹⁶ Sulla responsabilità dei padroni e dei committenti G. Anzani, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e responsabilità per fatto dei preposti: fattispecie a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 430 ss.; M. Comperti, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2009, 3 ss. Secondo F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, Cedam, 318 ss. la responsabilità dell'art. 2049 «ha finito per diventare una sorta di clausola generale della responsabilità indiretta» in presenza di un linguaggio legislativo antiquato e delle applicazioni giurisprudenziali che ne sono seguite; M. Franzoni, *Dei fatti illeciti. Sub. Art. 2049*, in *Commentario del Codice Civile*, cit., 398 ss.; *contra* R. Scognamiglio, *Responsabilità per fatto altrui* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, 697 ss., secondo cui il fondamento della responsabilità risiederebbe nel fare «agire altri per sé»; nello stesso senso U. Ruffolo, *La responsabilità vicaria*, Milano, Giuffrè, 1976, 43 ss. secondo cui quella del padrone non è una responsabilità indiretta in quanto fondata sull'uso strumentale della persona altrui; dello stesso avviso G. Alpa, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e gestioni*, Bologna, il Mulino, 1991, 309 ss.

prova liberatoria⁹⁷. Se il richiamo all'art. 2049 c.c. potrebbe risultare improprio nella parte in cui il RPC più che avvalersi dell'attività altrui, è tenuto, al pari dei "preposti" a rispettare e a dare attuazione alle norme di prevenzione della corruzione, pare invece utile sotto il profilo della natura sicuramente indiretta e oggettiva della responsabilità del RPC, che «nasce sul preposto e si propaga sul preponente»⁹⁸.

Dal 2012 ad oggi non si trovano, come già evidenziato, nella giurisprudenza contabile pronunce di condanna o di assoluzione del RPC per la fattispecie di cui al c. 12 dell'art. 1, ma questo non rappresenta un dato sufficiente per rivedere le proprie conclusioni sulla natura della responsabilità.

Il tema della responsabilità erariale così impostato fa emergere un ulteriore problema, che si è accennato in precedenza e che seppure estraneo alle tematiche oggetto del presente lavoro, per completezza è utile quantomeno richiamare al termine di queste considerazioni. La responsabilità del RPC, come detto, trova fondamento nel ruolo apicale rivestito e l'art. 1, c. 12 prescinde da una verifica in concreto della qualifica del soggetto nell'organigramma dell'amministrazione. Tuttavia, come evidenziato (*supra* par. 3), potrebbe verificarsi il caso, soprattutto nelle amministrazioni di ridotte dimensioni, che il RPC non sia un soggetto apicale. Alla luce delle considerazioni svolte però quando il soggetto non riveste un ruolo apicale, sarebbe chiamato a rispondere ben oltre quelle che sono le sue mansioni, con sicuri risvolti problematici anche dal punto di vista del diritto del lavoro.

In conclusione, non resta che prendere atto delle contraddizioni e delle criticità che la responsabilità del RPC solleva, ma quello che più preoccupa sono i potenziali risvolti negativi sull'effettività del sistema di prevenzione della corruzione.

Da un lato, infatti, per come è pensata l'organizzazione delle amministrazioni nell'ottica della prevenzione della corruzione, la responsabilità esclusiva del RPC di fatto rischia di deresponsabilizzare gli altri soggetti coinvolti nel sistema di prevenzione della corruzione.

Dall'altro lato, la "paura" della Corte dei conti e di una condanna "senza colpa" (o addirittura "senza danno"), allo stato forse frutto più di una suggestione che di un'evidenza⁹⁹, può avere un effetto di paralisi e di fuga dalle

⁹⁷ In tema di responsabilità oggettiva sia consentito richiamare tra i molti P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961; G. Levi, *Responsabilità civile e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1986; P. Forchielli, *Responsabilità oggettiva* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991.

⁹⁸ M. Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, cit., 94.

⁹⁹ E. D'Alterio, *Come le attività della Corte dei Conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2019, 39 ss.

prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale

decisioni per il R.P.C., con il rischio che sia l'intero sistema di prevenzione della corruzione a risentirne in termini di efficienza¹⁰⁰.

L'esigenza di ridefinizione dei ruoli, dei poteri, ma soprattutto, alla luce di quanto si è provato a dimostrare, delle responsabilità dei soggetti interni all'amministrazione e che intervengono nei relativi processi e procedimenti¹⁰¹, rappresentano dunque una priorità¹⁰², a meno che non ci si voglia definitivamente arrendere a quella che è stata efficacemente definita «un'amministrazione difensiva»¹⁰³.

Abstract

The article deals with the prevention of corruption in the perspective of fiscal damage, by focusing on the liability for fiscal damage of the Head of Prevention of corruption provided by art. 1, c. 12, l. 190/2012.

After some considerations on the nature of the provisions contained in the National Anti-corruption Plan, in relation to the three-year plans adopted by administrations, and on the role of the Head of Prevention of corruption in the overall system outlined by law 190/2012, the article deals with the fiscal damage, and specifically with the regulatory and jurisprudential evolution that has characterized the damage to the image.

The analysis of art. 1, c. 12 represents an opportunity to discuss these two topics jointly and to reach the conclusion that the responsibility of the Head of Prevention of corruption seems to represent an hypothesis of objective liability, with negative effects on the anticorruption system.

¹⁰⁰ In tal senso anche A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti*, cit.; M. Delsignore e M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, cit.

¹⁰¹ A tal proposito, si richiama l'art. 7, l. n. 124/2015 che ha delineato la necessità di una «ridefinizione dei ruoli, dei poteri e delle responsabilità dei soggetti interni che intervengono nei relativi processi».

¹⁰² L'art. 21, c. 2, d.l. n. 76/2020, come già evidenziato, interviene su questo specifico punto, limitando, ancorché con norma transitoria la responsabilità ai soli casi di condotta attiva dolosa, con conseguenze anche sull'eventuale responsabilità per danno erariale del R.P.C.

¹⁰³ S. Battini e F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.; si esprime in termini di «burocrazia difensiva» M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, 625 ss.

ARTICOLI

FRANCESCO GASPARI

LA REGOLAZIONE DELLA MOBILITÀ URBANA SOSTENIBILE E I LIMITI DEL *GREEN DEAL* DELL'UNIONE EUROPEA. OVVERO, IL RUOLO DELLO STATO ALL'ALBA DELLA POST-GLOBALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. La mobilità urbana sostenibile e il c.d. *Green Deal* dell'Unione europea. – 2. I costi sociali dell'attuale sistema di trasporti su strada. – 2.1 Inquinamento ambientale. – 2.2. La sicurezza stradale e i costi della circolazione. – 3. Il trasporto pubblico locale in alcuni modelli “virtuosi”. – 3.1. Il caso del Lussemburgo e le iniziative del Governo tedesco. – 3.2. Possibili scenari del trasporto pubblico gratuito in Italia tra Stato “facilitatore” e de-economicizzazione delle attività economiche. Ovvero, la *mobilità come servizio* ai cittadini o la *mobilità al servizio* dei cittadini? – 4. Il fondamento giuridico e costituzionale del nuovo approccio alla mobilità sostenibile. – 5. La transizione verso una nuova civiltà urbana e la mobilità sostenibile.

1. La mobilità urbana sostenibile e il c.d. *Green Deal* dell'Unione europea

Il tema della mobilità sostenibile è oggetto di diversi studi, anche di carattere interdisciplinare, essendo trasversale a molteplici discipline scientifiche¹. Si tratta di un tema che si inserisce – e viene generalmente collocato – nel più ampio dibattito relativo allo sviluppo sostenibile².

¹ Sulla sostenibilità ambientale collegata ai trasporti si veda, tra le diverse opere, F. Pellegrino, *Sviluppo sostenibile dei trasporti marittimi comunitari*, Milano, Giuffrè, 2010; M. Badagliacca, *L'evoluzione della politica europea dei trasporti nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'integrazione dei trasporti*, in *Giureta*, 2013, 165 ss.

² Cfr. in generale sul punto Comunicazione della Commissione, *L'Europa in movimento. Una mobilità sostenibile per l'Europa: sicura, interconnessa e pulita*, COM(2018) 293 final, 17 maggio 2018; Commissione europea, *Libro Bianco. Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, COM(2011) 144 definitivo, 28 marzo 2011, punto 1 e *passim*. Si veda, altresì, risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011, recante *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, 2011/2096(INI), punto A); parere del Comitato

Emblematico, sotto tale profilo, è l'approccio seguito dalla Commissione europea per garantire che le politiche di mobilità dell'Unione rispecchino le priorità politiche annunciate a settembre 2017 dal(l'allora) presidente della Commissione europea Juncker nel suo discorso sullo stato dell'Unione³. Egli, subito dopo la prima priorità politica dell'Unione – che è quella di rafforzare l'agenda commerciale – presenta la «nuova strategia di politica industriale», affermando che l'obiettivo dell'Unione è quello di «aiutare le nostre industrie a rimanere o diventare leader indiscusse dell'innovazione, della digitalizzazione e della decarbonizzazione»⁴. L'obiettivo politico è dunque chiaro: rafforzare la posizione commerciale dell'Unione aiutando le imprese ad essere competitive ed efficienti⁵. Tale obiettivo risulta essere ancor più chiaro nel quadro del c.d. *Green Deal dell'Unione europea*, adottato a dicembre 2019⁶ e parte integrante

economico e sociale europeo (CESE) su *Il ruolo dei trasporti nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile e le implicazioni che ne derivano per la definizione delle politiche dell'UE*, 11 luglio 2018. La letteratura (non solo giuridica) in materia di sviluppo sostenibile è molto ampia e qui non integralmente riproducibile. Ci limitiamo, dunque, in questa sede a richiamare, senza alcuna pretesa di completezza, alcune tra le opere più diffuse, tra cui F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 433 ss.; ID., *Climate change e diritto: alla ricerca del corretto approccio metodologico del giurista di fronte ai problemi dello sviluppo sostenibile*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2010, n. 1, 67 ss.; ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G.P. Rossi, Torino, Giappichelli, 2017, 182 ss.; ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; C. Salazar, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: riflessioni su un tema complesso*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 2387 ss.; *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G.F. Cartei, Torino, Giappichelli, 2013; *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, diretto da M.A. Sandulli e R. Ferrara, Milano, Giuffrè, 2014.

³ Commissione europea, Discorso del presidente J.-C. Juncker sullo stato dell'Unione 2017, 13 settembre 2017.

⁴ Commissione europea, Discorso sullo stato dell'Unione 2017, cit., 3.

⁵ Un tale obiettivo sembra emergere anche da una recente *Indagine conoscitiva su Auto e Mobilità 4.0*, avviata con decisione adottata il 15 gennaio 2020 dalle Commissioni riunite Trasporti (IX) e Attività produttive (X). Nel programma di tale Indagine reso noto nella riunione del 5 febbraio 2020 si rileva che «nel nostro Paese [...] il settore dell'automobile ha un importante impatto nell'economia nazionale, con un volume di affari di oltre 196.000 milioni di euro, pari al 11,2 per cento del PIL». Si mette poi in evidenza la necessità che «la transizione verso la decarbonizzazione, l'avvento dell'auto a guida autonoma e l'affermarsi di soluzioni di mobilità condivisa [...] non si risolva [...] in un danno al sistema produttivo nazionale ma consentano una ripresa del settore». Anche qui dunque la prospettiva di fatto esclusiva da cui si osserva il fenomeno è quello del mercato.

⁶ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal Europeo*, COM(2019) 640 final, 11 dicembre 2019. A seguito di tale comunicazione è stata emanata una risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 sul *Green Deal* dell'Unione europea e, più recentemente,

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

delle priorità annunciate negli orientamenti politici della (nuova) presidente della Commissione von der Leyen⁷, la quale, nel chiarirne la portata, ha, infatti, affermato che «[i]l Green Deal europeo è la nostra nuova strategia per la crescita»⁸. Tale approccio è confermato dalla proposta di legge dell'Unione europea sul clima, nella quale si legge che detta legge ha come obiettivo quello di contribuire «to the implementation of the Sustainable Development Goals»⁹.

Pur essendo la gestione sostenibile della mobilità urbana¹⁰ di competenza degli Stati membri e delle città dell'Unione (alla luce del principio di sussidiarietà), la Commissione è comunque intervenuta in tale ambito¹¹, adottando diverse misure, tra cui il pacchetto sulla mobilità urbana del 2013¹². Successivamente, la Commissione ha adottato la Strategia per una mobilità a basse emissioni¹³, nonché tre pacchetti di misure. I primi due “pacchetti per

la Commissione ha elaborato una proposta per una legge dell'Unione sul clima: *European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law)*, COM(2020) 80 final, 4 Marzo 2020.

⁷ Commissione, COM(2019) 640, par. 1, 3.

⁸ Commissione europea, *Che cos'è il Green Deal europeo?*, Scheda informativa, 11 dicembre 2019, consultabile alla pagina web https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/fs_19_6714. Tale nuovo quadro politico «avrà tra i suoi obiettivi principali quello di stimolare lo sviluppo di mercati guida per la neutralità climatica e i prodotti circolari, all'interno come all'esterno dell'UE»: Commissione, COM(2019) 640, par. 2.1.3, 8.

⁹ Commission, COM(2020) 80, par. 1, 2, dell'*Explanatory Memorandum*.

¹⁰ La mobilità urbana è stata definita come «la facilità con cui le persone possono raggiungere destinazioni in aree urbane grazie alle reti di trasporto e ai servizi disponibili»: così C. conti Eu, sez. II, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE: senza l'impegno degli Stati membri non potranno essere apportati miglioramenti sostanziali*, Relazione speciale, 5 febbraio 2020, 6.

¹¹ Cfr. C. conti Eu, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., p. 4.

¹² Cfr. Comunicazione della Commissione, *Insieme verso una mobilità urbana competitiva ed efficace sul piano delle risorse*, COM(2013) 913 final, 17 dicembre 2013. Si veda inoltre https://ec.europa.eu/transport/themes/clean-transport-urban-transport/urban-mobility/urban-mobility-package_en. Per un quadro delle iniziative intraprese a livello dell'Unione (in particolare ad opera della Commissione) nella materia che ci occupa si veda C. conti Eu, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 7 ss. Su tali aspetti si veda, altresì, il Piano Strategico Nazionale della Mobilità Sostenibile (PSNMS), predisposto ai sensi dell'art. 1, c. 613, l. 11 dicembre 2016, n. 232 (legge di bilancio 2017), e adottato con d.P.C. 30 aprile 2019, pp. 9 ss., che si sofferma anche sul recepimento degli “indirizzi europei” nella legislazione italiana (ivi, 12 ss.). Sulla natura giuridica del Piano si veda C. cost., 19 aprile 2018, n. 78, secondo cui il Piano «non solo costituisce strumento di natura strategica e carattere programmatico, ma contiene, altresì, fondamentali indicazioni concretamente operative per lo sviluppo del sistema del trasporto pubblico locale, funzionali a realizzare la mobilità sostenibile».

¹³ Comunicazione della Commissione, *Strategia europea per una mobilità a basse emissioni*, COM(2016) 501 final, 20 luglio 2016.

la mobilità” sono stati adottati nel 2017¹⁴ e contengono proposte legislative e iniziative in attuazione della strategia per una mobilità a basse emissioni e volte a garantire un’agevole transizione verso una mobilità pulita, competitiva e interconnessa. Ad oggi, il Parlamento europeo e il Consiglio non hanno adottato tali proposte.

Nel 2018, la Commissione ha adottato il terzo pacchetto, “L’Europa in movimento”¹⁵, coerente con la nuova strategia di politica industriale di settembre 2017.

In quest’ultimo pacchetto la Commissione afferma che l’Unione deve essere leader della trasformazione del sistema di mobilità e che l’UE è nella posizione migliore per garantire che gli obiettivi fissati (tra cui rendere veicoli più sicuri, ridurre la congestione del traffico, migliorare la qualità dell’aria, contribuire alla lotta ai cambiamenti climatici) «soddisfino le esigenze dell’economia circolare»¹⁶. La società potrà beneficiare di tali «sviluppi» non in via diretta, ma indirettamente, nel senso che «benefici per la società come sicurezza e qualità della vita vengano tenuti in debita considerazione, per promuovere l’innovazione, l’occupazione e la competitività nonché per ottimizzare i vantaggi per la mobilità dei cittadini su scala europea»¹⁷.

La Commissione si muove, pertanto, nella linea politica tracciata dal suo Presidente, e in tale visione la mobilità viene intesa come *servizio*¹⁸ (che si traduce, ad esempio, nella vendita di corse anziché di automobili)¹⁹ e, dunque, tale approccio muove sempre dalla prospettiva di modelli di sviluppo finalizzati a soddisfare prevalentemente esigenze di mercato²⁰. Tale logica non viene meno neppure quando il *car/bike sharing* sia inteso come servi-

¹⁴ Commissione, *L’Europa in movimento. Un’agenda per una transizione socialmente equa verso una mobilità pulita, competitiva e interconnessa per tutti*, COM(2017) 283 final, 31 maggio 2017; Comunicazione della Commissione, *Mobilità a basse emissioni: manteniamo gli impegni. Un’Unione europea che protegge il pianeta, dà forza ai suoi consumatori e difende la sua industria e i suoi lavoratori*, COM(2017) 675 final, 8 novembre 2017.

¹⁵ Commissione, COM(2018) 293, cit., 1.

¹⁶ Commissione, COM(2018) 293, cit., 1-2.

¹⁷ Commissione, COM(2018) 293, cit., 2.

¹⁸ In dottrina, si veda in merito L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *federalismi.it*, 2018, n. 4, 8 e 17.

¹⁹ Comunicazione della Commissione, *Verso la mobilità automatizzata: una strategia dell’UE per la mobilità del futuro*, COM(2018) 283 final, 17 maggio 2018, 1.

²⁰ Cfr. Commissione, COM(2016) 501, cit., punto 2.2, 6, secondo la quale «[s]i dovrebbero intensificare gli sforzi tesi a promuovere la creazione di un mercato UE dei servizi di elettromobilità».

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

zio complementare al trasporto pubblico²¹, che è l'approccio seguito anche dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)²².

Il cuore del problema resta così, per così dire, sullo sfondo, nel senso che le *agende* e le *strategie* concepite in sede eurounitaria puntano – principalmente – ad individuare nuovi *business model* e a soddisfare esigenze legate primariamente al mercato e alla nuova economia verde (*Green Deal*)²³. Si tratta infatti – come nel caso del *Green Deal* – «di una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse»²⁴. Tale strategia si fonda e implica l'implementazione di una transizione (verso nuovi modelli di sviluppo, inclusa l'economia circolare), da intendere come «un'opportunità per espandere un'attività economica sostenibile e che genera occupazione». Particolare enfasi viene data al fatto che «[s]ui mercati mondiali vi è un notevole potenziale per quanto riguarda le tecnologie a basse emissioni e i prodotti e servizi sostenibili»²⁵.

Solo come obiettivo secondario e ben distinto, tale strategia «mira inol-

²¹ Cfr., in merito, C. Alvisi, A. Claroni, *Problemi di governo della sharing economy nel settore delle locazioni turistiche e del bike-sharing*, in *Ist. fed.*, 2019, 917 ss., spec. 932 ss. Distingue invece C. Iaione, *Sharing economy e diritto dell'innovazione. Il caso della mobilità urbana*, in questa *Rivista*, 2019, 187 ss., spec. 221, secondo il quale attività come il *car pooling* dovrebbero essere configurate come attività di interesse economico generale (SIG), «se effettuate attraverso una piattaforma che estrae valore, intermedia, impone una tariffa»; o, al contrario, come servizi di interesse generale (SIG), «se effettuate mediante cooperative di comunità di utenti o di altra forma di gestione ispirata a criteri di apertura, democraticità, collaboratività».

²² In un recente *Research report*, infatti, l'Organizzazione raccomanda di riformare il trasporto pubblico, e si osserva che «[g]overnments should engage with providers of shared mobility services, including of micromobility operators such as dockless bikeshare and electric push scooters, to ensure maximum complementarity – particularly as Mobility as a Service offers develop and provide a broad range of alternatives to the private car in support of sustainable urban transport policy goals»: OECD, ITF, *Reforming Public Transport Planning and Delivery*, OECD publishing, Paris, 2020, 8.

²³ La mobilità sostenibile è uno dei settori politici “coperti” dal c.d. *Green Deal europeo* e i trasporti (sostenibili) sono inclusi tra le sei azioni prioritarie della Commissione europea per il periodo 2019–2024: cfr. https://ec.europa.eu/info/priorities/european-green-deal_it. Si veda, inoltre, Commissione, COM(2019) 640, par. 2.1, 4, e – più diffusamente – par. 2.1.5, 11 ss., nonché Commissione, COM(2020) 80, par. 1, 2, nonché par. 3, 5 dell'*Explanatory Memorandum*, laddove si menziona il settore dei trasporti come uno dei «key economic sectors» su cui è necessario intervenire con importanti riforme.

²⁴ Commissione, COM(2019) 640, par. 1, 2.

²⁵ Commissione, COM(2019) 640, par. 2.1.3, 7.

tre a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'UE e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze»²⁶.

In tale cornice, la mobilità sostenibile – come espressione del più ampio concetto dello sviluppo sostenibile²⁷ – costituisce uno dei settori coinvolti nel nuovo piano di azione della Commissione²⁸. La Commissione ha evidenziato come «il settore dei trasporti present[i] le potenzialità di contribuire a ridurre le emissioni dell'Unione europea, in linea con l'impegno assunto con l'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici e con l'agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile»²⁹.

Alcuni scrittori hanno richiamato l'attenzione sull'assurdità e, dunque, sulla vuotezza del concetto “sviluppo sostenibile”³⁰, considerato come una contraddizione in termini, in quanto «[s]i tratta al tempo stesso di un pleonasma al livello della definizione e di un ossimoro al livello del contenuto»³¹. Pleonasma, «perché lo sviluppo è già di per sé una crescita autosostenuta», ossimoro «perché lo sviluppo in realtà non è né sostenibile né durevole»³². Si tratta dell'ossimoro «più assurdo che l'uomo abbia mai inventato», in quanto «nessuno sviluppo è sostenibile»³³.

²⁶ Commissione, COM(2019) 640, par. 1, 2. Carattere corsivo aggiunto.

²⁷ Nell'Unione europea, il compito di promuovere lo sviluppo sostenibile e contribuire a un miglioramento significativo e misurabile dell'ambiente in Europa è attribuito all'Agenzia europea dell'ambiente. Cfr., in merito, Comunicazione della Commissione, *relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas a effetto serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 per un'Unione dell'energia resiliente e per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un meccanismo di monitoraggio e comunicazione delle emissioni di gas a effetto serra e di comunicazione di altre informazioni in materia di cambiamenti climatici*, COM(2016) 482 final/2, 20 luglio 2016, 16.

²⁸ Commissione europea, *Un Green Deal europeo*, consultabile alla pagina web https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it. Si veda, altresì, Comunicazione della Commissione, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM(2020) 67 final, 19 febbraio 2020, punto 2C, 11-12.

²⁹ Commissione, COM(2016) 501, cit., par. 1, 2. A livello internazionale, gli obiettivi dell'agenda sostenibile sono fissati dalle Nazioni Unite: UN, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, United Nations General Assembly, 25 September 2015 (https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf); UN, *Sustainable Development Goals, 17 goals to transform our world*, United Nations (<https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>).

³⁰ G. Senatore e V. Sterpone, *La sostenibilità come modello di culturalizzazione politico-istituzionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2019, n. 4, 2, nota 3.

³¹ S. Latouche, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, 5.

³² S. Latouche, *Breve trattato*, cit., 5.

³³ G. Senatore e V. Sterpone, *La sostenibilità*, cit., 2, nota 3. Cfr., inoltre, M. Cafagno,

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

Secondo Serge Latouche³⁴ l'aggettivo "sostenibile" altro non sarebbe che uno slogan adottato da e per gli autori dell'attuale modello di sviluppo nel «misero tentativo di salvare quello che resta di un modello economico di riferimento in piena crisi strutturale»³⁵. Ed in effetti, questo tentativo emerge chiaramente dalle "premesse" che la Commissione europea pone a fondamento del *Green New Deal*, oggetto di specifico esame in questa sede. La Commissione infatti afferma che con tale nuova politica (o strategia) s'intende riformulare su *nuove basi* i problemi legati al clima e all'ambiente determinati dal modello di sviluppo attuale. Si tratta di un modello di sviluppo – quello attuale – che ha prodotto quella *crisi strutturale* su cui si sofferma Latouche e su cui la stessa Commissione pone l'attenzione, quando descrive gli effetti (che potrebbero diventare irreversibili³⁶) prodotti da tale modello: «[o]gni anno che passa l'atmosfera si riscalda e il clima cambia. Degli otto milioni di specie presenti sul pianeta un milione è a rischio di estinzione. Assistiamo all'inquinamento e alla distruzione di foreste e oceani»³⁷. E ancora la Commissione rileva che «[t]ra il 1970 e il 2017 l'estrazione di materiali a livello mondiale è triplicata ed è in continua crescita, costituendo fonte di gravi rischi a livello globale»³⁸.

Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, cit., 105 ss. La dottrina rileva come il riferimento alla sostenibilità ambientale si caratterizzi per una «suggestiva valenza concettuale, non sempre assistita, peraltro, da un sicuro apparato di regole e di istituti a carattere applicativo» idonei a conferire alla nozione di sviluppo sostenibile una «effettività sul piano pratico»: così R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509 ss. Già M.S. Giannini, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1122 ss., aveva messo in evidenza il difficile "connubio" tra le opposte ragioni del progresso delle attività antropiche e della protezione dell'ambiente. L'aver il legislatore codificato lo sviluppo sostenibile come principio all'art. 3-*quater* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente) non sembra possa mutare le conclusioni di cui sopra. Parte della dottrina, ritiene, tuttavia, che con detta codificazione si possa superare «l'idea di una nozione-ossimoro ritenendo realizzabile un «equilibrato rapporto» tra dinamiche della produzione e del consumo e qualità dell'ambiente»: così E. Frediani, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 626 ss., spec. 628.

³⁴ S. Latouche, *Come sopravvivere allo sviluppo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005.

³⁵ Cfr., in merito, G. Senatore, V. Sterpone, *La sostenibilità*, cit., 2, nota 3.

³⁶ Comunicazione della Commissione, *Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, COM(2018) 773, 28 novembre 2018, par. 1, 2.

³⁷ Commissione, COM(2019) 640, par. 1, 2. La Commissione aggiunge poi che «[l]a produzione e l'uso dell'energia nei diversi settori economici rappresentano oltre il 75 % delle emissioni di gas a effetto serra dell'UE. La priorità deve essere data all'efficienza energetica» (ivi, par. 2.1.2, 6).

³⁸ Commissione, COM(2019) 640, par. 2.1.3, 7.

Si tratta di un modello di sviluppo alimentato anche dalle politiche comunitarie, che ha vissuto e “prosperato” anche all’interno dell’Unione, e che ha prodotto i danni che oggi si svelano in tutta la loro drammaticità (e forse irreversibilità) per giustificare il passaggio ad un nuovo paradigma di sviluppo, ripudiando il precedente, di cui (anche) la Comunità (oggi Unione) europea era a presidio.

Sviluppo e crescita sono generalmente assunti come sinonimi³⁹ nelle politiche dell’Unione, come abbiamo anche evidenziato in altra sede⁴⁰. Ciò che si contrappone allo sviluppo e alla crescita – termini che, come altri (tra cui efficienza, competitività), appartengono al mondo capitalistico e della produzione – è in realtà il *progresso*, inteso come miglioramento delle condizioni di vita (e, più in generale, dell’esistenza)⁴¹.

Ed è in questo senso che riteniamo che la mobilità urbana e il sistema dei trasporti siano destinati a svolgere un ruolo cruciale in ordine al miglioramento della qualità della vita⁴², benché, da un lato, secondo recenti studi, le amministrazioni territoriali (specialmente comunali) dedichino ancora modesta attenzione alle politiche per la mobilità urbana sostenibile⁴³ e, dall’altro lato, alla luce di recenti statistiche, in Italia, salvo alcune eccezioni,

³⁹ Sulla equivalenza (semantica) tra “crescita” e “sviluppo” si veda anche S. Latouche, *Come sopravvivere allo sviluppo*, cit., 27 ss., il quale definisce lo «sviluppo realmente esistente [] come un processo che porta a mercificare i rapporti tra gli uomini e tra gli uomini e la natura. Lo scopo è sfruttare, valorizzare, ricavare profitto dalle risorse naturali e umane» (ivi, 30).

⁴⁰ F. Gaspari, *Smart city, agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁴¹ Sulla differenza tra *progresso* e *sviluppo* si veda P.P. Pasolini, *Scritti corsari*, Milano, 1990, 175 ss. Acquisendo tale distinzione, lo *sviluppo* non è altro che un incremento dei mezzi a disposizione, mentre il *progresso* è un miglioramento delle condizioni dell’esistenza. Sembra alludere al *progresso* nella stessa concezione qui seguita anche M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 3, 4.

⁴² Cfr., in generale, sul punto Commissione, COM(2011) 144, cit., punto 1 e *passim*. Si veda altresì risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011, *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti*, cit., punto A).

⁴³ Almeno per quanto riguarda il livello di pianificazione degli interventi nel settore: così C. Carminucci, *Il trasporto urbano e metropolitano nel Mezzogiorno*, in *Riv. econ. mezz.*, 2013, 155 ss., spec. 176-177. Nella prospettiva dell’industria, si veda OECD, ITE, *Reforming Public Transport*, cit., pp. 75-76, laddove si afferma che «[g]overnments have, to date, engaged to only a limited degree with the implications for public transport, and urban policy more generally, of this rapidly evolving industry [e.g. app-based shared mobility services]. However, this is a key future priority for public transport reformers». Sul rapporto tra infrastruttura dei trasporti e ambiente cfr. A. Ricci, *Infrastrutture dei trasporti e protezione dell’ambiente*, in *Politiche europee delle infrastrutture dei trasporti e sviluppo del Mezzogiorno*, a cura di E. Fanara, Messina, 2003, 179 ss. In generale, sul tema, si veda L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., *passim*.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

i cittadini non sembrano optare per modalità sostenibili di mobilità⁴⁴. Alla stessa conclusione giunge la Corte dei conti europea, la quale ha affermato come, dopo l'adozione del pacchetto sulla mobilità sostenibile del 2013, ad oggi «non si intraved[a]no chiari segnali di un radicale cambiamento di approccio da parte delle città» e, in particolare, «non si osserva una netta tendenza a promuovere modi di trasporto più sostenibili». Si osserva inoltre che, nonostante gli Stati membri abbiano «adottato una serie di iniziative per aumentare la qualità e la disponibilità dei trasporti pubblici, l'uso dell'auto privata non si è significativamente ridotto»⁴⁵.

Gli obiettivi della sostenibilità ambientale e della sicurezza stradale sono certamente centrali per garantire la mobilità urbana sostenibile, in un'ottica *costituzionalmente orientata*, nella quale prevalga il progresso sullo sviluppo.

In questo lavoro si mette in discussione il dogma mercatistico dello sviluppo sostenibile applicato alla mobilità urbana (la cui più recente manifestazione è, come vedremo, la *mobilità* intesa come *servizio*), caldeggiando una nuova declinazione del concetto di sostenibilità, non più “parametrato”

⁴⁴ Come rileva W.Vitali, *Gli investimenti e le città*, Intervento al Convegno CRANEC-ASTRID sul tema *Per un rilancio dell'investimento pubblico in Europa*, tenuto presso l'Università Cattolica di Milano, 4 dicembre 2017, il quale – richiamando i dati Isfort 2013 – osserva che nel 2012 solo in tre comuni capoluogo (Bolzano, Venezia e Genova) su diciannove le modalità sostenibili di mobilità (tra cui trasporto pubblico e bicicletta) superavano l'automobile o i motocicli nelle preferenze dei cittadini, mentre questo avveniva in trentanove città tedesche su settantotto, in quattro città svedesi su dieci, in sette città spagnole su tredici. Questa tendenza è confermata anche dal recente *Rapporto Censis-Michelin sulla mobilità degli italiani*, del 18 ottobre 2018, da cui emerge che «[i]l 65,4% degli italiani (il 57,4% nel 2001) utilizza l'automobile per i propri spostamenti: sono 27 milioni con +17,4% rispetto al 2001. Il 17,1% delle persone va a piedi, il 4,6% con combinazione di mezzi e il 3,3% con la bici» (punto 3.1 del Rapporto). Più negativi sono invece i dati riportati nel PSNMS, cit., nel quale si rileva come in Italia la quota degli spostamenti in auto sia passata dall'81,1% nel 2014 all'82,8% nel 2016, mentre quella relativa all'utilizzo dei mezzi pubblici è scesa dal 14,6% al 13,5% nello stesso periodo (6 e 32 ss. del Piano). Nel medesimo Piano si rileva come il 60% degli spostamenti quotidiani effettuati in auto, in Italia, non superi i 5 km (ivi, 16). L'uso dell'automobile nel contesto urbano (all'interno delle città) è superiore all'80%, mentre nella mobilità extraurbana raggiunge la quota dell'85% (ivi, 34). Nel medesimo documento si rileva poi come le autovetture circolanti in Italia siano trentotto milioni e si registra una crescita del 2,4% rispetto al precedente triennio (ivi, 35). Il tasso di motorizzazione in Italia è il più alto in Europa (nel 2016 era pari a sessantuno autovetture ogni cento abitanti), ad eccezione del Lussemburgo (ivi, 35). Ma anche i più recenti dati della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE) dimostrano queste tendenze. Si registrano, infatti, 625 veicoli a motore ogni mille abitanti, mentre le immatricolazioni di veicoli (per trasporto di persone) con sistemi di alimentazione alternativi ai combustibili tradizionali sono appena dell'8,2%: così UNECE, *Transport Statistics Infocards*, 2020, sub *chapter Italy*.

⁴⁵ C. conti Eu, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 4-5, 14 ss., 34, nonché 40.

allo sviluppo, alla crescita e alle logiche di mercato, ma fondato sul progresso (e pertanto legato alla *persona*) nella prospettiva costituzionale. Nel nuovo concetto di mobilità urbana qui proposto ci soffermeremo specificamente su due aspetti: la sicurezza stradale e la sostenibilità ambientale dei trasporti. In siffatta nuova concezione della mobilità urbana prenderemo come modelli di riferimento alcune recenti esperienze (in particolare quella tedesca e, soprattutto, quella lussemburghese), su cui la dottrina non si è ancora soffermata. Il contributo cerca così di ricondurre a sistema tali esperienze e modelli di sviluppo, auspicandone la loro applicazione generalizzata⁴⁶.

L'obiettivo del miglioramento della sicurezza stradale è al centro delle politiche dei trasporti a livello eurounitario e, anche recentemente, tale "*priorità assoluta*" è stata (ri)afferzata sia dalla Commissione europea⁴⁷, sia dai ministri dei trasporti degli Stati membri dell'Unione europea, riuniti a La Valletta il 29 marzo 2017 nel quadro della presidenza maltese del Consiglio dell'Unione⁴⁸.

Ancor più recentemente è stata emanata la dir. 2019/1936/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 che modifica la dir. 2008/96/Ce sulla gestione della sicurezza delle infrastrutture stradali. L'obiettivo della dir. 2019/1936/Ue è «la definizione di procedure atte a garantire un livello sistematicamente elevato di sicurezza stradale su tutta la rete TEN-T e sulla rete di autostrade e strade principali nell'Unione»⁴⁹, che tenga conto anche dei soggetti vulnerabili (come pedoni e ciclisti), che nel 2017 «hanno costituito il 47% delle vittime di incidenti stradali nell'Unione»⁵⁰.

⁴⁶ Non ci soffermeremo, invece, nel presente lavoro, sui profili relativi alla digitalizzazione dei servizi di trasporto, alle prospettive della mobilità nell'ambito del modello di sviluppo della *smart city*, nonché sugli aspetti teorici della mobilità (e della città intelligente) con riguardo ai rapporti tra mercato e intervento dello Stato, tra politica ed economia, a cui abbiamo dedicato altre ricerche a cui rinviamo. In questa sede, ci limitiamo a menzionarne solo alcune: F. Gaspari, *Smart city*, cit., *passim*; ID., *Crisi economica, human divide e beni comuni urbani: il ruolo dei pubblici poteri*, in *Pol. dir.*, 2019, 441 ss.; ID., *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Dir. econ.*, 2019, n. 1, 71 ss.; ID., *L'acquis dell'Unione europea in materia di sicurezza stradale e i sistemi di trasporto intelligente*, in *Dir. trasp.*, 2019, n. 1, 1 ss.

⁴⁷ Commissione, COM(2018) 293, cit., punto 2.

⁴⁸ Si vedano le conclusioni del Consiglio sulla sicurezza stradale con cui si approva la dichiarazione di La Valletta del marzo 2017, adottate nella sua 3545^a sessione tenutasi l'8 giugno 2017.

⁴⁹ Considerando 28, dir. 2019/1936/Ue.

⁵⁰ Considerando 19, dir. 2019/1936/Ue. Tale direttiva ha aggiunto un nuovo punto 10 nell'art. 2, il quale – nella sua versione consolidata – definisce gli «utenti della strada vulnerabili» come gli «utenti della strada non motorizzati, quali in particolare ciclisti e pedoni, e utilizzatori di veicoli a motore a due ruote».

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

Con la direttiva del 2019 si mirano ad estendere i controlli dalle infrastrutture (delle quali soltanto si occupava la direttiva nella sua versione originaria) alle reti, con l'obiettivo di «conseguire i miglioramenti della sicurezza delle infrastrutture stradali necessari al fine di realizzare gli obiettivi di sicurezza stradale dell'Unione»⁵¹.

In particolare, l'art. 1, par. 1, della versione consolidata della direttiva in questione richiede agli Stati membri «l'istituzione e l'attuazione di procedure relative alle valutazioni d'impatto sulla sicurezza stradale, ai controlli sulla sicurezza stradale, alle ispezioni di sicurezza stradale e alle valutazioni della sicurezza stradale a livello di rete». Il successivo paragrafo 4 stabilisce che ciascuno Stato membro trasmetta alla Commissione entro il 17 dicembre 2021, tra l'altro, «l'elenco delle autostrade e delle strade principali presenti sul suo territorio e la informa circa qualsivoglia modifica successiva delle stesse».

Allo stesso modo, la sostenibilità ambientale dei trasporti è al centro delle politiche multilivello, come dimostra la *Strategia europea per una mobilità a basse emissioni* adottata dalla Commissione nel 2016⁵², nonché i successivi tre pacchetti di misure adottati dalla stessa Commissione nel 2017 e nel 2018⁵³.

Gli obiettivi della sostenibilità ambientale e della sicurezza stradale possono essere raggiunti attraverso il ricorso a sistemi di trasporto intelligente (ITS)⁵⁴, destinati ad avere un impatto rivoluzionario su molteplici aspetti di interesse pubblico e a rilevanza giuridico-costituzionale, tenuto conto dei beni da tutelare (appunto, tra gli altri, la sicurezza e l'ambiente)⁵⁵. Ma

⁵¹ Considerando 15, dir. 2019/1936/Ue.

⁵² COM(2016) 501, cit.

⁵³ Sui quali ci siamo soffermati sopra.

⁵⁴ Definiti come «sistemi in cui sono applicate tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nel settore del trasporto stradale, infrastrutture, veicoli e utenti compresi, e nella gestione del traffico e della mobilità nonché per interfacce con altri modi di trasporto»: art. 4, n. 1, dir. 2010/40/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 sul quadro generale per la diffusione dei sistemi di trasporto intelligenti nel settore del trasporto stradale e nelle interfacce con altri modi di trasporto. Per l'attuazione di tale direttiva nell'ordinamento italiano si veda il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. Sui sistemi di trasporto intelligente (ITS) e sul ruolo dell'informatica e della telematica nel perseguire gli obiettivi di sicurezza e di sostenibilità ambientale dei trasporti si veda M.M. Comenale Pinto, *Trasporti, intermodalità ed infrastrutture*, in *Dir. trasp.*, 2017, 39 ss., spec. 53, nonché 58-59, rispettivamente. Si veda, altresì, C. Iaione, *Sharing economy*, cit., 187 ss. Sulla crescente attenzione alla guida autonoma degli autoveicoli in una prospettiva di sostenibilità ambientale si veda M.M. Comenale Pinto, E.G. Rosafio, *Responsabilità civile per la circolazione degli autoveicoli a conduzione autonoma. Dal grande fratello al grande conducente*, in *Dir. trasp.*, 2019, n. 2, 367 ss., spec. 370.

⁵⁵ Su tali aspetti sia consentito rinviare alle ampie riflessioni svolte nel nostro saggio *L'acquis dell'Unione europea in materia di sicurezza stradale*, cit., 1 ss.

l'utilizzo di siffatti sistemi implica un'attività di programmazione senza precedenti⁵⁶, che richiede poi una effettiva implementazione, che si sostanzia nel potenziamento delle infrastrutture (sia materiali che immateriali) e nella creazione di nuove, tenendo conto dei processi di digitalizzazione in corso⁵⁷.

Prima di passare ad esaminare alcuni modelli virtuosi che si stanno sviluppando in Europa e finalizzati ad aumentare il benessere collettivo e la qualità della vita delle *persone* (intese queste ultime come *soggetti relazionali*⁵⁸ o come *unità interattive*⁵⁹), riteniamo opportuno soffermarci brevemente sui costi sociali o “esterni”⁶⁰ che il sistema dei trasporti attuale produce.

2. I costi sociali dell'attuale sistema di trasporti su strada

2.1. Inquinamento ambientale

L'Agenzia europea dell'ambiente (EEA)⁶¹ rileva che l'inquinamento at-

⁵⁶ Cfr., in merito, Senato della Repubblica, “*L'Europa in movimento*”: le iniziative della Commissione europea in materia di mobilità, dossier europei n. 76, luglio 2017, consultabile alla pagina web <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01036444.pdf>.

⁵⁷ Cfr. E. Turco Bulgherini e M.M. Comenale Pinto, *Trasporti e intermodalità*, in *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, I, a cura di G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani e A. Police, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 3 ss., spec. 8; R. Dipace, *Le reti di trasporto fra disciplina europea e nazionale per la realizzazione di una mobilità sostenibile*, in *Infrastrutture di trasporto*, I, cit., 31 ss.; A. Xerri, *Il trasporto nel diritto marittimo, nel diritto della navigazione, nel diritto dei trasporti e sua evoluzione verso l'integrazione del sistema*, in *Trasporti e globalizzazione: materiali per una ricerca*, a cura di A. Xerri, Cagliari, Edizioni AV, 2004, 17 ss., spec. 38; A. Candido, *Verso quale trasporto pubblico locale? Il diritto sociale alla mobilità*, in *federalismi.it*, 2016, n. 23, 2. In tema di infrastrutture stradali e relativi finanziamenti si veda la recente relazione speciale della C. conti EU, *La rete stradale centrale dell'UE: i tempi di percorrenza si sono abbreviati, ma la rete non è ancora pienamente funzionante*, adottata dalla Sezione II nella sua riunione dell'11 marzo 2020. Con riguardo ai processi di digitalizzazione in corso anche con riguardo ai trasporti e alla mobilità si veda la recente Comunicazione della Commissione, COM(2020) 67, cit., laddove viene tra l'altro messo in evidenza che per le infrastrutture e le reti digitali, l'Unione «ha una carenza di investimenti pari a 65 miliardi di EUR all'anno» (punto 2A, 5).

⁵⁸ P. Grossi, *Le proprietà collettive ieri, oggi e domani*, in *Fare spazio. Pratiche del comune e diritto alla città*, a cura di C. Bernardi, F. Brancaccio, D. Festa e B.M. Mennini, Milano, Mimesis, 2014, 37 ss., spec. 49.

⁵⁹ A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 16.

⁶⁰ Rientrano tra i costi esterni del trasporto i costi ambientali, di congestione e di incidentalità: M.M. Comenale Pinto, *Trasporti, intermodalità ed infrastrutture*, in *Dir. trasp.*, 2017, 39 ss., spec. 59, nota n. 64. Sui costi della congestione del traffico si veda anche C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 6.

⁶¹ EEA, *Air Quality in Europe – 2019 Report*, punto 1.3, 13, consultabile alla pagina web <https://www.eea.europa.eu/publications/air-quality-in-europe-2019>.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

mosferico ha un notevole impatto sulla salute umana e costituisce una delle principali cause di mortalità e di malattie, causando ogni anno circa 400.000 decessi (nell'area EEA)⁶².

Numerose aree urbane nell'Unione europea superano i limiti di inquinamento atmosferico⁶³. Secondo recenti dati, il novantasei per cento dei cittadini dell'Unione residenti in aree urbane è esposto a livelli di inquinanti atmosferici ritenuti dannosi per la salute dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS)⁶⁴. Ciò dipende in larga misura dal trasporto urbano⁶⁵.

Sotto tale profilo, si è rimarcato come il settore dei trasporti su strada rappresenti la maggiore fonte di inquinamento atmosferico in Europa⁶⁶, con ripercussioni negative in termini di riduzione della qualità e dell'aspettativa di vita e con un impatto economico notevole, in quanto aumenta i costi sanitari e riduce la produttività con la perdita di giorni lavorativi in tutti i settori dell'economia⁶⁷.

La Commissione europea rileva come il trasporto urbano sia responsabile del ventitré per cento delle emissioni di gas a effetto serra nell'Unione⁶⁸, che continuano a crescere⁶⁹.

In ordine all'impatto economico, il Parlamento europeo osserva che «in base alle stime, la congestione stradale costa all'economia dell'UE l'equivalente dell'1 % del suo PIL [100 miliardi di euro] in perdite di tempo, consumo aggiuntivo di carburante e inquinamento»⁷⁰.

⁶² Sull'impatto che produce il riscaldamento globale si veda anche il recente *special report* dello Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) *on the impacts of global warming of 1.5 °C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, 2018, consultabile alla pagina web <https://www.ipcc.ch/sr15/>.

⁶³ Cfr., in merito, Commissione, COM(2016) 501, cit., par. 3, p. 13; C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 17.

⁶⁴ C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 7.

⁶⁵ EEA, *Air Quality in Europe*, cit., punto 2.2, 20. Si veda altresì Commissione, COM(2019) 640, cit., par. 2.1.5, 12. Cfr., in argomento, L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., p. 16; C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 7 e 16.

⁶⁶ EEA, *Air Quality in Europe*, cit., punto 2.2, 20. Come si legge nel *report* dell'Agenzia, nel 2017 «[t]he road transport sector was the most significant contributor to total NOX emissions and the second largest contributor to BC, CO, primary PM2.5 and Pb emissions» (ivi, 23).

⁶⁷ Sulla insostenibilità del sistema attuale dei trasporti si veda Commissione, COM(2011) 144, cit., punto 13 e *passim*.

⁶⁸ Commissione, COM(2016) 501, cit., par. 3, 13.

⁶⁹ Commissione europea, *Il Green Deal europeo. Mobilità sostenibile*, cit.

⁷⁰ Parlamento europeo, risoluzione del 18 maggio 2017 *sul trasporto stradale nell'Unione europea*, punto I). Si veda, inoltre, Commissione, COM(2017) 283, cit., spec. par. 2 e 3.3; comunicazione della Commissione *sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il*

La dir. 2008/50/Ce⁷¹ fissa i limiti per la qualità dell'aria, che non possono essere superati sul territorio dell'Unione e impone agli Stati membri di limitare l'esposizione dei cittadini alle sostanze inquinanti atmosferiche nocive.

La Commissione osserva come tali limiti siano stati superati in ventitré dei ventotto Stati membri dell'Unione e in oltre centotrenta città in tutta Europa⁷². Ciò determina conseguenze molto gravi, in quanto le morti premature nell'Unione dovute all'inquinamento provocato dai trasporti sono quasi tre volte superiori a quelle causate dagli incidenti stradali⁷³. L'inquinamento atmosferico determina inoltre malattie respiratorie e cardiovascolari croniche e produce un impatto dannoso sulla vita vegetale e sugli ecosistemi⁷⁴.

Per decongestionare i centri urbani e ridurre l'inquinamento, nel quadro di un approccio globale che comprende la pianificazione di una mobilità urbana sostenibile, l'integrazione della pianificazione del territorio e la considerazione della domanda di mobilità, le città incoraggiano il trasferimento modale a favore degli spostamenti attivi (a piedi e in bicicletta), dei trasporti pubblici e/o dei sistemi di mobilità condivisa (ossia biciclette e auto in *sharing* e *pooling*)⁷⁵.

Le iniziative multilivello intraprese nel settore della mobilità e dei trasporti⁷⁶ risultano, tuttavia, ridotte e ad oggi inefficaci⁷⁷. Di tali iniziative, molte riguardano attività di monitoraggio delle emissioni⁷⁸,

mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti, COM(2017) 228 final, 10 maggio 2017, punto 4.2; comunicazione della Commissione, *Una strategia europea per i sistemi di trasporto intelligenti cooperativi, prima tappa verso una mobilità cooperativa, connessa e automatizzata*, COM(2016) 766 final, 30 novembre 2016; Commissione, COM(2018) 283, cit., par. 1. Su tali aspetti si sofferma anche il *dossier* del Senato della Repubblica, "L'Europa in movimento", cit.

⁷¹ Dir. 2008/50/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, *relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa*.

⁷² Commissione, COM(2017) 283, cit., par. 2, 5.

⁷³ Commissione, COM(2017) 283, cit., par. 2, 5.

⁷⁴ EEA, *Air Quality in Europe*, cit., punto 8.1, 52 ss. e *passim*.

⁷⁵ Commissione, COM(2016) 501, cit., par. 3, 13. Per un quadro normativo in materia di *bike sharing* si veda C. Alvisi, A. Claroni, *Problemi di governo*, cit., 932 ss.

⁷⁶ Per una sintesi di tali iniziative si veda il *report* dell'EEA, *Air Quality in Europe*, cit., punto 1.5, 16-17, nonché il PSNMS, cit., *passim*.

⁷⁷ Come implicitamente riconoscono le istituzioni dell'Unione, tant'è che è obiettivo dichiarato della Commissione quello che «il sistema di mobilità di domani sia sicuro, pulito ed efficiente per tutti i cittadini dell'UE»: COM(2018) 293, cit., par. 1, 1.

⁷⁸ Come, ad esempio, il regolamento adottato nel 2018 dalla Commissione in merito alle prove sulle emissioni in condizioni reali di guida, per assicurare trasparenza e controlli indipendenti sulle emissioni dei veicoli durante il loro ciclo di vita: Comunicazione della Commissione, *Un'Europa che protegge: aria pulita per tutti*, COM(2018) 330 final, 17 maggio 2018.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

forum⁷⁹, osservatori sulla mobilità urbana⁸⁰ e sulla *sharing mobility*⁸¹, raccomandazioni e linee guida⁸², mentre sarebbero necessarie misure più concrete e vincolanti, per raggiungere l'obiettivo – pur espressamente dichiarato – di migliorare la qualità dell'aria, adottando soluzioni «efficaci» che già «esistono e sono ampiamente disponibili», come afferma la stessa Commissione europea⁸³.

Più concrete appaiono le iniziative a livello nazionale, soprattutto la scelta del Governo di affrontare con decisione le problematiche relative alla qualità dell'aria. Sotto tale profilo, il Piano Strategico Nazionale della Mobilità Sostenibile (PSNMS), adottato con d.P.C. nel 2019, è destinato, tra l'altro, alla promozione e al miglioramento della qualità dell'aria con tecnologie innovative⁸⁴. L'art. 10 del richiamato decreto istituisce il *Tavolo interistituzionale sulla mobilità sostenibile*, inteso «come luogo di confronto unitario e di concertazione sul tema della mobilità sostenibile, per garantire una Cabina di Regia unica»⁸⁵.

⁷⁹ Ad esempio, il secondo *EU Clean Air Forum* della Commissione europea, svoltosi a Bratislava il 28-29 novembre 2019 (il primo si era svolto a Parigi nel 2017). Cfr. https://ec.europa.eu/info/events/eu-clean-air-forum-2019-nov-28_en.

⁸⁰ Tali osservatori sono stati istituiti in alcuni Stati membri dell'Unione (come Italia, Germania e Spagna): C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 36.

⁸¹ Come l'Osservatorio Nazionale *sharing mobility* lanciato nel 2015 e promosso dal nostro Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, il quale, nel 2016, ha presentato una *roadmap* per la crescita e la diffusione della *sharing mobility* in Italia (cfr. <http://osservatoriosharingmobility.it/>). Si veda, in merito, PSNMS, cit., 40.

⁸² Come il concetto di *Sustainable Urban Mobility Plans* (SUMPs) promosso dalla Commissione europea nell'ambito della sua politica sulla mobilità urbana: cfr. https://ec.europa.eu/transport/themes/clean-transport-urban-transport/urban-mobility/urban-mobility-actions/sustainable-urban_en. Il Piano Urbano della Mobilità Sostenibile (PUMS) si propone una visione organica a contenuto strategico di lungo periodo, con l'obiettivo di ridurre i costi ambientali della mobilità e al contempo consentire adeguati livelli di accessibilità: così PSNMS, cit., p. 28, laddove si riporta anche la tavola di monitoraggio dei PUMS (d.m. 4 agosto 2017), dalla quale emerge come l'adozione di detti Piani si sia perfezionata solo in poche città, in alcune invece si stia provvedendo alla loro redazione, mentre in molte città nessuna azione sia stata intrapresa (ivi, 28-29, Tabella 5.1).

⁸³ Commissione, COM(2018) 330, cit., punto 5, 13.

⁸⁴ In tale Piano si ricorda che l'Italia sin dai primi anni Novanta del secolo scorso (in particolare già nelle *Direttive per la redazione, adozione ed attuazione dei piani urbani di traffico. Art. 36 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 Nuovo codice della strada*, emanate dal Ministero dei lavori pubblici, al punto 3.2) tra le diverse priorità dei modi di spostamento al primo posto si enucleava la circolazione dei pedoni seguita subito dopo il TPL (ivi, 6-7).

⁸⁵ Raccomandazioni ANCI allegate all'Intesa, *ai sensi dell'articolo 1, comma 615 della legge 11 dicembre 2016, n. 232 e della Sentenza della Corte Costituzionale 7 marzo 2018, n. 78, sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante "Piano Strategico Nazionale della*

Inoltre, più di recente, il d.l. 14 ottobre 2019, n. 111⁸⁶ ha previsto specifiche misure finanziarie per incentivare la mobilità sostenibile nelle aree metropolitane (art. 2), nonché disposizioni per la promozione del trasporto scolastico sostenibile (art. 3), al fine di combattere le emissioni inquinanti.

2.2. La sicurezza stradale e i costi della circolazione

Un altro fattore che incide sulla mobilità sostenibile è costituito dalla circolazione stradale, che determina notevoli costi sociali provocati dagli incidenti stradali⁸⁷.

Secondo i dati ISTAT, infatti, nel 2018 si sono verificati in Italia 172.553 incidenti stradali con lesioni a persone che hanno provocato 3.334 vittime (morti entro il 30° giorno) e 242.919 feriti⁸⁸.

Anche i recenti dati relativi agli incidenti stradali verificatesi a livello dell'Unione mostrano che nel 2018 hanno perso la vita sulle strade dell'Unione 25.150 persone⁸⁹ (25.300 nel 2017⁹⁰).

Recenti *report* mostrano che migliaia di decessi l'anno sono causati dalla guida in stato di ebbrezza. Nel 2018, in ventitré Paesi dell'Unione, le vittime sono state 2.654, mentre erano 3.544 nel 2010⁹¹.

In ogni caso, negli ultimi anni, a livello dell'Unione, si è registrata una stagnazione dei progressi compiuti per ridurre gli indici delle vittime della strada.

Mobilità Sostenibile”, sancita in sede di Conferenza unificata il 20 dicembre 2018, 4, laddove si chiede l'istituzione del Tavolo in questione.

⁸⁶ Recante *Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*. Il decreto in questione è stato convertito con modificazioni dalla l. 12 dicembre 2019, n. 141.

⁸⁷ Sulla sicurezza stradale si sofferma anche il PSNMS, cit., 7.

⁸⁸ Si veda ISTAT, *Incidenti stradali in Italia*, 25 luglio 2019, consultabile alla pagina web <https://www.istat.it/it/archivio/232366>. Sui dati relativi alle morti causate dagli incidenti stradali a livello internazionale si veda World Bank, *Mortality caused by road traffic injury* (periodo 2013-2016), consultabile alla pagina web <https://data.worldbank.org/indicator/SH.STA.TRAF.P5?view=chart>.

⁸⁹ European Commission, *Road Safety 2018. How is your country doing?*, 2019, consultabile alla pagina web <http://bit.ly/2qyOfbc>.

⁹⁰ Commissione europea, Comunicato stampa, *Sicurezza stradale: miglioramenti nel 2017 secondo i dati, ma servono altri sforzi per progredire concretamente*, 10 aprile 2018.

⁹¹ European Transport Safety Council (ETSC), *Progress in reducing drink-driving and other alcohol-related road deaths in Europe*, December 2019, 1, consultabile alla pagina web https://etc.eu/wp-content/uploads/reducingdrinkdriving_031219_design_final.pdf. Nel *report* si fa notare come questi dati non siano disponibili per alcuni Paesi, tra cui l'Italia (*ibidem*).

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

L'obiettivo strategico dell'Unione di dimezzare il numero delle vittime di incidenti stradali tra il 2010 e il 2020⁹² non verrà raggiunto, come rilevato dalla Commissione⁹³. Del fallimento di tale obiettivo ha preso atto anche il Consiglio, tant'è che nelle sue conclusioni dell'8 giugno 2017, con cui si approva la dichiarazione di La Valletta del marzo 2017, detta Istituzione ha approvato un nuovo obiettivo intermedio che prevede di dimezzare, entro il 2030, il numero di feriti gravi rispetto al 2020⁹⁴.

Progressi ancora più limitati sono stati compiuti nella prevenzione delle lesioni gravi⁹⁵.

Gli incidenti hanno un impatto notevole anche sotto il profilo economico. Un recente studio della Commissione europea ha stimato che, se si considera solo l'aspetto economico, gli incidenti stradali nell'Unione hanno un costo annuale di circa 280 miliardi di euro, equivalente ad oltre il due per cento del PIL⁹⁶.

Se ci si sposta sul piano internazionale lo scenario non muta. Secondo la relazione dell'Organizzazione mondiale della sanità sulla sicurezza stradale mondiale⁹⁷, solo nel 2016 le vittime di incidenti stradali sono state 1,35 milioni. Inoltre, secondo i dati delle Nazioni Unite, negli ultimi anni «the number of road traffic crashes remains unacceptably high, and crashes represent a leading cause of death and injury around the world, killing more than 1.25 million people and injuring as many as 50 million people a year, with 90 per cent of these casualties occurring in developing countries, and concerned also that road traffic crashes are the leading cause of death around the world for children and young people between 15 and 29 years of age»⁹⁸.

Molto significativi sono anche i dati del nostro Ministero delle infra-

⁹² Comunicazione della Commissione, *Verso uno spazio europeo della sicurezza stradale: orientamenti 2011-2020 per la sicurezza stradale*, COM(2010) 389 final, 20 luglio 2010.

⁹³ Considerando 1, dir. 2019/1936/Ue.

⁹⁴ Considerando 1, dir. 2019/1936/Ue.

⁹⁵ Commissione europea, *Quadro dell'UE 2021-2030 per la sicurezza stradale. Prossime tappe verso l'obiettivo "zero vittime" ("Vision Zero")*, SWD(2019) 283 draft, 19 giugno 2019, 1, laddove si mette in evidenza che mentre i decessi sono diminuiti del venti per cento tra il 2010 e il 2017, le lesioni gravi (registrate dalla polizia) sono diminuite solo del cinque per cento circa nello stesso periodo (ivi, nota n. 7).

⁹⁶ Commissione europea, *Handbook on the External Costs of Transport*, 2019, consultabile alla pagina web https://ec.europa.eu/transport/themes/sustainable/studies/sustainable_it.

⁹⁷ Organizzazione mondiale della sanità, *Global Status Report on Road Safety*, 2018, consultabile alla pagina web https://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2018/en/.

⁹⁸ Si veda la risoluzione delle Nazioni Unite, 70/260, *Improving global road safety*, adottata dall'Assemblea Generale il 15 aprile 2016, p. 2.

strutture e dei trasporti (MIT), secondo cui la stima dei costi sociali dell'incidentalità per l'anno 2017 ha superato i venticinque miliardi di euro⁹⁹.

Secondo una relazione della Commissione del 2019, il costo totale dei trasporti per la società nell'Unione è stimato a 987 miliardi di euro, includendo i costi ambientali (quarantaquattro per cento), i costi dovuti agli incidenti (ventinove per cento) e i costi della congestione (ventisette per cento)¹⁰⁰.

Le iniziative finora proposte – tanto a livello dell'Unione quanto a livello interno – non sembrano adeguate, essendo la prospettiva del miglioramento della qualità della vita affrontata in una logica prevalentemente o esclusivamente mercatistica, essendo necessarie anche politiche urbane multilivello che puntino al progresso e non solo allo sviluppo¹⁰¹. È, pertanto, necessario un intenso intervento pubblico, a cominciare dalla fase della programmazione¹⁰² strategica¹⁰³, che si fondi non solo sull'agenda digitale e sul relativo mercato unico europeo, ma anche sull'agenda urbana multilivello¹⁰⁴,

⁹⁹ Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, *Costi Sociali dell'incidentalità stradale*, anno 2017, consultabile alla pagina web http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/documentazione/2019-06/Costo_Sociale_2017_02042019.pdf. La somma è stata ricavata aggiungendo al costo dell'incidentalità con danni alle persone (17,38 miliardi di euro), i costi legati ai sinistri con soli danni alle cose (6,22 miliardi di euro), nonché i costi dell'incidentalità senza feriti sulla rete stradale TEN – Italia (1,41 miliardi di euro).

¹⁰⁰ European Commission, *Sustainable Transport Infrastructure Charging and Internalisation of Transport Externalities*, May 2019, consultabile alla pagina web <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/e0bf9e5d-a386-11e9-9d01-01aa75ed71a1/language-en>. Si veda inoltre, sul punto, C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 29.

¹⁰¹ Per considerazioni di più ampio respiro su tali aspetti sia permesso rinviare al nostro *L'acquis dell'Unione europea in materia di sicurezza stradale*, cit., *passim*.

¹⁰² Il termine *programmazione* viene nel presente lavoro utilizzato come sinonimo di *pianificazione*, alla luce degli insegnamenti della dottrina: M. Carabba, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 1113 ss., spec. p. 1114. Cfr., inoltre, M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 629 ss.; M. Stipo, *Programmazione statale e programmazione regionale*, in *Enc. giur.* XXVIII, Milano, Giuffrè, 1991, 1 ss.; M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale*, Napoli, ESI, 2016 (rist. ed. 1977-1979), 137 ss.; M. D'Orsogna, *Pianificazione e programmazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, Giuffrè, 2006, 4298 ss.

¹⁰³ A. Zito, *La politica pubblica delle infrastrutture di trasporto: presupposti e condizioni per una gestione efficace*, in *Infrastrutture di trasporto*, I, cit., 61 ss., spec. 64; E. Picozza, *Il ruolo strategico della infrastruttura dei trasporti*, in *Infrastrutture di trasporto*, I, cit., 97 ss.; R. Dipace, *Le reti di trasporto*, cit., 45 ss.

¹⁰⁴ Cfr. sul punto Commissione, COM(2011) 144, cit., punti 48 e 49; Commissione, COM(2018) 773, cit., par. 3, 12, laddove si ritiene necessario «migliorare le infrastrutture regionali e la pianificazione territoriale per sfruttare appieno i vantaggi offerti da un maggior uso dei trasporti pubblici». Sull'importanza della programmazione nelle politiche

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

nonché sulla cooperazione internazionale¹⁰⁵, considerata la necessità di ridefinire le infrastrutture (digitali e fisiche) e atteso che sono coinvolti molti beni di rilevanza costituzionale (come la tutela della vita e della salute, la libertà di circolazione, anche e soprattutto di chi non è in grado di muoversi autonomamente, come disabili e anziani¹⁰⁶ e più in generale gli «utenti della strada vulnerabili», come definiti dall'art. 2, n. 10, dir. 2008/96/Ce, come modificata dalla dir. 2019/1936/UE).

3. Il trasporto pubblico locale in alcuni modelli “virtuosi”

3.1. Il caso del Lussemburgo e le iniziative del Governo tedesco

Nella prospettiva poc' anzi tracciata, particolare interesse suscitano le proposte avanzate dai Governi tedesco e lussemburghese di rendere il trasporto pubblico gratuito, che potrebbero essere analizzate attraverso quello che potremmo definire come un nuovo statuto giuridico della mobilità¹⁰⁷, che va configurandosi nel quadro più ampio della transizione verso una nuova civiltà urbana. Una tale transizione emerge dalla «nuova questione urbana»¹⁰⁸, alimentata dalla massiccia urbanizzazione¹⁰⁹ (e in via speculare dallo spopo-

urbane (specie metropolitane) si veda P. Urbani, *Il ruolo delle istituzioni nel governo dei processi metropolitani: le grandi città come problema nazionale e non locale*, 2007, par. 2.2, consultabile alla pagina web <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/olo-/olo-delle-istituzioni-nel-governo-dei-processi-metropolitani.pdf>.

¹⁰⁵ Da attuare nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite, con un ruolo di *leadership* riconosciuto (*recte*: espressamente conferito) alla *World Health Organization*, in stretta collaborazione con le commissioni regionali delle medesime Nazioni Unite. Su tali aspetti si veda la risoluzione delle Nazioni Unite, 70/260, *Improving global road safety*, cit., 3 e *passim*. Si veda, inoltre, conclusioni del Consiglio sulla sicurezza stradale con cui si approva la dichiarazione di La Valletta del marzo 2017, cit., punto 8, lett. l).

¹⁰⁶ Tale aspetto sociale dei trasporti è stato sottolineato anche in un recente parere del CESE su *Il ruolo dei trasporti nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, cit., punto 1.4.

¹⁰⁷ La mobilità si compone di due parti: infrastrutture e servizi: cfr. in merito L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., 8.

¹⁰⁸ Sulla quale si veda la recente Mozione della Camera dei Deputati concernente iniziative in materia di politiche urbane e riqualificazione delle periferie, allegata all'ordine del giorno della seduta n. 208 di lunedì 15 luglio 2019.

¹⁰⁹ Cfr., in merito, P. Urbani, *La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità*, in *giustamm.it*, 2010, n. 6, par. 1, il quale osserva come «la crescente concentrazione della popolazione in ambiti urbanizzati richieda una riconsiderazione complessiva delle politiche pubbliche in materia di pianificazione e sviluppo dei territori

lamento delle aree interne)¹¹⁰, dalla crescita di diseguglianze e dall'aumento della povertà all'interno delle aree urbane¹¹¹.

Un fattore che incide in modo significativo sulla crescita delle diseguglianze urbane e sulla emersione di nuove periferie sociali¹¹² è il trasporto pubblico locale, «una delle più grandi e insolite questioni nazionali»¹¹³. Sotto tale profilo, è interessante sottolineare come nei piani di mobilità urbana di molte città dell'Unione sia pressoché assente l'attenzione verso le zone periferiche, come è stato rilevato in una recente relazione della Corte dei conti europea¹¹⁴.

locali». Su tali processi di urbanizzazione si veda E. Carloni, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in questa *Rivista*, 2016, 235 ss., spec. 238; J.-B. Auby, *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Paris, LexisNexis, 2013, 1; M. Cammelli, *Governo delle città: profili istituzionali*, in *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, a cura di G. Dematteis, Venezia, Marsilio, 2011, 335 ss.

¹¹⁰ Basti pensare che in Italia la popolazione urbana è aumentata di oltre il dieci per cento dal 1960, superando la soglia del settanta per cento nel 2018, mentre nell'Unione europea nello stesso periodo la popolazione urbana è aumentata del quattordici per cento, passando dal sessantuno per cento al settantacinque per cento. Tali dati sono tratti da World Bank, *Urban population* (periodo 1960-2018), consultabili alla pagina web https://data.worldbank.org/indicator/SP.URB.TOTL.IN.ZS?end=2018&name_desc=false&start=1960&view=chart. Per contrastare tale fenomeno in Italia è stata adottata la Strategia nazionale per le aree interne (SNAI) volta a migliorare e promuovere la crescita dei territori interni del nostro Paese. L'obiettivo della SNAI «è incoraggiare la creazione e/o il consolidamento di forme integrate di governo dei servizi pubblici municipali locali che rispettano le caratteristiche territoriali, la dimensione delle entità coinvolte e le esigenze espresse dallo stato di attuazione della Strategia nelle singole aree»: R. Dipace, M. D'Orsogna e L. Giani, *Coesione, sostenibilità e sviluppo territoriale: valorizzazione delle aree interne e prospettiva macroregionale*, in *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, II, a cura di G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani e A. Police, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 1087 ss., spec. 1097 ss. Sulle aree interne si veda R. Dipace, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Ist. fed.*, 2017, 644 ss.; *Aree Interne. Per una rinascita dei territori rurali e montani*, a cura di M. Marchetti, S. Panunzi e R. Pazzagli, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017.

¹¹¹ E. Olivito, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, *passim*.

¹¹² Di periferie si discorre «non sulla base della distanza fisica da un centro né tanto meno per l'idoneità a segnare il confine tra lo spazio urbano e le aree rurali, bensì per come esse sono concepite e vissute in termini di insediamenti funzionali alle logiche di produzione, di crescita e di esclusione delle città»: E. Olivito, *(Dis)eguaglianza*, cit., 21, a cui si rinvia per un esame approfondito del termine “periferia”. Tale termine viene in questa sede utilizzato nella sua accezione negativa, diffusa nel contesto europeo, dove le periferie sono l'espressione di una «città classista» e strumento di divisione sociale (*ibidem*).

¹¹³ A. Candido, *Verso quale trasporto pubblico locale?*, cit., 2-3.

¹¹⁴ C. conti Eu, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 38, la quale mette in evidenza

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

La previsione di nuovi servizi rivolti al cittadino (*recte*: abitante o *denizen*)¹¹⁵ come quello del trasporto pubblico gratuito potrebbe dunque essere configurato come un nuovo diritto di quella che in altre sedi abbiamo chiamato «nuova cittadinanza amministrativa»¹¹⁶; diritto che andrebbe ad integrare altri principi e diritti ad oggi vigenti, come il principio della gratuità per l'utilizzazione delle strade pubbliche aperte all'uso generale, introdotto con il r.d. 31 dicembre 1923, n. 3043 (che ha peraltro conosciuto eccezioni, anche in ragione del contenimento del traffico veicolare per ragioni ambientali)¹¹⁷.

Il Lussemburgo è il primo Paese al mondo a rendere il trasporto pubblico gratuito per ridurre l'inquinamento atmosferico e combattere la congestione stradale¹¹⁸. Il provvedimento è entrato in vigore il 1° marzo 2020 e i costi relativi al mantenimento della rete pubblica (circa cinquecento milioni di euro) sono a totale carico dello Stato¹¹⁹.

Una proposta simile – che però è rimasta tale – è stata avanzata dal Go-

come l'integrazione delle zone ubicate attorno alle città dovrebbe tener conto dei diversi modi di trasporto e dei collegamenti con la pianificazione urbanistica affinché la mobilità urbana possa dirsi sostenibile. Solo attraverso tale integrazione, nella prospettiva or ora indicata, è possibile superare le criticità dell'attuale sistema del trasporto pubblico locale, tra cui la dispersione urbana (*sprawl*), che favorisce l'uso dei mezzi privati e riduce gli spazi nei centri urbani (da destinare anche al trasporto pubblico): cfr. PSNMS, cit., 38.

¹¹⁵ Il quale (*denizen*) nella cittadinanza amministrativa prende il posto del *citizen*: così C.E. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 481 ss., spec. 487. Rispetto al *citizen*, il *denizen* è «più legato all'essere in un luogo che non alla qualità formale dell'appartenenza»: S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 201. Il termine *abitante* non coincide peraltro con quello di *residente*, e include anche i pendolari e i *city user*, essendo i primi coloro i quali «lavorano in un luogo ed abitano in un altro», mentre i secondi coloro i quali «si recano in città in ragione delle diverse funzioni qui insediate, secondo schemi molto più variabili e quindi meno prevedibili rispetto al pendolarismo classico, legato invece alla stabilità del posto di lavoro»: così E. Boscolo, *Le regole per lo spazio urbano: dal piano regolatore alle politiche urbane*, in *Il governo del territorio*, a cura di S. Civitaresse Matteucci, E. Ferrari e P. Urbani, Milano, Giuffrè, 2003, 355 ss., spec. 358. Si veda, altresì, R. Cavallo Perin, *Beyond the Municipality: The City, its Rights and its Rities*, in *Italian Journal of Public Law*, March 2013, Issue 2, no. 2, 226 ss., il quale sottolinea che la città, come ordinamento di ordinamenti, non sia composta solo dalla popolazione “residente”.

¹¹⁶ F. Gaspari, *Smart city*, cit., *passim*.

¹¹⁷ G. Vermiglio, *Studio sulle implicazioni giuridiche del road pricing*, in *Autostrade del mare. Sicilia piattaforma logistica del Mediterraneo. Studi e ricerche*, a cura di G. Vermiglio, Messina, 2009, 83.

¹¹⁸ Cfr. <https://www.mobilitait.lu/en/tickets/free-transport/>.

¹¹⁹ Su tale iniziativa si veda <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/02/29/lussemburgo-gratis-i-trasporti-pubblici-per-ridurre-linquinamento-climatico/5721401/>.

verno tedesco¹²⁰, sempre al fine di combattere l'inquinamento atmosferico¹²¹ (ed evitare procedure d'infrazione della Commissione europea, già lanciate nei confronti di diversi Stati membri dell'Unione)¹²².

3.2. *Possibili scenari del trasporto pubblico gratuito in Italia tra Stato "facilitatore" e de-economicizzazione delle attività economiche. Ovvero, la mobilità come servizio ai cittadini o la mobilità al servizio dei cittadini?*

Tali misure potrebbero essere adottate anche in Italia, con l'obiettivo di pervenire ad una riduzione – se non eliminazione – del trasporto privato a beneficio del trasporto pubblico elettrico¹²³, permettendo così di ridurre significativamente i costi sociali derivanti dalla circolazione stradale¹²⁴. Tali obiettivi sembra siano al centro delle politiche nazionali. In particolare, il menzionato PSNMS del 2019 è destinato, tra l'altro, al rinnovo del parco degli autobus dei servizi di trasporto pubblico ed ha come obiettivo principale la riduzione dell'utilizzo dell'auto privata a favore dell'offerta di trasporto pubblico e collettivo¹²⁵.

¹²⁰ Cfr. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/02/14/smog-la-germania-studia-mezzi-pubblici-gratis-mentre-roma-ripropone-la-strategia-dell'anno-scorso/4159694/>. Cfr. https://www.repubblica.it/economia/2018/02/14/news/troppo_inquinamento_la_germania_prepara_la_svolta_storica_mezzi_pubblici_gratis-188826273/?refresh_ce.

¹²¹ Tale proposta – riguardante cinque città tedesche (Bonn, Essen, Herrenberg, Reutlingen e Mannheim) – sembra essere stata accantonata a causa della mancanza di finanziamenti da parte dello Stato federale. Ma in ogni caso il dibattito è stato aperto ed è destinato ad alimentarsi anche al di fuori dei confini nazionali (tedeschi).

¹²² Cfr. EEA, *Air Quality in Europe*, cit., punto 1.1, 10.

¹²³ Che è un obiettivo anche dell'Unione: cfr. Parlamento europeo, *Proposta di risoluzione sulla messa in atto del Libro bianco 2011 sui trasporti: bilancio e via da seguire per una mobilità sostenibile*, 29 luglio 2015, spec. punti 18 e 20.

¹²⁴ Sottolineano gli effetti negativi (in termini di sostenibilità ambientale) su tutta la collettività del deficit strutturale con specifico riguardo al trasporto regionale E. Turco Bulgherini e M.M. Comenale Pinto, *Trasporti e intermodalità*, cit., 23-24. Gli Autori rimarcano, inoltre, come la multimodalità possa rappresentare una delle possibili soluzioni per la riduzione dei costi economici, ambientali e sociali del trasporto, dovuti ai problemi di congestione del traffico, conseguenti allo squilibrio modale. Su tali aspetti si veda anche G. Romanelli e M.M. Comenale Pinto, *Trasporti, turismo e sostenibilità ambientale*, in *Dir. trasp.*, 2000, 659 ss., spec. 666; L. Marfoli, *Mobilità sostenibile e trasporto intermodale*, in *Giureta*, 2013, 19 ss.; R. Dipace, *Le reti di trasporto*, cit., 50 ss. Sulla necessità di rafforzare il trasporto multimodale (anche automatizzato e connesso) per «[a]ccelerare la transizione verso una mobilità sostenibile e intelligente» si veda Commissione, COM(2019) 640, cit., par. 2.1.5, 11.

¹²⁵ PSNMS, cit., 6. Tale aspetto è stato sottolineato anche nelle raccomandazioni ANCI allegata al Piano, cit., 2.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

Un approccio di tal fatta è adottato anche a livello eurounitario¹²⁶, laddove la Commissione europea caldeggia il concetto di «mobilità come servizio»¹²⁷, in una prospettiva privatistica (o meglio, mercatistica)¹²⁸. La mobilità come servizio (rappresentata, ad esempio, dai veicoli a guida autonoma chiamati ad incentivare i sistemi di *car sharing*) ha come obiettivo, bensì l'eliminazione (o comunque la sostanziale riduzione) del trasporto privato, ma per soddisfare prevalentemente (se non esclusivamente) logiche di mercato¹²⁹.

Tale approccio della Commissione, ancorché le sue finalità siano del tutto condivisibili (come la sicurezza stradale), mira (primariamente) a creare nuova domanda di mercato, relegando, così, lo Stato e i pubblici poteri al ruolo di “facilitatori” (c.d. “*enabling State*”)¹³⁰, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale¹³¹, nella sua concezione più estrema (o pervasiva)¹³².

¹²⁶ Si veda, ad esempio, C. conti Eu, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., p. 33, spec. punto 55, laddove la Corte sottolinea l'importanza di «adottare misure efficaci per dissuadere i cittadini dall'utilizzare le auto private».

¹²⁷ Commissione, COM(2018) 283, cit., 1; Commissione, COM(2019) 640, cit., par. 2.1.5, 11; Commissione, COM(2018) 773, cit., par. 3, 12.

¹²⁸ Di diverso avviso è L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., 11, la quale osserva come il diritto alla mobilità abbia «ormai perso il suo legame esclusivo con il mercato e la sfera economica configurandosi non solo come diritto di accedere ai servizi di trasporto ma anche come “veicolo” di omogeneizzazione a livello sociale e territoriale».

¹²⁹ Un approccio simile sembra essere seguito anche dall'OCSE, che promuove lo sviluppo di modelli *Mobility as a Service* (MaaS), i quali sono «based on the provision of mobility as a service, typically on a subscription basis, rather than something based on the ownership of vehicles»: OECD, ITF, *Reforming Public Transport*, cit., 70.

¹³⁰ Sul c.d. “Stato facilitatore” si veda E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio e F. Giglioni, Bologna, Il Mulino, 2017, 15 ss., spec. 29 ss.; S. Cassese, *Le prospettive*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2009, 507 ss., spec. 513 ss.; M. Clarich, *Stato, gruppi intermedi e individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, suppl. n. 3, 133 ss., spec. 136.

¹³¹ Comitato economico e sociale europeo (CESE), Parere su *Il ruolo dei trasporti nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, cit., punto 8.6, laddove si legge che «[b]enché il ruolo del settore pubblico sia essenziale, il CESE chiede ai responsabili politici dell'UE di riconoscere pienamente il ruolo fondamentale dell'azione dal basso e dei partenariati, in quanto contribuiscono a trovare, da un lato, le migliori soluzioni possibili alle sfide legate ai trasporti e, dall'altro, i modi per coglierne le opportunità, ad esempio attraverso nuovi modelli di produzione e consumo sviluppati dalle imprese e dai cittadini».

¹³² Come rilevano V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, II, Napoli, ESI, 2015, 1131 ss., spec. par. 1, il principio di sussidiarietà orizzontale viene inquadrato nell'ambito della crisi della statualità – formatasi nel corso del XX secolo –, e costituisce la risposta all'insoddisfazione verso un modello di pubblica amministrazione «responsabile della cura d'interessi pubblici per conto della collettività». Sulla concezione pervasiva del principio di

In un tale scenario, con specifico riferimento alla sostenibilità dei trasporti, parte della dottrina osserva come appaia «cruciale supportare le politiche attraverso il ricorso, ad esempio, a strumenti di *regulation by information* (a partire dalle campagne pubbliche di informazione in merito alle varie possibilità, vantaggi e aspetti pratici relativi ai veicoli “verdi”) e di *nudging* (consistente nella definizione di regolazioni che si risolvano in “spinte gentili” nella direzione che promuova l’acquisto di veicoli “verdi” e il ricorso a modalità di trasporto sostenibile)»¹³³. Secondo tale approccio, è auspicabile un nuovo modello di regolatore, un «*adaptive regulator*», «la cui attività sia improntata tra l’altro ad un approccio incrementale, sperimentale e flessibile tale da stare al passo con la rapidità dei mutamenti e ad innovazioni potenzialmente imprevedibili»¹³⁴.

Secondo altra e condivisibile prospettiva, invece, superando la concezione più estrema della sussidiarietà orizzontale, che si manifesta come in-costituzionale¹³⁵, il diritto alla mobilità costituisce un servizio pubblico (o

sussidiarietà orizzontale (ex art. 118, c. 4, Cost.) si veda, tra gli altri, S. Cassese, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.; G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss.; F. Pizzetti, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della «democrazia della cittadinanza»*, Relazione al Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma, 7-8 febbraio 2003, in www.astridonline.it; G. Pastori, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le Regioni*, 1997, 751 ss., spec. 752, il quale si spinge ad affermare che il fine ultimo della interazione collaborativa tra amministrazione e formazioni sociali sia quello di realizzare «non solo la maggior prossimità o vicinanza dell’amministrazione ai cittadini, ma anche, ove possibile, l’immedesimarsi dell’amministrazione nelle formazioni sociali, attraverso cui si esprime l’organizzazione della società stessa». Più recentemente, tale A. ha rimarcato l’importante ruolo che è chiamata a svolgere la cittadinanza attiva ex art. 118, c. 4, Cost. (o «cittadinanza sociale», come la chiama l’A.) nella soddisfazione dei diritti della persona (già fissato nell’art. 2, Cost.): Id., *Le cittadinanze amministrative*, in *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell’amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, a cura di A. Bartolini e A. Pioggia, Firenze, Firenze University Press, 2016, 429 ss., spec. 434. Per una critica (condivisibile) a tale approccio estremo si veda, tra gli altri, S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in federalismi.it, 2016, n. 5; C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 71 ss.; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.

¹³³ L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., 18.

¹³⁴ L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., 28. In termini analoghi si veda C. Iaione, *Sharing economy*, cit., 231 e *passim*. Sulla sussidiarietà e sulla *governance* sussidiaria si veda il recente volume *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, a cura di P. Chirulli e C. Iaione, Napoli, Jovene, 2018.

¹³⁵ Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, anche a seguito della sussunzione nel testo costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale, «qualsiasi potere pubblico normativamente costituito contiene in sé le ragioni della propria esistenza, coincidenti con la sua capacità (almeno potenziale) di essere effettivamente in grado di espletare le funzioni

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

meglio, un servizio sociale, visto che è rivolto alla soddisfazione di bisogni primari della persona costituzionalmente tutelati¹³⁶, strumentale a soddisfare altri interessi e diritti fondamentali¹³⁷, costituzionalmente garantiti (tra i quali istruzione, sanità, ambiente)¹³⁸, i quali rendono recessivi quelli legati al mercato e alla nuova economia verde (c.d. *Green Deal*); diritto (almeno prevalentemente) di natura vincolante, perno del nuovo statuto della cittadinanza amministrativa e, dunque, distante da pure logiche di mercato, come

assegnategli dall'ordinamento in vista del conseguimento del risultato previsto, vale a dire in prospettiva della realizzazione dei compiti affidatigli»: F.G. Scoca e M.R. Spasiano, *Nozioni introduttive*, Sez. II, *Approfondimenti*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2019, 10 ss., spec. 17. Ne consegue che qualora un soggetto pubblico si rivelasse inadeguato a realizzare i compiti di cui risulta attributario *ex lege* (e tale inadeguatezza cresce in modo proporzionale alla “estensione” della sussidiarietà orizzontale), lo stesso soggetto pubblico «già sul piano strutturale sarebbe ineludibilmente incostituzionale per violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.» (*ibidem*).

¹³⁶ Sulla nozione di servizio pubblico locale e sulla differenza tra servizio pubblico e servizio sociale si veda F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, cit., 538 ss., spec. 547-548. Si veda, inoltre, A. Police, *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. amm.*, 2007, 79 ss.; *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, Torino, Giappichelli, 2008. In materia di servizio pubblico e di servizio pubblico locale la letteratura è notevole e in questa sede non integralmente riproducibile. Al tema ha dedicato ampio spazio G. Caia, tra le cui numerose opere si veda *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in *Rivista AIC*, Osservatorio Costituzionale, 2018, n. 3; *Id.*, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010, 515 ss.; *Id.*, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Ist. enc. it., 2013, 238 ss.; *Id.*, *Modi di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Ist. enc. it., 2012, 321 ss.; *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, a cura di G. Caia, Rimini, Maggioli, 1995; *Id.*, *Riflessioni sulle forme di gestione dei servizi pubblici (coordinate di coerenza e prospettive di riordino)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 265 ss. Sulla regolazione dei trasporti in generale e sul servizio di trasporto pubblico locale in particolare si veda *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, a cura di P. Chirulli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; *Il trasporto pubblico locale*, I-II, a cura di F. Roversi Monaco e G. Caia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

¹³⁷ Sotto tale profilo, la Corte costituzionale (sentenza 19 luglio 1996, n. 264) afferma chiaramente come la disciplina di cui all'art. 16 Cost. sia «una disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela ed alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza».

¹³⁸ Sull'importanza dei trasporti «funzionali a garantire l'accessibilità ad ogni area del territorio, compresi i territori isolati e periferici» si veda E. Turco Bulgherini e M.M. Comenale Pinto, *Trasporti e intermodalità*, cit., 3. Si veda, altresì *La continuità territoriale della Sardegna. Passeggeri e merci, low cost e turismo*, a cura di M.M. Comenale Pinto, Roma, Aracne, 2015; F. Pellegrino, *La continuità territoriale nell'Unione europea tra diritto alla mobilità sostenibile e coesione territoriale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, Giappichelli, 2016, 1742 ss.; R. Di-pace, *Le reti di trasporto*, cit., 31 ss. e *passim*; A. Zito, *La politica pubblica*, cit., 61 ss.

quelle che ispirano la (quasi) totalità di azioni e proposte della Commissione europea e, più in generale, delle istituzioni eurounitarie.

È noto, infatti, come la “debolezza” delle politiche sociali caratterizzi il processo d’integrazione europea sin dal suo avvio (che risale agli anni ‘50 del secolo scorso), quando tale processo aveva una finalità essenzialmente economica¹³⁹ e le «preoccupazioni sociali» venivano relegate sullo sfondo¹⁴⁰. L’adesione all’Unione europea ha determinato un indebolimento dello Stato sociale¹⁴¹, a causa della riconduzione del modello giuridico europeo al modello dell’*homo oeconomicus*, con la conseguenza che l’Unione europea costituisce un possibile elemento di rottura costituzionale¹⁴².

¹³⁹ R. Miccù, *Proteggere la democrazia. Rinnovare il “contratto sociale” europeo*, in *federalismi.it*, 2014, n. 3, 2 e 4. Sul modello economico europeo si veda, dello stesso A., *Id.*, *Costituzionalizzare l’economia all’epoca della crisi. Note brevi sui deficit della UE e sulle sfide del governo economico sovranazionale*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, Jovene, 2012, 555 ss.; *Id.*, *Economic Governance in a Constitution for Europe*, in *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of The European Convention*, I. Pernice, M. Poiares Maduro (eds.), Baden-Baden, Nomos, 2004, 127 ss.; *Id.*, *Il modello sociale e la governance nel Trattato costituzionale europeo. Prime note*, in *The European Welfare in a Counteracting Society*, R. Cagiano de Azevedo (ed.), Roma, Kappa Edizioni, 2004, 111 ss.

¹⁴⁰ Così M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 367 ss. Cfr., inoltre, A. Predieri, *Europeità dell’economia sociale di mercato*, in *Nuova Antologia*, 1995, 184 ss., spec. 187.

¹⁴¹ Del tutto inadeguate sono le scarse iniziative prese a tale riguardo in sede UE, come ad esempio la recente proclamazione del c.d. Pilastro europeo dei diritti sociali (o *European Pillar of Social Rights* –EPSR), approvato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione europea durante il vertice sociale per l’occupazione equa e la crescita, che si è svolto a Göteborg il 17 novembre 2017. Si tratta di un documento essenzialmente politico e si basa su 20 “principi”, consultabili alla pagina web https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_it. Su tale documento si veda S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, n. 4, 953 ss.; A.-O. Cozzi, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2018, 516 ss. Si sofferma sul documento in parola anche F. Pellegrino, *Il diritto dei trasporti quale motore di sviluppo della “gig economy”*, in *Dir. trasp.*, 2019, n. 2, 693 ss., spec. 696, la quale peraltro, riconoscendo la natura di *soft law* al catalogo, esprime un giudizio positivo sul *Pilastro*, osservando come questo «rivest[a] un particolare valore in quanto si propone di rafforzare l’*acquis* sociale in Europa». Maggiore peso (non solo per la sua natura giuridica) riveste invece la dir. 2019/1152/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea, anche se l’art. 1, par. 2 sembra codificare una nozione di “lavoratore” più restrittiva” (escludendo dunque alcune categorie di lavoratori precari e scarsamente tutelati) rispetto a quella più ampia contenuta nella proposta di direttiva del 2017: sul punto, si veda ancora F. Pellegrino, *Il diritto dei trasporti*, cit., 703-704.

¹⁴² M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all’integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 557 ss., spec. 589. Più di recente, dello stesso A., si veda, *Diritti sociali e livelli essenziali delle pre-*

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

Da questa impostazione emerge chiaramente l'importanza della funzione sociale del diritto alla mobilità (urbana). La mobilità attiene, infatti, non solo alla libertà di circolazione, ma ad una posizione giuridica più ampia e complessa, preordinata a soddisfare diversi interessi pubblici e a migliorare la qualità della vita dei cittadini¹⁴³.

L'art. 16 Cost. tutela, bensì la libertà di circolazione, ma attiene anche ai «diritti della persona umana»¹⁴⁴ ed è orientato a soddisfare – più in generale – molteplici beni e interessi pubblici. Si tratta di una «libertà presupposto» finalizzata alla «soddisfazione di primari diritti e interessi costituzionalmente tutelati»¹⁴⁵.

Non garantire un adeguato trasporto pubblico locale è sicuro indice di esclusione sociale¹⁴⁶, «poiché inevitabilmente emargina tutti coloro la cui vita sociale è dipendente dal mezzo pubblico»¹⁴⁷. Si pensi, ad esempio, al pendolarismo¹⁴⁸, alle condizioni in cui generalmente versano soggetti quali anziani, bambini, disabili o coloro che non abbiano le risorse economiche necessarie per poter disporre di un mezzo privato¹⁴⁹.

stazioni pubbliche, cit., 3, il quale mette in evidenza come il processo d'integrazione europea manifesti la «incompiutezza di un interesse comune» che si cerca di surrogare «con l'assoggettamento sempre più intenso e addirittura parossistico a un comune diritto (oltretutto di dubbia condivisione generale)». Incompiutezza e non assenza, precisa l'A., il quale aggiunge che «[a]nche nella sua attuale penosa condizione, l'Unione offre prestazioni positive in termini di interessi materiali condivisi, ma queste ormai non bastano più, a fronte dell'evidente asimmetria posizionale di chi maggiormente guadagna e di chi maggiormente perde» (ivi, 3, nota 10).

¹⁴³ Cfr., in merito, R. Dipace, *Le reti di trasporto*, cit., 31 ss., il quale osserva come la politica (comunitaria) dei trasporti miri non solo a creare un mercato unico, ma anche a migliorare la qualità della vita dei cittadini, «fine raggiungibile anche attraverso forme di trasporto a minor impatto ambientale (la c.d. mobilità sostenibile), oltre quella di perseguire la massima coesione sociale» (ivi, 35). La politica dei trasporti «tende non solo al conseguimento di obiettivi di tipo economico ma anche di scopi a rilevanza sociale» (*ibidem*).

¹⁴⁴ C. cost., 12 marzo 1965, n. 12.

¹⁴⁵ A. Zito, *La politica pubblica*, cit., 61.

¹⁴⁶ Come sottolinea A. Zito, *La politica pubblica*, cit., 61, «in assenza [di] un'adeguata politica delle infrastrutture di trasporto, l'esercizio della libertà di circolazione trova ostacoli che inevitabilmente ne limitano il godimento e, nel limitarne il godimento, determinano anche un *vulnus* del principio di uguaglianza».

¹⁴⁷ Come osserva A. Candido, *Verso quale trasporto pubblico locale?*, cit., 7. Sul ruolo del trasporto pubblico nel prevenire l'esclusione delle persone si veda anche CESE, *Il ruolo dei trasporti nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, cit., punto 6.6.

¹⁴⁸ Secondo recenti dati, si stima che nel 2017 circa trenta milioni di persone si siano spostate ogni giorno per raggiungere il luogo di studio o di lavoro: ISTAT, comunicato stampa, *Spostamenti quotidiani e nuove forme di mobilità*, 29 novembre 2018, consultabile alla pagina web <https://www.istat.it/it/archivio/224469>.

¹⁴⁹ Secondo recenti dati (ISTAT, *Rapporto annuale 2019. La situazione del Paese*, 225), la

In particolare, negli ultimi anni, la domanda di mobilità dei cittadini ha subito una netta caduta dei livelli di consumo della mobilità passeggeri in Italia, in concomitanza (sostanzialmente) con l'acuirsi della crisi economica e del restringimento della disponibilità di reddito delle famiglie¹⁵⁰.

Tutti questi soggetti, in mancanza di un adeguato trasporto pubblico locale, non sarebbero concretamente messi in condizione di esercitare tutti i diritti sociali, come, tra gli altri, i diritti allo studio, al lavoro, alla tutela della salute¹⁵¹.

È in questa prospettiva che la mobilità si configura come «libertà di circolazione qualificata», in relazione alle molteplici necessità di movimento connesse alla soddisfazione di primari diritti costituzionali¹⁵². Mobilità intesa non già come servizio da offrire su un nuovo mercato, ma come strumento al servizio dei cittadini, e cioè «come espressione della spiccata funzione sociale del trasporto pubblico locale, colto in un orizzonte più vasto rispetto alla libertà di circolazione disciplinata dall'art. 16 Cost.»¹⁵³.

Misure volte a rendere il trasporto pubblico gratuito avrebbero, pertanto, un indubbio impatto, non solo sulla sicurezza stradale e sulla tutela ambientale, ma anche sull'effettivo esercizio di libertà costituzionali. L'implementazione di tali misure è subordinata, non tanto alle coperture

povertà assoluta è più che raddoppiata negli ultimi 10 anni, passando dal 3,6 all'8,4 %. Tale indicatore – si legge nel Rapporto – «misura la quota di popolazione che non riesce a sostenere la spesa per i beni e servizi considerati essenziali e può quindi subire gravi forme di esclusione sociale». Coerentemente, da altri recenti dati emerge come tre italiani su quattro siano favorevoli all'introduzione del salario minimo per legge: CENSIS, *Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, 2019. Sul rapporto tra esclusione sociale e povertà si veda F. Fracchia, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2004, 41 ss., spec. 46 ss., laddove l'esclusione è intesa come «[...] isolamento non volontario che determina, oltre alla povertà, disagio e assenza di relazioni sociali» (ivi, 47). Sui concetti di “ricco” e di “povero” si vedano le lucide riflessioni di M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., 5-6. Sulle sfide globali dello “sviluppo sostenibile” in relazione alla crescente povertà globale si veda D. Ceccareli Morolli, *Appunti di geopolitica*, Roma, Valore Italiano, 2018, 125 ss.

¹⁵⁰ C. Carminucci, *Il trasporto urbano*, cit., 157 ss.; PSNMS, cit., 37.

¹⁵¹ Si veda ancora A. Candido, *Verso quale trasporto pubblico locale?*, cit., 7. In senso analogo cfr. A. Zito, *La politica pubblica*, cit., 61.

¹⁵² T.F. Giupponi, *Le frontiere del trasporto pubblico locale, tra competenze normative e situazioni giuridiche soggettive. Verso un “diritto alla mobilità”?*, in *Forum Quad. cost.*, 1 maggio 2016, 10.

¹⁵³ T.F. Giupponi, *Le frontiere*, cit., 9; A. Claroni, *Il trasporto pubblico locale: funzione sociale e processi di riforma del settore*, Bologna, Libreria Bonomo, 2012, 26 ss. Sulla funzione sociale del diritto alla mobilità si veda inoltre A. Candido, *Verso quale trasporto pubblico locale?*, cit., 6, secondo cui tale diritto «raggiunge la sua massima espansione nel settore dei trasporti pubblici locali».

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

finanziarie¹⁵⁴ (tredici miliardi di euro annui per la Germania, otto per l'Italia, cinquecento milioni per il Lussemburgo), quanto alla volontà politica, come dimostra chiaramente il caso del Lussemburgo. Si tratterebbe, in sostanza, di “*de-economicizzare*” determinate attività economiche (tra cui produzione e/o scambio di automobili, di motocicli e di tutti i veicoli a motore inquinanti)¹⁵⁵. Tale *de-economicizzazione* rientra nella discrezionalità del legislatore, il quale, «in considerazione del limite di utilità sociale posto alla libertà economica dal comma 2 dell'art. 41», può «determinare quali siano le attività che concorrono al “progresso materiale” della società [...]» e può, dunque «“*de-economicizzare*” [...] quelle attività di produzione e di scambio di beni e servizi da esso ritenute in “essenziale” e “inevitabile” contrasto con l'utilità sociale, con la libertà, con la sicurezza e con la dignità della persona»¹⁵⁶.

Il tema dell'interpretazione dell'art. 41 Cost. successivamente al Trattato di Maastricht è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina¹⁵⁷, anche con riguardo alla compatibilità dei “programmi e controlli” previsti al terzo comma di detta disposizione con i principi dell'economia sociale di mercato¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Così invece il Presidente di ANAV G. Vinella, *Bus gratuiti in Germania? La soluzione è un trasporto pubblico più competitivo*, 15 febbraio 2018, consultabile alla pagina web <https://www.trasporti-italia.com/citta/vinella-anav-bus-gratuiti-in-germania-la-soluzione-e-un-trasporto-pubblico-piu-competitivo/32825>.

¹⁵⁵ Cfr., sul punto, F. Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto dal medesimo A., Padova, Cedam, 1977, 3 ss., spec. 124.

¹⁵⁶ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, 463. Si noti come la Corte costituzionale (sin dalla sentenza 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, 31 ss., con osservazione di C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*) costantemente interpreti l'art. 41, c. 2, Cost. come un disposto contenente una riserva di legge implicita, volta a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti economici: cfr., in merito, Q. Camerlengo, *Iniziativa economica privata e utilità sociale, fra diritto vivente e suggestioni dottrinali*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, ESI, 2016, 121-122; P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione «vivente». Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, Cedam, 1978, 99 ss. La riserva di legge di cui all'art. 41, c. 2, Cost. viene ormai dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti intesa come relativa (cfr., sul punto, R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum Quad. cost.*, 26 novembre 2019), ancorché parte della dottrina (S. Fois, a margine di C. cost., sentenza n. 4 del 1958, in *Giur. cost.*, 1958, 17 ss.) ritenga che la riserva di legge in questione abbia carattere assoluto. Si veda, inoltre, L. Carlassare, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, Treccani, 1990, 1 ss., la quale ritiene opportuno considerare le riserve contenute in Costituzione tutte assolute.

¹⁵⁷ Cfr., tra i numerosi studi, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, spec. 93 ss.; Aa.Vv., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

¹⁵⁸ Cfr., sul punto, F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*,

È evidente come una trattazione *ex professo* di tali aspetti fuoriesca dall'economia del presente contributo¹⁵⁹. In questa sede possiamo limitarci ad evidenziare come nella concezione della mobilità sostenibile qui accolta siano evidenti i limiti dell'approccio deregolatorio (o *bottom-up*), com'è chiara la necessità di un «maggiore ruolo dello Stato»¹⁶⁰. La recente crisi (non solo politica) dell'Unione europea, già in atto da tempo¹⁶¹ e resa manifesta dalle divisioni degli Stati membri nell'affrontare la “ricostruzione post-bellica” a seguito della crisi socioeconomica determinata dalla pandemia Covid-19¹⁶², impone un nuovo e più marcato ruolo dello Stato, superando così le teoriche dello c.d. “Stato facilitatore” (*enabling State*), come logico sviluppo dello “Stato regolatore” – raffigurato come un edificio che ormai da tempo mostra evidenti «segni di cedimento»¹⁶³ – e prima ancora

in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993, 159-161.

¹⁵⁹ Una ricostruzione dell'art. 41 Cost. (inclusa la clausola generale “utilità sociale” ivi contenuta), anche alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente, è stata di recente svolta da I. De Cesare, *Concorrenza e utilità sociale*, in *federalismi.it.*, 2020, n. 8, 55 ss., a cui si rinvia (ivi ampi riferimenti di dottrina).

¹⁶⁰ Sul ruolo dello Stato nella realizzazione della trasformazione della società si veda Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, Il Mulino, 2013, 377 ss. Si veda, altresì, L. Torchia, *Stati e mercati alle soglie del terzo millennio*, in *Astrid Rassegna*, 2015, n. 16, 11. L'intervento pubblico in tale sua nuova configurazione non deve peraltro essere visto come un mero «correttivo necessario, ma passeggero» (così l'A. da ultimo citata, *ibidem*), bensì come un «nuovo schema di riferimento generale» (*ibidem*). Cfr., inoltre, A.M. Nico e G. Luchena, *L'Unione europea e i diritti «abbandonati»: una premessa*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2016, n. 2, 1 ss., spec. 10-11. Sulla legittimità di un intervento dirigista dello Stato in casi di crisi economica e sulla immediata riespansione della logica dell'iniziativa privata una volta che la crisi sia superata si veda, inoltre, A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, 433 ss., spec. 498. Altra autorevole dottrina afferma come l'idea di una sovranità senza Stati sia totalmente infondata e nei momenti di crisi (economiche o sanitarie, come quella legata a Covid-19) è essenziale la sovranità, della quale il vero “portatore” è «lo Stato (e non già l'Europa o il contesto globale o ultrastatale tecnico)». Egli aggiunge che «nelle situazioni di crisi quel carattere non recede, ma si rafforza e si definisce»: così F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, 2019, n. 3, 575 ss., spec. 579-580, 583 (laddove osserva come «la ricostruzione post-bellica sarà caratterizzata da un forte intervento dello Stato nell'economia e sul mercato») nonché 586 ss.

¹⁶¹ Come dimostra la c.d. Brexit, causata da fattori politici e non economico-finanziari, come messo in evidenza da S. Romano, *Guerre, debiti e democrazia. Breve storia da Bismarck a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2017, xix ss.

¹⁶² Cfr. F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo*, cit., *passim*.

¹⁶³ Come rileva anche M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, n. 1, 2. Secondo l'A., il declino dello “Stato regolatore” è un fenomeno generalizzato, che non riguarda solo l'Italia. Egli osserva, inoltre, come

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

dello “Stato imprenditore”¹⁶⁴. In tutte queste locuzioni (“Stato facilitatore”, “Stato regolatore” e “Stato imprenditore”) la parola “Stato” costituisce il minimo comun denominatore. Ora, al tramonto dello *Stato regolatore*, è necessario proporre una rivoluzione semantica e tornare al termine “Stato” senza alcuna qualificazione, ma non certo nel senso di una visione totalitaria di esso, e dunque sempre nella sua prospettiva “pluriclasse”¹⁶⁵ o “multidimensionale”. In altri termini, è necessario immaginare un nuovo ruolo per lo Stato, che permetta di superare le conseguenze nefaste e drammatiche determinate dal liberismo sfrenato¹⁶⁶ (e con esso dall’*edificio* dello Stato *regolatore*, prima, e *facilitatore*, poi); ma un nuovo ruolo senza previa etichetta e qualificazione, in quanto ciò significherebbe anche “indirizzarlo” verso una specifica attività (o *missione*), che sarebbe limitativa di fronte alle nuove sfide post-globali. Ciò che appare essenziale assicurare, al di là delle formule e degli slogan che saranno senz’altro elaborati dai grandi pensatori contemporanei esponenti della mondializzazione ultraliberale¹⁶⁷, è dunque il primato della politica – intesa, con Platone, come *basilikè téchne*¹⁶⁸ – sulla finanza e sull’economia e, dunque, un «ritorno alla sovranità»¹⁶⁹ dello Stato, la quale (sovranità) costituisce «la forma più alta di esercizio del potere politico»¹⁷⁰.

Il necessario maggiore incisivo intervento pubblico trova fondamento costituzionale nell’art. 41, c. 3, Cost., nonché nell’attività di programmazione, la quale «postula un ordine dell’economia nel quale lo Stato non

una inversione di tendenza sarebbe possibile solo se, tra l’altro, «i difensori dei principi della democrazia liberale e dell’economia di mercato sapranno liberarsi da alcuni dogmi, correggendo gli errori commessi nei decenni passati e offrendo risposte adeguate alle ansie e alle preoccupazioni di ampi strati della popolazione» (ivi, 14).

¹⁶⁴ Cfr. E. Chiti, *La rigenerazione*, cit., 29 ss.

¹⁶⁵ L’espressione “Stato a direzione pluriclasse” o, più brevemente, “Stato pluriclasse” si deve a M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 389 ss. e ora, con il titolo *Lo Stato pluriclasse*, in Massimo Severo Giannini, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, Laterza, 2010, 104 ss.

¹⁶⁶ I dati relativi ad un aumento generalizzato della povertà sono noti e alcuni di essi sono stati richiamati sopra.

¹⁶⁷ E come si è acutamente osservato, «[i] mercanti hanno sempre saputo fare propri i buoni slogan»: S. Latouche, *Breve trattato*, cit., 4.

¹⁶⁸ La politica oggi appare infatti come un «sovrano spodestato», utile solo per le rappresentazioni e poco altro: così G. Marramao, *Dopo il Leviatano*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000. Su tali aspetti ci siamo ampiamente soffermati nel nostro studio *Smart city*, cit., spec. 20 ss.

¹⁶⁹ L’espressione appartiene a F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo*, cit., 580. Su tali aspetti ci soffermeremo anche *infra*.

¹⁷⁰ F. Pedrini, *Colloquio sulla sovranità*, in *Lo Stato*, 2019, n. 12, 156.

venga a trovarsi con le forze economiche del paese in rapporti di tipo esclusivamente contrattuale, ma occupi effettivamente quella posizione preminente che istituzionalmente gli compete per l'adempimento della sua essenziale funzione di coordinamento e di mediazione propulsiva delle forze economiche»¹⁷¹.

L'intervento pubblico permette a tutti i cittadini di esercitare tutti i diritti fondamentali che trovano il loro presupposto nella mobilità (intesa come *libertà di circolazione qualificata*), rimuovendo così gli ostacoli che impediscono di fatto il pieno sviluppo della personalità umana, come stabilisce l'art. 3, c. 2, Cost. Tale disposto viene generalmente interpretato nel senso che spetta alla *Repubblica*¹⁷² il compito di rimuovere gli ostacoli, e cioè di eliminare o prevenire gli impedimenti che si presentano agli individui nelle opportunità (nei punti di partenza) per sviluppare la propria individualità¹⁷³. Si tratta di un «principio primo costituzionale»¹⁷⁴, uno strumento per la «realizzazione personale» e per «l'emancipazione di sé»¹⁷⁵.

L'intervento dei pubblici poteri non si limita, peraltro, alla rimozione

¹⁷¹ L. Mengoni, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, 1 ss., spec. 17. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di limiti della libertà economica e sulla nozione di utilità sociale ex art. 41, c. 3 Cost. si veda, tra le numerose opere dedicate al tema, M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss., spec. 132 ss.; A. Baldassarre, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 582 ss., spec. 602 ss.; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 79 ss.

¹⁷² Per «Repubblica» s'intende il «complesso delle forze cui la Costituzione riconosce poteri suscettibili di concorrere alla realizzazione della finalità prescritta»: così C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, 1034, il quale osserva come tale compito non sia – dunque – riservato al legislatore. Sulla interpretazione di tale termine nella giurisprudenza costituzionale si veda, ad esempio, C. cost., 25 febbraio 1988, n. 217, laddove si afferma che della «Repubblica» fanno parte il «[...] complesso dei poteri pubblici (Stato, regioni o province autonome, enti locali)» (punto 4.2 del *Considerato in diritto*). Con il termine *Repubblica*, la Costituzione intende riferirsi a qualcosa di ben più ampio dello Stato, e precisamente «l'ordinamento socio-politico-giuridico fondato sui valori circolanti nell'intera comunità popolare»: P. Grossi, *Le proprietà collettive*, cit., 49. La forma repubblicana, rettammente intesa, non può non comportare il principio di eguaglianza (sostanziale) e tale principio (di eguaglianza) comporta, se vuole essere coerentemente sviluppato, la forma repubblicana. Su tali aspetti si veda A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 1990, 13, nota 6; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, Cedam, 1998, 731 ss., spec. 736-737.

¹⁷³ Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 69-90. Negli stessi termini, I. De Cesare, *Concorrenza*, cit., 78-79.

¹⁷⁴ A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, 41.

¹⁷⁵ A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo Studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, 19.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

degli ostacoli “ai punti di partenza”, ma riguarda l’intero percorso intrapreso dalle persone volto alla piena realizzazione della loro personalità¹⁷⁶.

Inoltre, il compito dei pubblici poteri non è (e non deve essere) limitato a dare “copertura giuridica” alla libera azione degli attori economici. Come osserva la dottrina¹⁷⁷, infatti, «[l]’esperienza dell’economia capitalistica in particolare mostra [...] che se la coordinazione economica viene totalmente abbandonata agli impulsi dei singoli privati, il suo risultato sociale può rimanere gravemente compromesso perché lo spirito di iniziativa, lo sviluppo delle imprese, le concorrenze sui mercati si muovono sotto la spinta di un interesse egoistico non coincidente con una distribuzione richiesta dal principio della solidarietà fra i membri della comunità (art. 3, 2° co., Cost.)». Da qui, dunque la necessità – aggiunge l’A. – di una «coordinazione economica, che contemperi il funzionamento di una “economia” col suo “risultato sociale”»¹⁷⁸.

Secondo un orientamento della dottrina, l’art. 41, c. 3, Cost., sarebbe stato *de facto* abrogato in quanto incompatibile con i trattati dell’Unione e con i principi eurounitari in materia di concorrenza¹⁷⁹. È stato, tuttavia, rilevato che un’interpretazione di tal fatta «rischia di mettere in pericolo il programma [...] fondamentale e irrinunciabile [...] dell’art. 3, co. 2 nella misura in cui non venga accompagnata da strategie alternative, che assicurino comunque la prevalenza delle finalità di progresso civile e sociale sugli obiettivi di mera efficienza economica del sistema»¹⁸⁰.

Riteniamo che le “strategie alternative” richiamate dalla citata dottrina non siano state introdotte, né a livello interno, né a livello dell’Unione europea, con la conseguenza che non sia possibile ritenere abrogato *de facto* l’art. 41, c. 3, Cost.¹⁸¹.

¹⁷⁶ Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 337 ss. In senso analogo anche B. Caravita Di Toritto, *Oltre l’eguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, Cedam, 1984, 74.

¹⁷⁷ M. Stipo, voce *Programmazione statale*, cit., 3.

¹⁷⁸ Cfr., sul punto, M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale*, cit., 138-139.

¹⁷⁹ F. Merusi, *Democrazia a autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000, 11 ss., il quale immagina un *Buchtrinker* (bevitore di libri) straniero che si accinga a studiare il diritto dell’economia italiana dal periodo immediatamente postcostituzionale ad oggi. Lo studioso si troverebbe, ad un certo punto, di fronte ad una strana cesura: fino ad un certo periodo gli scaffali della biblioteca sono pieni di libri che trattano del controllo pubblico; da quel punto in avanti i libri affrontano solo temi quali mercato, concorrenza e privatizzazioni. E allora il *Buchtrinker* si chiede chi abbia assassinato l’art. 41, c. 3, Cost. La risposta (del Merusi) è l’adesione ai trattati europei.

¹⁸⁰ M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 24. In argomento cfr., altresì, M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa*, cit., 121 ss.

¹⁸¹ Negli stessi termini si veda G. Luchena, *Coesione economica e sociale, cooperazione*

4. Il fondamento giuridico e costituzionale del nuovo approccio alla mobilità sostenibile

Sotto il profilo del fondamento costituzionale di tali misure, si deve rilevare come la libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.* non abbia carattere assoluto¹⁸².

Un orientamento consolidato della Consulta ritiene, infatti, che il precepto di cui al detto art. 16 non precluda al legislatore la possibilità di adottare, per ragioni di pubblico interesse, misure che influiscano sul movimento della popolazione¹⁸³.

La Consulta ha affermato che – in presenza di specifiche condizioni stabilite dalla legge – la libertà di circolazione di cui all’art. 16 Cost. ben può essere limitata, e tali limitazioni non necessariamente colpiscono – almeno in via diretta – la persona fisica (nel caso di specie il conducente di autoveicolo a motore), come accade ad esempio mediante l’adozione di una misura di custodia cautelare in carcere (o misure analoghe, come gli arresti domiciliari)¹⁸⁴.

Una scelta discrezionale del legislatore che optasse per favorire (o imporre) il divieto dell’utilizzo di mezzi privati a beneficio di altre modalità di trasporto (pubblico), per soddisfare esigenze costituzionalmente rilevanti (quali la tutela dell’ambiente e la sicurezza stradale) non violerebbe l’art. 16 Cost., anche qualora questo fosse inteso come proiezione della libertà personale *ex art. 13 Cost.*¹⁸⁵.

Infatti, come ha chiarito la Consulta¹⁸⁶, in tali casi, non già la libertà di circolare – «cioè di portarsi da un luogo ad un altro con un qualunque mezzo di trasporto» – risulterebbe violata, «ma più semplicemente il diritto di guidare un autoveicolo» o qualunque altro mezzo privato. La Corte pre-

funzionale fra «territori» e partecipazione delle Regioni alla formazione e all’attuazione delle politiche comunitarie, in *Riv. giur. mezz.*, 2014, 575 ss., spec. 586, il quale osserva che «[...] né l’Unione europea né lo Stato nazionale possono rinunciare all’assolvimento dei compiti di giustizia sociale». Sul diritto della concorrenza come fisiologicamente in contrasto con la concezione di *public service* fondata sulla solidarietà sociale e sui diritti sociali si veda T. Prosser, *The limits of Competition Law: Market and Public Services*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁸² Vige, infatti, nel nostro ordinamento il «principio per cui la libera circolazione non si identifica con la libertà assoluta di circolare su tutte le strade con il mezzo privato, bensì va regolata al fine di raggiungere la migliore utilizzazione dei beni pubblici»: C. cost., 19 luglio 1996, n. 264.

¹⁸³ C. cost., 19 luglio 1996, n. 264; 6 febbraio 1991, n. 51; 12 marzo 1965, n. 12; 10 maggio 1963, n. 64.

¹⁸⁴ C. cost., 14 febbraio 1962, n. 9.

¹⁸⁵ C. cost., 14 febbraio 1962, n. 9.

¹⁸⁶ C. cost., 14 febbraio 1962, n. 9.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

cisa poi che «nessuna norma costituzionale assicura indistintamente a tutti i cittadini il diritto di guidare veicoli a motore» e dunque, *a fortiori*, la libertà di circolazione è costituzionalmente garantita a prescindere dal diritto di utilizzare mezzi privati¹⁸⁷.

Significativa è inoltre un'altra pronuncia della Consulta, nella quale si stabilisce come l'uso delle strade, specie con mezzi di trasporto, possa essere regolato «sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attongono al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare ed alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere»¹⁸⁸.

Nella regolazione relativa all'utilizzo dei mezzi di trasporto, il legislatore e la pubblica autorità sono chiamati ad articolare la tipologia dei limiti (divieti, diversità temporali o di utilizzazioni, subordinazione a certe condizioni) sulla base di un bilanciamento di diversi interessi, legati alla diversità dei mezzi impiegati, all'impatto ambientale, alla situazione topografica o dei servizi pubblici, alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'uso indiscriminato del mezzo privato¹⁸⁹.

Una tale disciplina – aggiunge la Corte – è «funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela ed alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza»¹⁹⁰.

Una volta stabilita dunque con provvedimento legislativo una specifica limitazione – legittima nei limiti fissati dalla Costituzione stessa¹⁹¹ – ad uno dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, «non possono poi giudicarsi invece illegittime le conseguenze che da quelle limitazioni legislative abbiano a derivare nell'esercizio di altri diritti ai quali sia apprestata uguale garanzia»¹⁹².

Sulla base delle iniziative intraprese dagli ordinamenti tedesco e, soprattutto, lussemburghese, rendere il trasporto pubblico gratuito limitando

¹⁸⁷ Alle medesime conclusioni il Giudice delle leggi giunge in altre pronunce. In un caso (sentenza 30 ottobre 1975, n. 235), si è affermato come nessuna norma costituzionale assicuri a tutti i cittadini il diritto di guidare veicoli a motore, cosicché di tale diritto legittimamente il legislatore ordinario può prevedere limitazioni stabilite in via generale (nella fattispecie per motivi di sicurezza pubblica). Analogamente, si veda C. cost., 28 aprile 1983, n. 109.

¹⁸⁸ C. cost., 19 luglio 1996, n. 264.

¹⁸⁹ C. cost., 19 luglio 1996, n. 264.

¹⁹⁰ C. cost., 19 luglio 1996, n. 264.

¹⁹¹ Tali provvedimenti legislativi sono sempre sindacabili dal giudice costituzionale. Su tale sindacato – nell'ambito del giudizio di legittimità delle leggi – della Corte costituzionale si vedano le sentenze della Consulta del 19 luglio 1996, n. 264, nonché del 29 gennaio 2005, n. 66.

¹⁹² C. cost., 28 aprile 1983, n. 109.

– o, se opportuno, escludendo – il trasporto privato inerisce direttamente alla questione della scelta del mezzo di trasporto, garanzia tradizionalmente esclusa dalla tutela della libertà di circolazione di cui all’art. 16 Cost.¹⁹³.

Nella prospettiva del diritto alla mobilità sostenibile che qui si adotta, la scelta del mezzo di trasporto è un elemento cardine che spiega chiaramente la funzione sociale del trasporto pubblico locale¹⁹⁴, nel cui ambito «il mezzo (pubblico), unitamente alle ulteriori prestazioni che vanno a comporre l’offerta del servizio all’utenza [...], si eleva a strumento idoneo a consentire il raggiungimento del fine sociale proprio del trasporto in parola, segnatamente agevolando il movimento dei singoli, ovvero consentendolo nei casi in cui condizioni (anche fisiche) sfavorevoli possano limitarlo o inibirlo»¹⁹⁵.

5. La transizione verso una nuova civiltà urbana e la mobilità sostenibile

Se è indubbio – come visto – che la progressiva costruzione di una politica europea dei trasporti ha assunto come finalità prioritarie il perseguimento di una mobilità sostenibile¹⁹⁶, meno convincente appare l’osservazione secondo cui l’implementazione di tali politiche (come ad esempio le reti di trasporto trans-europee o TEN-T) non assume rilievo fondamentale «solo in un’ottica di sviluppo economico, ma anche di tutela dell’ambiente»¹⁹⁷. Infatti, è possibile che tali politiche nella «transizione a lungo termine»¹⁹⁸ (2050)¹⁹⁹ favoriranno l’obiettivo di riduzione del sessanta per cento delle emissioni dei trasporti, ma si tratta di un fine mediato e indiretto. L’obiettivo primario è quello di rafforzare la libertà di circolazione delle merci e delle persone, che sono libertà “costitutive” dell’Unione europea ed essenziali per il mercato unico²⁰⁰.

¹⁹³ T.F. Giupponi, *Le frontiere*, cit., 11.

¹⁹⁴ T.F. Giupponi, *Le frontiere*, cit., 11.

¹⁹⁵ A. Claroni, *Il trasporto pubblico locale*, cit., 33.

¹⁹⁶ L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., 11.

¹⁹⁷ L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile*, cit., 11.

¹⁹⁸ Così Commissione, COM(2018) 773, cit., par. 4, 17.

¹⁹⁹ La Commissione ha affermato che «[o]ccorrono 25 anni – una generazione – per trasformare un settore industriale e tutte le catene del valore»: COM(2018) 773, cit., par. 2.1.3, 7.

²⁰⁰ L’art. 26, par. 2 TFUE stabilisce infatti che «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati».

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

Che questo sia l'obiettivo prioritario e diretto della mobilità sostenibile, così come intesa in ambito eurounitario, è dimostrato dalla lettura dei documenti della Commissione. Dopo aver premesso che «il settore della mobilità riveste un ruolo fondamentale per l'economia e la società dell'UE» e che la mobilità «è un elemento indispensabile per la competitività dell'economia nel suo insieme», la Commissione richiama espressamente la libera circolazione delle persone e delle merci nel mercato interno dell'UE, affermando che «i benefici economici, sociali e culturali di un'«Europa senza frontiere», richiedono una mobilità agevole e una rete di trasporti accessibile all'interno di uno spazio unico europeo dei trasporti». L'obiettivo della riduzione delle emissioni è concepito come secondario e indiretto, in quanto la Commissione afferma che «[d]isporre di un sistema di mobilità moderno è *inoltre* una condizione indispensabile per garantire il successo della transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio in Europa»²⁰¹.

Ma più significativamente, in altra più recente comunicazione – «L'Europa in movimento», relativa al terzo pacchetto di misure in materia di mobilità sostenibile – la Commissione, nelle conclusioni, si esprime in modo ancora più netto, affermando che «[l]a mobilità è il cardine della libera circolazione delle persone e delle merci, che è fondamentale per il corretto funzionamento dell'Unione europea. Pertanto, è essenziale affrontarla correttamente ed è indispensabile che l'UE e, in particolare, le sue importanti industrie del settore della mobilità riescano a mantenere la leadership in questo settore vitale per l'economia e la società, restino competitive in futuro e garantiscano servizi di mobilità sicuri, puliti e sostenibili»²⁰².

La stessa posizione sembra, a ben vedere, essere assunta anche dalla Corte dei conti europea, la quale in una recente relazione, a proposito dei costi sociali legati alla congestione stradale, si è soffermata esclusivamente su quelli che incidono sulla crescita economica, laddove – richiamando e facendo implicitamente proprio uno studio²⁰³ – ha affermato che «un traffico fluido può aumentare la produttività dei lavoratori fino al 30 % nelle regioni altamente congestionate»²⁰⁴.

La mobilità sostenibile è dunque funzionale al mercato unico e solo in via mediata ad altri obiettivi, come la tutela ambientale.

²⁰¹ Commissione, COM(2017) 283, cit., par. 1, 2. Carattere corsivo aggiunto.

²⁰² Commissione, COM(2018) 293, cit., par. 5, 14.

²⁰³ Lo studio, non recentissimo (2009), condotto da D. Hartgen e G. Fields, dal titolo *Gridlock and Growth: The effect of Traffic Congestion on Regional Economic Performance. Studio strategico n. 371*, a cura della Reason Foundation, una Fondazione privata statunitense, tra le cui *policy area* risulta anche il settore dei trasporti.

²⁰⁴ C. conti Eu, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 6.

La mobilità sostenibile va *pensata altrimenti*²⁰⁵, vale a dire non come sviluppo, ma come progresso. La vera finalità dell'economia è quella di «[s]atisfaire les besoins fondamentaux d'alimentation, de logement, d'éducation, de culture, d'emploi»²⁰⁶ e, aggiungiamo, della mobilità. Una tale impostazione va inquadrata nella prospettiva del «ritorno alla sovranità» dello Stato²⁰⁷, inteso come luogo di soddisfazione dei bisogni primari dei cittadini; prospettiva che permette allo Stato di svolgere i suoi compiti essenziali²⁰⁸, e cioè di garantire il primato della politica sull'economia e di garantire che i diritti fondamentali siano riconosciuti ad ogni individuo, quale che sia la sua posizione sul piano sociale, non rimettendo dunque suddetti diritti all'ambito del mercato, in una prospettiva che vede la ri-declinazione della libertà individuale secondo cui tanta libertà si ha quanta se ne può acquistare.

Se assumiamo come vero – parafrasando una celebre espressione del generale, scrittore e teorico prussiano Karl von Clausewitz²⁰⁹ – che l'economia non è altro che la continuazione della politica con altri mezzi²¹⁰, allora

²⁰⁵ Traendo spunto da un noto aforisma di Albert Einstein, secondo cui «Il mondo che abbiamo creato è il prodotto del nostro pensiero e dunque non può cambiare se prima non modifichiamo il nostro modo di pensare».

²⁰⁶ Come scrive C. Sautter, *L'économie du bien commun*, in *Astrid online*, 7 ottobre 2016, 3, nella recensione critica al volume del premio Nobel per l'economia Jean Tirole dal titolo *Économie du bien commun*, Paris, PUF, 2016.

²⁰⁷ Cfr. F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo*, cit., 580, secondo cui la sovranità «“lavora” esibendo il proprio naturale carattere esteriore, che consiste nel tracciare e stabilire confini». Tali confini, peraltro, osserva ancora l'A., «servono non già a “bloccare” processi o a rivendicare nazionalismi, ma a proteggere i cittadini e le loro vite» (*ibidem*). Del medesimo A. si veda, altresì, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *federalismi.it*, 2018, n. 17.

²⁰⁸ Si allude, in particolare, allo Stato come il momento più elevato dell'eticità, la suprema determinazione dello spirito oggettivo: G.W.F. Hegel, *Propedeutica filosofica*, «*Doveri verso gli altri*», in *Id.*, *Il dominio della politica*, a cura di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1980, 325-326; nonché, in modo più articolato, *Id.*, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di V. Cicerò, Milano, Rusconi, 1998, 417-419 e 429.

²⁰⁹ Secondo il quale la guerra non è altro che la continuazione della politica con altri mezzi: K. von Clausewitz, *Della guerra*, trad. di A. Bollati e E. Canevari, Milano, Mondadori, 1970, 38.

²¹⁰ Ciò implica anche la considerazione che in una logica di concorrenza globale, gli attori della competizione non sono più soltanto le imprese, ma gli Stati stessi, con i loro ordinamenti giuridici. Ecco dunque che in contesti come quello dell'Unione europea si possono creare delle competizioni tra Stati sia sul piano, per così dire, *endogeno* (tra gli Stati membri dell'Unione), sia sul piano *esogeno* (tanto nell'azione esterna dell'Unione, e dunque nei rapporti tra questa e Stati terzi, quanto nei rapporti bilaterali e multilaterali tra gli Stati

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

risultano necessarie quelle «lungimiranti strategie politiche» di cui parla la dottrina²¹¹, le quali procedano verso un'economia al servizio dei cittadini, e non viceversa (come accade emblematicamente nel caso della politica eurounitaria che vede la mobilità come servizio).

È in quest'ottica che va individuato il nuovo statuto giuridico della mobilità sostenibile, in un'accezione costituzionalmente orientata, vale a dire come presupposto per la soddisfazione di primari diritti e interessi costituzionalmente tutelati, come l'ambiente, la salute, la sicurezza e la vita delle persone, intese queste ultime non come consumatori e atomi individuali²¹², destinatari di un servizio, ma come soggetti relazionali.

In tale prospettiva, si potrebbe giustificare l'attuazione in Italia – ed eventualmente a livello eurounitario – di un modello di mobilità sostenibile come quello lussemburghese.

In tal caso, la riduzione della circolazione stradale mediante limitazioni del trasporto privato troverebbe piena giustificazione in relazione ai costi sociali legati al trasporto, specialmente su strada, come quelli derivanti dagli incidenti stradali e dall'inquinamento ambientale. A ciò vanno poi aggiunti i costi per l'economia nazionale (ed europea).

L'introduzione del trasporto pubblico gratuito è “sostenibile” anche sotto il profilo finanziario ed è pienamente giustificabile sul piano logico, in base alla norma empirica per cui «più veicoli circolano su strada, più è probabile che si verifichino incidenti»²¹³, nonché sotto il profilo giuridico (e sociale), non solo per questioni legate all'inquinamento atmosferico, ma anche per la cura di altri e non secondari beni di rilievo costituzionale, a cominciare dal diritto alla vita.

Misure di tal fatta – unitamente all'implementazione di sistemi di tra-

membri dell'Unione e Stati terzi). In tale prospettiva, anche il Paese tradizionalmente amico o alleato può trasformarsi in un formidabile concorrente e la protezione degli asset strategici per la sicurezza nazionale diventa così un'esigenza primaria: cfr. G. D'Alpa, *La golden share e i golden power nel diritto europeo*, dicembre 2017, consultabile alla pagina web www.sicurezza-nazionale.gov.it, 5. Sulla concorrenza tra Stati in campo economico si veda il recente studio di L. Arnaudo, *À l'économie comme à la guerre. Nota su golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mer. conc. reg.*, 2017, 435 ss.

²¹¹ M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., 17.

²¹² In tal senso l'Unione europea intende le persone. Un chiaro esempio è dettato proprio dalle politiche ambientali che l'Unione pone a fondamento delle sue strategie e agende, come nel caso del consumo energetico negli edifici, laddove la Commissione osserva che «50 milioni di consumatori hanno difficoltà a riscaldare adeguatamente le loro abitazioni»: COM(2019) 640, cit., par. 2.1.4, 10. Carattere corsivo aggiunto.

²¹³ Parlamento europeo, Risoluzione 14 novembre 2017, recante *Salvare vite umane: migliorare la sicurezza dei veicoli nell'UE*, punto 14.

sporto multimodale²¹⁴ e intelligente²¹⁵ – sono altresì giustificate dalla circostanza che le alternative al trasporto privato finora proposte e sperimentate a livello anche internazionale si sono rivelate insoddisfacenti. Alludiamo in particolare ai sistemi di mobilità collettiva e condivisa (*car sharing*, *car pooling*, ecc.), i quali in base ai dati (anche a livello internazionale), «soddisfano un segmento molto piccolo della domanda di trasporto, peraltro solo nelle grandi aree urbane» ed «[è] quindi irrealistico immaginare che possano fungere da alternativa diffusa»²¹⁶. D'altro canto, anche storicamente, prima della diffusione delle tecnologie digitali, sistemi di *sharing* e *pooling* nella mobilità urbana furono sperimentati negli Stati Uniti tra il 1942 e il 1945, la cui normativa prevedeva il ricorso a tali sistemi soltanto laddove il trasporto pubblico non fosse disponibile²¹⁷.

²¹⁴ Sulla prospettiva del ricorso alla multimodalità, anche in chiave di misura per il contenimento della sinistrosità legata al trasporto su gomma e sulle iniziative eurounitarie relative alle c.d. “Autostrade del mare” si veda M.M. Comenale Pinto, *Trasporti, intermodalità ed infrastrutture*, cit., 59 ss.; E. Turco Bulgherini e M.M. Comenale Pinto, *Trasporti e intermodalità*, cit., *passim* e la dottrina ivi citata. Cfr., altresì, Commissione, COM(2011) 144, cit., punti 22 ss., nonché Commissione, COM(2016) 501, cit., par. 2.1, 4.

²¹⁵ Cfr. Commissione, COM(2016) 501, cit., par. 2.1, 4. Lo sviluppo di tali sistemi ha progressivamente migliorato la sicurezza stradale, atteso che — come è stato dimostrato — «più del novanta per cento degli incidenti sono da attribuire all'errore umano (stanchezza, disattenzione o sonnolenza)». Dunque, «l'aumento della tecnologia di bordo dei veicoli, e ancor di più la produzione di veicoli completamente autonomi, ridurrebbe [...] sensibilmente il tasso di incidenti stradali»: così M.C. Gaeta *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1718 ss., spec. 1719. L'applicazione della tecnologia ai trasporti permette di individuare «soluzioni [che] possono concorrere in maniera considerevole all'obiettivo della riduzione dei costi economici, ambientali e sociali del trasporto, dovuti ai problemi di congestione del traffico, conseguenti allo squilibrio modale»: M.M. Comenale Pinto, *Trasporti, intermodalità ed infrastrutture*, cit., 59.

²¹⁶ G. Vinella, *Bus gratuiti*, cit. Sotto tale profilo, sistemi di *car sharing* (ad es., Uber, Enjoy o Car2Go) non determinano effetti positivi né dal punto di vista della sostenibilità ambientale, né dal punto di vista della sicurezza e della congestione stradale, in quanto non permettono una effettiva riduzione del numero di auto in circolazione, potendo tale sistema di condivisione essere usato da una sola persona, alla stregua di un taxi. Tale aspetto non viene adeguatamente messo in risalto in alcune recenti iniziative parlamentari, come il Programma della citata *Indagine conoscitiva su Auto e Mobilità 4.0* delle Commissioni riunite Trasporti (IX) e Attività produttive (X). Parte della dottrina rileva, inoltre, come non vi sia incentivo a condividere l'auto con più persone o a utilizzare mezzi di trasporto alternativi: così C. Iaione, *Sharing economy*, cit., 225, il quale peraltro distingue i diversi modelli di condivisione, rilevando come nei fenomeni di *car pooling* (ad es., BlablaCar) sia «possibile riscontrare un tipo di attività orientata al *pooling* e improntata a un criterio di sostenibilità più solido».

²¹⁷ Per approfondimenti sul punto si veda C. Iaione, *Sharing economy*, cit., 202.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

Ciononostante – e senza considerare i profili etici, sociali e giuridici legati alla *sharing economy* e, soprattutto, alla *gig economy* nel settore dei trasporti²¹⁸ –, in sede europea e internazionale si continuano a promuovere forme di mobilità collettiva e condivisa, in particolare nelle aree urbane²¹⁹.

In conclusione, una mobilità realmente sostenibile dovrebbe mirare ad incentivare il ricorso al trasporto pubblico, che però sconta difficoltà oggettive e, soprattutto, la mancanza di volontà politica²²⁰, lasciando così proliferare iniziative *dal basso*, in una prospettiva neoliberale²²¹.

²¹⁸ Per approfondimenti in merito si veda R. Stalianò, *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Torino, Einaudi, 2018. Per una diversa impostazione si veda C. Iaione, *Sharing economy*, cit., 201 e *passim*. Sulle proposte legislative presentate al Parlamento italiano in materia di *sharing economy* si veda G. d'Ippolito, *Sharing economy: l'esperienza italiana della XVII legislatura alla luce degli orientamenti europei*, in *Riv. dir. media*, 2018, n. 2, nonché F. Pellegrino, *Il diritto dei trasporti*, cit., 693 ss. spec. 704 ss., con specifico riferimento al settore dei trasporti (autoservizi pubblici non di linea). In mancanza di una adeguata tutela normativa per talune categorie di nuovi “lavori” (rientranti nella *gig economy*), un recente indirizzo della giurisprudenza (App., Torino, sez. lav., 4 febbraio 2019, n. 26) individua un terzo genere di rapporto di lavoro, a metà strada tra quello subordinato (art. 2094 c.c.) e la collaborazione continuativa e coordinata (art. 409, n. 3 c.p.c.), al fine di estendere ai lavoratori autonomi alcuni diritti dei lavoratori subordinati di cui al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Sulla sentenza della Corte torinese si vedano le note di M.T. Carinci, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada...sulle ruote dei riders di Foodora. Nota a Corte app. Torino, n. 26 del 4 febbraio 2019*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, n. 2, 350 ss.; A. Piovesana, *La tutela della salute e sicurezza dei gig workers, dopo la sentenza d'appello Foodora*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2019, n. 7, 664 ss.; F. Medico, *Verso una maggiore protezione costituzionale dei gig workers?: I riders di Foodora e la loro prima vittoria giudiziale*, in *Quad. cost.*, 2019, 450 ss.; F. D'Addio, *Incertezze sul nuovo diritto del lavoro: il caso dei riders di Foodora. Nota a Corte app. Torino, sez. lav., n. 26 del 4 febbraio 2019*, in *Giur. it.*, 2019, 1592 ss. Cfr., inoltre, F. Pellegrino, *Il diritto dei trasporti*, cit., pp. 709 ss.

²¹⁹ Come osserva il Parlamento europeo, Risoluzione 14 novembre 2017, cit., punto 14. Cfr., sul punto, Commissione, COM(2011) 144, cit., punto 31; CESE, *Parere su Il ruolo dei trasporti nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, cit., punto 7.8, laddove, peraltro, accanto al *car sharing* si menziona anche il trasporto pubblico. Sul piano internazionale, si veda OECD, ITE, *Reforming Public Transport*, cit., 75-76.

²²⁰ Sotto tale ultimo profilo, peraltro, si registrano diversi fattori di difficoltà e/o di scarsa «volontà politica» delle amministrazioni «in alcuni ambiti strutturali fondamentali per il governo della mobilità urbana, quali il potenziamento del trasporto pubblico e le stesse misure di regolazione della circolazione privata (ZTL, sosta a pagamento) e di promozione della mobilità ciclopedonale (isole pedonali, zone a moderazione di traffico, piste ciclabili); e ancora meno si è fatto per i servizi innovativi, l'intermodalità, l'infomobilità»: C. Carminucci, *Il trasporto urbano*, cit., 177.

²²¹ Come sono quelle che la Commissione europea incentiva: cfr., ad esempio, COM(2018) 773, cit., par. 4, 25, laddove si richiamano iniziative quali il Patto dei sindaci dell'Ue e URBIS, sottolineando come le città siano «già diventate laboratori di soluzioni so-

Il ruolo del trasporto pubblico appare invece cruciale nel passaggio ad una *nuova civiltà urbana*. Sotto tale prospettiva, la necessità di rafforzare il trasporto pubblico è raccomandata dal CESE²²² e dalla Corte dei conti europea²²³; anche il Comitato interministeriale per le politiche urbane (CIPU) sottolinea come le esperienze internazionali mostrino come la nuova idea di città, più sostenibile e vivibile per i cittadini, sia largamente costruita attorno a una precisa rete di trasporto pubblico, al punto che in molte capitali straniere il numero dei cittadini proprietari di un mezzo privato è estremamente più basso che in Italia²²⁴. Tuttavia, l'uso dei mezzi privati è aumentato in alcune città addirittura dell'ottanta per cento, come nel caso di Budapest, mentre in altre città l'uso dei trasporti pubblici è diminuito (a Lisbona, ad esempio, dal trentaquattro per cento nel 2013 al ventidue per cento nel 2017)²²⁵. Ciò dimostra come sia necessario un intervento pubblico più incisivo e vincolante, che appare tuttavia ancora lontano dal realizzarsi.

Abstract

The paper deals with sustainable urban mobility, in the light of the European Union Green Deal, as well as of some recent national experiences, and specifically those of Germany and Luxembourg.

A critical review of the sustainable development model applied to the urban mobility sphere has been carried out, supporting its replacement with a new one, the latter having a different meaning of sustainable mobility.

This approach is widely shared by scholars and institutions, given the current transport system costs, especially those social and environmental, specifically examined in this work.

However, the new idea of sustainable mobility put forward in this study does not coincide with that of the mobility as a service, one of the core policies in the most recent

stenibili e trasformativa», richiamando anche le politiche di rigenerazione urbana. In dottrina, su tali aspetti si veda, tra gli altri, M.G. Della Scala, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, 787 ss., spec. par. 6 ss.; F. Manganaro, *Aspetti istituzionali delle politiche di coesione*, in *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, a cura di S. Cimini e M. D'Orsogna, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 4 ss.

²²² Parere su *Il ruolo dei trasporti nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, cit., punto 1.3.

²²³ C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 20.

²²⁴ CIPU, *Metodi e contenuti sulle priorità in tema di agenda urbana*, 2013, 17.

²²⁵ C. conti EU, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., 14 e 33, rispettivamente.

la regolazione della mobilità urbana sostenibile

EU agendas and strategies. Instead, it suggests the idea of a mobility whose legal status represents the necessary condition in satisfying fundamental rights and interests protected by the Constitution, such as the environment, health, safety, security and lives of persons (meant not as consumers and individual atoms, as recipients of a service, but as relational subjects).

ARTICOLI

EDOARDO CARUSO

LA DISCIPLINA DEL TRASPORTO PUBBLICO NON DI LINEA ALLA LUCE DELLA SENTENZA N. 56/2020 DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: 1. Alle origini della legge quadro 15 gennaio 1992, n. 21. – 2. La disciplina di taxi e NCC prima della riforma del 2018. – 3. Le novità introdotte dall'art. 10-bis, d.l. n. 135/2018. – 4. Le posizioni dell'AGCM e dell'ART. – 5. La sentenza 25 febbraio 2020, n. 56, della Corte costituzionale. – 6. L'impatto della sentenza della Corte costituzionale sull'assetto delineato dalla riforma del 2019. Alcune riflessioni conclusive.

1. Alle origini della legge quadro 15 gennaio 1992, n. 21

L'esigenza di una regolamentazione dell'attività del trasporto privato non di linea svolto per fini commerciali emerge a partire dagli anni Venti del secolo scorso, allorché l'aumento del numero di autovetture, reso possibile dalla produzione in serie, aveva portato a degli squilibri nel servizio; ciò con ricadute negative sia sul livello di qualità e sicurezza delle prestazioni, sia sulle condizioni di lavoro e sui margini di ricavi degli autisti¹. Si riteneva che, alla garanzia di determinati standard di qualità e sicurezza del servizio, avrebbe corrisposto il mantenimento di un risultato economico per i suoi erogatori.

Già il t.u. per la tutela delle strade e della circolazione del 1933 conteneva disposizioni comuni per il servizio pubblico di piazza (taxi) e per il servizio pubblico di noleggio²; si tratta infatti di attività (pericolose) che,

* Ringrazio per la disponibilità al confronto e per i preziosi riscontri, anche di carattere operativo, il Dott. Andrea Mazzetti, già dirigente del comune di Bologna, settore mobilità. Eventuali errori o imprecisioni sono da ricondurre interamente all'Autore.

¹ V.C. Romano, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 135; E. Mostacci e A. Somma, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, Egea, 2016, 1.

² Art. 113, r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740 «È in facoltà dei comuni dettare prescrizioni per quanto concerne il numero, il tipo e le caratteristiche degli autoveicoli destinati al servi-

quando svolte per fini di lucro da soggetti privati a favore di altri soggetti privati, non possono essere svolte in completa libertà, ma richiedono una regolamentazione pubblicistica volta a garantire la compatibilità della libertà di iniziativa economica con i pubblici interessi³.

Maggiore attenzione, già nel 1933, era riservata al servizio di piazza in quanto più intensa è stata tradizionalmente la sua funzionalità alle esigenze sociali di mobilità della comunità locale (residente e non)⁴. Entrambe le attività, tuttavia, potevano essere oggetto di municipalizzazione da parte dell'autorità comunale che ne avrebbero potuto acquisire la titolarità dandovi, pertanto, lo *status* giuridico di pubblico servizio⁵. Si trattava, in ogni caso, di una regolamentazione “minima” che poteva trovare implementazione attraverso l'esercizio della potestà regolamentare dei comuni.

Successivamente, con il d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393 (codice della strada), si introduceva una differenziazione fra il servizio pubblico di piazza e quello di noleggio; in particolare, l'art. 57 includeva i primi fra gli autoveicoli a “uso pubblico”, mentre quelli adibiti a noleggio erano considerati a “uso privato”.

Tale intervento contribuì senz'altro a complicare la distinzione tra le due tipologie di servizi e ad aumentare la confusione nel settore, solo in parte risolta dal Consiglio di Stato nella misura in cui ha chiarito come la distinzione tra “uso pubblico” e “uso privato” del veicolo non corrispondeva alla distinzione tra “servizio pubblico” e “servizio privato”⁶.

zio [...] (nonché) emanare nei loro regolamenti speciali prescrizioni per i servizi suddetti [...] ovvero a subordinare la circolazione degli autoveicoli stessi a verifiche di carattere tecnico».

³ V. Giomi, *Mercati in attesa del mercato. La trasferibilità del provvedimento amministrativo tra ragioni pubbliche e dinamiche e private*, Torino, Giappichelli, 2019, 150; si v. il parere del Cons. St., sez. I, 23 dicembre 2015, n. 3586. Sui diversi interventi pubblici che hanno tradizionalmente caratterizzato il settore dei trasporti, M.A. Carnevale Venchi, *Trasporti pubblici (amministrazione dei)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, 1065 ss.

⁴ Art. 105, r.d. n. 1740/1933: «Gli autoveicoli in servizio da piazza, destinati a fare corse su richiesta di qualsiasi avventore, dentro l'ambito del territorio provinciale, debbono essere muniti, oltre che della targa prescritta dall'articolo 72, di altra targa con la scritta in nero «Servizio pubblico» e il numero progressivo che eventualmente sia imposto dall'autorità comunale. [...] Ciascuna vettura deve essere munita di tassametro collocato in guida che sia agevole la lettura della registrazione. [...] Nell'interno delle vetture devono essere esposte al pubblico in modo visibile, le tariffe e le condizioni di trasporto, previste per tutto il territorio comunale e approvate dall'autorità comunale».

⁵ Ai sensi dell'art. 1, r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578. In assenza di municipalizzazione, andavano qualificati quali servizi privati soggetti a regolamentazione poiché offerti al pubblico e interessanti la collettività; cfr. Cons. St., sez.V, 11 marzo 1966, n. 430.

⁶ Cfr. Cons. St., sez.VI, 29 novembre 1988, n. 1291 secondo cui con la distinzione tra “uso pubblico” e “uso privato” il legislatore si limitava a descrivere l'utilizzazione che poteva

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

Più problematico risulta individuare e comprendere la *ratio* di una tale distinzione; si può supporre come, già nell'immediato dopoguerra, fosse avvertita l'esigenza di formalizzare la distinzione tra il servizio da piazza e le altre forme di autotrasporto privato da esso distinte; e ciò nonostante il servizio di noleggio avesse assunto, nella sostanza, una configurazione diversa dal servizio da piazza, sia perché non caratterizzato dal contatto su strada con il cliente, sia perché orientato verso una clientela medio-alta⁷.

Tra le righe di quanto sin qui osservato vi è già traccia dell'analisi degli interessi che tradizionalmente caratterizzano il settore, i cui possibili conflitti ne hanno sempre reso particolarmente problematica la sua regolamentazione. Una interessante panoramica di tali interessi la si ricava dal dibattito parlamentare che – dopo un lungo periodo di gestazione – ha portato all'adozione della l. 15 gennaio 1992, n. 21, che tutt'ora costituisce la disciplina statale del settore. I contenuti di tale legge quadro verranno ampiamente analizzati nel successivo paragrafo, con particolare attenzione al profilo finalistico; pare comunque opportuno mettere in risalto quali fossero le questioni giuridiche, sociali ed economiche avvertite come più urgenti al momento della redazione di tale testo normativo⁸.

In primo luogo, era ritenuto centrale il tema centro-periferia: il bisogno di una disciplina sistematica e omogenea di livello statale era avvertita come essenziale per consentire ai comuni un proficuo esercizio delle loro competenze istituzionali⁹.

essere fatta dei singoli mezzi, senza con ciò «qualificare l'attività che viene posta in essere attraverso l'appontamento e l'utilizzazione del mezzo» quale servizio pubblico o servizio privato e senza fornire indicazioni riguardo le «finalità e gli interessi che attraverso le diverse utilizzazioni del mezzo si intendono realizzare o perseguire». La decisione riguardava la possibilità di un'azienda pubblica non potesse svolgere l'attività di noleggio con conducente.

⁷ A esempio, nella provincia di Bologna tale differenza pare per certi versi originaria dal momento che molti noleggiatori con conducente avevano inizialmente la propria sede in comuni dell'appennino o della pianura bolognese e la loro attività (secondaria, in quanto la principale atteneva a servizi di officina) consisteva nel prestare servizio di trasporto a favore di persone abbienti che dovevano recarsi saltuariamente in città.

⁸ La legge quadro 15 gennaio 1992, n. 21, giunge all'esito di un lungo dibattito parlamentare, che ha coinvolto anche le principali sigle sindacali in rappresentanza degli operatori della categoria. Tale dibattito ha preso le mosse da ben cinque proposte di legge di diversa provenienza politica confluite – grazie all'attività di sintesi di un comitato ristretto, nominato alla luce delle divergenze tra le diverse posizioni – nel testo finale approvato nel gennaio 1992. Il dibattito parlamentare aveva preso le mosse nella precedente legislatura – si v. il disegno approvato dalla commissione trasporti, poste e telecomunicazione della Camera il 14 marzo 1985 – ma non era giunto a termine, a causa dell'interruzione della stessa.

⁹ Cfr. proposta di legge n. 2742 presentata il 19 maggio 1988; proposta di legge n. 1967 presentata il 26 novembre 1987.

In secondo luogo, era presa in considerazione l'esigenza di mobilità della comunità locale e, nello specifico, la necessità di rendere effettiva la funzione complementare e integrativa di tali attività rispetto al tradizionale trasporto pubblico¹⁰; ma si può individuare anche la volontà di assicurare la compatibilità della libertà di iniziativa economica degli operatori con altri interessi pubblici rilevanti (particolare attenzione viene riservata ai problemi del traffico urbano e interurbano e all'esigenza di disincentivare l'uso del mezzo privato)¹¹.

In terzo luogo, preminente era anche l'obiettivo di stemperare la conflittualità di interessi tra gli operatori del settore che costituì una delle ragioni che avevano impedito alle amministrazioni locali di intervenire, per organizzarlo in modo efficiente¹². L'adozione della l. n. 21/1992, quindi, fu intesa come un modo per prevenire e evitare i potenziali conflitti.

Per concludere questa breve premessa storica, si può ritenere che la necessità di "regolare il conflitto", così come ragioni di interesse pubblico in parte comuni a entrambe le attività (mobilità dei cittadini, sicurezza, gestione del traffico), siano state alla base della scelta di regolare congiuntamente due attività strutturalmente diverse e non omologabili¹³, anche sotto il profilo dello *status* degli operatori e delle loro tutele; tutela degli operatori del settore che senza dubbio, costituisce un'ulteriore esigenza alla base di tale intervento.

2. La disciplina di taxi e Ncc prima della riforma del 2018

La l. n. 21/1992 include fra gli autoservizi pubblici non di linea – ossia fra quei servizi «che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea ferroviari, automobilistici, marittimi, lacuali ed aerei, e che vengono effettuati, a richiesta dei trasportati o del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta» – il servizio di taxi e il servizio di noleggio con conducente.

¹⁰ Cfr. proposta di legge n. 1967 cit.

¹¹ Cfr. proposta di legge n. 2742, cit.

¹² Cfr. proposta di legge n. 261 presentata il 2 luglio 1987.

¹³ Cfr. V. Giomi, *Mercati in attesa del mercato*, cit., 155 secondo cui «l'unione giuridica nel segno della diversità strutturale apparve da subito problematica: sebbene il formalismo legislativo imponesse la distinzione di disciplina, la scelta più diplomatica impose il mantenimento di una convivenza forzata, pur nella consapevolezza di una impossibile omologazione». Sulle differenze tra i due servizi si sofferma il relatore Barbalace, nella seduta della commissione trasporti, poste e comunicazione della Camera del 20 luglio 1988.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

Tale legge, sin dalla sua versione originaria, distingue nettamente le due attività relativamente a diversi profili di rilievo¹⁴.

Taxi. In particolare, la l. n. 21/1992 precisa che il servizio taxi, pur soddisfacendo le esigenze del trasporto individuale o di piccoli gruppi, si rivolge a un'utenza indifferenziata con obbligo del tassista di rispettare l'ordine di chiamata e divieto di rifiutare la prestazione richiesta. L'organizzazione del servizio taxi è strettamente legata al territorio di riferimento.

Si prevede, invero, che il prelevamento dell'utente o l'inizio del servizio avvengano sempre con partenza dall'interno dell'area comunale o comprensoriale del comune che ha rilasciato la licenza, mentre la destinazione del servizio può avvenire anche al di fuori di tale territorio, ma solo previo assenso del conducente.

Lo stazionamento avviene in luogo pubblico, nell'ambito di spazi pubblici di sosta e di viabilità che sono resi visibili da appositi accorgimenti; lo stesso vale per i mezzi, anch'essi dotati di caratteristiche di visibilità. La stringente regolazione amministrativa cui è sottoposta l'attività investe anche i profili riguardanti il costo del servizio per gli utenti: le tariffe sono infatti determinate amministrativamente dai comuni; ma la regolazione amministrativa investe anche le sue modalità di svolgimento (e quindi turni quotidiani e orari di lavoro, tipo di veicoli utilizzabili, regole di comportamento, condizioni di sicurezza, accessibilità per i disabili), nonché il numero di veicoli da adibire a taxi.

L'obbligatorietà della prestazione, il sistema dei turni predisposto dall'amministrazione comunale e la predeterminazione in via amministrativa delle tariffe dovrebbero assicurare l'universalità del servizio sia dal punto di visto spazio/temporale sia economico/sociale: prestazioni assicurate nell'arco dell'intera giornata (anche negli orari notturni) e in tutto il territorio comunale (incluse le zone periferiche), con tariffe sottratte a logiche di puro mercato in modo da risultare sempre accessibili e comunque tali da evitare che l'erosione del margine di guadagno del tassista, con riguardo a singole corse o segmenti di attività antieconomici, comporti una diminuzione dell'offerta¹⁵.

¹⁴ Sul trasporto pubblico locale in generale, si v. da ultimo *Il trasporto pubblico locale, I (Principi generali)* e *II (Situazione ordinamentale e prospettive)*, a cura di F. Roversi Monaco e G. Caia, Napoli, Editoriale scientifica, 2018. Sui servizi pubblici e sulle loro modalità di gestione la bibliografia è sterminata; per gli ultimi contributi sul tema, si v. G. Piperata, *I servizi pubblici locali: scritti recenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 671 ss. Per un primo commento alla l. n. 21/1992, v. S. Zunarelli, *Prime considerazioni sulla legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi non di linea*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, 1993, 60, 65 ss.

¹⁵ V. Giomi, *Mercati in attesa del mercato*, cit., 164; E. Mostacci e A. Somma, *Il caso Uber*, cit., 2 ss.

A tal proposito va ricordato che l'attività non è liberalizzata ma può essere svolta solamente in presenza di apposito titolo legittimante (licenza), il cui rilascio è subordinato al soddisfacimento di criteri di contingentamento numerico. Tale contingentamento serve per bilanciare la libertà di iniziativa economica con altri interessi primari quali il soddisfacimento delle esigenze dell'utenza e dell'organizzazione del territorio di riferimento (congestione del traffico, gestione degli spazi urbani), la tutela della salute e dell'ambiente, la sicurezza, la pubblica incolumità etc.¹⁶; d'altronde, diversi studi, soprattutto di natura economica, ed esperienze concrete hanno mostrato le criticità derivanti da politiche di radicale deregolamentazione del settore¹⁷. Ma pare servire anche per assicurare la sostenibilità economica del servizio: esso fungerebbe, in altri termini, da compensazione per l'imposizione che degli obblighi sopra descritti, che il professionista non assumerebbe potendo operare sulla base del solo criterio della convenienza economica¹⁸. Salvo ipotesi eccezionali, infatti, tali obblighi non sono compensati dagli enti locali tramite sovvenzioni dirette a carico delle finanze pubbliche.

Occorre quindi considerare distintamente lo strumento e la sua funzione per come regolamentate, dalle modalità con cui esso viene utilizzato. A tal riguardo, ben noto è il fenomeno del generalizzato sottodimensionamento del numero di licenze e le ricadute negative di tale realtà fattuale sul corretto funzionamento di tali mercati. Vi sono stati interventi legislativi che hanno tentato di affrontare tale problema ma, anche a causa delle pressioni corporative degli *incumbent*, essi non sono andati a buon fine¹⁹.

¹⁶ V. Giomi, *Mercati in attesa del mercato*, cit., 170 e 226.

¹⁷ Sul tema si v. V. Visco Comandini, S. Gori e F. Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, 515 ss., P.S. Dempsey, *Taxi Industry Regulation, Deregulation & Regulation: The Paradox of Market Failure*, in *24 Transportation Law Journal* (1996), 73 ss.

¹⁸ C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, Jovene, 2008, 175 ss.; sia consentito rinviare anche a E. Caruso, *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Dir. econ.*, 2018, 245 ss.

¹⁹ Cfr. art. 36, c. 2, lett. m), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, (convertito, con modificazioni, in l. 24 marzo 2012, n. 27) con riguardo alle funzioni dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) sul settore; sulla *ratio* generale degli interventi di liberalizzazione adottati in quel periodo, L. Saltari, *Editoriale*, in *Munus*, 2012, 1, III ss. Si v. anche il d.l. 4 luglio 2006, n. 233 (c.d. decreto Bersani) contenente misure per la liberalizzazione che, a seguito delle proteste dei tassisti, sono state eliminate in sede di conversione (l. 4 agosto 2006, n. 248); sul punto, in dottrina, cfr. C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 175 ss. e E. Raffiotta, *Trasporti pubblici locali non di linea e concorrenza: l'irreversibile processo di trasformazione*, in *Il trasporto pubblico locale*, a cura di F. Roversi Monaco e G. Caia, II, cit., 101 ss.; Id., *Trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, in *Munus*, 2016, 75 ss.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

NCC. Significativamente diverso è il regime giuridico di tale servizio che si rivolge a un'utenza specifica che avanza apposita richiesta per una determinata prestazione a tempo e/o viaggio presso le rimesse, nella quale avviene anche lo stazionamento dei mezzi; gli NCC, infatti, non potendo sostare sul suolo pubblico durante l'attesa del cliente, non sono reperibili sulla pubblica via, almeno in quei comuni in cui sono state rilasciate licenze taxi.

La prestazione non è obbligatoria e il corrispettivo è frutto dell'accordo negoziale delle parti. Seppur in termini meno stringenti che per il servizio taxi, sono invece oggetto di regolazione amministrativa sia le modalità per lo svolgimento del servizio, sia il tipo e il numero di veicoli da adibire al servizio: nemmeno l'attività degli NCC, infatti, può dirsi liberalizzata, ma richiede il rilascio di apposita autorizzazione da parte del comune di riferimento, anche in questo caso con limite numerico che risponde a finalità in parte corrispondenti a quelle sopra richiamate per il servizio taxi.

Con riguardo al legame con il territorio di riferimento, sebbene rientri tra le competenze comunali decidere il numero di veicoli da adibire a NCC e il conseguente rilascio delle autorizzazioni, non vi era nella versione originaria della legge di settore alcuna previsione che espressamente vincolasse l'ubicazione delle rimesse di cui il vettore può disporre al territorio dell'ente locale che ha rilasciato l'autorizzazione.

Altre differenze riguardano il regime fiscale, la riconoscibilità delle vetture e la possibilità di ottenere sconti sul carburante, previsti solo per i taxi, oltre che l'accesso alle corsie preferenziali e alle aree ZTL, riconosciuto ai taxi e, solo a discrezione dell'amministrazione, agli NCC.

Il regime giuridico dell'attività degli NCC è stato sensibilmente modificato dall'art. 29, c. 1-*quater*, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, nell'ottica di accentuare la differenza strutturale con il servizio taxi e, quindi, contrastare i crescenti fenomeni di abusivismo.

Per quanto di interesse, la riforma del 2008 ha previsto a carico dei servizi di NCC: l'obbligo di disporre di un'unica rimessa ubicata, così come la sede, esclusivamente nel territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione; l'obbligo di iniziare ogni singolo servizio dalla rimessa situata nel comune che ha rilasciato l'autorizzazione, con ritorno alla stessa; l'obbligo di compilare e tenere il "foglio di servizio"; il divieto di sostare, a disposizione dell'utenza, in luogo diverso dalla rimessa; la possibilità per i comuni di regolare l'accesso nei rispettivi territori agli NCC. Sono stati inoltre confermati i vincoli previsti *ab origine* dalla l. n. 21/1992, vale a dire l'obbligo di stazionamento dei mezzi all'interno delle rimesse e l'obbligo di effettuare presso le stesse le prenotazioni del trasporto.

L'efficacia delle disposizioni introdotte nel 2008 è stata subito sospesa²⁰, anche a seguito delle critiche mosse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) per la sproporzionata compressione del principio di concorrenza²¹ e nel 2010 si è rimesso a un decreto ministeriale il compito di adottare «urgenti disposizioni attuative, tese ad impedire pratiche di esercizio abusivo del servizio di taxi e del servizio di noleggio con conducente o, comunque, non rispondenti ai principi ordinamentali che regolano la materia»²². Il termine per l'adozione di tale decreto è stato più volte prorogato fino al dicembre 2018, mentre si è creata una situazione di forte incertezza circa le successive proroghe della sospensione delle disposizioni introdotte nel 2008, e quindi sulla loro efficacia, che ha portato diverse amministrazioni a non dare attuazione alle relative disposizioni²³. Di guisa che, nonostante le significative modifiche introdotte nel 2008, la disciplina delineata dal legislatore nel 1992 ha continuato a determinare – almeno in determinate aree del territorio²⁴ – gli equilibri, anche economici, del settore.

Da ultimo, l'art. 10-*bis*, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12²⁵, ha abrogato sia la previsione

²⁰ Dall'art. 7-*bis*, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 convertito, con modificazioni, dalla l. 9 aprile 2009, n. 33.

²¹ Cfr. le considerazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione AS501 del 19 febbraio 2009.

²² Cfr. c. 3 dell'art. 2, d.l. 5 giugno 2010, n. 40.

²³ Non era chiaro, in sostanza, se le disposizioni di proroga del termine per l'adozione del decreto ministeriale avessero (implicitamente) prorogato la sospensione della novella del 2018, né se gli obblighi introdotti nel 2008, anche qualora efficaci, potessero considerarsi operativi in mancanza del decreto attuativo. Cfr. il documento del servizio studi della Camera dei deputati del 30 aprile 2019, *Il trasporto pubblico locale* che richiama i contrastanti orientamenti giurisprudenziali circa l'operatività delle disposizioni dell'art. 29, c. 1-*quater*, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, dal 2010 a 2017. *Ex multis*, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 maggio 2019, n. 267; 1° gennaio 2018, n. 6; Cass., sez. II, 19 maggio 2017, n. 12679 e Cons. St., sez. V, 23 giugno 2016, n. 2807; TAR Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 6 aprile 2015, n. 5148; sez. II-*bis*, ord. caut., 10 ottobre 2014, n. 4859.

²⁴ Alcune amministrazioni hanno infatti dato applicazione alle disposizioni adottate nel 2008. A esempio si veda il regolamento del Comune di Pescara adottato nel 2010 («Nuovo regolamento per le autovetture in servizio pubblico da piazza e per quelle in noleggio con conducente») e la determina dirigenziale del comune di Milano del 29 luglio 2013, n. 209 che ribadiva l'applicazione di tali disposizioni; tale determina è stata sospesa dal giudice amministrativo e poi ritirata in autotutela dal comune; sul punto v. L. Belviso, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, 1, 187.

²⁵ In realtà, tali disposizioni erano inizialmente contenute nell'art. 1, d.l. 29 dicembre 2018, n. 143, ma non sono state convertite. Sono quindi confluite nell'art. 10-*bis* del d.l. 14 dicembre 2018 n., 135, in sede di conversione (l. 11 febbraio 2019, n. 12).

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

che rimetteva a un decreto ministeriale l'adozione di «urgenti disposizioni attuative»²⁶, sia la disposizione che sospendeva l'efficacia delle norme introdotte nel 2008²⁷ che, pertanto, hanno acquistato efficacia. Tuttavia, l'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2018 ha apportato rilevanti novità rispetto alla fisionomia disegnata dalla novella del 2008.

Il quadro normativo che verrà di seguito descritto è quindi il frutto delle modifiche apportate alla l. n. 21/1992 da parte dell'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2018 e dell'art. 29, c. 1-*quater*, d.l. n. 207/2008 (nella parte in cui le disposizioni di tale articolo non sono state modificate dall'intervento del 2018); l'art. 10-*bis* del d.l. n. 135/2018 contiene, inoltre, previsioni ulteriori, non confluite nella legge generale di settore.

3. Le novità introdotte dall'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2018

Di seguito, si illustrano le principali novità introdotte dalla riforma del 2018 sul regime giuridico del servizio NCC con cui il legislatore ha inteso introdurre elementi di flessibilità rispetto alla fisionomia disegnata nel 2008, seguendone però l'impostazione di fondo²⁸.

a. In primo luogo, l'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2018 ha riconosciuto la possibilità per il vettore NCC di disporre di ulteriori rimesse nel territorio di altri comuni della medesima provincia o area metropolitana in cui ricade il territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione; ciò fermo restando che la sede operativa del vettore, e almeno una rimessa, devono essere situate nel territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione (art. 3, c. 2, l. n. 21/1992).

Pur conservandosi i vincoli territoriali nell'organizzazione del servizio di NCC, si allenta l'impostazione del 2008 ove non era riconosciuta tale dimensione provinciale (o di aree metropolitana) del servizio NCC, potendo questo disporre di una sola rimessa, ubicata esclusivamente nel territorio del comune che aveva rilasciato l'autorizzazione. Ma tale previsione è innovativa anche rispetto alla versione originaria della l. n. 21/1992 poiché, nell'escludere espressamente che gli NCC possano disporre di rimesse fuori dalla provincia, o dall'area metropolitana, formalizza e rafforza il legame organizzativo (che inevitabilmente si riflette sull'espletamento

²⁶ V. *supra*, sub nt. 22.

²⁷ V. *supra*, sub nt. 20.

²⁸ Non si prenderanno in considerazione le specifiche previsioni previste per la regione Sicilia e la Sardegna.

del servizio) degli NCC con il territorio metropolitano o provinciale di riferimento (si v. *infra*).

b. In secondo luogo, l'art. 10-*bis* ribadisce, come già previsto nella versione originaria di settore, che la richiesta del servizio o la sua prenotazione da parte dell'utenza debba essere effettuata presso la sede o la rimessa, precisando che ciò può avvenire mediante l'utilizzo di «strumenti tecnologici» (art. 3 e art. 11, l. n. 21/1992). Con tale precisione si riconosce la legittimità dell'attività di piattaforme, quali *UberBlack*, che mettono in contatto gli NCC con l'utenza (va tuttavia osservato come già il Consiglio di Stato nel parere 23 dicembre 2015, n. 3586 avesse ritenuto lecito il ricorso a tali strumenti)²⁹. Peraltro, il c. 8 dell'art. 10-*bis* rimette la disciplina l'attività delle piattaforme tecnologiche che intermediano tra domanda e offerta di autoservizi pubblici non di linea a un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare – su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dello sviluppo economico – ai sensi dell'art. 17, c. 3, l. 23 agosto 1988, n. 400.

c. In terzo luogo, il d.l. del 2018 ha confermato l'obbligatorietà del «foglio di servizio» con compilazione e tenuta «in formato elettronico», rimettendo la definizione delle specifiche tecniche a un decreto ministeriale, in attesa del quale il foglio di servizio è sostituito da una versione cartacea (art. 11, c. 4, l. n. 21/1992); nonché ha previsto *ex novo* l'istituzione di «un registro informatico pubblico nazionale delle imprese titolari di licenza per il servizio taxi [...] e di quelle di autorizzazione per il servizio di noleggio con conducente [...]»³⁰. Si demanda a un decreto ministeriale l'individuazione delle «specifiche tecniche di attuazione e le modalità con le quali le predette imprese dovranno registrarsi» (art. 10-*bis*, c. 3, d.l. n. 135/2018). In attesa della piena operatività di tale archivio informativo, non è consentito il rilascio di nuove autorizzazioni NCC; si tratta di una sorta di «moratoria» prevista per i noleggiatori con conducente ma non per i taxi.

²⁹ Cfr. O. Pini, *Le nuove frontiere del servizio pubblico locale: la vicenda UBER tra regolazione, giurisprudenza e ruolo delle autonomie*, in *Nuove Aut.*, 2015, 401 ss.

³⁰ Con decreto dirigenziale del Dipartimento per i trasporti, la navigazione, gli Affari generali e il personale del 19 febbraio 2020, n. 4, il MIT ha istituito il registro informatico pubblico nazionale delle imprese titolari di licenza taxi e di autorizzazione NCC, dichiarandone la piena operatività dal 2 marzo 2020; il giorno successivo, con decreto dirigenziale del 20 febbraio 2020, prot. n. 86, lo stesso MIT ne ha rinviato l'operatività alla data di entrata in vigore del decreto previsto dall'art. 10-*bis*, c. 2, d.l. n. 135/2018 cui è stata rimessa l'individuazione delle specifiche tecniche del foglio di servizio elettronico, ritenuto prodromico al corretto funzionamento del registro elettronico. Dal momento che il decreto sul foglio di servizio non è stato ancora adottato, permane la sospensione dell'operatività del registro elettronico e, conseguentemente, il blocco al rilascio di nuove autorizzazioni NCC (*infra*).

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

d. *In quarto luogo*, sono state disciplinate alcune modalità di espletamento del servizio NCC. In particolare, se da un lato il vettore può offrire qualunque tratta agli utenti («il prelevamento e l'arrivo a destinazione dell'utente possono avvenire anche al di fuori della provincia o dell'area metropolitana in cui ricade il territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione»), dall'altro l'inizio e il termine di ogni singolo servizio devono avvenire presso una delle le rimesse di cui gli autisti possono disporre nel territorio provinciale o di area metropolitana, con obbligo di farvi ritorno al termine di ogni servizio (art. 11, c. 4 l. n. 21/1992). Nella sostanza, con tale ultima disposizione si ribadisce l'impostazione dell'art. 29, c. 1-*quater*, d.l. n. 207/2008 secondo cui ogni servizio NCC deve avere inizio e termine presso la rimessa (con conseguente obbligo di farvi ritorno) con la differenza, rispetto al 2008, che tale rimessa può essere una di quelle di cui il vettore NCC può ora disporre in ambito provinciale e/o di area metropolitana.

A tale regola, di partenza e ritorno dalla rimessa, sono previste una deroga e un'eccezione.

La deroga è quella prevista dall'art. 11, c. 4-*bis*, l. n. 21/1992, che consente di iniziare un nuovo servizio, anche senza il rientro in rimessa, nel caso di più prenotazioni che, sin dalla partenza del primo servizio, risultano nel foglio di servizio. Con riguardo a tali servizi "consecutivi" (*rectius*, senza ritorno in rimessa), il legislatore prevede un limite territoriale stante la disposizione secondo cui i servizi successivi al primo devono avere «partenza o destinazione all'interno della provincia o dell'area metropolitana in cui ricade il territorio del comune che ha rilasciato l'autorizzazione». Sull'interpretazione di tale previsione va richiamata la circolare del Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – del 28 febbraio 2019, secondo cui tutti i servizi successivi al primo, registrati sul foglio di servizio sin dalla partenza per il primo viaggio, possono:

- i) iniziare nella provincia o area metropolitana del comune che ha rilasciato l'autorizzazione e finire ovunque;
- ii) iniziare fuori dalla provincia o area metropolitana, ma finire nella provincia o area metropolitana;
- iii) iniziare e finire nella provincia o area metropolitana.

L'eccezione agli obblighi di cui sopra è contenuta nel c. 9 dell'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2019. Si tratta di una fattispecie diversa dalla precedente perché limitata temporalmente (fino alle deliberazioni della conferenza unificata o comunque per un periodo non superiore a due anni), basata su diversi presupposti (quando il servizio è svolto in esecuzione di un contratto in essere tra cliente e vettore, stipulato in forma scritta con data certa sino a quindici giorni antecedenti la data di entrata in vigore del decreto) e su

diverse modalità operative (non si richiede la registrazione del servizio sul «foglio di servizio», ma il vettore deve disporre del contratto e mostrarlo in caso di controlli) e, soprattutto, diversa nei contenuti. Essa, infatti, consente di iniziare un singolo servizio (anche il primo) da un luogo diverso dalla rimessa e non pone alcun limite territoriale, venendo così in parte stemperata – seppur provvisoriamente – la dimensione provinciale (o di area metropolitana) del servizio Ncc che è invece un tratto caratterizzante della riforma del 2018³¹.

e. In quinto luogo, l'art. 11, c. 3, l. n. 21/1992 – così come modificato con la novella del 2008 e divenuto efficace a seguito del d.l. del 2018 – vieta, nei comuni ove sia esercito il servizio di taxi, la sosta in posteggio di stazionamento su suolo pubblico degli Ncc, potendo questi sostare esclusivamente all'interno delle rimesse³². Si tratta di una previsione che rafforza quanto già ricavabile dalla versione originaria della l. n. 21/1992, il cui art. 3 prevede che «lo stazionamento dei mezzi avviene all'interno delle rimesse o presso i pontili di attracco». Oltre alla possibile eccezione nei comuni ove non vi è un servizio taxi, rimane in vigore, a tal riguardo, la possibilità per le autorità competenti in materia di circolazione di derogare a tale obbligo in alcune aree (portuali, aeroportuali e ferroviari), prevedendo apposite aree per la sosta degli Ncc, chiaramente distinte e delimitate rispetto a quelle destinate ai taxi (art. 11, c. 6, l. n. 21/1992).

Fermo restando il divieto di sosta in posteggio di stazionamento, si precisa che gli Ncc possono sempre stazionare sul suolo pubblico durante l'attesa del cliente che ha effettuato la prenotazione del servizio e nel corso dell'effettiva prestazione dello stesso (art. 11, c. 4-ter, l. n. 21/1992). Si chiarisce, in altri termini, la differenza tra “fermata” transitoria del mezzo e la “sosta” in attesa di nuovi clienti, comunque già desumibile dal codice della strada ma anche dalla riserva ai tassisti del contatto su strada con i clienti.

f. Infine, è divenuto efficace l'art. 5-bis, già introdotto dalla novella del 2008, che consente ai comuni di regolamentare l'accesso degli Ncc nel loro territorio o, specificamente, all'interno delle aree ZTL, chiedendo una preventiva comunicazione (relativa all'osservanza e alla titolarità dei requisiti di operatività della presente legge e dei dati relativi al singolo servizio) e/o il pagamento di un importo di accesso.

³¹ Cfr. la circolare del Ministero dell'interno del 28 febbraio 2019, cit., p. 7.

³² La medesima disposizione prevede che i comuni in cui non è esercito il servizio taxi possono autorizzare i veicoli immatricolati per il servizio Ncc a stazionare su aree pubbliche destinate al servizio di taxi.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

Per riassumere, dalla novella del 2018 – e, in particolare, dalle previsioni che impongono l’ubicazione delle rimesse nel territorio provinciale o di area metropolitana, lo stazionamento al loro interno in attesa dei nuovi clienti, nonché di iniziare e terminare la corsa presso la rimessa e di farvi ritorno dopo ogni viaggio risponde – si può dedurre che il legislatore statale abbia inteso perseguire due macro finalità.

Per un verso, è stata consacrata la “territorialità” (a livello provinciale o di area metropolitana e non più comunale come previsto dalla riforma del 2008³³) dell’organizzazione del servizio NCC che, nella versione originaria della legge, poteva ricavarsi “solo” dalla competenza comunale nel rilascio delle autorizzazioni.

Invero, sebbene non vi siano limiti territoriali nello svolgimento del servizio (potendo il vettore prelevare e portare il cliente in ogni luogo), il legame con la rimessa e quindi con il territorio dell’ente locale che ha rilasciato l’autorizzazione fa sì che il «servizio sia svolto, almeno tendenzialmente, a favore della comunità locale di cui il Comune è ente esponenziale», così da risultare conforme a quella funzione «complementare e integrativa» del trasporto pubblico di linea che il legislatore statale del 1992 ha attribuito non solo ai taxi, ma anche agli NCC. In tal senso si è chiaramente espresso il Consiglio di Stato, poi ripreso da diversi giudici di primo grado³⁴, che ha anche osservato come tale legame tra la rimessa e il territorio provinciale, percepito come un requisito discriminatorio e restrittivo della concorrenza, costituisca in realtà un «limite intrinseco alla stessa natura del servizio [...] pienamente giustificato dalle finalità pubbliche che l’istituzione del servizio mira a soddisfare»³⁵.

Per altro verso, attraverso gli obblighi sopra richiamati all’attività degli NCC, in particolare quello di iniziare e terminare ogni singolo servizio da una delle rimesse e di farvi ritorno al termine di ogni servizio, il legislatore ha inteso rafforzare la separazione tra tale servizio e quello offerto dai taxi,

³³ Alla luce della previsione richiamata nel testo, viene naturale domandarsi se abbia ancora senso la competenza comunale a decidere il numero delle licenze NCC; sul processo di “de-municipalizzazione” (*rectius*, di attribuzione delle principali potestà decisionali in merito all’organizzazione e alla gestione a livello sovra-comunale) che sempre più caratterizza la disciplina dei servizi pubblici locali, si v. G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus*, 2016, 1, X ss.

³⁴ TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 luglio 2019, n. 188; 3 gennaio 2018, n. 3 e 13 aprile 2016, n. 137; TAR Lombardia, Milano, 25 luglio 2018, n. 1809; TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 aprile 2015, n. 5148.

³⁵ Così Cons. St., sez. V, 23 giugno 2016, n. 2807 con riguardo ai medesimi obblighi previsti dall’art. 29, c. 1-*quater*, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 che, come si è detto, prevede per i vettori NCC la possibilità di disporre di una sola rimessa ubicata nel territorio comunale.

anche per evitare interferenze e comportamenti abusivi che i nuovi strumenti tecnologici hanno reso più agevoli. A tal riguardo pare opportuna una precisazione, necessaria per comprendere a pieno tale scelta del legislatore.

In entrambi i servizi si assiste, come si è detto, a un regime giuridico caratterizzato da una conformazione pubblicistica particolarmente pregnante (e limitativa della libertà di iniziativa economica dei privati) rivolta al perseguimento di finalità di interesse generale³⁶; di ciò è espressione la disciplina dettata sin dal 1992, ma il consacramento della territorialità dell'organizzazione del servizio NCC ne costituisce una chiara conferma.

Tuttavia, tale legame con l'interesse pubblico è più intenso nel caso dei taxi: la doverosità della prestazione e la necessità di rispettare l'ordine della chiamata, la possibilità di sostare sulla pubblica via, l'esser rivolto a un'utenza indifferenziata, la determinazione in via amministrativa dei turni, degli orari di servizio e, soprattutto, delle tariffe, la maggior attenzione riscontrabile a livello regionale rispetto alla fruibilità del servizio taxi per i disabili, sono tutti elementi che testimoniano come i due servizi, per quanto entrambi integrativi e complementari del TPL, non siano equiparabili sotto il profilo dell'intensità della funzionalizzazione dell'attività economica privata al pubblico interesse.

Proprio sulla base di tale diverso legame con obiettivi di interesse generale (e, ovviamente, sulla base delle differenze di regime giuridico che di questo legame sono espressione), parte della dottrina e della giurisprudenza hanno ricondotto l'attività dei tassisti alla nozione di servizio pubblico (configurando quindi gli obblighi sopra richiamati quali veri e propri «obblighi di pubblico servizio»), mentre tale qualificazione viene generalmente esclusa per l'attività degli NCC che è considerato un servizio privato offerto al pubblico, seppur con rilevanza pubblicistica³⁷.

³⁶ Cfr. Trib. Milano, sez. spec. impr., ordinanza del 26 maggio 2015.

³⁷ La non riconducibilità del servizio NCC alla categoria del servizio pubblico è alquanto pacifica, e non sembra che la consacrazione della territorialità dell'organizzazione di tale servizio possa condurre a diversa conclusione. Più controversa è la riconducibilità dell'attività dei taxi alla categoria del servizio pubblico. In senso favorevole alla qualificazione quale servizio pubblico, v. Cons. St. nel citato parere n. 3586/2015. Nella stessa direzione, in dottrina, V. Giomi, *Mercati in attesa del mercato*, cit.; L. Belviso, *Il trasporto locale non di linea*, cit., 177 ss.; E. Mostacci e A. Somma, *Il caso Uber*, cit., 2 ss., 168; C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 148 ss.; sia consentito rinviare a E. Caruso, *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica*, cit., 250 ss. Sul tema si v. anche M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, 49 ss.; N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 2265 ss.; L. Martini, *L'autotrasporto pubblico non di linea: il servizio di taxi*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

Al di là della riconducibilità o meno dell'attività dei taxi alla categoria del servizio pubblico, la scelta del legislatore di imporre dei limiti agli NCC e di rafforzare la separazione del loro servizio con quello dei taxi, va ricondotta a tale scenario; e, quindi, va contestualizzata rispetto all'esigenza di «mantenere in equilibrio il sistema», anche sotto il profilo della sostenibilità degli obblighi (di servizio pubblico) imposti ai tassisti³⁸.

4. Le posizioni dell'AGCM e dell'ART

La nuova disciplina introdotta dall'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2018, sopra descritta, è stata oggetto di specifiche osservazioni critiche da parte dell'AGCM con l'atto di segnalazione AS1620 (Disciplina dell'attività di noleggio con conducente) del 15 ottobre 2019.

Va premesso come l'AGCM, anche in precedenti segnalazioni e audizioni parlamentari, abbia sempre assunto posizioni fortemente critiche verso la regolamentazione del settore, attribuendogli distorsioni concorrenziali che andrebbero a discapito dell'efficienza del sistema e dei consumatori. Ad esempio, si è espressa favorevolmente alla possibilità di far operare nel settore anche gli autisti non professionisti (il c.d. servizio "UberPop"), proponendo per questi una regolamentazione minima, «la meno invasiva possibile», accompagnata da misure di compensazione ai tassisti per la perdita di valore delle licenze dei tassisti e per la sostenibilità degli obblighi di servizio pubblico³⁹.

A. Brancasi, Bologna, il Mulino, 2003, 251 ss.; da ultimo, A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, *Dir. pubbl.*, 2019, 439 ss.

³⁸ Il corsivo è di E. Mostacci e A. Somma, *Il caso Uber*, cit., 4.

³⁹ Cfr. segnalazioni AS1222 del 29 settembre 2015, *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea* e AS1354 del 10 marzo 2017, *Riforma del settore della mobilità non di linea* in Boll. n. 9/2017. Sul tema, da ultimo, M. Giustiniani, *Il caso Uber*, in *Lavoro alla spina, welfare à la carte: Lavoro e Stato sociale ai tempi della gig economy*, a cura di A. Somma, Milano, Meltemi, 2019; M. Midiri, *Nuove tecnologie e regolazione: il «Caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1017 ss.; A. Palladino, *I servizi di trasporto pubblico non di linea all'esame dei nuovi paradigmi della mobilità urbana e della sharing economy*, in questa *Rivista*, 2018, 651 ss.; A. Boitani e S. Colombo, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2017, 66 ss.; G. Pizzanelli, *Innovazione tecnologica e regolazione incompiuta: il caso dei servizi di trasporto non di linea*, in questa *Rivista*, 2016, 97 ss. Per un approccio comparato, *Il servizio di trasporto di passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software*, a cura di P. Passaglia, in www.cortecosituazionale.it, settembre 2016; con particolare riferimento all'esperienza spagnola, v. M. Tarrés Vives, *Economía colaborativa e innovación tecnológica en el transporte urbano de viajeros en automóviles de turismo*, in *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2019, 17 ss. Sul più ampio tema della

Con riguardo ai profili esaminati nel presente lavoro, nella segnalazione del 2019 l'Autorità ha riproposto la progressiva equiparazione tra taxi e NCC (ritenendo l'attuale differenza di regime giuridico ingiustificata in quanto i due servizi sono ritenuti largamente sostituibili dall'utenza) e ha criticato sia la moratoria al rilascio di nuove licenze, sia il mantenimento di vincoli territoriali (sebbene estesi all'ambito provinciale) previsti all'attività degli NCC. Ancora, ha osservato come l'ammissibilità del ricorso a strumenti tecnologici per la prenotazione del servizio finisca per rendere irrazionale, e privare di ogni giustificazione logica, sia l'obbligo della prenotazione presso la rimessa, sia l'obbligo di iniziare e finire il servizio presso la rimessa e di farvi ritorno; l'AGCM, pertanto, ha considerato tali obblighi di fatto inapplicabili e ne ha proposto l'eliminazione.

Infine, l'Autorità considera il criterio di distinzione tra il servizio taxi e il servizio NCC (utenza indifferenziata/utenza specifica) ormai obsoleto posto che i taxi svolgono servizi che possono essere definiti a tutti gli effetti su chiamata da parte di utenza specifica (tramite centrali radiotaxi o app gestite dagli organismi associativi, che consentono all'utente persino la prenotazione del servizio per i giorni successivi). Prendendo le mosse da tale considerazione, l'AGCM arriva a configurare una sovrapposizione dell'attività dei taxi rispetto all'attività propria degli NCC; in altri termini, si ha l'impressione che, seguendo la logica dell'AGCM, l'attività propria e distintiva dei tassisti dovrebbe essere esclusivamente il servizio di piazza, ovvero quello che segue a un contatto su strada con il cliente. Il tema verrà ripreso successivamente.

Anche l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) ha in più occasioni formulato osservazioni critiche sul regime giuridico dei taxi e degli NCC, in particolare proponendo la riduzione delle differenze tra i due servizi e, conseguentemente, una revisione del concetto di territorialità, con rimesione alle regioni dell'individuazione dei bacini ottimali. Nel complesso, la posizione dell'ART pare meno incline a istanze di forte deregolamentazione e liberalizzazione del settore, come dimostra la posizione assunta circa l'apertura all'attività di autisti non professionisti: l'Autorità ha infatti proposto un apparato regolatorio volto a garantire gli utenti di tali servizi e la pubblica incolumità che, tuttavia, dovrebbe trovare applicazione solamente ai «conduttori non professionali [...] nei limiti delle prestazioni di lavoro occasionale e comunque per un massimo di quindici ore settimanali». Attraverso tale precisazione, viene scongiurato il rischio di legittimare operatori privi di licenza o autorizzazione che operano, nella sostanza, come dei professionisti

sharing mobility, si v., da ultimo, il numero speciale *Politiche e regole per la sharing mobility*, della Rivista *Diritto & questioni pubbliche*, a cura di G. Smorto, 2020.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

pur essendo sottoposti a regole ben meno stringenti di quella previste per gli operatori tradizionali (taxi e NCC)⁴⁰.

Quanto alle modifiche introdotte alla l. n. 21/1992 nel 2018, l'ART ha criticato sia la moratoria al rilascio di nuove licenze NCC, sia l'obbligo di rientro in rimessa per ogni singolo servizio. Questo, compromettendo l'immediatezza dell'intermediazione tra domanda e offerta resa possibile anche dall'utilizzo degli strumenti tecnologici, produrrebbe diseconomie inefficienze sul piano gestionale, oltre a esternalità negative, a esempio di natura ambientale, in ragione del prolungamento ingiustificato dei tragitti del vettore. Il giudizio è invece positivo sulla "provincializzazione" del servizio NCC, fermo restando l'opportunità, ad avviso dell'ART, di una radicale revisione del concetto di «territorialità» – in favore di un più duttile ed efficiente concetto di «bacino ottimale di gestione» che tenga conto di aspetti non solo di natura economica ma anche cultura e turistica dei territori – nonché l'opportunità di una più idonea allocazione delle funzioni amministrative relative all'individuazione del fabbisogno numerico delle vetture.

5. La sentenza 25 febbraio 2020, n. 56, della Corte costituzionale

Le disposizioni sopra richiamate, introdotte dall'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2018, sono state impugnate dalla regione Calabria che ha addotto diversi profili di illegittimità costituzionale⁴¹. Per quanto qui di interesse, è sufficiente soffermarsi sulla contestazione relativa alla violazione della potestà legislativa residuale regionale in materia di servizio pubblico di trasporto, di linea e non⁴².

A tal riguardo la ricorrente ha preliminarmente negato che le disposizioni contenute nell'art. 10-*bis*, d.l. n. 135/2018 possano ricondursi alla competenza statale esclusiva e trasversale in materia di tutela della concor-

⁴⁰ Cfr. l'atto di segnalazione dell'ART del 21 maggio 2015. Sull'argomento, da ultimo, G. Smorto, *Verso una disciplina giuridica della sharing mobility nell'Unione europea*, in *DE&Q, spec. iss.*, 2020, 17 ss.; sia anche consentito rinviare a E. Caruso, *Mobilità condivisa e trasporto pubblico locale non di linea tra continuità e discontinuità regolativa*, *ivi*, 66 ss.

⁴¹ Si contesta infatti la legittimità costituzionale del c. 1, lett. a), b), e), f), nonché dei c. 6, 7, 8 e 9 del citato art. 10-*bis*.

⁴² Per l'analisi delle altre questioni di legittimità costituzionale, si v. i commenti alla sentenza n. 56/2020 di V. Giomi, *Vecchi e nuovi spazi legislativi per il servizio NCC dopo il vaglio della Consulta: un'occasione per riflettere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 2 (di prossima pubbl. su *le Regioni*); P. Colasante, *Il punto di equilibrio nella tutela della concorrenza: la Corte rende più labili i confini fra i servizi taxi e di noleggio con conducente*, in *Oss AIC*, 2020, 4, 167 ss.

renza; ciò dal momento che le norme impugnate non sarebbero finalizzate a tutelare o promuovere condizioni di maggior concorrenzialità (*rectius*, le condizioni relative all'incontro tra domanda e offerta) nel settore del trasporto pubblico non di linea, ma piuttosto a comprimerle. In altri termini, secondo la ricorrente mancherebbe nella disciplina impugnata – che introduce limiti all'esercizio dell'attività economica degli NCC – quel profilo finalistico (l'effetto pro-concorrenziale) necessario per legittimare l'intervento statale su una materia di competenza residuale regionale.

La Corte rigetta tale argomentazione. Secondo un orientamento ormai consolidato⁴³, è compito del legislatore statale individuare, in virtù della competenza trasversale in tema di concorrenza, il punto di equilibrio tra il libero esercizio dell'attività di un'attività economica e gli altri interessi pubblici interferenti con tale libertà. Nell'ambito di tale bilanciamento, «la valutazione degli interessi confliggenti deve essere intesa sempre in senso sistemico, complessivo e non frazionato, può dunque condurre a un esito in forza del quale la tutela della concorrenza «si attua anche attraverso la previsione e la correlata disciplina delle ipotesi in cui viene eccezionalmente consentito di apporre dei limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche» (sentenza n. 30 del 2016, che richiama la sentenza n. 49 del 2014)». In altri termini, lo Stato può intervenire *ex art.* 117, c., 2, lett. e), Cost. non solo per ampliare e rafforzare la concorrenzialità di un mercato, ma anche per bilanciare interessi di natura economica con altri interessi pubblici rilevanti⁴⁴.

⁴³ Per una panoramica della giurisprudenza costituzionale relativamente alla “tutela della concorrenza”, soprattutto con riguardo al riparto di competenze legislative tra Stato e regioni, si v. servizio studi della Corte Costituzionale dal titolo «La tutela della concorrenza nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale», a cura di M. Fierro (aprile 2015) e «La concorrenza», a cura di L. Delli Priscoli (luglio 2015). In dottrina, anche con posizioni critiche, si v. F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e bilanciamento dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2015, 623 ss. e, da ultimo, Id., *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 595 ss.; C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in www.osservatorioaic.it, 2014, 1, 1 ss.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 503 ss.; M. Midiri, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 76 ss.; A. Argentati, *Autorità antitrust e Corte costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 41 ss.; Id., *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Studi e ricerca dell'AGCM*, 2011; L. Buffoni, *Riparto di competenze legislative e ordine giuridico del mercato*, in *le Regioni*, 2013, 319 ss.

⁴⁴ Sul punto, v. anche V. Giomi, *Vecchi e nuovi spazi*, cit., 649 ss.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

Peraltro, la Corte osserva come pure «la configurazione del mercato tramite la fissazione di determinate condizioni per l'accesso degli operatori al settore rientra(i) nella materia della concorrenza»⁴⁵.

Sulla base di tali premesse, la Corte articola la valutazione in dettaglio sulla disciplina di settore per verificare la sussistenza di ragioni di interesse pubblico che giustificano una compressione della libertà di iniziativa economica degli NCC.

Al tal proposito, pare di rilievo il passaggio in cui si osserva come, alla luce della scelta operata dal legislatore sin dal 1992, la libertà economica degli NCC vada bilanciata con l'attività di trasporto esercitata dai titolari di licenza taxi e, quindi, con le peculiari caratteristiche e finalità del servizio taxi.

In tal senso la Corte richiama espressamente i profili di regime giuridico del servizio taxi strettamente connessi al perseguimento di obiettivi di interesse generale, che lo differenziano da quello offerto dagli NCC (natura indifferenziata dell'utenza, regime di obbligatorietà della prestazione e di tariffe fisse determinate amministrativamente, esigenza di garantire la capillarità e la doverosità di tale servizio e di contenerne i costi per gli utenti). E da questi ricava l'esigenza di limitare la libertà di iniziativa economica degli NCC e di assicurare l'effettiva destinazione di tale servizio a un'utenza specifica e non indifferenziata in modo da evitare interferenze con l'attività dei taxi e rafforzare il contrasto dei comportamenti abusivi.

Va osservato come ciò che sembra portare la Corte a confrontarsi, nei termini descritti, con la disciplina del settore sia l'esigenza di rintracciare la sussistenza di interessi generali rilevanti, tali da legittimare l'intervento dello Stato (*ex art. 117, c. 2, lett. e*), Cost.) volto a definire il punto di equilibrio tra tali interessi e la libertà di iniziativa economica degli NCC. E, invero, la Corte chiarisce come la sintesi tra gli interessi in gioco richieda una disciplina uniforme e condizioni omogenee, necessarie per evitare quelle distorsioni della concorrenza su base territoriale che si potrebbero verificare qualora le condizioni di svolgimento del servizio di NCC variassero da regione a regione.

Tuttavia dai richiamati passaggi della sentenza n. 56/2020 pare potersi ricavare una sorta di “avallo” della scelta compiuta dal legislatore nel 1992,

⁴⁵ Cfr. la sentenza 15 dicembre 2016, n. 265, ove la Corte ha anche osservato come definire «quali soggetti siano abilitati a offrire talune tipologie di servizi è decisivo ai fini della configurazione di un determinato settore di attività economica: si tratta di una scelta che impone un limite alla libertà di iniziativa economica individuale e incide sulla competizione tra operatori economici nel relativo mercato», sicché «tale profilo rientra a pieno titolo nell'ampia nozione di concorrenza di cui al secondo c., lettera e), dell'art. 117 Cost.»; su tale decisione si v. il commento di D. Tega, *Uber in Piazza del Quirinale n. 41: la «gig economy» arriva alla Corte costituzionale*, in *le Regioni*, 2017, 580 ss.

poi confermata nel 2008 e nel 2018 (ma anche con la sottrazione dell'intero settore dall'ambito di applicazione dei diversi interventi di liberalizzazione succedutisi dalla seconda metà degli anni 2000⁴⁶): l'intervento dello Stato viene ritenuto legittimo in quanto rivolto a bilanciare interessi che la Corte, nella sostanza, finisce per ritenere meritevoli di tutela⁴⁷. In altri termini, nonostante la dichiarazione di incostituzionalità di una regola rilevante prevista dall'intervento legislativo del 2018 (*infra*), sembra scorgersi «un intento conservativo» della Corte che conferma la bontà dell'assetto complessivo della l. n. 21/1992, innanzitutto con riguardo all'importanza di garantire la separazione tra il servizio taxi e quello NCC⁴⁸. Con buona pace, a parere di chi scrive, di chi ritiene ormai del tutto obsoleta una regolamentazione volta a preservare tale separazione.

La Corte si sofferma anche sull'altra macro-finalità alla base della riforma del 2018, ovvero la consacrazione della «territorialità» (a livello provinciale o di area) dell'organizzazione del servizio NCC. A tal riguardo, richiama la sentenza 28 giugno 2016, n. 2807, del Consiglio di Stato che, come si è detto, ha considerato tale vincolo territoriale (non una discriminatoria restrizione della concorrenza, ma) un «limite intrinseco alla stessa natura del servizio» volto a far sì che esso sia svolto, almeno tendenzialmente, a favore della comunità locale di riferimento. Anche in questo caso, pare difficile non cogliere la diversità di posizioni rispetto all'AGCM che, invece, aveva proposto il superamento di ogni limite territoriale al servizio NCC in una logica meramente pro-concorrenziale.

Accertata la riconducibilità delle disposizioni impugnate dell'art. 10-*bis* alla competenza esclusiva trasversale in tema di concorrenza la Corte, in

⁴⁶ Ciò vale anzitutto per il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, attuativo della dir. 2006/123/Ce (c.d. direttiva “servizi” o *Bolkestein*) che non trova applicazione al settore dei trasporti; cfr. art. 2, par. 2, lett. *d*), dir. servizi e i considerando 17 e soprattutto 21 dello stesso testo, secondo cui «I servizi di trasporto, compresi i trasporti urbani, i taxi [...], sono esclusi dal campo di applicazione della presente direttiva». Si veda anche il d.l. 31 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148 (art. 3, c. 11-*bis*) che esclude i servizi taxi e NCC dall'applicazione di misure volte a eliminare le restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche; il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, che esclude tali servizi dall'ambito di applicazione di misure di liberalizzazione delle attività economiche e di eliminazione dei controlli preventivi (art. 34, c. 8); nello stesso senso cfr. il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, in tema di liberalizzazione delle attività economiche e di riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese (art. 1, c. 5).

⁴⁷ E ciò sebbene la Corte precisi come non sia in discussione la scelta compiuta dal legislatore statale sin dal 1992.

⁴⁸ Il corsivo è di V. Giomi, *Vecchi e nuovi spazi*, cit., 655 che svolge riflessioni di tenore simile a quelle proposte nel testo (si v. anche 644 ss.).

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

aderenza al *petitum* della ricorrente, si sofferma poi sui limiti che il legislatore deve rispettare nel definire il bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e gli altri interessi in gioco: quando interseca competenze proprie del legislatore regionale comportando una significativa compressione della loro autonomia, l'esercizio della competenza statale trasversale in materia di concorrenza, pur potendo esprimersi con interventi di contenuto analitico, deve risultare adeguato e proporzionato rispetto al fine perseguito e agli obiettivi attesi; non sono quindi ammissibili interventi irragionevoli e che superano il limite della necessarietà.

Prima di procedere allo scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza degli obblighi introdotti dai legislatori agli operatori del servizio NCC, la Corte compie una premessa generale che può risultare rilevante nell'interpretazione dei successivi passaggi del giudizio. Osserva, infatti, come «l'estrema facilità con cui possono essere commessi abusi nel settore [...] e, per converso, l'estrema difficoltà dei controlli e di conseguenza della repressione delle condotte – ciò che rende l'apparato sanzionatorio (pur previsto) poco dissuasivo – [...]» possano giustificare l'adozione di misure rigorose dirette a prevenire la possibilità di abusi.

In tale logica, oltre la temporanea sospensione al rilascio di nuove autorizzazioni NCC (sul punto si v. *infra* § 5), ha ritenuto ragionevoli e proporzionati sia l'obbligo di ricevere le richieste di prestazioni e le prenotazioni presso la rimessa o la sede, anche con l'utilizzo di strumenti tecnologici, sia l'obbligo di compilare e tenere un «foglio di servizio». In particolare, la Corte ha considerato tali previsioni necessarie per garantire la differenziazione tra i due servizi e l'effettività del divieto per i vettori NCC di rivolgersi a un'utenza indifferenziata; inoltre, le ha ritenute non eccessivamente gravose per i vettori NCC, e comunque comportanti un onere ragionevole rispetto alle caratteristiche del servizio.

Diverso è stato invece il giudizio sull'obbligo di iniziare e terminare ogni singolo servizio di NCC presso le rimesse, con conseguente obbligo di ritorno alle stesse. Per la Corte tale obbligo consiste in un aggravio organizzativo e gestionale «irragionevole» poiché obbliga il vettore, nonostante egli possa prelevare e portare a destinazione uno specifico utente in ogni luogo, «a compiere necessariamente un viaggio di ritorno alla rimessa “a vuoto” prima di iniziare un nuovo servizio»; tale irragionevolezza, osserva, la Corte, risulta evidente «se non altro per l'ipotesi in cui il vettore sia chiamato a effettuare un servizio proprio dal luogo in cui si è concluso il servizio precedente».

Tale obbligo è inoltre ritenuto non necessario rispetto allo scopo perseguito – assicurare che il servizio NCC si rivolga a un'utenza speci-

fica e non indifferenziata e quindi evitare interferenze con il servizio di piazza – dal momento che un simile obiettivo è già presidiato dall’obbligo di prenotare il servizio presso la sede e la rimessa, oltre che da quello di stazionamento dei mezzi all’interno della rimessa o dei pontili d’attracco; peraltro, secondo la Corte, l’interferenza tra l’attività degli Ncc e quella dei taxi può essere evitata grazie alla possibilità, introdotta dalla stessa normativa statale in esame, di utilizzare gli strumenti tecnologici, specie per il tramite di un’appropriata disciplina dell’attività delle piattaforme rimessa al d.P.C.M.

L’obbligo dei vettori Ncc di iniziare e terminare ogni singolo servizio dalla rimessa, e di farvi ritorno dopo ogni servizio, è stato quindi dichiarato incostituzionale e, conseguentemente, medesima sorte è toccata alle due previsioni che consentivano di derogarvi.

6. L’impatto della sentenza della Corte costituzionale sull’assetto delineato dalla riforma del 2019. Alcune riflessioni conclusive

Appare arduo, al momento, dare valutazioni prospettiche sull’impatto della sentenza n. 56/2020 sul funzionamento del settore del trasporto pubblico non di linea, anche perché molto dipenderà dai futuri interventi regolativi (ad esempio il previsto d.P.C.M. sulle piattaforme tecnologiche) e/o da circolari interpretative e attuative del Ministero competente.

Pare quindi opportuno procedere per gradi, verificando il possibile impatto della decisione sui due macro-obiettivi, sopra individuati, alla base della riforma del 2018.

Quanto al primo, ovvero alla dimensione provinciale (o di area metropolitana) del servizio Ncc che la Corte espressamente avalla, la stessa può dirsi salvaguardata, nella sostanza e fattualmente, anche dopo la decisione in commento. Permane, infatti, l’obbligo degli Ncc di stazionare all’interno di una delle rimesse situate sul territorio provinciale o presso i pontili di attracco, con conseguente divieto di «sosta in posteggio di stazionamento» su suolo pubblico, nei comuni ove sia esercitato il servizio di taxi.

Tale obbligo implica, da un lato, che la prima partenza giornaliera del vettore deve avvenire da una rimessa della provincia di riferimento. La compilazione e la conservazione del «foglio di servizio» dovrebbero consentire di accertarne il rispetto; peraltro, in attesa del foglio elettronico, pare ancora attuale la richiamata circolare del Ministero dell’interno nella parte in cui, pur nel silenzio della legge, richiede che una copia cartacea dello stesso venga lasciata presso la rimessa da cui il vettore è partito.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

Dall'altro, l'obbligo di sostare all'interno di una delle rimesse costringe il vettore a tornare sul territorio provinciale dopo un eventuale viaggio fuori confine, se non ha già ricevuto una nuova prenotazione (e ciò al netto di quanto si dirà *infra* sulle conseguenze operative riconducibili alla necessità di ricevere le prenotazioni presso la rimessa). Per dare effettività a tale obbligo, sarebbe opportuno che il d.P.C.M. sulla disciplina delle piattaforme prendesse in considerazione tale profilo, nell'ottica di contrastare comportamenti elusivi, possibili soprattutto nelle zone di confine inter-provinciale⁴⁹.

Parzialmente diverso il discorso con riguardo all'effettività della separazione tra il servizio taxi e NCC e le rispettive utenze, rispetto alla quale sembrano possibili due scenari (*a.* e *b.*), le cui differenze derivano da come si interpreta l'obbligo di ricevere le prenotazioni «presso la sede o la rimessa», anche mediante l'«utilizzo di strumenti tecnologici», che è stato ritenuto legittimo dalla sentenza n. 56/2020.

a. L'impatto della sentenza sarebbe molto limitato se tale obbligo venisse interpretato in modo rigoroso. Invero, se la prenotazione non venisse considerata come «ricevuta presso la sede» allorché il veicolo si trovi fuori dalla stessa⁵⁰, se ne ricaverebbe un (implicito) obbligo del vettore NCC di far ritorno alla rimessa al termine di ogni servizio non preventivamente registrato. In altri termini, il vettore NCC potrebbe svolgere, senza ritorno in rimessa, solo i servizi la cui prenotazione è stata registrata prima della partenza dalla rimessa; una volta espletati i servizi previamente prenotati, l'autista dovrebbe comunque ritornare alla sede o a una delle rimesse per ricevere le nuove prenotazioni.

Di fatto, seguendo questa soluzione interpretativa, la portata innovativa della sentenza n. 56/2020 risulterebbe alquanto circoscritta dal momento che, come si è detto, l'art. 11, c. 4-*bis*, l. n. 21/1992, dichiarato illegittimo dalla Corte, già prevedeva una deroga all'obbligo di rientro in rimessa nel caso di più prenotazioni registrate, sin dalla partenza per il primo viaggio, sul foglio di servizio. Rispetto a tale possibilità, già prevista dal legislatore,

⁴⁹ Per esempio, l'NCC che temporeggia ingiustificatamente nella zona ad alta intensità di richiesta, situata fuori da suo territorio provinciale, in attesa di una nuova prenotazione tramite piattaforma con geolocalizzazione.

⁵⁰ Cfr. Trib. Milano, sez. I, sent. 6 luglio 2015, n. 8359. Con riguardo alla posizione – che fa leva sull'equiparazione tra lo smartphone e la rimessa, nonché tra Uber e la segreteria telefonica – secondo cui gli autisti professionisti di UberBlack potrebbero non fare ritorno in rimessa dopo ogni corsa, il Tribunale ha affermato che «non può certo ritenersi, senza stravolgere il senso della normativa, oltre che il buon senso, che la sede operativa/rimessa sia l'iphone e che Uber sia la segreteria che passa le chiamate».

la novità – dopo la sentenza della Corte – consisterebbe esclusivamente nel venir meno dei limiti territoriali riguardanti i viaggi successivi al primo⁵¹.

Tale scenario pare, in realtà, difficilmente conciliabile con la sentenza n. 56/2020. Un obbligo implicito di rientrare in rimessa – ricavabile dalla disciplina sulla prenotazione del servizio – in tutti i casi in cui la richiesta di un nuovo servizio non sia avvenuta prima della partenza dalla stessa, pare infatti contrastare con alcuni passaggi della motivazione; in particolare quello in cui la Corte ritiene irragionevole il ritorno in rimessa nei casi in cui il vettore sia chiamato a effettuare un servizio proprio dal luogo in cui si è concluso il servizio precedente.

b. Per tale ragione pare preferibile una diversa interpretazione dell'obbligo di ricevere le prenotazioni, anche mediante strumenti tecnologici, «presso la sede o la rimessa». In particolare, seguendo la posizione dell'AGCM (le piattaforme non possono per definizione rispettare tale obbligo), si potrebbe considerare la richiesta o la prenotazione del servizio come «ricevuta presso la sede» anche allorquando il veicolo si trovi fuori dalla stessa; in tal modo, dovrebbe ritenersi superato l'obbligo di rientro in rimessa degli NCC in tutti i casi in cui il vettore ha ricevuto una nuova prenotazione (a prescindere dal fatto che questa nuova prenotazione sia ricevuta dal vettore prima di partire dalla rimessa, durante una corsa o mentre fa ritorno alla rimessa). Detto altrimenti, seguendo tale soluzione interpretativa, il vettore NCC dovrebbe poter svolgere più viaggi senza il ritorno in rimessa, anche ricevendo le nuove prenotazioni dopo la partenza dalla rimessa e fuori dalla stessa.

Occorre a questo punto domandarsi se il venir meno dell'obbligo di rientro in rimessa, nei termini appena delineati, possa comportare un significativo avvicinamento tra le modalità operative dei due servizi e le rispettive utenze, ovviamente solo con riguardo ai servizi «a chiamata» (il contatto su strada rimane, infatti, esclusiva dei tassisti).

A tal riguardo, l'avvicinamento tra le due attività, quale conseguenza del venir meno dell'obbligo di rientro in rimessa, sarebbe da escludere se, enfatizzando le differenze tra i due servizi, si arrivasse a poter negare *ex se* un rapporto di reciproca concorrenzialità.

In tale direzione sembrano potersi leggere alcuni passaggi della sentenza n. 56/2020; in particolare il punto in cui, nel motivare circa la legittimità

⁵¹ Per chiarire il concetto con un esempio, se in vigore dell'art. 11, c. 4-bis, l. n. 21/1992 i viaggi successivi al primo, già registrati nel foglio di servizio, dovevano comunque avere un legame con la provincia o la città metropolitana in cui opera il vettore NCC, la sentenza n. 56/2020 avrebbe fatto venir meno tale obbligo, ma non il generale divieto per gli autisti NCC di ricevere nuove prenotazioni mentre sono fuori dalla rimessa.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

della sospensione temporanea al rilascio di nuove licenze NCC, la Corte ha posto l'attenzione sulle differenze tra i due servizi – a esempio sotto il profilo del «regime tariffario», delle «modalità di svolgimento» e dei «rapporti con l'utenza» – per escludere che la politica delle licenze adottata per uno di essi possa determinare vantaggi o pregiudizi per l'altro⁵². Tale posizione, a bene vedere, pare porsi in continuità con quella del Consiglio di Stato che ha manifestato perplessità sulla scelta del legislatore del 1992 di ricondurre a unità due fenomeni con caratteristiche diverse, richiamando la circostanza che il servizio NCC si svolge mediante auto di lusso⁵³.

A parere di chi scrive, risulta un po' problematico ritenere, in via generale, che le differenze tra i due servizi – in particolare di quelle relative ai costi e alla qualità dei servizi, alle relative modalità di svolgimento del servizio e ai rapporti sull'utenza – siano di per sé tali da escludere un rapporto di concorrenzialità del servizio taxi e NCC nelle prestazioni a chiamata. Tali differenze, infatti, non sembrano nella sostanza così marcate come, *ictu oculi*, si potrebbe ritenere⁵⁴.

Invero, né la miglior qualità delle vetture di norma utilizzate dai vettori NCC, né la differenza di costi tra i due servizi sembrano tali da escludere un rapporto di concorrenzialità. D'altronde, ragionando diversamente, come si spiegherebbe che una delle invarianti del settore sia sempre stata la conflittualità e la concorrenzialità tra le due categorie di operatori e i conseguenti sforzi del legislatore per regolarle?

⁵² «La diversità – per modalità di svolgimento, regime tariffario, ambito di operatività, rapporti con l'utenza, eccetera – dei due tipi di autoservizi pubblici non di linea e la loro necessaria reciproca distinzione, a cui presidio sono poste proprio le misure in esame – compresa quella dell'iscrizione nel registro informatico in via di predisposizione – escludono che la politica delle licenze adottata per uno di essi possa determinare vantaggi o pregiudizi per l'altro»; cfr. punto 5.6.2 in diritto.

⁵³ Cfr. Cons. St., n. 3586/2015.

⁵⁴ L'AGCM ha più volte osservato come la domanda di mobilità non di linea consideri i due servizi sempre di più come largamente sostituibili; da ultimo, AS1354 dell'1° marzo 2017, cit. Pur non condividendosi, per le ragioni esposte nel testo, le conseguenze che l'AGCM ne fa discendere (l'opportunità di equiparare il regime dei due servizi), tale osservazione pare cogliere nel segno. Tale sostituibilità, ovviamente, non può essere intesa in termini del tutto generalizzati. Ad esempio, determinate tipologie di utenti tendono, forse per abitudine, a utilizzare prevalentemente il servizio taxi; al contrario, le grandi aziende tendono a preferire il servizio NCC erogato mediante auto di lusso. Al tempo stesso, un vettore NCC che utilizza vetture di grossa cilindrata difficilmente troverà convenienti tragitti di breve durata. In altri termini, alcune differenze tra i due servizi sono innegabili, ma non sembrano tali da escludere, completamente e in via generale, un rapporto di diretta concorrenza tra due servizi. Come si dirà, a tal riguardo rilevano in modo significativo le differenze tra le diverse aree territoriali.

Un discorso analogo vale per le modalità di svolgimento ed erogazione del servizio: nelle prestazioni “a chiamata” i due servizi sembrano, in linea di massima, molto simili, se non addirittura sovrapponibili.

Come ha osservato l’AGCM, attraverso le centrali radio e le app i taxi finiscono per offrire servizi – a esempio la prenotazione di un servizio per una data ora in un dato giorno – difficilmente qualificabili come rivolti a un’utenza indifferenziata; ma pare vero anche il contrario: quando il cliente contatta la centrale radio di NCC, e viene messo in contatto con il primo vettore disponibile, viene meno il carattere specifico dell’utenza che è il tratto caratterizzante di tale servizio⁵⁵.

Né pare dirimente al riguardo il fatto che i taxi debbano sostare nelle apposite piazzole di sosta, mentre gli NCC in una delle diverse rimesse, potendo questi avere anche più rimesse nei comuni con maggiore domanda. Si tenga invero presente che una rimessa potrebbe essere costituita da qualunque posto auto in un garage o, in astratto, anche in un giardino o in un cortile privato⁵⁶;

Alla luce di tali considerazioni si può ritenere che l’obbligo di rientro in rimessa degli NCC svolge(va) la funzione di sopperire, almeno in parte, alla inidoneità discretiva del criterio individuato dalla legge (utenza indifferenziata/utenza specifica), rafforzando la separazione tra le rispettive utenze; del resto, tale inidoneità – già avvertita al momento dell’adozione della l. n. 21/1992⁵⁷ – risulta ancor più evidente oggi, alla luce dell’evoluzione tecnologica⁵⁸.

Con tali considerazioni non si intende, però, esprimere un giudizio

⁵⁵ A tal proposito si tenga presente che i caratteri dell’anonimato e la casualità (*rectius*, l’intermediazione con il primo operatore libero), che dovrebbe riguardare il solo servizio taxi (rivolto a un’utenza indifferenziata), possono rintracciarsi anche nei servizi “a chiamata” offerti dagli NCC (in teoria rivolti a un’utenza specifica), in quanto anche le centrali degli NCC smistano la prenotazione al primo operatore libero.

⁵⁶ Cfr. TAR Milano, sez. I, 27 luglio 2018, n. 1809, più problematica, alla luce del quadro normativo vigente, pare invece la possibilità per più operatori Ncc di utilizzare un unico posto auto quale “rimessa”.

⁵⁷ A tal riguardo si veda l’intervento del Deputato Barbalace, cit., che osserva come non sia «sufficiente ritenere che i due servizi possano differire solo per il fatto che il taxi si rivolge ad una utenza indifferenziata stazionando in luogo pubblico, mentre l’autonoleggio è offerto ad una utenza specifica ed il suo stazionamento è attuato nella rimessa. Si osserva, infatti, che lo stazionamento, in piazza o in rimessa è del tutto marginale nella pratica, atteso che tanto il taxi quanto l’auto possono essere prenotati per telefono o via radio. Tra l’altro, i termini concettuali «utenza indifferenziata» e «utenza specifica» possono lasciare intendere tutto, per cui nella pratica quotidiana si rischia di non specificare o distinguere nulla: da questo punto di vista, pertanto, non è superfluo ritornare sui concetti richiamati per una più certa delimitazione dei termini medesimi, senza però rimettere in discussione l’impianto generale della legge».

⁵⁸ Nello stesso senso, si v. P. Colasante, *Il punto di equilibrio*, cit., 177.

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

negativo circa l'impatto sulla disciplina del settore della decisione della Corte⁵⁹ che, come si è detto, ha considerato il rientro in rimessa irragionevole e sproporzionato, ritenendo che l'obiettivo di tenere distinte le utenze dei due servizi sia comunque presidiato dall'obbligo di prenotazione presso la sede e la rimessa e dall'obbligo di stazionamento all'interno delle rimesse o dei pontili d'attracco.

A ben vedere, infatti, il rientro in rimessa, oltre a essere effettivamente anacronistico da un punto di vista dell'efficienza e della funzionalità operativa del servizio e difficilmente giustificabile sotto il profilo ambientale, comportava una significativa limitazione della libertà di iniziativa economica e della libertà di stabilimento degli operatori NCC, non semplice da giustificare anche se riconducibile a ragioni di utilità sociale (art. 41 Cost.) e/o a motivi imperativi di interesse generale (art. 49 TFUE)⁶⁰.

⁵⁹ Ciò dai rilievi critici su come è stato in concreto posto in essere il test di proporzionalità, di cui si è detto supra, sub nt. 49.

⁶⁰ L'obbligo di rientro in rimessa poteva presentare diversi profili di possibile contrasto con il diritto UE. Va tuttavia osservato come la Corte di giustizia – investita in merito alla compatibilità con il diritto UE dell'art. 29, c. 1-*quater*, d.l. n. 207/2008 – non si sia pronunciata sul merito ma abbia ritenuto la questione irricevibile in quanto priva di collegamento con situazioni previste dal diritto UE e, quindi, di carattere puramente locale; cfr. C. giust. UE, 13 febbraio 2014, C-162/12 e C-163/12, *Airport Shuttle Express scarl*, p. 47 e 48 secondo cui «Con i loro ricorsi essi non mettono in questione il sistema generale di regolamentazione dell'attività in parola o le modalità di concessione delle autorizzazioni. Essi intendono unicamente far escludere talune condizioni fissate dalle autorizzazioni di cui già dispongono. Pertanto, un cittadino di uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana nella stessa situazione dei ricorrenti nei procedimenti principali eserciterebbe già, per definizione, un'attività economica stabile e continuativa a partire da uno stabilimento situato sul territorio italiano». Nel senso della irricevibilità della questione pregiudiziale si era orientato anche l'Avvocato generale Kokott che, tra le diverse argomentazioni, aveva osservato come «una dimensione europea dell'aggiudicazione di autorizzazioni per l'autonoleggio sembra estremamente dubbia già per il fatto che le autorizzazioni vengono concesse specificamente per ciascun veicolo e, conseguentemente, il rispettivo valore economico è limitato» (punto 41). Anche nella decisione del 13 febbraio 2014, cause riunite C-419/12 e C-420/12, *Crono Service scarl*, la Corte si è dichiarata non competente a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 49 TFUE di previsioni nazionali, regionali (Lazio) e comunali (Roma) riguardanti condizioni di autorizzazione ed esercizio del servizio NCC dal momento che «le controversie principali presentano carattere locale e i fatti che ne sono oggetto sono tutti circoscritti al territorio di un unico Stato membro» e «nulla nelle decisioni di rinvio denota che le controversie principali presentino un qualsivoglia interesse transfrontaliero o un collegamento con una delle situazioni previste dal diritto dell'Unione». In parte diversa pare la posizione la Commissione UE che – sia nelle cause C-162/12 e C-163/12, sia nella procedura “Eu Pilot 623/09/TREN” – ha ritenuto che il regime giuridico italiano comporti una restrizione della libertà di stabilimento non giustificabile sulla base dei motivi imperativi di interesse generale.

Peraltro, come osservato dalla Corte e come già precedenza anticipato, il futuro d.P.C.M. sulla disciplina delle piattaforme può costituire una buona occasione per introdurre strumenti tali da garantire effettività all'obbligo di stazionamento presso le rimesse e, quindi, per prevenire pratiche abusive degli NCC, garantendo effettività alla separazione tra le due utenze.

Ma sembra potersi addurre una ragione ulteriore a conferma del giudizio nel complesso positivo sulla decisione n. 56/2020. Ammesso che sia corretto interpretarla nel senso del venir meno l'obbligo di rientro in rimessa (la soluzione interpretativa b), non è detto che ciò finisca per compromettere gli equilibri del sistema e, cioè, che impedisca una pacifica convivenza tra le due categorie di operatori; non è detto neppure che finisca per pregiudicare la sostenibilità degli obblighi di pubblico servizio imposti ai tassisti (rispetto alla quale la separazione tra le due utenze risulta funzionale).

Tale considerazione – che richiederebbe ben altri approfondimenti – si

Anche a voler considerare il rientro in rimessa degli NCC compatibile con l'art. 49 TFUE e a qualificarlo quale compensazione degli obblighi di servizio pubblico imposti ai tassisti, i dubbi di compatibilità con il diritto UE non vengono meno. Il diritto UE, infatti, da un lato, vieta le sovra-compensazioni degli obblighi di pubblico servizio richiedendo una stretta corrispondenza fra i costi sostenuti per le missioni di interesse generale e i vantaggi derivanti dai diritti speciali e/o esclusivi; dall'altro, richiede l'individuazione in modo chiaro e preciso di tali obblighi e la predisposizione di strumenti per verificarne il rispetto. Sebbene riguardante un profilo in parte distinto, va segnalata la decisione della C. giust. UE, 14 gennaio 2015, causa C-518/13, *The Queen* con cui la Corte si è espressa sulla compatibilità con l'art. 107 TFUE dell'autorizzazione concessa ai taxi, ma non agli NCC, di transitare sulle corsie riservate agli autobus predisposte sulla rete stradale pubblica durante le ore di operatività delle restrizioni alla circolazione concernenti tali corsie (la causa riguardava il trasporto non di linea della città di Londra). Secondo la Corte tale situazione non appare idonea a conferire ai taxi un vantaggio selettivo ai sensi dell'art. 107 dal momento che l'autorizzazione è stata prevista al fine di creare un sistema di trasporto sicuro ed efficiente e che, comunque, taxi e NCC «si trovano in situazioni di fatto e di diritto sufficientemente diverse da considerare che esse non sono comparabili e che la politica relativa alle corsie riservate agli autobus non conferisce dunque un vantaggio economico selettivo ai taxi londinesi»; infatti, osserva la Corte, «solo i taxi [...] possono offrire i loro servizi, sono assoggettati all'obbligo di presa a bordo, devono essere riconoscibili e in grado di trasportare persone che si spostano in sedia a rotelle e i loro conducenti devono fatturare i propri servizi mediante un tassametro e disporre di conoscenze particolarmente approfondite della città di Londra». In ogni caso, viene rimessa al giudice a quo una valutazione in concreto.

Va infine richiamata una più datata decisione della Commissione Sg (2001) D/ 288179 del 25 aprile 2001 con cui il sistema di sovvenzioni previsto dalla regione Liguria per la riqualificazione del servizio taxi non è stato ritenuto contrario al diritto comunitario in quanto, «(t)enuto conto della natura locale dei mercati dei servizi di taxi e delle condizioni di accesso a tali mercati, (tale sistema non incideva) in alcun modo sugli scambi tra gli Stati membri ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1 del trattato CE».

la disciplina del trasporto pubblico non di linea

basa su un'osservazione di buon senso: a ben vedere, infatti, la situazione di incertezza sull'efficacia delle disposizioni introdotte dall'art. 29, c. 1-*quater*, d.l. n. 207/2008, ha fatto sì che l'obbligo di rientro in rimessa abbia trovato scarsa attuazione almeno fino al dicembre 2018 e ciò non ha impedito, almeno in determinate aree territoriali, l'affermarsi di situazioni di equilibrio e di convivenza, più o meno "pacifiche", tra le due categorie di operatori.

Il profilo avvertito come più problematico era senz'altro rappresentato dall'operatività extra-provincia (o addirittura extra-regione) di alcuni vettori Ncc; ma l'attuale disciplina – eventualmente implementata dal d.P.C.M. sull'attività delle piattaforme – dovrebbe consentire di reprimere i comportamenti abusivi.

Va osservato come molte delle considerazioni fin qui svolte – quelle sul rapporto di concorrenzialità tra taxi e Ncc, sulla "tenuta" del sistema, etc. – presentino una debolezza di fondo. Si tratta, invero, di annotazioni e impressioni di carattere generale che, in quanto tali, non consentono di tenere in debita considerazione un aspetto centrale del settore dell'autotrasporto pubblico non di linea, ovvero le differenziazioni che contraddistinguono le diverse realtà locali in cui queste attività si sviluppano.

A mero titolo di esempio, se in un contesto urbano di medie dimensioni, ove le distanze possono essere coperte anche attraverso forme di trasporto alternative all'automobile, la sovrapposizione tra i due servizi risulta meno probabile, diversa appare la situazione delle grandi aree metropolitane ove, infatti, lo scontro tra taxi e Ncc è sempre stato più acuto.

In tal senso rilevano anche ulteriori peculiarità, proprie dei singoli contesti locali, come il numero di licenze taxi e di autorizzazioni Ncc e le scelte operate dalle amministrazioni in tema, a esempio, di regime tariffario e di esercizio dei poteri di governo del territorio previsti dall'art. 5-*bis* della legge quadro, ovvero di rapporti con gli organismi di categoria⁶¹.

⁶¹ A tal riguardo vanno richiamati due provvedimenti dell'AGCM, 27 giugno 2018, che hanno considerato reti di intese verticali restrittive della concorrenza, contrarie all'articolo 101 del TFUE, le clausole di esclusiva contenute negli atti che disciplinano i rapporti tra i principali operatori di radiotaxi attivi a Roma e a Milano e i tassisti aderenti (1801A-1801B); ciò nella misura in cui vincolavano ciascun tassista a destinare tutta la propria capacità operativa – in termini di corse per turno – a un singolo radiotaxi. Sul tema, V. Meli, *Concorrenza tra piattaforme di smistamento della domanda di taxi e concorrenza tra tassisti: l'applicazione del diritto "antitrust" al conflitto tra Mytaxi e le cooperative radiotaxi*, in *Oriz., dir. comm.*, 2019, 1, 31 ss. Inoltre, l'ART si è espressa sulle criticità – sia sul piano della legittimità, sia sotto il profilo concorrenziale – di una disciplina regolamentare che vincoli il tassista ad avvalersi del servizio di radio-telefono verso un numero unico, senza peraltro prevedere la possibilità di utilizzare altri sistemi di intermediazione tra domanda e offerta di mobilità; cfr. il parere rilasciato al comune di Imperia n. 1/2019 e il parere rilasciato al comune di Perugia n. 6/2018.

Molte delle conclusioni cui si è giunti vanno quindi verificate alla luce delle singole realtà territoriali.

Per concludere, viene naturale domandarsi se una regione possa reintrodurre l'obbligo di rientro in rimessa, posto che la Corte lo ha considerato illegittimo in quanto comportante una restrizione ingiustificata della competenza legislativa regionale. Formalmente la sentenza n. 56/2020, affrontando una questione di "competenza", non può costituire un limite a una eventuale scelta in tal senso di un legislatore regionale. Ma le argomentazioni della Corte sulla irragionevolezza e non proporzionalità di tale obbligo affrontano, come si è rilevato, la "sostanza" del problema e portano a ritenere alquanto probabile l'accoglimento di un eventuale ricorso in via incidentale per violazione dell'art. 41 Cost., dell'art. 117, c. 1 (rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento UE) e dell'art. 117, c. 2, lett. e) (concorrenza come bene giuridico da tutelare)⁶².

Tuttavia, una scelta del legislatore regionale in tal senso pare alquanto remota, sia perché l'"equilibrio del settore" dovrebbe essere comunque salvaguardato, sia per la scarsa propensione delle stesse regioni a disciplinare nel dettaglio un settore così "spinoso" e "conflittuale" quale senz'altro è quello del trasporto pubblico non di linea.

Abstract

Recent studies on non-scheduled modes of public transport have focused primarily on market access by non-professional operators (e.g. UberPop). The changes to l. 21/1992, introduced by l.d. 135/2018, as amended from l. 12/2019, as well as the Constitutional Court's ruling n. 56 of 2020, suggest a re-focus on the activity of traditional operators in the sector (i.e. taxi and car rental with driver, known as NCC). The 2019 reform, which follows the underlying approach of the framework law (l. 21/1992), primarily sought to strengthen the "territoriality" of the NCC's service and its separation with that of taxis. To that end, despite the censorship of some legal arrangements around this choice which were considered unreasonable and disproportionate, it was nonetheless substantially endorsed by the Constitutional Court. It remains, therefore, an important matter deserving of further reflection.

⁶² Nella sentenza n. 56/2020 la Corte ha rigettato le questioni di costituzionalità presentate dalla regione Calabria su tali parametri ritenendole inammissibili per difetto di motivazione sulla ridondanza delle lamentate violazioni sulle competenze regionali.

ARTICOLI

ENRICO GUARNIERI

BREVI NOTE SUGLI APPALTI PUBBLICI NELL'EMERGENZA: UN RITORNO ALLA DIR. 2014/24/UE?*

SOMMARIO: 1. La “svestizione” della contrattazione pubblica nell'emergenza Covid-19. – 2. La concorrenza nei contratti sopra-soglia: *there is an elephant in the room!* – 2.1. L'irragionevole sospensione dei termini procedurali nell'emergenza. – 2.2. La de-differenziazione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara “in urgenza”. – 2.3. Il perimetro di legittimità delle deroghe alla disciplina codicistica dei contratti pubblici. 3. Annotazioni minime sulle procedure in “somma urgenza” nei contratti sotto-soglia. – 4. Una chiosa conclusiva: alcune coordinate per il futuro della contrattazione pubblica.

1. La “svestizione” della contrattazione pubblica nell'emergenza Covid-19

L'emergenza Covid-19 ha infranto il tabù della rapidità e dell'agilità dell'azione negozial-amministrativistica dei committenti pubblici. L'esigenza di acquistare, in particolare, dispositivi di protezione individuale (mascherine e guanti *in primis*), ventilatori polmonari, infrastrutture mediche, nonché sistemi e *hardware* informatici – peraltro in un momento storico caratterizzato dall'interruzione delle catene di approvvigionamento – ha infatti imposto di trovare soluzioni celeri, efficaci e de-formalizzate, insomma capaci di governare il fenomeno epidemiologico.

Così prende(va) inizio il presente contributo nelle more della “Fase 1”. Sennonché, le evoluzioni della crisi – dapprima solo sanitaria e oggi anche economico-finanziaria – impongono un aggiornamento che è triplice nella sua unitarietà. La premessa di cui sopra va arricchita, perché sono sorte nuove, ancorché prevedibili, esigenze (quelle proprie di una ripartenza) che peraltro non smentiscono ma aggravano il bisogno di riforma del codice

* L'articolo è stato redatto in data antecedente alla adozione della l. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione in legge del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

dei contratti pubblici. Il percorso argomentativo andrà adeguato, perché l'emersione di quelle nuove esigenze – in particolare, l'incentivazione «degli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici» e il contrasto alle «ricadute economiche negative» – è stata per l'appunto avvertita e affrontata dal legislatore con l'adozione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (d.l. “semplificazioni”). Infine, nei limiti imposti da un ordinamento ancora *in itinere*, le conclusioni “che erano” dovranno essere vagliate alla luce delle risultanze dell'intervento normativo ora ricordato.

Nonostante gli aggiornamenti, un primo dato pare però poter essere ribadito. Oggi appare più che mai comprensibile la differenza tra la funzionalizzazione dell'appalto rispetto all'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice¹ e la finalizzazione di quello rispetto ai fini ulteriori che, tramite la commessa, l'ordinamento intende perseguire, fra tutti, da ultimo, lo sviluppo sostenibile. Temporaneamente sgomberato il campo da ciò che è accessorio – ma, si badi, non irrilevante né superfluo (basti considerare il disposto dell'art. 3-*quater*, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152²) – il contesto epidemiologico ha fatto affiorare, come un *unicum*, l'esigenza di cura e di soddisfazione del fine pubblico primario degli enti variamente coinvolti nella vicenda emergenziale³.

Ciò è determinante perché, accantonata per il momento la «babele dei fini»⁴ e quindi la struttura reticolare che quell'impianto comporta, si riesce a

¹ Recentissimo, sul tema, è il contributo di F. Fracchia e W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2020, n. 2, 201 ss.

² Per una lettura in termini di doverosità dell'azione amministrativa rispetto allo sviluppo sostenibile, cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile: la voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, nonché, ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13 ss., spec. 35, ove si afferma che «lo sviluppo sostenibile, quasi naturalmente, preme nel senso di una torsione nell'esercizio di situazioni giuridiche e di poteri in vista di uno scopo». Lo stesso Autore avverte, però, dello scollamento fra teoria e pratica, alla luce della «scarsissima “penetrazione” del principio nell'ordinamento» e in particolare nelle decisioni giurisprudenziali (ID., *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G.F. Cartei, Torino, Giappichelli, 2013, 19 s.).

³ A mo' di suggestione e in parziale rettifica di quanto detto sopra, si potrebbe affermare che, alla luce delle sfide globali del XXI secolo, la finalizzazione allo sviluppo sostenibile getti la contrattazione pubblica in un alveo di perenne para-emergenzialità. Per una lettura eurounitaria del tema degli appalti pubblici sostenibili si veda *Sustainable public procurement under EU law: new perspectives on the State as stakeholder*, Beate Sjafell, Anja Wiesbrock (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

⁴ G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 181.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

«mettere a nudo in modo istantaneo» non solo «il funzionamento quotidiano di un sistema»⁵ ma anche e in maniera più evidente il suo incedere nell'emergenza, ovvero la sua capacità di fornire risposte adeguate rispetto al fine.

Salvo riprendere il tema in conclusione, non vi è modo qui di interrogarsi sulla ordinaria adeguatezza del sistema, essendo a tale scopo sufficiente rinviare agli studi critici di chi, come Gian Domenico Comporti, ha ampiamente indagato l'argomento cercando di tratteggiare le coordinate di un orizzonte certamente più rassicurante rispetto all'esistente⁶.

Con maggiore attinenza alla traccia dello scritto, qualche utile considerazione può invece essere dedicata al comparto emergenziale relativo non solo ad un passato ancora troppo prossimo ma anche ad un presente, che, nei pressanti timori di una ripresa del virus, non si vuole né si può (considerata la forte crisi economica) definire post-emergenziale. Per farlo conviene partire da un dato inconfutabile e da un interrogativo: se «nelle fasi di emergenza [...] le esigenze di specialità vengono comunemente rappresentate come ragioni di accelerazione dei processi amministrativi e semplificazione degli interventi»⁷, il codice dei contratti pubblici recato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è in grado di assolvere al compito?

Prima di procedere, sia consentita una precisazione di metodo. Come si è anticipato, il contributo nasceva dalla volontà di osservare il cammino delle istituzioni nella prima fase dell'emergenza. L'attenzione è pertanto dedicata in via prioritaria alle vicissitudini incorse in quel contesto; i recentissimi sviluppi normativi, in specie quelli recati dal d.l. n. 76/2020, saranno invece calati nel discorso cercando – laddove possibile e in modo evidentemente incidentale – un raffronto (per convergenze e divergenze) con ciò che li ha preceduti.

2. La concorrenza nei contratti sopra-soglia: *there is an elephant in the room!*

L'emergenza globale da Covid-19 non ha riproposto il tema della concorrenza negli appalti – perché quello, come si dirà, è tema sempre attuale –

⁵ M. Cammelli, *L'Italia dei terremoti: quello che c'è e quello che è ancora da imparare*, in *Aedon*, 2013, n. 2.

⁶ G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, cit.; *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015, n. 6; *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 575 ss.

⁷ M. Dugato, *Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti*, in questa *Rivista*, 2017, 490.

ma ha in parte riorientato il pendolo oscillante tra il polo della concorrenza e quello della semplificazione delle gare.

Per comprendere l'affermazione è necessario anticipare una convinzione e cioè che, nell'ordinamento italiano degli appalti pubblici sopra-soglia, la concorrenza e la semplificazione sono fattori contrastanti.

Certo così non dovrebbe essere, perché la semplificazione, in specie quella procedimentale (che qui interessa e che è «madre di tutte le semplificazioni»⁸), è soltanto una tecnica di alleggerimento del superfluo rispetto al fine, e che, se correttamente intesa, dovrebbe articolarsi nella previa comprensione dei fini da perseguire e nella conseguente definizione (secondo i canoni di proporzionalità e ragionevolezza) del modo meno gravoso per soddisfarli.

Nulla quaestio, allora, se la concorrenza⁹ (specialmente nella sua declinazione della massima partecipazione) fosse concepita come uno dei possibili fini o risultati più o meno indiretti da perseguire nell'ambito dell'operazione economica, ovvero siccome la risultante dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, nonché di quelli di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto al fine in concreto perseguito dall'amministrazione¹⁰; così come non si porrebbe alcun problema se le disposizioni per gli affidamenti delle commesse pubbliche non fossero intese come norme sulla (*rectius*, per realizzare la) concorrenza¹¹, ma siccome norme che servono affinché gli appalti “siano fatti”¹².

⁸ M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 690.

⁹ Sul fondamento costituzionale ed europeo della concorrenza cfr. F. Trimarchi Banfi, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss., spec. 25 ss.

¹⁰ M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2016, 737 ss., spec. 742-743, secondo il quale «la concorrenza, lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti, non è altro che la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio». Sul punto sia consentito rinviare a E. Guarnieri, *Procedura ristretta, forcilla e scelte negoziali: interrogativi sul rilancio di una procedura poco utilizzata*, in questa *Rivista*, 2019, 419 ss., spec. 448 ss.

¹¹ Sulla funzione primariamente pro-concorrenziale della normativa in materia di contratti pubblici si veda R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹² F. Cintioli, *Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere*, in *Il dubbio*, 16 aprile 2020. Cfr. anche S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2020, n. 12, 252 ss., per il quale la stratificazione dei fini della normativa di settore (economicità, concorrenza e legalità-anticorruzione) ha «finito per relegare in secondo piano il profilo teleologico dell'intera disciplina dei contratti pubblici che è, e senz'altro rimane, l'esecuzione di un rapporto negoziale [...]» (264); il che per I.A. comporta che «la doverosa tutela del risparmio pubblico,

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

Se così fosse, tra la semplificazione nell'emergenza e la concorrenza non vi sarebbe alcuna possibile frizione: individuato il fine (*rectius*, l'unico fine o interesse) da perseguire per far fronte alla calamità, la semplificazione dei procedimenti sarebbe esclusivamente articolata attorno al bisogno che l'urgenza impone di soddisfare, ovvero il contrasto e il superamento della situazione emergenziale¹³. Ma così non è.

Così non è perché nel d.lgs. n. 50/2016, la concorrenza non viene solo tradotta in istituti puntuali ma ne esce alla stregua di un valore a carattere finalistico e, per così dire, irrettrabile¹⁴, che va oltre la creazione del mercato unico.

Vero è che il rilievo assunto dalla concorrenza – oltretutto derivare dall'esigenza “comune” di realizzare il mercato unico¹⁵, le economie di scala

della legalità e della concorrenza nella fase concorsuale» debba «aver sempre di mira l'effettiva esecuzione degli appalti pubblici, essendo questo l'obiettivo primario dell'ordinamento di settore» (266).

¹³ In tal senso, utilmente si può richiamare quanto di recente affermato da F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, 2019, n. 3, 575 ss.: «Il primo obiettivo diventa quello di garantire la salute e di arginare la diffusione del virus SARS-CoV-2; ciò comporta una relativizzazione degli altri interessi e valori, comprese le esigenze del mercato o di tenuta dei bilanci [...]; diventa superfluo tutto ciò che non è strumentale al raggiungimento dell'obiettivo» (578).

¹⁴ Sulla concorrenza come «obiettivo in sé» o «bene in sé» non revocabile in dubbio, che, però, a seguito dell'adozione della dir. 2014/24/Ue, «deve convivere, e in qualche modo bilanciarsi, con quello della efficienza della spesa derivante dall'attività contrattuale pubblica» si veda A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 127 ss., spec. 129, 143-144 e 150; nonché Id. *Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata*, in *Nuove auton.*, 2016, 391 ss. Cfr. anche R. Caponigro, *L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012, 2, secondo il quale «l'interesse delle imprese e del mercato è ora tutelato al pari dell'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire e, anzi, è divenuto anch'esso un essenziale valore collettivo da realizzare, ed in questo può cogliersi un significativo cambio di prospettiva». Con riferimento alla disciplina introdotta dalla dir. 2014/24/Ue, la possibile compressione del principio concorrenziale è rilevata da M.P. Chiti, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, diretto da M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 296: «nella nuova regolamentazione europea del 2014, la concorrenza rimane uno dei principi della disciplina, ma non il primario (se non addirittura esclusivo) come in precedenza». Si veda anche A. Massera, *Principi procedurali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 335-336.

¹⁵ Cfr. M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., 740, secondo il quale se il fondamento giuridico delle direttive sui contratti pubblici è da rinvenirsi non già nel principio di concorrenza, ma nei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi, allora «[q]uesto è l'interesse prevalente del diritto europeo: creare un mercato unico in materia di appalti pubblici. E allora la concorrenza è il precipitato dell'applicazione di questi principi di diritto europeo».

e il cosiddetto *value for money*¹⁶ – nell’ordinamento italiano potrebbe farsi in parte discendere anche dall’esigenza di contrastare i fenomeni corruttivi¹⁷, perché maggiore è la platea degli operatori economici interpellati e maggiore è il presidio dell’imparzialità dell’agire amministrativo. Ma ciò, oltre a non essere né necessario¹⁸ né risolutivo rispetto alla capacità di conseguire il risultato dell’operazione economica¹⁹, non toglie neppure rilievo al fraintendimento sull’assolutizzazione del valore concorrenziale²⁰. D’altronde, a guar-

¹⁶ Per A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2015, 105, «[p]romotion of competition has traditionally been viewed as a way to guarantee that the public buyer obtains the goods and services it requires in the best possible market condition, ie, as an instrument to ensure *value for money* or *best value* in public purchases».

¹⁷ Cfr. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 120.

¹⁸ Perché altre sono le misure messe in campo per la lotta al malaffare nella contrattazione pubblica. In tema, G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *federalismi.it*, 2015, n. 16. E anzi, talvolta, vale un rapporto contrario, come è dimostrato dal fatto che la suddivisione dell’appalto in lotti costituisce il «terreno di elezione di fenomeni di *bid rigging*» (R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*, 2016, n. 19, 5). Peraltro, come osservato da S. Torricelli, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 953 ss., «la sovrapposizione frequente, nel disposto normativo e nel dibattito dottrinale, tra cattiva amministrazione e corruzione rende difficile impostare un ragionamento sugli strumenti anti-corruttivi propri del diritto amministrativo recente, perché il rischio è di creare degli equivoci» (958). Si noti poi che, come rileva S. Vinti, *L’eterogenesi dei fini*, cit., 263, la tutela del risparmio, della concorrenza e della legalità (contrasto alla corruzione) sono «finalità che tra loro coesistono a fatica, che poco o nulla hanno in comune; molto spesso avviene che l’eccessiva valorizzazione dell’una in un singolo caso finisca inevitabilmente per comportare la sottovalutazione dell’altra, specie in mancanza di un ordine di priorità che corrisponda a una precisa volontà legislativa».

¹⁹ Come correttamente affermato da F. Pinto, *Di chi è colpa? Riflessioni in tema di appalti*, in *amministrativ@mente*, 2018, n. 5-6, 7, «[u]na struttura di assoluti incorruttibili può essere una struttura che – per incapacità delle persone che la compongono e/o per l’inadeguatezza degli strumenti messi loro a disposizione – sul piano dell’efficienza è assolutamente inidonea a garantire risultati efficienti. Si tratta di mala amministrazione ma non corruzione».

²⁰ Per M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 2, «la concorrenza non è tutelata come “un valore in sé” [...] ma solo come “bene giuridico strumentale” per il raggiungimento di finalità di ordine superiore». Cfr. anche L.R. Perfetti, *Modelli di affidamento del servizio nei trasporti pubblici locali*, in *Il trasporto pubblico locale, I, Principi generali e disciplina di settore*, a cura di F. Roversi Monaco e G. Caia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 92; nonché si veda quanto sostenuto da F. Francario, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici, II, Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 951 ss.: «sarebbe però erroneo ritenere che si sia con ciò realizzato un vero e proprio rovesciamento dei principi e che le norme che regolano le procedure di scelta del contraente dovrebbero pertanto ormai intendersi come poste unicamente o prevalentemente al fine di tutelare la libertà d’impresa e di concorrenza. Ciò porterebbe a scambiare il mezzo con il fine, perché la garanzia della

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

darsi il principale corollario della concorrenza, altro è dirsi della *partecipazione in genere* in quanto valore²¹ e altro è riferirsi alla *massima partecipazione*: se la partecipazione deve essere “massima” ciò significa solo che si è dinanzi ad un criterio che guida l'uso dei principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto alle esigenze del committente.

Ciò detto, le ragioni di quella irretrattabilità discendono dal fatto che nel codice dei contratti pubblici e nell'elaborazione che ne è seguita, la concorrenza e la sua principale manifestazione della massima partecipazione sono state elevate rispettivamente a principio – pariordinato nell'art. 30, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, a quelli di imparzialità, correttezza, non discriminazione, proporzionalità, etc., così da renderlo di fatto e di diritto un fattore indisponibile – e a «interesse pubblico» (art. 83, c. 2), così da divenire valori euristici della contrattualistica *tutta*, ovvero non solo della regolazione dell'ordinario, ma anche della regolazione dei momenti emergenziali.

Se così è, allora, la semplificazione nell'emergenza si scontra inevitabilmente con i vincoli e gli aggravii posti dalla concorrenza e, per quanto si è detto, dall'anticorruzione.

Ma sia chiaro, il discorso potrebbe valere anche per gli affidamenti in genere, perché nel regime concorrenziale agli aggravii procedurali – che, sì certo, si fondano storicamente sulla concezione contabilistica, imperniata sul sistema della «controlleria»²² – si è andato assommando l'onere per le amministrazioni di gestire gare affatto circoscritte, ma aperte alla più ampia platea dei concorrenti operanti nel mercato di riferimento e potenzialmente interessati all'occasione di guadagno; non che la più ampia partecipazione sia un problema in sé, ma è bene essere consapevoli che essa comporta l'esigenza dell'amministrazione di gestire un numero di sub-procedimenti – talvolta essi stessi in parte espressione di una matrice concorrenziale, si pensi al soccorso istruttorio o al *self cleaning* – che cresce proporzionalmente al numero di operatori economici che partecipano alla gara.

La divagazione si rivela utile perché con essa si disvela un dato: per un

libertà di concorrenza e di mercato rimane pur sempre un mezzo rispetto al fine ultimo che deve essere perseguito da una pubblica amministrazione» (953).

²¹ M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 668 ss., ora ripubblicato, con alcune variazioni, in questo numero di questa *Rivista*.

²² È scontato ricordare che in origine l'evidenza pubblica era destinata a controllare la spesa pubblica e per farlo circondava l'affidamento della commessa con una «ben adatta controlleria, sussidiata da un sistema chiaro e razionale di registrazioni contabili» (così la relazione di Restelli alla Camera in relazione al progetto presentato da Cambray Digny, l. 2 aprile 1869, n. 5026).

principio che sorge vi è un principio che perisce. Dimostrazione è data dal tentativo *i*) di contenere la spesa pubblica relativa agli appalti, *ii*) di risolvere l'*impasse* legata all'incapacità delle amministrazioni "minori" di gestire procedimenti sempre più complicati, complessi e partecipati *iii*) e di ridurre le occasioni di corruzione facendo ricorso ad un combinato sistema di qualificazioni (delle stazioni appaltanti) e di centralizzazione (delle committenze) che di fatto ha comportato la sostanziale sottrazione di una capacità giuridica di diritto privato che, se in origine e in astratto poteva dirsi piena²³ o al più temperata dalla funzionalizzazione²⁴, è oggi per molti versi svuotata di contenuto²⁵.

Il che costituisce un dato cruciale perché, nella fluidità dei principi, a fronte di situazioni emergenziali si dovrebbe assistere ad una vicenda eguale e contraria: rivalorizzazione della capacità negoziale delle amministrazioni e temperamento dei condizionamenti posti dalla concorrenza e dall'anticorruzione.

Eppure, di quanto precede non se ne ha compiuta traccia nella "disciplina ordinaria dello straordinario" recata dal codice per i contratti sopra-soglia: le fughe in avanti della decretazione d'urgenza governativa e delle ordinanze *extra ordinem* della protezione civile, che in realtà, come si vedrà, sono ritorni indietro (alla dir. 2014/24/UE²⁶), sono parte della dimostrazione. Ciononostante, almeno prima dell'adozione del d.l. n. 76/2020, il deformante e aprioristico ossequio al valore concorrenziale è trasfuso dal piano

²³ S.A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, Giuffrè, 1979; F.P. Pugliese, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, Treccani, 1988, 2; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 351 ss.

²⁴ F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 58, secondo cui «la capacità di diritto privato, quando esiste, è limitata dal fine da perseguire, con la conseguenza che l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni non è regolata dal principio della generale capacità di diritto privato, bensì dall'opposto principio dell'*ultra vires*».

²⁵ Sul punto però si veda B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 613 ss., il quale si rileva che la regola della libertà delle amministrazioni nel rivolgersi al mercato «subisce varie e importanti eccezioni, tanto da ridursi a ipotesi residuale», ma afferma anche, con specifico riguardo alla centralizzazione delle attività strumentali, che la «compressione dell'autonomia» che ne deriva «è giustificata da una corretta impostazione del rapporto tra centro e periferia, che contempla l'autonomia delle singole amministrazioni quando serve e la elimina quando è dannosa» (616-618). Sulla limitazione della capacità giuridica di contrattare si veda anche G.M. Racca e S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, 33 ss.

²⁶ Cfr. l'intervista di G. Bianconi a F. Patroni Griffi, *Patroni Griffi: la ripresa? Necessarie leggi più chiare ma attenti alla corruzione*, in *Corriere della Sera*, 15 aprile 2020, 8.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

ordinario insinuandosi anche nella normazione dell'emergenza. Ed è allora da qui che conviene prendere le mosse.

2.1. L'irragionevole sospensione dei termini procedurali nell'emergenza

Come si anticipava, una marcata conferma dell'attuale rilievo assunto dalla concorrenza (pure) nel contesto emergenziale è anzitutto ritraibile dall'art. 103, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27²⁷.

Lì, infatti, non solo è stata disposta la proroga della validità dei certificati, attestati, atti abilitativi, etc. – fra i quali, recependo un comunicato del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, l'INPS ha ricompreso il DURC²⁸ – ma soprattutto è stata prevista la sospensione dei termini procedurali «ordinatori, perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi» sino al 15 maggio 2020²⁹; e, come «chiarito» dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, la previsione risulta(va) applicabile anche ai procedimenti ad evidenza pubblica, che (anzi!) «rappresentano la *sedes materiae* tipica di applicabilità della suddetta disposizione»³⁰.

È su quest'ultimo fronte che si palesa in modo più evidente l'antinomia tra l'approccio orientato a premiare la concorrenza come valore ascendente e quello (recessivo) atto a favorire la celerità e la flessibilità nell'emergenza; la disposizione, infatti, avrebbe potuto comportare una paralisi degli acquisti in urgenza delle pubbliche amministrazioni, giacché sarebbe stata sufficiente l'attivazione anche di un solo procedimento di soccorso istruttorio per arrestare l'avanzamento delle procedure³¹.

²⁷ In tema, M.A. Sandulli e N. Posteraro, *Procedimento amministrativo e Covid- 19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103 d.l. n. 18 del 2020*, in *federalismi.it*, 27 marzo 2020; L. Gianì, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, in *federalismi.it*, 1 aprile 2020; G.Vercillo, *La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 (e ss. mm.): una possibile lettura*, in *Dir. econ.*, 2020, n. 1, 29 ss.; G. Strazza, *Il "tempo" del procedimento nell'emergenza COVID-19: considerazioni a prima lettura sulla sospensione dei termini*, in *Dir. econ.*, 2020, n. 2, 107 ss.

²⁸ INPS, nota del 25 marzo 2020, n. 1374.

²⁹ Il termine del 15 aprile inizialmente previsto dall'art. 103, d.lgs. n. 18/2020 è stato poi esteso al 15 maggio dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

³⁰ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, circolare del 23 marzo 2020.

³¹ Si noti che il c. 3 dell'art. 103, d.l. n. 18/2020, ha escluso dall'ambito applicativo della disposizione non già gli acquisti autorizzati in deroga al codice dei contratti pubblici dalla decretazione d'urgenza (*infra* par. 2.3.), ma solo i «termini stabiliti da specifiche disposizioni del presente decreto e dei decreti-legge 23 febbraio 2020, n. 6, 2 marzo 2020, n. 9 e 8 marzo

Non si vuole necessariamente affermare che il governo abbia definito una gerarchia di valori – anche se il dato non può essere aprioristicamente escluso – ma un siffatto approccio conferma quantomeno l'impressione di una certa esitazione dinanzi alla possibilità di comprimere il valore concorrenziale.

D'altronde, e a conferma di quanto si è detto, vale la pena rammentare che, «nonostante la situazione emergenziale», il MIT aveva comunque rilevato la «necessità di assicurare la massima partecipazione dei soggetti interessati»: pare arduo poter trovare affermazione più chiara sul fatto che la massima partecipazione non sia concepita come una risultanza fattuale (da valutarsi secondo un criterio di ragionevolezza rispetto alle esigenze concretamente affrontate o perseguite dall'amministrazione), ma rappresenti un valore in sé.

Ciò poi che disvela, in termini ancor più determinanti, la singolarità dell'ossequio del governo italiano al “principio” di concorrenza è il diverso approccio palesato dalla Commissione europea nella comunicazione sul sistema degli appalti pubblici nell'emergenza Covid-19.

Se è certo, infatti, che a livello europeo non sono state promosse politiche in deroga alla normativa vigente – nella comunicazione la Commissione ha affermato che «[i]l quadro europeo in materia di appalti pubblici offre agli acquirenti pubblici tutta la flessibilità necessaria per acquistare il più rapidamente possibile beni e servizi direttamente collegati alla crisi della Covid-19»³² – è altresì evidente che lì l'apprensione per la concorrenza si è tradotta soltanto in un non vincolante *favor* per l'impiego delle procedure aperte e ristrette, peraltro (ed è questo il punto) accelerate e quindi con riduzione dei termini procedimentali³³.

2020, n. 11, nonché dei relativi decreti di attuazione». Ebbene, merita di essere osservato che nella richiamata decretazione per gli acquisiti in urgenza non sono stati previsti termini specifici, con la conseguenza che per essi è rimasta ferma la sospensione. A mo' di temperamento si noti *i)* che il MIT aveva affermato che le parti a favore delle quali operava la sospensione avrebbero potuto «validamente porre in essere l'attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello risultante dalla sospensione» – con la conseguenza che l'amministrazione avrebbe potuto comunque rispettare le scadenze ordinarie, laddove capace di farlo – *ii)* che, nella prospettiva dell'adempimento *ante tempo* e della valorizzazione della buona fede in senso oggettivo, anche l'operatore economico avrebbe potuto essere chiamato a non aggravare (allungare) la procedura.

³² Commissione europea, *Comunicazione della Commissione. Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, 2020/C 108 I/01, 2.

³³ Cfr. i pt. 2.1. e 2.2. della comunicazione. In sintesi, nelle procedure aperte, qualora per ragioni di urgenza debitamente motivate il termine minimo di trentacinque giorni per la ricezione delle offerte non possa essere rispettato, le amministrazioni aggiudicatrici possono ridurlo in misura comunque non inferiore a quindici giorni (art. 27, par. 3, dir. 2014/24/UE e

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

Col che si può affermare che se nella prospettiva del legislatore europeo la massima partecipazione non è stata percepita come un'esigenza da garantire oltre il perimetro di quanto già contemplato dalla normativa di riferimento, allora in Italia si è stati più realisti del Re. A conferma dell'ipotesi di lavoro, può essere utile rilevare che la concorrenza non è qualificata come principio né nella dir. 2014/24/UE³⁴ né nella comunicazione della Commissione europea; ed anzi in quest'ultima emerge – più o meno implicitamente (cfr. il penultimo paragrafo del pt. 2.2.) – come la concorrenza sia un fattore da garantire compatibilmente con il “quadro esigenziale” del committente pubblico.

Le considerazioni che precedono, avendo sempre riguardo al fattore temporale, devono peraltro essere temperate alla luce dell'accelerazione procedimentale impressa dal d.l. n. 76/2020 alle commesse pubbliche che saranno avviate entro il 31 luglio 2021, per quelle essendo stati fissati termini di conclusione molto ristretti: di due e quattro mesi nelle procedure sotto-soglia, in ragione del valore del contratto (art. 1, c. 1); di sei mesi nei sopra-soglia (art. 2, c. 1).

Il dato, certo, risulta centrale, ma in realtà quello va letto assieme ad un fattore differenziale che corre tra le disposizioni ora considerate e quelle temporalmente risalenti alla prima fase dell'emergenza. Se lì del ritardo dell'operatore economico il sistema si faceva carico, qui, invece, avviene l'esatto contrario: ferma restando la responsabilità erariale, i ritardi nell'aggiudicazione, nella stipula del contratto e nell'avvio dell'esecuzione, laddove imputabili all'operatore economico, rappresentano per quest'ultimo causa di esclusione o di risoluzione per inadempimento.

Un'ultima notazione sul punto. Come si è detto, la Commissione europea nella più volte citata comunicazione aveva rimarcato la possibilità delle stazioni appaltanti di ridurre i termini procedurali. Questa facoltà, già accordata anche dal codice domestico, nel d.l. n. 76/2020 sembrerebbe trovare una diversa declinazione in chiave di obbligo.

art. 60, c. 3, d.lgs. n. 50/2016). Nelle procedure ristrette, invece, qualora per i medesimi motivi di urgenza non possa essere rispettato il termine di trenta giorni previsto per la ricezione tanto delle richieste di partecipazione quanto delle offerte, le amministrazioni possono ridurre quel termine, rispettivamente (cioè a seconda dell'atto a cui si riferisce), a quindici e a dieci giorni (art. 28, par. 6, dir. 2014/24/UE, e art. 61, c. 6, d.lgs. n. 50/2016).

³⁴ Vero è che l'art. 18, dir. 2014/24/UE, rubricato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti» fa riferimento alla concorrenza. Eppure, come è stato acutamente osservato, lì la concorrenza più che un principio è una «ricaduta pratica» della applicazione dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità (è la ricordata tesi di M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., 742-743; cfr. *supra* nt. 10).

Salvo farvi successivamente ritorno (*infra* par. 2.3), si noti, infatti, che l'art. 2, c. 3, prescrive che l'impiego delle procedure aperte, ristrette e competitive con negoziazione avviene «in ogni caso con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c)»; l'art. 8, da parte sua, ribadisce poi che in relazione alle procedure ora ricordate «si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza» previste dagli artt. 60-62 e 74, d.lgs. n. 50/2016.

Senza eccessive esitazioni, parrebbe doversi dire che la riduzione dei termini procedurali operi *ex lege*. Tuttavia, è lo stesso art. 8 a contenere in sé l'antitesi. Lì, infatti, si aggiunge che il «provvedimento che dispone la riduzione dei termini» non deve motivare le ragioni di urgenza (queste essendo comunque considerate sussistenti): ebbene, se serve un provvedimento per ridurre i termini allora quella contrazione non opera automaticamente. Nell'attesa e nella speranza che il testo sia emendato in sede di conversione, qui non resta che evidenziare l'*impasse*.

2.2. La de-differenziazione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara "in urgenza"

Se il valore concorrenziale ha inaspettatamente trovato cittadinanza nella prima decretazione d'urgenza, come si è anticipato esso è rinvenibile (verrebbe da dirsi, a maggior ragione) anche nella disciplina ordinaria degli appalti sopra-soglia da effettuarsi in situazioni emergenziali.

Il dato forse più emblematico è portato dall'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, che disciplina una procedura, qual è quella negoziata senza previa pubblicazione del bando, impiegabile *inter alia* proprio per fronteggiare le urgenze estreme derivanti da eventi imprevedibili e che non possono essere soddisfatte nel rispetto dei termini previsti per le procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione (c. 2, lett. c).

Ebbene, la condizione di cui alla menzionata lett. c) giustificherebbe in astratto una decisa semplificazione dell'*iter* procedimentale. D'altronde è quanto afferma la Commissione europea nella citata comunicazione, laddove ha ricordato che la dir. 2014/24/Ue, per la procedura in parola, non prescrive né obblighi di pubblicazione né «termini, numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali»³⁵.

Sennonché, sarà scontato ma non è affatto superfluo rammentare che il c. 6 dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, assoggetta tutte le potenziali procedure negoziate senza pubblicazione del bando – e quindi anche quelle in urgenza

³⁵ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione*, cit., 2.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

– al rispetto di alcuni oneri, ancora una volta di matrice concorrenziale e anticorruptiva³⁶, non necessariamente coerenti con le esigenze di accelerazione procedimentale. Non fosse altro perché *i*) l'individuazione degli operatori economici da consultare avviene sulla base delle indagini del mercato di riferimento e soprattutto «nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione», *ii*) è prescritto un numero minimo di operatori da selezionare, fissato in cinque, sempre che sussistano in tale numero soggetti idonei, *iii*) l'affidamento è preceduto dalla previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per i contratti di eguale importo aggiudicati tramite procedure aperte, ristrette e competitive con negoziazione.

Ricordando quanto si è detto in apertura del secondo paragrafo circa il rapporto tra predefinizione dei fini e conseguente semplificazione procedimentale nonché confrontando le procedure senza pubblicazione recate dalla normativa europea e da quella nazionale emerge chiaramente come nel nostro ordinamento la semplificazione (che non vi è stata) ha obbedito al valore finalistico della concorrenza piuttosto che al fine particolare della risoluzione dell'emergenza.

Non è allora un caso che l'ordinanza della protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630 (siccome modificata dall'art. 1 dell'ordinanza del 22 febbraio 2020, n. 638) nel combinato degli artt. 3, c. 2, e 5, abbia disposto la facoltà di ricorrere alla procedura di urgenza di cui all'art. 63, c. 2, lett. c), «in deroga al comma 6 del medesimo articolo 63».

La conseguenza è che in ciò si è manifestata una prima ipotesi di ritorno indietro, ovvero di sostanziale armonizzazione (ma, si vorrebbe dire, con un'espressione meno accurata ma più incisiva, appiattimento) con la disciplina eurounitaria di base, quantunque arricchita dal rinvio ai c. 3, 7 e 9 dell'art. 163, d.lgs. n. 50/2016, per ciò che concerne le verifiche sul possesso dei requisiti e la fissazione del corrispettivo delle prestazioni³⁷.

Sul punto, le novità del d.l. n. 76/2020 paiono peraltro confortanti perché manifestano una chiara inversione di marcia rispetto alle previsioni codicistiche. Vero è che nel d.l. “semplificazioni” vi è una disposizione pleo-

³⁶ Emblematico in tal senso è il parere del 1° aprile 2016, n. 855, dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, laddove si suggerisce la soppressione dell'espressione “ove possibile”, recata nelle bozze dell'art. 63, c. 6, perché avrebbe comportato «una negativa incidenza sul rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenza» (96). Peraltro, considerato che gli obblighi di cui al c. 6 dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, non sono prescritti dalla normativa europea, si potrebbe per questa via avvalorare quanto si è detto sul rapporto fra concorrenza e corruzione nell'ordinamento domestico (*supra* par. 2).

³⁷ In relazione alla procedura di somma urgenza recata dall'art. 163, d.lgs. n. 50/2016, si veda *infra* par. 3.

nastica – il c. 3 dell’art. 2 – che ribadisce il limite della “stretta necessarietà” già recato dall’art. 63, c. 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016; ciononostante, è il successivo c. 4 dell’art. 2 a introdurre un importante elemento di rottura, benché circoscritto nel tempo e nello spettro applicativo. Fino al 31 luglio 2021, laddove sussistano ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi pandemica o dal periodo di sospensione delle attività, l’impiego delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando è fatto in deroga «ad ogni disposizione di legge», salva l’applicazione i) delle previsioni di cui allo stesso art. 2, ii) della legge penale, iii) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, iii) dei principi di cui agli artt. 30, 34, 42, d.lgs. n. 50/2016, iv) delle previsioni in tema di subappalto, v) nonché delle dir. nn. 24 e 25/2014/UE³⁸.

Non serve indugiare oltre sul fatto che la dir. 2014/24/UE non contenga le previsioni ordinariamente disposte dall’art. 63, d.lgs. n. 50/2016, né sul fatto che il d.l. n. 76/2020 abbia colto l’occasione per “sperimentare” un ritorno alla normativa europea: al più, a volersi porre un dubbio, rimarrà da verificare come e se le deroghe resisteranno agli eventuali effetti conformativi prodotti dal rinvio ai principi contenuti nell’art. 30, d.lgs. n. 50/2016.

2.3. *Il perimetro di legittimità delle deroghe alla disciplina codicistica dei contratti pubblici*

La vicenda che precede ben avrebbe potuto essere ricompresa nel presente paragrafo, ma si è ritenuto preferibile isolarla per la sua rilevanza, o, meglio, per la sua capacità di svelare il problema della semplificazione nella materia contrattuale. Ad ogni modo, quella vicenda si è posta e si pone in un *continuum* con un ben più generale indirizzo atto ad autorizzare acquisti in deroga a tutto il (o a consistenti parti del) codice dei contratti pubblici³⁹.

Il dato è peculiare non solo perché talvolta ha contraddetto l’approccio pro-concorrenziale di cui si è detto, ma anche perché se nell’ordinamento domestico, a differenza di quello europeo, si è sentita l’esigenza di derogare al diritto vigente ciò significa che i presupposti scostamenti del legislatore nazionale hanno veramente «complicato in misura significativa il Codice

³⁸ Sul rispetto della normativa europea nel quadro delle deroghe al codice dei contratti pubblici v. *infra* par. 2.3.

³⁹ Una prima panoramica è stata offerta da U. Frangipane, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *federalismi.it*, 8 aprile 2020 e da A. Varlaro Sinisi, *L’impatto dell’emergenza Covid-19 sulle procedure e sull’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2020, 317 ss. Come suggerito da E. Carloni, *La trasparenza come risposta all’emergenza*, in *www.anticorruzione.it*, la trasparenza o, meglio, un aggravio della trasparenza può rappresentare lo strumento più opportuno per compensare le numerose deroghe al codice dei contratti pubblici.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

rispetto alla direttiva 2014/24 (con una scelta del tutto diversa da quella di molti altri paesi europei)»⁴⁰: le deroghe recate dall'ordinanza n. 630/2020 e dall'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020, all'applicazione del c. 6 dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, ne sono chiare dimostrazioni.

Ciò posto, è opportuno soffermarsi sui limiti che si frappongono alla possibilità di derogare ad una normativa che, laddove non modificata e/o complicata dalla legislazione nazionale, è di chiara derivazione europea⁴¹.

Sia chiaro non tutte le previsioni adottate nell'emergenza Covid-19 hanno impattato direttamente sul codice, derogandolo.

Guardando ai primi interventi normativi, solo per fare qualche esempio basti considerare, fornendone una concisa illustrazione, gli artt. 56, 60 e 91, d.l. n. 18/2020. Queste misure, come si vedrà, si sono risolte in un *favor* per la concorrenza (o quantomeno in un sostegno alle imprese concorrenti o appaltatrici), ma non hanno direttamente investito le disposizioni recate dal d.lgs. n. 50/2016.

Ai sensi dell'art. 56, d.l. n. 18/2020, sono state disposte misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese coinvolte sotto il profilo economico dalla pandemia da Covid-19. Il rilievo della disposizione rispetto al settore degli appalti pubblici attiene alla espressa riconduzione delle misure lì previste all'alveo dell'art. 107 TFUE, ciò riverberando i propri effetti sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta, tenuto conto che ai sensi dell'art. 97, c. 7, d.lgs. n. 50/2016, un'offerta può essere esclusa qualora l'offerente non sia in grado di dimostrare che «l'aiuto [è] compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE».

L'art. 60, d.l. n. 18/2020, nel prevedere la rimessione in termini per i versamenti alle pubbliche amministrazioni, ha impedito l'esclusione del candidato o del concorrente che «ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali» (art. 80, c. 4, d.lgs. n. 50/2016)⁴².

L'art. 91, d.l. n. 18/2020, è poi intervenuto su più aspetti. Il c. 1 ha pre-

⁴⁰ M. Dugato, *Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti*, cit., 491. Per M.P. Chiti, *Principi*, cit., 299, il codice dei contratti pubblici italiano «è rimasto nel complesso più domestico rispetto a quanto consentito da una corretta attuazione delle direttive UE; in certi punti addirittura confligge con il diritto europeo».

⁴¹ Sul punto cfr. F. Lauria, *Alcune osservazioni sulla efficacia diretta delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Gli appalti di lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano (direttive 89/440/CEE e 89/665/CEE)*, Milano, Giuffrè, 1990, 55 ss.

⁴² Sul punto, cfr. la Circolare della Ragioneria Generale dello Stato del 21 marzo 2018, n. 13, 4. Si noti, peraltro, che il quinto periodo dell'art. 80, c. 4, d.lgs. n. 50/2016, è stato sostituito dall'art. 8, c. 5, lett. b), d.l. n. 76/2020.

visto ciò che in realtà era già desumibile per via ermeneutica⁴³ e già in parte stabilito dall'ordinanza del 29 febbraio 2020, n. 642⁴⁴, ovvero che il rispetto delle misure di contenimento prescritte dal medesimo decreto legge è «sempre valutato» al fine di escludere la responsabilità del debitore *ex artt.* 1218 e 1223 c.c., anche in relazione all'applicazione di decadenze e penali connesse al ritardo o all'inadempimento. Il c. 2, invece, ha prescritto una vera e propria modifica del codice dei contratti, il cui art. 35, c. 18, è stato arricchito con l'estensione dell'anticipazione dei pagamenti anche nel caso di consegne in via d'urgenza *ex art.* 32, c. 8, d.lgs. n. 50/2016.

A fianco di queste previsioni a carattere generale e che non si instillano direttamente nella articolazione codicistica – fatto salvo quanto detto in relazione al c. 2 dell'art. 91, d.l. n. 18/2020 (che peraltro ha impattato su di una previsione non regolata dalla dir. 2014/24/UE) – ve ne sono però molte altre che, al fine di fronteggiare l'emergenza, hanno derogato esplicitamente a molteplici disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50/2016.

Si tratta di disposizioni talvolta recate dalla decretazione d'urgenza governativa e talaltra contenute nelle ordinanze della protezione civile.

Sul primo fronte si ricordano, ad esempio, l'art. 34, d.l. n. 9/2020, l'art. 12, d.l. n. 14/2020⁴⁵ e gli artt. 86-*bis*, c. 1 e 4, e 120, d.l. n. 18/2020, che hanno stabilito una deroga *omnibus*, prevedendo, per specifiche commesse, che gli acquisti possano avvenire *sic et simpliciter* «in deroga alle disposizioni» del codice dei contratti pubblici. Ancora, si pensi all'art. 72, c. 2, lett. a), d.l. n. 18/2020, ove, in relazione agli interventi utili a sostenere l'internazionalizzazione del sistema Paese, si è prescritto che «i contratti di forniture, lavori e servizi possono essere aggiudicati con la procedura di cui all'articolo 63, c. 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» (ma sul punto si veda *infra* a conclusione del paragrafo). Infine, e da ultimo, si considerino le deroghe previste nei primi otto articoli del d.l. n. 76/2020 e in particolare quella recata dall'art. 2, c. 4.

Quanto alle previsioni contenute nelle ordinanze della protezione civile – ancorché riferite ai soli acquisti disposti dal Capo del Dipartimento

⁴³ Sull'inadempimento del debitore, cfr. diffusamente C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2012, 13 ss.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1, infatti, «[i]n ragione del grave disagio socio economico derivante dall'evento in premessa, detto evento costituisce causa di impossibilità temporanea della prestazione non imputabile al debitore ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 1218 del codice civile».

⁴⁵ Il d.l. n. 9/2020 e il d.l. n. 14/2020 sono stati abrogati dall'art. 1, l. n. 27/2020, ma le disposizioni recate dai richiamati artt. 34 e 12 sono state trasfuse negli artt. 5-*bis* e 5-*quinquies*, d.l. n. 18/2020.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

della protezione civile e dai soggetti attuatori, fatte salve alcune eccezioni – il pensiero corre anzitutto e in particolare alla citata ordinanza n. 630/2020, il cui art. 3, c. 3, ha stabilito deroghe a ben ventinove articoli del codice dei contratti, dei quali se ne fornisce qui una piana elencazione che, sì è modesta sotto il profilo dell'utilità scientifica, ma è comunque efficace al fine di evidenziare la consistenza e il tenore dell'impianto di cui si va trattando: artt. 21, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 52, 60, 61, 63, c. 2, lett. c), 70, 72, 73, 76, 85, 95, 97, 98, 105, 106 e 157, d.lgs. n. 50/2016. Ma non può neppure trascurarsi quanto disposto dall'art. 4 dell'ordinanza della Protezione civile del 25 marzo 2020, n. 655, quello avendo legittimato gli enti locali ad acquistare forniture e servizi «in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara» di cui agli artt. 60, 61, 72, 73 e 74, d.lgs. n. 50/2016.

Ciò posto, considerando una certa diffusa convinzione circa l'inveramento di una sostanziale de-formalizzazione dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni motivata dall'esigenza di affrontare l'emergenza epidemiologica, vi è da comprendere quale sia la reale e legittima estensione delle ricordate deroghe, considerato che la disciplina codicistica del d.lgs. n. 50/2016 deriva dalla (e attua la) dir. 2014/24/UE: in altre parole, una somma emergenza consente di derogare, seppur indirettamente, ad una direttiva comunitaria?

La risposta negativa si impone prendendo le mosse dal disposto dell'art. 117, c. 1, Cost., e dell'art. 25, c. 1, d.lgs. n. 1/2018, laddove il primo, utilmente invocabile in relazione alla decretazione d'urgenza governativa, pone il limite «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario»⁴⁶, e laddove il secondo impone il rispetto «delle norme dell'Unione europea» ai fini dell'adozione delle ordinanze *extra ordinem* della protezione civile, ossia di quelle «da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente»⁴⁷.

⁴⁶ Sovviene la «irrevocabilità della scelta fatta» a cui si riferisce L. Torchia, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1211 ss. – secondo la quale «il processo di integrazione comunitaria ha ormai un saldo e sicuro radicamento costituzionale e non può più essere revocato in dubbio, né può essere ricostruito come una particolare, speciale ed eccezionale applicazione della teoria della separazione fra ordinamento interno ed ordinamento europeo» – nonché «la funzione unificante» del limite dei vincoli comunitari (di cui tratta A. Pajno, *Il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario come limite alla potestà legislativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Ist. fed.*, 2003, 831 s.), ma non solo rispetto all'ordinamento nazionale «altrimenti assai decentrato e autonomistico», ma anche rispetto all'ordinamento europeo delle commesse pubbliche, che potrebbe altrimenti essere inficiato dalle derive autonomistiche dei singoli Stati membri.

⁴⁷ Sul tema delle ordinanze «libere», si veda in particolare G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss., nonché R. Cavallo Perin, *Potere di*

Orbene, poiché il codice dei contratti pubblici italiano deriva da un atto europeo dal valore legislativo che non presenta la cosiddetta struttura «a maglie larghe»⁴⁸ e che quindi pone vincoli non solo di risultato ma anche “di sostanza” – molte delle prescrizioni contenute nella dir. 2014/24/UE (per quanto di quella, nelle more del suo recepimento, ne sia stato escluso il carattere *self-executing*) sono infatti complete e dettagliate⁴⁹ – le deroghe potranno attenersi solo a ciò che è stato previsto *ad abundantiam* dal legislatore nazionale.

D'altronde, proprio con riferimento all'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti in deroga alle direttive e ancora prima della espressa introduzione del limite riferito alle «norme dell'Unione europea», in dottrina si erano detti «superati i dubbi legati all'intrinseca debolezza dello strumento della direttiva, della cui efficacia al fine di contenere la deriva “anticomunitaria” del potere d'ordinanza era lecito dubitare, attesa la sua strutturale inidoneità a spiegare la forza cogente propria delle fonti del diritto»⁵⁰. E lo si è affermato ricordando che il Presidente del Consiglio dei Ministri il 22 ottobre 2004 aveva adottato una direttiva atta ad assicurare il rigoroso rispetto delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, a fronte di una certa tendenza delle istituzioni italiane a derogarle in via contingibile e urgente.

Utilmente si può considerare che in quella direttiva le deroghe sono state articolate in ragione del grado dell'emergenza. Ai sensi dell'art. 3, nelle circostanze «di assoluta imperiosità», è possibile derogare alla normativa sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici (di fornitura e servizi) fintanto che esse non riverberino i propri effetti sulle norme contenute nelle corrispondenti direttive europee⁵¹; nelle ipotesi di «assoluta ecceziona-

ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza, Milano, Giuffrè, 1990 e G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, 90 ss.

⁴⁸ M.R. Saulle, *Direttiva comunitaria*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, 293.

⁴⁹ Cons. St., sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359.

⁵⁰ Cfr. A. Cardone, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, n. 11, 10 s. Dello stesso Autore si veda *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011.

⁵¹ Così pare dover essere spiegato l'art. 3 della direttiva del 22 ottobre 2004 laddove prescrive che «[n]el caso di ricorrenza di situazioni di urgenza e di necessità aventi carattere di assoluta imperiosità, le ordinanze di protezione civile previste dall'art. 5, comma 2, della legge n. 225/1992 potranno prevedere la deroga alle disposizioni della legge nazionale nella materia degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario di cui in premessa, nel rispetto, comunque, delle norme contenute nelle pertinenti direttive comunitarie».

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

lità dell'emergenza», invece, è consentito l'affidamento diretto del contratto, salvo che non sussistano alternative praticabili (art. 4).

E ciò è determinante perché dà ulteriore conferma alla chiave interpretativa che si è prospettata: le recenti deroghe previste dalla decretazione d'urgenza governativa e dalle ordinanze della protezione civile possono dirsi legittime, ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., e dell'art. 25, d.lgs. n. 1/2018, se non impattano su previsioni già contenute nella dir. 2014/24/UE⁵².

Il ricordato caso della deroga al c. 6 dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, è un chiaro esempio di come operi il limite delle «norme dell'Unione europea», giacché quella deroga è legittima proprio perché riguarda una previsione totalmente domestica, cioè non derivante da una disposizione europea⁵³.

Nondimeno ed in modo ancor più emblematico, il presidio della normativa europea è particolarmente evidente nel disposto dell'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020. Si ricorderà quanto si è detto poc'anzi circa la deroga *omnibus* «ad ogni disposizione di legge» valevole per i casi di ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando (*supra* par. 2.2.). Ebbene, quella deroga recata dall'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020, ha uno spettro applicativo in realtà ben più esteso, essendo valevole per tutti i contratti (si perdonerà la lunga citazione) «nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche,

⁵² In tal senso deve quindi essere interpretato il limite «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» prescritto dall'art. 3 dell'ordinanza n. 630/2020 con una variazione lessicale irrilevante rispetto a quanto previsto dall'art. 25, d.lgs. n. 1/2018; e, in questo modo, diviene ancor più irrilevante l'omesso richiamo ai limiti derivanti dalla normativa europea nella deliberazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020.

⁵³ Allo stesso modo può essere letto il disposto dell'art. 18, c. 2, lett. a) e b), d.l. n. 9/2020 (poi trasposto nell'art. 87-*bis*, d.l. n. 18/2020, così come modificato dalla legge di conversione n. 27/2020), ove è previsto che – a fronte dell'incremento sino al 50% dei quantitativi massimi delle vigenti convenzioni-quadro di Consip s.p.a. e qualora l'aggiudicatario della convenzione receda in ragione dell'incremento o laddove gli incrementi dei quantitativi non siano sufficienti a fronteggiare l'emergenza – Consip s.p.a. possa svolgere procedure *in urgenza ex* art. 63, d.lgs. n. 50/2016: a) per la stipula di convenzioni ulteriori interpellando progressivamente gli operatori che avevano già presentato un'offerta valida nella procedura relativa alla convenzione in essere; b) per la stipula di convenzioni-quadro o accordi-quadro selezionando, tra gli operatori economici ammessi nella pertinente categoria del sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55, c. 14, d.lgs. n. 50/2016, almeno *tre* imprese – quindi non cinque, come invece prescritto dall'art. 63, d.lgs. n. 50/2016 – se sussistono in tale numero soggetti idonei. Anche l'art. 75, d.l. n. 18/2020, prevede una riduzione (da cinque a *quattro*) degli operatori economici da selezionare al fine dello svolgimento di procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando in urgenza, ma prescrivendo altresì che almeno un operatore debba essere una start-up innovativa o una PMI-innovativa.

ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 – 2021 e relativi aggiornamenti, nonché gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi»: per tutti questi contratti, fermi i ricordati limiti posti dalla legge penale, dal codice antimafia, dai principi dell'art. 30, d.lgs. n. 50/2016, e dalle disposizioni sul subappalto, il *referente ultimo*, così come sancito dall'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020, sarà proprio la dir. 2014/24/Ue.

Ad ogni modo, la conclusione di cui sopra non è di poco conto perché se è vero che a fronte di direttive dal contenuto estremamente particolareggiato «al legislatore non rest[a] da fare altro se non procedere alla sua integrale recezione»⁵⁴, è bene evidenziare che non poche delle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 50/2016 presentano, al netto di singolari deviazioni, alcune assolute coincidenze, nella forma e nella sostanza, con quanto contenuto nella dir. 2014/24/Ue. In particolare, se per alcune di esse può valere la proposta scissione tra le disposizioni “*ad abundantiam*” inserite nel codice dei contratti e quelle “di base” contenute nella direttiva appalti, in altri casi sussistono vere e proprie sovrapposizioni, con la conseguenza che lì le deroghe alle norme del d.lgs. n. 50/2016 si risolverebbero necessariamente in altrettante deroghe (sicuramente illegittime) alla disciplina europea. Solo per fare un esempio, si pensi alla assimilazione tra il disposto degli artt. 27 e 28, dir. 2014/24/Ue, e quanto recato dagli artt. 60 e 61, d.lgs. n. 50/2016, che ciononostante l'ordinanza n. 630/2020 ha ritenuto derogabili⁵⁵: un dato, questo, che insinua qualche incertezza circa il grado di consapevolezza della Protezione Civile sull'effettività del limite, da essa stessa richiamato, «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario».

Di non piena coscienza della precettività di quel limite può peraltro discorrersi anche in relazione ad un'altra delle disposizioni in deroga sopra richiamate.

Si fa riferimento all'art. 72, c. 2, lett. a), d.l. n. 18/2020, laddove si è previsto che gli interventi lì prescritti e utili a sostenere l'internazionalizzazione del sistema Paese possano essere aggiudicati «con la procedura di cui all'articolo 63, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

Ebbene, se non si vuole ritenere che si tratti di una disposizione inutile – perché quella procedura può essere pacificamente impiegata al ricorrere

⁵⁴ M.R. Saulle, *Direttiva comunitaria*, cit., 293.

⁵⁵ L'unica differenza sta nel fatto che per le procedure ristrette l'art. 28, dir. 2014/24/Ue, al par. 5 prevede la possibilità di ridurre il termine di ricezione delle offerte quando l'amministrazione aggiudicatrice accetta la presentazione per via elettronica delle offerte medesime.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

delle circostanze di cui all'art. 63, c. 2, 3, 4, e 5, d.lgs. n. 50/2016 – si dovrebbe ammettere che il governo abbia così stabilito una ipotesi *ulteriore* di ricorso alle procedure negoziate senza la previa pubblicazione del bando, da impiegarsi fino all'esaurimento del Fondo per la promozione integrata. E si badi, se il suddetto Fondo ha una dotazione «iniziale» ciò significa che la sua capienza potrà essere aumentata, con la conseguenza che l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando potrebbe assumere un certo carattere di stabilità al di là dello stato di urgenza. Ma una siffatta previsione sarebbe certamente incostituzionale per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., tenuto conto che le ipotesi di legittimazione prescritte dall'art. 32, dir. 2014/24/UE, per l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, sono considerate tassative dall'art. 26, par. 6, dir. 2014/24/UE⁵⁶.

Si considerino poi le luci ed ombre del d.l. n. 76/2020. *Nulla quaestio* in relazione al citato art. 2, c. 4, perché lì le deroghe alla disciplina dell'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, sono prescritte nei limiti della conformità alla dir. 2014/24/UE (*supra* par. 2.2.). Qualche dubbio permane, invece, in relazione all'art. 2, c. 2, laddove è previsto che negli appalti sopra-soglia, salvo il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, le stazioni appaltanti procedono mediante il ricorso alle procedure aperte e ristrette o, previa motivazione, tramite l'impiego di quelle competitive con negoziazione.

Un primo interrogativo circa la compatibilità con la dir. 2014/24/UE (e verrebbe da dirsi, con l'esigenza di semplificare gli adempimenti) si pone in relazione alla previsione – *rectius* introduzione, giacché innovativa rispetto a quanto disposto dall'art. 62, d.lgs. n. 50/2016⁵⁷ – dell'obbligo di motivare

⁵⁶ Si consideri poi che la C. giust. Ue, sez. III, 10 dicembre 2009, C-299/08, *Commissione c. Repubblica francese*, aveva già avuto modo di escludere il potere degli Stati membri di prevedere procedure «diverse» da quelle elencate dalle direttive; e, a leggersi la sentenza, la diversità non pare riferibile solo al *tipo* di procedura, ma anche alle circostanze tipizzate dal legislatore europeo. Vero è infatti che la Corte di giustizia al pt. 33 stabilisce che «gli Stati membri, nel contesto delle disposizioni comuni attualmente in vigore, non hanno più la discrezionalità di adottare procedure di aggiudicazione diverse da quelle elencate nella direttiva 2004/18», ma non si deve trascurare quanto affermato al pt. 29, ovvero che «ai sensi di detto art. 28, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad aggiudicare i loro appalti pubblici facendo ricorso [...] vuoi ancora, nelle circostanze specifiche espressamente elencate agli artt. 30 e 31 della medesima direttiva, ad una procedura negoziata», così ponendo l'accento sulla tassatività delle ipotesi legittimanti il ricorso alla procedura in parola.

⁵⁷ *Contra*, D. Senzani, *L'evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. La selezione delle offerte*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2019, 413.

il ricorso alla procedura competitiva, quello non essendo prescritto dalla direttiva.

Ben più cruciale e problematica è però l'elencazione delle procedure a cui fare ricorso per l'affidamento degli appalti sopra-soglia. Affinché la disposizione non risulti pleonastica, il suo contenuto pare, infatti, potersi leggere al negativo: stante l'esplicitazione delle sole procedure aperte, ristrette, competitive con negoziazione e negoziate senza previa pubblicazione del bando, le stazioni appaltanti non possono impiegare il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione. A giustificazione della norma si interfacerebbero evidenti ragioni di semplificazione e di accelerazione procedimentale; ciononostante, considerata la tassatività dell'elencazione delle procedure contenuta nella direttiva, sulla legittimità di quella (sostanziale, ancorché temporanea) soppressione permane più di qualche dubbio⁵⁸.

Al netto di quanto da ultimo rilevato, il metodo (iper)derogatorio assunto per affrontare l'emergenza dà conferma di un dato e ne fa riemergere un altro.

Si conferma che il codice italiano dei contratti pubblici necessita di una marcata semplificazione per consentire alle amministrazioni pubbliche di acquisire servizi, forniture e lavori nei tempi imposti dalle urgenze: se così non fosse, non si spiegherebbe né la copiosità né l'incisività delle deroghe.

Ciò che riemerge, invece, è che la semplificazione ancora una volta è stata risolta (e va risolta) nel senso sopra esposto: disapplicazione di tutte le (o di una consistente parte delle) previsioni domestiche che non derivano dalla dir. 2014/24/UE e pressoché piena e diretta applicazione di quest'ultima. Il che dà ulteriore conferma dell'affermazione della Commissione europea circa la sufficienza e l'adeguatezza del quadro normativo europeo.

Peraltro, per chiudere sul punto, si può gettare un ponte fra passato e presente. Nella direttiva del 22 ottobre 2004 del Presidente del Consiglio, per i casi di «assoluta eccezionalità» delle emergenze che pongono un «grave rischio di compromissione dell'integrità della vita umana», il «rimedio ultimo» previsto è quello dell'*affidamento diretto*. Il dato è peculiare perché per fronteggiare le situazioni più urgenti nell'emergenza da Covid-19 – che sulla «integrità della vita umana» ha dolorosamente inciso – la Commissione europea ha suggerito (affermandone la sufficienza) l'uso della procedura

⁵⁸ A cercarsi un'interpretazione compatibile con il quadro normativo europeo, allora, si deve ritenere che l'elencazione delle procedure contenuta nell'art. 2.2. vada letta assieme al richiamo fatto alle previsioni sulla riduzione dei termini procedurali (*supra* par. 2.1.), a cui per l'appunto non soggiacciono nell'articolazione codicistica né il dialogo competitivo né il partenariato per l'innovazione.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

negoziata senza previa pubblicazione del bando, che, per l'appunto, «può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna»⁵⁹. A costo di ripetersi, si noterà che la deroga (pressoché) *omnibus* all'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, è andata proprio in questa direzione.

3. Annotazioni minime sulle procedure in “somma urgenza” nei contratti sotto-soglia

La qualificazione della concorrenza quale “principio” dell'attività negoziale della pubblica amministrazione ne impone, ai sensi dell'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 50/2016, la sua applicazione anche nei contratti sotto-soglia⁶⁰. Il che peraltro avviene con un peculiare fraintendimento generato dalla previsione di un altro principio – qual è quello di rotazione – che, se nell'ottica del Consiglio di Stato «assicura la piena concorrenza»⁶¹, nella prospettiva assunta dai TAR (specialmente dal TAR Veneto) alla concorrenza al contrario si oppone⁶²: un dato, questo, che può fornire ulteriori evidenze circa la possibilità di intendere la concorrenza quale risultante in concreto delle scelte pre-negoziali assunte dal committente pubblico.

Ciononostante, rispetto a quanto si è detto in relazione ai contemperamenti che il principio di concorrenza ha imposto nelle procedure sopra-soglia (specialmente in quelle d'urgenza), con riguardo ai contratti sotto-soglia il discorso apparirà ben più agile.

In primo luogo, perché il recente d.l. n. 76/2020 ha nei fatti compreso ancora di più le spinte pro-concorrenziali nel settore dei contratti sotto-soglia. Per un arco temporale valevole sino al 31 luglio 2021, l'art. 1, c. 2, infatti, ha rideterminato “al ribasso” tanto i tipi di procedure impiegabili – l'affidamento dei lavori di valore eguale o superiore al milione di euro e fino al

⁵⁹ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione*, 2020/C 108 I/01, cit., 2. L'aggiunta del corsivo è di chi scrive.

⁶⁰ Cioè anche laddove la dir. 2014/24/Ue non spiega i propri effetti e, si badi, al di là del potenziale interesse transfrontaliero della commessa sotto-soglia, che pure comporterebbe l'applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del TFUE (tema, questo, su cui rimangono centrali le affermazioni contenute nella sentenza della C. giust. Ue, sez. IV, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *SECAP SpA e Santorso Soc. coop. arl contro Comune di Torino*).

⁶¹ Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755.

⁶² TAR Veneto, sez. I, 8 luglio 2019, n. 815 e Id. 9 febbraio 2018, n. 146. Quest'ultima pronuncia, peraltro, è stata correttamente evidenziata e commentata da K. Kurcani, *La rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia: un principio dai confini incerti*, in questa *Rivista*, 2019, 357.

raggiungimento della soglia comunitaria avviene non più per il tramite di procedure aperte ma a mezzo di quelle negoziate senza pubblicazione del bando – quanto il numero di operatori da sottoporre a previa consultazione⁶³.

In secondo luogo, perché, il codice dei contratti pubblici all'art. 163 ha previsto una procedura per la «somma urgenza» che – per quanto atta a contrastare quel «rischio di infiltrazioni criminali» palesatosi nella vigenza di una disciplina in passato «affidata per intero a procedure atipiche determinate di volta in volta in deroga alla normativa generale con le ordinanze della protezione civile»⁶⁴ – è chiaramente liberata dalle implicazioni della massima partecipazione: si è dinanzi, infatti, ad un affidamento diretto con esecuzione altrettanto diretta della prestazione contrattuale⁶⁵.

Sebbene, quindi, la disposizione non dia adito a particolari riserve sul piano dell'efficienza in astratto – si è detto, infatti, che nell'art. 163 è stato fissato un equo bilanciamento tra la «puntualità» degli atti procedimentali e la loro necessaria «elasticità»⁶⁶ – per poterne affermare con sicurezza la praticità rispetto ad un generico quadro emergenziale, è bene provare a sciogliere alcune perplessità che discendono da una non ottimale tecnica legislativa.

In primo luogo, è bene ribadire che l'ambito applicativo dell'art. 163 è quello delle sole acquisizioni sotto-soglia; ciò va chiarito perché almeno tre fattori potrebbero portare a credere che la procedura in parola sia riferibile anche agli appalti sopra-soglia.

A quella errata conclusione potrebbero indurre: *i*) un certo abuso della espressione «progressione di eccezionalità», elaborata dal Consiglio di Stato⁶⁷ per descrivere il rapporto fra l'art. 163 e l'art. 63, c. 2, lett. *c*), tenuto conto che l'art. 63 è procedura *anzitutto* prevista per i sopra-soglia; *ii*) il c. 10, che impone di motivare il ricorso all'affidamento diretto in luogo delle «procedure ordinarie», considerato che quella formula è normalmente riferita alle procedure dei sopra-soglia (così proprio all'art. 36, c. 2, d.lgs. n. 50/2016);

⁶³ In deroga all'art. 36, d.lgs. n. 50/2016, l'affidamento diretto senza previa consultazione degli operatori economici è stato esteso alla soglia di euro 150.000 per i lavori e alle soglie di rilevanza comunitaria per i servizi e le forniture. Per le altre soglie, invece, è stata in sostanza prevista una riduzione di cinque unità per ogni fascia di importo.

⁶⁴ A. Cianflone, G. Giovannini e V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, II, Milano, Giuffrè, 2018, 295.

⁶⁵ E. Trenti, *Art. 163. Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di G. Iudica e A. Carullo, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 1248 s.

⁶⁶ A. Cianflone, G. Giovannini e V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1659.

⁶⁷ Così nel citato parere del 1° aprile 2016, n. 855 (p. 162).

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

iii) il c. 1, laddove il limite dei lavori in somma urgenza è fissato dapprima nell'ammontare di 200.000 euro e poi, con formula elastica, di «quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità».

Per togliere ogni dubbio in merito, al di là di quanto si è detto circa la tassatività delle procedure previste dalla dir. 2014/24/UE (*supra* par. 2.3.), si deve in realtà scorrere lo stesso art. 163 e giungere fino al c. 8, ove è stabilito che tutti gli affidamenti di somma urgenza devono permanere sotto la soglia di rilevanza europea.

Vi è poi un'ulteriore incertezza strettamente connessa a quanto si è appena annotato.

L'affidamento diretto con esecuzione diretta della prestazione ai sensi dell'art. 163 può riguardare, ai sensi del c. 1, sia *atipiche* situazioni di somma urgenza sia, ai sensi del c. 6, le *tipiche* circostanze emergenziali di cui all'art. 7, d.lgs. n. 1/2018, e in quest'ultimo caso, l'affidamento può essere disposto non solo per i lavori ma anche per forniture e servizi. Dal tenore dell'art. 163, fermo il limite della soglia comunitaria, tanto per le emergenze *atipiche* quanto per quelle *tipiche*, gli affidamenti possono essere disposti per valori non superiori ai 200.000 euro o comunque a quanto reso «indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità». Sennonché anche al c. 8 è prescritta la possibilità di superare i limiti di cui al c. 1: *repetita iuvant?*

Poiché il c. 8 fa riferimento ai limiti massimali di importo stabiliti dalle ordinanze della protezione civile di cui all'art. 25, c. 2, d.lgs. n. 1/2018; poiché quelle ordinanze possono essere emanate a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, che è adottata laddove ricorra la sola ipotesi di cui alla lett. c) del richiamato art. 7, d.lgs. n. 1/2018; ciò significa che l'ambito oggettivo di applicazione della facoltà accordata dal c. 8 è al tempo stesso più ristretto e più ampio di quello di cui al c. 1: più ristretto, perché può riguardare solo le «circostanze di somma urgenza nello stato di emergenza» individuate nelle ordinanze della protezione civile e non già anche le ipotesi atipiche e quelle tipiche di cui alle lett. a) e b) dell'art. 7, d.lgs. n. 1/2018; più ampio perché, nel c. 1, la possibilità di estendere il valore dell'affidamento diretto oltre i 200.000 euro è riferita al «solo» caso in cui vi sia uno «stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità» (con la conseguenza che si può immaginare che il c. 8 abbia lasciato una porta aperta ai «grandi eventi»⁶⁸).

⁶⁸ In passato, con l'art. 5-*bis*, d.l. 7 settembre 2001, n. 343, convertito con modificazioni dalla l. 9 novembre 2001, n. 401, i poteri di ordinanza di cui all'art. 5, l. 24 febbraio 1992, n. 225, erano stati estesi anche ai «grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento

Infine, deve essere posta l'attenzione sul c. 7 dell'art. 163, ove si prevede che qualora le amministrazioni accertino che l'affidamento sia stato disposto a favore di un operatore privo dei requisiti di partecipazione, esse «recedono» dal contratto, segnalando alle competenti autorità i casi di falsità o mendacio delle autocertificazioni.

Il dato è singolare perché, per le vicende che coinvolgono l'appaltatore e che siano in vario modo connesse alla fase di scelta del contraente – si pensi all'ipotesi in cui «nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci» (art. 108) – il codice dei contratti pubblici prescrive di regola la risoluzione del contratto. E ciò che rileva è che la risoluzione dell'art. 108 è meno onerosa del recesso di cui all'art. 163, perché se a fronte della prima «l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti», in caso di recesso è previsto anche «il rimborso delle spese eventualmente già sostenute per l'esecuzione della parte rimanente»: un dato questo che comporta un certo stupore, considerando che gli appalti in urgenza sono mercato fertile per i fenomeni di malaffare⁶⁹.

Rispetto al quadro che precede e che lascia permanere quantomeno qualche dubbio circa la proficuità di un assetto regolatorio complicato da una disposizione non sempre chiara, rimane soltanto da evidenziare che, nell'ambito dell'emergenza da Covid-19, l'art. 163, d.lgs. n. 50/2016, è stato oggetto di alcune deroghe da parte della protezione civile (trattandosi di procedura sotto-soglia non ricorre peraltro il problema dei limiti posti dal rispetto delle norme europee, *supra* par. 2.3.). Il c. 3 dell'art. 3 dell'ordinanza n. 630/2020, infatti, ha previsto la possibilità di derogare ai termini per la redazione della perizia giustificativa – compito da assolversi di regola entro dieci giorni dall'avvio dell'esecuzione – e a quelli per il controllo dei requisiti di partecipazione, da espletarsi normalmente entro sessanta giorni dall'affidamento.

Come è evidente, si tratta di deroghe minori: il che, se si vuole, può giustificare *a fortiori* l'impressione di una certa sufficienza della regolazione della somma urgenza nei contratti sotto-soglia.

della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza».

⁶⁹ Di recente, l'ANAC ha rilevato «che in molti casi le stazioni appaltanti [...] ricorrono alle procedure di cui all'art. 163 in maniera impropria, non rispettosa dei principi posti dalla norma per l'individuazione dei lavori definiti “di somma urgenza”» (*Relazione annuale 2018*, Roma, Camera dei Deputati, 6 giugno 2019, 171).

4. Una chiosa conclusiva: alcune coordinate per il futuro della contrattazione pubblica

Quanto si è detto finora consente di giungere a due conclusioni.

Anzitutto, vi è un chiaro scollamento fra l'essere della contrattazione pubblica nell'emergenza (inteso come corpo scevro dai temperamenti delle ordinanze e della decretazione d'urgenza) e il suo dover essere; e quello scollamento è chiaramente evidenziato dall'appiattimento – mutato nell'estensione ma comunque rilevantissimo (cfr. art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020, *supra* par. 2.3.) – della normativa nazionale su quella europea.

In secondo luogo, rispetto alla possibilità di soddisfare il fine pubblico nel contesto emergenziale, può essere rilevata una decisa incoerenza tra la capacità satisfattiva della disciplina dei contratti di somma urgenza nell'ambito degli acquisti sotto-soglia e l'inadeguatezza della iper-regolamentazione nei sopra-soglia: e questo è un dato bizzarro, perché il risultato concreto della commessa pubblica (*id est*, la realizzazione del lavoro e la fornitura del bene o del servizio) non dovrebbe mutare in ragione del valore dell'appalto.

Si tratta di un esito allineato con ciò che la svestizione della vicenda contrattuale nell'emergenza ha rivelato, ovvero la persistenza di un valore finalistico – quello concorrenziale e, così, quello della massima partecipazione – che ha aggravato le discipline e, per così dire, “dirottato” il risultato della commessa pubblica; ma si tratta anche di una naturale, per quanto infelice, conseguenza di una certa concezione finalizzante dell'anticorruzione.

Avvinte, come in un circolo vizioso, da reciproche interdipendenze, concorrenza e anticorruzione, rispettivamente, da interesse (anzitutto) privato strumentale alla miglior realizzazione dell'interesse pubblico e da limite in negativo dell'azione amministrativa, sono divenute fini ulteriori della disciplina dei contratti pubblici e, quindi, secondo il principio di legalità-indirizzo, limiti in positivo (ovvero, fini) della contrattazione medesima⁷⁰. Non che ciò rappresenti un problema in sé; semmai, problematica è l'assolutizzazione del loro valore⁷¹, così come problematico è l'offuscamento

⁷⁰ Ed è così che il danno erariale derivante da eventi corruttivi negli affidamenti pubblici è stato espressamente qualificato come «danno alla concorrenza» dalla C. conti, sez. Campania, 5 settembre 2017, n. 321.

⁷¹ Condivisibilmente M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., 741, esclude che il «valore della concorrenza» possa assurgere a «valore supremo, come spesso si tende a dire».

del risultato finale (dell'interesse pubblico in concreto⁷²) a cui la commessa deve guardare⁷³.

Ad ogni modo e per quanto si è detto, possono essere immaginate due coordinate assolutamente generali entro le quali agire per ripensare il sistema.

In primo luogo, si dovrà responsabilmente riconsiderare ciò che è fine e ciò che è solo strumento per la (e della) contrattazione pubblica⁷⁴.

In quest'ottica pare potersi calare la discussione che si è radicata sulla proposta di ampliare temporaneamente la tutela risarcitoria negli appalti pubblici⁷⁵. Se non si va errando, infatti, il presupposto più o meno implicito di quella mozione poteva spiegarsi in considerazione del fatto che il risarcimento avrebbe potuto rappresentare una misura idonea per rimediare alle distonie che avessero riverberato i loro effetti in modo pressoché esclusivo sugli interessi degli operatori economici e che non avessero inficiato direttamente il *risultato minimo* del contratto voluto dalla legge o il *risultato concreto* perseguito dall'amministrazione nel contesto emergenziale.

Come è noto, la reazione di una parte autorevole della dottrina è stata vigorosa, quella avendo temuto non tanto la privazione del potere del giudice amministrativo di pronunciare l'inefficacia del contratto (secondo il

⁷² Su cui, anche per la bibliografia lì contenuta, sia qui sufficiente il rinvio alla compiuta spiegazione offerta da G.D. Comperti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, 56-64: «[e]ntro la dispersione dei pubblici poteri non è più rinvenibile quella entità soggettiva capace di definire in modo assoluto ed arelazionale la dimensione e consistenza concreta dell'interesse ricevuto in cura. L'attuale contesto di complessità sociale non consente una individuazione astratta ed aprioristica dei singoli interessi pubblici. Gli stessi proprio in virtù della dinamicità che ripetono dalla base sociale, non si prestano essere predefiniti ed inquadrati entro date relazioni organizzative ma solo ad essere confrontati per ricevere a seguito di tale confronto dialettico, la dimensione e la collocazione reciproca» (63).

⁷³ Come di recente affermato da F. Cintioli, *Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere*, cit., «[c]erto, la concorrenza è importante e proviene dall'UE. Però non avremmo dovuto dimenticare così in fretta quanto importante fosse pure l'interesse dell'amministrazione e di noi tutti a che gli appalti fossero fatti. Mi pare, poi, non ci si liberi dall'altro equivoco: le norme per affidare ed eseguire l'appalto non servono (e non devono servire) a prevenire la corruzione».

⁷⁴ R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit., 34, correttamente auspica che «il codice possa segnare l'inizio di una nuova etica in un settore in cui la posta in gioco non è solo la "concorrenza" ma anche, e prima, i diritti fondamentali delle persone».

⁷⁵ G. della Cananea, M. Dugato, A. Police e M. Renna, *Semplificare la disciplina degli appalti si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 2 aprile 2020, nonché, F. Cintioli, *Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere*, cit.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

modello recato dall'art. 125, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), quanto piuttosto la sospensione del potere di annullare gli atti illegittimi⁷⁶.

La vicenda ha avuto una risoluzione normativa per così dire mediana (art. 4, c. 2 e 3, d.l. n. 76/2020): applicazione per intero dell'art. 125 nei casi di impugnazione degli atti relativi alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando indette ex art. 2, c. 3, d.l. n. 76/2020; estensione della "sola" disciplina recata dall'art. 125, c. 2, e quindi valorizzazione del «preminente» interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, in sede di pronuncia e di accoglimento del cautelare relativo alle procedure bandite ai sensi degli artt. 1 e 2, c. 2, d.l. n. 76/2020.

L'esito normativo, peraltro, consente di evidenziare con maggiore serenità che i timori della dottrina, per quanto fondati su saldi presupposti teorici, sono incorsi, se non si va errando, in una incomprensione data dal fatto che nell'art. 125 ad essere escluso non è l'annullamento ma l'effetto conseguente, ovvero la caducazione del contratto. La replica a questa osservazione pare peraltro certa: nell'art. 125, l'annullamento in fondo null'altro sarebbe che una *fictio iuris* . La sintesi qui richiesta non consente di andare oltre ad una brevissima controreplica che si risolve nel ricordare la tesi di chi ha affermato che la tutela giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost. non implica «sempre necessariamente la possibilità di ottenere l'annullamento» degli atti illegittimi⁷⁷.

⁷⁶ G. Corso, F. Francario, G. Greco, M.A. Sandulli e A. Travi, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in federalismi.it, 15 aprile 2020.

⁷⁷ D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, 97 s. e E. Cannada-Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964. Così anche G. Morbidelli nell'intervento al *webinar AIPDA, I poteri del GA nel post emergenza COVID-19*, del 29 aprile 2020. A volersi cercare qualche conferma sul piano dell'ordinamento positivo, basti ricordare, in maniera forse meno determinante, le vicissitudini della oramai superata pregiudizialità amministrativa (F. Cortese, *Autonomia dell'azione di condanna e termine di decadenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 662 ss. e, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo recato dal d.lgs. n. 104/2010, Id., *La questione della "pregiudizialità amministrativa"*. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale, Padova, Cedam, 2007; per una lettura critica dell'art. 30, d.lgs. n. 104/2010, si veda in particolare il ricco e centrale contributo di G.D. Comperti, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, spec. 547 ss., per il quale si sarebbe dinanzi soltanto ad una pregiudizialità «mascherata») e in modo più decisivo il tema della non annullabilità degli atti illegittimi posto dall'art. 21-*octies*, c. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241 (come afferma M. Allena, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 151, «appare verosimile che i vizi formali o procedurali, che sono diventati insufficienti a determinare l'annullabilità del

Ciò posto, in secondo luogo vi sarà poi l'esigenza di una seria e non autoreferenziale riflessione sul divieto di *gold plating* e sulla legittimità dei discostamenti dalle direttive europee. A tal fine, non si deve dimenticare che una «scelta culturale di fondo» del legislatore nazionale, come da alcuni sollecitata⁷⁸, forse non serve, non solo perché rischierebbe di reimmettere valori e fini discordanti rispetto all'articolato della dir. 2014/24/UE – così implicando, di necessità, una persistente diversificazione e recrudescenza della disciplina nazionale – ma anche perché quella scelta è già recata dalla stessa dir. 2014/24/UE e dai vincoli di risultato che quella pone, fra cui per l'appunto quello della semplificazione procedimentale, che è forse il meno esplicito ma che ora è di sicuro reso manifesto dalla affermata sufficienza di quel quadro normativo rispetto all'emergenza pandemica⁷⁹.

La disapplicazione del (o di parti del) codice appalti italiano che si è registrata nella normazione della prima fase dell'emergenza, e che in realtà ha implicato *medio tempore* l'applicazione della (o di parti della) dir. 2014/24/UE, ha costituito e costituirà per le istituzioni un'occasione per riflettere attorno all'utilità dei consolidati e stratificati aggravamenti introdotti dalla legislazione domestica⁸⁰.

provvedimento cui accedono, continuino comunque a connotare lo stesso in termini di illegittimità. Sicché, sembra logico, il privato leso da un provvedimento viziato solo da un punto di vista formale non potrà ottenere l'annullamento dello stesso ma dovrà comunque essere in qualche misura risarcito per il danno subito»; ma sul punto si veda anche M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 673 s., il quale afferma la legittimità dei provvedimenti contemplati dall'art. 21-*octies*).

⁷⁸ A. Giannelli, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: cronaca di una rivoluzione (solo) annunciata*, cit., 417.

⁷⁹ Sia consentito ricordare il richiamo fatto a Grant Gilmore da A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2016, 74: «poiché il presupposto del cambiamento è costituito da una disciplina ridotta e semplificata, sembra opportuno ricordare ai giuristi le parole di Grant Gilmore: “in heaven there will be no law”, ma “in hell there will be nothing, but law and due process will be meticulously observed”».

⁸⁰ Auspicando che si possa finalmente giungere a quell'«assetto stabile» di cui però (avvedutamente) dubita M.P. Chiti, *Il decreto “sblocca cantieri”: ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 719. Il rinvio è doveroso perché consente di affermare, con le parole dell'Autore, il dato della dimensione tutta domestica del problema: «[i]l confronto con il diritto EU evidenzia comunque una circostanza significativa: i problemi di assetto della disciplina dei contratti pubblici derivano principalmente non dalla mutevolezza del parametro normativo comunitario, ma dalle difficoltà nazionali connesse al tipo di organizzazione delle amministrazioni coinvolte, alla loro funzionalità, al sistema dei controlli e delle responsabilità, alla fragilità del decisore a fronte degli interessi di settore, anche quando trattasi di micro interessi».

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

Le recentissime disposizioni recate dal d.l. n. 76/2020 potrebbero allora essere guardate come un primo banco di prova per il legislatore e per la riforma del codice dei contratti pubblici. È bene avvertire che, benché le previsioni su cui ci si è soffermati nel corso dello scritto non rendano pienamente conto della consistenza dell'intervento normativo, non serve qui indugiare sui singoli discostamenti rimasti finora sottaciuti; piuttosto, è conveniente rilevare un dato formale che, pur nella sua genericità (si direbbe, semplicità), è forse più utile.

A margine di un sistematico (sebbene perfettibile e comunque temporaneo) impianto in deroga alla componente più intimamente procedurale (cfr. i citati artt. 1 e 2) – che peraltro e soprattutto ha dato conferma di un parziale ritorno alla dir. 2014/24/UE – nel d.l. n. 76/2020 è possibile in realtà rilevare anche un “secondo” corpo normativo costituito da un insieme eterogeneo di deroghe che attraversano tutta la vicenda contrattuale – dalla programmazione (art. 8, c. 1, lett. *d*), ai requisiti di partecipazione generali e speciali (art. 8, c. 5, lett. *b*) e *c*), agli aspetti patologici e organizzativi della fase esecutiva (artt. 5 e 6), etc. – e che ripresentano parte delle criticità (quali la parzialità e la disorganicità) già rilevate in relazione ad altri interventi a cui il codice è stato assoggettato⁸¹. Ebbene, quelle criticità possono sì essere giustificate alla luce della precarietà della normativa – perché tendenzialmente circoscritta alla contingenza attuale e contenuta negli effetti sino al 31 luglio 2021 – ma con la consapevolezza che anche la precarietà (e quindi la volontà di non riformare in modo risolutivo né lo straordinario né tantomeno l'ordinario) è essa stessa un limite.

Per quanto si è detto, allora, la temporalità e la disorganicità della normativa che si è susseguita nel mutare dell'emergenza non consentono di trarre anticipazioni certe sul percorso di riforma che sarà intrapreso nella materia degli appalti pubblici.

Il ritorno alla dir. 2014/24/UE, da un lato, e, dall'altro lato, la contrazione dell'assolutizzazione del binomio concorrenza-massima partecipazione (in un quadro di ricomposizione con le esigenze poste dall'interesse finale perseguito dalle stazioni appaltanti) ad ora sono esiti propri della sola fase emergenziale. Ciononostante, la disciplina dello “straordinario” non potrà non riverberare effetti anche sulla disciplina dell’“ordinario”⁸²,

⁸¹ A. Sandulli, *Il codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*, in questa *Rivista*, 2019, 969. Sull'instabilità della normativa nella materia considerata, cfr. anche il recente contributo di G. Taglianetti, *La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 155 ss.

⁸² Si veda il “Rapporto Colao”, *Iniziative per il rilancio “Italia 2020-2022”*, presentato dal Comitato di esperti in materia economica e sociale (istituito con d.P.C. del 10 aprile

se non altro perché è lì che si pongono le precondizioni per la resilienza di un sistema.

Il convitato di pietra nel riorientamento verso la dir. 2014/24/UE è (e sarà) peraltro il più o il meno di discrezionalità da riconoscere in capo alle stazioni appaltanti. La scelta parrebbe essere obbligata, perché per realizzare la semplificazione, lo strumento prescelto dalla dir. 2014/24/UE è, infatti, proprio quello della discrezionalità⁸³.

Eppure, in dottrina il consenso sulla coppia semplificazione-discrezionalità non è sicuramente unanime.

Di ciò se ne ha recente evidenza nella reazione avversa alla proposta del Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi di aumentare i margini di discrezionalità al fine di garantire un'efficace ripresa⁸⁴: la discrezionalità, si è detto, rappresenta «il principale problema» delle gare ad evidenza pubblica e comunque di essa (figurarsi, poi, di un suo *surplus*) il funzionario non si servirebbe, privo com'è della «serenità» e dell'«ardimento» altrimenti necessari⁸⁵. Al più, si è aggiunto, il potere discrezionale andrebbe confinato

2020), ove si propone una totale revisione del codice dei contratti pubblici «da sostituire con uno nuovo (ispirato, tendenzialmente, al principio del *copy out* delle Direttive, quantomeno per le infrastrutture)» (così L. Donato, *Le proposte per il settore degli appalti pubblici nel "Rapporto Colao" (Iniziativa per il rilancio "Italia 2020-2022")*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 9, 4; nello stesso fascicolo, sul "Rapporto Colao" si veda anche il commento di G. Rossi, *Prime osservazioni al "Rapporto Colao": pregi e limiti*).

⁸³ G. Marchianò, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 14. Cfr. S. Torricelli, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, cit., 971-972, per il quale «il tema della discrezionalità deve [sì] essere tenuto distinto da quello della semplificazione della gara», ma solo perché la semplificazione «non impatta sul fatto che, per la parte residua, l'amministrazione possa o debba operare esercitando poteri discrezionali». Sul punto, si veda anche F. Manganaro e M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. app.*, 2019, 301 ss., ove si afferma che, nell'avvicinarsi delle stagioni di riforma, si «palesa il difficile contemperamento tra istanze tra loro talvolta confliggenti: il livello "ottimale" di regolazione richiesto dalle fonti europee, la riduzione delle regole in chiave di semplificazione e la maggiore discrezionalità che inevitabilmente ne deriva in capo all'amministrazione».

⁸⁴ Così nella citata intervista rilasciata da F. Patroni Griffi a G. Bianconi, *Patroni Griffi: la ripresa? Necessarie leggi più chiare ma attenti alla corruzione*, cit.

⁸⁵ G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, in *federalismi.it*, 5 maggio 2020, 7, il quale, peraltro, preferendo meccanismi vincolati e rilevando che «assai spesso è la sorte» a determinare l'esito della gara, propone di «tirare a sorte» per individuare l'aggiudicatario. Dello stesso A. si veda *L'offerta economicamente più vantaggiosa... non è sempre la migliore offerta*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 837 ss. Sulla «ritrosia» dell'amministrazione nell'impiegare strumenti negoziali che accentuerebbero la sua discrezionalità si veda A. Sandulli, *Il codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*, cit., 971.

brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza

a monte della gara, laddove sono assunte le scelte di base della futura commessa pubblica⁸⁶.

Ora, il rilievo accordato alla discrezionalità nella fase che precede l'indizione della gara è sicuramente centrale, soprattutto se il discorso viene calato nella prospettiva dell'odierna polifunzionalità degli appalti pubblici (cfr. il considerando 2, dir. 2014/24/UE). Eppure, esso non è di per sé risolutivo.

Non lo è, anzitutto, perché anche nel momento prodromico alla gara possono annidarsi fenomeni corruttivi⁸⁷; non lo è, poi, perché quella discrezionalità che si va evocando è spesso volte un qualcosa di diverso o, per così dire, di più contenuto, essendo temperata nei suoi esiti dall'applicazione dei presupposti indefettibili (qui non ritenuti tali) della concorrenza e della massima partecipazione.

Non vi è chi non veda come dietro a quella rappresentazione della discrezionalità e a quella rilevata reticenza delle stazioni appaltanti nell'abbandonare gli automatismi procedurali⁸⁸ aleggino gli spettri della corruzione, dell'errore e della responsabilità erariale. Anche sul punto, allora, qualche utile indicazione per la direzione di marcia della contrattualistica pubblica può essere recuperata dal d.l. n. 76/2020 ed in particolare dall'art. 21, c. 2, che, confinando i casi di responsabilità erariale al solo dolo, potrebbe «disinnescare i meccanismi cd. di burocrazia difensiva»⁸⁹ e quindi restituire al funzionario quella fiducia necessaria ad assumere, nel quadro dello sviluppo sostenibile, scelte negoziali coraggiose. Si tratta evidentemente di una disposizione ad effetti temporalmente circoscritti (sino al 31 luglio 2021), ma, laddove dovesse sortire esiti soddisfacenti se ne potrebbe auspicare una maggiore stabilità. Ciò soprattutto se la valorizzazione della componente

⁸⁶ G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, cit., 8.

⁸⁷ In tal senso, S. Torricelli, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, cit., 973: «il dibattito sulla legalità, impostato sul profilo della centralità dell'aspetto discrezionalità/vincolatezza, appare mal posto. Lo spazio della corruttibilità non è né più né meno ampio nell'uno e nell'altro caso, perché la corruzione può annidarsi nel momento della scelta sulla *lex specialis* della gara, come nel momento della scelta discrezionale dell'aggiudicatario».

⁸⁸ Condizione, questa, talvolta indotta anche dalla normativa di settore. Sul punto, di recente, E. Caruso, *La tutela sociale e del lavoro nell'aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Dir. soc.*, 2020, spec. 117 ss., muovendo dall'equiordinazione tra i criteri di aggiudicazione recata dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, così come convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha affermato del tutto condivisibilmente che «in un momento storico in cui diversi elementi inducono i pubblici funzionari a rifuggire l'assunzione di responsabilità, si può osservare come il nuovo regime giuridico [...] risponde maggiormente all'idea di un'amministrazione marginalizzata e banalizzata piuttosto che di un'amministrazione forte e stimolata ad assumersi responsabilità nell'ottica della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico» (121).

⁸⁹ A. Sandulli, *Il codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*, cit., 971.

politica della discrezionalità – che da quella deresponsabilizzazione discende – fosse supportata anche da una sinergica riconsiderazione della tecnica, ad oggi stretta dentro ad una peculiare *impasse*: la valorizzazione del Collegio consultivo tecnico *ex art. 6*, d.l. n. 76/2020, da un lato, e, dall'altro lato, il ridimensionamento della funzione consultiva del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici⁹⁰ e dei Provveditorati Interregionali per le Opere Pubbliche, causato dall'innalzamento delle soglie di cui all'art. 215, c. 3, d.lgs. n. 50/2016 (cfr. art. 8, c. 7, lett. *d*), d.l. n. 76/2020).

Abstract

The article deals with changes in the regulation of public procurement contracts after the Covid-19 pandemic. In the light of the difficulties in coordinating the emergency needs (simplification and acceleration of procedures) with the costs implied by the competition and by the maximum participation, the article focuses on the emergency regulation and on the resulting convergence of the domestic legislation towards the European one.

⁹⁰ In tema, di recente, si veda E. Ferrari, *Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici*, in *Fonti e principi. Ambito, programmazione e progettazione*, cit., 639 ss.

ARTICOLI

FRANCESCO MAZZONI

LE SPIAGGE ITALIANE E LE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME TRA NORMATIVA INTERNA E PRINCIPI COMUNITARI: LA TELA DI PENELOPE

SOMMARIO: 1. L'impresa balneare italiana e le Istituzioni comunitarie. Il difficile rapporto fra ordinamento interno e principi comunitari. – 2. La disciplina interna e la proroga *ex lege* disposta con la legge di bilancio per il 2019. La nuova norma del *decreto rilancio* e il successivo intervento contenuto nel *decreto agosto*. – 3. Le pronunce della giurisprudenza interna sulla proroga *ex lege* delle concessioni in essere. – 4. Le norme e i principi dell'ordinamento comunitario. – 5. Un dibattito aperto alla luce delle modalità attuative della proroga, in attesa del d.P.C.M.

1. L'impresa balneare italiana e le Istituzioni comunitarie. Il difficile rapporto fra ordinamento interno e principi comunitari

Come Penelope «finché il giorno splendea, tessea la tela Superba e poi la distessea la notte»¹, così il governo e il legislatore italiano si trovano, da anni, a dover tessere la tela della disciplina interna delle concessioni demaniali marittime, con l'intento di garantire stabilità e prospettiva al settore balneare, offrendo una qualche copertura giuridica alla situazione esistente, salvo poi dover disfare e rimettere in discussione le proprie decisioni, per rispondere alle pressanti istanze delle Istituzioni comunitarie e ai costanti richiami della giurisprudenza.

Parlare di concessioni demaniali marittime² con finalità turistico-ricre-

¹ Odissea di Omero, Canto Secondo, 135-136, traduzione di Ippolito Pindemonte, Edizione Omero. Odissea. Verona, Società tipografica editrice, 1822, 32.

² Sulla materia, tanto complessa quanto dibattuta, dei beni pubblici e del regime giuridico applicabile agli stessi, senza alcuna pretesa di esaustività, si rimanda a S. Cassese, *I beni pubblici. Tutela e conservazione*, Milano, 1968; *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2009, 334 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2017, 424 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2014, 210 ss.; *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, il Mulino, 2005, II, 179; *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a

ative, in Italia, vuol dire parlare di impresa balneare, di turismo, di operatori economici che hanno fatto della gestione delle spiagge un'eccellenza del sistema Paese.

Si tratta di un dibattito non certo nuovo³, che riprende vigore e particolare attualità alla luce dei nuovi scenari determinati dall'emergenza sanitaria, che colpisce direttamente il settore turistico e pone nuovi interrogativi sulle sorti dell'impresa balneare italiana, alle prese con la sfida di individuare nuove forme organizzative compatibili con le restrizioni imposte dalla pandemia.

Le nuove questioni poste dalla situazione emergenziale intersecano le evoluzioni del quadro normativo interno, nel quale le amministrazioni sono chiamate a misurarsi con il recepimento della recente proroga *ex lege* disposta dalla legge finanziaria 2019⁴, la cui efficacia è stata di recente ribadita, non senza incertezze, con il recente *decreto Rilancio*, in attesa del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, al quale la fonte primaria demanda la revisione organica della disciplina in materia.

In tale contesto riemergono, in tutta la loro attualità, questioni a lungo dibattute, che in parte sembravano sopite, ma che, in realtà, risultano tuttora irrisolte, riproponendo il tema centrale del rapporto fra affidamento e gestione del demanio marittimo nell'ordinamento interno, impresa balneare italiana e ordinamento comunitario⁵.

Dalla direttiva *Bolkestein*, passando per la nota sentenza *Promoimpresa-*

cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 247 ss.; F. Caringella, S. Mazzamuto e G. Morbidelli, *I beni pubblici*, in *Manuale di Diritto Amministrativo*⁴, Roma, Dike, 2016, 869 ss.

³ Sull'eterno ritorno della questione della compatibilità della situazione italiana delle concessioni demaniali marittime con l'ordinamento comunitario, particolarmente felice è il richiamo alla *sindrome di Loch Ness*, che evoca il noto lago scozzese ove, secondo la leggenda, albergherebbe, nascosto, un mostro che, di quando in quando, riaffiorerebbe mostrandosi all'umanità e generando forti inquietudini. La similitudine è di G. Marchegiani, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *giustamm.it*, 2015, n. 10.

⁴ La scelta del Legislatore interno ha suscitato le immediate osservazioni critiche della dottrina; per un primo inquadramento critico si rimanda a V. Giannuzzi Savelli, *Prime osservazioni alla riorganizzazione delle concessioni demaniali marittime (art 1 co.675-685 della l.145/18)*, in *Lexambiente.it*, marzo 2019.

⁵ Sulla questione delle concessioni demaniali marittime fra ordinamento interno e principi comunitari, particolarmente esaustivo è il lavoro pubblicato a pochi mesi dalla nota sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa Melis*: C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, n. 25. Inoltre, sulla medesima questione, si rimanda altresì a F. Sanchini, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fascicolo, 2016, 2; A.

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

Melis della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, si è andata consolidando la diffidenza dell'ordinamento comunitario nei confronti della situazione italiana.

Nell'ottica della tradizione e della storia dell'impresa balneare italiana, parrebbe che l'Europa non abbia mai colto appieno le peculiarità della penisola riguardo alla gestione delle coste.

Con l'intento di conservare e di offrire un futuro al modello italiano, i governi e il legislatore interno hanno operato per dare continuità alla situazione esistente, valorizzando gli investimenti fatti dagli operatori economici che gestiscono gli stabilimenti e il loro ruolo di custodi delle coste.

Se è comprensibile e, sotto certi profili, apprezzabile il fine, lo stesso non può dirsi dei mezzi scelti dall'ordinamento interno, sui quali si sono concentrati gli strali dell'Unione europea⁶.

Oggi il nostro Paese si trova di fronte alla prospettiva di un'imminente – *rectius* già avviata – riforma organica del settore, nelle more della quale la legge di bilancio 2019 ha disposto la proroga di quindici anni delle concessioni in essere mediante la norma contenuta nel c. 682 dell'art. 1 della richiamata legge di bilancio, la numero 145 del 30 dicembre 2018⁷.

Allo stato, tutte le attese sono concentrate e proiettate sul provvedimento del governo, che dovrebbe coronare il processo di ricognizione e riforma auspicato da ogni parte, seppure con motivazioni e per ragioni ben differenti: dall'Unione europea, che attende risposte concrete e convincenti da parte dell'Italia, dalle amministrazioni, chiamate a confrontarsi con la recente proroga *ex lege*, dagli operatori economici del settore e, nella specie, dalle imprese balneari, che da tempo chiedono certezze sul loro futuro.

In questo quadro in continua evoluzione, l'intento del presente lavoro è quello di compiere una ricognizione dello stato dell'arte, offrendo qualche spunto critico, in attesa del tanto agognato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che, come si vedrà, dovrebbe ridisegnare i confini e i tratti fondamentali della materia.

Squazzoni, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2.

⁶ La questione è stata pregevolmente affrontata da C. Benetazzo, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in questa *Rivista*, 2018, 287 ss. Sul punto, di particolare interesse, F Di Lascio *Una spiaggia è per sempre? Il conflitto in materia di concessioni balneari*, in questa *Rivista*, 2018, 5 ss.

⁷ Per un inquadramento della disciplina contenuta nella legge di bilancio 2019 si rimanda a G. Cardosi, *Prorogate di quindici anni le concessioni di aree del demanio marittimo sede di stabilimenti balneari ed attività assimilate*, in *Disciplina del Commercio e dei Servizi*, 2019, anno XVII, gennaio-marzo, 2019, 1, 56 ss.

2. La disciplina interna e la proroga *ex lege* disposta con la legge di bilancio per il 2019. La nuova norma contenuta nel decreto rilancio e il successivo intervento contenuto nel decreto agosto

Con la legge di bilancio per l'anno 2019⁸, il legislatore statale ha avvia-

⁸ Si tratta della l. 30 dicembre 2018, n. 145, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*, pubblicata in G.U. del 31 dicembre 2018, n. 302, suppl. ord. n. 62, entrata in vigore in data 1° gennaio 2019, ad eccezione delle disposizioni di cui ai c. 254, 801, 877, 878, 879, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 989, 1006 e 1007 dell'art. 1, entrate in vigore il 31 dicembre 2018.

La disciplina dettata riguardo al «bene demaniale delle coste italiane» e i principi per l'auspicata «revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime» è contenuta ai c. da 675 a 684 dell'art. 1 della legge di bilancio per il 2019, redatta seguendo l'infelice tecnica normativa, a cui il legislatore ricorre oramai ordinariamente, per la quale il primo articolo si compone di ben 1.143 commi. Si tratta dei principi generali ai quali l'emanando d.P.C.M. dovrà ispirarsi nell'individuazione della disciplina di dettaglio per la complessiva revisione delle concessioni demaniali marittime. Il c. 675, dettando la norma di principio che apre la parte della legge dedicata alle concessioni demaniali marittime, individua le coste italiane quale bene demaniale che costituisce elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, meritevole di valorizzazione e promozione da parte dei pubblici poteri. Fissando gli obiettivi che la normativa di dettaglio dovrà perseguire, il Legislatore statale individua quello di favorire l'«armonizzazione delle normative europee».

Riguardo alla procedura di adozione, il c. 675 oltre a fissare, per l'adozione del d.P.C.M., il termine di centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge – termine non rispettato – prevede che il decreto debba essere adottato su proposta dei Ministri delle infrastrutture e dei trasporti e delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico, per gli affari europei, dell'ambiente e della tutela e del territorio e del mare, per gli affari regionali, nonché con la Conferenza delle regioni e delle province autonome.

Fissando i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime, il d.P.C.M. dovrà stabilire condizioni e modalità per la ricognizione e la mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo (c. 676, lett. *a*), per compiere una puntuale mappatura delle concessioni attualmente vigenti e le aree libere, suscettibili di essere affidate in concessione (lett. *b*), per individuare la tipologia e il numero di imprese concessionarie (lett. *c*), nonché gli investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni medesime, con i relativi tempi di ammortamento e i canoni applicati alle diverse concessioni (lett. *c* e *d*), per approvare indirizzi, metodi e criteri generali per la programmazione, pianificazione, gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri in relazione ai quali le funzioni sono state conferite a regione ed enti locali dall'art. 89, c. 1, lett. *h*), d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

Sulla delicata e controversa questione dell'affidamento, della gestione, della durata e della remuneratività delle concessioni demaniali marittime, il c. 677 demanda al medesimo d.P.C.M. in esame l'arduo compito di procedere a una revisione organica della normativa in materia (lett. *c* del c. 677), prendendo le mosse dalla disciplina sul demanio marittimo contenuta nel codice della navigazione e nelle altre leggi speciali in materia. Con riguardo alle

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

to un percorso di riordino della disciplina in materia di concessioni dema-

concessioni turistico ricreative e ricettive, la fonte primaria individua l'obiettivo di giungere alla definizione di un nuovo modello di gestione delle imprese del settore, mediante forme di partenariato pubblico-privato idonee a valorizzare la tutela della più proficua utilizzazione del demanio marittimo, secondo criteri di sostenibilità ambientale, qualità e professionalizzazione dell'accoglienza e dei servizi, accessibilità, qualità e modernizzazione delle infrastrutture, tutela degli ecosistemi marittimi coinvolti, sicurezza e vigilanza delle spiagge (lett. a), giungendo a un sistema di *rating* delle imprese in questione e della qualità balneare.

In merito alle concessioni a uso residenziale e abitativo, la lett. d del medesimo c. 677 prevede che il d.P.C.M. debba giungere a un riordino tramite l'individuazione di modalità di rilascio, termini di durata e criteri di gestione in ossequio ai principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità, nel rispetto della norma di cui all'art. 37 del codice della navigazione, in base alla quale, in caso di più domande concorrenti, l'amministrazione deve preferire il soggetto che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e che si proponga di avvalersi di questa per un uso rispondente al più rilevante interesse pubblico.

Infine, la lett. e,) con norma di chiusura, demanda al d.P.C.M. la revisione e l'aggiornamento dei canoni demaniali tenendo conto delle peculiari attività svolte dalle imprese, della tipologia dei beni dati in concessione, nonché della valenza turistica della concessione medesima.

Compiuta l'ingente opera di ricognizione, di programmazione e di pianificazione della quale si è appena dato conto – da concludere, secondo le disposizioni, *rectius i desiderata*, del legislatore statale entro due anni dall'adozione del d.P.C.M. – dovrebbe essere avviata una consultazione pubblica, nel rispetto dei principi e delle norme dettati dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo, di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, finalizzata all'individuazione delle priorità e delle modalità di azione e di intervento per la valorizzazione turistica del demanio marittimo (c. 679), da portare a compimento nei centottanta giorni successivi.

Il successivo c. 680 demanda a un differente d.P.C.M. l'individuazione di principi e criteri per l'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime libere. Per quanto la questione potrebbe non sembrare pacifica, che la legge di bilancio preveda due distinti d.P.C.M. trova conferma nei diversi soggetti proponenti e coinvolti nel procedimento di adozione; a titolo meramente esemplificativo, mentre, infatti, il c. 675 prevede che i proponenti siano il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e del turismo, il c. 680 prevede la competenza alla formulazione della proposta in capo al Ministro dello sviluppo economico.

Il successivo c. 681 dispone che tale disciplina circa le modalità di affidamento si applichi alle aree libere, che non risultino affidate in concessione alla data di entrata in vigore della legge di bilancio, ovverosia al 1° gennaio 2019, mentre i c. 682, 683 e 684 prevedono la proroga *ex lege* di quindici anni delle concessioni demaniali in essere. In particolare, i c. 682 e 683 sono dedicati alle concessioni relative ad attività turistico ricreative, ricettive, commerciali ed altre attività connesse, tra le quali rientra la gestione degli stabilimenti balneari, disciplinate dal c. 1 dell'art. 01, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, mentre il successivo c. 684 attiene alle concessioni rilasciate per finalità residenziali e abitative.

Dunque, la disciplina dettata dalla legge di bilancio prevede l'adozione di due differenti d.P.C.M.: il primo, dedicato alla ricognizione delle concessioni in essere e all'indicazione di criteri e indirizzi generali per la gestione delle stesse e degli interventi di difesa delle coste, individuando le Amministrazioni competenti per le attività di riordino delle concessioni in

niali marittime, riferito, in particolare, alle concessioni con finalità turistico-ricreative, fra le quali, per quanto di interesse in questa sede, rientrano le concessioni per la gestione di stabilimenti balneari.

Si tratta di un disegno di complessivo riassetto tanto necessario quanto arduo e ambizioso, in ragione della stratificazione della normativa in materia e delle numerose questioni aperte, a lungo dibattute e tuttora irrisolte, prima fra tutte quella che attiene al rapporto tra disciplina interna e ordinamento comunitario.

Le modalità con le quali verrà portato avanti l'auspicato disegno di riforma sono disciplinate ai c. 675 e seguenti della l. n. 145/2018.

In particolare, il c. 675 demanda a un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri l'individuazione di termini e modalità dell'*iter* di revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime, in un'ottica di armonizzazione delle normative europee, fissando, quali obiettivi generali, la tutela, la valorizzazione e la promozione della costa italiana, bene demaniale che, come sancito dalla norma di legge in commento, «rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese».

Nella specie, il legislatore demanda a tale primo decreto la complessiva ricognizione⁹ dei rapporti concessori in essere alla data di entrata in vigore della legge (c. 676), l'individuazione dei criteri per una revisione complessiva della materia, anche mediante un organico riordino della normativa vigente (c. 677), nonché l'individuazione delle amministrazioni competenti all'esecuzione di tali attività (c. 678).

Sulla base delle risultanze dei lavori svolti dalle amministrazioni individuate dal d.P.C.M., la norma prevede quindi l'avvio di una consultazione pubblica finalizzata all'individuazione delle priorità e delle modalità di intervento per la valorizzazione turistica delle aree del demanio marittimo (c. 678).

Infine, la disciplina di legge in esame fissa una netta distinzione fra aree già concesse e aree libere, ovvero fra aree già affidate in concessione al momento di entrata in vigore della legge e aree libere, suscettibili di essere affidate in concessione.

essere ai sensi dei c. 676 e 677; il secondo, recante principi e criteri per l'assegnazione delle aree libere, ancora da affidare in concessione all'epoca di entrata in vigore della legge di bilancio per l'anno 2019.

⁹ Sulla gestione del demanio marittimo in relazione alle nuove opportunità offerte dagli strumenti di amministrazione digitale e di *e-government*, si segnala il pregevole contributo di P.M. Rosa Salva, *Il Sistema Informativo del Demanio marittimo (Sid): uno strumento di e-government tra problematiche applicative e partecipative*, in *Ist. fed.*, 2019, 3.

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

Per le concessioni in essere, la legge prevede una proroga di quindici anni, dunque fino al primo gennaio 2034 (c. 682, 683 e 684), rinviando al termine di tale periodo di proroga l'individuazione delle «migliori procedure da adottare per ogni singola gestione demaniale», che, per quanto si evince dalla formulazione assolutamente generica della norma, parrebbe rimessa alle singole amministrazioni competenti.

Per le aree libere, invece, la norma prevede che le stesse vengano affidate in concessione una volta ultimata la fase di consultazione pubblica, demandando a un secondo, apposito d.P.C.M. l'individuazione di principi e criteri tecnici per l'affidamento.

Così sintetizzata la disciplina dettata dalla legge di bilancio per il 2019, è il caso di soffermarsi sulla specifica questione della proroga *ex lege*¹⁰ introdotta dalla norma di legge in commento.

Anzitutto, è il caso di rilevare che la scelta in parola appare destinata soltanto a rinviare un annoso problema, tutt'ora irrisolto nell'ordinamento interno, senza offrire alcuna valida soluzione, tanto più alla luce del fatto che nessuno dei due d.P.C.M. risulta ancora emanato.

La questione che il legislatore continua a lasciare sullo sfondo è quella della compatibilità con l'ordinamento comunitario delle proroghe *ex lege*

¹⁰ Assodato che trattasi di proroga *ex lege* e che, come tale, non richiede l'emanazione di un nuovo provvedimento in senso stretto, nella prassi si è posto e si sta ponendo il problema dell'individuazione delle modalità più idonee a prendere atto della disposizione dettata dalla fonte primaria.

Diverse sono state le risposte da parte delle Amministrazioni interessate; a tal proposito, regione Toscana, con la delibera di giunta del 18 marzo 2019, n. 346, ha approvato un'apposita circolare inerente agli «adempimenti procedurali conseguenti all'applicazione della legge 30 dicembre 2018 n. 145», poi sostituita con delibera di giunta del 27 maggio 2019, n. 711.

Finalità della circolare è quella di fornire indicazioni agli enti gestori circa gli adempimenti da porre in essere, in considerazione del fatto che la legge non reca indicazioni o prescrizioni specifiche sul punto.

L'amministrazione regionale ha ravvisato l'opportunità che il comune notifichi al concessionario la nuova durata della concessione, fermo restando «che la rideterminazione della durata discende direttamente dalla legge».

Il concessionario potrà optare per la semplice annotazione della nuova durata del titolo concessorio ovvero per l'emanazione, da parte del comune, di un atto ricognitivo, che costituirà un atto aggiuntivo al titolo concessorio.

Concludendo le indicazioni operative fornite alle amministrazioni interessate, regione Toscana ha rappresentato la necessità di pervenire alla conclusione delle procedure finalizzate alla formalizzazione della rideterminazione della durata dei titoli concessori in tempi ragionevoli e comunque in modo tale che gli operatori «siano in possesso delle necessarie formalità prima dell'apertura della stagione balneare».

che si susseguono¹¹, dando origine a una normativa confusa, contraddittoria e stratificata¹².

A fronte delle criticità emerse nella prassi attuativa, il legislatore interno è intervenuto nuovamente sulla materia con l'art. 182, c. 2, del *decreto rilancio*¹³.

Con la norma in parola, il governo ha inteso rispondere alla richiesta di certezza che veniva dagli operatori del settore balneare; a fronte delle perduranti criticità generate dall'applicazione della disciplina dettata dalla finanziaria 2019, era infatti avvertita l'urgenza di un intervento chiarificatore da parte dal legislatore.

Prendendo le mosse dagli effetti dell'attuale emergenza sanitaria sul settore turistico e, in specie, sull'attività e sull'organizzazione degli stabilimenti balneari, la norma del *decreto rilancio*, nella versione originaria, non fa altro che ribadire l'ultrattività delle concessioni in essere fino al 2033, richiamando espressamente l'art. 1, c. 682 e 683, l. n. 145/2018.

Al dichiarato fine di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori economici, la nuova disposizione ini-

¹¹ La proroga in esame fa seguito, infatti, a un'altra precedente proroga, introdotta dalla legislazione primaria mediante l'art. 34-*duodecies*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con la l. 17 dicembre 2012, n. 221, esaminata, come si vedrà, dalla nota sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea "Promoimpresa" del 14 luglio 2016, in relazione alla sua compatibilità con la dir. 2006/123/UE e, in generale, ai principi dell'ordinamento comunitario.

¹² Sulla ricostruzione delle diverse proroghe che si sono andate susseguendo nell'ordinamento interno, particolarmente esaustiva è la sentenza TAR Toscana, sez. III, 21 maggio 2019, n. 750, che ripercorre i noti profili critici relativi alla compatibilità di tali norme con l'art. 12 della c.d. direttiva servizi 2006/123/UE e con l'art. 49 TFUE.

¹³ Si tratta del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19», pubblicato in G.U. del 19 maggio 2020, n. 128-suppl. ord. n. 21, che, all'art. 182 «Ulteriori misure di sostegno per il settore turistico», c. 2, ha disposto che «in riferimento ai beni del demanio marittimo in concessione, tenuto conto degli effetti derivanti nel settore dall'emergenza da Covid-19 nonché dell'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le aree e le relative pertinenze oggetto di riacquisizione già disposta o comunque avviata o da avviare, oppure di procedimenti di nuova assegnazione, gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto, fatto salvo quanto previsto dall'art. 34, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, e gli enti concedenti procedono alla ricognizione delle relative attività, ferma restando l'efficacia dei titoli già rilasciati. Le disposizioni del presente comma non si applicano in riferimento ai beni che non hanno formato oggetto di titolo concessorio, né quando la riacquisizione dell'area e delle relative pertinenze è conseguenza dell'annullamento o della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto del concessionario».

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

bisce la riacquisizione – già disposta, avviata o da avviare – delle aree date in concessione e delle relative pertinenze, consentendo agli operatori la prosecuzione dell'attività alle medesime condizioni previste dal rapporto concessorio in atto.

La disposizione pone in capo agli enti concedenti l'onere di procedere alla ricognizione delle attività connesse ai beni del demanio marittimo, facendo salva l'efficacia dei titoli già rilasciati e tenendo fermo quanto stabilito dall'art. 34, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, che, al fine di sostenere i settori del turismo balneare e della nautica da diporto, sospende il pagamento dei canoni, dal 1 gennaio 2020 al 30 settembre 2020, per le concessioni di pertinenze demaniali marittime con finalità turistico-ricreative e per quelle relative alla realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto.

In disparte ogni considerazione sull'infelice formulazione letterale, la disciplina del *decreto rilancio* non introduce particolari innovazioni rispetto alla legge di bilancio 2019, limitandosi a inibire alle amministrazioni l'avvio o la prosecuzione di procedimenti di riacquisizione delle aree oggetto di titoli concessori in scadenza, così rinviando il ricorso al mercato e all'evidenza pubblica per la riassegnazione.

Alla luce dell'annoso dibattito che, da anni, si andava protraendo sulla questione, era piuttosto prevedibile che una disposizione di tal fatta generasse non poche incertezze e nuovi, antichi, interrogativi.

Leggendo i lavori e gli studi parlamentari parrebbe che la disposizione abbia destato non poche perplessità fra tutti i soggetti interessati: fra gli operatori economici del settore, che reputavano scarsamente incisiva la norma con la quale il legislatore intendeva ribadire la vigenza della proroga *ex lege* contenuta nella legge di bilancio 2019; fra i soggetti istituzionalmente competenti e, nella specie, fra le amministrazioni chiamate a dare applicazione alla disciplina in parola, perplesse di fronte a un intervento normativo che sembrava trascurare le censure mosse, nel corso degli anni, dalle istituzioni comunitarie.

Emblematici sono i rilievi mossi dalla ragioneria dello Stato, nonché dai dossier che hanno accompagnato l'*iter* parlamentare di conversione del decreto, nei quali, con espressioni tanto sintetiche quanto laconiche, si rileva che l'atteso d.P.C.M. di revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime non è stato adottato e che, soprattutto, «andrebbero altresì acquisiti elementi in merito alla conformità delle disposizioni alla normativa europea»¹⁴.

¹⁴ Dossier della Camera dei deputati del 30 maggio 2020, d.l. 19 maggio 2020, n. 34-A.C. 2500, parte seconda-profilo finanziari.

In sede di conversione, anche in ragione della comprensibile opera di *lobbying* da parte delle categorie interessate, il legislatore si è premurato di ribadire, con formula ancor più incisiva, la piena vigenza e l'applicazione della proroga *ex lege*¹⁵.

La legge di conversione non ha apportato modifiche apprezzabili riguardo alla questione centrale della proroga dei rapporti concessori in relazione ai principi e alle norme comunitarie.

La nuova norma si pone in sostanziale continuità con i precedenti interventi legislativi, caratterizzati da scarsa chiarezza e da una congenita tendenza dell'ordinamento interno a rinviare *sine die* la questione.

Discutibile è la scelta del governo di limitarsi a richiamare la finanziaria 2019, come se ribadire in un decreto-legge l'efficacia di una norma con profili di presunta incompatibilità con l'ordinamento comunitario potesse

¹⁵ Emblematica è la formulazione del nuovo c. 2, che si apre con l'espressione «fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 [...]». In seguito alla modifica apportata dalla Camera in sede di conversione, ove il concessionario intenda proseguire l'attività utilizzando i beni del demanio marittimo, la nuova disposizione prevede il divieto, per le amministrazioni competenti, di avviare o proseguire i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili di cui all'art. 49 del codice della navigazione, nonché per il rilascio o l'assegnazione, con procedimenti a evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge. In base alla nuova formulazione, la norma prevede che l'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi in parola venga confermato mediante il pagamento del canone concessorio, così impedendo il verificarsi della devoluzione delle opere. Le disposizioni dettate dal nuovo c. 2 non trovano applicazione quando la devoluzione, il rilascio o l'assegnazione a terzi dell'area è stata disposta in conseguenza della revoca della concessione o della decadenza del titolo per fatto o colpa del concessionario. Per chiarezza, si riporta, di seguito, il testo del nuovo c. 2, nella versione vigente introdotta con la legge di conversione: «2. Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, c. 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere. Le disposizioni del presente comma non si applicano quando la devoluzione, il rilascio o l'assegnazione a terzi dell'area sono stati disposti in ragione della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto e colpa del concessionario».

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

risolvere il problema e offrire una risposta efficace e definitiva alle amministrazioni interessate.

A conferma delle perplessità suesposte, la materia è stata oggetto di un nuovo intervento normativo, ancora mediante la decretazione d'urgenza, con il cosiddetto *decreto agosto*.

L'art. 100, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, torna a dettare norme sulle «concessioni del demanio marittimo, lacuale e fluviale», prevedendo che la proroga *ex lege* disposta con la legge di bilancio 2019 debba trovare applicazione anche per le concessioni lacuali e fluviali, nonché per una serie di rapporti concessori non contemplati nella previsione originaria¹⁶.

Parrebbe che l'unico intento degli interventi che, anche in tempi recentissimi, vanno stratificandosi sia quello di riaffermare ed estendere l'applicazione della proroga dei rapporti in essere, sulla spinta delle categorie e degli operatori dei diversi settori interessati, che si trovano, peraltro, a far fronte a una situazione di difficoltà senza precedenti.

Tuttavia, rimangono sullo sfondo le questioni irrisolte e, in particolare, l'inestricabile nodo gordiano del rapporto e della compatibilità della disciplina interna con l'ordinamento comunitario.

In realtà, la nuova disposizione non fa altro che reiterare i non pochi dubbi generati dalla proroga *ex lege* in relazione ai principi di libertà di stabilimento, concorrenza¹⁷ ed evidenza pubblica, che dovrebbero trovare applicazione in materia di concessioni demaniali marittime¹⁸.

¹⁶ L'art. 100, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, «Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia», pubblicato in G.U. del 14 agosto 2020, n. 203, interviene nuovamente sul tema delle concessioni demaniali marittime, estendo l'ambito di applicazione della proroga *ex lege* disposta con la legge di bilancio 2019 (c. 1): «1. Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione». I commi successivi dettano norme inerenti, in particolare, a diversi profili connessi alla quantificazione del canone concessorio e alla regolazione dei rapporti e dei contenziosi pendenti inerenti a tale aspetto. Allo stato attuale, il decreto è in fase di conversione.

¹⁷ I profili della questione, che, come è noto, rappresenta uno dei temi centrali del dibattito, sono stati esaminati da G. Lo Conte, *Rinnovo di concessione di beni demaniali e tutela della concorrenza: un matrimonio impossibile*, in *Gazz. Amm.*, 2011, 2, in alcune prime note sulla sentenza della C. cost. 19 ottobre 2010, n. 340, riguardo a una norma regionale (introdotta dall'art. 16, c. 2, l.rg. Toscana 25 giugno 2009, n. 77) rubricata «Proroga delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo».

¹⁸ Sull'apertura del settore al mercato e alla concorrenza, di particolare interesse è

Senza entrare in una dettagliata analisi dei principi comunitari codificati, fra le altre, nella cosiddetta direttiva *Bolkestein*, appare opportuno esaminare le pronunce della giurisprudenza interna riguardo all'applicazione della recente proroga *ex lege*, al fine di evidenziare i profili critici e di concludere provando ad offrire alcune soluzioni o, quantomeno, tratteggiando i possibili scenari del prossimo futuro.

3. Le pronunce della giurisprudenza interna sulla proroga *ex lege* delle concessioni in essere

Il giudice amministrativo ha già avuto modo di pronunciarsi circa la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime disposta con la legge di bilancio per il 2019, soffermandosi sull'annosa questione della compatibilità con i principi del diritto comunitario.

Il Consiglio di Stato¹⁹, in relazione alle ripetute proroghe disposte dal legislatore, aveva già sancito, a più riprese e in via generale, l'illegittimità, per contrasto con i principi comunitari, di una normativa interna che disponga la proroga *ex lege* della scadenza delle concessioni demaniali, trattandosi, nella sostanza, di un rinnovo automatico, che non consente e rinvia *sine die* l'esperimento di una procedura selettiva trasparente e aperta, con conseguenti disparità di trattamento tra operatori economici, così frapponendo, di fatto, preclusioni e ostacoli all'ingresso di nuovi operatori nella gestione dei beni demaniali.

L'analisi di F. Di Lascio, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2009, 830 ss., che esamina la questione sotto i diversi profili e nella diversa ottica dell'amministrazione, da un lato, e del concessionario, dall'altro lato. Sulla questione si vedano anche V. Gioia, *Le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, 1002 e ss.; G. Mangialardi, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, 1209 ss.; M.L. Corbino, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, Giuffrè, 1990; C. Angelone, *Demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza*, in *Dir. tur.*, 2008, 283 ss.; G. Balocco, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. app.*, 2006, 851 ss.; M. Olivi, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali: titolarità del bene e titolarità delle funzioni*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2006, 2423 ss.

¹⁹ In due recenti pareri resi su due ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica (Cons. St., sez. I, pareri del 2 marzo 2020, nn. 522 e 523, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire come la propria giurisprudenza abbia assunto una posizione restrittiva sulla conformità al diritto comunitario delle proroghe *ex lege* delle concessioni in essere (Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1368; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3600; sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3412).

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

In continuità con tale impostazione, la giurisprudenza amministrativa interna ha affermato che anche l'ultima proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere ripropone i medesimi profili critici di contrasto con l'ordinamento comunitario delle precedenti proroghe *ex lege*, equivalenti a un rinnovo automatico, di per sé ostativo a una procedura selettiva.

Ciò si traduce, nella prassi amministrativa, nell'ormai noto – benché trascurato – «obbligo teorico di disapplicazione» della norma interna in favore della disciplina comunitaria.

Infatti, ove la fonte comunitaria rechi una disciplina sufficientemente chiara e specifica, in caso di contrasto fra una norma interna e una norma europea che disciplinino la medesima questione, gli Stati membri devono, *rectius* dovrebbero applicare direttamente la norma comunitaria, disapplicando la norma interna in contrasto con la fonte comunitaria.

Muovendo da tale principio, per il quale la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto comunitario costituisce un obbligo per lo Stato membro²⁰, la giurisprudenza amministrativa, anche in tempi recenti, ha ribadito che qualora «emerge contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento²¹ sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. St., sez.V, 5 marzo 2018 n. 1342)» (Cons. St., sez.VI, 18 novembre 2019, n. 7874)²².

²⁰ Sul punto, il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento (Cons. St., n. 7874/2019), richiama, in quanto pressoché in termini, Cons. St., sez.VI, 23 maggio 2006 n. 3072, C. cost. 21 aprile 1989, n. 232, e in sede europea da C. giust. UE, 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo, nonché C. giust. UE, 24 maggio 2012, C-97/11, Amia.

²¹ Di particolare interesse è l'esame della patologia che colpisce il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario, sul quale la pronuncia in questione si sofferma al punto 14. Prendendo le mosse dal dibattito, soprattutto dottrinale, tra coloro che ritengono siffatto provvedimento affetto da nullità *ex art. 21-septies*, l. n. 241/1990 e coloro che, invece, lo ritengono illegittimo *ex art. 21-octies* della medesima legge, il collegio aderisce alla tesi allo stato prevalente in giurisprudenza, tendente ad affermare che il provvedimento amministrativo adottato dall'Amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario non va considerato nullo per difetto assoluto di attribuzione di potere, bensì illegittimo, non diversamente dall'atto in contrasto con il diritto interno. Da ciò discende, come logica conseguenza, l'onere di impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario innanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inopponibilità del provvedimento medesimo (*ex multis*, Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538).

²² In termini, TAR Campania, Salerno, sez. II, 10 febbraio 2020, n. 221.

Per completezza espositiva, è opportuno dare conto anche del differente orientamento espresso dalla sezione V del Consiglio di Stato²³, in base al quale tale proroga sarebbe legittima e non presenterebbe particolari criticità.

Per quanto si tratti di considerazioni soggettive, parrebbe che i due orientamenti siano destinati ad avere effetti differenti e una diversa sorte nelle evoluzioni del dibattito giurisprudenziale.

Mentre, infatti, l'indirizzo della sezione VI è frutto di un'ampia e articolata ricostruzione dei principi coniati dalla giurisprudenza comunitaria e dal dibattito dottrinale²⁴, la sezione V è giunta alla conclusione della vigenza e dell'efficacia della proroga *ex lege* disposta con la legge di bilancio 2019 quasi in via incidentale.

Infatti, senza addentrarsi in un esame puntuale delle questioni aperte e, in particolare, della delicata questione della compatibilità della disciplina interna con le disposizioni dell'ordinamento comunitario, la sezione V del Consiglio di Stato si è limitata a prendere atto dell'intervenuta proroga *ex lege*, così implicitamente riconoscendone l'operatività nell'ordinamento interno e, dunque, la legittimità²⁵.

È per questo motivo che parrebbe che i due indirizzi abbiano un peso differente²⁶, dal momento che quello assunto dalla sezione V non è un princi-

²³ Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2019, nn. 7251, 7252, 7253, 7254, 7255, 7256, 7257, 7258.

²⁴ Fra le più recenti adesioni, frutto di un articolato percorso argomentativo, da segnalare TAR Veneto, sez. I, 3 marzo 2020, n. 218, che ha concluso ribadendo il principio per il quale «deve ritenersi illegittima la normativa nazionale che consente la proroga automatica della concessione medesima, come, nel caso che qui interessa, l'art. 1, comma 682 della legge 30 dicembre 2018, n. 145». Nello stesso senso, seppur in sede cautelare, si è pronunciato TAR Campania, Salerno, sez. II, 4 giugno 2020, ord. n. 333, affermando che il regime di proroga previsto dall'art. 1, c. 682, l. n. 145/2018, si presenta *prima facie* «confliggente con i principi euro-unitari sanciti in subiecta materia dall'art. 12 direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein), così come interpretato dalla C. giust. UE, sez. V, nella sentenza 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15».

²⁵ Sul punto, è il caso di evidenziare che, in seguito al ricorso in appello interposto dall'amministrazione Comunale, la sezione V ha accolto l'eccezione di improcedibilità del ricorso in appello, limitandosi a prendere atto dell'intervenuta proroga *ex lege*, così definendo in rito il giudizio, senza addentrarsi in un esame della sopravvenuta normativa interna.

²⁶ Mentre l'indirizzo della sezione V appare alquanto isolato e minoritario, l'orientamento della sezione VI riscontra un'adesione diffusa. Di particolare interesse è la sentenza del TAR Campania, Napoli, Sezione Settima, 29 ottobre 2019, n. 5135, che, dopo aver fissato il perimetro della proroga *ex lege* con riguardo alla natura e ai contenuti del rapporto concessorio (punti 11.2 e 11.3 della parte in diritto), ribadisce il principio in base al quale «anche per le concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative, infatti, la disciplina nazionale deve essere conforme al diritto europeo, ostativo alla proroga *ex lege* dei relativi titoli concessori».

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

pio derivante da una particolare analisi ermeneutica dello *ius superveniens*, bensì una mera presa d'atto, in esito alla quale il ricorso è stato definito in rito²⁷.

Appare dunque ragionevole concludere affermando che l'orientamento destinato a prevalere, anche alla luce dei precedenti indirizzi, è quello che ha rilevato il contrasto della recente proroga *ex lege* con le norme dell'ordinamento comunitario, con conseguenti profili di illegittimità degli atti di proroga eventualmente assentiti ai concessionari uscenti.

Per completezza, ragionando nella prospettiva dei concessionari, è il caso di cogliere una sfumatura particolare della sentenza della sezione VI del Consiglio di Stato, destinata a incidere radicalmente sulle evoluzioni della materia.

Se, infatti, il principio generale coniato dalla pronuncia in commento è quello del contrasto delle proroghe *ex lege* con i principi e le norme dell'ordinamento comunitario, è pur vero che la pronuncia censura non tanto la proroga in quanto tale, bensì l'estensione generalizzata della proroga, con indebito automatismo, a tutti i rapporti concessori, omettendo una puntuale valutazione, caso per caso, delle singole concessioni.

Sotto altro profilo, il giudice amministrativo interno ha evidenziato che l'operatività dei principi delineati dalla direttiva *Bolkestein* presuppone la «natura scarsa della risorsa naturale attribuita in concessione».

Per queste ragioni, appare astrattamente sostenibile, per quanto non certo immune da critiche e censure, la tesi per la quale la prorogabilità delle concessioni dovrebbe essere valutata in base alle peculiarità del singolo rapporto, avendo riguardo, in particolare, al momento genetico dello stesso e agli investimenti fatti dal concessionario.

²⁷ A conclusioni in parte analoghe parrebbe giungere il TAR Veneto in una pronuncia connotata dalla medesima sommarietà, in cui lambisce appena la questione dell'efficacia della norma della legge di bilancio 2019, dichiarando l'inammissibilità della domanda *ex art.* 31, c. 3, e 117 c.p.a. con la quale la ricorrente chiedeva l'accertamento del proprio diritto di ottenere la proroga *ex lege* delle concessioni di cui era titolare.

Muovendo dal presupposto per il quale il rito speciale contro il silenzio non è un rimedio generale volto a tutelare il privato di fronte a qualsiasi tipo di inerzia dell'amministrazione, bensì una garanzia avverso il mancato esercizio di potestà provvedimentali, ha concluso affermando che il diritto soggettivo alla proroga *ex lege* non presuppone l'esercizio di poteri discrezionali, ma soltanto la verifica dell'effettiva sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla fonte interna di rango primario.

Per quanto si tratti di scrutinio non certo approfondito e, anche in questo caso, prodromico a una pronuncia in rito, parrebbe che il giudice amministrativo lagunare aderisca all'orientamento della sezione V, non interrogandosi in alcun modo circa la compatibilità della norma interna con le disposizioni e i principi dell'ordinamento comunitario (TAR Veneto, sez. I, 8 luglio 2019, n. 819).

A tal proposito, in ossequio ai principi di buona fede²⁸ e del legittimo affidamento del privato, ove la concessione sia stata rilasciata prima dell'entrata in vigore della direttiva *Bolkestein*, si potrebbe discutere circa l'operatività della fonte comunitaria in parola²⁹.

Occorre tuttavia considerare che tale principio potrebbe certamente trovare cittadinanza con riguardo alla prima delle proroghe *ex lege* disposte nell'ordinamento interno, mentre appare certamente più dubbia la sua validità in merito alle proroghe introdotte dal legislatore interno dopo il recepimento della direttiva comunitaria.

Altro elemento che potrebbe essere valorizzato al fine di escludere l'applicazione della direttiva servizi è l'insussistenza del presupposto della cosiddetta «scarsità delle risorse», assunto dalla fonte comunitaria quale indefettibile requisito di operatività della disciplina in esame.

Considerato, infatti, che, allo stato, esiste ancora una considerevole porzione di coste della penisola ancora “libere” e suscettibili di essere affidate in concessione, si può discutere circa l'effettiva ricorrenza del requisito della scarsità delle risorse.

Sempre nella prospettiva dei soggetti interessati al mantenimento dello *status quo*, non appare irragionevole la tesi in base alla quale, prima di assoggettare a procedura ad evidenza pubblica le concessioni in scadenza, parrebbe logico mettere sul mercato le aree libere.

Nella consapevolezza che non si tratti di posizioni immuni da critiche e da censure, è possibile concludere affermando che l'ormai nota sentenza dei giudici di Palazzo Spada del novembre 2019, pur fissando un principio

²⁸ La nota sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con una pregevole ricostruzione della disciplina e degli orientamenti in materia, ha chiarito come i principi di correttezza e buona fede che regolano i rapporti fra privati debbano trovare applicazione anche nel rapporto tra privato e amministrazione, financo in sede procedimentale (Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

²⁹ Sul punto, riguardo alla buona fede e al legittimo affidamento del concessionario, il Consiglio di Stato ha già avuto modo di chiarire che «la Corte di giustizia ha precisato che una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovvero sia qualora questi abbia ottenuto una determinata concessione in un periodo in cui «non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza». La tutela della buona fede del concessionario, quindi, va relazionata alla data di adozione della Direttiva 2006/123/CE (Cosiddetta *Bolkestein*), cosicché, nell'ipotesi di concessione rilasciata in data antecedente, secondo la Corte di giustizia, la cessazione anticipata della concessione «deve essere preceduta da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare dal punto di vista economico». (Cons. St., sez. II, 9 ottobre 2019, n. 6883).

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

generale, tanto noto quanto chiaro, lascia aperto un varco nel quale il legislatore interno potrebbe insinuarsi, valorizzando le peculiarità del caso italiano e, in particolare:

- facendo una distinzione e una valutazione, caso per caso, tenendo conto del momento di rilascio della concessione e degli investimenti fatti e programmati dal concessionario, in ossequio al principio generale di proporzionalità fra la durata del rapporto e l'investimento fatto;
- dimostrando che, allo stato, non sussiste il presupposto di applicazione della direttiva comunitaria, costituito dalla scarsità delle risorse naturali da affidare in concessione;
- la proroga disposta con la finanziaria 2019 non può essere qualificata come proroga generalizzata, in quanto, in sede applicativa, l'emanando d.P.C.M. potrà dettare puntuali disposizioni in base alle quali le amministrazioni competenti saranno chiamate a valutare l'efficacia della disposizione in parola.

Tuttavia, in quella sede, sarà decisivo valorizzare e considerare adeguatamente i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

4. Le norme e i principi dell'ordinamento comunitario

Come è noto, la disciplina di riferimento³⁰, dalla quale prende le mosse ogni ragionamento in materia di concessioni demaniali, è contenuta nella

³⁰ In realtà, il travagliato confronto tra Istituzioni comunitarie e ordinamento interno prende le mosse, quantomeno, dalla procedura di infrazione n. 2008/4908 avviata dalla Commissione europea contro l'Italia nel febbraio 2009, in ragione del regime preferenziale riservato al concessionario uscente, secondo quanto disposto dall'art. 37 del codice della navigazione e dal secondo comma dell'art. 01, d.l. n. 400/1993. Con riguardo alla disciplina comunitaria violata dalle disposizioni interne, la procedura fu avviata ai sensi dell'art. 43 del Trattato CEE, poi trasfuso nell'art. 49 TFUE e in seguito portata avanti ai sensi dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*.

La procedura di infrazione si concluse con l'emanazione della l. 15 dicembre 2011 n. 217, che, all'art. 11, al dichiarato fine di chiudere la procedura in parola, nonché al fine di rispondere all'esigenza degli operatori del mercato di usufruire di un quadro normativo stabile conforme ai principi comunitari, ha abrogato il c. 2 dell'art. 01, d.l. n. 400/1993, ha modificato il c. 2-bis e il c. 4-bis dell'art. 03, delegando infine il governo ad adottare un decreto legislativo di revisione e riordino della legislazione in materia di concessioni demaniali marittime.

Sennonché, la delega non ebbe esito e con l'art. 34-*duodecies*, d.l. n. 179/2012, il termine delle concessioni turistico ricreative in scadenza al 31 dicembre 2015 venne prorogato al 31 dicembre 2020. È da quella proroga *ope legis* che è scaturita la nota sentenza *Promoiimpresa* del 14 luglio 2016.

cosiddetta direttiva *Bolkestein* (dir. 2006/123/Ue) pubblicata nella G.U.U.E. del 27 dicembre 2006.

La direttiva sancisce, quali principi e obiettivi generali dell'ordinamento comunitario, «la libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando al contempo un elevato livello di qualità degli stessi».

Con specifico riguardo al rilascio di titoli, da parte dell'amministrazione, per l'esercizio di attività economiche connotate da scarsità «delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili» – quali sono, per l'appunto, i beni demaniali e, in specie, le coste – l'art. 12 della direttiva³¹, impone agli Stati l'applicazione di procedure selettive tra i potenziali interessati informate ai principi di trasparenza, di imparzialità e di adeguata pubblicità in ogni fase del procedimento.

Nello specifico della questione delle proroghe *ex lege*, il secondo comma dello stesso art. 12 impone, quale requisito essenziale del titolo autorizzativo, la durata limitata dello stesso, escludendo espressamente la facoltà di prevedere procedure di rinnovo automatico ovvero la facoltà di accordare altri vantaggi al prestatore di servizi uscente (nella specie, il concessionario uscente)³².

Pur ponendo l'accento sull'inderogabilità dei principi di trasparenza, evidenza pubblica, libertà di stabilimento, che devono garantire la contendibilità dei titoli autorizzativi, merita una riflessione particolare la norma individuata dall'ultimo comma dell'articolo 12, in base alla quale gli Sta-

³¹ «Articolo 12 – Selezione tra diversi candidati:

1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».

³² Per completezza espositiva, è il caso di evidenziare che, come chiarito nelle premesse della direttiva, nel trentanovesimo considerando, la nozione di «regime di autorizzazioni» comprende tutte le procedure amministrative finalizzate al rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni e, dunque, anche le concessioni per la valorizzazione e lo sfruttamento economico del demanio marittimo.

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

ti membri, nel disciplinare le procedure selettive, possono tenere conto di considerazioni connesse a ragioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, di salute e di sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, di protezione dell'ambiente, di salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto comunitario.

Se dunque, da un lato, l'art. 12 è chiaro nell'escludere che gli Stati membri possano ricorrere ad automatismi e proroghe *ex lege* ovvero, più in generale, a disposizioni limitative della concorrenza³³ e in contrasto con il libero mercato, dall'altro lato, parrebbe che il terzo comma consenta un qualche minimo spazio di manovra agli Stati membri, ove adeguatamente giustificato da motivi imperativi di interesse generale fra quelli tassativamente indicati dalla direttiva.

Uno Stato membro potrebbe infatti astrattamente tentare di giustificare una proroga temporalmente limitata ove l'immediato ricorso al mercato ponesse criticità circa la continuità, l'efficienza, e la qualità del servizio oppure, ad esempio, questioni di carattere ambientale³⁴ ovvero connesse a inderogabili e prevalenti ragioni di salute pubblica.

Tuttavia, stante la chiarezza del criterio coniato dalla direttiva e riaffermato con la nota pronuncia *Promoimpresa-Melis* della Corte di giustizia dell'Unione europea del 14 luglio 2016³⁵, l'indirizzo dell'ordinamento co-

³³ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), anche di recente, pronunciandosi sugli atti e sulla disciplina di una gara concernente l'assegnazione di nuove concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreativa, ha avuto modo di ribadire la cogenza, nell'ordinamento interno, dei principi posti a tutela della concorrenza e della libera circolazione delle imprese, codificati dagli artt. 41 e 117, c. 2, lett. e), Cost., e dagli artt. 49 e 56 TFUE (AGCM, AS153 – Comune di Trinità D'Agultu e Vignola (OT) – gara concernente l'assegnazione di nuove concessioni demaniali marittime per finalità turistico- ricreativa, parere del 22 gennaio 2020, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità del 30 marzo 2020, n. 13).

³⁴ Se tale tesi potrebbe risultare astrattamente sostenibile soprattutto nell'interesse dei concessionari uscenti, è indubbio il *favor* dell'ordinamento comunitario, che si traduce in imperativo categorico, direttamente operante negli ordinamenti interni, per il principio dell'evidenza pubblica.

³⁵ La nota pronuncia in parola ha fissato due principi, estremamente chiari, di immediata cogenza per gli ordinamenti interni, in base ai quali «1) L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. 2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presen-

munitario appare piuttosto inequivoco sul punto, tanto da rendere oltremodo difficoltose eventuali applicazioni di segno differente nell'ordinamento interno³⁶.

tano un interesse transfrontaliero certo» (C. giust. UE., sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, C-67/15, Promoinpresa Srl (C-458/14) vs consorzio dei comuni della sponda bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, regione Lombardia, e Mario Melis e altri (C-67/15) vs comune di Loiri Porto San Paolo, provincia di Olbia Tempio, Alessandro Piredda e altri, ECLI:EU:C:2016:558, punto 75).

³⁶ Meritano di essere citate una serie di pronunce della Corte costituzionale che hanno esaminato a più riprese la questione, soffermandosi in particolare sul riparto di competenze tra Stato e regioni e scrutinando la legittimità di normative regionali in relazione al titolo di intervento «tutela della concorrenza» riservato dal secondo comma dell'art. 117 Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (C. cost. nn. 1/2019; 221/2018; 118/2018; 40/2017). Sul punto, per una riflessione critica sulle pronunce di incostituzionalità si rimanda alle considerazioni di A. Greco, *Il Legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo. Problemi di costituzionalità e "tenuta comunitaria" nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in *federalismi.it*, 2011, n. 14; M. Ceruti, *La grande illusione: la proroga ex lege delle concessioni demaniali*, in *App. contr.*, 2019, 58 ss. Per alcune posizioni scettiche sugli indirizzi ermeneutici della Corte costituzionale, si rimanda ad A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del Giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *federalismi.it*, 2016, n. 14.

Di particolare interesse sono le sentenze con le quali la Corte ha avuto modo di vagliare disposizioni regionali che prevedevano il pagamento di un indennizzo al concessionario uscente, chiarendo che tali previsioni, che rispondono alle aspettative patrimoniali del concessionario uscente all'esito della definizione del rapporto concessorio e costituiscono un obbligo per il nuovo concessionario «non trovano regolamentazione nella disciplina legislativa statale di riferimento, contenuta nel codice della navigazione, in caso di ordinaria definizione del rapporto. In particolare, in ordine al mancato rinnovo della concessione in essere, il codice della navigazione non assegna alcun rilievo alle componenti economico-aziendali dell'impresa del concessionario uscente e, in ogni caso, non prevede oneri destinati a gravare sul nuovo concessionario». Nella sentenza pronunciata in esito al ricorso con il quale era stata impugnata una norma della regione Friuli, la Consulta ha avuto modo di specificare che «non diversamente dalla citata disposizione della regione Toscana già dichiarata illegittima, anche quella oggetto della odierna impugnazione introduce, pertanto, evidenti novità nella regolamentazione delle situazioni patrimoniali conseguenti alla cessazione, per scadenza del termine, delle relative concessioni demaniali, differenziando la disciplina della Regione resistente da quella prevista per il resto del territorio nazionale. Ne viene che, quali che siano le «[...] giustificazioni addotte dalla Regione a sostegno della scelta normativa in esame, è di chiara evidenza che un siffatto obbligo [...] influisce sensibilmente sulle prospettive di acquisizione della concessione, rappresentando una delle componenti del costo dell'affidamento. La previsione dell'indennizzo [...] incide infatti sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento (sentenza n. 157/2017). Di qui la ritenuta violazione del parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.» (C. cost. nn. 109/2018 e 157/2017).

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

Nella storica sentenza in parola, il giudice comunitario, dopo aver chiarito che rientra nella nozione di autorizzazione di cui alla dir. 2006/123/UE ogni atto formale che l'operatore debba ottenere dalle autorità nazionali per poter esercitare la propria attività economica, ha enunciato i principi che regolano la materia, ai quali gli ordinamenti interni sono tenuti a conformarsi.

La Corte di giustizia afferma chiaramente il principio per il quale il rilascio dei titoli abilitativi a cui è subordinato l'esercizio di una determinata attività, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura imparziale, trasparente e conforme ai canoni dell'evidenza pubblica.

Muovendo da tale presupposto, conclude statuendo, in via generale, che la proroga automatica dei titoli non consente di organizzare la procedura selettiva in parola.

Riguardo alle ipotesi derogatorie sulle quali si sofferma il terzo comma dell'art. 12 della direttiva, la sentenza specifica che gli Stati possono tener conto di motivi imperativi di interesse generale solo nel momento in cui fissano le regole della procedura, escludendo che la norma possa essere interpretata nel senso di giustificare una proroga automatica del titolo qualora il rilascio iniziale non derivi da una procedura selettiva informata ai principi suesposti.

Di particolare interesse si rivela il passaggio (punto 56) nel quale la Corte offre un'interpretazione del complesso rapporto fra legittimo affidamento e proroga del titolo, evidenziando come la tutela del legittimo affidamento richieda e presupponga, per sua natura, una valutazione caso per caso, in esito alla quale si dimostri che il titolare poteva aspettarsi il rinnovo, escludendo, dunque, che una tale giustificazione possa essere validamente invocata e indiscriminatamente applicata a tutte le autorizzazioni.

È sulla base di tale ricostruzione che la sentenza giunge ad affermare il principio per il quale la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali per attività turistico ricreative, in assenza di qualsivoglia procedura selettiva tra i potenziali candidati, si pone in contrasto con la disciplina dell'ordinamento comunitario e, in particolare, con l'art. 12, dir. 2006/123/UE.

Esaminando la questione in una differente prospettiva, la Corte di giustizia, a partire dal punto 58 della sentenza, si sofferma sulla conformità di una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali per attività turistico ricettive con gli artt. 49, 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Si tratta delle norme che codificano, rispettivamente, i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione.

La sentenza precisa che le concessioni demaniali marittime in esame attengono a un diritto di stabilimento nell'area demaniale per uno sfruttamento economico mediante l'esercizio di attività turistico-ricreative, così rientrando nell'ambito di applicazione della disciplina sulla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE.

Pertanto, ove la concessione presenti un interesse transfrontaliero³⁷ certo, l'assegnazione della stessa ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice genera un'evidente disparità di trattamento, vietata dall'art. 49 del TFUE, a danno di imprese con sede in un altro Stato, che potrebbero ambire al medesimo bene della vita.

È sulla base dei principi enunciati dalla sentenza in commento che occorre valutare anche le recenti proroghe dei rapporti concessori in essere, disposte dal legislatore in continuità con una prassi tanto dibattuta quanto consolidata.

D'altra parte, sulla coerenza dei principi e delle norme dell'ordinamento comunitario e sulla loro immediata applicabilità negli ordinamenti interni, la giurisprudenza è sempre stata chiara nel prevedere che «in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, categoriche e sufficientemente precise, i soggetti dell'ordinamento possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato membro, vuoi qualora esso abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, vuoi qualora l'abbia recepita in modo scorretto» (C. giust. UE., sez. IV, sentenza del 24 maggio 2012, *Amia s.p.a. in liquidazione vs provincia regionale di Palermo*, C-97/11, ECLI:EU:C:2012:306, punto 33).

Dunque, stante la chiarezza e la specificità della disposizione di cui all'art. 12, c. 2, della direttiva del 2006, appare arduo escluderne l'immediata applicabilità nell'ordinamento interno e, dunque, l'obbligo di diretta applicazione da parte delle amministrazioni e dei pubblici poteri nazionali,

³⁷ Sul punto, la sentenza *Promoimpresa-Melis*, ripercorrendo gli arresti più significativi della giurisprudenza comunitaria, ha ricordato che la sussistenza di tale presupposto deve essere valutata «sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 30)» (C. giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, C-67/15, *Promoimpresa Srl (C-458/14) vs consorzio dei comuni della sponda bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, regione Lombardia, e Mario Melis e altri (C-67/15) v comune di Loiri Porto San Paolo, provincia di Olbia Tempio, Alessandro Piredda e altri*, ECLI:EU:C:2016:558, punto 66).

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

anche alla luce della costante opera ermeneutica portata avanti dalla Corte di giustizia.

Peraltro, in tempi più recenti, nella sentenza *Visser* del 30 gennaio 2018³⁸, il giudice comunitario ha concluso chiarendo che le disposizioni del capo terzo della direttiva 2006/123 si applicano indistintamente a tutte le attività e a tutti gli operatori economici, indipendentemente dallo Stato di appartenenza, dallo Stato in cui l'operatore economico intende stabilirsi e dall'interesse transfrontaliero dell'attività, poiché la *ratio* della direttiva è quella di «contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale» (C. giust. UE., sez. III, sentenza del 1° ottobre 2015, *Trijber e Harmsen*, C-340/14 e C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641, punto 44).

Dunque, per quanto di interesse in questa sede, il recente indirizzo della giurisprudenza comunitaria va ad accrescere ulteriormente la platea dei potenziali controinteressati, essendo venuto meno l'onere di dimostrare l'interesse transfrontaliero dell'attività oggetto della concessione, essendo definitivamente superata tale distinzione.

Appare davvero arduo ipotizzare che una nuova proroga *ex lege* disposta dall'ordinamento interno possa incontrare il favor dell'ordinamento comunitario e, in particolare, della Corte di giustizia, quali che siano le giustificazioni e motivazioni addotte.

5. Un dibattito aperto alla luce delle modalità attuative della proroga, in attesa del d.P.C.M.

Alla luce dello scenario che si è venuto a creare, la questione è di estrema attualità e appare destinata ad alimentare un vivace dibattito, soprattutto nelle more e a seguito dell'adozione dell'atteso d.P.C.M.³⁹.

La proroga *ex lege* delle concessioni in essere rappresenta la questione più delicata e attuale per le amministrazioni⁴⁰ e per gli operatori economici

³⁸ In tale pronuncia, il giudice comunitario, scrutinando il principio della libertà di stabilimento codificato al capo terzo della direttiva servizi 2006/123/UE, chiarisce che la disciplina ivi contenuta non reca alcun riferimento all'interesse transfrontaliero, non facendo alcuna distinzione tra attività di servizio comprendenti elementi di carattere estero e attività di servizio prive di qualsiasi elemento di tal genere in quanto elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro.

³⁹ Ossia del primo fra i due decreti attuativi previsti dalla finanziaria 2019.

⁴⁰ Di particolare interesse sono le circolari emanate dalle diverse amministrazioni regionali che, con sfumature e sulla base di tesi differenti, hanno invitato i comuni a prendere atto dell'intervenuta proroga *ex lege*.

del settore⁴¹, chiamati a misurarsi con le incertezze generate dalle recenti pronunce dei giudici amministrativi e con le questioni irrisolte, inerenti al difficile rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario, riversando tutte le aspettative sul d.P.C.M.⁴², con la speranza che l'agognato

Oltre alla già richiamata circolare di regione Toscana, è il caso di citare le circolari di regione Sardegna, approvata con determinazione n. 54, prot. n. 1942 del 20 gennaio 2020, di regione Emilia-Romagna, PG/2019/0320063 del 2 aprile 2019, di regione Liguria, prot. n. PG/2019/45324 del 12 febbraio 2019, di regione Calabria, prot. SIAR n. 37054 del 25 ottobre 2019.

È il caso, infine, di riferire delle prassi assunte dalle singole amministrazioni comunali competenti, anche mediante atti di indirizzo da parte degli organi politici con i quali si demanda ai dirigenti competenti l'adozione degli atti di gestione connessi e conseguenti (fra le tante, si rimanda alla deliberazione della giunta comunale di Bari del 31 marzo 2020 n. 207).

⁴¹ Nell'ordinamento interno, è il caso di soffermarsi sulle specificità della situazione di Regione Toscana, nella quale il Legislatore regionale, ben prima che intervenisse l'ultima proroga *ex lege* introdotta con la recente legge finanziaria per il 2019, ha previsto la possibilità di rilascio di nuovi titoli concessori, mediante atto formale, di durata compresa tra i sei e i vent'anni.

Si tratta delle disposizioni dettate dalla l.rg. Toscana n. 31/2016, che, in applicazione dell'art. 03, c. 4-*bis*, d.l. n. 400/93, all'art. 2 ha previsto, quale condizione di rilascio del titolo concessorio, l'impegno dell'assegnatario a non affidare a terzi le attività oggetto di concessione (art. 2, c. 1, lett. *a*) demandando alla giunta regionale il compito di approvare le linee guida per l'istruttoria e la valutazione delle istanze di rilascio delle concessioni in parola.

In ossequio alla disposizione appena richiamata, la giunta regionale, con delibera del 7 giugno 2016, n. 544 ha approvato le «Linee guida per l'istruttoria e la valutazione delle istanze per il rilascio di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative». Particolarmente oculata appare la scelta dell'amministrazione regionale di rapportare la durata della concessione agli investimenti programmati dal concessionario, ravvisando nel piano economico e finanziario allegato all'istanza il fulcro della richiesta del privato sul quale deve appuntarsi l'istruttoria finalizzata al rilascio del titolo.

Peraltro, secondo quanto disposto al punto 9 delle linee guida, la procedura disegnata da regione Toscana rispetta anche gli ordinari principi di pubblicità, in quanto prevede che l'istanza venga pubblicata ai sensi dell'art. 18 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione di cui al d.p.r. 15 febbraio 1952, n. 328.

Infine, non certo secondario è il fatto che la disciplina regionale toscana abbia resistito alle critiche e alle censure mosse dal governo di fronte alla Corte costituzionale che, pronunciandosi con la sentenza n. 157/2017, ha "salvato", *in parte qua*, l'impianto della disciplina regionale in commento. Dunque, in Toscana, coesistono titoli concessori che andranno a scadere all'ordinario termine, previsto dall'ultima proroga *ex lege*, del 31 dicembre 2020, e rapporti già prorogati mediante il rilascio di appositi atti formali, ai sensi della l. n. 31/2016.

⁴² Appare alquanto discutibile la scelta del Legislatore di demandare a un d.P.C.M. il compito di provvedere a un organico riordino della disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, anche in considerazione del fatto che la fonte primaria pretenderebbe un intervento, mediante l'emanando atto amministrativo, sulla disciplina dettata dal codice della navigazione. Sembrerebbe quasi che l'unico intendo del Legislatore statale sia quello di

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

provvedimento attuativo sia in grado di offrire alle Istituzioni comunitarie le risposte che, oramai da anni, chiedono all'Italia⁴³.

Il dibattito è aperto, anche se è possibile, sin d'ora, tratteggiare le posizioni e gli interessi che si andranno a contrapporre, distinguendo fra operatori economici interessati a entrare nel mercato di riferimento e concessionari uscenti, che, anche alla luce della storia dell'impresa balneare italiana e degli investimenti fatti, chiedono di mantenere lo *status quo*.

L'attenzione è dunque tutta concentrata sul provvedimento attuativo che il governo è chiamato ad adottare e sul quale è aperto il confronto con la Commissione europea.

A prescindere dalle perplessità circa l'idoneità di una fonte regolamentare a superare i dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con l'ordinamento comunitario di una fonte di rango primario, nonché a traguardare gli ambiziosi obiettivi delle amministrazioni e dagli operatori economici interessati, il governo è oggi chiamato a rappresentare adeguatamente in sede comunitaria le peculiarità dell'impresa balneare italiana e la situazione delle coste della penisola, anche con riguardo agli imprescindibili interventi di difesa, di conservazione e di manutenzione, sempre più importanti e urgenti.

Certo è che, a prescindere dalle argomentazioni spese, è comprensibile la posizione delle regioni e degli operatori del settore, che chiedono certezze in una fase particolarmente convulsa, aggravata dall'attuale situazione di emergenza sanitaria e dalle conseguenti criticità connesse all'organizzazione delle spiagge.

Altrettanto meritevole di considerazione è la difficoltà del governo, chiamato a confrontarsi con la stratificazione della normativa interna, che è andata man mano alimentando incertezze e difficoltà in sede applicativa, con una serie di proroghe e rinvii che si sono susseguiti nel corso degli anni, generando diffidenza da parte dell'Unione europea, con la peculiare situazione interna, nella quale sarebbe riduttivo parlare di concessioni senza considerare le caratteristiche tipiche dell'impresa balneare italiana.

È in queste contraddizioni irrisolte che trova compiuta spiegazione l'acceso confronto fra Stato e regioni.

rinvviare, per l'ennesima volta, il problema, affidando le sorti della delicata materia ai tanto attesi d.P.C.M. Sul piano della tecnica normativa e guardando alla gerarchia delle fonti, sarebbe apparsa più idonea la scelta di provvedere mediante una disciplina di legge *ad hoc*, che recepisce i principi conati dalla sentenza *Promoimpresa*.

⁴³ Sulla questione, si richiama, per un esaustivo *excursus* della normativa interna, G. Montaccini, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative*, in *App. contr.*, marzo 2019.

È emblematico il tenore della circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del dicembre 2019, nella quale, per quanto possa sembrare anomalo e paradossale, è la stessa amministrazione statale a concludere affermando che «l'operatività delle proroghe disposte dal Legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del Giudice comunitario», lasciando qualche minima apertura laddove sussistano presupposti tali da giustificare la buona fede del concessionario, ma concludendo con l'affermazione dell'obbligo generale di disapplicazione della norma interna «anche per l'apparato amministrativo dello Stato e per i suoi funzionari»⁴⁴.

A riprova e conferma delle tensioni che segnano i recenti sviluppi, è il caso di soffermarsi anche sull'ordine del giorno, presentato in Conferenza unificata nella seduta del 20 febbraio scorso⁴⁵, nel quale le regioni e le province autonome, richiamando «i recenti orientamenti giurisprudenziali, sia interni che europei, sulla presunta illegittimità» delle norme della finanziaria 2019, «soprattutto per la parte in cui prevedono l'estensione delle concessioni in essere», hanno evidenziato le criticità che si pongono in sede attuativa e la «confusione tra gli operatori del settore», ingenerata anche dalle pronunce della giurisprudenza amministrativa.

In tale atto, le regioni fanno riferimento a uno schema di d.P.C.M. – i cui contenuti rimangono, allo stato, ignoti – che sarebbe già stato inviato in Commissione europea, «la quale ha chiesto chiarimenti in merito», e danno conto dell'avvenuta costituzione di un tavolo interministeriale allo scopo di affrontare le questioni poste dalla Commissione europea, chiedendo espressamente di essere coinvolte in tale percorso.

Già in precedenza, rispondendo a un'interrogazione parlamentare circa i tempi di emanazione del d.P.C.M., la Ministra delle infrastrutture e dei trasporti aveva affermato che la riforma delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative è oggetto di attento scrutinio da parte della Commissione europea, precisando che si è reso necessario, pertanto, sottoporre alla Commissione lo schema di d.P.C.M. previsto dall'art. 1, c. 675, della legge di bilancio per l'anno 2019 e che, in particolare, la Commissione Europea «ha chiesto delucidazioni in ordine alla prevista estensione

⁴⁴ Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Dipartimento per i trasporti, la navigazione, gli affari generali ed il personale, Direzione generale per la vigilanza sulle Autorità portuali, le infrastrutture portuali ed il trasporto marittimo e per vie d'acqua interna, circolare del 10 dicembre 2019, invita alle Autorità di sistema portuale.

⁴⁵ Conferenza delle regioni e delle province autonome 20/15/CU9/C4, *Ordine del giorno sulle problematiche del demanio marittimo*, iscritto al punto 9 dell'ordine del giorno della convocazione della Conferenza unificata del 20 febbraio 2020.

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

temporale delle concessioni in essere, nonché in relazione all'istituzione del Registro degli operatori economici ammessi a partecipare all'affidamento delle nuove concessioni»⁴⁶.

Dunque, per quanto la violazione di termini ordinatori previsti per l'adozione di un provvedimento attuativo purtroppo non rappresenti una novità nel nostro ordinamento, nel caso di specie, sembrerebbe che i ritardi siano da ricondurre alla delicatezza degli interessi in gioco e alla complessità delle questioni giuridiche ancora sul tavolo e tuttora irrisolte.

Della bozza di d.P.C.M. non è stata data particolare pubblicità da parte del governo; tanto è vero che le regioni, ancora nella seduta della Conferenza unificata del 20 febbraio scorso, lamentavano il loro mancato coinvolgimento nel tavolo tecnico all'uopo istituito e, addirittura, l'assenza di notizie e comunicazioni da parte del governo.

Certo è che, dalle sporadiche e frammentarie notizie provenienti dalle sedi istituzionali, parrebbe che lo schema di decreto non abbia tralasciato l'obiettivo di placare e superare le inquietudini e le perplessità delle Istituzioni comunitarie.

Nonostante la richiesta di coinvolgimento al tavolo tecnico sia stata recepita, il confronto fra Stato e regioni non ha certo assunto toni più morbidi e l'individuazione di soluzioni condivise non pare affatto imminente e scontata.

Occorre, dunque, attendere gli sviluppi e, in particolare il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, del quale si dibatte da mesi, e sul quale sono puntati i riflettori di tutti gli attori coinvolti.

Nelle more, è verosimile ipotizzare che i concessionari e l'impresa balneare italiana portino avanti la loro azione per mettere al sicuro i titoli in essere, chiedendo alle diverse amministrazioni interessate di prendere atto di una norma di legge interna, confermata e rafforzata in sede di conversione del *decreto rilancio*, che, pur con tutte le problematiche giuridiche di cui si è dato conto, dispone comunque la proroga di quindici anni delle concessioni in scadenza.

Nell'annoso dibattito sul rapporto fra disciplina interna e disposizioni comunitarie, si inserisce oggi l'emergenza sanitaria che incide radicalmente sulle sorti del settore turistico e, in particolare, sull'organizzazione degli stabilimenti balneari e delle spiagge.

È in questo quadro che si colloca l'ultimo documento approvato in Conferenza delle regioni il 23 aprile scorso, nel quale, affrontando una serie

⁴⁶ Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVIII Legislatura, discussioni, seduta di mercoledì 29 gennaio 2020, resoconto stenografico, 38.

di questioni connesse alla pandemia e, nella specie, alla ripresa delle attività che si svolgono sul demanio marittimo e alla sospensione dei canoni demaniali, si torna sul punto nodale della «validità dell'estensione di quindici anni delle concessioni demaniali marittime»⁴⁷.

Riproponendo le ben note criticità, evidenziate a più riprese da regioni ed enti locali, il documento invita nuovamente il governo a mettere in salvo l'operatività della proroga *ex lege* disposta dalla finanziaria per il 2019, con specifico riguardo alla puntuale indicazione delle modalità applicative che le amministrazioni interessate dovranno seguire in modo omogeneo.

Rispondendo a tale ennesima sollecitazione delle regioni, il Ministro per i beni e le attività culturali e il turismo garantiva l'approvazione di una norma *ad hoc*, inserita in quello che inizialmente, nelle intenzioni del governo, avrebbe dovuto essere il cosiddetto *decreto aprile*, poi divenuto *decreto rilancio*, emanato il 19 maggio e convertito in legge nel luglio scorso.

Ancora una volta, parrebbe che la montagna abbia partorito un topolino, deludendo le aspettative delle categorie economiche e, se possibile, aprendo nuovi, ulteriori, interrogativi.

Il governo altro non ha fatto che introdurre una disposizione con la quale, da un lato, intende tacitare le questioni poste dalla giurisprudenza in seguito alla proroga *ex lege* contenuta nella finanziaria 2019, dall'altro lato, vorrebbe scongiurare la disapplicazione, da parte delle amministrazioni, della norma che ha disposto l'ultima proroga *ex lege*, ribadendone la piena efficacia.

Senza alcuna pretesa di trarre conclusioni immediate, ancora una volta, parrebbe che Amministrazioni e concessionari siano chiamati a misurarsi con le incertezze e le ambiguità della disciplina.

Nemmeno il recente intervento legislativo si mostra idoneo a risolvere definitivamente le diverse questioni aperte, trattandosi di una sorta di “circolare” contenuta in una fonte di rango primario, introdotta al solo fine di ribadire l'operatività della proroga *ex lege* di quindici anni.

Tuttavia, non è certo la scelta della fonte normativa che può porre fine alle perplessità e alle censure mosse dalle Istituzioni comunitarie⁴⁸.

⁴⁷ Documento della Conferenza delle regioni e delle province autonome sulle problematiche del demanio marittimo nella fase 2 dell'emergenza Covid-19 n. 20/62/CR11/C5 del 23 aprile 2020.

⁴⁸ Per un'esauritiva ricognizione della situazione italiana vista nell'ottica delle Istituzioni comunitarie, si rimanda allo studio per la Commissione PETI, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*, commissionato dall'unità tematica Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo, ultimato nel 2017, nel quale si ravvisa l'assoluta necessità di una riforma organica del settore balneare, non più procrastinabile

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

Anche in considerazione dei principi dettati dalla dir. 2006/123/Ue, si tratterà di capire se le conseguenze dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 rappresentino una giustificazione sufficiente a giustificare la riaffermazione della vicenda della proroga *ex lege* e, dunque, una nuova deroga dell'ordinamento interno alle norme comunitarie.

Per quanto si tratti di una questione che il legislatore sembrerebbe aver liquidato con una formula di stile – «per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 [...]» – in realtà il dibattito potrebbe essere affrontato in chiave nuova, in ragione della situazione del tutto straordinaria nella quale è stata emanata la norma.

La concorrenza, il mercato, la libertà di stabilimento e l'evidenza pubblica devono oggi trovare un equilibrato e attento bilanciamento con le situazioni nuove e le criticità generate dall'emergenza sanitaria.

Per garantire la sicurezza delle spiagge e dell'attività balneare mediante l'applicazione delle disposizioni emergenziali che impongono il distanziamento sono stati e verosimilmente saranno ancora richiesti importanti investimenti agli operatori.

Proprio le nuove esigenze imposte dall'emergenza sanitaria potrebbero giustificare il mancato ricorso al mercato e la deroga all'evidenza pubblica in ragione della prioritaria esigenza di garantire la continuità del servizio preservando il superiore interesse connesso alla salute pubblica; si tratta, tuttavia, di ipotesi che, per quanto suggestive, paiono inidonee a tacitare le richieste delle Istituzioni comunitarie⁴⁹.

In attesa degli sviluppi e degli esiti delle prime esperienze applicative della nuova norma, è infine interessante soffermarsi su due passaggi conclusivi del documento delle regioni del 23 aprile.

Affermando la necessità di ribadire l'operatività della proroga, le regioni concludevano con la laconica espressione: «spetta al Governo trovare la

(lo studio è pubblicato sul sito web istituzionale del Parlamento Europeo ed è consultabile al seguente link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU\(2017\)596809_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf)).

⁴⁹ È emblematico quanto emerge dalle schede di lettura e dai dossier prodotti in seno ai lavori parlamentari dell'*iter* di conversione del *decreto rilancio* riguardo alla norma dell'art. 182, c. 2, nei quali, fra l'altro «si rileva che il nuovo d.P.C.M. di revisione del sistema delle concessioni demaniali previsto dalla legge di bilancio per il 2019 non è stato adottato», per concludere con l'auspicio, tanto sibillino quanto rivelatore della delicatezza della questione, per il quale «andrebbero altresì acquisiti elementi in merito alla conformità delle disposizioni alla normativa europea» (Camera dei deputati-Senato della Repubblica, dossier del 30 maggio 2020, d.l. 34/20200-A.C. 2500, Parte II, profili finanziari).

forma più opportuna per farlo»; vale a dire che le regioni non sembravano vedere all'orizzonte soluzioni piane e pacifiche, ragione per la quale si limitavano a porre l'accento su un fine ben noto e ripetuto da anni, lasciando al governo l'arduo compito di individuare lo strumento idoneo.

A conferma della consapevolezza circa le difficoltà che incombono sulla materia e sul settore, le regioni arrivavano a chiedere al governo di valutare l'esclusione delle strutture e degli operatori balneari dal regime della direttiva servizi per sottoporle al regime della concessione dei beni pubblici «anche tramite il trasferimento degli arenili sui quali essi insistono dal demanio al patrimonio disponibile dello Stato»⁵⁰.

Mentre fino a poco tempo fa tutta l'attesa sembrava concentrata sul d.P.C.M. e sulla riforma organica del settore, oggi le attenzioni e le ambiziose aspettative di una risposta definitiva, che garantisca la compatibilità del sistema italiano con i principi comunitari, paiono relegate sullo sfondo, a favore di una riaffermazione forte della proroga già introdotta con la finanziaria 2019.

È emblematica e apre a nuovi ulteriori interrogativi – se mai ce ne fosse bisogno – la conclusione sibillina con la quale le regioni invitavano il governo a trovare una modalità che sottragga gli stabilimenti balneari all'applicazione della direttiva *Bolkestein*.

A prescindere dalle sorti della disposizione introdotta dal *decreto rilancio*, ribadita ed estesa, per ciò che attiene all'ambito di applicazione, dal successivo *decreto agosto*, e dei possibili interventi della giurisprudenza, parrebbe che il dibattito sia destinato a nuove evoluzioni e ad approdi non scontati; occorrerà seguire, in particolare, il cammino e le sorti del d.P.C.M., sul quale non si arresta il confronto fra il governo e le Istituzioni comunitarie.

⁵⁰ Per una riflessione critica circa le prospettive e gli aspetti problematici sottesi al passaggio paventato dalle Regioni si rimanda a M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio. Basi per uno studio sulla disciplina legislativa dei beni pubblici*, Torino, Giappichelli, 2018, 93 ss.; la questione non è nuova nel dibattito dottrinale ed è stata affrontata, fra gli altri, da E. Vermiglio, *Concessioni di beni demaniali marittimi e concessioni di servizi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE: una distinzione dai contorni sempre più sfumati?*, in *Il diritto marittimo*, anno CXIX–Terza serie, fasc. n. 3, luglio–settembre 2017. Di particolare interesse sul punto, M. D'Alberti, *Le concessioni come proprietà pubblica. Prospettive di riforma*, relazione tenuta alla giornata di studio «Gestione del Patrimonio pubblico, proprietà privata e proprietà pubblica», organizzata dall'Accademia nazionale dei Lincei, 6 giugno 2006, pubblicata in *Astrid-online.it*

le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime

Abstract

The purpose of this work is to carry out a survey on the discipline and the most recent guidelines on the subject of state-owned shore concessions for tourist-recreational purposes. The 2019 budget, by postponing the identification of the detailed regulations to a specific decree of the President of the Council of Ministers, ordered the extension by law of fifteen years of the existing concessions. The Council of State has already stigmatized this choice by the internal legislator and, at this stage, pending the much-desired Prime Ministerial decree, uncertainty reigns in the application. The imminent expiry of the existing concessions on the 31st of December 2020, by virtue of the previous extension, has brought the issue back to the center of the debate. With the relaunch decree, the Government approved a specific rule to reaffirm the validity and effectiveness of the extension pursuant to law established by law no. 145/2018. However, the uncertainties remain, despite the approval of the conversion law and the subsequent regulatory intervention contained in the august decree, pending the d.P.C.M. provided for by the 2019 budget, with the hope that the Italian government can give Europe the answers which the Community institutions have been asking our country for years.

ARTICOLI

SALVATORE MILAZZO

LA COMUNICAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, TRA MUTATE ESIGENZE “SOCIALI” E NECESSITÀ DI NUOVE FIGURE PROFESSIONALI*

SOMMARIO: 1. La comunicazione della pubblica amministrazione: inquadramento generale ed *excursus* normativo. – 2. Dalla legge n. 150/2000 alla recente normativa in tema di condivisione dei dati e delle informazioni dei pubblici poteri. Informazione, trasparenza e partecipazione quali cardini di un nuovo modello di “condivisione” dell’azione amministrativa. – 3. L’avvento dei *social media* nella comunicazione della p.a. tra innovazione, opportunità e rischi. – 4. I nuovi “professionisti” della comunicazione della pubblica amministrazione: spunti per un adeguato processo di reclutamento, formazione e valutazione dei dipendenti pubblici “comunicatori”. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La comunicazione della pubblica amministrazione: inquadramento generale ed *excursus* normativo

Con l’evoluzione della società e della tecnologia, la pubblica amministrazione è costantemente chiamata a reinventarsi, allo scopo di semplificare e adeguare alle mutate esigenze sociali il modo in cui l’agire amministrativo è declinato con riferimento al tema della implementazione e della gestione dei servizi pubblici. Questa necessità di adattamento ha come punto di convergenza il soddisfacimento dei bisogni del cittadino e l’instaurazione, con la comunità, di un rapporto dialogico, partecipativo, di scambio.

Tale rapporto dialettico dipende, sempre più, oggi, dal modo in cui i pubblici poteri sono in grado di affiancare all’attività amministrativa spazi comunicativi che la rendano accessibile, trasparente, aperta alla partecipazio-

* Testo elaborato ed aggiornato del saggio inedito presentato al Convegno nazionale dell’Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo, «Quali saperi servono alla Pubblica Amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica», Pisa, 10-12 ottobre 2019. Si ringrazia la dott.ssa Alessandra Migliozzi per la collaborazione offerta nell’ideazione del saggio.

ne e, dunque, maggiormente sottoponibile a controllo da parte del cittadino/utente.

In tal senso, la comunicazione pubblica risulta essere manifestazione di un più diffuso e aperto modo di intendere l'esercizio dell'azione amministrativa, meno autoritativo e gerarchico e più fondato su modalità partecipative e di scambio informativo, oltre che improntato sulla maggiore conoscenza, da parte dei soggetti amministrati, dei contenuti e dei limiti dei propri diritti, interessi, nonché dei fini dell'attività della pubblica amministrazione.

Di tal guisa, attraverso la comunicazione pubblica, a cominciare da quella istituzionale, si realizza una maggiore ed efficace tutela della libertà di informazione del cittadino.

In premessa, una prima precisazione, in merito, va fatta delineando i contorni di quella che viene definita come l'informazione amministrativa¹. Come è stato rilevato in dottrina, essa ricomprende sia l'informazione diretta ad informare determinati soggetti in ragione di un loro precipuo interesse, relativo ad uno specifico procedimento, sia l'informazione che, diretta alla collettività², riguarda temi di interesse generale, e la comunicazione pubblica, riconducibile a quelle attività provenienti dalle amministrazioni e che vanno condivise, comportando, come conseguenza, un proficuo scambio di conoscenze con la generalità dei consociati.

Diversi autori, in dottrina, occupandosi di informazione amministrativa, oltre che specificamente del rapporto tra pubblici poteri e comunicazione pubblica hanno provato, in primo luogo, a individuare una congrua definizione tecnica di quest'ultima³. C'è chi, in particolare, ha sostenuto che trattasi di «quella tipologia di comunicazione realizzata da una pubblica am-

¹ Cfr. A. Meloncelli, *L'informazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1993, 51, secondo cui l'informazione amministrativa è la «dichiarazione di conoscenza oggetto di una misura trasmissiva, dichiarazione e misura sono generalmente proceduralizzate».

² Cfr. B.G. Mattarella, *L'informazione amministrativa: profili generali*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, Giappichelli, 2005, 5; ove si individuano una micro-informazione, ad accesso individuale, e una macro-informazione, ossia informazione su temi di interesse generale.

³ Per una attenta ed approfondita analisi della tematica cfr., *ex multis*, M. De Benedetto, *Comunicazione Pubblica*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, Treccani, 2002; *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Merloni, Rimini, Maggioli, 2001; P. Marsocci, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, Cedam, 2002; Id., *La comunicazione delle istituzioni pubbliche*, in *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, a cura di E. Colarullo, Torino, Giappichelli, 2003, 103 ss.; *Informazione e comunicazione della P.A. dopo la l. n. 150/2000*, a cura di T. Krasna, Roma, Ed. istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2003; F. Merloni, *La funzione di informazione pubblica nella società dell'informazione*, in *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di Id., Rimini, Maggioli, 2002, 15 ss.

la comunicazione della pubblica amministrazione

ministrazione che, utilizzando tutti i media a disposizione, pubblicizza presso le diverse tipologie di pubblici, interni ed esterni, la produzione normativa, le attività, le funzioni, l'identità e il punto di vista dell'utente»⁴.

Lo scopo prefissato sarebbe quello di garantire ai cittadini il pieno diritto all'informazione, oltre che migliorare l'immagine dell'ente pubblico, offrendo agli utenti la possibilità di partecipare attivamente all'attività della p.a., per costruire e rafforzare un modello di amministrazione condivisa.

Diversamente, con riferimento ad un differente tipo di approccio (c.d. di "servizio"), si è sostenuto che la comunicazione pubblica debba essere considerata come «lo strumento che permette ai diversi attori che entrano nella sfera pubblica di entrare in relazione tra loro, di confrontare punti di vista e valori per concorrere al comune obiettivo di realizzare l'interesse della comunità [...]»⁵.

Da questo punto di vista, compito della comunicazione pubblica è quello di stimolare la fattiva interazione tra amministrazione e cittadino, immaginando forme di ascolto degli utenti, consentendo agli stessi di portare le proprie esigenze e i propri problemi all'attenzione dell'amministrazione, la quale è chiamata a individuare le soluzioni più utili al fine di corrispondere adeguatamente ai bisogni manifestati dal cittadino.

A ben vedere, le due impostazioni appena citate solo ad una lettura approssimativa possono sembrare in contrasto.

Esse, infatti, vanno ricondotte nell'alveo di una concezione unitaria della comunicazione pubblica, da indicarsi come prerogativa imprescindibile nell'operato della pubblica amministrazione, chiamata a realizzare ed attuare il diritto all'informazione pubblica dei cittadini nella sua integralità, che non può che comprendere, come presupposto, anche la ricerca di archetipi, formule, modalità che rendano protagonista il soggetto amministrato e lo coinvolgano attivamente nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Per chiarire meglio tale concetto occorre, innanzitutto, qualificare più precisamente la portata e i caratteri del diritto all'informazione, riferito alla sfera soggettivamente e oggettivamente pubblica⁶.

⁴ Così R. Grandi, *La comunicazione pubblica. Teorie, casi, profili normativi*, Roma, Carocci 2001, 14.

⁵ È quanto sostenuto in *Comunicazione pubblica e cultura del servizio. Modelli, attori e percorsi*, a cura di F. Faccioli, Roma, Carocci, 2000, 21.

⁶ Per un approccio più puntuale alla distinzione tra concezione di tipo soggettivo e impostazione di tipo oggettivo, cfr. M. Caligiuri, *Comunicazione pubblica, formazione e democrazia*, Soveria Mannelli (CZ), Rubettino, 2003, 33 ss. In particolare, secondo la visione di tipo soggettivistico, sarebbe pubblica ogni forma di comunicazione proveniente dalla pubblica amministrazione. Diversamente, la caratterizzazione di una comunicazione come pubblica è

Il diritto all'informazione pubblica può essere qualificato come situazione giuridica soggettiva, la cui titolarità spetta ai cittadini, nei confronti delle amministrazioni pubbliche, in virtù della quale i pubblici poteri sono chiamati, «doverosamente», a fornire agli stessi cittadini tutte le informazioni necessarie al loro coinvolgimento partecipativo all'esercizio dell'attività amministrativa⁷.

In sostanza, il diritto all'informazione pubblica si staglia come diritto soggettivo del cittadino, che pone l'amministrazione in una posizione di "obbligo" nel rilasciare tutte le informazioni strumentali al coinvolgimento partecipativo di cui s'è detto.

A tal proposito, va tuttavia sottolineato che autorevole dottrina, in merito alla questione dei rapporti tra amministrazione e cittadini e, nello specifico, al dovere di informazione della Pubblica Amministrazione, ha puntualizzato come tali rapporti vadano ricondotti ad una congerie di relazioni che si estrinsecano più sotto il profilo del dover essere, che in termini di ricostruzione sostanziale del diritto, anche se, si precisa, «dovere di informazione, contraddittorio e ricerca del consenso sono tre istituti del dover essere costituzionale dell'amministrazione, dei quali il primo appare come presupposto indispensabile per gli altri due».

Secondo questa impostazione, l'informazione, in realtà, non determina che un'aspettativa in merito alla futura azione amministrativa, da custodirsi nell'alveo della tutela accordata dall'ordinamento a protezione del principio di buona fede⁸.

In ogni caso, va posto in evidenza che il predetto obbligo, posto in capo alle amministrazioni pubbliche, nell'esercizio dell'azione amministrativa, trova la propria giustificazione anche nella concezione che vuole il rapporto tra l'interazione tra amministrazione ed amministrati, non più, oramai, fondato su una impostazione connotata dalla stringente autoritarità della prima nei

legata non già al soggetto che la rende, ma al suo oggetto, che deve contraddistinguersi per essere di interesse generale. In tal senso, la comunicazione pubblica viene intesa come l'insieme delle informazioni e delle notizie che soggetti pubblici e privati, impegnati nell'espletamento di attività di interesse generale, forniscono a persone fisiche, giuridiche e istituzioni, allo scopo di favorire la conoscenza, l'informazione e la partecipazione alle stesse.

⁷ Per una disamina su tale aspetto cfr., *ex multis*, V. Sarcone, *Alcune considerazioni in merito al diritto all'informazione pubblica*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 2004, 63 ss.; *Id.*, *La garanzia del diritto all'informazione pubblica nelle Regioni*, in *Astrid-Rassegna*, 2005, n. 3; A. Mari, *Diritto all'informazione e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1992, 2886 ss.

⁸ È l'opinione di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001 (ristampa con aggiornamenti della medesima opera edita nel 1970), 156 ss.; *Id.*, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991, 215 ss.

la comunicazione della pubblica amministrazione

confronti dei secondi, ma visibilmente più orientato alla ricerca di formule congruenti con quella che alcuni hanno definito come “democratizzazione” dell’attività amministrativa, i cui primi passi sono rinvenibili già nelle leggi di riforma del 1990 (la n. 142 e la n. 241)⁹, di cui si avrà modo di approfondirne la portata nel prosieguo della trattazione.

Volendo seguire il percorso battuto da tale ragionamento, dunque, non può non condividersi l’opinione di chi, traendo le conseguenze dall’impostazione che vuole come sussistente non una mera indicazione di principio o un interesse, ma un diritto soggettivo del cittadino a ricevere le informazioni che gli consentano di partecipare attivamente, anche in funzione di controllo, all’azione dei pubblici poteri, ritiene che la comunicazione pubblica si estrinsechi nella cura in concreto di tale diritto e, come detto, in una funzione amministrativa vera e propria, posta in capo alla pubblica amministrazione.

Seguendo l’autorevole impostazione elaborata da Cassese, secondo cui per funzione amministrativa deve intendersi «quella parte dell’attività che va oltre l’organizzazione, i procedimenti e gli atti [...], l’attività vista nei suoi aspetti “macro”, nel suo assetto normativo globale, laddove l’attività vista nei suoi termini “micro” consiste di procedimenti e provvedimenti»¹⁰, è possibile affermare, infatti, che le attività di informazione e comunicazione, poste in essere dalla pubblica amministrazione, possono considerarsi elementi della più generale «funzione di comunicazione pubblica»¹¹, nonostante la peculiarità per la quale essa non sia caratterizzata, prevalentemente, dall’es-

⁹ Per una riflessione sul tema cfr. V. Sarcone, *La garanzia del diritto all’informazione pubblica nelle Regioni*, cit., 3 ss., oltre che, in modo approfondito, S. Cassese, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602 ss.; G. Arena, *Comunicazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni – riv. trim. Ministero dell’Economia e delle Finanze – Dip.to Politiche Fiscali*, Roma, 2002, n. 2, 15 ss.; Id., *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *St. parl. pol. cost.*, 1997, 29 ss.

¹⁰ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 121 ss. Per una attenta analisi del concetto di «funzione» e della relativa portata cfr., tra gli altri, F. Modugno, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 301 ss.; G. Marongiu, *Funzione*, II) *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989; G. Miele, *Funzione pubblica*, in *Nuovissimo digesto italiano*, VII, Torino, Utet, 686 ss.; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2001, 47 ss.

¹¹ Per un approfondimento sulla funzione di comunicazione pubblica cfr. G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, in *La funzione di comunicazione*, a cura di Id., cit., 29 ss. e G. Azzariti, *La comunicazione come funzioni*, *ivi*, 15 ss. Diversamente, va ricordato come P. Marsocci, *Poteri e pubblicità*, cit., 139 ss., in verità preferisce, al riguardo, far riferimento al concetto di attività amministrativa piuttosto che di funzione in senso tecnico.

sere esercitata per mezzo di strumenti autoritativi, ma, invero, collaborativi e partecipativi.

Attualmente, tale funzione si esplica secondo tre differenti modalità di comunicazione pubblica: la comunicazione istituzionale, svolta prevalentemente dallo Stato, nelle sue articolazioni, dalle regioni, dai comuni, da altri enti pubblici, che riguarda l'istituzione nel suo complesso e ne veicola l'immagine verso l'esterno, allo scopo di rafforzare l'informazione, la conoscenza e, spesso, anche la partecipazione dei soggetti amministrati all'attività amministrativa; la comunicazione politica, tipica di organismi come i partiti politici, finalizzata a consentire di far confluire una serie di opinioni divergenti su un tema di interesse collettivo, non troppo di rado per fini propagandistici; la comunicazione sociale, che promuove la risoluzione di problemi di carattere generale. In questo caso l'obiettivo è quello di convogliare gli interessi e le varie forze verso un risultato comune e condiviso, su specifici temi. Basti pensare, al riguardo, alle campagne di sensibilizzazione o alla c.d. "pubblicità progresso"¹².

Una tale classificazione, unitamente alla valorizzazione di un modello più partecipativo dell'azione amministrativa, da ottenersi tramite l'uso della comunicazione pubblica, non sono che il frutto di una lunga elaborazione giuridica e sociale, correlata alla evoluzione dei compiti esercitati dalle amministrazioni pubbliche.

In un primo tempo, almeno fino agli inizi del Novecento, la comunicazione pubblica era, in sostanza, unidirezionale ed espressa secondo forme obbligatorie di informazione, quali la Gazzetta Ufficiale, il foglio degli annunci legali etc., per mezzo della estrinsecazione di norme, divieti e sanzioni, coerentemente con un modello di amministrazione con funzioni essenzialmente d'ordine, fondate sul mero esercizio dell'attività di *imperium* dello Stato. Con l'intervento pubblico nella gestione diretta dei servizi, prevalentemente secondo le note forme di municipalizzazione degli stessi, la comunicazione acquista forma latente, in quanto si impongono alle stesse amministrazioni azioni di informazione e comunicazione nei confronti dei potenziali utenti dei servizi gestiti. Differentemente, durante il periodo fascista la comunicazione istituzionale è piegata a esigenze di stampo propagandistico¹³.

¹² Cfr., sui caratteri di tale distinzione, A. Rovinetti, *Diritto di parola. Strategie, professioni, tecnologie della comunicazione pubblica*, Milano, il Sole 24 ore, 2002, 32-33.

¹³ Lo studio della propaganda fascista ha prodotto una molteplicità di testi di interesse. Tra gli altri, è bene segnalare: G. Arcangeli, *La cattura della ragione. Aspetti della propaganda fascista*, Roma, Nuova Spada Editrice, 1979; M. Argentieri, *L'occhio del regime*, Firenze, Vallecchi, 1979; G. Ottaviani, *Le veline del Minculpop*, Milano, Todariana Editrice, 1999; P. Cavallo, *La storia attraverso i media*, Napoli, Liguori, 2002 etc.

la comunicazione della pubblica amministrazione

Con riguardo alla stampa e ai mezzi di comunicazione, infatti, l'azione del regime fascista, seguì due direttrici¹⁴: da un lato, la compressione della libertà di stampa, dall'altro, l'assunzione, da parte dello Stato, di una congerie di iniziative quali la diramazione di "ordini per la stampa" o l'uso di mezzi di propaganda quali il cinema, attraverso l'Istituto Luce e Cinecittà, o la radio, mediante l'Ente italiano per le audizioni radiofoniche (Eiar).

Il primo aspetto, di carattere negativo, fu perseguito tramite l'adozione di una legislazione, prevalentemente negli anni Venti del ventesimo secolo¹⁵, che consentiva all'esecutivo non solo di dare il proprio consenso alla nomina del direttore della testata, tramite l'atto di "riconoscimento", ma anche di revocarlo, oltre che di diffidare e disporre il sequestro del giornale, per finalità ampie e discrezionali tali da consentire ampio margine di manovra al regime.

L'azione positiva, propagandistica, sui mezzi di comunicazione, invece, fu anche assicurata mediante la trasformazione dell'ufficio stampa del capo dell'esecutivo prima nel Sottosegretariato per la stampa e la propaganda (1934) e poi nel Ministero della cultura popolare (istituito nel 1935 e così denominato due anni dopo)¹⁶, nel quale furono concentrati anche i poteri repressivi prima assegnati al ministero dell'interno.

In sostanza, il regime si impossessò, totalmente o parzialmente, assicurandone comunque la gestione, dei nuovi mezzi offerti dalla tecnologia, compresse la libertà di stampa e concentrò istituzionalmente il controllo nelle mani del governo.

È durante il periodo repubblicano, quindi, che si assiste, gradualmente, ad un radicale mutamento di prospettiva. Fino agli anni Settanta, invero, l'identità politica e quella amministrativa delle pubbliche amministrazioni si trovano a coincidere.

¹⁴ Una efficace ricostruzione è offerta da S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2016, cap. IV.

¹⁵ Sulla legislazione fascista sulla stampa cfr. V. Castronovo, *La stampa italiana dall'unità al fascismo*, Bari, Laterza, 1970, pp. 342 ss., P. Murialdi, *La stampa del regime fascista* (1980), Roma-Bari, Laterza, 2008. La normativa fascista di riferimento è la seguente: r.d.l. 15 luglio 1923, n. 3288, «norme sulla gerenza e sulla vigilanza dei giornali e delle pubblicazioni periodiche», le relative disposizioni attuative contenute nel r.d.l. 10 luglio 1924, n. 1081; l. 31 dicembre 1925, n. 2307, «disposizioni sulla stampa periodica»; r.d. 4 marzo 1926, n. 371, «approvazione del regolamento contenente disposizioni sulla stampa periodica»; r.d. 24 giugno 1935, n. 1009, «istituzione del Ministero per la stampa e la propaganda»; legge 2 febbraio 1939, n. 374, «norme per la consegna obbligatoria di esemplari degli stampati e delle pubblicazioni».

¹⁶ Su Ufficio stampa e istituzione e attività del Ministero della cultura popolare, cfr. P.V. Cannistraro, *La fabbrica del consenso. Fascismo e mass media*, Roma-Bari, Laterza, 1975, 67 ss. e 101 ss.

Successivamente, si diffonde un modello informativo non più solo a senso unico: si avvia una differenziazione tra l'identità amministrativa e quella politica dell'istituzione e si assiste ad una proliferazione dell'offerta di diverse opzioni di servizi ai cittadini. Iniziano a palesarsi le prime richieste di trasparenza amministrativa.

Sono gli anni Novanta a segnare una svolta importante nel panorama della comunicazione presso le amministrazioni pubbliche. Si iniziano a determinare, infatti, le prime forme di comunicazione bidirezionale, in cui il cittadino comincia ad acquisire sempre più il ruolo, dal carattere addirittura strategico, di utente fornito di strumenti idonei alla partecipazione ai procedimenti dell'amministrazione e, conseguentemente, alla loro condivisione.

Proprio agli inizi degli anni Novanta, due in particolare sono state le leggi che hanno dato avvio ad un epocale processo di riforma della pubblica amministrazione: la l. 8 giugno 1990, n. 142, e la l. 7 agosto 1990, n. 241. La l. n. 142/1990 stabilisce, per la prima volta, che le province ed i comuni, nel proprio statuto, sono tenuti a riconoscere il diritto di accesso ed il diritto di informazione dei cittadini, ai quali spetta il diritto ad essere informati e ad accedere agli atti, alle strutture, ai servizi ed alle informazioni in possesso delle amministrazioni pubbliche. Con la l. n. 241/1990 il legislatore detta compiutamente i criteri ai quali si deve conformare l'attività amministrativa: economicità, efficacia e pubblicità. Accanto a questi criteri, per la prima volta, vengono enucleati il principio di consensualità, la trasparenza dell'azione amministrativa, la partecipazione alla formazione del provvedimento amministrativo e l'accesso ai documenti della pubblica amministrazione.

Com'è stato evidenziato in dottrina, la *ratio* della predetta disciplina va individuata proprio nella volontà di realizzare un nuovo tipo di rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino assicurando – insieme alla trasparenza, alla speditezza, alla economicità dell'azione amministrativa – il coinvolgimento del cittadino nelle procedure, secondo un processo di «democratizzazione» e «semplificazione» del procedimento amministrativo¹⁷.

Semplificazione delle procedure e riorganizzazione amministrativa sono state anche l'oggetto delle riforme di fine anni '90, che hanno altresì fatto emergere la necessità che per realizzare compiutamente il diritto all'informazione pubblica del cittadino, è necessario che il linguaggio utilizzato dall'amministrazione non possa che essere chiaro, diretto e comprensibile.

Su questa scia si innesta tutta la successiva attività legislativa nel set-

¹⁷ Cfr. A. Truini, *L'evoluzione legislativo-giurisprudenziale in tema di procedimenti amministrativi sino alla legge 7 agosto 1990, n. 241. "Principi" della nuova legge*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 1991, n. 2, 272.

la comunicazione della pubblica amministrazione

tore. In tal senso, di massima importanza è la l. 7 giugno 2000, n. 150, con cui è stato ridisegnato il quadro strategico dell'attività di comunicazione prodotta dalla pubblica amministrazione. Essa rappresenta, ancora oggi, il testo fondamentale che disciplina la materia della comunicazione pubblica, in una prospettiva di accesso alle informazioni amministrative, e di trasparenza dell'azione amministrativa.

2. Dalla legge n. 150/2000 alla recente normativa in tema di condivisione dei dati e delle informazioni dei pubblici poteri. Informazione, trasparenza e partecipazione quali cardini di un nuovo modello di “condivisione” dell'azione amministrativa

La disciplina della l. n. 150/2000 costituisce momento significativo del percorso di ampliamento delle forme di diffusione delle conoscenze nei confronti collettività. Si manifesta, con tale intervento normativo, la pregnanza del collegamento tra documentazione amministrativa e informazione. Per la prima volta, infatti, ci si è resi conto che per consentire il concreto esercizio del diritto all'informazione, è necessario che nei compiti e nella organizzazione dell'amministrazione si debbano rinvenire funzioni, organi e strutture capaci di consentire al privato di individuare i dati e i documenti cui accedere e le informazioni da richiedere. Le finalità della legge, esplicitate all'art. 1, sono dirette a favorire l'accesso ai servizi pubblici e all'attività amministrativa, oltre che la conoscenza delle disposizioni normative, incentivando la semplificazione e la trasparenza amministrativa, al fine di promuovere l'immagine delle amministrazioni. La legge, invero, si concentra più sul delineare un assetto organizzativo dell'informazione: sono ampliate le competenze dell'ufficio per le relazioni con il pubblico¹⁸, la cui attività è indirizzata ai cittadini singoli ed associati (art. 8), sono istituiti gli uffici stampa, la cui attività è diretta al rapporto con i mezzi di informazione di massa (art. 9). Sono altresì introdotte disposizioni inerenti la figura del portavoce, che può coadiuvare l'organo di vertice dell'amministrazione pubblica «ai fini dei rapporti di carattere politico-istituzionale con gli organi di informazione» (art. 7).

¹⁸ L'ufficio per le relazioni con il pubblico, istituito con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (art. 12), originariamente, secondo le indicazioni del legislatore, era chiamato a svolgere una funzione di «comunicazione di servizio», per garantire, al contempo, la trasparenza amministrativa e la qualità dei servizi, fornendo uno strumento organizzativo adeguato alle esigenze di attuazione delle funzioni di informazione dalla pubblica amministrazione ai propri amministrati (i cittadini-utenti).

Come risulta evidente da quanto appena detto, la l. n. 150/2000 si ispira ai principi di pubblicità e trasparenza, relativamente alle informazioni e comunicazioni delle amministrazioni a tutela non solo di soggetti interessati a specifici procedimenti, ma più in generale nei confronti di tutti i consociati, anche allo scopo di consentire ai medesimi di acquisire «conoscenze allargate e approfondite su temi di rilevante interesse pubblico e sociale» (art. 1), compresi quelli relativi all'accesso ai servizi pubblici, nonché delle disposizioni legislative, per semplificarne l'applicazione.

L'art. 1, c. 4, l. n. 150/2000, evidenzia quali siano le attività di comunicazione e quali quelle di informazione, distinguendone, di fatto, anche *ratio* e finalità.

L'attività di informazione, infatti, è sostanzialmente destinata ai mezzi di comunicazione di massa e si realizza attraverso la stampa, i canali audiovisivi e qualsivoglia strumento telematico a disposizione. Tale attività rinviene la propria finalizzazione nella necessità di consentire l'acquisizione di elementi conoscitivi oggettivi, al fine di informare correttamente i cittadini, in ossequio ai canoni di correttezza e oggettività del diritto all'informazione, correlato alla libertà di manifestazione del pensiero, che trova tutela all'art. 21 Cost., che consentono la reale estrinsecazione del principio di pluralismo.

L'attività di comunicazione, come delineata dalla legge su menzionata, diversamente, ha come funzione quella di concorrere a costruire la percezione della qualità del servizio e costituisce uno strumento permanente di ascolto e verifica del livello di soddisfazione del cliente/utente, tale da consentire all'organizzazione di adeguare il servizio offerto alle esigenze variamente emergenti.

Entrambe le tipologie, inoltre, vanno distinte dalla comunicazione pubblica, di intesa nella declinazione di significato politico, che si sostanzia in una attività attraverso la quale la politica mostra ai cittadini il modo con il quale trova realizzazione l'indirizzo politico. Tale forma comunicativa, pur essendo connotata da una similarità intrinseca con le attività di informazione e di comunicazione poc'anzi evidenziate, non soggiace, invero, alle responsabilità di oggettivazione informativa cui s'è fatto cenno.

Si tratta di aspetti non di poco conto, che vanno tenuti presenti e che consentono di avere chiara una distinzione che, con l'utilizzo promiscuo dei nuovi mezzi di comunicazione "social" tra politica e amministrazione, rischia di scemare, a danno dell'interesse collettivo.

Nell'ambito del processo di rinnovamento della pubblica amministrazione, un ruolo rilevante va riconosciuto anche alla disciplina inerente i processi di digitalizzazione dei procedimenti e dei documenti amministrativi.

la comunicazione della pubblica amministrazione

Infatti, lo sviluppo del modello dell'amministrazione digitale rappresenta uno dei mezzi attraverso i quali è possibile rendere immediatamente e facilmente conoscibile l'operato delle amministrazioni. È indubbia la stretta correlazione tra i processi di sviluppo della tecnologia informatica e di riforma delle amministrazioni, che portano in automatico a forme più adeguate di pubblicità dell'attività dei pubblici poteri. Così, ad esempio, vanno lette le disposizioni contenute nel d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), ove già si statuiva che «le pubbliche amministrazioni nell'organizzare la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi della trasparenza»¹⁹.

Ancora, il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179²⁰, prevede, tra le altre finalità della nuova disciplina, l'inserimento delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nei rapporti tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, allo scopo di promuovere un processo di radicale riorganizzazione dell'amministrazione dello Stato, in un'ottica di valorizzazione dei cd. diritti di cittadinanza digitale. La *ratio* è quella di concentrare l'attenzione proprio sui diritti digitali di cittadini e imprese²¹.

Altro tassello importante è rappresentato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che riforma il sistema della trasparenza fissato dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, introducendo «l'accesso civico generalizzato» (c.d. «Foia italiano»)²². Il

¹⁹ Con tale normativa, infatti, sono state introdotte misure dirette all'utilizzo, da parte delle amministrazioni, di sistemi di comunicazione con i cittadini tramite la PEC o altre soluzioni tecnologiche equivalenti, per tutte le comunicazioni che richiedono una ricevuta di ritorno ai soggetti che preventivamente hanno dichiarato il proprio indirizzo elettronico. Inoltre, sono stati previsti obblighi di pubblicazione da parte delle amministrazioni centrali sui propri siti istituzionali, nonché regole tecniche che possano contribuire a garantire piena validità alle copie cartacee e, in particolare, a quelle digitali dei documenti informatici, dando maggiore concretezza al processo di dematerializzazione dei documenti della pubblica amministrazione.

²⁰ Recante «Modifiche e integrazioni al codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n.82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».

²¹ È così che, ad esempio, con la Carta della cittadinanza digitale si fonda la base giuridica per implementare *Italia Login*, la piattaforma di accesso che, attraverso il sistema pubblico d'identità digitale e l'anagrafe nazionale della popolazione residente, permette ai cittadini di accedere ai servizi pubblici con un unico nome utente e un'unica password (prenotazioni di visite mediche, partecipazione a pubblici concorsi, istruzione e verifica pratiche previdenziali etc.).

²² Per una valutazione più ampia e completa dei contenuti e della portata del d.lgs. n. 97/2016 cfr., *ex multis*, P. Falletta, *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *federalismi.it*, 30 novembre 2016; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; A. Porporato, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato"*

nuovo “decreto trasparenza”, come sottolineato da diversi autori, contiene degli elementi di profonda innovazione con riguardo alla trasparenza amministrativa, agli obblighi di pubblicazione e al diritto di accesso civico.

Lo si intuisce già dall’art. 2 del decreto, che modifica l’art. 1, c. 1, d.lgs. n. 33/2013, facendo sì che lo scopo della trasparenza non si riduca al solo «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche», ma anche a garantire una forma di accessibilità totale, in funzione di tutela dei diritti fondamentali i quali, come si rileva dalla lettura del c. 2, dell’art. 1, d.lgs. n. 33/2013, sono da ricondursi a «libertà individuali e collettive», oltre che ai «diritti civili, politici e sociali», al diritto ad una buona amministrazione e alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino. L’accesso civico, così delineato, si caratterizza per essere mezzo fondamentale per consentire ai consociati conoscere la documentazione in possesso della pubblica amministrazione. Solo in subordine lo scopo conoscitivo è realizzato tramite gli obblighi di pubblicazione.

Tali considerazioni permettono un pur rapido confronto tra ratio e funzione del sistema della trasparenza come tratteggiata nella l. n. 241/1990 e come delineata dai provvedimenti appena richiamati.

Sia l’accesso documentale ex art. 22, l. n. 241/1990, sia l’accesso civico ex art. 5, d.lgs. n. 33/2013, hanno come finalità quella di assicurare l’imparzialità e la trasparenza dell’attività amministrativa, oltre che di favorire la partecipazione dei privati.

Tuttavia, nell’ipotesi enucleata dal legislatore del 1990, il diritto di accesso è riconosciuto unicamente al soggetto titolare di un interesse qualificato in relazione ad un procedimento amministrativo. Nel caso dell’accesso civico, invece, tale diritto è esteso a qualunque soggetto, singolo o associato, e non vi è la necessità di dimostrare un particolare interesse qualificato a richiedere gli atti o le informazioni.

Infatti, la più recente giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di specificare che «il nuovo accesso civico, che attiene alla cura dei beni comuni a fini d’interesse generale, si affianca senza sovrapposizioni alle forme di pubblicazione on line del 2013 ed all’accesso agli atti amministrativi del 1990, consentendo, del tutto coerentemente con la *ratio* che lo ha ispira e

introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento, in federalismi.it, 14 giugno 2017; S.Villamena, Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili, in federalismi.it, 30 novembre 2016; D.U. Galletta, Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall’entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?, in federalismi.it, 9 maggio 2018.

la comunicazione della pubblica amministrazione

che lo differenzia dall'accesso qualificato previsto dalla citata legge generale sul procedimento, l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazione, a tutti i cittadini singoli ed associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della "Cosa pubblica", oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione»²³.

Ciò che preme sottolineare, ai fini del presente lavoro, è che il comune denominatore di tali interventi legislativi è la volontà di promuovere piena e consapevole partecipazione dei cittadini alle attività pubbliche. L'informazione adeguata, la comunicazione efficace e la partecipazione favoriscono la trasparenza dell'azione amministrativa. Inoltre, implementare gli scambi relazionali fra amministrazione e consociati promuove processi di cittadinanza attiva e incoraggia l'impegno dei cittadini nei confronti dell'azione della pubblica amministrazione, determinando situazioni in cui i membri della collettività siano messi nelle condizioni di contribuire ad indirizzare le decisioni delle amministrazioni pubbliche, svolgendo una funzione di impulso e di proposizione idonea ad instaurare una condizione di reciprocità nel dialogo/confronto con la pubblica amministrazione stessa verso nuove prospettive. Ed è proprio questa relazione dialogica che può esser il grimaldello che consenta alle Istituzioni, soprattutto politiche, anche di recuperare un rapporto che sembra sempre più essere frammentato e lontano.

Una consapevole partecipazione e il sorgere di questo archetipo dialogico, funzionale al progresso del Paese e alla salvaguardia della democrazia partecipativa, possono essere sviluppati solo attraverso la previsione di un'efficace comunicazione da parte dei poteri pubblici, chiamati a confrontarsi con l'imperante influenza di nuove forme di partecipazione popolare, sorte con lo sviluppo della rete internet e dei nuovi mezzi di comunicazione "social", che si impongono non solo sulle formazioni caratteristiche della democrazia rappresentativa (partiti politici, gruppi parlamentari, movimenti sindacali), ma anche sull'amministrazione stessa, che deve ripensare la propria struttura e i propri metodi di selezione anche in funzione di tale evoluzione sociale.

²³ Cfr. Cons. St., sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546, con nota di L. Soldini, *Qualche riflessione sull'accesso civico generalizzato a nota della sentenza n. 1546/2019 del Consiglio di Stato*, in *RAS*, a. 70, 2018, n. 4, 99-113.

3. L'avvento dei *social media* nella comunicazione della p.a. tra innovazione, opportunità e rischi

Da quasi un decennio, i *social media* si sono imposti, nel panorama internazionale, quali strumenti, spesso privilegiati, per la ricerca e la condisione di contenuti informativi, anche concernenti l'azione delle pubbliche amministrazioni. I *social media* rappresentano, specie sotto il profilo della piena attuazione del principio di trasparenza e del diritto di accesso, un valido mezzo per la p.a., se approcciato nel rispetto della normativa e con modalità corrette²⁴.

Prima di addentrarsi nelle conseguenze di tale processo nell'ambito dell'agire amministrativo, almeno sotto il profilo comunicativo, occorre, tuttavia, operare una prima distinzione tra le definizioni *social media* e *social network*, sovente utilizzate, in maniera impropria, come aventi il medesimo significato. Invero, i *social network* sono delle piattaforme che consentono di schematizzare, agevolare e gestire le relazioni sociali. In sostanza, sono ambienti che, semplificando notevolmente le comuni interazioni sociali, danno sostanza a nuove tipologie di aggregazioni sociali. Differentemente, i *social media* costituiscono quei mezzi di comunicazione attraverso i quali le aggregazioni sociali predette trovano la possibilità di sperimentare forme di interazioni e di diffusione di scambio di informazioni²⁵.

Nel settore privato, per le imprese, i *social media* risultano essere di fondamentale importanza, al fine di diffondere e comunicare identità, marchio, prodotti, per meglio attrarre il cliente o operare un conseguente processo di fidelizzazione, per il tramite della creazione di sistemi comunitari di interazione. Pur con delle differenze del caso, uno schema simile, in applicazione delle comuni regole di *marketing*, viene proposto per le pubbliche amministrazioni. Secondo taluni, infatti, anche con riguardo all'azione amministrativa, in molti casi, si è in presenza di un "prodotto" (si pensi alle prestazioni erogate con i servizi pubblici), oltre che di un possibile "consumatore"

²⁴ Va specificato, invero, che per le pubbliche amministrazioni, ancora oggi, non vige un obbligo a dotarsi di questi strumenti, sebbene sia frequente la loro adozione da parte di svariati enti, in quanto canali efficaci, soprattutto allo scopo di facilitare la comunicazione con i cittadini.

²⁵ Per un maggiore approfondimento sulla definizione, la struttura e le peculiarità dei *social media* e dei *social networks* cfr., tra gli altri, F. Comunello, *Networked Sociability. Riflessioni e analisi sulle relazioni sociali (anche) mediate dalle tecnologie*, 2010, 122 (traduzione dell'articolo di Boyd Ed Ellison, *Social network sites: definition, history and scholarship*, in *13 Journal of Computer Mediated Communication*, (2007); P. Citarella, *Social media e PA: la comunicazione istituzionale ai tempi di Facebook*, Milano, Franco Angeli, 2017.

la comunicazione della pubblica amministrazione

(*rectius*, utente), cui misurarne anche il tasso di soddisfazione, di un “prezzo” (costo dei servizi/tassa...), di un mercato di riferimento (istruzione/sanità/turismo/cultura...), di concorrenti (altre entità, pubbliche o private, dello stesso settore)²⁶.

Anche per la pubblica amministrazione, quindi, l'avvento e la diffusione dei social media ha conferito, al cittadino/utente, la concreta possibilità di dare un *feedback* rispetto all'immagine che l'amministrazione fornisce di sé all'esterno. Questo ha imposto alle amministrazioni di procedere ad un momento di pianificazione, nell'ambito del quale non solo vanno individuati gli obiettivi da raggiungere, ma anche di stabilire con puntualità quali siano le azioni da intraprendere, per far sì che l'uso dei *social media* corrisponda a quegli obiettivi di trasparenza e di accessibilità, in favore dei cittadini, cui, come s'è visto, la comunicazione della pubblica amministrazione è precipuamente finalizzata²⁷.

Un elemento va posto in rilievo. L'opportunità di una immediata interazione “social” tra pubblica amministrazione e cittadino ha reso, di fatto, quest'ultimo, a sua volta, un soggetto comunicatore. Ciò non può che comportare la necessità che la pubblica amministrazione, primo emittente, non solo debba focalizzare l'attenzione sul messaggio e sui contenuti da diffondere, ma anche sulla percezione che tale comunicazione rende tra i consociati e, per di più, sull'esperienza e sulla soddisfazione dell'utente. Un approccio di tal guisa consente, a lungo termine, persino di migliorare la percezione esterna dell'azione amministrativa e la partecipazione più attiva dei membri della collettività statale. Così indirizzati, i *social media* possono essere inquadrati come mezzi idonei a favorire la qualità e l'accessibilità, dei servizi pubblici, specialmente se offerti on line, così come previsto dalle disposizioni contenute nella l. 7 agosto 2015, n. 124.²⁸ Tali obiettivi possono esser raggiunti unicamente tramite l'adozione di efficaci strumenti, quali le *social media policies* interna ed esterna.

La *social media policy* esterna²⁹ costituisce un documento strategico, ne-

²⁶ È la concezione di M. Alovisio e C. Borciu, *I social media e le nuove opportunità per una pubblica amministrazione al servizio del cittadino: lo strumento delle social media policy*, in *Informatica e diritto*, XLIII annata, XXVI, 2017, n. 1-2, 293-317; P. Kotler, N. Lee, *Marketing del settore pubblico. Strategie e metodi per migliorare la qualità dei servizi della pubblica amministrazione*, Torino-Milano, Pearson, 2007.

²⁷ A ciò contribuisce proprio l'adozione del piano della comunicazione annuale per gli enti pubblici, prevista dalla l. n. 150/2000.

²⁸ Indicazioni precipue sono rinvenibili in open.gov.it/consultazione-terzo-nap/social-network-per-la-trasparenza-della-pa.

²⁹ Per approfondimenti si rinvia a R. Crudele, *Social media policy: l'importanza di regole*

nessario allo scopo di determinare e rendere note e condizioni e i presupposti per partecipare agli spazi pubblici on line. Tale documento, di natura flessibile, è chiamato, precipuamente, ad indicare le finalità della presenza sui social dell'amministrazione, nella relazione con i cittadini, e della relativa interazione comunicativa, indicandone contenuti e specificando quali debbano essere i comportamenti ammessi e quelli vietati, oltre che ogni opportuno riferimento alla protezione dei dati personali e al diritto di autore.³⁰ Da questo punto di vista, è innegabile che la *social media policy* esterna finisca per rappresentare un efficace mezzo per contribuire ad attuare la trasparenza dei processi e dell'attività amministrativa, consentendo una più veloce partecipazione del cittadino, in ottica di collaborazione con l'amministrazione. Per tale ragione, si ritiene che sia opportuna l'adozione di un atto formale (ad es., in un ente locale, sotto forma di determina) che dia sostanza giuridica alle prescrizioni indicate nella stessa *social media policy*, a maggior ragione in considerazione del fatto che la presenza delle amministrazioni sui canali social non costituisce obbligo normativo ma è, al più, una precisa scelta delle medesime. Ogni ente che compia tale opzione, quindi, è chiamato ad adottare una *social media policy* che può essere conformata ai singoli spazi social dell'amministrazione, in virtù delle caratteristiche di ogni piattaforma on line (es. Twitter, Instagram, Facebook) e che deve specificare anche gli elementi identificativi e di contatto degli utenti e indicare agli utenti quali soggetti all'interno dell'ente pubblico siano autorizzati e delegati, in funzione di moderatore, a rispondere in via ufficiale ai commenti "postati" (secondo il principio dell'affidamento esterno), illustrando, altresì, e regole di conversazione, i comportamenti ammessi e quelli vietati, le modalità per inviare segnalazioni e suggerimenti.

La *social media policy* interna, invece, serve a rendere manifesta la regolamentazione di gestione pratica dei mezzi *social*, da parte del personale e dei collaboratori dell'ente pubblico, sostanziandosi in un rilevante do-

chiare e trasparenti, in *Social media e p.a., dalla formazione ai consigli per l'uso*, a cura di S. Talamo, F. Di Costanzo e R. Crudele, in focus.formez.it/content/social-media-e-pa-formazione-consigli-luso, gennaio 2018; F. Di Costanzo, *P.a. social. Viaggio nell'Italia della nuova comunicazione tra lavoro, servizi e innovazione*, Milano, Franco Angeli, 2017; *Manuale di informatica giuridica*, a cura di M. Durante e U. Pagallo, Torino, Utet, 2012; G. Cogo, *I social network nella p.a.*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; D. Piermarini, *Non si fa la p.a. digitale senza competenze IT*, in www.corrierecomunicazioni.it/pa-digitale/27303_piermarini-non-si-fa-la-padigitale-senza-competenze-it.htm, 2014; L. VERGANI, *La PA coinvolge il cittadino con i social network*, www.agendadigitale.eu/egov/599_la-pa-coinvolve-il-cittadino-con-i-socialnetwork.htm, 2014.

³⁰ Per le pubbliche amministrazioni, documento imprescindibile per l'impostazione della *social media policy* è costituito dalle Linee guida della Pubblica Amministrazione e *social media* del Dipartimento della Funzione pubblica del 2011.

la comunicazione della pubblica amministrazione

cumento per sensibilizzare le risorse umane dell'amministrazione nell'uso degli strumenti social finalizzati alla comunicazione istituzionale. Essa disciplina, quindi, regole di comportamento precise, deputate anche a preservare l'immagine dell'ente³¹. Tale regolamentazione, in sostanza, si estrinseca in: prescrizioni in materia di protezione dei dati personali e per l'utilizzo di materiali quali fotografie, video ecc.; una puntuale indicazione delle regole da seguire nel caso di violazioni di netiquette; precisi richiami al d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62³², il quale, all'art. 3, statuisce che il divieto, per il dipendente, di uso a fini privati delle informazioni di cui disponga per ragioni di ufficio oltre che la prescrizione che egli eviti comportamenti nocivi interessi all'immagine e agli interessi della pubblica amministrazione. Nei codici di comportamento di ciascuna amministrazione è ormai normalmente previsto, peraltro, che tali regole siano estese proprio all'utilizzo dei *social media*. Il complesso di tali regole è evidentemente finalizzato a calmierare i rischi derivanti da un duplice ordine di fattispecie. In primo luogo, da un uso non corretto dei profili social istituzionali, da parte dei soggetti individuati come gestori. La lesione dell'immagine dell'amministrazione, anche quella c.d. *social*, può derivare, altresì, sia da comportamenti virtuali, resi sui *social networks*, dal personale dipendente, su profili altrui o sul proprio profilo³³.

L'importanza dell'adozione di chiare *social media policies*, ciò premesso, risulta di naturale evidenza. Tali documenti – che pare opportuno, a chi scrive, si manifestino tramite l'adozione di atti amministrativi – possono servire come monito al personale sull'opportunità di astenersi dalla trasmissione, diffusione, mediante qualsiasi strumento o canale di comunicazione a loro disposizione, di comunicazioni lesivi degli interessi, riferiti ad attività istituzionali, con relativa lesione all'immagine o compromissione dell'efficienza e della credibilità dell'agire amministrativo delle pubbliche amministrazioni. Ulteriore profilo di criticità, qui solo accennato allo scopo di evitare ulterio-

³¹ La *social media policy* individua, di norma, il soggetto autorizzato a gestire lo spazio social e a caricare i post, nonché l'unità destinata a rispondere ai commenti. Tale documento, altresì, approfondisce i profili della sicurezza informatica, delle autorizzazioni, della gestione degli account, allo scopo di non consentire usi promiscui connessi ad altre finalità.

³² D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 avente a oggetto il regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

³³ A titolo esemplificativo, un dipendente dell'amministrazione penitenziaria è stato sospeso dal servizio per avere aggiunto il "like" a una notizia riportata su Facebook, dalla quale sarebbe potuto derivare un danno all'amministrazione. Il TAR Lombardia, Milano, 3 marzo 2016, n. 246, ha escluso la sussistenza del *fumus boni iuris* ai fini della sospensione dell'efficacia della sanzione sopra citata. Per un approfondimento sul tema e su alcuni altri casi giurisprudenziali di tal guisa cfr. M. Alovisio e C. Borciu, *I social media e le nuove opportunità*, cit., 310-312.

nee divagazioni, è dato dalla rilevanza giuridica di alcuni messaggi, *posts*, *tweets*, estrinsecati tramite i profili delle amministrazioni o, per mezzo dei profili *social* propri, da soggetti posti a capo delle amministrazioni, specialmente nell'ipotesi di autorità politica. In tal senso, l'interrogativo che si sta ponendo, con sempre maggior vigore, è se tali forme di comunicazione siano idonee a travalicare, in sé considerate, l'aspetto comunicativo medesimo, per assurgere a forme, i cui elementi caratterizzanti sarebbero tutti da qualificare, di atti amministrativi. La giurisprudenza amministrativa, nella specie, chiamata, invero, a pronunziarsi, almeno per adesso, pochissime volte su tali tematiche, ha avuto modo di specificare come un *tweet* (e il ragionamento sembra potersi estendere anche ai *posts* su altri social), difettando del requisito della tipicità che la legge richiede per gli atti amministrativi, non può assimilato a questi ultimi³⁴.

L'avvento dei *social media*, quindi, se da un lato sta rapidamente trasformando il modo di comunicare dell'agire della pubblica amministrazione, consentendo di passare da un modello di informazione unidirezionale, ad una comunicazione dinamica e partecipativa con il cittadino, dall'altro necessita di un complesso di regole chiare, che obbligano le pubbliche amministrazioni a ripensare, riprogettare i propri processi e i propri procedimenti, adottando anche più accurate forme di tutela della propria immagine.

Restano comunque degli interrogativi, non di agevole soluzione. Un uso distorto di queste nuove tecnologie rischia di sovrapporre integralmente i piani della trasparenza e dell'efficacia comunicativa e di tradursi in strumento distorsivo dell'esercizio democratico del potere amministrativo.

Sotto questo profilo, ad essere sottoposto a stress continuo è persino la distinzione tra funzioni di indirizzo e controllo, proprie degli organi politici, e funzioni di gestione amministrativa, riservate alla dirigenza e all'apparato amministrativo.

In particolare, l'esercizio del potere di indirizzo³⁵ è declinato nei ter-

³⁴ Cfr. Cons. St., sez.VI, 12 febbraio 2015, n. 769, nella quale il giudice amministrativo chiarisce che «gli atti dell'autorità politica, limitati all'indirizzo, controllo e nomina ai sensi del decreto legislativo n. 165/2001, debbono pur sempre concretarsi nella dovuta forma tipica dell'attività della pubblica amministrazione [...] anche, e a maggior ragione, nell'attuale epoca di comunicazioni di massa, messaggi, cinguettii ed altro, dovuti alle nuove tecnologie e alle nuove e dilaganti modalità di comunicare l'attività politica». Per un commento sulla pronunzia, cfr. E. Bassoli, *Valenza giuridica del tweet di un ministro*, in www.sicurezzaegustizia.com/valenza-giuridica-del-tweet-di-un-ministro.

³⁵ Sulla definizione, contenuti e contorni dell'indirizzo politico cfr., tra gli altri, V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939; E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961, spec. 55 ss.; T. Martines, voce *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano 1971, 134 s.; M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura

la comunicazione della pubblica amministrazione

mini di un processo a cascata, che origina dall'individuazione degli obiettivi e priorità fino a sostanzinarsi, attraverso piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa, la gestione e l'organizzazione³⁶. Il potere di controllo, diversamente, rappresenta un momento di coordinamento fra attività di indirizzo e attività di gestione.

In tal senso, si pensi all'attività di valutazione e controllo strategico che è tesa a verificare «l'effettiva attuazione delle scelte contenute nelle direttive ed altri atti di indirizzo politico», ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, d.lgs. 20 luglio 1999, n. 286.

Il modello richiamato è quello che appare esser più rispondente ai principi indicati all'art. 97 Cost., nella misura in cui resta nella titolarità degli organi politici un potere di programmazione, indirizzo, controllo e di «amministrazione generale», che implica l'esistenza di uffici amministrativi cui spetta l'integralità dell'«amministrazione puntuale» (provvedimenti, contratti, atti gestionali)³⁷.

Non volendo, in questa sede, operare una digressione finalizzata a ricostruire il dibattito ermeneutico³⁸ sul rapporto tra indirizzo politico e gestione amministrativa, non possono sottacersi, tuttavia, le implicazioni che la comunicazione politica, specialmente operata attraverso i social network,

(a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano 1998.

³⁶ Cfr. sull'articolazione di tale processo, L. Fiorentino, *Dirigenti, poteri di gestione e mancato esercizio dei poteri di indirizzo politico-amministrativo da parte dei ministri*, in *Il Foro italiano*, 1996, 12, pt. 3, 609.

³⁷ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 108 ss.

³⁸ La letteratura al riguardo si presenta molto vasta. Cfr., *ex multis*, in estrema sintesi, S. Amorosino, *Note su alcune configurazioni dei rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa nel contesto italiano*, in *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, a cura di L. Vandelli, C. Bottari, O. Zanasi, Rimini, Maggioli, 1995, 87; G. D'auria e P. Bellucci, *Politici e burocrati al governo dell'amministrazione*, Bologna, il Mulino, 1995; Cfr. L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974; C. D'orta, *Politica e amministrazione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, a cura di F. Carinci e M. D'antona, Milano, Giuffrè, 2000, 371 ss.; G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003; P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; S. Battini, *In morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 911 ss.; C. Colapietro, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *St. parl. Pol. Cost.*, 2011, n. 171-172; G. D'alessio, *La disciplina normativa della dirigenza pubblica e i rapporti tra politica e amministrazione*, in *La classe dirigente pubblica. Ruoli di governo e capacità amministrativa*, Roma, Ediesse, 2013; v. V. Talamo, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, Convegno Forum p.a., 11 maggio 2015, rinvenibile in *astrid-online.it*.

superi la propria natura e declini atteggiamenti dell'organo politico atti non tanto a fornire direttive generali nei confronti dell'amministrazione, ma a dettare contenuti, tempi e modalità dell'azione amministrativa o, ancora, di specifici atti amministrativi.

La gestione della pandemia derivata dalla diffusione del virus Covid-19, pur giustificata dal carattere di rapidità ed emergenzialità, ha dimostrato proprio quanto asserito. Basti pensare, ad esempio, a quanto accaduto con riferimento alla decisione, in concomitanza con il diffondersi del morbo in Italia, della sospensione dei viaggi di istruzione, comunicata alle famiglie nella giornata di domenica 23 febbraio, con "effetto immediato", pur in assenza di un provvedimento, normativo o amministrativo, che giungerà, in fedele esecuzione della decisione comunicata, solo qualche tempo dopo, tramite l'utilizzo di fonte di rango primario.

Se da un lato ormai da tempo la dottrina sottolinea come la diffidenza nei confronti dell'amministrazione abbia portato il legislatore, peraltro individuabile prevalentemente nel governo, con la decretazione d'urgenza, ad «amministrare per legge»³⁹, riportando in norma integralmente il contenuto di un atto amministrativo, in funzione "autoapplicativa", dall'altro la gestione della pandemia ha dimostrato come a questa distorsione possa facilmente aggiungersi quasi la sostituzione del comunicato all'atto normativo, che assume solo funzione di mera formalizzazione successiva di una decisione già assunta, definita e divulgata all'esterno.

Né vale l'astratta e fallace considerazione per la quale si potrebbe far rientrare questo schema, specialmente in contesti d'emergenza, nell'alveo di una nuova concezione, più ampia, di direzione politica dell'amministrazione. Come in dottrina⁴⁰ è stato evidenziato, si tratta semplicemente della manifestazione, in qualunque modello di amministrazione, della potestà dell'organo politico, attraverso la normazione, di disciplinare, nell'ambito della riserva di legge prevista all'art. 97 Cost, l'organizzazione dei pubblici uffici, l'attività amministrativa, attraverso atti di indirizzo politico amministrativo e strumenti di programmazione finanziaria e di bilancio.

Un tale processo, che prosegue nella scia di integrale marginalizzazione dell'agire amministrativo, rischia di alterare profondamente i rapporti tra poteri dello Stato, andando stabilmente oltre il limite, peraltro spesso già valicato, dell'abuso di funzione legislativa⁴¹.

³⁹ Sul tema, tra i più recenti, cfr. S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1-12.

⁴⁰ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione*, cit., 110-112.

⁴¹ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, 271.

la comunicazione della pubblica amministrazione

Uno snodo informativo e comunicativo efficace è, invece, da vedersi come punto essenziale per il miglioramento della qualità dell'attività amministrativa (non già sostitutivo ad essa) e del grado di conoscenza del cittadino. Tuttavia, la vulnerabilità dei *social media* e dei sistemi informativi ad essi connessi, messa continuamente alla prova da abili manipolatori del *web* o professionisti *hacker*, rischia di tradursi in una diffusione indiscriminata di ogni genere di informazione di cui l'amministrazione è in possesso, in violazione non solo del diritto alla *privacy* e della tutela dei dati sensibili dei cittadini, ma anche dei principi di riservatezza e di sicurezza propri dell'agire di alcuni settori dello Stato e dell'amministrazione.

Sotto questo punto di vista, un primo punto di partenza può essere, come sopra descritto, la prospettiva regolatoria delle *policies* di utilizzo dei nuovi mezzi di comunicazione: cosa comunicare, quando comunicarlo e come comunicarlo e quali criteri adottare per misurare l'efficacia della informazione e la qualità dell'attività o del servizio.

È sufficiente?

Due elementi sembrano orientare l'interprete verso una risposta negativa.

In primo luogo, i recenti eventi, riferibili allo scoppio e alla diffusione della pandemia globale legata al Coronavirus, hanno proposto una accentuazione di un carattere addirittura anticipatorio e decisionale dell'attività comunicativa degli organi statali rispetto alla canonica funzione più prettamente deliberativa e legislativa, tipica degli esecutivi e delle assemblee parlamentari, accompagnato dalla comune percezione dell'immediata esecutività della comunicazione medesima.

Si è avuta l'impressione, in alcuni casi, di trovarsi di fronte ad una funzione "messianica" della comunicazione degli organi dello Stato, tale da contribuire a ridiscutere, sulla scorta della compressione dei principi e delle libertà civili imposta dal dispiegarsi del morbo, non solo i rapporti tra le istituzioni democratiche, ma l'essenza stessa dell'esercizio dei poteri di ciascuna.

In un contesto come questo, maggiore pericolo è rappresentato dal diffondersi di *fake news*, dalla disinformazione strumentale e, talvolta, dall'incoerenza delle comunicazioni e delle decisioni delle Autorità di governo.

Interessanti elementi, al riguardo, stanno emergendo da qualche prima ricerca⁴².

⁴² Si tratta della ricerca «La pandemia immateriale. Gli effetti del Covid-19 tra social asymptomatici e comunicazione istituzionale», condotta dal 1 di febbraio al 10 aprile 2020 da parte di Luigi Giungato, ricercatore della Società Italiana di Intelligence (SOCINT), rinvenibile in www.socint.org.

Ad esempio, ciò che inizia ad evincersi, anche in rapporto con altri Paesi europei, è il ruolo determinante assunto dall'Italia nel racconto dell'emergenza sanitaria planetaria e che la percezione nazionale è stata determinata dalle decisioni e dalle dichiarazioni delle istituzioni pubbliche. Inoltre, tali esternazioni comunicative hanno influito sia sulla percezione del rischio, sia sul diffondersi della paura. Lo dimostra il fatto che sino alla fine del mese di febbraio 2020, nella considerazione generale la diffusione del Covid-19 non rappresentava una priorità di attenzione. Nel corso delle settimane il morbo è entrato con nettezza e decisione a fare parte dell'agenda collettiva italiana e internazionale.

È solo da quel momento, con l'avvio di forti esposizioni mediatiche politiche, quale quella del presidente della regione Lombardia, il 27 febbraio 2020⁴³, resa attraverso l'esibizione di mascherina protettiva e l'affermazione di volersi autonomamente sottoporre a quarantena, che si sono moltiplicate le dichiarazioni delle autorità, politiche e sanitarie, veicolate dai mezzi di comunicazione di massa. Tali dichiarazioni ed esternazioni continue e incessanti hanno indubbiamente condizionato la percezione collettiva, fino a determinare uno shock comunicativo che ha modificato la narrazione della pandemia e, presumibilmente, fortemente orientato anche le decisioni governative.

In altri Paesi, differentemente, sono state determinanti le pressioni della società civile, diffuse attraverso i social, a dettare le agende dei media e, di conseguenza, le azioni di governo.

Inoltre, la ricerca sta rilevando come in questi frangenti, nei quali il distanziamento sociale imposto dall'autorità ha reso la popolazione più dipendente che mai dagli strumenti elettronici (computer, smartphone, tablet e tv), la percezione della realtà si sta basando esclusivamente sui mezzi di informazione di massa e interpersonali, tra i quali emerge il ruolo non facilmente misurabile ma influentissimo di WhatsApp, all'analisi del quale è dedicata una parte cospicua della ricerca.

Tutto ciò determina il manifestarsi di uno stato di ansia permanente, alimentando un panico diffuso che limita una più serena valutazione della realtà. Tali caratteristiche informative determinano, nello stesso tempo, istanze tendenti alla censura e al controllo.

Si è di fronte, probabilmente, ad una sfida alla democrazia che genera timori, specialmente con riguardo ad un rischio di alterazione dei rapporti decisionali democratici, di veicolazione di forme surrettizie di stringente limitazione delle libertà dei cittadini e di sorveglianza massiva.

⁴³ Si v. www.askanews.it/cronaca/2020/02/27/coronavirus-fontana-ironizza-problema-pi%27-grave-uso-mascherina-pn_20200227_00282/

la comunicazione della pubblica amministrazione

Per comprendere meglio quanto appena sostenuto, possono richiamarsi le tesi di Cass R. Sunstein⁴⁴, il quale pone l'attenzione sul fatto che i *social networks*, imperniati su quello che egli definisce come principio di sovranità del consumatore⁴⁵, creano algoritmi finalizzati ad offrire all'utente contenuti che siano sempre più vicini alle posizioni e alle preferenze di quest'ultimo, dando vita a delle *echo chamber* e a delle forme di polarizzazione⁴⁶ che tendono a ridurre le capacità dei cittadini di confrontarsi con idee differenti da quelle di ciascuno.

Secondo questa visione, i *social* sono gli strumenti ideali per far sì che le persone si circondino solo dell'opinioni di soggetti che la pensano allo stesso modo. Si tratta, quindi, di terreni fertili per la polarizzazione predetta.

Peraltro, dinanzi a costanti flussi informativi (le c.d. «cascate informative»⁴⁷), l'utente è portato a consolidare un preorientamento (o un pregiudizio), sulla convinzione che il flusso comunicativo, unidirezionale, che gli si prospetta e che vede “condiviso” sui *social*, corrisponda ad una sorta di legittimazione della posizione tenuta.

Talvolta, tuttavia, questa metodologia involge anche la diffusione delle c.d. *fake news* con la particolarità, evidenziata dallo stesso autore, del formarsi di una tendenziale resistenza degli individui che aderiscono ad una posizione *fake* rispetto alla dimostrazione della sua infondatezza.

La tecnica del flusso informativo direzionato – va precisato – riguarda spesso anche le comunicazioni governative, specie se “a reti unificate”, che più che tese a creare momenti di confronto pubblico, servono a tentativi di rafforzare decisioni già assunte e a veicolare l'attuazione immediata, in assenza di spazio per ulteriore riflessione.

La conseguenza che deriva dal quadro prospettato è che una tale parcellizzazione polarizzata dei gruppi sociali, incidendo sulla possibilità di dialogo tra i diversi gruppi, risulta nociva per il buon funzionamento di una democrazia deliberativa.

Buon funzionamento che, secondo tale autore, è invece determinato dalla possibilità per i cittadini di accedere a informazioni relative a opinioni e punti di vista differenti dai propri, al fine di compiere scelte ponderate, previa una valutazione complessiva degli eventi e delle situazioni. In tal senso, è sottolineata l'importanza dei *mass media* tradizionali, definiti «mediatori

⁴⁴ Cfr. C. R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017, ed. it. Il Mulino, Bologna, 2017.

⁴⁵ ID., *op. cit.*, 69 ss.

⁴⁶ ID., *op. cit.*, 93 ss.

⁴⁷ ID., *op. cit.*, 128.

dell'interesse generale» i quali, pur se in evidente stato di decadimento e superamento, grazie alla loro natura generalista sono ancora in grado di rappresentare un panorama vasto di informazioni e di punti di vista.

In sostanza, le considerazioni di Sunstein tendono a individuare una posizione secondo la quale garanzia del funzionamento della democrazia deliberativa possa essere individuata in soluzioni che evitino la segregazione *social* dei gruppi e il recupero di esperienze di condivisione e di fori capaci di veicolare l'ampiezza del dibattito pubblico e di individuare una base comune di discussione.

Diverse sono le soluzioni prospettate in dottrina. Lo stesso Sunstein, a titolo esemplificativo, suggerisce strumenti che consentano l'inserimento, nelle pagine online dei profili *social*, suggerimenti di post, collegamenti a siti, su tematiche di orientamento diverso da quello che emerge come vicino al soggetto, tramite tasti di c.d. "serendipity".

Interessanti sono anche le proposte relative alla strutturazione di appositi siti internet di discussione, nell'ottica di favorire ambienti virtuali nei quali si possa avere un confronto costante su opinioni e idee differenti.

Altri ancora suggeriscono di predisporre sistemi filtro che consentano di presentare agli utenti argomenti lontani dalla loro normale esperienza⁴⁸.

Si tratta, invero, di ipotesi che comporterebbero l'imposizione di obblighi a carico dei fornitori di servizi e/o di contenuti in rete, la cui invasività e legittimità sarebbero da valutarsi. Inoltre, sembra affacciarsi, in tali considerazioni, l'ombra di un pensiero di tipo paternalistico nei confronti dell'utente, non ritenuto in grado di decidere autonomamente cosa leggere o visionare, in un contesto nel quale una qualsiasi scelta circa le fonti informative da sottoporre all'attenzione della platea degli utenti rischia comunque di essere rimessa a opzioni, talvolta ideologiche, imposte dai «signori del web».

Più utile potrebbe apparire provare a ricostruire un tessuto di valori comuni a rafforzare il concetto di pluralismo nei sistemi attuali, che, anche a cagione dello sviluppo frenetico delle informazioni veicolate tramite i *social*, non può essere limitato all'orizzonte nazionale (o, peggio, nazionalistico sovranista), secondo logiche di mera illusione di sviluppo legato alle pulsioni del momento, ma deve essere aperto ad una sempre maggiore integrazione europea e al confronto costante, continuo, con idee e visioni differenti, veicolate non solo da mezzi di informazione veramente plurali e di professionisti dell'informazione competenti, ma anche mediante il recupero

⁴⁸ E. Parisier, *The Filter Bubble. What The Internet Is Hiding From You*, London, Penguin Books, 2011, trad. it. *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012.

la comunicazione della pubblica amministrazione

dell'importanza dell'insegnamento dei valori e dei precetti costituzionali nella scuola e nella società.

In ultimo, altresì, va sottolineato un tema ulteriore, che riguarda una piega quasi paradossale e che rischia di distorcere le scelte dell'agire amministrativo.

Infatti, nell'ambito di una corretta prospettiva di comunicazione bidirezionale, oltre ai profili della correttezza informativa e della rilevazione delle opinioni dell'utente, può venir in gioco una molteplicità, continuamente variabile, di stimoli, determinati dalla velocità degli scambi e dall'influenza di campagne social, nei confronti dell'amministrazione, all'assunzione di decisioni che, sebbene nell'immediato rispondano alla esigenza manifestata sul momento dalla catena comunicativa, rischiano di far perder completamente di vista la necessità di una pianificazione dell'attività amministrativa secondo una logica di medio lungo periodo.

In tali situazioni, un errore determinato da una gestione "influenzata" e ad andamento parossistico può minare l'ordinato incedere dell'azione amministrativa e comprometterne il buon andamento e l'imparzialità.

4. I nuovi "professionisti" della comunicazione della pubblica amministrazione: spunti per un adeguato processo di reclutamento, formazione e valutazione dei dipendenti pubblici "comunicatori"

Un contesto così descritto comporta, quindi, la necessità di una sempre maggiore attenzione alle conoscenze e alle competenze digitali, favorendo il reclutamento, la formazione e l'aggiornamento professionale di risorse umane e professionali capaci di interpretare al meglio caratteri e limiti del processo di "socializzazione" dell'attività amministrativa e istituzionale.

La l. n. 150/2000, come anticipato, ha fornito una legittimazione strutturale alla comunicazione, all'interno della pubblica amministrazione, anche in termini di strutture organizzative, deputate alla gestione della informazione e dei rapporti con i mezzi di comunicazione di massa. La legge, infatti, enuclea una distinzione tra le attività di informazione che si realizzano attraverso l'ufficio stampa, e il portavoce e le attività di comunicazione che si realizzano attraverso l'ufficio relazioni con il pubblico.

Immaginato come garante del diritto dei cittadini alla cognizione dell'azione amministrativa, nel suo incedere di atti e procedimenti, l'ufficio per le relazioni con il pubblico⁴⁹, istituito con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29

⁴⁹ Una disamina puntuale su istituzione, funzioni e ruolo dell'ufficio relazioni con il

e disciplinato, organizzativamente, con la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri dell'11 ottobre 1994, aveva come caratteristica principale la funzione di garanzia circa l'applicazione delle disposizioni sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso, oltre che il rilevamento dei bisogni degli utenti, in un quadro di miglioramento dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione e di svolgimento di iniziative di comunicazione di pubblica utilità.

La l. n. 150/2000, come autorevolmente evidenziato, ne ha riconosciuto maggiormente l'importanza, arricchendone le competenze, nell'alveo di una triadica articolazione finalistica: esercizio dei diritti di informazione, accesso e partecipazione da parte del cittadino/utente; attuazione dei processi di verifica della qualità dei servizi e del gradimento di questi; promozione della comunicazione interistituzionale⁵⁰.

L'ufficio stampa, nello specifico, assolve compiti istituzionali di informazione, mentre il portavoce è in stretto collegamento con il vertice politico delle amministrazioni. Le funzioni principali dell'ufficio stampa consistono nel selezionare e veicolare il flusso delle informazioni provenienti dall'interno dell'ente/organizzazione verso gli organi di informazione. Tale ufficio è diretto da un coordinatore, che assume la qualifica di capo ufficio stampa, il quale, sulla base delle direttive impartite dall'organo di vertice dell'amministrazione, cura i collegamenti con gli organi di informazione, assicurando il massimo grado di trasparenza, chiarezza e tempestività delle comunicazioni⁵¹.

Negli uffici stampa l'individuazione e la regolamentazione dei profili professionali sono affidate alla contrattazione collettiva, con l'intervento delle organizzazioni rappresentative della categoria dei giornalisti, quasi creando una forma particolare di "giornalisti", specializzati nella costruzione e nella gestione di uffici, dell'amministrazione, che possano promuovere l'immagine dell'amministrazione e favorire l'accessibilità alle informazioni dalla stessa detenute.

pubblico è rinvenibile in: D. Borgonovo Re, *L'organizzazione per la comunicazione: gli URP*, in *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di G. Arena, Rimini, Maggioli, 2001, 132 ss.; *Teoria e tecniche della comunicazione pubblica. Dallo Stato sovraordinato alla sussidiarietà*, a cura di S. Rolando, Milano, Etas, 2001.

⁵⁰ Tale schema, che si ritiene di condividere, è ben spiegato in F. Faccioli, *La comunicazione pubblica. Luci e ombre di un'innovazione*, in *Quaderni di Sociologia*, 2002, 30, 22 ss., che ripropone e rielabora una impostazione già immaginata in G. Ducci, *Prove tecniche di interazione. Comunicazione pubblica e contesto organizzativo*, Milano, Franco Angeli, 2001.

⁵¹ Per un approfondimento sulla struttura e sulle funzioni dell'ufficio stampa vd. qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/relazioni-con-i-cittadini/organizzare-uffici-eservizi/ufficio-stampa/.

la comunicazione della pubblica amministrazione

Invero, le disposizioni contenute nella l. n. 150/2000⁵², nel corso del tempo, hanno dimostrato di non essere pienamente in grado di resistere ai “segni dei tempi”, caratterizzati dalla preponderanza dei *social media* e dalla necessità di acquisire risorse professionali nuove e di disponibilità finanziarie ingenti, non solo finalizzate al reclutamento, ma anche alla formazione, all’ingresso e in servizio, del personale reclutato.

Peraltro, una tale differenziazione di compiti e funzioni è oggi posta all’attenzione dell’interprete, in virtù di un processo di disintermediazione prodotta dai nuovi mezzi di comunicazione di massa, che dimostra una certa complessità non solo nel discernere l’interazione con i professionisti della comunicazione giornalistica da quella con i cittadini, ma anche di operare una corretta distinzione fra comunicazione politica, gestita dagli amministratori oppure da personale dell’amministrazione ad essa adibito, e comunicazione istituzionale, il cui ruolo fondamentale è scemato dalla moltiplicazione dei luoghi e dei contesti di relazione con i cittadini anche all’interno di una stessa pubblica amministrazione⁵³.

Rebus sic stantibus, la proliferazione delle modalità di comunicazione favorita dalla digitalizzazione determina comunque «una balcanizzazione di ruoli e una pluralizzazione di funzioni»⁵⁴.

Mancano, quindi: una delineaione compiuta dei profili, un apparato contrattuale relativo dettagliato, interventi incisivi in materia di reclutamento, anche con riguardo all’individuazione di nuove modalità per assicurare le professionalità più adeguate a rispondere ai nuovi bisogni *social* dell’amministrazione.

L’impianto della più volte richiamata l. n. 150/2000, peraltro, risulta sbilanciato a favore dei rapporti con la stampa rispetto a quelli con gli utenti, nonché imperniato su una rigida divisione di ruoli, oggi del tutto superata

⁵² Va segnalato, in ogni caso, che a gennaio 2020 è stato istituito, presso il Ministero per la pubblica amministrazione un gruppo di lavoro, coordinato da Sergio Talamo, che nel giugno 2020 ha presentato un documento costituente una proposta di riforma in diversi punti. Tra gli aspetti più significativi, si suggerisce, ad esempio, l’istituzione di un’area unificata dedicata a comunicazione, informazione e servizi alla cittadinanza, in cui operino congiuntamente i profili del comunicatore e del giornalista e in cui sia inserita la competenza in comunicazione e informazione digitale. Il testo del documento è rinvenibile in www.snambiente.it/wp-content/uploads/2020/06/DOC-RIFORMA-COMUNICAZIONE-PUBBLICA.pdf.

⁵³ Per una analisi attenta ed una ricerca rispetto ad una molteplicità di “comunicatori pubblici” si rinvia a L. Solito, *Comunicazione istituzionale e società digitale. Un nuovo ruolo per i comunicatori pubblici*, in *Comunicazione politica*, 2018, n. 3, 393 ss.

⁵⁴ La citazione è di A. Lovari, *Comunicatori pubblici dietro la timeline. La sfida dei social media tra nuove competenze professionali e vecchie resistenze al cambiamento. Problemi dell’informazione*, 41 (1), 2016, pp. 61-85.

dalla necessità di compiere un lavoro di squadra, unitario, per gestire al meglio un progetto comunicativo ambizioso come quello delineato anche dalle sfide, per l'amministrazione, derivanti dalla normativa sull'accesso civico generalizzato. È così che, quindi, nasce una forte esigenza di riconoscimento delle nuove figure professionali (dal *social media manager/strategist* al *community manager*, al *data manager*), che si occupino di questioni inerenti l'analisi del sistema di *open data*, la gestione comunicativa interna ed esterna, ed abbiano come punto di riferimento anche i profili che riguardano la soddisfazione del cittadino/utente. In particolare, ad esempio, il *community manager* è considerato come un soggetto che conosce il linguaggio del *web*, ma è anche esperto di leggi sul diritto d'autore, capace di creare pagine *web* e dialogare in maniera efficace con i cittadini, mentre al *data manager* è richiesto di sapere riconoscere e gestire il ciclo di vita del dato nel mondo del *Web of Data*.

Ciò premesso, occorre interrogarsi su come vada immaginata e realizzata, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, una struttura organizzativa, comunicativa, più moderna. Uno dei primi modelli proposti è quello dell'«ufficio comunicazione, stampa e servizi al cittadino», elaborato dall'associazione #PAsocial⁵⁵. In sintesi, una moderna organizzazione della comunicazione pubblica, secondo tale schema, dovrebbe presidiare, con le necessarie professionalità, «5 desk» diversi: a) i contatti con il pubblico e, per connessione logica, la gestione dell'accesso civico (che peraltro la legge riserva anche agli uffici relazioni con il pubblico); b) la redazione delle notizie, il trattamento delle informazioni e i rapporti con i media; c) le analisi di *citizen satisfaction* in riferimento alle carte dei servizi e la rilevazione sistematica del feedback del cittadino, nonché le azioni tese a favorire la partecipazione civica (anche attraverso consultazioni pubbliche regolate); d) le campagne di comunicazione e l'organizzazione di eventi; e) la comunicazione interna a fini di circolazione delle informazioni e *team building*. L'obiettivo è l'unicità del profilo professionale, in una logica da redazione unica, per rispondere alla realtà e al cambiamento che il *web*, i *social network* e le *chat* hanno portato unendo di fatto tante funzioni ormai poste in capo alla pubblica amministrazione, aventi come stella polare il servizio al cittadino.

Un primo passo è stato compiuto con la firma del nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro⁵⁶ degli statali. Infatti, per la prima volta, è stata

⁵⁵ Per un approfondimento cfr., tra gli altri, S. Talamo, *La comunicazione pubblica al servizio della trasparenza totale, da #PAsocial proposte di riorganizzazione*, in *Quotidiano enti locali e p.a.*, il Sole 24ore, 19 maggio 2017; Id., *La PA digitale richiede nuovi comunicatori pubblici: aggiorniamo la legge 150/2000*, in www.agendadigitale.eu.

⁵⁶ Cfr., al riguardo, l'art. 95 del contratto collettivo nazionale di lavoro 2016-2018 del

la comunicazione della pubblica amministrazione

prevista l'istituzione di nuovi profili professionali (prevalentemente agganciate alla c.d. "area terza" o equivalenti del personale dei relativi comparti) per la comunicazione e l'informazione, dal giornalista pubblico allo specialista della comunicazione istituzionale, con l'obiettivo di individuare soluzioni innovative per una adeguata e aggiornata attività di comunicazione istituzionale, esterna ed interna, oltre che per la trasparenza, la gestione di manifestazioni ed eventi, l'accesso civico.

Individuati i profili, va sottolineato come essi difficilmente possano essere reclutati secondo le "canoniche" forme di selezione. Si tratta di un aspetto ancora sottovalutato dal nostro legislatore, sebbene, in via innovativa, ad esempio con l'art. 3, c. 2 ss., l. 19 giugno 2019, n. 56, non solo il legislatore ha voluto offrire alle pubbliche amministrazioni un'elencazione di "priorità", con riferimento ad alcune competenze professionali da reclutare (digitalizzazione, contrattualistica pubblica etc.), ma anche previsto forme di reclutamento semplificate.

Una possibile soluzione potrebbe esser quella di disciplinare selezioni concorsuali che, oltre a verificare le conoscenze teoriche in materia di trasparenza, gestione dei dati, tutela del diritto d'autore e della privacy, siano accompagnate da prove "pratiche", da strutturarsi all'interno di percorsi di formazione (e di prova) organizzati e continuativi. A tali percorsi, va affiancato, durante tutto l'arco lavorativo di questi professionisti, un adeguato sistema di formazione continua, imperniato su rapporti sperimentali di collaborazione, tra pubblica amministrazione e attori privati della comunicazione, in un'ottica di scambio di conoscenze e coordinata, reciproca diffusione di competenze.

5. Considerazioni conclusive

I continui e repentini cambiamenti sociali imposti dal rapido evolversi di una società perennemente "connessa", impongono alla pubblica amministrazione di non sottrarsi alle sfide e alle opportunità che i *social media* e gli altri mezzi digitali offrono, allo scopo di recuperare un sovente incrinato rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, realizzando un efficace sistema di accesso alle (corrette) informazioni, migliorando l'immagine della pubblica amministrazione, testando e adeguando tecniche e procedure di c.d. *customer satisfaction*.

Come evidenziato nel corso della trattazione, un tale cammino può

nuovo comparto funzioni centrali, nel quale sono confluiti i precedenti comparti di Ministeri, Agenzie fiscali, EPNE, AGID, CNEL ed ENAC, rinvenibile in www.arangenzia.it.

essere intrapreso solo se si definiscono strumenti e modalità operativi, regole chiare e ci si dota di una nuova organizzazione, sui modelli che s'è avuto modo di accennare. Ciò impone, quindi, sia una riflessione legislativa, di revisione dell'ormai vetusto impianto delineato dalla l. n. 150/2000, sia la necessità che le amministrazioni si dotino di *social policies* efficaci e siano messe nelle condizioni di selezionare e formare efficacemente profili professionali quasi del tutto nuovi, specialmente nel panorama italiano delle professionalità presenti nella pubblica amministrazione. Una regolamentazione non oscura e una formazione continua sono imprescindibili, anche al fine di limitare i rischi che un non legittimo uso dei *social media* può comportare.

Uso che, come evidenziato, rischia di minare anche gli equilibri e le distinzioni tra indirizzo politico e amministrazione, immaginando sostituzioni rischiose e non compatibili con l'impianto costituzionale vigente.

Ancora, nell'ambito della bidirezionalità della comunicazione come funzione, particolare attenzione va posta all'eccessiva "invasione" di stimoli nei confronti dell'amministrazione, onde evitare il rischio che le costanti pressioni comunicative generino continue e differenti decisioni "momentanee" e facciano perdere di vista le finalità e gli obiettivi dell'azione amministrativa.

Si tratta, comunque, di scelte non più rinviabili, nonché di passi obbligati, che le scienze giuridiche e sociali e gli interpreti debbono accompagnare attentamente, in una prospettiva di valutazione puntuale delle possibili strumentalizzazioni e distorsioni dell'uso dei mezzi di informazione e comunicazione di massa, che rischiano di porre a repentaglio persino l'equilibrato esercizio dei poteri in un sistema democratico, soggetto, specialmente nei periodi di sconvolgimento sanitario e sociale, a tentazioni e soluzioni istituzionali di carattere "emergenziale", accentuate da un incedere frenetico, repentino e spesso scomposto, tendenzialmente incontrollabile, dell'azione comunicativa di attori pubblici e privati.

Abstract

The essay analyses, also through a historical reconstruction, the role and functions of the tools employed by the Public Administration (PA) to deal with their communication needs of, in the light of the recent reforms on transparency and the evolution of society and technology. Along these lines, the paper examines the opportunities and risks of the use of social media and the need to recruit people with new specific skills, also in order to create an effective system of access to (correct) information, improving the image of the PA and the relations between the administration and users.

COMMENTI

SERENA STACCA

LA CORTE COSTITUZIONALE SU AUTONOMIA E AUTODICHIÀ DEGLI ORDINI PROFESSIONALI (PERCHÉ I NODIVENGONO SEMPRE AL PETTINE)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La posizione del medico-assessore al centro del contenuto motivazionale della sentenza. – 3. L’“autonomia” (quasi) ristabilita degli ordini professionali. Il senso autentico della natura pubblica degli ordini professionali. – 4. *Segue*: il doveroso dialogo della deontologia con le fonti del diritto. – 5. Le ricadute della natura pubblica degli ordini professionali sull’esercizio del potere disciplinare. La posizione dell’individuo iscritto a un ordine professionale: il limite interno al potere disciplinare. – 6. *Segue*: la posizione del professionista-assessore: il limite esterno al potere disciplinare.

1. Premessa

Con la pronuncia 11 dicembre 2019, n. 259, la Corte costituzionale mette finalmente ordine in alcune questioni che investono la materia disciplinare degli ordini professionali¹. In particolare, muovendo da un giudizio per conflitto di attribuzioni tra Stato (personificato nell’ordine dei medici e degli odontoiatri di Bologna) e regioni, la Corte chiarisce la portata della “autonomia” riconosciuta (*rectius* attribuita) agli enti professionali e individua limiti all’esercizio del relativo potere sanzionatorio.

La sentenza è dunque l’occasione per tornare su problematiche di rilievo generale.

Sul presupposto che gli ordini professionali siano enti pubblici², la pro-

¹ Si tratta, nella specie, dell’ordine professionale dei medici chirurghi e degli odontoiatri, ma l’argomentazione è estendibile agli altri ordini professionali, istituiti in epoca pre e post repubblicana.

² La qualificazione pubblicistica degli ordini professionali è esplicita innanzitutto a livello normativo, in alcune leggi istitutive delle professioni. In tal senso, a titolo esemplificativo, si veda: art. 1, c. 3, lett. a), d.l.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233, (modificato da l. 31 gennaio 2018, n. 3) sugli ordini e le federazioni nazionali delle professioni sanitarie; art. 1, l. 3 febbraio 1963, n. 69, sull’ordine dei giornalisti; art. 24, c. 2, l. 31 dicembre 2012, n. 247, sul consiglio

nuncia in esame spinge innanzitutto a portare l'attenzione sui rapporti tra tali enti e l'ordinamento dello Stato³. L'obiettivo è superare il (fondato) sospetto che dietro al ruolo di ausilio e supporto esplicato dagli ordini professionali nell'ambito dell'ordinamento statale (al fine di tutelare quegli interessi di rilevanza pubblica sottesi a determinate attività professionali) si celi la finalità precipua degli stessi ordini di promuovere, attraverso la deontologia e la funzione disciplinare, la *preminenza* degli interessi del gruppo⁴.

nazionale forense e i relativi ordini circondariali; art. 6, c. 3, d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139, sul consiglio nazionale e i rispettivi ordini territoriali dei commercialisti.

Indicazioni sulla natura pubblica degli enti professionali provengono altresì dalla giurisprudenza. Li classifica espressamente come enti pubblici associativi, per esempio, C. cost., 24 ottobre 2005, n. 405, ma anche Cass., sez. I, 14 ottobre 2011, n. 21226 e Cons. St. sez. IV, 16 marzo 2004, n. 1344. Di là dalla espressa qualificazione, la giurisprudenza riconduce la struttura organizzativa degli ordini professionali alla disciplina pubblicistica sul presupposto che vi sia uno stretto legame tra l'attività professionale e la finalità di protezione dell'interesse pubblico all'affidamento dei terzi che entrano in contatto con l'ente: si v., di recente, C. cost., 18 giugno 2019, n. 173, nonché, tra altre, Cass., sez. un., 12 marzo 2008, n. 6534; Cass., sez. un., 18 dicembre 1990, n. 12010; Cass., sez. un., 14 marzo 1990, n. 2079; Cass., sez. un., 19 marzo 1979, n. 1582; Cons. St., sez. III, 11 giugno 2010, n. 139; Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 1999, n. 2088; Cons. reg. sic., 1° luglio 1999, n. 298; Cons. St., sez. IV, 23 ottobre, 1998, n. 1378; Cons. St., sez. V, 23 maggio 1997, n. 527; Cons. St., sez. V, 20 agosto 1996, n. 929.

La riconduzione alla categoria pubblicistica in ragione delle finalità perseguite dagli ordini è assai diffusa anche in dottrina: possono ricordarsi (tra molti altri), C. Lega, *Gli «ordini professionali» come istituzioni*, in *Giur. it.*, 1962, 867; A. Catelani, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1976, in part. 70 ss.; G. Rossi, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, Jovene, 1979, 23 ss.; P. Piscione, *Ordini e collegi professionali*, Milano, Giuffrè, 1959, 4 ss.; Id., *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 1040 ss.; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, il Mulino, 1991, 135 ss.; F. Teresi, *Ordini e collegi professionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 452 ss.; E. Cassese, *Professioni*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich e G. Fonderico, Roma, Il Sole 24 Ore, 2007, 551 s.; A. Bertani, *I poteri normativi degli ordini professionali: un esempio di competenza riservata*, in *Dir. amm.*, 2009, 93. Di recente, M. Renna, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in *Jus*, 2012, 171 ss., il quale tuttavia avverte che «solo una forte accentuazione del ruolo [degli ordini] di garanti dell'affidamento dei cittadini potrebbe valere, oggi, a giustificare la permanente esistenza come enti pubblici»; A. Fantin, *La giuridificazione degli ordini professionali*, in *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, III, Firenze, Firenze University Press, 2016, 227 ss., in part. 245.

³ La problematica è attuale se si considera che, sempre con riferimento alle professioni sanitarie, è riemersa (nella specie sotto il profilo dei rapporti tra norme statali e norme deontologiche) nella vicenda del c.d. suicidio assistito, scandita dalle due note pronunce della Corte costituzionale (ordinanza, 24 ottobre 2018, n. 207, e sentenza, 25 settembre 2019, n. 242), con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 580 c.p.

⁴ Il sospetto nasce dal fatto che tali enti hanno conservato l'originaria struttura di aggregazione di individui legati da uno scopo comune, tanto da essere stati ricondotti tra gli enti

la corte costituzionale su autonomia e autodichia

Il processo di entificazione in chiave pubblicistica dei gruppi professionali e il conseguente assorbimento nello «Stato-apparato» si giustificano, secondo la Corte, a condizione che i poteri autoritativi e organizzatori, di cui godono gli ordini professionali, risultino funzionali alla cura dell'interesse pubblico (solamente) «delegato» all'ordine professionale per la sua concreta attuazione.

Ne deriva che nella formulazione delle regole deontologiche e nell'esercizio del potere sanzionatorio gli ordini sono sempre tenuti a rispettare le (altre) norme dell'ordinamento.

pubblici associativi, nei quali cioè prevalente è l'elemento personalistico, (che si manifesta innanzitutto nella partecipazione degli interessati agli aspetti organizzativi dell'ente). Deve infatti ricordarsi che «l'intervento del legislatore si verifica in un secondo tempo [...] e con risultati diversi a seconda della partecipazione più o meno intensa dello Stato nell'organizzazione del gruppo»: pertanto, un gruppo professionale costituito da coloro che svolgono la medesima attività di prestazione d'opera intellettuale si presenta prima di tutto come un «fenomeno di aggregazione o di agglutinamento sociale che è provocato dalla presenza di interessi comuni riguardanti l'esercizio di tale attività e dalla esigenza di una loro tutela unitaria» (C. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1974, 183).

Dalla basilare natura privatistica dei gruppi professionali discende la posizione di quanti in dottrina non riconoscono l'assimilazione dell'interesse settoriale all'interesse pubblico, senza peraltro negare che l'attività professionale sottesa a gran parte degli ordini professionali investa interessi di rilievo pubblicistico (i.e. l'attività dell'avvocato o del medico, volte a garantire diritti inviolabili della persona ex artt. 24 e 32 Cost.) e al tempo stesso possa incidere su interessi terzi (gli utenti, i clienti), F. Roversi Monaco, *Aspetti pubblicistici della organizzazione delle libere professioni*, in *La disciplina delle forme associate tra liberi professionisti nell'ordinamento italiano*, in F. Carinci e L. Persico, Bologna, il Mulino, 1977, 177 ss.; G. Leondini, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, I, *Profili costituzionali*, Padova, Cedam, 1998, 22 ss. In proposito, sempre, C. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, cit., 196, avverte che «dalla qualificazione in senso pubblicistico attribuita a una determinata libera professione non discende una corrispondente qualificazione dell'interesse settoriale di categoria, il quale presenta invece carattere prevalentemente privatistico e sostanzialmente eguale per tutti i settori professionali e quindi anche per le professioni aventi più spiccato assetto pubblicistico». In quest'ultimo senso, anche le posizioni che mettono in discussione la natura pubblicistica degli ordini professionali (segnatamente, L. Ferrara, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Dir. amm.*, 2011, 361 ss., ma si v. anche D. Vincenzi Amato, *Associazioni e tutela dei singoli*, Napoli, Jovene, 1984, *passim*, che nella sua indagine sugli strumenti di tutela del singolo nei gruppi sociali tratta gli ordini professionali alla stregua delle altre associazioni o formazioni sociali riconosciute ex art. 2 Cost.).

In giurisprudenza può richiamarsi la solitaria pronuncia della C. cost., 12 luglio 1967, n. 110, secondo la quale la funzione disciplinare degli ordini professionali si esplicita nei confronti dei professionisti «per la tutela di interessi che sono essenzialmente della classe professionale». Il potere è conferito dalla legge «per l'attuazione del rapporto che si instaura per il fatto dell'appartenenza all'ordine, il quale impone comportamenti conformi ai fini che esso deve perseguire; è espressione di una autonomia concessa per la più diretta e immediata protezione di questi fini, e soltanto di essi».

Su queste basi, la sentenza revoca in dubbio alcuni caratteri ritenuti intrinseci del potere disciplinare, inducendo a riflettere sulle contraddizioni che si verificano allorché una medesima condotta viene trattata diversamente nell'ordinamento generale e nel (cosiddetto, ma impropriamente⁵) ordinamento professionale, ripercuotendosi sul professionista, individuo appartenente necessariamente a entrambi gli ordinamenti.

In tale prospettiva, la violazione della norma deontologica rappresenta un illecito purché non sia in contrasto con fonti di ordine superiore; non solo, a risultare disciplinarmente rilevante non potrà essere la mera iscrizione a un albo ma soltanto l'esercizio dell'attività professionale.

Resta invece aperta – ma non poteva essere diversamente, considerato il contesto della pronuncia – la questione sulla incerta struttura normativa che fonda l'esercizio del potere sanzionatorio⁶.

2. La posizione del medico-assessore al centro del contenuto motivazionale della sentenza

I termini delle questioni emergono dal contenuto motivazionale della sentenza.

La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi nel giudizio per conflitto di attribuzione tra enti promosso dalla regione Emilia-Romagna nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione al provvedimento di radiazione dall'albo dei medici a carico del dott. Sergio Venturi, all'epoca dei fatti anche assessore alle politiche per la salute della medesima regione.

In particolare, nel ricorso l'ente regionale lamenta che lo Stato, per il

⁵ Nella misura in cui il concetto di 'ordinamento' venga connotato in termini di separatezza rispetto all'ordinamento statale.

⁶ Si tratta della questione relativa all'atipicità delle infrazioni disciplinari e all'applicazione di norme vaghe e indeterminate che tuttora caratterizza i sistemi disciplinari delle professioni regolamentate. Rendendo sanzionabili fatti che in qualunque modo turbino l'ordine interno (sotto il profilo funzionale e organizzatorio), formule quali il "decoro", l'"onore", l'"autonomia" della professione determinano un notevole margine di incertezza che si ripercuote sulle garanzie riservate al professionista. Si aggiungano inoltre i problemi inerenti all'assenza di correlazione tra infrazioni e sanzioni e alla composizione autoreferenziale delle autorità disciplinari. I pericoli di arbitrio insiti in una simile disciplina non sembra possano essere compensati dalle garanzie del giusto processo. Basti prendere l'esempio del dott. Venturi, che è stato radiato dalla commissione provinciale dell'ordine di Bologna a fronte di una sola condotta e per di più estranea all'attività professionale, in spregio si direbbe ai principi di proporzionalità e di gravità del comportamento.

tramite dell'ordine dei medici e dei chirurghi di Bologna, avrebbe esercitato la funzione disciplinare in carenza di potere, punendo una condotta in nessun modo riferibile all'attività medica.

I comportamenti contestati al dott. Sergio Venturi nell'atto di incolpazione riguardano infatti l'adozione di una delibera della giunta regionale con cui si autorizzava l'impiego di personale infermieristico specializzato nell'assistenza sanitaria in emergenza (*i.e.*, ambulanza 118)⁷, delegandosi implicitamente l'esercizio della funzione medica. Si trattava di una delibera (mai impugnata) approvata in conformità a protocolli operativi, predisposti dallo stesso personale medico, ma adottata soprattutto in attuazione di quanto stabilito da un decreto statale sulla determinazione dei livelli di assistenza sanitaria di emergenza, successivamente fissati anche in sede di Conferenza Stato-regioni mediante apposite linee guida⁸.

L'avvio di un procedimento disciplinare e l'irrogazione di una sanzione in assenza dei relativi presupposti avrebbero determinato, secondo la regione, un'indebita ingerenza dello Stato nelle prerogative di indirizzo politico-amministrativo regionale in materia di organizzazione del servizio sanitario: l'azione disciplinare era infatti volta a censurare la scelta dell'assessore di proporre e concorrere alla formazione dell'atto della giunta, organo collegiale di appartenenza.

Ebbene, la Corte, ponendo al centro della motivazione la posizione del soggetto sanzionato, rappresentante di un organo politico-amministrativo regionale e insieme professionista obbligatoriamente iscritto all'albo dei medici, accoglie integralmente il ricorso affermando che nella seconda veste egli è esclusivamente tenuto al rispetto delle regole che disciplinano il corretto esercizio della professione. Ne discende che un'azione disciplinare può attivarsi *solo* per la violazione delle suddette regole e che il potere sanzionatorio degli ordini professionali «nasce, quindi, limitato»: giacché «se non ristretto entro confini ben precisi, [tale potere] ben potrebbe irragionevolmente invadere la sfera dei diritti dei singoli destinatari delle sanzioni»⁹, come per l'appunto nel caso di specie.

⁷ Delibera dell'11 aprile 2016, n. 508, recante «Principi e criteri in ordine alla predisposizione di Linee guida regionali per l'armonizzazione dei protocolli avanzati di impiego di personale infermieristico adottati ai sensi dell'art. 10 d.P.R. 27 marzo 1992 per lo svolgimento del servizio di emergenza sanitaria territoriale 118».

⁸ D.p.r. 27 marzo 1992 (Atto di indirizzo e coordinamento alle regioni per la determinazione dei livelli assistenza sanitaria di emergenza); intesa in Conferenza Stato-regioni dell'11 aprile 1996 (atto di intesa tra Stato e regioni di approvazione delle linee guida sul sistema di emergenza sanitaria in applicazione del d.P.R. 27 marzo 1992).

⁹ Punto 6, cons. dir.

Per la Corte, infatti, l'ordine professionale ha sicuramente leso la posizione giuridica del medico in quanto individuo, punendolo, e con la più rigorosa delle sanzioni disciplinari, per fatti che fuoriescono dall'esercizio dell'attività professionale (la facoltà di proposta e di voto in seno alla giunta regionale) e (comunque) senza tenere conto degli obblighi a carico dell'iscritto derivanti dalla normativa nazionale e regionale (il decreto statale e l'atto di intesa tra Stato e regioni).

Ma soprattutto, nella prospettiva della questione rimessa al giudizio della Corte, l'ordine professionale, sanzionando un proprio iscritto senza averne il potere, ha intaccato le prerogative dell'assessore di concorrere alla definizione dell'indirizzo politico-amministrativo della giunta regionale, con conseguente «menomazione delle attribuzioni costituzionali della regione in materia di organizzazione sanitaria»¹⁰.

A tali conclusioni la Corte giunge sul presupposto che gli ordini professionali siano organismi «ausiliari della Pubblica Amministrazione [...] chiamati a svolgere funzioni pubbliche di tutela di interessi pubblici unitari»¹¹ strettamente connessi all'esercizio professionale e che pertanto siano parte dello Stato inteso come «sistema ordinamentale [...] complesso e articolato, costituito da organi con o senza personalità giuridica, ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell'esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali», con la conseguente piena «ric conducibilità alla sfera di competenza statale di tali funzioni», solamente «“affidate” [nel caso di cui si discute] all'ordine degli esercenti le professioni sanitarie, nell'ambito del peculiare modulo organizzatorio disegnato dal legislatore statale», in particolare dalla legge istitutiva dell'ordine delle professioni sanitarie¹².

¹⁰ Ancora, punto 6, cons. dir.

¹¹ V. sul punto già A. Catelani, *Gli Ordini e i Collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 35-36, nella parte in cui sostiene che: «Lo Stato moderno ha provveduto a mettere sotto controllo i professionisti, e gli enti professionali sono l'apparato attraverso il quale la pubblica amministrazione raggiunge questo scopo»; inoltre, secondo l'A., gli stessi singoli professionisti, «in quanto perseguono fini di pubblico interesse, devono essere considerati soggetti ausiliari della pubblica amministrazione». Tuttavia, caratteristica è «la formula organizzativa che li unisce a quest'ultima, e fa sì che questa qualifica possa essere loro correttamente attribuita»: «l'esercizio da parte dei professionisti di una attività di pubblico interesse [...] può giuridicamente essere qualificato tale perché per essa esiste una corrispondente organizzazione». Pertanto, «il gruppo professionale, così costituito da soggetti che si possono qualificare come organi impropri o indiretti della pubblica amministrazione, si pone come comunità intermedia tra il singolo e la collettività statale» (A. Catelani, *Gli ordini e i Collegi professionali*, cit., 40 ss.).

¹² Punto 4, cons. in dir.

3. L'“autonomia” (quasi) ristabilita degli ordini professionali. Il senso autentico della natura pubblica degli ordini professionali

È evidente che la questione del conflitto di attribuzioni investe problematiche ulteriori che vanno dal ruolo degli ordini professionali nell'ordinamento, alla (ri)definizione della loro “autonomia”, fino alla delimitazione del relativo potere sanzionatorio.

La Corte affronta il problema della posizione e della funzione degli ordini professionali nell'ordinamento in via preliminare, per dichiarare l'ammissibilità del ricorso nei confronti dello Stato. Si pone infatti la questione della legittimità dell'intervento in giudizio dell'ordine dei medici, «nonostante la mancata costituzione in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri quale parte resistente». Per risolverlo, il giudice delle leggi richiama un proprio orientamento secondo il quale il ricorso deve essere notificato anche «all'organo che ha emanato l'atto, quando si tratti [...] di organi dello Stato dotati di autonomia e soggettività, sì da legittimarli[i] passivamente nel processo», e ciò «al fine di fare valere le ragioni della legittimità dell'atto impugnato, da essi adottato».

Si tratta di requisiti ritenuti sussistenti negli ordini professionali: organismi a partecipazione obbligatoria, dotati di personalità giuridica di diritto pubblico, «cui il legislatore statale ha affidato poteri, funzioni e prerogative, sottoposti a vigilanza da parte di organi dello Stato-apparato, tutti preordinati alla tutela di pregnanti interessi di rilievo costituzionale [...], connessi all'esercizio di attività professionali, caratterizzati da una necessaria dimensione nazionale e pertanto dalla infrazionabilità». La «stretta inerenza di tali compiti alla tutela di un interesse pubblico unitario ne qualifica con chiarezza la natura di enti che esercitano funzioni pubbliche imputabili all'apparato statale», come pure «esige di imputare al sistema ordinamentale statale gli atti emessi nell'esercizio delle medesime».

Enti dunque dello Stato, posti sotto il suo controllo e strumentali al perseguimento di finalità pubbliche (inerenti alla professione).

Ora, l'insistenza della Corte costituzionale su tale aspetto non sembra soltanto volta a dare soluzione a una questione procedurale, né tanto meno appare come monotona ripetizione di posizioni dottrinali e giurisprudenziali sulla natura di alcune organizzazioni professionali.

Piuttosto l'impressione è che, così argomentando, la Corte abbia inteso ricordare agli ordini professionali che la loro sussunzione nella categoria degli enti pubblici assume un preciso significato e trae seco rilevanti conseguenze.

Se le attività svolte dall'ordine sono riconducibili «alla sfera di compe-

tenze statali»¹³, ciò implica che anche la funzione disciplinare non è esclusiva dell'ordine, specie se considerata nella sua dimensione normativa¹⁴. Ne consegue altresì la totale funzionalizzazione della suddetta potestà, solo “delegata” agli ordini, alla tutela «dell'affidamento dei cittadini»¹⁵ al corretto esercizio delle prestazioni professionali.

Il che, se vale per l'ordinamento medico, dove è lo stesso legislatore a definire gli ordini come «organi sussidiari dello Stato», deve ammettersi anche per gli altri enti pubblici professionali nella misura in cui l'attività nel suo complesso ha la «funzione di tutela della collettività»¹⁶.

In questa logica, dal ragionamento della Corte sembra, allora, potersi evincere che non vi sia affatto un problema di rapporti tra potere conformativo o limitativo dello Stato, da un lato, e autonomia degli ordini, dall'altro lato: un problema siffatto (di individuazione, cioè, dei presupposti a partire dai quali si ritiene di poter o di non poter legittimamente limitare l'autonomia degli organismi professionali) si porrebbe infatti soltanto qualora gli ordini fossero organizzazioni private. In tal caso si risolverebbe peraltro indicando negli interessi garantiti dall'ordinamento (investiti dall'attività professionale) il limite alla loro autonomia.

Trattandosi invece di enti pubblici, gli ordini semplicemente non possono vantare spazi di autonomia, intesa come riserva extra-statale. Invocarli per evitare ingerenze dei poteri statali risulta, come si vedrà, pretestuoso e contraddittorio¹⁷.

4. Segue: il doveroso dialogo della deontologia con le fonti del diritto

Nell'ordine di idee richiamato deve iscriversi la deontologia.

In proposito, occorre preliminarmente ricordare che la codificazione deontologica è rimessa alla discrezionalità degli ordini¹⁸. Si tratta di un dato che è

¹³ Punto 4, cons. dir.

¹⁴ Come pure nella sua dimensione strettamente sanzionatoria. In tal senso, depongo esigenze di imparzialità e indipendenza degli organi giudicanti (v. di recente un'ordinanza della Corte di giustizia europea su l'applicazione dei principi di indipendenza nei giudizi disciplinari a carico dei giudici: causa C-791/19, Commissione *vs* Polonia, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200047en.pdf>).

¹⁵ Cfr. M. Renna, *Professioni e procedimenti disciplinari*, cit., 171 ss.

¹⁶ Per riprendere un'espressione tratta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato citata (*supra* nota 2).

¹⁷ Si v. *infra*, § 5.

¹⁸ Non sono previsti neppure vagli da parte di autorità dello Stato sul contenuto dei

la corte costituzionale su autonomia e autodichia

assecondato dallo stesso legislatore, sebbene nel contesto pubblicistico provoca un evidente contrasto con i principi dello Stato democratico (legalità¹⁹ e im-

codici: unica eccezione vale per l'ordine dei giornalisti il cui codice, come noto, è sottoposto al controllo del garante della privacy.

Non stupisce allora che con riferimento alla potestà disciplinare si sia ragionato come del potere più importante degli enti professionali per il raggiungimento dei loro «fini istituzionali» (C. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, cit., 293), né stupisce che si sia sostenuto che «seppure il legislatore avesse taciuto al riguardo [del conferimento del potere], l'ente professionale, a causa della sua specifica natura di persona giuridica di diritto pubblico preordinata al funzionamento della professione e della sua natura di istituzione in senso tecnico giuridico, avrebbe in sé i titoli sufficienti per l'attribuzione e l'esercizio effettivo del potere disciplinare»; o ancora che «il fondamento del potere in parola si ricollega anche all'autonomia concessa agli enti stessi» (ancora C. Lega, *Le libere professioni intellettuali*, cit., 296). Similmente A. Catelani, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 88 ss.; P. Piscione, *Ordini e collegi professionali*, cit., 141.

¹⁹ Contrasto che naturalmente sorge se si va a cercare il fondamento *normativo* del potere disciplinare, di là cioè dalla tradizionale interpretazione per cui «il fondamento del potere in parola si ricollega [...] all'autonomia concessa agli enti stessi» (così C. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, cit., 296) e che in virtù di essa il potere disciplinare «è di regola ampiamente discrezionale sia nell'aspetto decisorio che in quello istruttorio» (P. Piscione, *Ordini e Collegi professionali*, cit., 142).

Un problema di rispetto del principio di legalità (formale e) sostanziale sorge in altri termini se si volge lo sguardo al fondamento *normativo* del potere disciplinare, sul presupposto della sua accezione pubblicistica. Il legislatore, come accennato, attribuisce in capo ai consigli dell'ordine un potere di controllo e di giudizio sulle condotte di ciascun iscritto facendo ricorso a formulazioni di carattere assai generico e senza alcuna indicazione dei presupposti del suo esercizio. Ciò induce a domandarsi se effettivamente vi sia l'attribuzione del potere o se essa non si configuri, al più, come attribuzione *in bianco*, con conseguente violazione del principio di legalità, almeno nella sua accezione sostanzialistica. In proposito rileva infatti la distinzione tra potere di infliggere le sanzioni e potere di individuare le condotte rilevanti sul piano disciplinare. Se si pone attenzione a quest'ultima prerogativa emerge con tutta evidenza che la disposizione di legge, dalla quale si suole far discendere il potere degli ordini professionali di regolare la materia disciplinare, non fornisce alcuna specificazione in ordine alle condotte oggetto di procedimento disciplinare (abusi, mancanze e fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale), tale da vincolare l'attività discrezionale dell'ordine. E che, in definitiva, la legge rimette per intero agli organi dell'ordine professionale (nel caso di specie al consiglio dell'ordine forense) la valutazione della conformità dell'operato degli iscritti ai principi di dignità e decoro, i quali devono presiedere, in quanto obblighi del professionista, all'esercizio dell'attività professionale cosicché l'attività di valutazione è in sé attività di individuazione delle condotte illecite.

Ma vi è di peggio. Se si considerano tutte le professioni (architetti, commercialisti, ingegneri, geometri, agronomi, etc.) in cui il legislatore non ha espressamente attribuito agli organi professionali il potere di codificare i precetti deontologici, lo scenario sarebbe ancora diverso: dall'interpretazione letterale delle disposizione normative dalla quali, si è già detto, comunemente si ritiene derivi la potestà di individuare le fattispecie illecite (di nuovo, abusi,

parzialità²⁰), permettendo di affidare all'ente professionale non solo la cura dell'interesse pubblico ma anche la sua concreta individuazione.

È noto, infatti, che le leggi professionali si "disinteressano" della materia disciplinare, limitandosi a delegare agli ordini il potere di regolamentazione «senza alcuna indicazione dei presupposti di esercizio»²¹, se non quelli derivanti da previsioni decisamente generiche, quali il decoro, l'indipendenza e l'autonomia della professione. Cosicché «si è sempre ritenuto che [le suddette] previsioni dovessero essere integrate per il tramite dei precetti deontologici»²².

Simile prospettiva è accolta anche dalla Corte costituzionale. Essa riconosce nella deontologia una fonte per la individuazione delle ipotesi di responsabilità disciplinare a carico del medico e, dunque, una fonte per la definizione delle regole che «governano il corretto esercizio della professione»²³.

Al tempo stesso, però, la Corte è ferma nel qualificare i codici deontologici come «atti di "soft law" vincolanti nei termini e nei limiti»²⁴ delle altre norme dell'ordinamento.

Si tratta di una qualificazione che, di là dal rinvio a una categoria concettuale tuttora lontana da definizioni univoche, può leggersi ancora una volta come tesa a rammentare agli ordini professionali la loro posizione

mananze e fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale) si potrebbe financo dubitare che la stessa norma attribuisca, almeno in modo espresso, il potere di regolare la materia disciplinare. La conseguenza sarebbe che l'esercizio di tale potere risulterebbe in contrasto con il principio di legalità, anche nella sua accezione formalistica.

In generale, sui rapporti tra principio di legalità e attività normativa degli ordini professionali (anche oltre la materia disciplinare), si rinvia, per tutti, a G. Manfredi, *L'attività normativa degli ordini professionali incontra il principio di legalità*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 3297 ss.

²⁰ Rispetto a tale pratica normativa (che rimette all'ordine la regolamentazione della materia disciplinare sulla base di formule generiche) si pone inoltre un problema di compatibilità con il principio di imparzialità ex art. 97 Cost. Occorre infatti stabilire se e fino a che punto sia possibile consentire che gli ordini professionali individuino l'interesse pubblico, dal momento che quest'ultimo dovrebbe invece essere «assunto come fine dal potere pubblico con il concorso paritario di tutti i cittadini (la rappresentanza politica)» (così, C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 137 ss. e 23 ss.). Cfr. inoltre L. Ferrara, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, cit., 376; nonché, di recente, N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, Giuffrè, 2017, 66 ss. Meno critico sul punto G. Manfredi, *L'attività normativa degli ordini professionali incontra il principio di legalità*, cit., 3307 ss.

²¹ F. Levi, *La funzione disciplinare degli ordini professionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 57.

²² G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, Giappichelli, 2007, 103.

²³ Punto 6, cons. dir.

²⁴ Ancora, punto 6, cons. dir.

la corte costituzionale su autonomia e autodichia

nell'ordinamento, quali enti strumentali dello Stato, posti sotto il suo controllo. In questa logica, la qualificazione in termini di *soft law* appare infatti idonea a sconfessare l'idea che la norma deontologica sia la regola unica, «fondamentale e primaria»²⁵ dell'attività del professionista e, in definitiva, a negare alla deontologia qualsiasi *riserva materiale*.

Del tutto consequenziale è allora un'altra riflessione: quando sull'esercizio della professione intervengono altre norme dell'ordinamento (promananti da organi politici, come nella specie), la deontologia è tenuta a conformarsi e, in caso di contrasto, deve essere ignorata, disapplicata o preferibilmente eliminata (considerando coerente con il quadro delineato il carattere regolamentare²⁶); quando non modificata dall'interno²⁷.

Dopotutto la soluzione interpretativa della Corte trova conferma nella legge sull'ordinamento delle professioni sanitarie (come modificata nel 2018) e segnatamente nella avveduta previsione con la quale la normativa deontologica è stata espressamente incasellata all'interno di un più vasto sistema di norme: per cui l'ordine deve agire «tenendo conto degli obblighi a carico degli iscritti, derivanti dalla normativa nazionale e regionale vigente

²⁵ In questi termini la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri: «Documento conclusivo dei lavori della Consulta Deontologica Nazionale della FNOMCeO» chiamata ad esprimere parere sul suicidio assistito in merito all'ordinanza 207/18 della Corte costituzionale», del 14 marzo 2019 (https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2019/03/COM.-N.-41_PARERE-SU-TEMICHE-SUICIDIO-ASSISTITO.pdf).

Se così fosse, non avrebbe ragione d'essere e anzi risulterebbe contraddittoria, l'argomentazione dell'ordine dei medici in merito alle posizioni di quanti ricoprono cariche elettive (punto 2, rit. in fatto) che escludono la responsabilità disciplinare: se, in altri termini, la deontologia è considerata il faro costante per il professionista non si dovrebbero neppure ammettere differenze di trattamento disciplinare.

²⁶ Su cui, per tutti, G. Manfredi, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in *Jus*, 2008, in part. 577.

²⁷ Come è stato per esempio per la vicenda del suicidio assistito, dopo la sentenza della Corte costituzionale del 25 settembre 2019, n. 242. L'art. 17 del codice deontologico, che vieta al medico di effettuare o favorire atti finalizzati a provocare la morte del paziente, deve ritenersi modificato dalla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (FNOMCeO) con la comunicazione del 6 febbraio 2020, n. 19. In particolare, la Federazione ha adottato una nota interpretativa in base alla quale: «La libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell'individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza n. 242/19 della Corte costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, *la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare*» (corsivo aggiunto).

e dalle disposizioni contenute nei contratti e nelle convenzioni nazionali di lavoro»²⁸.

Ma anche a voler prescindere dal dato testuale, valido tra l'altro solo per l'ordine dei medici, alle medesime conclusioni si giunge muovendo dall'autentico significato dell'inserimento degli ordini professionali tra gli enti di diritto pubblico, su cui la Corte costituzionale, si è visto, tanto insiste: se la natura pubblica degli ordini implica che essi debbano agire in qualità di organismi ausiliari e di completamento per l'attuazione di norme primarie e secondarie dell'ordinamento, ne deriva che a questa funzione deve assolvere anche la deontologia.

La normativa deontologica, in altri termini, è solo una delle fonti a cui fare riferimento nei procedimenti disciplinari, per giunta recessiva quando altre norme regolano il medesimo comportamento.

5. Le ricadute della natura pubblica degli ordini professionali sull'esercizio del potere disciplinare. La posizione dell'individuo iscritto a un ordine professionale: il limite interno al potere disciplinare

La ricostruzione del ruolo e delle funzioni degli ordini professionali fatta dalla Corte ha delle evidenti ricadute anche sull'esercizio del potere disciplinare.

Il riferimento va, in particolare, al contrasto che emerge allorché una stessa condotta venga trattata diversamente nell'ordinamento generale e nell'ordinamento professionale. Si tratta di un contrasto che ricade innanzitutto sul professionista, per il solo fatto di essere un soggetto che è necessariamente appartenente all'ordinamento generale e all'ordine professionale, ma che si riflettono altresì sulla cura di quegli interessi di rilievo costituzionale che sono sottesi all'attività professionale²⁹.

In proposito, sia sufficiente richiamare la situazione dei medici responsabili dei servizi di emergenza delle aziende sanitarie della regione Emilia-Romagna.

Ebbene, senza l'intervento della Corte costituzionale, questi medici si troverebbero nella scomoda posizione per la quale un identico comportamento (l'uso di personale infermieristico in 118) sarebbe valutato al con-

²⁸ Art. 1, c. 3, l. 1), l. n. 233/1946 (come modificato da l. n. 3/2018).

²⁹ Da qui il sospetto che la dietro la funzione disciplinare si nasconde invero la protezione degli interessi della sola categoria professionale.

tempo, da un lato, lecito e necessario (dall'ordinamento generale) e, dall'altro lato, illecito (dall'ordine professionale).

Nonostante, infatti, i protocolli contenenti le istruzioni operative per gli infermieri siano stati adottati dagli stessi medici³⁰ in attuazione del quadro normativo nazionale e regionale, la commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie ha fatto prevalere il codice deontologico, dichiarando l'illiceità deontologica dei protocolli, in quanto lesivi della regola di non delegabilità delle competenze del medico (*ex artt. 3, c. 3, e 13, c. 1, del codice di deontologia medica*)³¹.

La conseguenza è assurda perché, per escludere gli estremi dell'illecito e quindi per evitare l'assoggettabilità a procedimento disciplinare e alle sue (imprevedibili) sanzioni³², il medico finirebbe per violare altre disposizioni di natura non deontologica, predisposte in un'ottica di buon andamento dell'organizzazione del sistema sanitario pubblico, intralciando persino la realizzazione del diritto fondamentale alla salute.

Di fronte a simili rischi, la sentenza della Corte costituzionale ha finalmente posto il rimedio. Da qui in avanti, nell'ambito del controllo sul corretto esercizio dell'attività professionale un limite interno al potere disciplinare dovrà individuarsi nel necessario rispetto delle fonti normative di ordine superiore. Facendo leva sulla dichiarata natura pubblica degli ordini professionali, la portata della deontologia risulta infatti ridotta, potendo essere vincolante solamente «nei termini e nei limiti indicati dalla legge». Ogni valutazione circa la conformità o meno dei comportamenti al corretto esercizio della professione dovrà essere inquadrata in un sistema più ampio di fonti, nel quale il rispetto delle regole deontologiche dovrà essere necessariamente bilanciato con il (se non addirittura sacrificato dal) rispetto delle altre regole che pure disciplinano, a tutela della collettività, l'esercizio di una determinata professione.

6. Segue: la posizione del professionista-assessore: il limite esterno al potere disciplinare

Le contraddizioni cui può andare incontro un professionista per il solo

³⁰ Su cui, si v. *infra* § 6.

³¹ La commissione centrale ha inequivocabilmente affermato che «le determinazioni ASL relative ai protocolli operativi di cui trattasi, pur trovando supporto nell'atto regionale, si pongono in contrasto con il codice deontologico» (C.C.E.P.S. decisioni n. 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 del 2017).

³² Mancando, si è detto, nel contesto disciplinare la corrispondenza tra illeciti e sanzioni (*supra* nota 5).

fatto di essere iscritto a un ordine professionale sono ancor più evidenti se riguardano attività che esulano dalla professione.

È specialmente rispetto a queste ipotesi che la soluzione interpretativa adottata dalla Corte costituzionale con la sentenza in commento manifesta effetti dirompenti sul potere disciplinare delle professioni regolamentate: essa segna infatti un limite esterno al potere, individuando nello svolgimento dell'attività professionale il presupposto necessario per assoggettare a procedimento disciplinare un proprio iscritto.

In questione non sono, dunque, le modalità di esercizio del potere disciplinare, ma l'esistenza stessa del potere, con riferimento a condotte che non concernono direttamente l'attività professionale, come nella vicenda di cui si discute davanti al giudice di legittimità.

Si ricorderà, infatti, che il dott. Venturi è stato radiato dall'ordine dei medici di Bologna per avere, in qualità di assessore alle politiche per la salute, contribuito a elaborare e ad adottare la delibera regionale (11 aprile 2016, n. 508) con cui si è autorizzato l'impiego di personale infermieristico specializzato nell'assistenza sanitaria in emergenza. Si ricorderà inoltre che tale delibera è stata emanata in conformità ad appositi protocolli operativi predisposti dal personale medico in attuazione del decreto statale di indirizzo delle politiche regionali in materia assistenza sanitaria di emergenza e dell'intesa in Conferenza Stato-regioni di approvazione delle linee guida sul sistema di emergenza sanitaria.

Tra le disposizioni del codice di deontologia medica richiamati dalla commissione provinciale nell'atto di contestazione vi è l'art. 3, c. 1, che impone al medico «la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le *condizioni istituzionali* o sociali nelle quali opera». Per la commissione il fatto che il dott. Venturi si sia trovato a operare in “condizioni istituzionali” di assessore alle politiche della salute «non è condizione esentante dall'osservanza dei canoni deontologici, anzi»³³.

Del resto, a conclusioni non molto diverse erano già giunte la commissione disciplinare provinciale e la commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie in un'altra vicenda disciplinare, strettamente connessa alla prima. Alcuni medici-dirigenti del servizio di urgenza ed emergenza medica-118 di Bologna sono stati sospesi³⁴ per aver redatto, per conto della

³³ C.C.E.P.S. decisioni n. 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 del 2017, cit.

³⁴ La sospensione è stata annullata davanti alla C.C.E.P.S. (solo) per decorrenza dei termini di prescrizione.

la corte costituzionale su autonomia e autodichia

azienda ospedaliera, i protocolli operativi (poi approvati dalla delibera regionale n. 508) in base ai quali si consente al personale infermieristico attivo nell'emergenza pre-ospedaliera di svolgere, in situazioni precise, determinati compiti (quali l'identificazione del problema e la somministrazione di farmaci salva-vita sotto il controllo in tempo reale del medico di centrale operativa).

Le procedure³⁵ (strutturate come algoritmi deterministici, al fine di garantire «un livello di dettaglio tale da eliminare ogni componente discrezionale-valutativa dell'intervento in capo all'operatore sanitario non medico»³⁶) risultano attuazione dell'art. 10, d.P.R. 27 marzo 1992, di istituzione del 118, secondo cui gli infermieri possono essere autorizzati «a praticare iniezioni per via endovenosa e flebotomi, nonché a svolgere le altre attività e manovre atte a salvaguardare le funzioni vitali, previste dai protocolli decisi dal medico responsabile del servizio».

Eppure, anche qui, per gli organi disciplinari «il vincolo della subordinazione derivante dal rapporto di pubblico impiego [che vede questi medici in posizione dirigenziale] non esclude, ma anzi presuppone, la continuità della prestazione professionale soggetta ai vincoli di natura deontologica ed alla vigilanza dell'Ordine professionale di appartenenza»³⁷.

Ora, di là dal problema di stabilire quali siano le attività mediche che non possono delegarsi da non confondersi con le attività che sono svolte consuetudinariamente dai medici, la domanda da porsi è inevitabile: un professionista è tenuto all'osservanza del codice deontologico anche al di fuori dell'usuale esercizio professionale?

La risposta della Corte costituzionale è chiara: deve escludersi in capo all'ordine professionale il potere sanzionatorio nei confronti di un proprio iscritto per atti compiuti da quest'ultimo «non nell'esercizio della professione di medico, ma nell'esercizio di una funzione pubblica»³⁸. Il che equivale a dire che nel porre in essere comportamenti «ascrivibili a un munus pubblico»³⁹ il professionista non è obbligato a rispettare la normativa deontologica.

³⁵ Le stesse che sono approvate con la delibera regionale (n. 508/2016) alla cui formazione ha parte attiva il dott. Venturi.

³⁶ Così la delibera regionale citata.

³⁷ C.C.E.P.S. decisioni n. 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 del 2017, cit.

³⁸ Negli stessi termini, si v. Cass., sez. II, 28 luglio 2020, n. 16045; Cass., sez. II, 28 luglio 2020, n. 16046; Cass., sez. II., 28 luglio 2020, n. 16047; Cass., sez. II., 30 luglio 2020, n. 16421. Il giudice di legittimità ha annullato le sanzioni disposte nei confronti dei dirigenti medici che avevano partecipato alla redazione e all'applicazione dei protocolli e delle linee guida sull'impiego del personale infermieristico specializzato nell'assistenza sanitaria in emergenza, accogliendo il primo motivo di ricorso, identificato in *carezza assoluta di potestà disciplinare, usurpazione e sviamento di potere in capo all'ordine*.

³⁹ Punto 6, cons. dir.

Nella risposta della Corte può cogliersi il convincimento che il potere disciplinare non sia affatto un potere «la cui efficacia si esauri[sce] all'interno dell'ordine o della categoria»⁴⁰.

In gioco è innanzitutto la tutela della libertà del singolo professionista. In particolare, nella vicenda in esame, sarebbe stata compromessa l'autonomia politica del professionista-assessore, che per il solo fatto di essere iscritto all'ordine non sarebbe stato libero di prendere decisioni⁴¹; simile la condizione dei professionisti-dirigenti, che nello svolgimento di una funzione pubblica, non avrebbero esercitato liberamente la propria discrezionalità amministrativa.

In generale, a essere menomata dall'uso corporativo (in quanto assorbente ogni dimensione dell'individuo eccedente l'esercizio della professione) del potere disciplinare è la libertà *tout court* del soggetto, visto che gli ordini sono enti a partecipazione necessaria.

Ma in gioco c'è pure il raggiungimento di interessi pubblici rilevanti nei settori di pertinenza delle singole professioni, dimostrandosi la teleologica e strutturale connessione del potere disciplinare finanche con le prerogative e le attribuzioni degli enti territoriali. Emblematico è l'esempio dell'assessore della giunta regionale e quello dei dirigenti dell'azienda ospedaliera, dove in discussione erano l'elaborazione e l'attuazione di indirizzi politico-amministrativi (non graditi all'ordine) per il soddisfacimento di attività di prestazione di servizi pubblici in materia di organizzazione sanitaria di competenza regionale, chiaramente pregiudicata⁴². Si tratta peraltro di situazioni che possono frequentemente ricorrere considerato lo spettro di ordini professionali capaci di influenzare pubbliche decisioni sanzionando i professionisti che operano nelle istituzioni.

In conclusione, il limite esterno individuato dalla sentenza oltre a garantire l'autonomia decisionale della regione e quella del medico-assessore ha eliminato il pericolo che in futuro gli ordini professionali sfruttino il

⁴⁰ Punto 2, rit. in fatto.

⁴¹ Per cui l'unica alternativa sarebbe stata la cancellazione dall'albo una volta nominato come assessore. Deve infatti segnalarsi che l'ordine non prevede un sistema di sospensione dallo stesso.

⁴² Chiarissima in tal senso è la seconda sezione civile della Corte di Cassazione nelle citate sentenze n. 16045, n. 16046 e n. 16047, del 28 luglio 2020, e n. 16421 del 30 luglio 2020, dove si afferma che «il potere disciplinare non può incidere sul rapporto di impiego con la P.A.», nella misura in cui l'organo disciplinare «non può sindacare l'attività amministrativa dell'ente pubblico [...], con il quale, con la nomina di un soggetto quale dirigente, si genera un rapporto di immedesimazione organica, con conseguente imputazione all'ente dell'azione del dirigente medesimo».

la corte costituzionale su autonomia e autodichia

potere disciplinare come strumento di «intimidazione o di punizione nei confronti del professionista che ricopre cariche pubbliche e che sostenga progetti difformi da quelli propugnati dall'ordine di appartenenza»⁴³.

Volendo spingersi oltre, la soluzione della Corte pone le basi per affermare che ogni attività che non sia direttamente riconducibile a quella professionale (per esempio un'attività della vita privata) preclude l'esercizio del potere sanzionatorio e di pari passo esclude il richiamo alle generiche (e pericolose) clausole relative al decoro e all'onore dell'ordine⁴⁴.

D'altronde, ciò risulterebbe coerente con quanto l'ordinamento statale delega agli ordini professionali in quanto enti pubblici: ovverosia, vigilare solo e soltanto sul corretto esercizio della professione.

Diversamente, anche in questi casi non potrebbe non ragionarsi di uso corporativo del potere disciplinare che riguarderebbe – come candidamente sostenuto nelle proprie difese dall'ordine medico – «la tutela del prestigio e del decoro di una categoria di professionisti»⁴⁵.

Abstract

The Constitutional Court judgment n. 259/2019 analyses the healthcare profession's disciplinary power, resolving some issues related to it. Moving from the assumption that the activities of the professional orders, such as public agencies, can be attributable to the State legal system and are aimed at defending the correct exercise of the profession, the judgment specifically allows to exclude the corporative use of the disciplinary function from two distinct perspectives. From the regulatory viewpoint, it is possible to overcome the hypothesis of a material deontological limitation, since it must

⁴³ E. Politi, *Potere disciplinare dell'ordine professionale vs. autonomia decisionale della Giunta regionale in un conflitto fra Stato e Regione (che racchiude una "quaestio libertatis")*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 431.

⁴⁴ Come sancito, per esempio, in ambito sportivo: v., per esempio, Corte federale d'appello, sez. un., C.U. n. 20/CFA del 1° agosto 2017, secondo cui «Perché una condotta illecita posta in essere da un tesserato o da un soggetto che svolge un'attività comunque rilevante per l'ordinamento federale possa dirsi disciplinarmente rilevante occorre [...] pur sempre che essa sia stata tenuta nell'ambito di un rapporto riferibile all'attività sportiva [...]. In difetto, non v'è spazio per contestare la violazione dei principi di lealtà sportiva di cui all'art. 1-bis, c. 1, CGS, né vi è conseguentemente la giurisdizione degli organi della giustizia sportiva a decidere al riguardo».

Naturalmente, l'esclusione della responsabilità disciplinare non significa che non possa configurarsi un'ipotesi di responsabilità civile per danno all'immagine, che peraltro prescinde dall'iscrizione all'ordine.

⁴⁵ Punto 2, rit. in fatto.

be placed within a much broader system of sources, which govern the professional's conduct, which the deontological rule must duly face. From a sanctioning perspective, the disciplinary relevance of the deontological violation arises solely if it is not in contrast with the regulations of a higher order, while the disciplinary action per se must set its limits in the hypotheses in which the professional's conduct is directly attributable to the professional activity.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

EDOARDO CARUSO è assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Ferrara

MARCO DUGATO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna

FRANCESCO GASPARI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi

ENRICO GUARNIERI è dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Diritto amministrativo, presso l'Università di Bologna

FRANCESCO MAZZONI è avvocato specialista in studi sull'amministrazione pubblica

SALVATORE MILAZZO è dottore di ricerca in Scienze dell'economia civile, Istituzioni, Governance, Storia presso la Lumsa

EDUARDO PARISI è assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

GIUSEPPE PIPERATA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università IUAV di Venezia

LORENZO SALTARI è professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Relazioni Internazionali (DEMS) dell'Università di Palermo

ALDO SANDULLI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

CECILIA SERENI LUCARELLI è dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche, Diritto amministrativo, presso l'Università di Bologna

SERENA STACCA è ricercatrice di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

SARA VALAGUZZA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

Finito di stampare nel mese di ottobre 2020
dalla *Grafica elettronica* - Napoli