

Editoriale

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, <i>Il trasporto pubblico locale: problemi e prospettive</i>	V
--	---

Saggi

GIUSEPPE MORBIDELLI, <i>Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa</i>	I
AURETTA BENEDETTI, <i>Il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle public utilities: spunti da un'indagine di diritto comparato</i>	51
SIMONE LUCATTINI, <i>La meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti</i>	83
NICOLETTA VETTORI, <i>Diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari: il rapporto tra l'amministrazione e il gestore del servizio</i>	121

Articoli

VALERIA APICELLA E ANNA PAIANO, <i>Il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada: affidamento in house e oneri motivazionali</i>	159
ILDE FORGIONE, <i>Le procedure di affidamento dell'energy performance contract nel settore pubblico</i>	197
GIANMARCO POLI, <i>Le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria: non sunt multiplicanda sine necessitate</i>	239
MARIA BIANCA ARMIENTO, <i>Amministrazione digitale e tutela della salute: il caso Immuni tra fallimenti e nuove prospettive</i>	265

Opinioni

ALDO SANDULLI, <i>L'università da sistema a mercato</i>	289
NOTIZIE SUGLI AUTORI	299

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 1/2021
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/1_2021

Editorial

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, *The local public transport: issues and challenges*V

Essays

GIUSEPPE MORBIDELLI, *Administrative discretion and the principle of separation between politics and administration* I
AURETTA BENEDETTI, *The importance of public consultations in public utilities: a comparative law analysis*51
SIMONE LUCATTINI, *The mechanics of waste regulatory system*..... 83
NICOLETTA VETTORI, *Public and private law in the management of health services: the relationship between public administration and the service operator*..... 121

Articles

VALERIA APICELLA AND ANNA PAIANO, *The public passenger transport service by road: in-house providing and the duty to justify the measures*.....159
ILDE FORGIONE, *Public tendering procedures for energy performance contracts between public-private partnership and the procurement contract*.....197
GIANMARCO POLI, *The public procurement procedures during the health emergency: non sunt multiplicanda sine necessitate*239
MARIA BIANCA ARMIENTO, *Digital Public Administration and health protection: the “Immuni” app case between failures and new challenges*.....265

Opinions

ALDO SANDULLI, *The University: from system to market*289

LIST OF CONTRIBUTORS 299

EDITORIALE

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA

IL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE: PROBLEMI E PROSPETTIVE

Il trasporto pubblico locale serve a soddisfare il bisogno di mobilità dei cittadini non coperto dal normale funzionamento del mercato dei servizi di mobilità. È un settore caratterizzato da molti fallimenti del mercato, che richiedono un intenso intervento pubblico di regolazione e di sostegno. Questo intervento, peraltro, deve essere proporzionato e, quindi, consentire che la concorrenza si dispieghi e produca i suoi benefici effetti nelle aree e nei servizi in cui ciò è possibile o, in via surrogata, per la scelta del gestore.

La dimensione dell'intervento pubblico è riassunta da alcuni dati, riferiti al 2018: oltre novecento imprese operanti nel settore (tra le quali una minoranza di imprese a controllo pubblico, che tuttavia gestisce una quota maggioritaria dei servizi), che impiegano oltre 120.000 dipendenti e possiedono quasi 50.000 mezzi; due miliardi di chilometri percorsi ogni anno, per trasportare oltre cinque miliardi di passeggeri; un fatturato complessivo annuale di oltre dodici miliardi di euro; un finanziamento statale pari a circa cinque miliardi di euro all'anno.

È evidente che il trasporto pubblico locale è necessario per la vita dei cittadini e per l'esercizio di diritti individuali come quelli al lavoro, all'istruzione, alla salute. Lo si è potuto sperimentare in occasione della pandemia e delle conseguenti misure di tutela della salute, che hanno imposto modalità particolari di trasporto ed esigenze straordinarie di mobilità: si pensi, per esempio, alle difficoltà incontrate in occasione della riapertura delle scuole. Meno evidenti sono alcuni benefici di un efficiente sistema di trasporto pubblico locale, segnalati dalla letteratura economica: per esempio, un miglior funzionamento del mercato del lavoro (in termini di tempi di incontro tra domanda e offerta e di adeguatezza dell'impiego al livello di istruzione) e del mercato immobiliare (in termini di minori squilibri tra centro e periferia).

Quelli connessi alla mobilità delle persone sono fenomeni complessi, che si intrecciano con il governo del territorio, con l'erogazione dei servizi

pubblici, con lo svolgimento delle attività private, con lo sviluppo economico. Queste interazioni chiamano in causa le amministrazioni pubbliche a diversi livelli. Non può stupire, quindi, che in questa materia siano coinvolti lo Stato (con un ruolo di finanziamento, che implica anche un potere di indirizzo e incentivo verso scelte più efficienti e sostenibili), le regioni (con un ruolo di programmazione) e gli enti locali (responsabili della gestione), oltre a un'autorità indipendente e, in alcuni contesti territoriali, agenzie di regolazione.

Sono, quelli inerenti alla mobilità, fenomeni in rapida evoluzione. Nascono continuamente nuove forme di trasporto, di micro-mobilità e di mobilità condivisa. Si diffondono nuovi tipi di veicoli, con maggiore autonomia di guida e minore impatto sull'ambiente. La tecnologia digitale e le comunicazioni elettroniche consentono forme innovative di prenotazione, di erogazione dei servizi e di condivisione. Si diffondono servizi accessori, come quelli relativi alle informazioni sul traffico e sul parcheggio.

Queste innovazioni pongono nuovi problemi per le amministrazioni pubbliche e sollecitano lo sviluppo di nuove attribuzioni amministrative. Si pensi alle esigenze di controllo derivanti dai problemi di sicurezza per i nuovi tipi di veicolo o alle esigenze di programmazione e supporto infrastrutturale connesse ai veicoli elettrici. Si pensi, ancora, alla diffusione di servizi in regime di concorrenza, poco regolati, rivolti a una domanda di mobilità prima soddisfatta dal servizio pubblico. Si pensi, soprattutto, alla possibilità di integrazione tra diversi servizi, in una prospettiva che viene sintetizzata nell'espressione *Mobility as a service* (MAAS): servizi pubblici e privati, coordinati e accessibili dall'utente attraverso il proprio dispositivo mobile, attraverso il quale vengono svolte in via digitale attività come la vendita del titolo di viaggio, il controllo sul suo utilizzo, l'informazione del viaggiatore. Questa prospettiva, ancora poco diffusa nella nostra esperienza, implica l'esistenza di piattaforme digitali unitarie, la cui realizzazione e gestione può rientrare tra le responsabilità delle amministrazioni.

Come si vede, vi sono grandi possibilità di sviluppo e modernizzazione, le quali tuttavia sono ostacolate da alcuni rilevanti problemi, tra loro collegati, che affliggono il trasporto pubblico locale in Italia.

In primo luogo, esso soddisfa una parte troppo piccola delle esigenze di mobilità dei cittadini, soprattutto nelle aree metropolitane, dove vi sono la maggiore domanda di mobilità e i principali rischi di congestionamento del traffico, derivante dal ricorso a mezzi privati. Ciò dipende, in buona misura, dall'offerta insufficiente, sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto quello qualitativo: la qualità dei servizi percepita dagli utenti è sensibilmente inferiore a quella degli altri principali paesi europei.

il trasporto pubblico locale: problemi e prospettive

In secondo luogo, vi è un basso livello di innovazione nella programmazione e nella gestione dei servizi. Le potenzialità offerte dall'evoluzione tecnologica non vengono adeguatamente sfruttate, in termini di miglioramenti del servizio. Sono ancora poco diffusi la bigliettazione elettronica, le tecnologie per il controllo dei mezzi e per la raccolta di informazioni sui viaggiatori, la videosorveglianza, l'informazione dei viaggiatori in tempo reale. L'integrazione tra i diversi servizi è limitata e, di conseguenza, il modello MAAS non si concretizza.

In terzo luogo, non si investe abbastanza nel settore. Lo dimostra il dato relativo all'anzianità media dei mezzi: oltre dodici anni, a fronte dei sette-otto anni che si registra nei principali paesi europei. È un dato ben superiore a quello di circa quindici anni fa, nel corso dei quali, quindi, il rinnovo complessivo del parco mezzi ha sensibilmente rallentato. La vetustà dei mezzi determina, ovviamente, la loro appartenenza a modelli ben più inquinanti di quelli più recenti. I veicoli elettrici e quelli ibridi sono ancora pochi. Questi problemi sono aggravati dal fatto che, rispetto agli altri principali paesi europei, in Italia la quota di trasporto su gomma è piuttosto alta e quella su ferro piuttosto bassa.

Vi sono, infine, problemi inerenti alla regolazione del settore. Le reti e gli ambiti territoriali di gestione dei servizi derivano spesso da atti di pianificazione molto risalenti, sicché spesso sono troppo grandi o troppo piccoli. Gli affidamenti sono spesso in proroga da tempo. Gli operatori sono mediamente troppo piccoli. Mancano, alla base, le informazioni sui fabbisogni di mobilità e sull'uso dei servizi da parte dei viaggiatori, anche a causa dell'assenza o dell'inadeguatezza dei sistemi di raccolta delle informazioni.

Naturalmente, questi problemi si pongono in modo differenziato tra le diverse aree geografiche. Vi sono ovviamente notevoli differenze tra le aree urbane e quelle rurali e tra diverse regioni, anche in conseguenza di diverse scelte in termini di finanziamento. Vi è, soprattutto, un grande divario tra il Nord e il Sud del Paese. Al Nord la quota di mobilità coperta dal trasporto pubblico è maggiore e in aumento, al Sud è minore e stabile. La propensione agli investimenti è più alta al Nord che al Sud.

Su questo quadro si sono prodotti gli effetti della pandemia: effetti di breve termine, soprattutto in termini di riduzione dell'afflusso di viaggiatori, comunque pesanti per l'equilibrio finanziario degli operatori; ed effetti permanenti, probabili in termini di modifica strutturale della domanda e di flessibilità degli orari di viaggio, ma ancora difficili da decifrare. L'esigenza di evitare assembramenti e l'urgenza di programmare potenziamenti del servizio dovrebbe aver reso consapevoli dell'importanza di raccogliere informazioni sulla domanda e sul rendimento dei servizi.

Gli sviluppi e i problemi indicati suggeriscono alcune linee di intervento, che potrebbero consentire di migliorare i servizi, sfruttare le innovazioni consentite dalla tecnologia, regolare correttamente il rapporto tra intervento pubblico e iniziativa privata.

Vi è, innanzitutto, un grande bisogno di informazioni. Amministrazioni e gestori dovrebbero attrezzarsi per raccogliere e ordinare dati sul bisogno di mobilità e sull'uso dei vari servizi. Ciò consentirebbe di articolare meglio i servizi, di costruire in modo consapevole i bandi di gara, di fornire agli utenti informazioni adeguate, di integrare i diversi servizi.

Vi è, parallelamente, il bisogno di un'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, almeno in termini di indicatori di quantità e qualità, che possa consentire di programmare i servizi e il finanziamento pubblico in modo da eliminare le conseguenze più distorsive delle segnalate disegualianze e di tutelare le categorie deboli.

Sempre più importanti, poi, sono gli obiettivi di sostenibilità ambientale. Da questo punto di vista, indicazioni importanti sono offerte dal Programma nazionale di ripresa e resilienza (PNRR, che, come è noto, dedica il quaranta per cento degli investimenti previsti agli obiettivi di transizione ecologica). Esso pone l'obiettivo dello spostamento di almeno il dieci per cento del traffico dalle auto private al trasporto pubblico, che ha un impatto molto minore in termini di inquinamento ambientale. Esso prevede anche il rinnovo della flotta, con immissione di autobus a basso impatto ambientale. Quest'ultimo, dal punto di vista della sostenibilità ambientale, è l'obiettivo più importante nel breve termine. Nel medio e lungo termine, occorre preoccuparsi dei costi dei mezzi elettrici, di aspetti infrastrutturali come le stazioni di ricarica e dello sviluppo di nuove forme di alimentazione (tra le quali appare particolarmente promettente l'idrogeno, che tuttavia richiede a sua volta rilevanti investimenti).

Per quanto riguarda la regolazione dei servizi, occorre innanzitutto individuare gli ambiti ottimali di gestione e preoccuparsi della capacità amministrativa degli enti preposti alla gestione, fornendo loro il supporto necessario e valutando l'introduzione di agenzie per la mobilità. Occorre incentivare l'aggregazione tra gli operatori, che non necessariamente si traduce nell'aggregazione dei servizi: la dimensione dei bacini di utenza e dei lotti oggetto di affidamento deve seguire criteri diversi, che tengano conto dei contesti e dei tipi di servizio. Le modalità di affidamento dovrebbero dipendere dagli obiettivi di interesse pubblico e dal contesto: gara, società mista e affidamento *in house* possono essere modelli efficienti, purché conseguano a una scelta consapevole. Occorre, comunque, da un lato, superare l'attuale frequente regime di proroga di vecchi affidamenti e, dall'altro, intro-

il trasporto pubblico locale: problemi e prospettive

dure concorrenza dove può esservene, limitando i diritti esclusivi e tenendo conto dei nuovi servizi di mobilità. Per determinati servizi o contesti, si può ipotizzare il ricorso a un regime autorizzatorio con obblighi di servizio pubblico in capo a tutti i soggetti autorizzati.

Qualche cenno merita, infine, il tema del finanziamento: aspetto indubbiamente strumentale, ma di grande importanza, dal quale dipende la possibilità che molte delle prospettive ora indicate si realizzino. Occorre, innanzitutto, essere consapevoli che le innovazioni sono spesso costose. Questo vale anche per gli investimenti previsti e finanziati dal PNRR, che imporranno spese di gestione e di manutenzione. È inevitabile, quindi, prevedere un incremento del finanziamento pubblico e, in particolare, del Fondo nazionale trasporti, che copre attualmente circa il quaranta per cento della spesa complessiva. Il problema, peraltro, riguarda anche le modalità di ripartizione del Fondo, in ordine al quale si deve tener conto, da un lato, della difficoltà di abbandonare il criterio della spesa storica, che garantisce la continuità dei servizi; dall'altro, della necessità di introdurre incentivi all'innovazione e all'efficienza della spesa. I meccanismi di incentivazione e premialità dovrebbero, quindi, concentrarsi soprattutto sull'incremento del finanziamento statale, che dovrebbe essere utilizzato per perseguire obiettivi inerenti alla sostenibilità ambientale, all'assetto del mercato, al rafforzamento degli operatori, alla raccolta di informazioni e alla qualità dei servizi.

GIUSEPPE MORBIDELLI

SEPARAZIONE TRA POLITICA E AMMINISTRAZIONE E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. La discrezionalità dell'amministrazione: un "rebus necessario". – 2. La discrezionalità "invariante" dell'azione amministrativa. Introduzione al tema del presente saggio. – 3. Fattori di incremento della discrezionalità. – 4. Fattori erosivi della discrezionalità. – 5. Separazione tra politica e amministrazione: garanzie a difesa dell'imparzialità della seconda. – 6. Limiti di ammissibilità di poteri di amministrazione di primo grado da parte degli organi politici. – 7. Necessità e finalità dell'attività di indirizzo. – 8. Comunanze e diversità tra indirizzo e "predeterminazione". – 9. Tipologia e natura degli atti di indirizzo. – 10. Le componenti (discrezionali e non) dell'atto di indirizzo. – 11. La tutela giurisdizionale rafforzata grazie alla interposizione dell'atto di indirizzo.

1. La discrezionalità dell'amministrazione: un "rebus necessario"

La discrezionalità amministrativa è da sempre una delle tematiche più controverse che attraversano il diritto amministrativo al punto che è stata definita un "autentico assillo per la cultura giuridica"¹. Nel contempo è indubbio che costituisce l'essenza stessa del diritto amministrativo, il quale è attraversato in lungo e in largo dallo studio del potere discrezionale e dalle sue limitazioni in funzione della salvaguardia dei diritti dei cittadini, ed è anzi una nozione fondamentale per comprendere sia i meccanismi dell'azione amministrativa sia, di converso, gli strumenti di tutela giurisdizionale avverso di essa², in quanto – come ha rilevato F.G. Scoca – è l'elemento carat-

¹ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000, 444.

² In tal senso R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*⁴, Bologna, Monduzzi, 2005, 770; «uno dei problemi cardinali dell'atto e dell'attività amministrativa»: così F. Satta, *L'introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, 119; mentre per L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 3, «uno dei punti nodali di ogni riflessione critica sul diritto amministrativo del passato e del presente».

terizzante il provvedimento amministrativo³, sia perché il lungo cammino della riflessione scientifica e giurisprudenziale in ordine alla discrezionalità si è accompagnato a mo' di endiadi con il cammino verso la tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro la pubblica amministrazione⁴. Si può dire peraltro che perlomeno nella nostra letteratura giuridica si è raggiunta una larga concordia per quanto concerne l'*ubi consistam* della discrezionalità, considerato che v'è una condivisione pressoché generalizzata⁵ della tesi

³ Si v. *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento* in *Dir. amm.*, 1995, 41 ss.

⁴ Una sintesi di questo cammino in S. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, spec. 362 ss.

⁵ Si v. per tutti quanto scriveva F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967: «la tesi di Giannini è probabilmente la più approfondita elaborazione della materia e gode di un seguito larghissimo». È una acquisizione ripercorsa da M. Pastorelli, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, I, (1939-1950), Milano, Giuffrè, spec. 154 ss., dove dedica un paragrafo a «la fortuna della tesi gianniana»: del resto sono poche le voci dissonanti nella nostra dottrina, tra cui in particolare L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 1986, che riconduce la discrezionalità entro i canoni del procedimento ermeneutico e S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010, 328 ss. che rivolge la sua critica alla tesi di Giannini soprattutto sotto il profilo che la eventuale recessività dell'interesse primario a seguito della ponderazione con altri interessi si porrebbe in contrasto con il principio di legalità. Quanto alle varie teorie prospettate in punto di individuazione dell'«essere» e della «dinamica» della discrezionalità, soprattutto ad opera di autori di lingua tedesca a partire dalla controversia tra E. Bernatzik e F. Tetzner, e dai classici studi di W. Jellinek e R. Von Laun, esse sono state oggetto in tempi più recenti di numerose riletture e rassegne da parte della nostra dottrina, tra cui ci limitiamo a menzionare quelle di G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, , 1989; S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 1993; D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001 e da ultimo S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, spec. 275 ss. Per una sintesi allo stesso tempo completa e preziosa, si v. comunque C. Mortati, *Discrezionalità in Nss. D.I.*, Torino, UTET, 1960, 1098 ss. e V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, 267 ss., oltre ovviamente a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, che ricostruisce criticamente e in filigrana tutto il dibattito spaziando da Romano a Cammeo, da Donati a Carnelutti (che, tra l'altro, recensì in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, 59, molto negativamente l'opera di Giannini forse anche per le critiche ivi ricevute: si v. 89, nota 17), da Laband a Kelsen, da Merkl a O. Mayer etc., senza trascurare altresì la dottrina francese e quella statunitense: si v. sul punto M. Pastorelli, *L'opera giuridica di M. S. Giannini*, cit., 154 ss. Più di recente, si v. ora la sintesi delle varie tesi sulla discrezionalità in L. Perfetti, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, spec. 297 ss., nonché, per una analisi approfondita e raffinata delle varie letture attorno alla nozione di discrezionalità, quali si sono affermate anche nella letteratura di altri Paesi (compresi gli studi di filosofia del

separazione tra politica e amministrazione

avanzata da Giannini nel 1939⁶ secondo cui la discrezionalità si esprime nel potere di apprezzare entro i margini determinati dalla legge la soluzione più opportuna rispetto alla disciplina legislativa cui dare attuazione, apprezzamento che si traduce in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che vengono coinvolti nella fattispecie oggetto di cura da parte dell'amministrazione cui consegue la determinazione finale. Ciò sul presupposto che non v'è mai un interesse pubblico isolato nel mondo sociale⁷: accanto a quello individuato dalla legge, che Giannini chiamava "essenziale" nella monografia del 1939 e poi "primario" negli scritti successivi, esistono difatti altri interessi definibili secondari che devono pur essere ponderati in comparazione con l'interesse primario, sì da dar luogo alla determinazione ritenuta maggiormente confacente al caso⁸. Tra l'altro tale no-

diritto e di scienza dell'amministrazione), si v. S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, spec. 359 ss.

⁶ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, cit. La struttura del pensiero di Giannini in punto di discrezionalità, la sua evoluzione, l'influenza che ha avuto sul pensiero giuridico in Italia sono attentamente ricostruite da F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.; si v. altresì M. D'alberti, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo; intervista a Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, n. 2, 104 e M. Pastorelli, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, cit., 89 ss.

⁷ «In nessuna situazione reale v'è implicato un solo interesse. Una situazione in cui rileva un solo interesse esiste solo nel vuoto e nell'anno zero»: E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1982, 284.

⁸ Peraltro, come ha rilevato F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, cit., 1055 ss., cit., nella monografia del 1939 Giannini considerava degni di comparazione solo gli interessi pubblici, successivamente invece e in sequenza è ravvisabile nel pensiero del Maestro una apertura agli interessi privati ove tutelati dall'ordinamento, indi agli interessi privati *tout court*, infine anche agli interessi collettivi. La ponderazione di interessi in sede di esercizio della funzione amministrativa e dei relativi criteri è del resto rinvenibile, se pur sotto traccia, in numerose decisioni del Consiglio di Stato, risalenti già alla *belle époque*, in quanto intrise di riferimenti a interessi "preminenti" o "convergenti" o "divergenti": si v. sul punto le documentate quanto raffinate indicazioni di D. Felici: *Analisi di una maieutica giudiziale (Il trentennio iniziale della Quarta Sezione del Consiglio di Stato)*, in *Consiglio di Stato, Studi per il centenario della Quarta Sezione*, I, Roma, Poligrafico dello Stato, 1989, 233 ss. (si v. spec. la nota 160). Tanto vero che M.S. Giannini, nella introduzione a *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., ebbe a dichiarare che detto studio, per quanto di carattere dogmatico (come invero è manifesto da tutto il fitto tessuto di percorsi e contropercorsi di un dibattito scientifico che ha attraversato la dottrina italiana e straniera) traeva ispirazione da una serie di sentenze del giudice amministrativo nelle quali aveva individuato la presenza del criterio della ponderazione degli interessi (si v. specialmente 183 ss.). Da tener presente che di interessi primari e secondari affidati alla cura della pubblica amministrazione, ma nell'ottica di determinare la giurisdizione, aveva scritto L. Piccardi in *La distinzione fra diritto e interesse nel*

zione non solo ha avuto seguito nella giurisprudenza amministrativa⁹, ma anche in quella della Corte costituzionale¹⁰ e della Corte di cassazione¹¹, e da ultimo ha avuto pure una canonizzazione in sede di c.d. codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), il cui art. 3-*quater* evoca testualmente «la scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotati da discrezionalità». È stato anche messo in luce come da tale teorica della discrezionalità sia possibile altresì estrarre un criterio di coordinamento amministrativo e, come tale, foriero di rilevanti sviluppi sia in punto di organizzazione che di disciplina e funzione del procedimento¹². Questo non vuol certo dire che siano risolti tutti i problemi aperti dallo spazio di discrezionalità che le «fattispecie precettive» (per dirla con F.G. Scoca)¹³ pongono di continuo: al contrario. Prova ne sia la definizione di “assillo” della cultura giuridica evocata già nell'*incipit* di questo saggio. Difatti si dibatte sia in ordine alla dinamica e ai criteri della ponderazione, sia per ciò che concerne i parametri entro cui va a spiegarsi sia circa la sede della discrezionalità (se nel potere o nella funzione o nel procedimento o nel provvedimento)¹⁴. Altra questione concerne la identificazione¹⁵ e il valore da assegnare alle tante regole non giuridiche

campo della giustizia amministrativa, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1932, 115 ss.

⁹ Tra le tante da ultimo Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652, (sui cui si v. G. Sigismondi, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Aedon*, 2016, n. 3); Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2015 n. 2694.

¹⁰ Si v. C. cost. 17 marzo 1969, n. 32: «l'autorità amministrativa deve operare ponderando adeguatamente ed imparzialmente i diversi interessi, pubblici e privati, implicati nella fattispecie», si v. comunque per la lettura della nozione di discrezionalità nelle sue varie declinazioni da parte della Corte costituzionale l'accurato studio di D. de Pretis e B. Marchetti, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 341 ss.

¹¹ Si v. ad esempio Cass. pen., sez. un., 29 settembre 2011: 155 in 18: «se per valutazione di opportunità s'intende, come per la p.a., la valutazione di opportunità che attiene alla fase della ponderazione degli interessi [...]».

¹² Tale profilo è stato sottolineato nel notevole studio di F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2012, 185 ss., che sviluppa l'intuizione di S. Cassese, *Le prime opere di M.S. Giannini*, in M.S. Giannini, *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000, XII, laddove mette in luce come la teorica di Giannini abbia disvelato la presenza del pluralismo nel nostro ordinamento amministrativo, superando così la concezione di un interesse pubblico unitario e monolitico.

¹³ Ovvio il richiamo alla monografia intitolata *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, 1979.

¹⁴ Una rassegna sintetica quanto ricca di intuizioni e di prospettive di tale tematica in E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata, interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 503 ss.

¹⁵ Si deve ancora a M. S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 82 ss., una elencazio-

separazione tra politica e amministrazione

che in una maniera o nell'altra interagiscono sulla valutazione discrezionale, un tempo ricondotte entro la categoria delle regole di buona amministrazione¹⁶ e tutte aventi una genesi di carattere sperimentale; e che taluni ritengono avere un valore condizionante la scelta di opportunità in considerazione del rinvio implicito nell'attribuzione del potere, e dunque alla stregua di vere e proprie norme giuridiche¹⁷, altri invece le considerano rilevanti giuridicamente in via indiretta attraverso il richiamo ai criteri di correttezza e

ne-classificazione delle regole extragiuridiche di cui si deve tener conto: a) regole delle scienze morali (tratte dalla pedagogia, dall'estetica, ecc.); b) regole sociali, come quelle tratte dall'economia, dalla demografia, dalla sociologia; c) regole della correttezza amministrativa; d) principi della politica; e) regole tecniche, desunte dalle discipline tecniche. Si è pertanto osservato a proposito di tali regole che «se più di uno studioso ha cercato di classificarle, nessuno anche al di fuori dei giuristi, ha mai saputo concretamente identificarle»: così E. Casetta, *Attività ed atto amministrativo* (1957), ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, 146. Ed infatti Giannini le identificava per categoria, non di più. Del resto anche se ora si tende a sussumere tutte le regole extra giuridiche di esperienza, di costume, di deontologia, di derivazione tecnica etc. entro l'alveo dei principi ad ampio spettro quali ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità, coerenza, equità, (si v. *infra* in questo § testo e note 47 e 48), tuttavia la vastità, la flessibilità e la dinamicità dei fattori sociali che concorrono a determinare le c.d. regole extragiuridiche fanno sì che il problema della loro identificazione sollevato da Casetta sia sempre attuale. Sono altresì condivisibili i rilievi di V. Ottaviano, in *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 285 ss. secondo cui, a fronte di una legge che va a regolare *ex novo*, una materia, è normale che non vi possano essere regole di esperienza, sociali, ecc. già formatesi. Ancora più nettamente A. Piras, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 82 ss., rilevava l'impossibilità di «sperare di trovare regole o principi, contenuti di esperienza o criteri di giudizio, capaci di individuare la ragione predeterminate dell'unica soluzione possibile in ogni concreto affare che si possa presentare». Nello stesso tempo Piras era oltremodo deciso nel negare effetti "derivati" di norme giuridiche ai criteri sociali, alle regole di esperienza ecc., rilevando che semmai l'obbligo della loro osservanza poteva radicarsi nei doveri di correttezza ed esattezza: con ciò peraltro rimane sempre aperto il problema della individuazione e perimetrazione delle regole cui raffrontare correttezza ecc.

¹⁶ Si v. per tutti A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1999, 321 ss., sulla stessa falsariga si v. anche G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*², Padova, Cedam, 1966, 29 ss.

¹⁷ È la nota tesi di C. Mortati, *Note sul potere discrezionale* (1935), ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, 997 ss.; Id., *Norme non giuridiche e merito amministrativo* (1941), *ivi*, 1021 ss.; Id., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, III, 1942, 49. La tesi trovava la sua base di fondo nella dottrina della costituzione materiale da cui faceva discendere «l'estensione e il grado di efficacia delle norme sociali per la regolamentazione della attività lecita» (si v. *Note*, cit., 1018). Va tenuto presente che la tesi di Mortati per un certo tempo ha avuto largo seguito come ha ricostruito con acribia M. Pastorelli, *L'opera giuridica*, cit., 158 ss.; si v. altresì S. Cognetti, *Profili sostanziali*, cit., 221 ss., secondo cui la procedimentalizzazione avrebbe reso giuridiche le regole di esperienza, ecc., in tal maniera confermando, *ex post*, la tesi di Mortati. Ma a parte il fatto che la procedimentalizzazione c'era anche prima della l. n. 241/1990, semmai questo

di diligenza (mentre per Giannini, fatto giuridico è l'inosservanza di tali regole)¹⁸. Come pure si discetta sulla rilevanza della prassi al fine di giustificare la decisione discrezionale¹⁹, in ordine all'estendersi o meno della discrezionalità sull'attività non autoritativa, circa la dissociazione o la congiunzione tra giudizio e volontà, in ordine al suo distinguersi e come dalla cosiddetta discrezionalità tecnica (distinzione appunto che talvolta è stata negata)²⁰, anche e soprattutto ai fini del sindacato giurisdizionale²¹, nonché

è l'effetto dell'estensione dell'area della legittimità: si v. infatti la nota che precede e *infra* §4 e note 85 e 86.

¹⁸ Si v. M.S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 444, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, II, 2002, 355 (scritto particolarmente polemico con Mortati tanto che, tra l'altro, così scrive «o delle norme *extra legem* Mortati ha una concezione tutta sua, e allora sarebbe un gran bene per la scienza che egli ce la rivelasse»): si v. comunque ampiamente su questa dialettica G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1989, 408ss. e S. Cagnetti, *Profili sostanziali*, *op. cit.*

¹⁹ Così, ad esempio, ritenuto da ultimo da TAR Veneto, sez. III, 29 maggio 2020, n. 43 e precedenti ivi richiamati.

²⁰ Si v. C. Mortati, *Discrezionalità*, cit., 1233; altri invece tendono a mettere in luce la frequente commistione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica (si v. *infra* in questo stesso § e dottrina citata a nota 38).

²¹ Sul punto vi è una letteratura sterminata, volta sia ad incrementare lo spessore del sindacato nei confronti della discrezionalità amministrativa (si v. per tutti lo studio di F.G. Scoica, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 1998), sia ad affermare la sindacabilità dei provvedimenti espressione di c.d. discrezionalità tecnica: al che si è giunti in sede giurisdizionale solo con Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, (su cui si v. D. De Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss. e A. Travi, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, nota a Cons. St., ad. plen., 9 aprile 1999 n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss.), grazie al contributo di taluni studiosi tra cui ritengo di segnalare precipuamente F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss., anche se in realtà chiarezza era già stata fatta nel 1956 da E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, *Appunti dalle lezioni*, Milano, Giuffrè, 1956, 83, quando aveva scritto che «poiché il sindacato sull'attività tecnica attiene alla questio facti, è contrario ai principi che un giudice costituzionalmente competente sul fatto, debba decidere una data controversia, senza potere avere del relativo fatto quella conoscenza che in genere ha riguardato ai fatti di tutte le altre controversie». Resta però il fatto che al di là delle affermazioni di principio il sindacato sulla discrezionalità tecnica, a fronte di valutazioni non radicate in criteri oggettivi propri delle c.d. scienze dure, incontra sempre il limite della "attendibilità" censurabile solo attraverso il canone della logicità e della verifica di completezza dell'iter istruttorio: si v. comunque sul punto, anche per indicazioni complete del percorso di dottrina e giurisprudenza, R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*², Torino, Giappichelli, 2017, 138 ss. che non a caso intitolano il paragrafo «Il (parziale) riconoscimento della sindacabilità delle valutazioni

separazione tra politica e amministrazione

da quella c.d. organizzativa²², circa lo spessore del sindacato giurisdizionale cui è soggetta, e dunque sulla stessa delimitazione tra legittimità e merito²³. Per non dire poi della compatibilità tra potere discrezionale e diritti fondamentali²⁴, e delle conseguenze sul piano della giurisdizione. Non a caso non v'è concordia nemmeno sulle stesse tipologie di discrezionalità (formale, sostanziale, mista, tecnica, organizzativa, semplice, complessa). Tutto questo è ben comprensibile ove si consideri da un lato che la discrezionalità amministrativa si traduce essenzialmente in uno spazio libero di determinazione delle misure da adottare, spazio che però riguarda (in tutto o *in parte qua*) sia la stessa adozione del provvedimento (*an*), sia il suo contenuto (*quid*), sia le sue modalità (*quomodo*), sia infine i tempi (*quando*), e che tutta questa filiera di determinazioni è il frutto di un'operazione di bilanciamento tra i vari interessi intrisa di "creatività"²⁵, e che spesso viene definita «improntata a metodi di politicità»²⁶ o caratterizzata da aspetti di politicità²⁷, se non politica *tout court* (da intendersi nel senso aristotelico del termine come ebbe ad

tecniche da parte del giudice amministrativo»; ma si v. anche lo specifico studio di F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecniche e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. 126 ss., che dopo una ricostruzione storica del dibattito allarga l'indagine alla giurisprudenza costituzionale e a quella della Corte di giustizia.

²² Che taluni distinguono della discrezionalità tecnica: si v. in particolare D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 762.

²³ Problema annosissimo e sempre aperto, su cui attese le finalità del presente saggio non entriamo, salvo ricordare che attraversava già tutto il classico studio di E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911 e che rilevanti indicazioni sono dovute a F.G. Scoca, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 1981, 1376 ss.

²⁴ La tesi negativa è stata sostenuta da G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, Jovene, 1949, 29 ss. (ristampa 1990), anche se invero è contraddetta da numerose disposizioni costituzionali come messo in luce da A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992, 8.

²⁵ «La discrezionalità ha un margine libero cui corrisponde il momento di libertà, novità, creatività»: G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi in Dizionario amministrativo*², I, a cura di G. Guarino, Milano, Giuffrè, 1983, 211. Il momento creativo come intrinseco alla espressione di discrezionalità è più volte sottolineato tra gli altri da F. Satta, *Introduzione*, cit., 118 ss. Esclude invece che l'atto amministrativo discrezionale abbia carattere di creatività M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 98, giungendo peraltro poi ad affermare che esso esprime una «proposizione giuridica originaria» rispetto alla qualificazione del fatto e anzi alla determinazione di quanto deve essere qualificato.

²⁶ Espressione dovuta a G. Berti, *Il pensiero di Mortati e l'amministrazione in Il pensiero giuridico di Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, 394.

²⁷ Cfr. C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 127.

osservare proprio Giannini)²⁸, e dall'altro che tale spazio è concesso dalla legge attraverso varie tecniche e in diverse misure, ovvero ad intensità variabile²⁹, ed infatti si è parlato di discrezionalità semplice e di discrezionalità complessa³⁰, e si potrebbe anche introdurre una graduazione più articolata. Aggiungasi le multiformi espressioni e declinazioni con cui la legge assegna alla pubblica amministrazione poteri discrezionali. Si pensi che talvolta la legge non stabilisce neppure il "tipo" di provvedimento, lasciando all'amministrazione di determinare le misure del caso che possono consistere, tra l'altro, in divieti, ordini, sospensioni, autorizzazioni, limitandosi solo a stabilire i presupposti di fatto che consentono il ricorso a misure emergenziali³¹: questa è la nota fattispecie delle ordinanze "libere" il cui prototipo è rinvenibile nell'art. 2, r.d. 18 giugno 1931, n. 773, t.u.p.s., ai sensi del quale il prefetto nel caso di «urgenza» e per «grave necessità» pubblica ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, e a cui si aggiunge un plesso di disposizioni contenute nel t.u. enti loc. (art. 54, c. 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), nella normativa sanitaria (si v. art. 32, c. 3, l. 23 dicembre, n. 833), in quella ambientale (si v. art. 191, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), nel codice della protezione civile di cui al d.lgs. 2 giugno 2018 n. 1 (art. 25)³². Talvolta abbiamo una vera e propria delega in bianco: così l'art. 42 del codice della navigazione il quale si limita a stabilire

²⁸ M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 98.

²⁹ B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 1994.

³⁰ M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 98: ma si v. anche dello stesso M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 54.

³¹ È il caso che H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, 119 definiva della «indeterminatezza intenzionale», facendo tra l'altro, riferimento alla ipotesi in cui la normativa affidi all'autorità sanitaria il potere di dettare ogni sorta di misura ritenuta idonea ad evitare la diffusione di una epidemia.

³² Sul punto, e sui criteri attraverso cui comunque l'ordinamento va a limitare tale elevatissima discrezionalità (tanto che è stato osservato come da sempre la giurisprudenza amministrativa esprima una marcata preferenza per la discrezionalità, interpretando le norme attributive del potere preferibilmente nel senso di attribuire spazi di discrezionalità in senso ampio all'amministrazione, sulla base dell'assunto che la legge non sia in grado, per la sua astrattezza, di curare adeguatamente l'interesse pubblico: M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 752), si v. la fondamentale voce di G.U. Rescigno, *Ordinanze di necessità e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino, UTET, 1968, 93, nonché, tra i tanti R. Cavallo Perin, *Poteri di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario dell'Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 15 ss.; cfr. altresì, per indicazioni di dottrina e giurisprudenza G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in

separazione tra politica e amministrazione

che le concessioni sono revocabili a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima; talvolta invece la discrezionalità è implicita: v. ad esempio l'art. 119 t.u.p.s. circa la determinazione degli orari relativi all'apertura e chiusura delle farmacie che richiede secondo la giurisprudenza una valutazione altamente discrezionale; altre volte v'è solo il richiamo al pubblico interesse: così la l. 7 agosto 1990, n. 241, circa i presupposti per la revoca. Può anche essere che la legge attribuisca all'amministrazione il potere di scegliere che provvedimento adottare pur in ricorrenza degli stessi presupposti: si veda ad esempio, l'art. 10 t.u.p.s. che consente parimenti la revoca o la sospensione dell'autorizzazione, secondo una tecnica ricorrente nel caso di misure sanzionatorie parametrata sulla gravità dell'infrazione³³. La discrezionalità massima si ha poi nelle interdittive antimafia di cui all'art. 84, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice "antimafia"), in quanto implicano una valutazione della presenza a livello di puro pericolo della infiltrazione mafiosa attraverso un ragionamento induttivo di tipo probabilistico secondo il criterio del «più probabile che non»³⁴. Frequente, come si ricava da taluni degli esempi più sopra proposti, è il richiamo ad uno o più concetti indeterminati (o "imprecisi", secondo una risalente terminologia), cioè concetti che evocano nozioni ricavabili dal senso comune o dalla equità³⁵ o da esperienze consolidate o dalla coscienza sociale o dalle acquisizioni proprie delle scienze sociali e la cui ricorrenza costituisce il presupposto per l'adozione dei provvedimenti previsti dalla legge³⁶: si pensi all'art. 100 t.u.p.s. secondo cui il questore può sospendere la licenza di un esercizio che costituisca un perico-

Dir. amm. 2016, 33 ss.; e il recentissimo e documentato studio di E. Zampetti, *Legalità e potere straordinario d'ordinanza*, in *Dir. soc.*, 2019, 477.

³³ Si pensi alla disciplina dell'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, secondo cui costituisce motivo di esclusione dalla procedura di appalto l'essere incorso in grave errore professionale cui però non corrisponde una tipizzazione normativa, di talché spetta alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione in ordine alla "gravità" onde dedurne le conseguenze in punto di affidabilità e integrità dell'operatore economico: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 14 maggio 2020 n. 811; si v. altresì TAR Veneto, sez. III, 29 maggio 2020 n. 483.

³⁴ Cons. St., sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945.

³⁵ Per il ricorso alla equità come nozione che concorre alla concretizzazione nel caso singolo del concetto indeterminato v. F. Cammeo, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss. e la lettura che ne ha dato F. Merusi, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti prima della legalità sostanziale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, n. 22, 413 ss.

³⁶ Non per nulla per molto tempo il dibattito sulla discrezionalità si è risolto in un dibattito sui concetti indeterminati, e del resto si è anche sostenuto che la discrezionalità costituisce quella attività destinata a dare compiutezza alla norma introduttiva di concetti imprecisi: così E. Casetta, *Attività e atto amministrativo*, cit., 115 ss.

lo per l'ordine pubblico, per la moralità pubblica, il buon costume o la sicurezza dei cittadini e la cui decifrazione non è riconducibile ad una attività di pura interpretazione normativa come invece è stato affermato da una consistente parte della dottrina di lingua tedesca³⁷. Per di più non è raro che si tratti di concetti che sono indeterminati nei sensi appena indicati e nello stesso tempo riconducibili a nozioni tecniche, dato che può avvenire che il giudizio di applicazione di concetti indeterminati richieda oltre che il ricorso a nozioni di esperienza e canoni di condotta sociale l'ausilio di criteri tecnici³⁸, oppure la stessa disposizione può rinviare sia a nozioni proprie delle scienze tecnico-scientifiche che a concetti indeterminati: così ad es. art. 7, c. 9, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada) ai sensi del quale «i Comuni, con deliberazione della Giunta, provvedono a delimitare le aree pedonali e le zone a traffico limitato tenendo conto degli effetti del traffico sulla sicurezza della circolazione, sulla salute, sull'ordine pubblico, sul patrimonio ambientale e culturale e sul territorio»³⁹. Si noti che spesso l'amministrazione deve tener conto di una pluralità di interessi indicati dalla legge, sicché la discrezionalità si esprime anche nella ponderazione tra più interessi primari, anche se invero non mancano nei testi legislativi più recenti indicazioni di priorità ai fini della comparazione: così l'art. 3-*quater*, d.lgs. 152/2006, stabilisce che gli interessi ambientali e culturali devono essere oggetto di prioritaria considerazione, il che del resto trova fondamento nel valore «superprimario» che da tempo la Corte costituzionale ha ravvisato nell'art. 9 Cost.⁴⁰, ma non dobbiamo dimenticare che anche ambiente e beni

³⁷ Si v. riassuntivamente H. Ehmke, *Discrezionalità e concetti giuridici indeterminati nel diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, (ma 1960) per una accurata rassegna della dottrina tedesca sui concetti indeterminati a partire dalle classiche opere di Bernatzik, Tezner, von Laun e W. Jellinek; si v. altresì le opere citate alla nota 5, fra cui in particolare gli studi di F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit.; S. Cognetti, *Profili*, cit., D. De Pretis, *Valutazione amministrativa*, cit., cui *adde* la monografia di M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1993.

³⁸ Il frequente intreccio tra valutazioni inerenti al pubblico interesse e valutazioni tecniche su cui si v. già M.S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 162, è stato sottolineato da C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 147, che fa l'esempio delle delibere dei consigli comunali di delimitazione dei comparti particolarmente degradati ai fini dell'equo canone di locazione; esamina in maniera molto approfondita la contaminazione fra diritto e tecnica e tutte le conseguenze in punto di tutela giurisdizionale F. Cintioli, *Giudice amministrativo. Tecnica e mercato*, cit., spec. 108 ss.

³⁹ La giurisprudenza ha ravvisato in tale disposizione l'attribuzione all'ente locale di «un'ampia discrezionalità amministrativa, confinante con valutazioni politiche»: TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 27 dicembre 2019 n. 3030.

⁴⁰ Si v. C. cost., 27 giugno 1986, n. 151, con riferimento al paesaggio e C. cost., 30 dicembre 1987, n. 617, con riferimento all'ambiente.

separazione tra politica e amministrazione

culturali possono andare in contrapposizione tra di loro (così nella nota questione delle pale eoliche)⁴¹, sicché anche in tale situazione spesso occorre dar luogo ad un bilanciamento. Inutile dire poi del necessario quanto arduo e insieme ricorrente bilanciamento tra tutela della salute e dell'ambiente da un lato e diritto al lavoro dall'altro⁴², e si potrebbero fare tanti altri esempi in cui entrano in comparazione due o più valori costituzionalmente tutelati.

Le relative valutazioni in ordine all'*an*, al *quid*, al come, al quando non sono però libere poiché, come si usava scrivere nei manuali di un tempo⁴³, e come ha rilevato anche la Corte costituzionale⁴⁴, e come da sempre sottolineato soprattutto dalla dottrina francese (in reazione all'antica tesi della discrezionalità come potere libero e del tutto insindacabile), ciò si tradurrebbe in arbitrio: si tratta infatti pur sempre di uno spazio valutativo vincolato sia al raggiungimento dei fini indicati dalla legge, come ora prevede espressamente l'art. 1, c. 1, l. n. 241/90, sia dai principi generali volti a garantire la ragionevolezza e l'adeguatezza della decisione e dunque a delimitare la discrezionalità in ossequio, del resto, al principio di legalità: delimitazione ancor più stringente nelle materie coperte da riserva di legge e dunque *ex art.* 23 Cost. in tutte le ipotesi di misure "sacrificative". Una condizione quindi ad un tempo di libertà e di vincolo⁴⁵, tanto che Nigro ebbe a definirla una condizione accostabile ad un rebus⁴⁶ (ma in realtà i rebus sono ben più di uno, come del resto troviamo conferma in una recentissima legge – art. 23, d.l. 16 luglio 2020, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120 – che proprio al fine di evitare le frequenti ricadute di tale rebus sul piano penale ha modificato

⁴¹ Si v. infatti C. cost., 21 ottobre 2011, n. 275; successivamente la Corte, proprio con riguardo alla contrapposizione tra ambiente-quantità (ovvero ambiente in senso ecologico) e ambiente-qualità (paesaggio) ha osservato che il procedimento ha da essere il luogo elettivo di composizione tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti: si v. C. cost., 21 ottobre 2019, n. 69, parte in diritto 6.1. Si v. comunque ora riassuntivamente su tale questione M. Santini, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb. App.*, 2020, 301 ss.

⁴² Profilo questo evocato da A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *D. disc. pubbl.*, V, Torino, UTET, 1990, 418, nota 135. Si tratta tra l'altro di un bilanciamento che si impone anche nei confronti della legge: si v. C. cost., 9 maggio 2013, n. 85, in ordine al noto caso IVA.

⁴³ G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 27.

⁴⁴ «La discrezionalità non implica arbitrio»: così C. cost., 17 marzo 1969, n. 32.

⁴⁵ Contrapposizione oggetto di costante rilevazione: si v. ad es. per tutti, B.G. Mattarella, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 1992.

⁴⁶ M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri: Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*³, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, Il Mulino, 1991, 713, ma il problema della contrapposizione fra libertà e regole limitative di queste (e della loro identificazione) è il *leit motiv* degli studi sulla discrezionalità amministrativa.

l'art. 323 c.p. disciplinante l'abuso d'ufficio stabilendo che tale reato ricorre solo quando la condotta sia da ritenere priva di «margini di discrezionalità»). Si tratta infatti pur sempre di conciliare un potere “libero” e dotato di *vis* creativa su cui trascinano concetti imprecisi e regole extragiuridiche (nozioni entrambe che suscitano tuttora le letture più varie) con il principio di legalità, conciliazione cui si provvede soprattutto attraverso la rete dei principi generali che presiedono e conformano l'azione amministrativa⁴⁷, sì da indirizzarla secondo proporzionalità, adeguatezza, coerenza e ragionevolezza, principi che vengono impiegati anche al fine di “assorbire”, per quanto possibile, le multiformi regole di esperienza, deontologiche, sociali, nonché di correttezza, di equità, ecc. che innervano ogni decisione amministrativa⁴⁸: “per quanto possibile”, dato che – come è stato notato da molti – influiscono sulla decisione anche fattori di carattere culturale, di prassi, di clima del momento (ad es. eventi tragici che influiscono sulla nozione di pericolosità) e dunque anche fattori sentimentali se non emotivi, non riconducibili pertanto con completezza entro parametri normativi.

Tutte queste problematiche sono poi accentuate dai tanti temi collaterali⁴⁹ che costituiscono altrettanti snodi centrali degli studi di diritto amministrativo: a partire dal principio di legalità e dal principio di imparzialità.

2. La discrezionalità “invariante” dell'azione amministrativa. Introduzione al tema del presente saggio

È del pari noto che la discrezionalità costituisce uno spazio essenziale all'agire amministrativo di cui cioè non si può fare a meno, essendo di

⁴⁷ Indicazioni di letteratura e giurisprudenza sul germogliare e sulla consistenza e sulla rete di tali principi sono superflue, tante sono le analisi, le ricostruzioni e le messe a punto: si v. le sintesi e le indicazioni racchiuse in *Studi su principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, cui adde i recenti A. Bartolini e S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017 e G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, in *Attraversare i confini del diritto (giornata di studio dedicata a Sabino Cassese)*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2016, 209: mentre con specifico riferimento ai principi derivanti dal diritto europeo A. Massera, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, parte generale, a cura di M. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 285 ss.

⁴⁸ Questo profilo è messo in luce particolarmente da A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2014, spec. 192 ss. con numerosi richiami di dottrina nonché con indicazioni comparatistiche.

⁴⁹ Per riprendere la terminologia di G. Azzariti, *Premesse di uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 92 ss.

separazione tra politica e amministrazione

tutta evidenza che la legge non può prevedere in via generale ed astratta la frastagliatissima realtà degli episodi, delle contingenze e delle situazioni che via via richiedono misure e interventi da parte dell'autorità amministrativa, né tantomeno regolare in via preventiva ed esaustiva interessi molteplici ed eterogenei quando non conflittuali come si ravvisano ad esempio nei procedimenti di pianificazione del territorio e in genere nei procedimenti di massa⁵⁰. Sicché se non vi è concordia sul suo dispiegarsi o meglio sulla entità dello "spazio libero" (si intende: da una indicazione da parte della legge che non lasci alternative), sui criteri di ponderazione, sulla sua insindacabilità o meglio sul *quantum* di insindacabilità, vi è concordia sulla sua essenzialità anzi inevitabilità in sede di esercizio di gran parte dell'attività amministrativa, così come si riscontra in ogni ordinamento giuridico: e non a caso la presenza di poteri discrezionali è stata definita esigenza imprescindibile del governo umano⁵¹, e addirittura è stato scritto che una legge che pretendesse di disciplinare tutte le fattispecie astrattamente prospettabili sarebbe "una vera iattura"⁵². Del resto a guardar bene la discrezionalità non fa difetto nemmeno quando si tratta di provvedimenti definiti vincolati, cioè quelli nei quali il loro contenuto è determinato attraverso la verifica di corrispondenza di un fatto alla norma di legge secondo lo schema che si suol definire norma-fatto (nel caso di atti discrezionali si richiama invece lo schema norma-potere-fatto), senza quindi che l'amministrazione possa aggiungervi alcunché, ma solo prendere atto di un determinato fatto o di una determinata situazione cui corrisponde un provvedimento definito dalla legge nel suo contenuto: basti considerare che per quanto riguarda il quando, si intende entro i termini di legge o di regolamento, v'è comunque una discrezionalità limitata ma pur sempre tale: provvedere anche pochi giorni prima ha di per sé rilievo, talvolta decisivo: (si pensi ad autorizzazioni per installazioni in occasione di mostre o manifestazioni). Ma anche per quanto riguarda eventuali modalità, se pur in limiti contenuti, un margine di discrezionalità può essere riscontrato anche in atti pur pacificamente qualificati come vincolati: tipico il caso del permesso di costruire il cui rilascio può essere accompagnato da prescrizioni onde modulare la propria decisione alla particolarità del caso di specie, in genere ove finalizzate ad esigenze di tutela dell'ambiente o del

⁵⁰ Si v. sul punto le osservazioni e le efficaci esemplificazioni di G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 126 ss.: valga altresì ricordare che per M. S. Giannini, *Diritto amministrativo II*, cit., 53, nei provvedimenti amministrativi la "normalità" è la discrezionalità.

⁵¹ E. Garcia de Enterría e T. Ramon Fernandez, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1983, 123.

⁵² M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 54.

tessuto urbano o del decoro abitativo⁵³, sicché – contrariamente a quanto potrebbe sembrare – è sempre attuale quanto scriveva M.S. Giannini nelle sue lezioni perugine e cioè che gli atti interamente vincolati sono rari almeno tra quelli non strumentali⁵⁴. Né questo collide con le espresse previsioni legislative di «provvedimenti a natura vincolata» (art. 21-*octies* l. n. 241/1990) o di «attività vincolate» (art. 31, c. 3, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 204, codice del processo amministrativo), atteso che tali previsioni non possono di per sé far venir meno la discrezionalità sul quando (v. anche *infra*, § 4), né talvolta quella sul *quomodo*.

In questa sede la mia attenzione non è dedicata a ripercorrere le impervie tematiche della discrezionalità⁵⁵: è invece limitata a rilevare anzitutto la presenza di due tendenze di segno contrario, ovvero da un lato la lievitazione e insieme il riconoscimento della discrezionalità come cuore pulsante dell'azione amministrativa e dall'altro la erosione del suo spazio d'azione.

⁵³ Si v. ad es. Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2018 n. 6327; Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3447.

⁵⁴ *Lezioni*, cit., 100; si v. anche S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 443 ss. Indicazioni di dottrina che considera l'attività vincolata una ipotesi di scuola in R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 75. Per converso è da tener presente che è stato sostenuto che tutta l'attività amministrativa costituirebbe attività vincolata in quanto oggetto di disciplina legislativa: V. Ottaviano, *Merito*, (*Dir. amm.*), in *Nss. D.I.*, X, Torino, UTET, 1964, 577. È evidente che tale tesi si riconduce a quella per cui l'amministrazione ha davanti una unica soluzione giusta in quanto la discrezionalità si risolverebbe in una attività interpretativa.

⁵⁵ Valga chiarire che la mia attenzione è concentrata sulla discrezionalità amministrativa, non su quella c.d. tecnica, (sintagma di cui molti hanno sottolineato l'ambivalenza se non l'erroneità intrinseca: per tutti E. Capaccioli, *Manuale*, cit., 286, ma oramai invalsa nell'uso corrente) che invece è in continua espansione in sintonia con la incessante ed esponenziale evoluzione tecnologica che comporta sia l'esigenza di disciplinare e monitorare attività a connotazione tecnica, sia nel contempo un più esteso ricorso a criteri e strumenti tecnici per regolare e controllare le attività e i beni oggetto di disciplina normativa, ma anche per la ragione che l'espansione degli interessi e delle materie governate dalla legge e di rimando affidate alla cura dell'amministrazione incontra sempre più aree necessariamente intrinseche di tecnicità: tipici i settori della tutela dell'ambiente, delle comunicazioni elettroniche, dell'energia, dei trasporti, della sicurezza sul lavoro, della produzione di farmaci o di alimenti, etc.. Sta il fatto che – come avremo modo di rilevare (si v. § 3) – la tecnicizzazione riduce la discrezionalità amministrativa anche se apre il problema della “opinabilità” della valutazione tecnica e conseguenti limiti del sindacato giurisdizionale. Va comunque tenuto presente che la discrezionalità tecnica non sempre “consuma” la discrezionalità amministrativa perché non sono rari i casi di commistione “interna” tra valutazione tecnica e valutazione discrezionale “pura” (si v., *supra* §1 e nota 38), né i casi di commistione “sequenziale” (nella c.d. discrezionalità mista: si v. *infra* §3 e nota 81), e difatti una netta separazione tra le due discrezionalità non è da tutti condivisa: si v. ad es. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2005, 76 ss.

Indi si andrà a scrutinare una terza tendenza che è quella della avocazione della discrezionalità a livello degli organi di indirizzo politico sì da determinare una scomposizione della discrezionalità amministrativa tradizionale in due fasce: una appunto a livello degli organi politici e l'altra a livello di uffici burocratici, onde nella stessa fattispecie vanno a convergere due discrezionalità con caratteristiche parzialmente diverse.

3. Fattori di incremento della discrezionalità

La accentuazione della discrezionalità si è avuta per effetto della l. n. 241/1990: così la soggezione ai criteri di economicità e di efficacia disposta dall'art. 1 impone la continua parametrizzazione di ogni decisione a tali criteri, che di tutta evidenza vanno calibrati al caso concreto attraverso una valutazione specifica e che tenga conto dei vari interessi in conflitto. Lo stesso vale per il principio di proporzionalità di derivazione comunitaria (anche se in realtà era già stato teorizzato da Romagnosi)⁵⁶ e tra l'altro richiamato espressamente in numerosi testi di leggi speciali (si v. ad esempio l'art. 178, d.lgs. n. 152/2006), principio che impone sempre un calcolo *ad hoc* della misura da adottare⁵⁷, come pure per effetto di altri principi che conformano l'azione amministrativa, quali l'adeguatezza, la precauzione, il legittimo affidamento, lo stesso principio inquisitorio⁵⁸ con la libertà di indagine che lo caratterizza. Inoltre la previsione di un contraddittorio con i soggetti nei cui confronti il provvedimento è destinato a produrre effetti nonché con gli intervenienti portatori di interessi pubblici o privati o diffusi e l'obbligo per l'amministrazione di valutarne le relative deduzioni (artt. 7, 9, 10) danno per presupposta la presenza e l'esercizio di discrezionalità, tanto che il contraddittorio per espressa previsione di legge può tradursi in accordi sul contenuto *discrezionale* del provvedimento (art. 11). Analogo effetto è

⁵⁶ Come F. Merusi ha più volte ricordato e dimostrato, ad es. in *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, 76 ss., anche se Romagnosi richiamava la proporzionalità qualora ne fossero pregiudicate proprietà privata e libertà, mentre per effetto del diritto europeo il canone di proporzionalità ha carattere generale.

⁵⁷ Si v. sul punto G. Severini, *La sicurezza giuridica e la razionalità amministrativa*, in *federalismi.it*, dicembre 2019, 10. Ed infatti in giurisprudenza leggiamo che: «Il principio di proporzionalità ("stabilizzato" dall'art. 5, c. 4, Trattato UE: ndr) rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione alla effettiva ponderazione comparativa degli interessi» (TAR Sicilia, Palermo, 11 luglio 2013, n. 1487).

⁵⁸ Principio sulla cui struttura e *ratio* è ancora fondamentale F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 363 ss.

determinato dalle osservazioni nei confronti del preavviso di provvedimento ostativo all'accoglimento delle istanze di parte *ex art. 10 bis*. Sono altresì disposizioni rivelatrici di discrezionalità amministrativa ed anzi incentivanti la stessa quelle relative alla previsione della conferenza di servizi istruttoria deputata ad «effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo», (art. 14, c. 1) talché assume una funzione di coordinamento e di mediazione degli interessi in gioco⁵⁹, il che corrisponde proprio al connotato tipico della discrezionalità, tanto che può concludersi nella apposizione di prescrizioni o condizioni per la migliore tutela dell'interesse pubblico (art. 14, c. 3), e dare luogo al “superamento” dei dissensi di una o più amministrazioni attraverso una deliberazione motivata del Consiglio dei ministri *ex art. 14, c. 15* (da ritenersi pertanto, attesa la provenienza dall'autorità politica al più elevato livello, espressione di alta amministrazione e dunque di discrezionalità al massimo grado)⁶⁰.

La discrezionalità, diversamente da quanto si era soliti ritenere⁶¹, investe anche l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, perché anche questa è pur sempre finalizzata a perseguire l'interesse pubblico ottimale⁶². Ed infatti la Cassazione ha più volte messo in luce come per il tramite della clausole generali di correttezza e buona fede, applicabili anche all'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento, sia stato procedimentalizzato l'esercizio dei poteri di conferimento degli incarichi dirigenziali obbligando a valutazioni anche comparative, a consentire forme adeguate di partecipazione a processi decisionali, ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte⁶³, proprio al fine di garantire *quam maxime* il soddisfacimento dell'interesse pubblico, il che appunto implica esercizio di poteri discrezionali.

⁵⁹ Così C. cost., 11 luglio 2012, n. 179.

⁶⁰ “Atti latamente discrezionali”: così tra i tanti V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione costituzionalizzata e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, 41.

⁶¹ Ad esempio dallo stesso M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 51: e, tra gli altri, da M. Nigro, *Lineamenti generali*, cit., 714.

⁶² Si v. in tal senso le pertinenti e profonde riflessioni di F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero giuridico di Giannini*, cit., il quale rileva come, soprattutto a seguito della “privatizzazione” del pubblico impiego e della sottoposizione all'evidenza pubblica di numerosi atti provenienti da soggetti aventi natura giuridica privata, sia imprescindibile affermare la funzionalizzazione all'interesse pubblico dell'attività amministrativa di diritto privato, in coerenza con i principi posti dall'art. 97 Cost.; si v. altresì lo studio *ad hoc* di A. Maltoni, *Attività procedimentale a regime privatistico e principi generali*, in *Dir. amm.*, 2011, 97 ss.

⁶³ Si v. in tal senso Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814.

4. Fattori erosivi della discrezionalità

Di contro è altresì innegabile che da tempo si assiste ad una erosione della discrezionalità.

Ciò avviene da più versanti. In primo luogo, attraverso la generalizzazione, salve le eccezioni di legge, del silenzio-assenso in virtù dell'art. 20, l. n. 241/1990, e che ricomprende anche provvedimenti a carattere discrezionale⁶⁴. In sostanza la discrezionalità viene ad essere sacrificata, seppur in via eventuale perché la pubblica amministrazione potrebbe sempre provvedere, sull'altare della speditezza e della semplificazione. In secondo luogo, va considerata la normativa con finalità anticompetitive di derivazione europea che al fine di ridurre la diffusa presenza di barriere all'accesso e alla circolazione di beni e di servizi ha trasformato tutta una serie di concessioni in autorizzazioni⁶⁵, talvolta a carattere generale come nelle comunicazioni elettroniche, in modo da ancorarle nella mera verifica dei presupposti, e comunque riducendo la discrezionalità consustanziale ai provvedimenti di natura concessoria⁶⁶. Ulteriori riduzioni della discrezio-

⁶⁴ Si v. in particolare, Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2016 n. 17, relativa al nulla-osta per un intervento da parte di un Ente Parco; in dottrina v. tra gli altri, B. G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 900; si v. N. Paolantonio, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, cit., 380. Vale però aggiungere che non può che trattarsi di discrezionalità molto ristretta o comunque per la quale sia possibile dar luogo ad una autocertificazione attesa la obiettività dei dati da riscontrare. Del resto la stessa sentenza dell'adunanza plenaria n. 17/2016 ha cura di precisare che il nulla osta dell'ente parco ha per legge la stretta funzione di verifica della corrispondenza dell'intervento prefigurato in concreto con criteri preventivamente dettati; si v. in proposito le riflessioni di P. Carpentieri, *Patrimonio culturale e discrezionalità degli organi di tutela. Semplificazione e tutela*, in *Aedon*, 2016, n. 3; più in generale, sui limiti costituzionali che incontra l'istituto del silenzio assenso rinviamo a G. Morbidelli, *Urbanistica incostituzionale per abuso di silenzio-assenso*, in *Giur. cost.*, 1992, 3410.

⁶⁵ Si v. diffusamente su questo punto G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa, semplificazioni e liberalizzazioni anche sulla base della legge 124/2005*, in *Dir. amm.*, 2016, spec. 125 ss., e S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, 21 ss., entrambi con numerose indicazioni.

⁶⁶ Cfr. M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss. Del resto, già da tempo l'AGCM ha sottolineato la necessità di ridurre la discrezionalità in sede di concessione: si v. segnalazione 20 ottobre 1998, *Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrativa*, AS152, in *Boll. n. 42/1998*. Ma tutto il processo di semplificazione e con esso la riduzione dell'area di discrezionalità discende in massima parte dalle regole di derivazione europea procompetitive che impongono una maggiore libertà di accesso al mercato, si v. A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645 ss. A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010, 52 ss. si v. altresì C. cost., 27 luglio 2005, n. 336, secondo

nalità sono state indotte dalla c.d. direttiva Bolkestein (2016/123/Ce), la quale impone una previa determinazione dei motivi di interesse generale ostativi alle intraprese economiche, di talché, in sede gestionale, non v'è spazio per la discrezionalità⁶⁷. In terzo luogo, in virtù dell'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso nei tempi stabiliti dalla legge o dal regolamento, il che fa venir meno la discrezionalità sull'*an* e riduce quella sul quando⁶⁸: se pur non giunge ad annullarla del tutto (si v. *retro* § 2), tanto che è stata definita discrezionalità «residuale»⁶⁹. Non solo: il principio dell'obbligo di provvedere è in via di estensione anche con riguardo ai provvedimenti di cui tradizionalmente si affermava la discrezionalità sull'*an*. Questo perché la giurisprudenza più recente, partendo dal principio generale della doverosità dell'azione amministrativa e integrandolo con le regole di ragionevolezza e di buona fede, tende ad ampliare l'ambito delle situazioni in cui vi è obbligo di provvedere, al di là di quelle espressamente riconosciute dalla legge, si ritiene infatti che esista tale obbligo, oltre che nei casi previsti dalla legge, nelle fattispecie nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento⁷⁰. Sta poi il fatto che la stessa l. n. 241/1990, se pur da

cui «l'intero sistema amministrativo italiano si caratterizza per una sempre più spiccata valenza del principio di semplificazione, considerato derivante direttamente dal diritto dell'UE».

⁶⁷ Questo punto è sottolineato con vigore da G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, cit., 107.

⁶⁸ Si v. in particolare F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss. che parla di “sovertimento” della tradizionale discrezionalità sul quando.

⁶⁹ Si v. in proposito i rilievi di M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, 123 ss. Non si tratta però di una residualità minimale. Oltre a quanto già osservato circa il rilievo del tempo all'interno del termine massimo assegnato dalla legge (discrezionalità sul “se porre i termini” e “quanto prima”: così M. Clarich, *op. cit.*, 126), va anche tenuto presente che una quota di residualità sul quando è data dal fatto che in assenza di diverse indicazioni in sede legislativa è l'amministrazione (s'intende entro i criteri di logicità), a determinare i tempi di conclusione del procedimento: v. in tal senso R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 93 e ivi altri esempi di fattispecie di discrezionalità sul quando, specie in ordine alla tempistica di attuazione degli interventi (si pensi solo alle indicazioni dei termini per inizio e fine espropriazione e lavori in sede di dichiarazione di pubblica utilità).

⁷⁰ Nel senso che l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso sussiste anche nell'ipotesi in cui l'istanza del privato sia manifestamente inammissibile, infondata o intempestiva, pur se in tali casi è possibile provvedere con un atto redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo v. Cons. St., sez. III, 8 settembre 2016 n. 3827; nello stesso senso si v. TAR Lazio, Latina, 9 dicembre 2019 n. 709; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 2 luglio 2019 n. 1136; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 3 giugno 2019 n. 917; TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 marzo 2019

separazione tra politica e amministrazione

un lato arricchisce la ricerca e la ponderazione di interessi e dunque la discrezionalità, dall'altro la limita non solo sull'*an* e sul quando come appunto rilevato, ma anche sul *quomodo*, e ciò per la ragione che detta tutta una serie di obblighi procedurali: così l'obbligo di concludere con un provvedimento espresso, l'obbligo di motivazione, l'obbligo di comunicare l'inizio del procedimento, l'obbligo di valutare le deduzioni, l'obbligo di surrogare *aliunde* le valutazioni tecniche, ecc.⁷¹. Si è anche giunti ad affermare che tutto l'*iter* procedurale, attraverso una istruttoria attenta e rigorosa, in combinato con il principio di proporzionalità, vada a determinare una riduzione progressiva della discrezionalità⁷²: ma è evidente che in tale ricostruzione la discrezionalità viene concentrata sul provvedimento finale e non su tutto il percorso intellettuale che la precede, quando invece è da ritenere che la discrezionalità risieda soprattutto nel potere e si inveri attraverso il procedimento. Se mai il procedimento rende la discrezionalità, o meglio il percorso della discrezionalità, più trasparente e più controllabile: il che spiega l'affermarsi del principio della "legalità procedurale", che svolge una funzione supplente dell'assenza di raffrontabilità, cioè della indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge⁷³. Altri frammenti di riduzione della discrezionalità sono rinvenibili nella novella della l. n. 241/1990 introdotta dalla c.d. legge Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124), laddove estende il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche anche in

n. 3454. Di più: la giurisprudenza è giunta anche ad affermare che «l'obbligo di provvedere sulle istanze dei privati sussiste, oltre che nei casi espressamente pervisti da una norma, anche in ipotesi ulteriori nelle quali si evidenzino specifiche ragioni di giustizia ed equità che impongano l'adozione di un provvedimento espresso ovvero tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione», si v. Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3120, Cons. St., sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 183. Si tratta di una tesi che era stata anticipata da F. Ledda, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964, spec. 96 ss. e che ha trovato riscontro nel diritto positivo ovvero nel dettato dell'art. 2, c. 1, l. n. 241/1990 così come modificato dall'art. 1, c. 38, l. 6 novembre 2012 n. 190. Altre indicazioni in G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo, in Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, cit., 605.

⁷¹ Si v. in tal senso F.G. Scoca, *Interesse legittimo*, Torino, Giappichelli, 2018, 232; si v. altresì M. Galdo, *Sisifo e l'evoluzione della discrezionalità in federalismi.it*, 2018 che mette tra l'altro in luce come l'obbligo di motivazione disposto dall'art. 3 l. 241/1990 costituisca una limitazione sul *quomodo*.

⁷² S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, cit., 332.

⁷³ Si v. C. cost., 7 aprile 2017, n. 62, 7.2, parte in diritto, nonché, per le indicazioni di giurisprudenza amministrativa, G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.

materia di interessi sensibili⁷⁴ (salvo diverse previsioni in sede di normativa europea).

Contribuiscono poi al processo di dequotazione della discrezionalità l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea circa l'obbligo di riesame (non pertanto di annullamento *tout court*) di un provvedimento pur definitivo al fine di adeguarsi ad una sopravvenuta interpretazione del diritto europeo⁷⁵, nonché le varie fattispecie di annullamento doveroso che trovano titolo o nel comportamento non in buona fede della parte privata o nella necessità di tutelare valori sensibili e preminenti o nell'esigenza di porre rimedio a benefici economici erogati *contra legem* e ancor più se contro le norme europee⁷⁶.

D'altro lato la stessa previsione di un tempo massimo attraverso cui procedere all'annullamento di ufficio⁷⁷ introdotto dall'art. 6, c. 1, lett. c), l. 7 agosto 2015 n. 124, si traduce in una restrizione della tradizionale quanto discrezionale individuazione del termine ragionevole entro il quale, in comparazione con altri interessi, è possibile adottare tale genere di misure. Rientra altresì in questo percorso di degradazione della discrezionalità l'indirizzo giurisprudenziale relativo agli ordini di demolizione di opere abusive adottati dopo lungo tempo dall'esecuzione. Si è difatti affermato in

⁷⁴ Si v. G. Tropea, *Discrezionalità amministrativa*, cit., vedasi altresì F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 14.

⁷⁵ Si v. C. giust. CE, 12 febbraio 2008, causa C-2/06, Willig Kempfer KG; C. giust. CE, 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kuhne & Heitz.

⁷⁶ Si v. sul punto diffusamente S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincolo e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, il quale rileva come non sempre si tratti davvero di annullamenti "vincolati", ma che divengono tali a seguito di una valutazione in concreto della situazione e dei contrapposti interessi: tuttavia talvolta sia in giurisprudenza che in dottrina viene rimarcato l'automatismo della misura di autotutela quando predicandone in maniera categorica la natura di atto dovuto così: TAR Sardegna, sez. I, 13 gennaio 2012 n. 27 (nella specie l'annullamento riguardava la concessione di un contributo erogato in difformità della norma europea, stante l'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 4, c. 3, del Trattato sull'Unione europea), quando invece ricorrendo al concetto di «attenuazione dell'obbligo motivazionale» (così Cons. St., sez. III, 18 ottobre 2016 n. 4344; si v. anche Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2001, n. 2093), il che in concreto significa non motivazione e prima ancora non comparazione e dunque assenza di discrezionalità.

⁷⁷ Anche se invero la giurisprudenza ha dequotato sotto più profili il limite temporale introdotto dalla legge: si v. Cons. St., ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 33; si rinvia comunque sul punto a M. A. Sandulli, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 688; A. Del Prete, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi: verso il superamento del limite temporale dei 18 mesi?*, *ivi*, 2019, 686.

giurisprudenza l'orientamento per cui il fatto illecito non può determinare alcun affidamento e di conseguenza non vi è alcun onere di compararlo con l'interesse pubblico al rispetto della legalità alla luce del tempo decorso⁷⁸.

La discrezionalità "pura" viene altresì ad essere elisa attraverso la tecnicizzazione dell'azione amministrativa di cui abbiamo già rilevato l'espansione, tanto che Giannini è giunto ad affermare che «la discrezionalità amministrativa tende a trasformarsi in discrezionalità tecnica»⁷⁹, espansione che va ben oltre la tecnicità estraibile da nozioni come salubrità, sicurezza, pericolosità attorno a cui si muoveva l'ormai classico studio di Franco Levi al fine di distaccare le relative valutazioni dalla sincronia con l'interesse pubblico e, di rimando, far affermare l'esigenza di una rigorosa cognizione del fatto in sede giurisdizionale. Difatti in tali circostanze il provvedimento viene ad essere guidato non già da un apprezzamento comparativo tra i vari interessi coinvolti ma da una valutazione di carattere tecnico, seppur sovente non priva di opinabilità, da cui per definizione è escluso ogni apprezzamento di interesse pubblico di talché, sempre che non vi siano nel contempo interconnessioni con regole sociali e in genere con criteri di esperienza e di prassi, la discrezionalità è assente in radice⁸⁰. Anche se non è da escludere che sulla base della valutazione tecnica l'amministrazione mantenga discrezionalità sul "come provvedere": tipico il caso dell'edificio di cui è stata accertata in sede tecnica una deficienza strutturale, al che l'amministrazione può adottare misure di segno diverso che vanno dalla demolizione al puntellamento, dalla introduzione di aree di inaccessibilità allo sgombero totale o parziale etc.⁸¹.

⁷⁸ Si v. Cons. St., ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9: ed infatti la giurisprudenza successiva parla di *ius receptum*: si v. Cons. St., sez. VI, 12 maggio 2020 n. 298, nonché in senso conforme, Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2020 n. 3352, secondo cui «il decorso del tempo, lungi da radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento»; si v. comunque sul punto l'analisi di A. Porporeto, *Pertinenze ed interventi di lieve entità tra titoli abilitativi e misure ripristinatorie*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, spec., 508.

⁷⁹ Così nell'intervista a cura di M. D'Alberti, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, cit., 109.

⁸⁰ Come già abbiamo rilevato, la presenza e anzi il diffondersi della discrezionalità tecnica (sintagma di cui molti hanno sottolineato l'ambivalenza se non l'erroneità intrinseca: per tutti E. Capaccioli, *Manuale*, cit., 286, ma oramai invalsa nell'uso corrente) nel determinare una riduzione della discrezionalità amministrativa ha contribuito ad espandere la tutela giurisdizionale la quale, nei confronti di misure applicative di regole e principi di scienze specialistiche, non incontra il limite del merito (si v. *retro* nota 21), anche se – come già sottolineato – incontra il limite della opinabilità e talvolta della intersezione con valutazioni tipiche della discrezionalità amministrativa.

⁸¹ In tali fattispecie – come noto – si suole parlare se pur «impropriamente» (così A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Napoli, Jovene, 1984, 575) di discrezionalità «mista»: si v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁴, Milano, Giuffrè, 2013, 440; altri

V'è poi la erosione per opera della giurisdizione amministrativa. È vero che secondo i principi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità è preclusa la rivalutazione dell'opportunità del provvedimento amministrativo, cioè della scelta tra le varie opzioni possibili anche perché – come ebbe a rilevare Nigro⁸² – ciò significherebbe e l'amministrativizzazione della giustizia e nel contempo la giurisdizionalizzazione dell'amministrazione. Del resto, tale principio emerge anche dall'art. 31, c. 3, d.lgs. n. 104/2010, ai sensi del quale il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Ma è anche vero che il sindacato attraverso l'eccesso di potere, sia nella sua configurazione tradizionale tramite le cosiddette figure sintomatiche sia nella sua configurazione venutasi a disegnare attraverso il ricorso a principi generali quali la ragionevolezza, la proporzionalità, l'efficienza, l'economicità, la precauzione, (un nuovo «eccesso di potere amministrativo» secondo Fabio Merusi)⁸³, finisce sovente per trasferire di fatto la valutazione discrezionale di ultima istanza al giudice amministrativo. In altri termini l'azione amministrativa, una volta sottoposta allo scrutinio di raffrontabilità con la *summa* di principi e di valori estraibili dall'articolo 97 Cost. e dall'*acquis* comunitario, è soggetta ad un sindacato che va ben oltre la rivisitazione dall'esterno, al punto che è oltremodo flebile e vacillante la distinzione tra merito e legittimità, di cui del resto nessuno è mai riuscito a tracciare linee di confine sicure⁸⁴, e questo anche per la mobilità della stessa nozione di legittimità sempre più pervasa dall'influsso di “principi-valore” quali ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza⁸⁵. Tanto che sono ricorrenti i rilievi per cui attraverso tale *vis expansiva* del sindacato si andrebbe ad intaccare la

usano il termine discrezionalità «tecnico-amministrativa»: si v. ad es. R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1974, 242.

⁸² La *giurisdizione amministrativa di merito*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 867.

⁸³ F. Merusi, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo eccesso di potere amministrativo*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 12; Id., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011; ma si v. già G. Sala, *L'eccesso di potere dopo la legge n. 241/1990, un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.* 1993, 225 e F.G. Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, Padova, Cedam, 1990.

⁸⁴ Si tratta di rilievo costante: si v. per tutti B.G. Mattarella, *Discrezionalità*, cit., 1995.

⁸⁵ Si v. già A. Piras, *Invalitità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 611, dove spiegava con chiarezza le ragioni dell'espandersi della giurisdizione di legittimità sino a comprendere settori sempre più ampi del merito.

separazione tra politica e amministrazione

riserva di amministrazione in punto di merito: ma in realtà, come appena osservato, è l'area della legittimità che si espande grazie ai principi estraibili dell'art. 97 Cost. e dell'ordinamento europeo che costituiscono un "arsenale" di strumenti di scrutinio da molteplici versanti del percorso di costruzione della decisione discrezionale⁸⁶.

Ma c'è di più: e sono i casi nei quali le vicende giurisdizionali giungono a definire con completezza lo spazio deliberante dell'amministrazione nel senso che questo viene consumato per effetto di una sequenza di pronunce tali da determinare una riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa, sino appunto al suo azzeramento. In tale evenienza, anche al fine di assicurare l'effettività della tutela e nel contempo scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda invece unitaria, il giudice può giungere a disporre l'ordine di emissione dell'atto conforme all'interesse legittimo sostanziale del cittadino⁸⁷. Il che, tra l'altro, è oggi conseguibile anche in maniera diretta attraverso la proposizione, accanto alla domanda di annullamento, di una domanda di adempimento (art. 34, c. 1, lett. c, c.p.a.)⁸⁸.

5. Separazione tra politica e amministrazione: garanzie a difesa dell'imparzialità della seconda

La discrezionalità amministrativa o pura⁸⁹ è dunque in movimento, nel

⁸⁶ Cfr. in tal senso R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 179 ss.

⁸⁷ Così Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

⁸⁸ Si v. in proposito le esatte notazioni di G. Greco, *Interesse legittimo ed effettività della tutela* (a proposito della sentenza n. 1321/2019 del Consiglio di Stato) in *www.giustamm.it*, 2020; sul tema in generale si v. S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. 314 ss.

⁸⁹ Il termine discrezionalità "pura", anche se lo troviamo richiamato da ultimo nella sentenza Cons. St., Sez. III, 7 gennaio 2020 n. 126, e invero vi ricorrono spesso ad es. D. de Pretis, *Valutazione amministrativa*, cit., e L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, cit., risulta oggi sempre meno impiegato, a differenza di un tempo, quando appunto veniva contrapposto a discrezionalità tecnica: si v. E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, cit. Da notare peraltro che F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, Vallardi, 128 ss., s.i.d., distingueva tra discrezionalità amministrativa o assoluta, laddove l'esercizio del potere fosse orientato da prescrizioni imprecise di qualificazione di interesse pubblico, (es. urgenza, pericolosità, insalubrità, ecc.), discrezionalità pura, laddove fosse individuabile un potere riservato alla p.a. attraverso una semplice attribuzione di competenza e senza alcuna specificazione in ordine ai presupposti dell'esercizio di detta competenza, e infine discrezionalità tecnica ove l'esercizio del potere fosse condizionato da presupposti di fatto da accertare in base a regole tecnico-scientifiche. Nel *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960 (ma 1911-1914) 188 ss., invece le categorie della di-

senso che è soggetta a spinte contrapposte: e verso una sua accentuazione e verso una sua riduzione. Ma una ulteriore dinamica di rilievo è quella che consegue alla separazione tra politica e amministrazione, «principio inespreso ma vivo»⁹⁰, introdotta dalla legge di cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, emanato sulla base della l. 23 ottobre 1992, n. 421) e che si inverte attraverso la dettatura di una serie di disposizioni che costituiscono principi fondamentali⁹¹ e comunque qualificati tali sia in sede di legge delega sia in sede di decreto legislativo. Principi che infatti troviamo recepiti negli statuti regionali: vedasi ad esempio art. 53 statuto Toscana, art. 62 statuto Emilia-Romagna, art. 49 statuto Lombardia, nonché nel t.u. enti loc., 18 agosto 2000, n. 267. In questa sede non mi diffonderò sulla tematica della difficile distinzione tra politica e amministrazione e sui plurimi e complessi versanti che essa attraversa, tra cui quella del cosiddetto *spoils system* che tante volte ha suscitato lo scrutinio della Corte costituzionale⁹² né sulle ragioni storiche risalenti a Minghetti e a Spaventa a difesa dell'imparzialità dell'amministrazione, né mi soffermerò sulle plurime contropunte, tra cui la prassi non estirpata da parte della direzione politica e dei loro collaboratori personali ad interferire nell'attività di minuta gestio-

screzionalità sono ricondotte alla pura e alla tecnica: sulle tesi (non del tutto omogenee nel tempo) di Cammeo in punto di discrezionalità si v. ampiamente A. Andreani, *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, n. 22, 494 ss.

⁹⁰ M. Nigro, *Le riforme amministrative a quattro anni dal Rapporto Giannini*, in *Le Regioni*, 1984, 655, anche se poi aggiunge che all'epoca la separazione appariva «illusoria e nominale». Si tratta di un principio su cui vi è una letteratura sterminata. Ci limitiamo in questa sede a richiamare gli studi di L. Carlassare, *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in *Indirizzo politico e Costituzione*, a cura di M. Ainis, M. Ruggeri, G. Silvestri e L. Ventura, Milano, Giuffrè, 1998; G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003; S. Casse, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2003*, Milano, Giuffrè, 2004 e comunque rinviare alla monografia di R. Ursi, *Le stagioni della efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016, spec. 285, sia per le indicazioni bibliografiche sia per la ricostruzione ragionata e critica della tematica.

⁹¹ Si v. C. cost., 30 luglio 1993, n. 359.

⁹² Sul tema si v. da ultimo F. Saitta, *La "nuova" direzione delle aziende sanitarie: piccoli passi verso un'autentica meritocrazia*, in *Dir. soc.*, 2019, 191 ss.; M.P. Monaco, *La dirigenza sanitaria: il "correttivo" rende effettiva la riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 704; P. Racca, *Spoils system e dirigenza pubblica (nota a sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2017)* in *Riv. Arc.*, 2018, n. 3, 242 ss.); G. Bergonzini, *La selezione della dirigenza sanitaria: oltre lo spoils system?*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, 11-12.

separazione tra politica e amministrazione

ne, nonché la produzione legislativa sovrabbondante e contraddittoria⁹³. Mi limito a premettere che una vera e propria separazione non v'è né potrebbe esservi atteso il necessario rapporto di strumentalità tra pubblica amministrazione e governo. In altri termini, la separazione tra politica e amministrazione, per quanto talvolta affermata in maniera *tranchant* dalla stessa Corte costituzionale⁹⁴, deve essere correttamente intesa. Il senso di essa non può essere tale da tradursi in distacco assoluto della pubblica amministrazione dal governo, nel senso che la burocrazia non può essere configurata come potere autonomo dall'esecutivo. Sta però il fatto che nelle democrazie parlamentari l'azione del governo è legata agli interessi delle forze di maggioranza, mentre l'azione amministrativa è vincolata a perseguire le finalità pubbliche legittimamente individuate dagli organi di indirizzo politico, fatto salvo il potere di controllo che questi possono esercitare secondo la formula «i funzionari amministrano, i ministri controllano». Occorre però evitare che l'amministrazione si trovi esposta al rischio di essere deformata in apparato politico o comunque condizionata da ragioni politiche nel senso di ragioni non obiettive e pertanto non al servizio di interessi generali, per riprendere la formula dell'art. 103 della Costituzione spagnola, la quale appunto dispone che «l'amministrazione pubblica serve con oggettività gli interessi generali». Se da un lato non è in discussione il primato della politica, dall'altro si deve evitare che all'interno di una Costituzione democratica in base alla quale al potere si alternano i partiti politici l'amministrazione si trasformi in «un'amministrazione di partiti»⁹⁵.

Il problema è cioè quello di sintonizzare l'art. 95 Cost., secondo cui il Presidente del Consiglio dei ministri mantiene l'unità di indirizzo politico amministrativo e i ministri sono responsabili degli atti dei loro dicasteri, con l'art. 97 Cost., secondo cui l'amministrazione ha da essere imparziale, ovvero conciliare i due modelli di amministrazione quali si ricavano dalla Costituzione, ovvero l'amministrazione servente del potere pubblico e l'amministrazione autocefala⁹⁶. Da un lato una guida da parte del governo è necessaria proprio per dare attuazione al primato dell'indirizzo politico

⁹³ Su questi elementi di criticità, si v. Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1993, 52 (c.d. rapporto Cassese).

⁹⁴ Si v. ad esempio, C. cost., 4 gennaio 1999, n. 1 «in un ordinamento democratico che affida all'azione dell'amministrazione separata nettamente da quella del governo (politico per definizione) il perseguimento delle finalità pubbliche dell'ordinamento».

⁹⁵ M. Clarich, *Corte Costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *astrid-online.it*, marzo 2007.

⁹⁶ M. Nigro, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, ora

amministrativo del governo. Non si può infatti negare che la doppia responsabilità dei ministri, collegiale per quanto riguarda gli atti del Consiglio dei ministri e individuale degli atti dei rispettivi dicasteri, rifletta lo stretto vincolo che c'è tra attività politica propria del governo e attività amministrativa propria degli uffici burocratici. In altre parole, il fatto che il Presidente del Consiglio dei ministri diriga la politica del governo e mantenga l'unità di indirizzo politico ed amministrativo promuovendo e coordinando l'attività dei ministri non può non significare la presenza di una politica generale del governo che è sovraordinata rispetto all'amministrazione. La posizione dell'amministrazione, per quanto presidiata dall'art. 97 Cost., è sempre sottordinata alla direzione politica, che a sua volta è correlata alla responsabilità degli organi politici verso la collettività⁹⁷. Del resto, il principio della strumentalità dell'organizzazione e dell'attività amministrativa rispetto alla politica generale del governo anche se non espressa in maniera icastica come nell'art. 20, c. 2, della Costituzione della Repubblica francese (secondo cui il governo «dispone» dell'amministrazione), lo si ricava pure dal fatto che la disciplina della pubblica amministrazione è innestata nel titolo dedicato a «Il Governo»⁹⁸. Inoltre la strumentalità è strettamente dipendente dal principio di democraticità: l'amministrazione è gestita da apparati non rappresentativi, mentre la politica è espressione di organi a legittimazione elettorale, il che è consustanziale al fatto che il governo è responsabile dell'amministrazione di fronte al parlamento. Quanto alle regioni e agli enti territoriali locali ciascuno di essi riproduce al suo interno il rapporto politica-amministrazione che l'art. 95 disegna all'interno dello Stato: vedasi art. 121 c. 2, 3 Cost. e artt. 42, c. 2, lett. a) e 45, c. 3, d.lgs. n. 267/2000.

Il problema è appunto quello di evitare che la soggezione dell'amministrazione alla politica, che per definizione è di parte in quanto da ricondurre ai programmi politici della maggioranza che sostiene il governo⁹⁹, sia suscettibile di determinare un pregiudizio alla imparzialità. È vero che la funzione

Scritti, III, cit., 1948 (invero per Nigro c'è anche un terzo modello, ovvero quello dell'amministrazione autonomista e comunitaria imperniata su regioni ed enti locali).

⁹⁷ Si v. sul punto le riflessioni di V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atto politico e atto di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1015 ss.

⁹⁸ G. Morbidelli, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli, Modena, Mucchi Editore, 2012, 90-91; la stessa notazione in G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*⁶, Torino, Giappichelli, 2013, 142.

⁹⁹ Si v. V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 59, anche se invero eventi o contingenze sopravvenute o situazioni non attentamente valutate possono determinare modifiche sostanziali al programma, tanto che si parla di «indirizzo fluido»: così G. Azzariti, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Pol. Dir.*, 1996, 529 ss.

separazione tra politica e amministrazione

del principio di imparzialità è (ma non solo) impedire che le decisioni politiche escano dall'alveo in cui possono e debbono svolgersi, sicché in astratto non v'è contrapposizione tra imparzialità e principio democratico¹⁰⁰, ma il problema sta appunto nell'apprestare misure idonee a dare effettività a questa funzione onde evitare il trapasso «dell'interesse partigiano nella risoluzione nel caso concreto»¹⁰¹. Da considerare infatti che tra le determinazioni amministrative ve ne sono di innumerevoli che si prestano oltremodo ad essere intrise di politicità non nel senso nobile del termine ovvero di scelta volta alla soddisfazione ottimale dell'interesse pubblico. Si pensi, per fare esempi che più volte sono saliti alla ribalta della cronaca giudiziaria in virtù dell'influsso non ortodosso da parte della politica, ai piani regolatori e relative varianti o alla esternalizzazione di servizi pubblici o alle concessioni di beni e servizi, senza dire poi delle tecniche di redazione di bandi per pubbliche forniture o per concorsi a pubblico impiego o della dismissione di beni pubblici. Il punto è stato infatti sottolineato da gran tempo dalla dottrina più autorevole¹⁰², come del pari è stato più volte sottolineato il pericolo degli sconfinamenti del potere politico in aree riservate all'amministrazione al punto che – si è osservato – l'eliminazione della politicità indotta in sede di amministrazione «è tuttora sentito come un dei più ardui e drammatici problemi dello Stato contemporaneo»¹⁰³. C'è anzi chi ha scritto di «dominanza totale e continua della politica sull'amministrazione»¹⁰⁴.

È vero che la sintonia tra la previsione costituzionale che sottopone l'amministrazione alla direzione degli organi politici e quella che stabilisce il principio di imparzialità e comunque la difesa contro lo straripamento o l'abuso della politica all'interno dell'amministrazione viene perseguita attraverso una serie di garanzie poste dalla stessa Costituzione, e che vanno dalla riserva relativa di legge che investe l'organizzazione e l'attività amministrativa (art. 97, c. 2) all'accesso al pubblico impiego per concorso (art. 97, c. 4, che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha reso o meglio cercato di rendere sempre più effettiva e non mera norma tendenziale)¹⁰⁵,

¹⁰⁰ Così A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, 150.

¹⁰¹ Così U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 23.

¹⁰² A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, (1966), ora in *Scritti giuridici*, I, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1990, 273 ss.

¹⁰³ U. Allegretti, *L'imparzialità*, cit., 22 e ivi numerose indicazioni.

¹⁰⁴ M. Nigro, *Le riforme amministrative a quattro anni dal rapporto Giannini*, cit., 642 ss.

¹⁰⁵ Ciò in quanto la Corte ha ripetutamente sottolineato la relazione intercorrente tra l'art. 97 e gli artt. 51 e 98 Cost., osservando come in un ordinamento democratico – che affida all'azione dell'amministrazione, separata nettamente da quella di governo (politica

dalla previsione per cui i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione (art. 98, c. 1), in ciò ispirandosi, come mise in luce Mortati in sede di Assemblea Costituente¹⁰⁶, all' art. 130 della Costituzione di Weimar, secondo cui «gli impiegati sono al servizio della collettività e non di un partito», alla previsione di organi ausiliari come il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti caratterizzati da indipendenza dal governo (art. 100, c. 3), sino alla tutela giurisdizionale piena avverso gli atti della pubblica amministrazione (art. 113)¹⁰⁷. Come pure una barriera forte avverso deviazioni prodotte dalla politica è dato dalla rete dei principi di imparzialità e buon andamento in tutte le plurime declinazioni che sono andate via via emergendo, irrobustite per di più dal combinarsi con i principi dell'ordinamento europeo, principi tutti di cui del resto organi ausiliari e organi giurisdizionali sono custodi e insieme costruttori.

Un ulteriore strumento in tale direzione è appunto rappresentato dal disegno organizzativo così come strutturato a suo tempo dal d.lgs. n. 29/1993 e ora dal d.lgs. 165 del 30 marzo 2001, finalizzato a dar corpo alla distinzione tra politica e amministrazione, ovvero tra *l'azione del "governo"* – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e *l'azione dell' "amministrazione"* – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento¹⁰⁸. Distinzione che appunto viene ad essere inverata attraverso la riserva a favore degli organi politici delle funzioni di indirizzo, di programmazione e di controllo, mentre le funzioni di gestione sono attribuite agli uffici amministrativi che devono pertanto perseguire l'obiettivo stabilito in sede di indirizzo politico-amministrativo, fermo restando che rispondono in maniera autonoma dell'attività di gestione.

In tal maniera si va a perseguire la cosiddetta autocefalia dell'amministrazione nel senso che le competenze in ordine alla gestione sono affidate

per definizione), il perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento – il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni d'imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione: si v. C. cost., 4 gennaio 1999, n. 1.

¹⁰⁶ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, prima sezione, resoconto sommario seduta 14 gennaio 1947, 123.

¹⁰⁷ Per M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit. 54, il rimedio primo contro l'abuso politico della discrezionalità è dato proprio dalla tutela giurisdizionale.

¹⁰⁸ Così C. cost., 15 ottobre 1990, n. 453, punto 2, del considerato in diritto, ripreso testualmente da C. cost., 27 luglio 1993, n. 333, n. 3 del considerato in diritto.

separazione tra politica e amministrazione

alla responsabilità propria ed esclusiva dei funzionari, il che a sua volta è da ritenersi necessario per assicurare il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

Per effetto di tale separazione abbiamo pertanto che a livello di organo politico sono assunte le determinazioni di importanza prioritaria e a tasso di elevata discrezionalità come è consustanziale alla politicità dell'agente. Tanto per dare un'idea si pensi alle competenze dei consigli degli enti territoriali locali stabilite dall'art. 42, d.lgs. n. 267/2000: piani urbanistici, assunzioni e concessioni di servizi pubblici, partecipazione a società di capitali, acquisti ed alienazioni di immobili non di ordinaria amministrazione, programmi di lavori pubblici. Lo stesso a livello di amministrazione statale: si v. art. 4, d.lgs. n. 165/2001, che assegna agli organi politici la funzione di indirizzo politico-amministrativo che consiste, tra l'altro, nella definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione.

6. Limiti di ammissibilità di poteri di amministrazione di primo grado da parte degli organi politici

C'è da dire però che gli organi politici dispongono anche di poteri di amministrazione diretta in base alla legislazione speciale con riguardo a poteri intrinseci di elevata discrezionalità: si pensi al provvedimento di valutazione di impatto ambientale (VIA) assegnato alla competenza del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare in quanto presenta profili particolarmente elevati di discrezionalità amministrativa essendo preordinato alla tutela preventiva dell'interesse pubblico¹⁰⁹. In questo e in altri casi in cui la legge statale o regionale assegna all'organo politico il compito non di prevedere ma di provvedere e dunque chiudere definitivamente la fattispecie non è ravvisabile alcuna incostituzionalità, in quanto ciò si ricava dallo stesso art. 95, Cost.: sicché non può negarsi in via di principio la legittimità di norme di legge che attribuiscono ai Ministri poteri di decisione in ordine a casi concreti, o come anche suol dirsi, poteri di amministrazione di primo grado. Peraltro, proprio alla luce del principio di separazione tra indirizzo politico-amministrativo e attività di gestione, si dovrà valutare la conformità

¹⁰⁹ V. Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2017, n. 1392 (che rileva, tra l'altro, la non attendibilità della tesi affacciata in taluni precedenti dello stesso Consiglio di Stato circa la natura di atto di indirizzo politico e non di gestione della VIA: si v. punto 3.1.a) parte in diritto); TAR Piemonte, sez. I, 20 aprile 2020 n. 225; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 20 novembre 1998 n. 1098.

allo stesso delle singole attribuzioni di poteri di mera gestione all'organo politico. È vero che la separazione nei sensi sopra ricordati è stata introdotta con legge ordinaria e che – come appena ricordato – l'amministrazione di primo grado da parte degli organi politici è prevista dalla stessa Costituzione. Senonché oggi l'ordinamento è contrassegnato dall'attribuzione della funzione di indirizzo agli organi politici e di rimando dalla riserva della funzione di gestione agli organi burocratici, e ciò in base a previsioni qualificate principi fondamentali e norme di riforma economico sociale (art. 1, c. 3, d.lgs. n. 165/2001, nonché art. 2, c. 2, l. n. 421/1992, legge delega da cui è scaturito il d.lgs. n. 29/1993), il che viene ritenuto necessario per assicurare il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, tanto che la separazione è stata qualificata come principio costituzionale inespreso. Sicché ogni disciplina che si discosti da questo schema va scrutinata circa la sua ragionevolezza atteso il divario con il *tertium comparationis* radicato in disposizioni di principio. Ancora una volta valga richiamare il pensiero di Sandulli, che a fronte della legislazione all'epoca imperniata su di una diffusa attribuzione agli organi politici di poteri provvedimentali, aveva sollevato perplessità circa la rispondenza di tale assetto normativo ai principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, anche perché le disposizioni degli artt. 97 e 98, avendo di mira il consolidamento e la garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione con specifico riferimento proprio agli uffici burocratici, non poteva che dare per presupposto la preposizione di organi burocratici a compiti anche di decisione e non meramente ausiliari e di esecuzione¹¹⁰. Di conseguenza aveva osservato che, in aggiunta alle funzioni di indirizzo e di coordinamento nonché di sorveglianza, ai Ministri dovrebbero rimanere soltanto limitate competenze operative di primo grado: e queste in linea di massima non dovrebbero eccedere quelle di alta amministrazione¹¹¹. In altre parole la attribuzione di poteri provvedimentali agli organi politici era considerata già una eccezione prima del d.lgs. n. 29/1993: *a fortiori* oggi, di talché ne dovrà essere sempre scrutinata strettamente la ragionevolezza attesa la dissonanza con il principio di separazione e con l'abbandono del modello incentrato esclusivamente sul principio della responsabilità ministeriale, che negava, di regola, attribuzioni autonome ed esterne agli organi burocratici. Del resto l'art 4, c. 3, d.lgs. n. 165/2001 laddove demanda ai dirigenti l'emanazione di tutti gli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, fatte salve le deroghe espressamente previste ad opera

¹¹⁰ A. M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, cit., 273 ss.

¹¹¹ *Id.*, *op. cit.*, 281.

separazione tra politica e amministrazione

di specifiche disposizioni legislative, sottolinea il carattere eccezionale di tali eventuali disposizioni. In altri termini, come ha ribadito più volte la Corte costituzionale, da un lato «l'individuazione dell'esatta libera di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa spetta al legislatore», ma dall'altro «tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione»¹¹².

7. Necessità e finalità dell'attività di indirizzo

Una delle conseguenze della disciplina quale si ricava dal d.lgs. n. 165/2001 e da tutta la normativa derivata statale e regionale è che l'attività di indirizzo da parte delle autorità politiche non solo è prevista, ma è *necessaria* in virtù dell'art. 95 Cost. (e come ribadito dall'art. 2, c. 1, e art. 5, c. 2, lett. a), l. 23 agosto 1988, n. 400) e del correlativo principio per cui l'amministrazione è strumento del Governo, di cui questo è responsabile di fronte al Parlamento. È indubbio che la prima e fondamentale attività di indirizzo è data dalla legge. Ma è più che scontato come la legge non possa affatto regolare in tutto e per tutto gli interessi che in concreto emergono e richiedono l'intervento della pubblica amministrazione, cioè appunto per quelle attività e quelle materie in cui è indispensabile lasciare spazio alla discrezionalità dell'amministrazione. Di qui l'esigenza che l'indirizzo, e con esso la responsabilità degli organi politici, abbia ad oggetto precipuo i provvedimenti espressivi di discrezionalità¹¹³. Non per nulla il governo non dispone dei poteri di indirizzo nei confronti delle Autorità indipendenti (salvo casi eccezionali previsti dalla legge). In tal maniera le autorità indipendenti sfuggono dalla politica generale di cui all'art. 95, Cost., ma ciò non determina una alterazione del canone essenziale delle responsabilità ministeriali, e dunque dal rapporto governo-Parlamento tipico del regime

¹¹² Cfr. C. cost., 9 giugno 2015 n. 108 e 3 maggio 2013, n. 81.

¹¹³ Peraltro l'atto di indirizzo può investire anche l'attività vincolata: ad esempio per indicazioni circa l'uso delle risorse o modalità operative, o per andare al concreto, circa ad es. i mezzi o le strumentazioni per dar corso alla verifica del rispetto delle superfici assegnate da parte di titolari di concessioni di uso pubblico o alle indagini istruttorie preordinate al rilascio di certificati o permessi, cioè indirizzi attinenti alla c.d. discrezionalità strumentale organizzativa (su cui si v. nota 166).

parlamentare. Questo per la ragione che le decisioni delle autorità indipendenti consistono in mere applicazioni della legge, al più corroborate da valutazioni di carattere tecnico, così come potrebbe fare un giudice. Di conseguenza, l'assenza di responsabilità politica del governo non è una anomalia, giacché la riserva dell'esecutivo c'è tutte le volte che può esservi una responsabilità politica nell'attuazione di una legge. Ma laddove si ritenga che non possa esservi una responsabilità politica, ovvero, come spesso si dice con una formula molto usata (invero non poco generica), ci si trovi di fronte a "neutralità tecnica", in quanto non c'è scelta politico-amministrativa, allora finisce la riserva dell'esecutivo. Il governo non ha l'universo dell'applicazione della legge, ha l'universo della responsabilità politica là dove l'attuazione della legge è suscettibile di discrezionalità¹¹⁴.

L'atto di indirizzo è pertanto da ritenersi costituzionalmente necessario in quanto è strumento attraverso cui il governo assume le proprie responsabilità a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali da parte delle amministrazioni non indipendenti, e nello stesso tempo va a delineare la responsabilità dei funzionari portatori di competenze proprie sulla scorta del principio della amministrazione obiettiva e responsabile con competenze proprie e definite secondo il già ricordato schema delineato in Assemblea Costituente da Mortati. Una volta assunto che da un lato vi ha da essere separazione tra politica e amministrazione, e dall'altro che è necessario pur costruire un raccordo tra le due entità, esso non può che essere individuato nell'indirizzo politico-amministrativo¹¹⁵. Non a caso la legge dopo aver posto il principio del compito doveroso da parte degli organi di governo di

¹¹⁴ Si v. in tal senso G. Amato, *Le autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. Predieri, Firenze, Passigli, 1997. Nel senso che le autorità indipendenti sono caratterizzate da posizione di neutralità e terzietà rispetto agli interessi oggetto della loro azione, cui corrisponde la assenza in capo alle stesse di poteri di ponderazione e scelta tra tali interessi è orientata la prevalente dottrina, anche se si tratta di tesi contrastata in particolare da M. Manetti, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994: si v. comunque sul punto le complete indicazioni bibliografiche con rassegna delle varie tesi e delle varie articolazioni in cui esse si dipanano nel recentissimo studio di E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2019, spec. 31 ss. Da rilevare che è stato comunque messo puntualmente in luce il fatto che proprio lo *status* di indipendenza delle Autorità rende «imprescindibile, sotto il profilo della coerenza sistematica dell'ordinamento e dal punto di vista della legittimità (anche) costituzionale dell'operato delle Autorità l'assoggettamento dei loro provvedimenti» ad «una forma, la più piena ed effettiva di controllo»: così F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁵ Si v. per quest'ordine di considerazioni G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 109. Si v. altresì sul tema *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, Napoli, Editoriale scientifica, 2010.

separazione tra politica e amministrazione

esercitare le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, tra cui «direttive generali per l'azione amministrativa e la gestione» (si v. art. 4, c. 1, d.lgs. n. 165/2001), disciplina con puntualità il potere di direttiva dei Ministri: l'art. 14, d.lgs. n. 165/2001, che ha come titolo «indirizzo politico-amministrativo», stabilisce che è compito del Ministro periodicamente e comunque ogni anno entro 10 giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio definire «obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare» ed emanare «direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione». La direttiva ministeriale a sua volta è rinforzata e valorizzata dal fatto che non solo si colloca in stretto rapporto con le linee di indirizzo del programma di governo ma dal fatto che è prevista una esplicita e stretta connessione procedurale tra indirizzo politico-amministrativo e scelte di bilancio¹¹⁶. Va altresì ricordato che la dottrina ha avuto modo di rilevare come l'atto di indirizzo se da un lato risponde al principio costituzionale di buona amministrazione, onde assicurare una azione coerente ed adeguata da parte dell'amministrazione, dall'altro costituisce lo strumento attraverso cui il Ministro può esercitare un controllo sull'operato degli organi di gestione, sicché l'assenza di indirizzo finisce per costituire anche un ostacolo determinante alla realizzazione di tutta la riforma della pubblica amministrazione e alla concreta separazione fra potere politico e organi di gestione¹¹⁷.

La necessità di una *interpositio* tra legge e discrezionalità dell'amministrazione da parte dell'indirizzo politico-amministrativo è ricavabile altresì dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286: questo perché la valutazione ed il controllo strategico previsti dall'art. 6 di tale decreto prevedono quali parametri di riscontro le direttive e gli altri atti di indirizzo politico: e del resto la responsabilità dirigenziale si radica anche sull'inosservanza delle direttive di indirizzo politico-amministrativo (*ex art. 21, d.lgs. n. 165/2001*). La centralità dello strumento della direttiva è confermata dalla disciplina di cui all'art. 8 dello stesso d.lgs. 286/1999 secondo cui «la direttiva annuale del Ministro di cui all'articolo 14, del decreto n. 29, costituisce il documento base per la programmazione e la definizione degli obiettivi delle unità dirigenziali di

¹¹⁶ Si v. in tal senso C. Conti, sez. riun., 27 aprile 1998, n. 25, in *Law. pubbl. amm.*, 1999, 907, dove si legge che «esiste una stretta connessione tra riforma del bilancio dello Stato di cui alla legge n. 94/1997 e la valorizzazione del potere ministeriale di indirizzo di cui al d.lgs. n. 29/1993. In particolare, come la riforma del bilancio ha avuto lo scopo di valorizzare il ruolo del Parlamento nella definizione delle politiche pubbliche e delle missioni da affidare all'apparato esecutivo, così la valorizzazione del potere ministeriale di indirizzo costituisce essenziale strumento di raccordo tra momento politico e momento gestionale. [...]».

¹¹⁷ E. Catelani, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Torino, Giappichelli, 1999, 144 ss.

primo livello. In coerenza ad eventuali indirizzi del Presidente del Consiglio dei Ministri, e nel quadro degli obiettivi generali di parità e pari opportunità previsti dalla legge, la direttiva identifica i principali risultati da realizzare, in relazione anche agli indicatori stabiliti dalla documentazione di bilancio per centri di responsabilità e per funzioni-obiettivo, e determina, in relazione alle risorse assegnate, gli obiettivi di miglioramento, eventualmente indicando progetti speciali e scadenze intermedie». Cosicché anche da tutto il sistema dei controlli disposti dal d.lgs. n. 286/1999 la direttiva campeggia come strumento essenziale sia per la definizione delle rispettive competenze sia ai fini delle responsabilità.

Tanto vero che più volte la Corte dei conti ha osservato che «fino a che il Ministro non abbia provveduto a definire gli obiettivi ed i programmi dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 14 d.lg. n. 29 del 1993, pur non potendosi affermare che sia totalmente interdetta ai dirigenti ogni attività di gestione, sussiste comunque un impedimento alla effettuazione di quelle spese che non derivino da una precostituita destinazione normativa, ma che richiedano per la loro effettuazione una ulteriore specificazione nonché la determinazione di priorità operative»¹¹⁸, e ciò in quanto il testo dell'atto di indirizzo costituisce il necessario quadro di riferimento della gestione e svolge nei confronti dei dirigenti una funzione di alta direzione, di indirizzo e di coordinamento, assicurando al contempo gli strumenti per la verifica della rispondenza dei risultati della gestione alle direttive generali impartite, anche se non può giungere ad una sorta di pregiudizialità della funzione di indirizzo politico rispetto a quella di gestione, poiché ciò attribuirebbe ai Ministri una sorta di potere di «interdizione» nei confronti del concreto esplicarsi delle competenze dei dirigenti, le cui attribuzioni potrebbero essere paralizzate o vanificate attraverso l'omissione degli atti «pregiudiziali» di spettanza politica¹¹⁹.

8. Comunanze e diversità tra indirizzo e “predeterminazione”

L'indirizzo si configura anche come strumento di predeterminazione o prefigurazione (per riprendere la terminologia di Nigro)¹²⁰, figura questa

¹¹⁸ Si v. C. conti, sez. contr., 16 febbraio 1996 n. 35 in *Cons. St.*, 1996, II, 1061; C. conti, sez. contr., 28 luglio 1995 n. 104 in *Foro It.*, 1996, II, 608.

¹¹⁹ Così C. Conti, sez. contr., 28 luglio 1995, n. 104, cit.

¹²⁰ M. Nigro, *Lineamenti generali*, cit., 719 ss., riferendosi però in particolare, ai piani, ai progetti, ai bilanci.

separazione tra politica e amministrazione

che, come è stato dimostrato da una serie di studi¹²¹, è funzionale ad assicurare parità di trattamento, tutela dell'affidamento, certezza del diritto, maggiore trasparenza e soprattutto ad invertere i principi dell'art. 97 Cost. L'esigenza di criteri direttivi e di parametri atti a delimitare la discrezionalità dell'amministrazione onde piegarla in funzione dell'imparzialità e del buon andamento era stata sottolineata molti anni fa anche sulla scorta di indicazioni provenienti dalla dottrina francese che aveva elaborato la nozione di *competence ligotée* ovvero una discrezionalità "regolamentata" in addizione alla legge¹²². Del resto sul punto v'è ormai una consolidata giurisprudenza amministrativa la quale ha sottolineato la funzione di invero dell'imparzialità assicurata dalle forme di predeterminazione dell'azione amministrativa¹²³, predeterminazione praticata a tutti i livelli¹²⁴ e per di più sovente imposta da previsioni legislative a partire dall'art. 12, c. 1, l. n. 241/1990, ai sensi del quale «la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi».

Senonché l'attività di indirizzo, se ha in comune con la cosiddetta predeterminazione l'effetto di contribuire a ridurre la discrezionalità amministrativa, se ne discosta sotto due profili. In primo luogo perché proviene sempre da una autorità diversa da quella titolare del potere provvedimentale, talché, trattandosi di atti di eterolimitazione, non è esatto affermare che la predeterminazione costituisce una compressione della discrezionalità quando in realtà ne costituisce solo un suo anticipato esercizio¹²⁵.

In secondo luogo per la diversità di scopo, in quanto la sua ragione prima è quella di dare corpo alla funzione di guida e controllo dell'amministrazione da parte del governo. La predeterminazione invece può essere ricondotta alla antica formula di R. Von Gneist, secondo cui ciò che l'au-

¹²¹ A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1998; si v. anche M.P. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990 e F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹²² Si v. P. Virga, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 5 ss.

¹²³ Si v. le copiose indicazioni di A. Police, *La predeterminazione*, cit., spec. 63 ss.

¹²⁴ Vi ricorre anche il CSM che racchiude le sue "predeterminazioni" addirittura in un "testo unico": si v. Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5492.

¹²⁵ Si v. in tal senso A. Police, *La predeterminazione*, cit., 62, nota 128.

torità può comandare e vietare per ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo in generale per tutti i casi simili nell'avvenire¹²⁶. La formula era stata poi integrata da Cammeo il quale aveva affermato che tale regola non è applicabile nei casi di potestà puramente esecutive o nei casi in cui la legge esplicitamente o implicitamente prescrive di agire caso per caso¹²⁷. Come noto tale formula era considerata a sua volta il titolo di legittimazione del potere regolamentare fino a quando Zanobini non dimostrò l'esigenza di una copertura legislativa¹²⁸.

Nel caso degli atti di indirizzo non siamo di fronte ad una limitazione della propria discrezionalità perché questa è stata invece dalla legge attribuita agli organi burocratici, bensì ad un confinamento della discrezionalità di quest'ultimi da parte degli organi politici in virtù del principio per cui è ad essi che compete svolgere la funzione di guida e di controllo. Infatti lo scopo primario e costituzionalmente obbligatorio è quello di perseguire gli obiettivi stabiliti dagli organi politici, a loro volta frutto di valutazioni discrezionali onde assicurare il necessario e vitale *continuum* tra governo e amministrazione. Il che, tra l'altro, conferma ancora una volta, se pur non manchino fattori di erosione, come la discrezionalità anche nella sua forma pura costituisca una invariante di cui la disciplina dell'attività amministrativa non può fare a meno. Sono perciò sempre attuali le riflessioni di Nigro quando scriveva che la «discrezionalità amministrativa, sempre in crisi e sempre criticata, si ripropone d'altronde nuovamente ogni giorno come lo strumento più adatto a commisurare elasticamente l'azione statale agli scopi che essa di prefigge, scopi che, nella loro molteplicità e imperiosità, sembrano essere il centro di gravità del nuovo stato»¹²⁹.

¹²⁶ R. Von Gneist, *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, (trad. it.), in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretto da A. Brunialti, III, Torino, UTET.

¹²⁷ F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, diretto da V.E. Orlando, Milano, Società editrice libraria, 1901, 128, il quale a sua volta si rifaceva al pensiero del suo Maestro A. Codacci Pisanelli, *Legge e regolamento*, (1888), in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 33. Il pensiero di Cammeo è ricostruito da A. Pizzorusso, *Il potere regolamentare in Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, n. 22, 403 ss.

¹²⁸ Cfr. *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare (1922)*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 145 ss. con ampi richiami alla questione, tra cui (si v. nota 2) il rilievo invero sommerso verso chi aveva ritenuto di rifarsi ad una vecchia frase di Gneist.

¹²⁹ Si v. M. Nigro *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa come problema politico* in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 871.

9. Tipologia e natura degli atti di indirizzo

Ma in cosa consistono gli atti di indirizzo e quale è il loro regime?

È possibile – e lo stesso art. 42, t.u. enti loc. lo conferma – che gli atti di indirizzo siano dotati di una tipizzazione legislativa come ad esempio, a livello locale, i piani urbanistici o a livello regionale i piani delle attività estrattive o dei rifiuti. Di conseguenza saranno soggetti al regime dettato dalla legge, di solito compendiantesi in un combinato di atto normativo, come tale gerarchicamente sovraordinato agli atti gestione, e di atto amministrativo generale che a sua volta può essere strutturato come avente carattere precettivo, e pertanto da osservare in sede di atto di gestione secondo le prescrizioni poste dalla legge. Può anche essere che la legge vada a configurarlo come atto di indirizzo *tout court*¹³⁰ e dunque dotato della natura che andremo subito a rimarcare. Gli atti di indirizzo non tipizzati dalla legge, come invece lo sono gli atti normativi (art. 4, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 165/2011) o la individuazione delle risorse e loro ripartizione (art. 4, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 165/2001) o le nomine (art. 4, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 165/2011), sono riconducibili alla nota e tradizionale categoria delle direttive, come del resto è ricavabile anche da numerosi dati letterali¹³¹ (si v. ad es., art. 4, c. 1, lett. b) e art. 14, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 165/2001).

Cosicché ci si imbatte in una tra le figure più controverse e dibattute

¹³⁰ Si v. ad esempio, art. 88, l. rg. Toscana, 19 novembre 2014, n. 65, secondo cui il piano di indirizzo territoriale (PIT), oltre a prescrizioni “conformative” contiene direttive e indirizzi; analogamente l’art. 90, stessa legge, il quale prevede che il piano territoriale di coordinamento (PTC) deve individuare le “strategie” di tutela attiva del patrimonio territoriale, anch’esse prive di effetti conformativi.

¹³¹ Da precisare che talvolta gli atti di indirizzo possono essere etichettati come linee guida secondo una terminologia da ultimo invalsa, peraltro di solito con riguardo a prescrizioni e raccomandazioni di ordine tecnico specie nei settori della sanità, dei trasporti, delle costruzioni, della tutela dell’ambiente, della produzione alimentare, della circolazione stradale, della sicurezza sul lavoro etc. (si v. sul punto lo studio di V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016, e ivi numerose indicazioni). È necessario un distinguo: laddove si tratti di linee guida previste dalla legge e da questa abbiano ricevuto un regime tipico che può essere ascritto a quello di regolamenti o di atti amministrativi generali siamo al di fuori della categoria degli atti di indirizzo oggetto delle presenti riflessioni. Se invece le linee guida si caratterizzano o in virtù della stessa scelta del legislatore o perché titolate esclusivamente dall’attribuzione di un potere generale di indirizzo senza specificazione ulteriore per il loro carattere orientativo o di indicazione di obiettivi o di raccomandazioni, allora vanno ascritte alla categoria delle direttive. Sul punto con riferimento alle linee guida non vincolanti di ANAC ci permettiamo di rinviare a G. Morbidelli, *Le linee guida dell’Anac: comandi o consigli*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss., nonché a M. Manetti, *Le fonti senza forma e presunto soft law con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in *Diritto costituzionale, Fonti del diritto*, I, 2019, 55 ss.

del diritto amministrativo: è infatti stata definita: «nozione tra le meno limpide del nostro ordinamento»¹³². E che sia una nozione contrastata sia nella struttura che negli effetti, lo conferma il fatto che uno dei più profondi studiosi del tema (e non solo) ha concluso nel senso che il termine direttiva non corrisponde «ad una categoria dogmaticamente decantata»¹³³. Questo perché si disquisisce se la direttiva debba dettare solo principi, metodi ed obiettivi o assumere anche carattere dettagliato e puntuale e dunque direttamente prescrittivo, come pure si discute se abbia efficacia vincolante o se è derogabile previa adeguata motivazione, o se deve riguardare i singoli atti oppure solo il complesso dell'attività del destinatario, né mancano tesi intermedie¹³⁴. Va tuttavia tenuto presente che il dibattito in punto di effetti delle direttive amministrative ha di solito avuto prima come punto di riferimento le direttive ministeriali rivolte agli enti di gestione, che di necessità incontravano il limite del carattere imprenditoriale di tali enti¹³⁵, e poi quelle dello Stato alle regioni nell'ambito della funzioni di indirizzo e coordinamento dell'art. 17, l. 16 maggio 1970, n. 281¹³⁶; situazioni entrambe non accostabili alle direttive emanate nei confronti di soggetti inseriti nello stesso plesso organizzativo. Fatto è che non è perseguibile una soluzione buona per tutte

¹³² Così R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1986, 10.

¹³³ F. Merusi, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 275 ss.

¹³⁴ Il dibattito è ricostruito esaurientemente da G. Sciuillo, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993: si vedano altresì tra gli studi più significativi (oltre agli scritti che verranno indicati nella nota che segue) S. D'Albergo, *Direttiva*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 609 ss.; G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1969; L. Carlassarre *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974; E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988; M. Clarich, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *D. disc. pubbl.*, V, Torino, UTET, 1990, 98 ss.; E. Catelani, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, cit., tutti con ampie indicazioni bibliografiche; si v. altresì da ultimo le riflessioni di M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo. Annuario Associazione italiana Professori Diritto amministrativo 2015*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, spec. 228 ss.

¹³⁵ Si vedano in particolare gli studi di V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959; G. Treves, *La direzione delle imprese con capitale statale*, in *Il diritto dell'economia*, 1959, 674; G. Guarino, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 56 ss.; F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965; Id., *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, cit.; F. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1967; G. Amato, *Nuove tendenze alla formazione degli atti governativi di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 92.

¹³⁶ Su cui riassuntivamente *Stato e regioni. La funzione di indirizzo e coordinamento*, a cura di L. Torchia, Roma, La Nuova Italiana Scientifica, 1990, e G. Sciuillo, *Indirizzo e coordinamento*, in *D. disc. pubbl.*, XIII, Torino, UTET, 1993, 228 ss.

le fattispecie di direttiva, nel senso che non è possibile dare luogo ad una definizione univoca del regime giuridico della direttiva. Occorre infatti riferirsi allo specifico diritto positivo, alla struttura e formulazione della direttiva nonché alla tipologia del rapporto che lega l'autore della direttiva con il destinatario¹³⁷. Si può comunque affermare che in carenza di disposizioni contrarie nella legge, e per di più a fronte di una normativa che reiteratamente impiega il termine indirizzo o direttive e le contrappone al termine gestione e che è funzionale ad assicurare, pur nella separazione di competenze, la strumentalità delle funzioni del governo, le direttive sono da ritenersi obbligatorie, salvo tuttavia adeguata motivazione e ciò secondo il criterio a suo tempo tracciato da Bachelet¹³⁸ e che viene definito dell'obbligo condizionato sulla scorta della terminologia impiegata da Bobbio¹³⁹. Si tratta di un risultato cui del resto giunge la prevalente dottrina¹⁴⁰, perlomeno con riguardo a quelle direttive che vengono qualificate come "direttive della discrezionalità" rifacendosi alla nozione elaborata dalla dottrina tedesca di *Ermessensrichtlinien*, anche se talvolta la clausola dell'obbligo condizionato viene limitata agli atti e non all'attività complessiva: ma questo, invero, dipende dalla strutturazione specifica della direttiva. Vale aggiungere che anche l'autore dello studio tut-

¹³⁷ Si v. in tal senso oltre a F. Merusi, *Il problema delle direttive*, cit., G. Amato, *L'indirizzo governativo nei confronti degli enti di gestione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 530-531, L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, cit., 182.

¹³⁸ V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, 48 il quale traeva spunto dalla nozione che S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1947, 84 aveva dato delle norme direttive.

¹³⁹ N. Bobbio *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1960, 71.

¹⁴⁰ Si v. per tutti Nigro, *Lineamenti generali*, cit., 702: «si può in generale affermare che l'atto di indirizzo esercita sempre un'azione di influenza nel senso che i soggetti che ne sono destinatari non possono ignorarne l'esistenza e debbono tenerne conto nelle proprie valutazioni: questa influenza non è sempre la stessa ma si diversifica a seconda delle caratteristiche della direttiva e anche delle indicazioni che provengono dalla legge, si concorda comunque ritenere che l'indirizzo non obbliga il destinatario all'osservanza di esso ma solo a giustificare il comportamento difforme». Da precisare che non manca chi sostiene invece gli effetti vincolanti delle direttive: tra di essi in particolare A. Predieri, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1991; Id., *Il Consiglio Supremo di difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in Aa.Vv., *Raccolta di scritti sulla Costituzione*, III, *Studi sulla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1958, 231 ss. Invero non è che non ci siano ipotesi di direttive vincolanti ma ciò avviene quando è la legge a disporre in tal senso (si v. i dati normativi elencati da G. Scialoja, *La direttiva*, cit., 162, nota 10): ma in tal caso esse non possono che essere qualificate come regolamenti (si v. G. Morbidelli, *Le linee guida*, cit.) o atti amministrativi generali dotati di efficacia precettiva. In assenza di tali previsioni che appunto mutano la natura delle direttive, queste non possono essere del tutto vincolanti per non elidere la, del pari altrettanto costituzionalmente necessaria, discrezionalità degli organi burocratici (si v. più avanti §9).

tora più completo e sistematico in tema di direttive, se prima ha contestato la tesi dell'efficacia condizionata sostenendo che l'ordine delle competenze o delle attribuzioni stabilite dalle norme impedirebbero di ritenere il vincolo prodotto sottoposto alla condizione risolutiva del "motivo plausibile", di talché la figura presenta «in linea di principio» carattere cogente, «in virtù della previsione» *ex lege* o quanto meno dei rapporti (o funzioni) cui essa dà espressione¹⁴¹ di poi giunge a concludere che, ricorrendo talune condizioni, la direttiva può e deve essere disattesa dal destinatario, o per la stessa struttura a valenza aperta della direttiva o per la «particolarità» del singolo caso, oppure anche per «motivi di interesse generale». In tal caso – prosegue l'Autore – si ritiene non solo possibile, ma doveroso che la direttiva non venga seguita: il che è in fondo il portato della stessa essenza del potere discrezionale, il quale impone di necessità che la direttiva venga sempre letta alla luce del caso di specie e dunque con la lente della valutazione ponderata di tutti gli interessi coinvolti che viene di necessità acquisita in sede gestionale in tale sede dovendosi fare applicazione del principio della «completezza istruttoria»¹⁴².

Naturalmente onde valutare la cogenza e di rimando lo spazio lasciato aperto al destinatario della direttiva, si dovrà di necessità vedere volta per volta come le direttive sono strutturate e confezionate anche da un punto di vista lessicale. L'atto di indirizzo, come del resto dimostra la prassi, può difatti esprimersi attraverso decaloghi di varia natura che si compendiano in criteri, finalità, mezzi da impiegare, priorità, modalità, etc. (si v. anche lo stesso art. 4, c. 1, d.lgs. n. 165/2001), il tutto secondo una scala di intensità di spessore di indicazioni, che vanno dal tono discorsivo che si traduce in meri suggerimenti se non talvolta in mere riflessioni alla fissazione di obiettivi, dalla determinazione di standards e criteri fino alla dettatura di vere e proprie prescrizioni. Per quanto concerne la direttiva annuale dei Ministri va ricordato che vi è a monte una «direttiva sulla direttiva»¹⁴³. È tale quella del Presidente del Consiglio dei ministri che detta «indirizzi per la predisposizione della direttiva generale dei Ministri sull'attività amministrativa e sulla gestione», volta a stabilire sia i criteri volti a orientare la «fase ascendente» di elaborazione delle direttive generali annuali dei ministri, con particolare riguardo ai connessi profili generali di organizzazione e metodo amministrativi, nonché ad alcuni contenuti essenziali che dovranno caratterizzare la direttiva generale di ciascun ministro, sia linee guida sulla struttura delle direttive generali

¹⁴¹ G. Sciullo, *La direttiva*, cit. 165.

¹⁴² Ancora, *Id.*, *op. cit.*, 168.

¹⁴³ Così E. Catelani, *Direttiva (dir. amm.)* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, III, cit., 1856.

separazione tra politica e amministrazione

annuali dei ministri che hanno da caratterizzarsi come documenti di natura prescrittiva, in cui si stabiliscano obiettivi generali e di dettaglio, tempi, meccanismi di monitoraggio e misurazione del grado di realizzazione degli obiettivi e delle connesse responsabilità. E il grado di “prescrittività” sarà diverso di volta in volta a seconda della normativa di settore, delle circostanze, della disponibilità di risorse: in sostanza è rimesso alla stessa discrezionalità dell’organo di governo fino a che punto dettagliare i propri obiettivi e relativi percorsi. Vi potranno essere poi direttive non generali ma specifiche, il che è ricorrente soprattutto a livello regionale e locale. Ma non solo: le tante linee guida (non aventi natura regolamentare) che via via vengono adottate ne sono un esempio tipico¹⁴⁴. Da precisare poi che sovente le direttive si celano sotto varie intitolazioni quali criteri, determinazioni, standards, schema tipo¹⁴⁵. Certo è che la discrezionalità in sede di azione dirigenziale sarà erosa nella misura massima ove le direttive siano formulate in maniera “precettiva”, fermo restando che in ogni caso la discrezionalità attribuita dalla legge non può mai essere consumata del tutto. Ciò significa che la strutturazione delle direttive ha un limite nel senso che esse non possono tradursi in atti di gestione sì da annullare ogni discrezionalità del funzionario. Difatti se l’indirizzo consumasse *in toto* la discrezionalità saremmo di fronte ad un ordine, cioè ad un’espressione di potere gerarchico che invece proprio la separazione tra politica e amministrazione vuole evitare in quanto altrimenti tutto sarebbe accentrato all’organo politico¹⁴⁶ (tanto che l’art. 114, c. 3, d.lgs. n. 165/2001 sottrae al ministro i tradizionali poteri gerarchici nei confronti dei provvedimenti dei dirigenti). In altri termini una quota di discrezionalità in testa ai dirigenti è del pari costituzionalmente necessaria, come controlimito

¹⁴⁴ Ma si v. anche, tra le tante, la delibera interministeriale con cui sono state dettate disposizioni in ordine agli organi dell’Istituto italiano di tecnologia (IIT), e più precisamente per disciplinare provvisoriamente l’attività della fondazione indicando gli organi e la loro composizione, su cui C. Conti, sez. contr., 27 maggio 2004, n. 4, o l’atto di indirizzo 13 maggio 1998 del Ministro per le comunicazioni riguardante «gli adempimenti dell’amministrazione in occasione della dismissione di frequenze radiotelevisive».

¹⁴⁵ Una serie di esemplificazioni in G. Sciuillo, *La direttiva*, cit., 145

¹⁴⁶ Si v. F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell’imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 57 ss. Ma vedasi per analoghe considerazioni lo studio di F. Ledda, *L’attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni Ottanta*. Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna 20-22 settembre 1984, Milano, Giuffrè, 1987, 133 ss. Nel senso che «un atto di indirizzo – qual è la direttiva – non possa trasmodare in ordine, sì da assumere carattere imperativo in materia di concrete scelte gestionali», si è del resto pronunciata più volte in sede di controllo la Corte dei Conti: v. ad es., C. Conti, sez. contr. Friuli-Venezia Giulia, 28 gennaio 2000, n. 1.

agli eventuali abusi della politica (altro ruolo di controlimita è poi dato dalla previsione legislativa secondo cui le direttive vengono elaborate sulla base delle proposte dei dirigenti: si v. art. 14, c. 1, d.lgs. n. 165/2001). Ed infatti la gestione si inverte per il tramite del procedimento amministrativo, il quale ha proprio lo scopo di accertare oltre ai fatti tutti i vari interessi che confluiscono nel procedimento finale. L'acquisizione di tali interessi, la loro selezione, la loro valutazione comparativa sono tutte attività esclusive ed essenziali del procedimento che si conclude con la decisione di gestione. La immancabile dissociazione tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto è appunto riempita attraverso il procedimento. Sicché se l'atto di indirizzo consumasse *in toto* la discrezionalità del provvedimento finale renderebbe inutile il procedimento e con esso le garanzie del contraddittorio e della istruttoria adeguata: in tal caso infatti non sarebbe più un atto di indirizzo¹⁴⁷.

10. Le componenti (discrezionali e non) dell'atto di indirizzo

Siamo pertanto di fronte a due discrezionalità che hanno caratteristiche diverse. Quella dell'atto di gestione è la discrezionalità secondo la nozione classica che si misura sul fatto e comunque sulla valutazione specifica dei vari interessi in campo. La gestione è azione concreta: è cioè traduzione della previsione di un interesse astratto in soddisfazione di un interesse concreto. A tal fine si deve tener conto che solo attraverso una disamina *in corpore vili* si possono individuare e misurare tutti gli interessi coinvolti, e che ogni atto di gestione va collocato ad una specifica situazione e quindi di luogo, di circostanze, di tempo, di soggetti e di interessi emergenti. D'altra parte appartiene all'essenza del pubblico interesse il non essere determinato ed assumere un contenuto variabile in relazione alle diverse situazioni di fatto da determinarsi solo progressivamente attraverso la più completa istruzione dell'affare e il diverso atteggiarsi di centri di riferimento di interessi e attorno a cui si dipana la decisione amministrativa¹⁴⁸. Tanto che – come si è visto – l'atto di gestione può giungere a conclusioni divergenti da quelle prospettate nell'atto di indirizzo ove ne vengano ravvisate e motivate le ragioni¹⁴⁹: e per l'ap-

¹⁴⁷ Si v. in tal senso, TAR Veneto, III, 25 febbraio 2002, n. 2393, basandosi sul fatto che, nella specie, l'atto produceva conseguenze immediate nei confronti di destinatari determinati.

¹⁴⁸ Si v. in proposito gli insegnamenti, ancora attuali, di F. Levi, *Attività conoscitiva*, cit., 336 ss., il quale giungeva a rilevare la illegittimità di eventuali previsioni (anche regolamentari) che escludessero una "rivalutazione" in concreto di quanto statuito preventivamente in astratto.

¹⁴⁹ Si v. ancora, G. Sciuolo, *La direttiva*, cit. Nel senso che, attesa la conoscenza di neces-

punto questo eventuale risultato è il frutto di una specifica e discrezionale valutazione del caso di specie caratterizzato da una ponderazione nella quale si deve altresì tener conto dei criteri stabiliti in sede di indirizzo. Il che, se da un lato in via di fatto riduce la discrezionalità, attesi gli effetti delle direttive che in altra sede ho definito «esistenziali»¹⁵⁰ (mentre altri li hanno definiti «vincoli particolarmente stringenti»)¹⁵¹, dall'altro è suscettibile di esaltarla in quanto è possibile sempre disattendere l'atto di indirizzo ove non coerente e pertanto non compatibile con il caso di specie. Del resto – come ebbe ad osservare F. Bassi – ciò non significa affatto che la direttiva e con essa la regola che detta sia in sé inopportuna o errata, ma piuttosto significa che la fattispecie concreta che si presenta all'operatore giuridico possiede elementi di novità o di particolarità rispetto alle fattispecie per la cui disciplina si era venuta formando la regola al presente disattesa¹⁵².

L'atto di indirizzo ha invece caratteristiche diverse. La *prima* differenza sta nel fatto che esso, attesa la sua funzione di orientamento, ha fisiologicamente anche una componente interpretativa e dunque non è *in toto* espressione di discrezionalità perché, contrariamente a quanto è stato ritenuto, soprattutto presso la dottrina di lingua tedesca e in particolare la scuola di Vienna, la discrezionalità non può tradursi in attività interpretativa, dato che quest'ultima non si atteggia come un potere di scelta del soggetto agente tra più soluzioni tutte egualmente possibili e meno che mai si caratterizza per una valutazione comparativa di interessi¹⁵³. Del resto, sia la dottrina che la giurisprudenza adottano sovente la nozione di «direttiva interpretativa» (e lo stesso art. 4, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 165/2001 prevede «atti di indirizzo interpretativo») onde evidenziare un *genus* di direttive (e anche di un segmento di direttiva) che né incide sulla discrezionalità né è espressione di discrezionalità in quanto non è frutto di valutazione di opportunità ma di attività ermeneutica¹⁵⁴. Sotto questo profilo la direttiva non è soggetta al regime dell'obbligo condizionale che presuppone esercizio di discrezionalità,

sità ipotetica nella fase prefigurativa, la valutazione specifica dei fatti tanto più nelle fattispecie disegnate ad ampia discrezionalità, possa rovesciare la determinazione assunta in sede di atti di indirizzo che viene ad essere così «sopraffatta» dalla «forza soverchiante» del caso concreto, si v. altresì da ultimo E.N. Fragale, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?*, in *Dir. pubbl.*, 2018, spec. 859 ss.

¹⁵⁰ G. Morbidelli, *Le linee guida*, cit., 316 ss.

¹⁵¹ M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 53 ss.

¹⁵² *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963, 277-278.

¹⁵³ G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., 318 ss., ma si v. anche R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 61 ss.

¹⁵⁴ Si v. G. Sciallo, *La direttiva*, cit., 152.

ma al regime delle circolari la cui interpretazione è vincolante all'interno della stessa struttura organizzativa¹⁵⁵ a meno che il destinatario ritenga trattarsi di interpretazione *contra legem*¹⁵⁶, così come del resto sono state ritenute vincolanti le direttive interpretative nel quadro della delega di funzioni amministrative statali alle regioni¹⁵⁷. È vero che una componente interpretativa, e dunque un momento intellettuale è presente pure a livello di gestione (ed anzi in tale sede il percorso ermeneutico investirà anche l'atto di indirizzo): ma la differenza sta nel fatto che qui la interpretazione ha una efficacia che non si limita ad un singolo episodio di amministrazione, ma si proietta verso tutti gli episodi oggetto di gestione da parte degli uffici subordinati.

Da aggiungere poi che la componente interpretativa può andare oltre la mera esegesi del significato della legge e giunge ad assumere connotati tipici della discrezionalità. Ciò sotto due profili. È più che risaputo che la discrezionalità si esprime e si risolve nello spazio deliberativo di cui dispone l'amministrazione o meglio che la legge assegna all'amministrazione. Spazio che a sua volta viene sovente assegnato attraverso il ricorso a concetti indeterminati o imprecisi riconducibili a interessi da perseguire¹⁵⁸. La tipologia di tali concetti e corrispettivi interessi è variegatissima. È possibile distinguere tra interessi aventi un elevato grado di astrattezza e di genericità e interessi invece più puntuali e a maggior grado di determinatezza. Nella prima categoria possiamo ricondurre ad es. l'interesse pubblico, l'ordine pubblico, la pubblica utilità, l'urgenza, i motivi di interesse generale, la moralità. Nella seconda, anche se con gradazioni diverse di determinatezza, possiamo ricomprendere, tra gli altri, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la protezione sociale dei lavoratori, la tutela dei consumatori, quella dei destinatari dei servizi (questa elencazione è tratta dall'art. 8, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della direttiva 2006/123/Ce che elenca i «motivi imperativi di interesse generale» cui può essere subordinato l'esercizio di una serie di attività di servizi). Questi ultimi («concetti indeterminati tecnici») sono identificabili attraverso valutazioni di ordine tecnico o comunque circoscrivibili attraverso direttive tecniche (termine un tempo ricorrente, oggi per lo più sostituito con il termine «linee guida»), nelle quali è assente la valutazione di interesse

¹⁵⁵ Si v. per tutti F. Bassi, *Circolari amministrative*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, UTET, 1989, 57.

¹⁵⁶ A. Ruggeri, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1758.

¹⁵⁷ Cfr. C. cost., 16 ottobre 1990, n. 466, nel senso del carattere interpretativo della direttiva "IPAB" cfr. L. Ferrara, *La natura giuridica delle IPAB tra ricognizione, interpretazione e normazione*, in *Le Regioni*, 1991, 1551.

¹⁵⁸ Cfr. sul punto ampiamente F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., 327 ss.

separazione tra politica e amministrazione

pubblico. I concetti della prima categoria (concetti indeterminati non tecnici) si prestano invece ad essere oggetto di una componente interpretativa attraverso cui riempire di contenuto il concetto indeterminato, tanto più che si tratta di nozioni modulabili a seconda delle materie affidate alle cure degli uffici. È evidente, ad esempio, che la nozione di pericolosità o di moralità pubblica si legge diversamente a seconda del settore di riferimento: un conto infatti è il concetto di pericolosità o di moralità nelle scuole elementari, un altro nelle università, un altro nei set cinematografici e televisivi. Interpretazione cioè intesa non tanto come operazione ermeneutica volta ad individuare il significato di un testo normativo bensì di operazione volta ad individuare, sulla base della prassi, della esperienza, delle specifiche situazioni da regolare, i fatti sussumibili nel concetto indeterminato. In altre parole “l'estrazione” del significato proprio del concetto indeterminato con riferimento a specifiche situazioni attuali o prospettiche e ricavata attraverso l'impiego delle regole extragiuridiche su cui tanto si è discettato (si v. retro § 1), altro non è che una operazione ermeneutica intesa come individuazione del significato del termine impiegato dalla legge con riguardo allo specifico settore oggetto di regolazione su cui si sovrappone la valutazione comparativa e quindi il precipitato di tale valutazione che si esprime nel *decisum*. E se è vero – come osservava Piras – che «norme o regole sociali o di esperienza possono essere anche formulate in modo infinito»¹⁵⁹, è anche vero che è indispensabile giungere ad un punto fermo. Al che del resto conducono le basilari esigenze di certezza, di trasparenza, di imparzialità senza le quali ogni iniziativa pubblica o privata si spenge o si fa precaria¹⁶⁰. Ciò è anche in sintonia con il principio tracciato dall'art. 5, c. 2, l. n. 400/1988, dove si attribuisce al Presidente del Consiglio il compito di adottare le direttive «per assicurare l'imparzialità, il buon andamento e l'efficienza degli uffici pubblici», principio che può esser esteso alle direttive di tutte le componenti governative. Le esigenze sopra menzionate sono ancora più rilevanti e di largo impiego, atteso da un lato che anche nei concetti indeterminati non ascrivibili *ex se* alla categoria dei concetti tecnici non mancano tracce di tecnicità (ad es. nell'urgenza), e dall'altro che la distinzione tra valutazione tecnica e valutazione politica, chiara sul piano concettuale, risulta in concreto assai sfuggente a causa dell'intima connessione che spesso esiste nei fatti tra scelta tecnica e scelta politica dell'amministrazione (si v. retro § 4). Da tener presente poi che non di rado deve essere “pesato” il grado cioè l'intensità

¹⁵⁹ A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 82.

¹⁶⁰ Tale profilo è sottolineato particolarmente da F. Levi, *L'attività conoscitiva*, cit., 356 ss. e da S. Cognetti, *Profili*, cit., spec. 210.

dell'interesse da tutelare (es., il grado di pericolosità per l'ordine pubblico): il che conferma che non sono certo inutili indicazioni e parametri tratti dalla esperienza e dalle regole sociali ma anche da criteri standard rinvenibili nella giurisprudenza amministrativa. Né questo si pone in contrasto con l'antinomia tra discrezionalità e interpretazione: qui infatti ci si limita a canonizzare criteri tratti dall'esperienza, dalle acquisizioni giurisprudenziali, da studi e ricerche, al fine di rendere più trasparente e nello stesso tempo meno soggettiva possibile l'azione amministrativa. Canonizzazione del resto in continuo divenire attesa la continua evoluzione delle esperienze e del sentire sociale¹⁶¹, il che appunto rende ancor più necessario l'apprestamento di atti di indirizzo e la loro "manutenzione" anche perché l'individuazione nell'ordinamento del perimetro di tali nozioni è in linea con la responsabilità politica del Governo, ma anche con il principio di eguaglianza, con il principio di imparzialità, con quello di buon andamento: si è già avuto modo di rilevare come il prefissare i presupposti dell'azione futura o meglio il delineare la base conoscitiva e i criteri di metodo su cui impostare il "da farsi" inveri le garanzie estraibili dall'art. 97¹⁶². Per di più il fatto che in assenza di una regolamentazione esaustiva in materia, ove l'autorità pubblica vada a dettare in modo sufficientemente analitico quei parametri e quei criteri razionali ed oggettivi fondati sull'esperienza comune, volti, per quanto è possibile, a circoscrivere in maniera adeguata il concetto indeterminato attraverso un giudizio intellettuale diverso dal giudizio valoriale sull'interesse da curare in comparazione con gli altri, si risolve in un elemento di semplificazione e speditezza ma anche di certezza dell'azione amministrativa.

Ma c'è una seconda notazione che va a caratterizzare il cuore della discrezionalità dell'atto di indirizzo. La discrezionalità è scelta "politica", come già ricordato e come ripetuto continuamente dalla dottrina¹⁶³; anzi la determinante politica in sede di uso del potere discrezionale non solo è presente ma *deve* esser presente¹⁶⁴, ma è ancora più politica laddove il soggetto sia un organo politico. Come si è avuto modo di notare fino dalle pagine introduttive, la ponderazione comparativa tra i vari interessi pubblici e privati, salvo i casi in cui già la legge introduca dei criteri di priorità, non

¹⁶¹ Si v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 57, che rileva come tali valutazioni possono dipendere anche dall'orientamento culturale, da fattori ambientali, dal gusto dominante del periodo.

¹⁶² Si v. sul punto ancora le elaborate riflessioni di E. Cognetti, *Profili*, spec. 277 ss.

¹⁶³ Da ultimo G. Gardini, *La dirigenza pubblica in cerca di identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 183: «la discrezionalità amministrativa è istituzionalmente un veicolo di scelte politiche».

¹⁶⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 54.

separazione tra politica e amministrazione

è assistita da criteri attraverso cui gerarchizzare i molteplici interessi pubblici che gravitano sulle scelte amministrative. È infatti acquisito che non si possa più ritenere, salvo casi sporadici, che la legge assegni al provvedimento una finalizzazione verso un interesse pubblico specifico¹⁶⁵, e per di più alla pluralità di interessi pubblici coinvolti nella fattispecie sono soliti accompagnarsi interessi privati non privi di rilevanza pubblica (es.: risparmio energetico, cultura, produzione industriale e agricola, sviluppo occupazionale, ecc.). Ne deriva che lo scopo primario dell'atto di indirizzo è quello di individuare e poi gerarchizzare la panoplia di interessi gravanti sulla fattispecie alla luce di un disegno strategico e a lungo campo: poiché questa è una scelta di natura "politica", è logico che non sia demandata agli uffici burocratici anche se poi, di fronte al caso di specie, la graduazione può rivelarsi cedevole. Anzi, l'atto di indirizzo, attesa la carica di rappresentatività democratica espressa dall'organo politico, è la sede naturale della determinazione della scala di priorità tra i vari interessi di cui si desume la presenza.

In terzo luogo la direttiva è suscettibile di tradursi anche in indicazioni circa i criteri e i percorsi di ordine istruttorio organizzativo attraverso cui tra l'altro "decifrare" in concreto l'*ubi consistam* e la rilevanza dei concetti indeterminati nonché, fermi restando gli obblighi di legge, dettare le linee dell'istruttoria da seguire (anche al fine di dar luogo a eventuali indagini di ordine tecnico), senza peraltro mai poter pervenire ad elidere il principio della libertà di acquisizione dei dati come del resto si ricava dall'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990, ai sensi del quale «il responsabile del procedimento accerta d'ufficio i fatti disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari» e «può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali»: ne deriva che in tale circostanza l'atto di indirizzo costituisce espressione della c.d. discrezionalità organizzativa¹⁶⁶ che è da ritenersi coesistente all'esercizio dell'attività, e la cui sede più propria è da ravvisare nella direttiva che appunto attraverso la sua declinazione organizzativa guida dall'esterno il percorso logico della discrezionalità "finale".

Ma oltre a caratterizzarsi per la presenza di una componente interpretativa con effetti generali (verso l'organizzazione sottordinata), per la delimitazione di criteri attraverso cui decifrare i concetti indeterminati cui la

¹⁶⁵ In tal senso per tutti S. Cassese, *L'opera di Massimo Severo Giannini negli anni Trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, 419 ss.

¹⁶⁶ Terzo tipo di discrezionalità (in realtà quarto, se si considera la "discrezionalità mista") secondo D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2000, 237; ID., *Promemoria*, cit.: in essa vi si riconducono quelle scelte che non attengono alla decisione finale ma alle scelte soprattutto in tema di impiego e destinazioni di risorse e di percorso istruttorio propedeutiche al provvedimento.

legge faccia eventuale riferimento, per la componente dedicata alla gerarchizzazione degli interessi, per la presenza di criteri e metodi organizzativi, la differenza principale sta nelle caratteristiche della valutazione discrezionale: l'atto di indirizzo ha dietro di sé una valutazione dei fatti e delle circostanze che caratterizzano o possono caratterizzare la materia, tutti però valutati *ex ante* in via prognostica senza un'indagine e un riscontro sul fatto specifico oggetto di amministrazione.

Se dunque è indubbiamente una manifestazione di discrezionalità, questa però è una discrezionalità che guarda lontano e innervata da un disegno strategico. Mentre la discrezionalità in sede di gestione richiede una serie di operazioni conoscitive o istruttorie nonché una attenta valutazione delle concrete esigenze pubbliche, nonché degli interessi privati contrapposti in ragione di tutta una serie ampia, complessa e mutevole di fattori che vengono rilevati ai fini della determinazione finale, tramite la partecipazione procedimentale e il ricorso al principio inquisitorio. In tal maniera la elevata discrezionalità nell'atto di indirizzo viene ripercorsa e scrutinata attraverso il ragguaglio con il caso di specie, sicché in tal maniera viene dequotato il tasso stesso di discrezionalità dell'atto di indirizzo, consentendone uno scrutinio mirato e specifico, al di là dello schermo di formulazioni astratte ed asettiche.

11. La tutela giurisdizionale rafforzata grazie alla interposizione dell'atto di indirizzo

La conseguenza è che la discrezionalità della direttiva, a prescindere dalla immediata lesività (che di solito non è riscontrabile anche se sono prospettabili eccezioni, specie con riguardo agli atti di indirizzo di enti locali)¹⁶⁷, si presta meno al sindacato giurisdizionale, il quale certamente potrà sì indagarne la ragionevolezza e in genere la coerenza con i principi e dunque

¹⁶⁷ Si v. il caso deciso da TAR Sicilia, Sez. I, Catania, 9 gennaio 2017, n. 18, in cui dopo avere premesso che il c.d. "atto di indirizzo" è generalmente inidoneo a modificare, in via immediata, la situazione giuridica dei destinatari finali, ponendo soltanto dei vincoli all'organo competente a provvedere, senz'altro rilevanti in ordine alla valutazione giudiziale del successivo esercizio del potere, ma — di norma — non tali da produrre lesioni dirette per le quali possa predicarsi l'onere dell'immediata impugnazione, aggiunge che «non può, tuttavia escludersi che, ove la particolare natura delle prescrizioni e delle modalità d'azione prefigurate siano così delineate da rendere immediatamente percepibile l'effetto lesivo poi concretamente generato dall'atto attuativo, l'atto di indirizzo può, esso stesso, porsi come fonte direttamente lesiva e può radicare un interesse giuridicamente rilevante» (nella specie l'atto di indirizzo giungeva ad individuare l'area per il centro di raccolta di rifiuti urbani e dunque era dotato di capacità conformativa della successiva attività): si v. comunque per una

separazione tra politica e amministrazione

la attendibilità dei criteri direttivi e del percorso logico che li sorregge, ma non potrà far leva sulla dissonanza rispetto al caso concreto, che è invece quello che costituisce il terreno di elezione per verificare la proporzionalità e l'adeguatezza della scelta. Nello stesso tempo però la direttiva fa trasparire le scelte "politiche" di fondo, tra cui *in primis* la gerarchizzazione di interessi e la perimetrazione dei concetti indeterminati, sicché contribuisce ad una rilevazione più chiara delle ragioni sottese alle scelte finali in sede di atto di gestione.

In altri termini l'atto di indirizzo è da un lato sì espressione della separazione tra politica e amministrazione, ma dall'altro costituisce un indice rilevatore del peso politico che comunque incombe sull'amministrazione. Di talché sarà possibile scrutinare con maggiore evidenza l'uso distorto (ovvero per ragioni politiche "non nobili") di tale potere. Di qui un'ulteriore ragione per considerare gli atti di indirizzo costituzionalmente necessari in quanto costituiscono strumento di trasparenza e, nello stesso tempo, di freno in virtù proprio di detta trasparenza verso i c.d. abusi della politica. Per di più le indicazioni di cui all'atto di indirizzo, ove recepite, potranno essere sindacate proprio attraverso una comparazione con il caso di specie. Come pure costituiscono un ulteriore parametro atto a circoscrivere e dunque a sindacare la discrezionalità in sede di gestione. Sicché la presenza dell'atto di indirizzo che intermedia tra legge e provvedimento (o atto amministrativo generale) costituisce per più ragioni un elemento di rafforzamento delle garanzie giurisdizionali come di ogni forma di controllo sia politico che amministrativo.

Abstract

The essay, starting from the nature of the administrative "discretionality" as an independent variable in the Administrative Law system, intends to investigate some trends in progress around this theoretical element. In particular, the author focuses his attention on two opposite profiles: the first one concerns the factors that are determining an increase in the adoption of discretionality when administrative functions are exercised, while the second describes the elements that are causing the erosion of its action space. Then, starting from here, the paper intends to examine a third line of reasoning. Namely, the latter focuses on the exercise of discretionary powers by the political bodies, which determines the breakdown into two further sub-

sintesi delle problematiche sul tema in S. Amorosino, *Note in tema di impugnabilità degli atti di indirizzo e programmazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 650.

giuseppe morbidelli

categories: one that can be found at the political level (i.e. in policy documents) and the other observable at the bureaucratic level. The effect is that, for the the same kind of variable, two types of discretionality manifest phenotypes partly different. At the same time, the phenomenon appears to have the effect of increasing the extension of the judicial review.

AURETTA BENEDETTI

IL RILIEVO DELLE CONSULTAZIONI PUBBLICHE NELLE *PUBLIC UTILITIES*: SPUNTI DA UN'INDAGINE DI DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO – 1. Profili evolutivi della *Utility Regulation* nella dimensione partecipativa. – 2. La diffusione dei modelli *notice and comment* e il modello statunitense. – 3. La funzione regolatoria in Europa e le variabili di carattere organizzativo. – 4. Le variabili connesse alla presenza di norme generali sulla partecipazione. – 5. L'analisi comparata per settori: l'apertura alle consultazioni pubbliche nelle telecomunicazioni... – 5.1. (*Segue*) ... nel servizio elettrico. – 5.2. (*Segue*) ... nel trasporto ferroviario. – 6. Convergenze e divergenze in una prospettiva di sintesi: spunti di riflessione.

1. Profili evolutivi della *Utilities Regulation* nella dimensione partecipativa

La ricerca avente ad oggetto l'apertura dei procedimenti regolatori delle *public utilities* all'apporto dei soggetti interessati si confronta, oggi, nel dibattito scientifico, con una serie di assunti riguardanti il ruolo dei pubblici poteri¹.

Gli studi in materia hanno infatti evidenziato come, in Europa, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione abbiano inciso sulla percezione del ruolo dei pubblici poteri: laddove in passato erano le amministrazioni territoriali e governative a fissare, direttamente o attraverso le proprie imprese pubbliche, le caratteristiche dell'offerta di prestazioni essenziali, dopo gli anni Ottanta/Novanta quelle stesse decisioni si misurano con l'ambiente mercato (reale o solo potenziale)².

¹ La presente indagine è parte di una più ampia ricerca, di cui G. della Cananea, *Una ricerca sul "fondo comune" dei diritti amministrativi in Europa: il procedimento*, in *Sfide e innovazioni nel diritto pubblico*, a cura di L. De Lucia e F. Wollenschläger, Torino, Giappichelli, 2019, 101 ss.

² Nel contesto di un dibattito vastissimo, si v. (senza pretesa di esaustività) F. Trimarchi Banfi, *Organizzazione economica ed iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, n. 1, 3 ss.; V. Roppo, *Privatizzazioni e*

Il processo di “apertura” dei mercati dei servizi essenziali europei ha, così, “incontrato” alcune caratteristiche della *Utility Regulation*, sviluppatasi negli Stati Uniti essenzialmente per rispondere a tre esigenze: proteggere i consumatori dal comportamento abusivo di imprese che detengono posizioni dominanti nel mercato; favorire gli investimenti, difendendo gli attori economici dall’arbitrarietà delle scelte politiche; incrementare l’efficienza dei servizi, nella loro dimensione di attività svolte in regime di mercato³. Si è così realizzata una convergenza tra regolazione tecnica (volta a definire standard in materia di sicurezza, qualità, compatibilità ambientale, innovazione tecnologica), regolazione economica (diretta a creare uno stabile ambiente

ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore, in *Pol. dir.*, 1997, n. 4, 627 ss.; A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645 ss.; G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, n. 2, 7 ss.; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005; F. Goisis, *Imprese pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 2961 ss.; G.C. Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, Giappichelli, 2006; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2007; M. Cafagno, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, III, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 1205 ss.; M. D’Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008; R. Villata, *Pubblici servizi. Problemi e discussioni*, Torino, Giappichelli, 2008; i saggi contenuti nel volume curato da E. Bruti Liberati e F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica*, in *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, il Mulino, 2010, 127 ss.; A. Zito, *Mercati [regolazione dei]*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, Giuffrè, 2010, 806 ss.; M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, n. 3, 507 ss.; M. Dugato, *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 505 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d’Italia*, a cura di M. Spasiano, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 123 ss.; B.G. Mattarella, A. Natalini (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013; E. Cardi, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, Giappichelli, 2014; A. Massera, *Impresa Pubblica*, voce Treccani, <http://www.treccani.it/>, 2014; i saggi contenuti nel volume curato da M. Cafagno e F. Manganaro, *L’intervento pubblico nell’economia*, Firenze, Firenze University Press, 2016, 263 ss.; B. Tonoletti, *Il mercato come oggetto di regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, n. 1, in <http://rivistadellaregolazioneideimercati.it>; G. Rossi, *Pubblico e privato nell’economia semiglobalizzata. L’impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, ora in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, III, Torino, Giappichelli, 2019, 1381 ss. Sul versante delle trasformazioni nel settore dei servizi locali di pubblica utilità in Italia, si cfr. F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, 13 luglio 2016; G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e demunicipalizzazione*, in questa *Rivista*, 2016.

³ W. Smith, *Utility Regulators. The independence debate*, Public Policy for the Private Sector, Washington, D.C., World Bank Group, 1997.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

competitivo nei mercati caratterizzati da forti fallimenti, come nel caso dei monopoli naturali) e regolazione dei prezzi (volta a coniugare l'accessibilità e la qualità dei servizi, l'interesse dei consumatori e quello dei fornitori).

In Europa la tendenziale attribuzione di (tutte o alcune) funzioni regolatorie ad autorità indipendenti ha innestato una serie di processi la cui portata attende una verifica "empirica", ove si voglia effettivamente ragionare su una possibile convergenza dei diritti nazionali verso "fondamenta comuni".

È dunque lecito interrogarsi sul grado di "depoliticizzazione" che questi processi hanno effettivamente comportato sulle scelte pubbliche relative a "come" deve conformarsi l'offerta dei servizi (sotto il profilo qualitativo e tariffario); verificare quanto i procedimenti regolatori siano effettivamente aperti alla partecipazione dei soggetti interessati; indagare se la cultura della qualità dei servizi abbia realmente favorito un ruolo attivo dell'utenza⁴.

Nella presente ricerca si è scelto di indagare questi interrogativi con riferimento ai procedimenti per la formazione degli standard qualitativi e delle tariffe⁵ relativi a taluni servizi essenziali (quali elettricità e gas⁶, trasporto ferroviario, comunicazioni elettroniche) in alcuni Stati europei (Italia, Francia, Regno Unito, Spagna), che sembrano, per aspetti diversi, aver recepito un modello partecipativo proprio dell'ordinamento statunitense, in cui l'*Interest Representation Model* è oggetto di una rivisitazione critica da lungo tempo⁷.

Nella comparazione degli ordinamenti europei si tiene in considerazione la comune matrice, rappresentata dalle direttive di liberalizzazione dell'Unione europea, che hanno operato nel senso di uniformare processi (si v. la separazione del regime giuridico delle reti e dei servizi) e assetti organizzativi (stimolando la creazione di organismi di regolazione indipendente e creando reti di regolatori, coordinati da agenzie europee)⁸. L'inquadra-

⁴ Su questi temi si v. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Bologna, Maggioli editore, 2016; i saggi pubblicati nel volume curato da F. Manganaro e M. Cafagno, *L'intervento pubblico nell'economia*, cit.; P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 337 ss.

⁵ Si prendono infatti in considerazione, oltre che le decisioni tariffarie, gli atti regolatori generali attinenti alla qualità, non anche la formazione degli standard di qualità specifici che fanno capo ai singoli operatori.

⁶ Si v. E. Bruti Liberati, M. De Focatiis e A. Travi, *Esperienze regolatorie a confronto nel settore dell'energia*, Padova, Cedam, 2017.

⁷ Cfr. R.B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975, 1668, e Id., *Administrative Law in the twenty-first century*, in *New York University Law Review*, n. 2/2003, 437 ss.; D.B. Rodriguez, B.R. Weingast, *The "Reformation of Administrative Law" Revisited*, in *Journal of Law, Economics and Organisation*, 2016, 782 ss.

⁸ Con riferimento all'ordinamento anglosassone, si tiene conto dei cambiamenti in-

mento della regolazione dei mercati nell'alveo dell'ordinamento eurounitario consente, inoltre, di allargare lo spettro dei principi di riferimento, come avviene per quelli di proporzionalità e di "buona amministrazione procedurale", che sembrano connotare le procedure di regolazione in modo più elastico, ma anche più esteso, rispetto alla classica concezione del procedimento amministrativo⁹.

A questi fini la presente analisi si articola in tre paragrafi iniziali di "contesto", in cui, premessi alcuni riferimenti alla declinazione recente della partecipazione nelle *utilities* a livello sovranazionale e negli Stati Uniti, si accenna ai diversi modelli in cui è organizzata la funzione regolatoria nei paesi europei (selezionati) e alla eventuale connessione con le norme generali sul procedimento e/o sulla qualità dei servizi.

Seguono tre paragrafi in cui sono analizzati i procedimenti di formazione delle decisioni in tema di standard qualitativi e tariffe Paese per Paese, con distinto riferimento ai settori delle comunicazioni elettroniche, del servizio elettrico e del trasporto ferroviario. L'analisi è volutamente centrata non sulla "dogmatica della partecipazione" ma sulla ricognizione analitico/descrittiva dei modelli nella loro configurazione normativa/attuativa, nell'intento di dare un'evidenza non "mediata" a connessioni e divergenze tra i vari ordinamenti.

Lo studio comparato è funzionale alla formulazione, nelle conclusioni, di riflessioni utili ai fini di una prosecuzione dell'indagine, secondo la metodologia che ricostruisce le categorie sulla base di elementi "nucleari"¹⁰. L'interrogativo su cui convergono le riflessioni finali è se le consultazioni pubbliche appartengano all'esperienza di tutti i paesi analizzati, nei diversi settori, costituendo una sorta di "nucleo comune" dei procedimenti regolatori, pur nelle diversità organizzative e di contesto.

2. La diffusione dei modelli *notice and comment* e il modello statunitense

L'indagine comparata non può prescindere da un riferimento (sia pure essenziale) all'esperienza statunitense.

tervenuti prima dell'uscita dall'Unione europea.

⁹ Così E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss. Si v. anche G. della Cananea, *The regulation of public services in Italy*, IRAS, 2002, 68.1, 73 ss.

¹⁰ G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1 ss.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Infatti lo schema procedurale *notice and comment* nell'attività di *rule-making* delle amministrazioni (anche indipendenti), di cui allo statunitense *Administrative Procedure Act* del 1946, costituisce in Europa un modello significativo nella disciplina dei procedimenti regolatori, sulla scia di quanto stabilito nella *Section 553*, in base alla quale, quando si adottano regole aventi effetti vincolanti su parti private, l'agenzia deve offrire *notice* del suo proposito, un'opportunità alle parti di intervenire e un'argomentazione concisa sulla base e sullo scopo delle regole.

Nella peculiarità del sistema statunitense siffatta procedura ha avuto, sin dalle origini, la finalità di rafforzare la legittimità democratica delle agenzie, creando una più diretta *accountability* verso tutte le parti interessate. La partecipazione è divenuta strumento di controllo che argina il rischio di arbitrarità delle scelte delle agenzie, specie laddove la discrezionalità decisionale è più ampia. Inoltre la stretta correlazione tra partecipazione e controllo giudiziario ha condotto le agenzie, nel tempo, a sviluppare forme sempre più sofisticate di elaborazione dei commenti ricevuti e di risposta alle questioni sollevate dai partecipanti¹¹. Significativamente, però, questa evoluzione ha proceduto parallelamente alla definizione di uno spazio più marcato per un'*Informal Regulation*, rispetto alle più rigide garanzie partecipative previste dall'APA¹², nel contesto di un dibattito scientifico piuttosto scettico circa l'efficacia di strumenti di tipo *top-down*, che implicano una concezione "gerarchica" delle modalità di assunzione delle decisioni in ambito regolatorio,

¹¹ Si v. la ricostruzione di W. Wagner, *Participation in the U.S. administrative process*, in F. Bignami e D. Zaring (ed.), *Comparative Law and Regulation. Understanding the Global Regulatory Process*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton MA, USA, 2016, 109 ss. Con riferimento specifico alla correlazione tra partecipazione e controllo giudiziario: «if the agency ignores a commenter who has identified flaws in the agency's interpretation of its statute, material errors in its fact finding, or logical inconsistencies in its reasoning, or if the agency violates procedural requirements, then that commenter can challenge the agency's rule in court» (110).

¹² Non manca chi denuncia il rischio di abbandonare le garanzie della procedura *notice and comment*, idonea a garantire un'ampia partecipazione e la trasparenza del processo decisionale. È questo uno sviluppo già avviato a partire dal *leading case Florida East Coast Railway* del 1973, la nota pronuncia con cui la Corte Suprema annullò la decisione di una Corte di accogliere il ricorso avverso la decisione di un'agenzia indipendente, relativa alla definizione del sistema tariffario per il servizio ferroviario, che aveva consentito la partecipazione degli interessati, senza riconoscere il diritto degli stessi ad un'udienza orale. Così facendo si è aperta la strada per rendere recessivo il ricorso alla procedura formale, di cui all'APA, recante maggiori garanzie partecipative per gli interessati, con maggiore spazio alla discrezionalità delle agenzie nella definizione delle modalità partecipative concernenti i singoli processi di *rulemaking*. Su questi temi si v. A. Nielson *In Defence of Formal Rulemaking*, in *Ohio State Law Journal*, 75: 2014, 237 ss.

«identified with rule-bound bureaucracy and deference to ineffable expertise»¹³.

Gli studi recenti mettono in evidenza come le agenzie abbiano, infatti, sviluppato anche modalità alternative di coinvolgimento dei soggetti interessati: la coregolamentazione (con enti privati che hanno competenza sul campo, come accade con la FCC nel settore delle telecomunicazioni); lo sviluppo di *best practices*, per cui l'agenzia non impone uno schema unico per tutti ma funge da coordinatore, fornendo consulenza e incentivando le migliori pratiche, successivamente assunte a modello di conformità certificato; ovvero il rinvio alla *Private Regulation*, cioè allo sviluppo di standard da parte di organismi privati (si v. la spinta alla certificazione di parte terza nel settore energetico)¹⁴.

Le *social media technologies* attuali aprono, peraltro, nuovi spazi di interazione tra un pubblico sempre più ampio (anche di semplici cittadini) e agenzie pubbliche, anche se gli esiti di una partecipazione diffusa sono ancora deludenti, come dimostrano gli studi sull'utilizzo di strumenti quali *Regulations.gov* (sito governativo volto a rendere più agevole per i cittadini l'interlocuzione nel *federal rulemaking process*)¹⁵.

La correlazione tra apertura alla partecipazione dei soggetti interessati ed esigenze della regolazione è stata, sin dagli anni Novanta, al centro di una serie di raccomandazioni e atti di indirizzo di istituzioni internazionali operanti nel mercato delle *public utilities*, diretti a migliorare la qualità della regolazione.

La lettura di questi atti mette in evidenza come la principale esigenza che muove le istituzioni sia quella di offrire una base di legittimazione agli organismi indipendenti, specie negli ordinamenti non coesi, qual è l'Unione europea¹⁶; ovvero di garantire indipendenza e *accountability* delle autorità di

¹³ C.F. Sabel e W.H. Simon, *Minimalism and Experimentalism in the Administrative State*, Georgetown L.J., vol. 100:53, 2011, 53. Allude al modello gerarchico J. Solomon, *Law and Governance in the 21st Century Regulatory State*, 86 Tex. L. Rev. 819, 821-22 (2008); J. Braithwaite, *The Essence of responsive Regulation*, 44 U.B.C.L. Rev., 475 (2011). Si v. P.J. Weiser, *Entrepreneurial Administration*, 2017, <https://ssrn.com>.

¹⁴ Altre modalità alternative sono indicate da C.F. Sabel e W.H. Simon, *Minimalism and Experimentalism in the Administrative State*, cit., 83. Non manca chi denuncia il rischio di abbandonare le garanzie della procedura *notice and comment*, idonea a garantire un'ampia partecipazione e la trasparenza del processo decisionale, in cambio di un'*Informal Regulation*. Si v. A. Nielson, *In Defence of Formal Rulemaking*, in *Ohio State Law Journal*, 75, 2014, 237 ss.

¹⁵ Si v. lo studio di T.A. Bryer, *Public Participation in Regulatory Decision-making. Cases from Regulations.gov*, in *Public Performance & Management Review*, 37, 2, 2013, 263 ss.

¹⁶ Si v. M. Conticelli e M. De Bellis, *Proceduralization of EU Agencies: Theory and Practice*, in *EU Executive Governance: Agencies and Procedures*, a cura di M. Conticelli, M. De Bellis e

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

regolazione, necessarie per un'effettiva politica della concorrenza nelle *public utilities* (come emerge dagli atti di indirizzo dell'UNCTAD)¹⁷.

L'OCSE, in particolare, nei più recenti rapporti su questi temi, ha sottolineato la stretta correlazione tra coinvolgimento dei destinatari nella formazione degli atti regolatori e acquisizione delle informazioni necessarie per evitare gli effetti indesiderati della regolazione, individuare le soluzioni innovative e verificare la valutazione dei costi-benefici effettuata dal regolatore. Sotto questo profilo, l'auspicio è che la partecipazione sia declinata nel modo più ampio possibile, includendo cittadini, imprese, consumatori, lavoratori (anche nelle rispettive forme associative o di rappresentanza di interessi), settore pubblico, organizzazioni non governative, partner commerciali¹⁸.

3. La funzione regolatoria in Europa e le variabili di carattere organizzativo

Venendo all'oggetto specifico dell'analisi comparata qui intrapresa, occorre premettere che lo studio della formazione delle decisioni nell'esercizio della funzione regolatoria deve rapportarsi alla *governance* dei diversi settori. In tutti i Paesi analizzati è presente un'autorità amministrativa indipendente

G. della Cananea, Torino, Giappichelli, 2019. Si v. in particolare la comunicazione dell'11 dicembre 2002 *Verso una cultura rafforzata della consultazione e del dialogo. Principi generali e standard minimi per la consultazione da parte della Commissione dei soggetti interessati*, COM (2002), 704. Si v. D. Siclari, *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario. Sviluppi attuali e prospettive*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 589 ss; A. Psygkas, *From the democratic Deficit to a democratic Surplus: Constructing Administrative Democracy in Europe*, Oxford University Press, 2017. Con riferimento ai procedimenti che coinvolgono il livello nazionale e comunitario, specie nel settore delle comunicazioni, si v. L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁷ Così l'UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), nel rapporto *Services, Development and Trade: the Regulatory and Institutional Dimension of Infrastructure Services*, I, UN, 2012. Lo stesso documento mette in evidenza come l'istituzione delle autorità non sia, in sé, sufficiente a raggiungere gli obiettivi della regolazione, sussistendo problemi di credibilità e stabilità, specie nei paesi in cui mancano personale qualificato, fondi e una tradizione legale volta a supportare l'operato delle autorità indipendenti (p. 7). Si v. D. Ritleng (ed.), *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, Oxford, 2016. Con riferimento al tema della qualità delle regole si v. M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangoone, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011.

¹⁸ Si v. il rapporto *Prospettive OCSE 2018 sulla politica di regolazione*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/g2g9e411-it>, in cui si fa una prima valutazione sulla qualità della regolazione nei paesi di area OCSE, in attuazione dei principi di cui alla nota raccomandazione OCSE del 2012.

incaricata di promuovere il mercato concorrenziale attraverso una regolazione di tipo incentivante (anche in ambito tariffario) per ex monopolisti e nuovi operatori, e sviluppare la qualità dei servizi a beneficio degli utenti.

I modelli organizzativi cambiano in rapporto ai paesi e ai servizi.

In Italia e in Francia la funzione regolatoria è distribuita tra autorità indipendenti distinte in ragione dei diversi settori (ARERA, AGCOM, Autorità dei Trasporti per l'Italia; *Commission de regulation de l'énergie* – CRE¹⁹, *Autorité de Régulation des Communications Electroniques* – ARCEP²⁰, l'*Autorité de Régulation des transports* – ART, per la Francia), che sono separate rispetto alle funzioni trasversali di garanzia della concorrenza attribuite a ulteriori autorità indipendenti (Autorità Garante della concorrenza e del mercato per l'Italia e *Autorité de la concurrence*²¹ per la Francia). Nel Regno Unito la differenza non è sempre così marcata: ad esempio, l'*Office of Rail Regulation* svolge anche funzioni di tutela della concorrenza nonostante la presenza di una *Competition and Markets Authority*.

La distinzione di competenze tra organismo di regolazione e autorità politica può non essere netta nei diversi paesi. Caso emblematico è la *governance* nel settore energetico nel Regno Unito, in cui le competenze dell'organismo di regolazione OFGEM (definito *non-ministerial government department*)²² e

¹⁹ La *Commission de regulation de l'énergie* (CRE), in base al codice dell'energia, concorre al buon funzionamento del mercato dell'energia e del gas naturale, nel perseguimento degli obiettivi di politica energetica governativi; assicura il rispetto degli obblighi di servizio pubblico; garantisce l'effettività delle misure di protezione del consumatore, vigila sulle condizioni di accesso alle reti di trasporto e distribuzione di elettricità, perché avvengano attraverso lo sviluppo della concorrenza.

²⁰ Il termine dalla ridenominazione, nel 2005, dell'*Autorité de Régulation des Télécommunications*, creata con la *Loi de réglementation des télécommunications* n. 96-659 del 26 luglio 1996. Precedentemente il settore era caratterizzato dalla presenza di un monopolista pubblico, *France Télécom*, che agiva secondo le direttive del Ministro delle poste, telegrafi e telecomunicazioni. L'Autorità ha il compito di vigilare sull'accesso al mercato delle comunicazioni e di garantire le condizioni di svolgimento del servizio pubblico in un contesto di apertura alla concorrenza.

²¹ L'Autorità deriva dalla trasformazione dell'originario *Conseil de la concurrence*, collegato al Ministero dell'Economia, per effetto della *Loi de modernisation de l'économie*, del 4 agosto 2008.

²² La struttura di *governance* del settore energetico definisce come distinte ma strettamente connesse le funzioni di indirizzo politico e di regolamentazione tecnica.

L'Autorità di regolazione è l'OFGEM, definito come dipartimento non ministeriale (gli atti legislativi di riferimento sono *Gas Act* 1986; *Electricity Act* 1989; *Utilities Act* 2000; *Competition Act* 1998; *Enterprise Act* 2002) e regolatore economico indipendente. A seguito della riforma *Utilities Act* del 2000, Ofgem è braccio operativo della *Gas and Electricity Markets Authority* (GEMA), che ne definisce l'azione strategica, nell'ambito della regolazione del mercato e della protezione dei consumatori (presenti e futuri).

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

il ministero (BEIS²³) sono complementari e talvolta sovrapposte. In Francia le funzioni dell'Autorità della concorrenza sono, per certi aspetti, complementari a quelli della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF), presso il Ministero dell'economia, che tutela i consumatori relativamente alla qualità di prodotti e servizi, anche pubblici (come quello ferroviario), esercitando funzioni di garanzia della concorrenza.

Un modello peculiare di unione delle competenze è rappresentato dalla *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC), istituita in Spagna nel 2013 come autorità amministrativa indipendente che somma le competenze di autorità antitrust e di regolazione nei settori dell'energia, delle comunicazioni elettroniche, dei servizi postali, dell'audiovisivo, dei servizi aeroportuali e del trasporto ferroviario²⁴. Compito della Commissione è sviluppare i mercati di riferimento, nell'interesse dei consumatori e degli operatori, al fine di promuovere il più alto livello di qualità al prezzo più basso, realizzando economie di scala e aprendosi alle più avanzate novità tecnologiche. La creazione di siffatto organismo non ha comportato un arretramento ma una ridefinizione della suddivisione delle competenze con gli organi politici: ad esempio, nell'ambito dell'audiovisivo e dell'energia, al Ministro dell'Industria spetta la competenza relativa alla protezione dei consumatori.

4. Le variabili connesse alla presenza di norme generali sulla partecipazione

L'apertura alla partecipazione nella formazione di decisioni in materia di standard e tariffe nei servizi esaminati può essere influenzata dalla presenza di norme generali in tema di disciplina del procedimento o qualità dei servizi.

²³ La struttura ministeriale di riferimento è il *Department for Business, Energy & Industrial Strategy* (BEIS), che dal 2016 ha sostituito il DECC (*Department of Energy & Climate Change*). Il Dipartimento svolge le proprie funzioni nell'ambito della sicurezza energetica, la promozione delle energie rinnovabili, la garanzia dell'accessibilità e dell'equità nella fornitura energetica, nonché il supporto alla crescita e allo sviluppo energetico del Paese. Il Segretario di Stato presso BEIS nomina i membri dell'Autorità; definisce le linee strategiche di intervento nel settore energetico alle quali deve adeguarsi; relaziona in Parlamento circa l'attività dell'Autorità.

²⁴ L'Autorità risulta dalla fusione della *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional*, della *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, del *Comité de Regulación Ferroviaria*, del *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, della *Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria*.

Sotto questo profilo, emerge un certo dualismo tra l'ordinamento europeo, privo di un assetto giuridico consolidato in materia di disciplina dei procedimenti²⁵, e ordinamenti interni, in cui l'ambito della regolazione dei mercati rimane pur sempre un terreno fertile di indagine circa la trasferibilità degli istituti del diritto amministrativo tradizionale²⁶.

In alcuni ordinamenti come l'Italia, inoltre, hanno avuto uno specifico rilievo norme che, al fine di promuovere il miglioramento della qualità dei servizi nazionali e locali, hanno aperto alla partecipazione dei cittadini e degli utenti (sia come singoli che in forma associata) le procedure di valutazione e di definizione degli standard qualitativi dei servizi²⁷. Le leggi prevedono addirittura forme di intesa con le associazioni di tutela degli utenti e dei consumatori, per la formazione delle Carte di servizio da parte dei gestori e per l'individuazione dei livelli di qualità generali dei servizi da parte delle autorità di regolazione²⁸.

²⁵ Si v. le osservazioni di G. della Cananea, *Le "model rules" come esempio di codificazione innovativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 333 ss.; e già *Codice Renewal del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, a cura di G. della Cananea e D.U. Galetta, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; nonché G. della Cananea, *A Law on EU Administrative Procedure: Implications for National Legal Orders*, in G. Balazs, L. Berkès e A. Narga (ed), *Current Issues of the National and EU Administrative Procedures (the Renewal Model Rules)*, Pazmany Press, 2015, 283; J. Mendes, *Participation in EU Rule-making: Rights – Based Approach*, Oxford, 2011.

²⁶ Si v. J.B. Auby (ed), *The Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2015. Su queste problematiche incidono le differenti tradizioni costituzionali e amministrative, pur ancorate alle radici comuni: si v. S. Cassese, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939.

²⁷ Secondo l'art. 11, d. lgs. n. 286/1999, «i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi». Il codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) garantisce agli utenti, attraverso forme rappresentative, la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi (art. 101, c. 3). Su questi aspetti si v. S. Mirate, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp. civile e prev.*, 2020, 40 ss., e già S. Battini, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 194; L. Ieva, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico: dall'organizzazione alla Carta dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2002.

²⁸ Ai sensi della l. n. 244/2007, i gestori dei servizi devono adottare una «Carta di qualità dei servizi» (secondo un impegno assunto nel contratto di servizio), in cui siano fissati gli standard di qualità e quantità, sulla base di «intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate». Le stesse associazioni svolgono una successiva attività di verifica periodica e di monitoraggio circa l'adeguatezza degli standard nel tempo. Nei servizi oggetto di regolazione (quali quelli analizzati) la legge "quadro" n. 481/1995 affida alle Autorità di regolazione il compito di determinare i «livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Al di là della presenza di norme specifiche, sembra essere comune la tendenza a caratterizzare la partecipazione ai procedimenti regolatori nelle *utilities* in modo più ampio rispetto alla legge generale sul procedimento amministrativo.

In Francia il *Code des relations entre le public et l'administration*, emanato con *ordonnance* n. 2015-1341 du 23 octobre 2015 ha disciplinato le diverse forme di partecipazione procedimentale per la formazione di atti giuridici delle amministrazioni, ivi incluse quelle indipendenti²⁹. Ma già l'art. 16 della Loi n. 2011-525 del 17 maggio 2011 aveva introdotto la possibilità, per le autorità indipendenti (e non solo) di ricorrere a “consultazioni aperte” ogni volta fosse necessario adire un organo consultivo di rappresentanza delle parti interessate (come è frequente nei settori considerati), aprendo la strada ad un più diffuso utilizzo di tale strumento partecipativo.

In Spagna la CNMC, come organismo pubblico indipendente soggetto al regime giuridico delle amministrazioni dello Stato, è espressamente soggetta anche alla *Ley 30/1992 de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tale legge definisce la partecipazione come garanzia per gli interessati (art. 84), e afferma il principio per cui “nei rapporti con i cittadini le amministrazioni agiscono secondo i principi di trasparenza e partecipazione” (art. 3, c. 5). La successiva *Ley 39/2015 de 1 octubre*, però, ha disciplinato in modo più analitico la procedura di *audiencia pública*³⁰, dando così attuazione alla previsione del testo costituzionale, che espressamente pone una riserva di legge nella disciplina dell'*audiencia pública* dei soggetti interessati *cuando proceda*, cioè quando sia ritenuta “appropriata” in rapporto alla decisione pubblica da adottare (art. 105, lett. c, Cost. spagnola 1978)³¹. In attuazione di quanto prescritto dalla legge sul procedimento, per i dipartimenti ministeriali sono state dettate specifiche

prestazione da garantire all'utente *sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori*» (art. 2, c. 12, lett. h).

²⁹ Si v. M. De Donno, *The French Code “Des Relations Entre Le Public et l'Administration”. A New European Era for Administrative Procedure?*, in *IJPL*, 2017, n. 2, 220; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo in Francia e in Italia*, in *Il nuovo diritto pubblico europeo. Scritti in onore di Jean-Bernard Auby*, a cura di G. della Cananea e J. Ziller, Torino, Giappichelli, 2018, 89 ss.

³⁰ In base all' 133.2 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre*, sul procedimento amministrativo stabilisce che «Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades».

³¹ Proprio per il suo ancoraggio costituzionale i giudici hanno qualificato il ricorso all'*audiencia pública* come *esencial, capital, fundamental, sagrado*, con la conseguenza di rendere

istruzioni volte a facilitare la pubblicazione dei progetti di atti normativi o di carattere generale, tramite un'apposita informativa sul sito web³².

La stessa legge istitutiva della CNMC introduce una norma generale sulla partecipazione degli interessati ai procedimenti preordinati all'emanazione degli atti regolatori della Commissione. Si enuncia in particolare che "i titolari di legittimi diritti e interessi" relativi all'oggetto dell'atto, devono essere sentiti, direttamente o tramite le associazioni riconosciute dalla legge, le cui finalità siano attinenti allo scopo dell'atto. Si aggiunge che "la partecipazione dei cittadini sarà generalmente incoraggiata" (art. 30).

5. L'analisi comparata per settori: l'apertura alle consultazioni pubbliche nelle telecomunicazioni

In Italia l'art. 11 del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), in attuazione delle direttive comunitarie, disciplina la partecipazione relativa all'adozione, da parte del Ministero e dell'Agcom, «di provvedimenti in applicazione del codice [...] *aventi un impatto rilevante sui mercati di riferimento*»: le parti interessate possono presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni, a decorrere dalla notifica della stessa³³. La norma prevede, altresì, che sia data ampia pubblicità (mediante pubblicazione sui bollettini ufficiali e sui siti internet rispettivamente del Ministero e dell'Autorità) ai provvedimenti di apertura della procedura, alla proposta di provvedimento e ai risultati della consultazione³⁴.

nullo il procedimento laddove la mancata udienza annulli ogni possibile diritto di difesa. Si v. Tribunal Supremo, Camera contenziosa, del 24 febbraio 1997, Rec. 10248/1990.

³² *Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales.*

³³ Si v. Cons. St., sez. III, 31 agosto 2012, n. 4661, per cui il termine minimo di 30 giorni di cui all'art. 11 non può essere derogato dall'AGCOM pena l'illegittimità della delibera.

³⁴ Il regolamento n. 107/19/CONS ha disciplinato le procedure di consultazione nei procedimenti di competenza dell'Autorità, riguardante tutti gli atti di natura regolatoria o normativa, con la sola esclusione degli atti attuativi di precedenti atti di regolazione, già sottoposti a consultazione. La procedura di consultazione prende avvio con delibera dell'Autorità (su proposta del direttore dell'unità organizzativa competente), in cui sono indicate le modalità di svolgimento della consultazione, il termine del procedimento e il responsabile, oltre che alle concrete modalità di partecipazione. Poiché la partecipazione è aperta a tutti i soggetti interessati, la comunicazione di avvio è resa pubblica tramite pubblicazione sul sito web dell'Autorità. La proposta in consultazione è allegata alla delibera di avvio; la richiesta è

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Nel caso delle comunicazioni elettroniche è lo stesso codice che fissa le modalità di determinazione degli standard qualitativi, tutte incentrate sulla dialettica tra regolatore e operatori del servizio: in particolare si stabilisce che l'AGCOM vigili sulle informazioni rese dagli operatori, stabilendo anche la tipologia e la modalità di comunicazione all'utenza delle stesse e potendo integrare gli obiettivi qualitativi. L'Autorità fissa direttamente i contenuti e gli obiettivi delle prestazioni rientranti nel servizio universale e vigila sull'adozione delle carte di servizio da parte di tutti gli operatori³⁵.

Gli atti regolatori relativi ai livelli qualitativi del servizio e al contenuto minimo delle carte di servizio sono espressione, secondo la giurisprudenza, della "più ampia discrezionalità" dell'autorità di regolazione, che è sindacabile dal giudice solo in caso di palese illogicità e arbitrarietà³⁶.

Il principio è stato affermato anche con riferimento alla formazione delle tariffe: il giudice amministrativo ha chiarito che l'AGCOM «ha tra i suoi obiettivi la promozione di una concorrenza sostenibile che garantisca agli utenti il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità, mentre la stessa non ha il dovere di tutelare la situazione economico-finanziaria dei singoli operatori»³⁷. L'apertura della procedura di definizione delle tariffe o dei criteri tariffari offre anche un luogo di dialogo tra Autorità di regolazione e Commissione europea, che vigila sui mercati regolamentati, specie quando l'esercizio dei rispettivi poteri è oggetto di raccomandazioni o atti di indirizzo³⁸.

In Francia, per valutare il quadro attuale occorre considerare che, tradi-

quella di formulare osservazioni o rispondere a specifici requisiti. La partecipazione avviene mediante invio di osservazioni o documenti (anche relativamente alle valutazioni di impatto della regolamentazione, ove applicabili), entro il termine non inferiore a trenta giorni, salvo casi di assoluta eccezionalità. I soggetti interessati possono anche formulare una motivata istanza di audizione, da svolgersi eventualmente entro dieci giorni dalla scadenza del termine. A conclusione della consultazione l'Autorità pubblica la «sintesi dei risultati della consultazione» e gli «orientamenti generali ricavabili dalle osservazioni formulate», con indicazione delle motivazioni che giustificano le definitive determinazioni dell'Autorità.

³⁵ L'adozione della carta va riferita a «tutti i gestori dei servizi di telecomunicazioni e radiotelevisivi, comprensivi quindi, tanto dei servizi pubblici quanto dei servizi tout court di rilevanza imprenditoriale, sempre se pertinenti il settore delle telecomunicazioni» (Cons. St., sez.VI, 5 aprile 2006, n. 1769, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1215).

³⁶ Così Cons. St., sez.VI, 15 luglio 2010, n. 4567, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1605.

³⁷ Così TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10265.

³⁸ Si v. la cit. sentenza TAR Lazio, sez. I, n. 10265/2012, in cui il provvedimento di graduale riduzione delle tariffe del mercato di terminazione mobile viene dichiarato parzialmente illegittimo per non avere l'Autorità adeguatamente ponderato le osservazioni pervenute dalla Commissione e non aver puntualmente motivato le ragioni dello scostamento deciso rispetto all'indirizzo proveniente dell'organo comunitario.

zionalmente, il processo di formazione delle decisioni pubbliche nelle *utilites* seguiva forme alternative di collegamento con i soggetti interessati. Il caso delle comunicazioni elettroniche è molto significativo sotto questo profilo: l'autorità di regolazione ARCEP ha adottato, sin dalla sua origine, il metodo della concertazione con i soggetti regolati attraverso la creazione di commissioni consultive, responsabili di esaminare gli schemi di regolazione e di ogni questione rientrasse nell'ambito delle rispettive competenze³⁹. Lo schema è stato definito di *corporatisme étatique*: «the (real or declared) wish of the state to bring the industry and civil society groups into the policymaking process translated into the creation of a body that was nonetheless not entrusted with significant powers»⁴⁰. Il legislatore ha quindi optato per questa forma di consultazione dei soggetti interessati, non disciplinando espressamente forme di partecipazione pubblica di carattere procedimentale.

L'Autorità ha comunque sempre svolto consultazioni, secondo la propria discrezionalità, talvolta in modo poco trasparente proprio per la mancanza di una precisa regolamentazione in tal senso. Il riferimento a queste forme di consultazione è intervenuto a seguito del recepimento delle direttive europee del 2002, con l'introduzione nel *Code des postes et des communications électroniques* della disposizione per cui «lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi. L'autorité met en place un service permettant de prendre connaissance des consultations prévues par l'alinéa précédent» (art. L 32-1)

Ha fatto seguito una prassi di numerose consultazioni pubbliche che hanno visto la crescita della partecipazione dei soggetti interessati. A differenza dei procedimenti ordinari delle amministrazioni, le consultazioni sono divenute una procedura aperta a cui tutti possono partecipare, che obbliga l'autorità a riportare una sintesi delle consultazioni svolte, aprendo quindi

³⁹ Sin dalla legge del 1996 erano menzionate la *Commission consultative des réseaux et services de télécommunications* e la *Commission consultative des radiocommunications*, sotto la direzione generale del ministero delle poste e telecomunicazioni.

⁴⁰ A. Psygkas, *From the democratic Deficit to a democratic Surplus: Constructing Administrative Democracy in Europe*, cit., 97.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

la strada ad una motivazione che supera i limiti dell'obbligo di legge per i procedimenti ordinari (nella legge francese non esiste un obbligo generale di motivazione dei provvedimenti, né sussiste per gli atti di carattere generale). L'analisi della partecipazione in questo settore ha mostrato come, per la maggiore percentuale, sia parte attiva l'industria, e solo per percentuali più ridotte lo siano gli individui, le associazioni di interessi, le comunità locali, le altre amministrazioni pubbliche⁴¹. Quegli stessi studi mettono in evidenza l'esigenza di una formalizzazione delle consultazioni pubbliche, funzionale ad una maggiore trasparenza.

Il Regno Unito è stato tra i primi paesi europei ad aprire alla concorrenza nel settore, con il *British Telecommunications Act* del 1981, con il successivo *Telecommunications Act* (TA) del 1984, e con la privatizzazione di British Telecom. La creazione del regolatore OFTEL (*Office of Telecommunications*) è seguita a questo processo, in funzione di supporto al Direttore generale delle telecomunicazioni (DGT) e all'istituzione di un regime per cui gli operatori del settore non hanno il diritto esclusivo del servizio ma gestiscono lo stesso attraverso licenze di durata limitata. OFTEL regola i prezzi o impone controlli sulle tariffe in diversi segmenti che coprono i mercati delle telecomunicazioni, della radiodiffusione e dei servizi postali.

Già il TA del 1984 prevedeva una serie (sia pur limitata) di decisioni rispetto alle quali la consultazione degli operatori e la motivazione erano obbligatorie. La prassi delle consultazioni ha proceduto secondo una discrezionalità del regolatore, in via informale, fino alla pubblicazione del documento *Improving Accountability: OfTel's Procedures and Processes*, nel 1997, in cui consumatori, organizzazioni di consumatori, industria e altri attori erano chiamati a concorrere alle decisioni del regolatore, ampliandone l'*accountability*. Le consultazioni preventive hanno costituito una prassi nell'operato tanto di OFTEL che del DGT, costituendo un autentico modello di *policy-making process*.

Sulla base del *White Paper* del 2000, con cui il governo ha ridefinito il quadro regolatorio del settore, sono stati emanati l'*Office of Communications Act* 2002 e il *Communications Act* 2003, cui ha fatto seguito un rafforzamento delle funzioni del regolatore, ridenominato Ofcom e descritto come *semi-independent regulator* ovvero come *non-ministerial department within the ambit of the Department of Trade and Industry*⁴². In base al *Communications Act* 2003 è dovere del regolatore Ofcom «to further the interests of citizens in

⁴¹ A. Psygkas, *ibidem*, 108.

⁴² C. Hall, C. Scott e C. Hood, *Telecommunications regulation: culture, chaos and interdependence inside the regulatory process*, London, Routledge, 2000, 18.

relation to communications matters, and to further the interests of consumers in relevant markets, where appropriate by promoting competition». Il regolatore, in particolare, deve avere riguardo che «the principles under which regulatory activities should be transparent, accountable, proportionate, consistent and targeted only at cases in which action is needed» (Section A.3), sviluppando così quanto auspicato sin dalle origini, di un'attività svolta «in full consultation with industry and with citizen and consumer groups» (White paper 2000). La novità è che il regolatore opera non solo sulla base di una prassi consolidata, ma per effetto di una serie di previsioni statutarie che qualificano come doverosa la consultazione dei soggetti che possono essere interessati dalle misure decise, nell'ambito dell'esercizio dei poteri propri del regolatore (si v., in particolare, le sezioni 16(1) e 403)⁴³.

In Spagna l'istituzione della CNMC nel 2013 non ha sovvertito l'impalcatura della legislazione pregressa, che, aprendo alla liberalizzazione (in attuazione delle direttive europee) le principali *utilities*, ha attribuito agli organi di governo importanti funzioni in materia di regolazione di standard e tariffe.

La *Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, recante la disciplina delle telecomunicazioni, ha definito l'impalcatura di un servizio aperto alla concorrenza, connotato da relevantissimi profili di interesse generale, connessi alla tutela dei diritti costituzionali. In questo contesto un ruolo essenziale è affidato al *Ministerio de Industria, Energía y Turismo*, specie negli ambiti della definizione degli standard qualitativi che tariffari, nella tutela dell'utenza. I numerosi rinvii che la legge opera a regolamentazioni o provvedimenti del Ministero convergono nella funzione di garantire, congiuntamente, lo sviluppo della concorrenza e la tutela degli interessi degli utenti, affinché

⁴³ La stessa Ofcom definisce la procedura di consultazione nei propri documenti programmatici, che introducono qualche variazione rispetto all'ordinario schema delle consultazioni pubbliche. In particolare la procedura sembra seguire un percorso in cui i soggetti interessati sono più volte chiamati a intervenire: ciò già a partire dall'organizzazione di colloqui informali con persone e organizzazioni nella fase precedente la consultazione, per verificare la correttezza della posizione seguita (in mancanza di tempo sufficiente l'autorità organizza un meeting aperto per illustrare la proposta); quindi durante la consultazione vera e propria, in cui la partecipazione è favorita attraverso la formulazione di un testo di consultazione breve e chiaro (in mancanza del quale l'autorità può predisporre una guida per orientare i soggetti meno esperti); il tempo della consultazione, che prevede almeno dieci settimane; l'obbligo di motivazione nel caso in cui simile procedura non possa essere seguita; la pubblicazione dei contributi in modo tale da consentirne la visione a coloro che intendono partecipare, nella convinzione che il punto di vista degli altri aiuti alla formulazione del proprio. Al termine della consultazione la decisione è accompagnata da una dichiarazione che ne spiega l'oggetto, le ragioni, mostrando quali contributi hanno aiutato alla decisione.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

il servizio sia svolto secondo «adecuadas condiciones de elección, precio y calidad» (art. 3)⁴⁴.

Rispetto a simile assetto la CNMC svolge funzioni di supervisione e controllo, legate in modo specifico alla caratterizzazione concorrenziale dei mercati, statuendo in materia di servizio universale e di meccanismi incentivanti ai fini della definizione degli oneri di sistema; la metodologia dell'Autorità segue sempre la via delle consultazioni preliminari.

5.1. (Segue) ... nel servizio elettrico

In Italia il corpo più rilevante di norme e di giurisprudenza in tema di partecipazione è quello formatosi nel settore dell'energia elettrica, con riferimento all'attività regolatoria dell'ARERA⁴⁵. I giudici hanno chiarito che la partecipazione degli interessati al procedimento è di tipo collaborativo e non co-decisionale⁴⁶;

⁴⁴ Si v. anche l'art. 38, c. 10: «Por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se podrán fijar requisitos mínimos de calidad de servicio que, en su caso, se exijan a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, con objeto de evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan mediante real decreto».

⁴⁵ Il regolamento di cui alla deliberazione 23 dicembre 2014, 649/2014/A, allegato A, disciplina la partecipazione ai procedimenti di regolazione (idoneo quindi ad abbracciare sia lo standard setting che la formazione delle tariffe). Il procedimento è avviato con delibera del Consiglio indicante le norme attributive del potere, presupposti, oggetto, finalità dell'atto da adottare, il responsabile del procedimento e il termine ordinatorio di conclusione. Nel documento di consultazione sono indicati «gli elementi essenziali del progetto di regolazione» e solo eventualmente uno schema dall'atto di regolazione da adottare, con evidenziate, in ogni caso, le questioni sulle quali l'Autorità sollecita l'intervento degli interessati. L'Autorità non delimita in alcun modo l'ambito soggettivo di riferibilità dei soggetti chiamati a intervenire, lasciando presumere la più ampia apertura ai soggetti interessati. Anche le modalità di consultazione possono spaziare dallo scambio documentale alla formazione di gruppi o seminari, o audizioni, secondo una pluralità di forme privilegia l'acquisizione delle informazioni. La motivazione del provvedimento finale è formulata tenendo conto «anche delle eventuali osservazioni» presentate nella fase delle consultazioni.

⁴⁶ Così TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1° dicembre 2004, n. 6092; della stessa sezione si v. le pronunce 27 maggio 2005, n. 1144; 16 novembre 2006, n. 2823. Sulla necessità che le autorità adottino meccanismi di consultazione preventiva, rispettino gli obblighi di partecipazione e motivino adeguatamente le proprie decisioni, si v. Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153; Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2006, n. 7972, in *Giur.it.*, 2007, 7, 1811; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215. Circa la non applicabilità delle norme alle procedure dinanzi alle autorità della legge n. 241/1990 che esclude la partecipazione e la motivazione dagli atti generali si v. Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, e già Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105 (con riferimento ai provvedimenti tariffari).

non è funzionale al raggiungimento di una regolazione “concordata”⁴⁷, né genera alcuna obbligazione di risultato⁴⁸.

L’esame dei provvedimenti dell’Autorità di predisposizione degli standard qualitativi evidenzia come il ricorso alle consultazioni sia fatto ad ampio raggio e trovi riscontro in puntuali argomentazioni dell’Autorità volte a illustrare i contributi di coloro che hanno partecipato (singoli operatori, associazioni di consumatori, altri soggetti istituzionali); il tutto nel limite dell’attività discrezionale dell’Autorità, che espressamente esclude la consultazione ove il provvedimento regolatorio sia strettamente vincolato rispetto alla legge⁴⁹.

Anche la determinazione di criteri o metodi tariffari rientra nell’esercizio di poteri discrezionali: giurisprudenza consolidata riconosce che «il potere delle Autorità di socializzare elementi tariffari deve rispettare gli ordinari limiti che connotano l’esercizio dei poteri discrezionali», con particolare riferimento alla ragionevolezza della scelta del criterio e delle concrete modalità applicative⁵⁰. Sotto questo profilo non sussiste un diritto delle imprese all’immodificabilità del sistema tariffario, pur essendo legittima la pretesa a che il passaggio tra due distinti regimi tenga conto degli effetti lo stesso può potenzialmente esplicare sull’equilibrio finanziario dell’impresa (attraverso la previsione di un regime transitorio, di tempistiche dilazionate e di oneri spalmati su più anni)⁵¹.

In Francia la prassi delle consultazioni pubbliche caratterizza l’operato della *Commission de Régulation de l’Énergie* (CRE), che vigila sul rispetto, da

⁴⁷ La conseguenza è che l’Autorità non è tenuta a diffondere un nuovo documento di consultazione ove si discosti da quello già diffuso (pena un irragionevole allungamento della fase istruttoria): Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1242, in *Foro amm. CdS*, 2010, 3, 642. Si v., da ultimo, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 luglio 2015, n. 1534 (relativo alla formazione di prezzi minimi garantiti per gli impianti da fonti rinnovabili).

⁴⁸ Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4906; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 luglio 2011, n. 1737, secondo la quale la consultazione preventiva è essenziale per arricchire la base conoscitiva dell’attività di regolazione.

⁴⁹ Si v. il *Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale*, di cui all’all. A, delibera 21 luglio 2016, come integrato da successive deliberazioni, di cui l’ultima, del 26 maggio 2020, n. 184/2020/R/com, espressamente esclude il ricorso alle consultazioni per il carattere vincolato delle modifiche resesi necessarie al provvedimento, a seguito del cambiamento del quadro normativo.

⁵⁰ Così, da ultimo, TAR Lombardia, Milano, sez. I, 7 gennaio 2020, n. 38.

⁵¹ Così Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2020, n. 4216, che richiama la pronuncia della Corte di giustizia, secondo la quale gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell’ambito del potere discrezionale dell’autorità nazionale (C. giust. UE, 10 settembre 2009, C-201/08).

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

parte dei gestori delle reti pubbliche, delle loro obbligazioni in materia di sicurezza, efficacia e qualità, in applicazione all'art. 131-1 del codice dell'energia⁵². In particolare la CRE fissa le tariffe per l'accesso alla rete di trasmissione (TURPE), in modo trasparente e non discriminatorio, sulla base di consultazioni preventive con i soggetti interessati; stabilisce le regole concernenti le missioni dei gestori delle reti pubbliche di trasporto e distribuzione e il metodo di calcolo dei costi dell'energia nucleare storica. Sotto questo profilo la CRE è consultata con riferimento ad ogni progetto regolamentare relativo all'accesso alle reti infrastrutturali, o progetto di decreto del *Conseil d'Etat* volto a fissare le obbligazioni di *Électricité de France* in ordine alle modalità di cessione dell'energia nucleare.

Ai sensi dell'art. L321-18 del codice dell'energia, i livelli di qualità (variabili per area geografica) e le prescrizioni tecniche che devono essere rispettate dal gestore della rete pubblica di trasporto, sono definite in via regolamentare⁵³. Nel rispetto delle disposizioni regolamentari, i *cahier de charge* relativi alle concessioni dei distributori fissano i livelli di qualità richiesta.

Inoltre il Ministro dell'energia, con proprio *arrêté*, su parere della CRE, stabilisce le condizioni alla base degli accordi con i consumatori finali, le condizioni tecniche di interruzione del servizio e le modalità di indennizzo. La CRE pubblica regolarmente gli indicatori sulla qualità dell'elettricità nei suoi report annuali ed europei, nonché nel suo rapporto sulla regolazione incentivante della qualità del servizio (collegata ai profili tariffari)⁵⁴.

⁵² Con la liberalizzare il mercato relativo alla fornitura di energia, la trasmissione è rimasta monopolio statale affidato all'RTE (*Réseau de transport d'électricité*) e la distribuzione è organizzata attraverso concessioni, vigilate dalle *Autorités organisatrices de la distribution d'électricité et de gaz* (AOD), che vedono riuniti comuni (proprietari delle reti), dipartimenti, *établissements publics de coopération*, e che devono garantire lo svolgimento degli obblighi di servizio pubblico (secondo l'art. 224-31 del codice delle collettività territoriali). In particolare i settori della produzione (con EDF che ha la maggioranza del mercato) e della fornitura (in questo caso apertasi progressivamente dall'anno 2000) sono organizzati secondo un mercato in concorrenza.

⁵³ Si v. il decreto n. 2007 del 24/12/2007 relativo ai livelli di qualità e alle prescrizioni tecniche in materia di qualità delle reti pubbliche di distribuzione e di trasporto di elettricità, decreto governativo emanato sulla base di un parere della CRE.

⁵⁴ In Francia i consumatori finali domestici (potenza inferiore a 36 kw) e quelli non domestici con determinati requisiti (meno di dieci dipendenti e bilancio annuale non superiore a due milioni di euro) possono beneficiare delle *tariffe regolamentate di vendita* dell'energia elettrica. Le stesse sono definite su proposta motivata della CRE ai ministri dell'economia e dell'energia; in assenza di opposizione di uno dei due ministri nell'arco di tre mesi le tariffe si ritengono approvate e sono pubblicate nel *Journal Officiel de la République*. Le tariffe sono determinate sulla base di quanto prescritto dall'art. L337-6 del codice, come somma di un insieme di valori che comprendono il prezzo di mercato, il costo di trasporto sulle reti di tra-

Il Consiglio di Stato ha, in diverse pronunce del 2018 e 2019, ammesso «dans son principe», la possibilità per i poteri pubblici di fissare tariffe regolamentate di vendita dell'elettricità, per «garantir aux consommateurs un prix de l'électricité plus stable que les prix de marché», in un contesto di forte volatilità dei prezzi⁵⁵; l'orientamento in tal caso è risultato contrario alla posizione assunta rispetto alla regolamentazione tariffaria del prezzo del gas, ritenuta in contrasto con il diritto europeo⁵⁶.

La CRE e l'Autorità della concorrenza presentano ogni cinque anni un rapporto ai ministri dell'economia e dell'energia, riguardante le tariffe regolamentate di vendita, sotto il profilo dell'impatto sugli obiettivi di interesse economico generale (stabilità dei prezzi, sicurezza degli approvvigionamenti, coesione sociale e territoriale), sul mercato al dettaglio, nonché con riferimento alle categorie di consumatori ai quali dovrebbe essere estesa la tariffa regolata. Una volta acquisite le informazioni, i ministri possono proporre il mantenimento o piuttosto la modifica o la soppressione delle tariffe, con valutazioni che “sono rese pubbliche”. Il medesimo meccanismo di silenzio assenso, riferito alla determinazione del prezzo su proposta della CRE e determinazione dei ministri dell'economia e dell'energia, si applica anche alla cessione dell'elettricità prodotta centrali nucleari da parte di Electricité de France (monopolista della produzione di energia nucleare) ai fornitori di consumatori finali⁵⁷.

Il caso inglese relativo alla definizione degli standard e delle tariffe nel

sporto e distribuzione, i contributi decisi dallo Stato, tra cui il contributo al servizio pubblico (CSPÉ) che finanzia le energie rinnovabili, la tariffa di prima necessità, i servizi del mediatore nazionale dell'energia (è calcolata in funzione del consumo ed è rideterminata ogni anno su proposta della CRE); la tassa sul consumo finale di elettricità (TCFE).

⁵⁵ Si tratta, in primo luogo, della decisione del 18 maggio 2018 su ricorso dell'ANODE (*Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*). Con ulteriori due delibere del 6 novembre 2019, il Consiglio di Stato ha respinto le richieste di annullamento delle decisioni di fissazione delle tariffe regolamentate del 27 luglio 2018 e del 28 maggio 2019 convalidando così la metodologia di costruzione tariffaria adottata dalla CRE.

⁵⁶ Con decisioni del 7 settembre 2016 e del 19 luglio 2017, il Conseil d'État ha dichiarato illegittime le norme del codice di energia e i decreti emanati in attuazione, nel presupposto che il mantenimento di tariffe regolamentate di vendita del gas naturale è contrario alle direttive europee in materia, non costituendo le relative limitazioni delle reali necessità nell'interesse economico generale.

⁵⁷ Questa obbligazione è stata posta per far beneficiare i fornitori di energia elettrica e i loro clienti del parco nucleare francese. Sulla costituzionalità della determinazione del prezzo relativo a tale obbligazione (che costituisce un evidente limite alla libertà di impresa) si è espressa la Corte costituzionale, con decisione 7 novembre 2019, n. 2019-791DC: «[...] ces dispositions qui ne prévoient aucune autre modalité de détermination du prix ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, autoriser les ministres

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

settore elettrico è paradigmatico perché il mercato è oggetto di un nuovo processo di riforma⁵⁸, che vede ampliati gli spazi della regolazione indipendente ma anche della decisione politica, in un intreccio che non lascia sempre emergere la chiara distinzione dei rispettivi ruoli⁵⁹.

L'intreccio delle funzioni tra regolatore indipendente e autorità politica può essere colto a partire dal quadro degli strumenti che regolamentano i mercati dell'energia: *legislation, licence conditions and codes* (si tratta degli accordi multilaterali a cui partecipano gli operatori di settore e che sono determinanti ai fini dell'assetto concorrenziale del settore elettrico).

La competenza primaria nella determinazione delle condizioni standard di erogazione del servizio, specie sotto il profilo della definizione dei prezzi e della qualità, nella considerazione delle dinamiche concorrenziali, è dell'organismo di regolazione OFGEM, che opera primariamente a livello di modifica delle *standard licence conditions*.⁶⁰ La regolazione opera, infatti, nel presupposto che la fornitura di energia è soggetta a licenza, in base allo *Utilities Act 2000*⁶¹; per le altre attività di trasmissione e distribuzione il controllo dell'Autorità opera in virtù del carattere quasi monopolistico delle reti e delle esigenze di garantire l'accesso e di controllare il comportamento degli operatori che operano in assenza di un reale mercato concorrenziale. Nell'esercizio di questa competenza, in adeguamento alle linee strategiche di sviluppo, atti di natura legislativa, promossi dal governo su impulso del BEIS, possono indirizzare e conformare, anche per periodi di tempo limitati, i poteri del regolatore indipendente, autorizzandolo a intervenire sulla modifica delle condizioni di licenza o sui codici di autoregolazione del settore per realizzare la finalità specifica.

chargés de l'énergie et de l'économie à arrêter un prix sans suffisamment tenir compte des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires».

⁵⁸ La privatizzazione dei servizi energetici in Gran Bretagna, con il Gas Act del 1986 e l'Electricity Act del 1989, non ha comportato immediatamente una liberalizzazione del settore (specie per i clienti residenziali), intervenuta solo a fine anni Novanta e regolata grazie alla creazione dell'Ofgem nel 1999 (nato dalla fusione dell'Office of Gas Regulation – OFGAS – e dell'Office of Electricity Regulation – OFFER).

⁵⁹ Si v. M. Ioannidou and D. Mantzari, *The UK Domestic Gas Electricity (Tariff Cap) Act: Re-regulating the Retail Energy Market*, *Modern Law Review*, 2019, 82 – 3, May 2019.

⁶⁰ L'Autorità è stata chiamata in misura crescente a definire condizioni standard, non solo al fine di garantire un più adeguato e generalizzato livello di protezione dei consumatori, ma anche a livello di pratiche contabili e di rendicontazione degli operatori, ai fine di consentire un maggior controllo pubblico sulle *performance* di mercato.

⁶¹ Lo *Utilities Act 2000* ha imposto licenze separate per le attività di fornitura e distribuzione, rendendo il regolatore responsabile per il rilascio delle licenze, sottraendo la relativa competenza al Dipartimento.

OFGEM opera, di regola, tramite la consultazione dei soggetti interessati, sia operatori, soggetti istituzionali, organizzazioni di consumatori, ed è chiamata a giustificare le ragioni delle proprie scelte regolatorie in rapporto agli interventi ricevuti. In particolare l'Autorità è chiamata a giustificare l'intervento in funzione degli impatti previsti, nonché a monitorare gli esiti e a rappresentare i medesimi nell'ambito dell'attività di report al Segretario di Stato.

Occorre aggiungere che ai sensi dell'*Utilities Act* 2000, il Segretario di Stato e l'Autorità agiscono “secondo gli stessi obiettivi e doveri”⁶², tanto che, in presenza di taluni presupposti (come per facilitare l'accesso al sistema di trasmissione o l'uso efficiente dello stesso) lo stesso Segretario di Stato può direttamente modificare le *standard conditions* delle licenze, consultando preventivamente sia l'Autorità che i soggetti interessati.

Regolazioni di carattere generale dell'Autorità possono avere il “consenso” del BEIS, come, da ultimo, per *The Electricity and Gas (Standards of Performance) (Suppliers) (Amendment) Regulations 2020*, pubblicata nel gennaio 2020.

Le competenze di OFGEM e BEIS sono, dunque, complementari e talvolta sovrapposte, come segnalato dall'indagine condotta dalla *Competition and Markets Authority* (CMA) nel 2016⁶³: in particolare l'Autorità della concorrenza denuncia la mancanza di un coordinamento efficace e di una reale trasparenza nel processo di regolamentazione di OFGEM, idoneo a far comprendere le ragioni dell'assunzione di una decisione ai soggetti interessati.

Sotto il profilo tariffario, nel Regno Unito, sin dall'origine dei processi di privatizzazione, l'andamento dei prezzi delle forniture di elettricità è stato oggetto di regolazione, al fine di impedire la crescita eccessiva dei prezzi, in via transitoria fino all'instaurazione di un mercato concorrenziale effettivo.

⁶² Il Parlamento può infatti indirizzare raccomandazioni ad entrambe gli attori istituzionali. Si v., ad esempio, la raccomandazione del Parlamento a DECC e OFGEM per un'efficace politica di “connessione e gestione” del settore. Si v. il rapporto della VI Commissione Energy and climate Change, House of Commons, 10 febbraio 2015, dal titolo *Energy network costs: transparent and fair?*, in www.parliament.uk.

⁶³ Si tratta del documento *Energy Market Investigation, Final Report*, (July 2016), in base al quale in alcune occasioni il Dipartimento ha preso i poteri (o si è dichiarato disposto a farlo) promuovendo cambiamenti nella legislazione primaria, in caso di inerzia di OFGEM. Secondo l'Autorità si è percepita la mancanza di una reale indipendenza del regolatore. Sotto questo profilo l'Autorità invita il Governo a chiarire, in via di legislazione primaria, gli obiettivi e gli obblighi statutari di OFGEM (punto 324), rafforzandone i poteri e l'indipendenza. L'intreccio di competenze è tale che la più chiara definizione dell'assetto di *governance* ha richiesto la definizione di un *Framework Document* tra OFGEM e BEIS, per chiarire i ruoli reciproci, a norme invariate (9 settembre 2019).

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

Sin dalla sua istituzione l'Ofgem ha introdotto, per tutte le filiere del sistema (fornitura, trasmissione, distribuzione) il meccanismo *price – cap*, mediante la nota formula RPI-X, divenuta un modello anche per altri settori di servizi di pubblica utilità regolati, volta a incentivare scelte operative efficienti, nella contestuale protezione degli utenti da rialzi eccessivi dei prezzi. Nel 2013, a seguito della riforma introdotta dall'Ofgem al sistema tariffario (*The Retail Market Review*), le clausole generali dei contratti di fornitura sono state modificate in direzione di una scelta più trasparente tramite più chiare informazioni agli utenti. La nuova formula di calcolo introdotta dall'Autorità è denominata RIIO (*Revenue = Incentives + Innovation + Outputs*) ed è volta a incoraggiare la maggiore innovazione nelle reti energetiche a beneficio dei consumatori. In base al *Domestic Gas and Electricity (Tariff cap) Act 2018*, approvato dall'House of Commons il 19 luglio 2018, viene posto un limite alle tariffe applicate agli utenti domestici di energia. Le modifiche sono previste autorizzando l'Autorità a operare una revisione delle *standard conditions*, incorporate nelle *supply licences*.

In Spagna la *Ley 24/2013* del 26 dicembre, di regolazione del settore elettrico ha modificato la prima legge di liberalizzazione, 27 novembre 1997, n. 54, per la necessità di definire un nuovo quadro di norme, al fine di garantire quella flessibilità necessaria per adattarsi ai cambiamenti rilevanti del settore elettrico, specie sotto il profilo della garanzia di equilibrio finanziario del sistema (per il quale rilevano fattori come il regime di remunerazione degli impianti e il sistema tariffario).

In tale settore la CNMC emana raccomandazioni per migliorare l'assetto competitivo del mercato e offre consultazioni e raccomandazioni non vincolanti al governo prima che le regolamentazioni siano approvate. Quanto alle competenze propriamente regolatorie, spetta al CNMC, «tramite de audiencia» e con criteri di efficienza economica, trasparenza, obiettività e non discriminazione, individuare le metodologie relative alle tariffe di accesso alle reti e relative al funzionamento del sistema (secondo un elenco articolato). Spetta al *Ministerio de Industria, Energía y Turismo* una serie di poteri decisori in ordine alle regole di funzionamento, alla fissazione dei prezzi delle attività regolate e ad altre funzioni collegate alla funzione pianificatoria governativa. Da tale funzione deriva infatti la lettura della “domanda” del servizio, in rapporto alla quale la determinazione di standard ovvero la fissazione dei prezzi e delle tariffe è strettamente connessa. Rispetto a tali funzioni la CNMC entra sia con funzione consultiva che di vigilanza sull'adeguamento del sistema ai vincoli, legislativi e non, precostituiti.

Nell'esercizio delle funzioni nel settore il CNMC ricorre sistematicamente alle *consultas públicas*, tramite il proprio portale. In un caso recente, del

febbraio 2020, è stato lo stesso Consiglio di Stato a chiedere all’Autorità la nuova apertura di una *consulta* per permettere un’adeguata rappresentazione delle informazioni necessarie da parte dei soggetti interessati⁶⁴.

5.2. (Segue) ... nel trasporto ferroviario

In Italia, il modello di disciplina della partecipazione sviluppatosi nell’ambito delle *utilities* è declinato, con alcune specificità, anche nel settore dei trasporti, relativamente ai procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell’Autorità di regolazione ART⁶⁵.

Con riferimento agli standard qualitativi dei servizi, la legge istitutiva definisce la competenza dell’ART nella definizione delle «*condizioni minime di qualità* dei trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo le caratteristiche territoriali della domanda e dell’offerta» (art. 37, d.l. 201/2011, conv. dalla l. 214/2011). La formazione delle relative delibere è connotata dalle più ampie garanzie di consultazione, sia scritta che orale, delle parti interessate, con ciò intendendo gli enti affidanti, i gestori dell’infrastruttura, le imprese ferroviarie, le associazioni di categoria e le associazioni dei consumatori⁶⁶.

La complessità delle decisioni relative alla formazione delle tariffe può essere all’origine del ricorso alla consultazione con i soggetti interessati a più livelli: così, ad esempio, l’Autorità dei trasporti, nella fissazione dei canoni di accesso e di utilizzo dell’infrastruttura ferroviaria, è ricorso dapprima ad una *call for inputs*, volta a sollecitare l’intervento degli *stakeholders* in termini propositivi (delibera n. 86/2014), ai fini della formazione dello schema di

⁶⁴ È quanto accaduto per il *Proyecto de Circular por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural*, 12 febbraio 2020, consultabile nel sito istituzionale della CNMC.

⁶⁵ Si v. il regolamento di del 16 gennaio 2014, approvato con delibera del Consiglio n. 5/2014, recante la «disciplina dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell’Autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse». Con riferimento a questi ultimi non viene introdotto alcun criterio di individuazione (ad esempio con riferimento alle associazioni riconosciute), anche se l’Autorità ha obblighi specifici di comunicazione (ad esempio delle risultanze istruttorie, previa approvazione del Consiglio, relativamente ai soggetti che hanno partecipato alla consultazione).

⁶⁶ Si v. la delibera dell’ART n. 16/2018, di determinazione delle condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico, e in special modo la relazione istruttoria allegata, in cui si dà motivatamente conto di tutti gli interventi delle parti consultate, acquisiti sia per iscritto che durante l’audizione orale appositamente fissata.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

delibera, successivamente sottoposta a procedura di consultazione secondo le regole ordinarie⁶⁷.

In Francia, nell'ambito del servizio ferroviario nazionale, la determinazione di standard qualitativi e delle tariffe riflette la complessa *governance* del settore, in cui lo Stato esercita un duplice serie di funzioni, in qualità di azionista pubblico e di regolatore.

La *Société Nationale Chemin de Fer* (SNCF) è interamente di proprietà dello Stato (la proprietà è inalienabile) e presiede il gruppo omonimo in cui le diverse società svolgono le funzioni affidate: gestione della rete, gestione delle stazioni, gestione del servizio viaggiatori e merci a livello nazionale e internazionale⁶⁸.

La funzione regolatoria è svolta dall'*Autorité de regulation des transport*, derivante dall'ampliamento delle funzioni, nell'ottobre 2019, dell'*Autorité de regulation des activités ferroviaires et routières* (Arafer), creata con *Loi n. 2009-1503 du 8/12/2009* e riformata con la c.d. *Loi Macron* del 2015. L'Autorità svolge funzioni di regolazione volte soprattutto a vigilare l'holding pubblica per gli aspetti di accessibilità alla rete e di apertura al mercato. Da questa conformazione (un mercato ancora in mano all'impresa pubblica, regolata da un'autorità indipendente) nasce la particolare caratterizzazione per cui la qualità del servizio e la tariffazione sono affidate essenzialmente a SNCF, sulla base di un contratto pluriennale concluso con lo Stato, il cui progetto è soggetto all'*avis* dell'Autorità (art. L. 2111-10-1 del *Code des transports*) e nei limiti delle disposizioni di legge in materia⁶⁹. Le condizioni di qualità del servizio e i criteri di tariffazione sono presentati da SNCF nel *Document de référence du réseau ferré national* (DRR) che contiene le informazioni necessarie per le imprese ferroviarie e per tutte le parti interessate. Nello stesso documento si dichiara che ogni progetto di modifica del documento (salvo i meri aggiornamenti o correzioni) è soggetto, da parte di SNCF Réseau, alla consultazione delle parti interessate (imprese ferroviarie, organizzazioni rappresen-

⁶⁷ Si v. la delibera dell'ART n. 86/2014 *Call for Inputs* e la successiva delibera n. 96/2015 relativa ai criteri per la determinazione dei canoni di accesso e di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, redatta all'esito delle consultazioni sullo schema di provvedimento formulato anche grazie ai contributi di risposta della precedente delibera.

⁶⁸ La trasformazione societaria (in luogo dei precedenti *établissements publiques*) è avvenuta con *Loi n. 2018-515 del 27/6/2018 pour un nouveau pacte ferroviaire*, in cui si conferma che SNCF assolve la missione di servizio pubblico. Il gruppo è composto dalla società madre SNCF, e dalle società SNCF Réseau, SNCF Gares & Connexions, Fret SNCF e SNCF Voyageurs.

⁶⁹ Si v. ad esempio l'art. L 2111-9-2 del codice dei trasporti, secondo il quale le tariffe riscosse per la fornitura dei servizi di stazione alle società di trasporto possono essere stabilite per un periodo non superiore a cinque anni e devono incentivare i gestori delle stazioni a migliorare le proprie performance.

tative del settore, autorità organizzatrici del trasporto, ministero e ente per la sicurezza ferroviaria, ma non utenti). A partire dalla data di pubblicazione, l'ART esprime un parere motivato sull'insieme del documento e, in modo specifico, sulla tariffazione dei servizi minimi e dei servizi regolamentati: le modifiche che si rendono necessarie, sulla base dell'intervento dell'autorità, per rendere il documento conforme alle prescrizioni di leggi e regolamenti, sono apportate senza altre consultazioni.

Spazi ulteriori per una partecipazione dei soggetti interessati si aprono attraverso due vie: gli organismi di concertazione, che si esprimono, tra le altre cose, sulla qualità dei servizi⁷⁰ e le consultazioni pubbliche dell'Autorità⁷¹ e del Ministero. In particolare l'Autorità dei trasporti utilizza lo strumento delle consultazioni nella vigilanza sul monopolista SNCF. La garanzia della qualità dei servizi nella prospettiva di una migliore tutela dell'utenza non è, tuttavia, prerogativa della sola Autorità, date le competenze della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF) che, in base all'art. 2151-3 del codice dei trasporti, è incaricata di vigilare sul rispetto delle disposizioni comunitarie, quali in particolare il regolamento CE 1371/2007 sui diritti e obblighi dei viaggiatori.

Il sistema dei trasporti ferroviari nel Regno Unito vede la presenza di un regolatore indipendente, l'*Office of Rail and Road*, «safety and economic regulator of railways», che “risponde al parlamento e alle corti”, svolgendo funzioni tipiche del regolatore, con l'eccezione della determinazione delle tariffe, di competenza governativa. Esso, perciò, amministra le licenze degli operatori ferroviari, vigila sull'accesso alle reti, garantisce che il servizio sia svolto nel rispetto delle norme di sicurezza, promuove la competitività del

⁷⁰ Si v. l'*Haute Comité du système de transport ferroviaire*, di cui all'art. 2100-3 del codice dei trasporti, istanza di informazione e concertazione, presieduto dal ministro dei trasporti e che unisce tutti i rappresentanti istituzionali, imprenditoriali e delle istanze associative degli utenti, con compiti consultivi del Governo e del Parlamento, volti anche a incoraggiare la cooperazione tra i partecipanti.

Altro esempio è costituito dall'art. L. 2111-9-3 del codice dei trasporti, la gestione delle grandi stazioni è seguita dal *comité de concertation*, composto dai rappresentanti dei gestori delle stazioni, delle autorità organizzatrici del trasporto, alle autorità organizzatrici della mobilità, dalle collettività territoriali coinvolte, dalle imprese di trasporto ferroviario e dagli utenti. Il comitato è chiamato a esprimersi sulla qualità dei servizi resi nella stazione, oltre che sui progetti di investimento e su tutte le prestazioni rese.

⁷¹ Con *Décision n. 2020-005* del 16 gennaio 2020 è stato approvato il regolamento interno dell'autorità, conformemente a quanto previsto dalla legge 2017-55 del 20 gennaio 2017 – *Statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*. In quella sede sono disciplinati i procedimenti dell'Autorità e il coinvolgimento dei soggetti interessati, in rapporto alle diverse tipologie di atto.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

settore, svolgendo anche funzioni di tutela della concorrenza (in modo non nettamente distinto dalla CMA), promuove studi e inchieste sul settore, protegge i consumatori.

Sotto il profilo specifico della formazione degli standard qualitativi, le licenze di esercizio del trasporto passeggeri contengono una serie di requisiti relativi agli standard del servizio (anche in relazione alle condizioni di viaggio previste dal reg. Ce n. 1371/2007); si suddividono in standard di prestazioni operative (relativi alla disponibilità del servizio, a cancellazioni, ritardi, ecc.) e standard di qualità del servizio (pulizia dei treni e delle stazioni, tempi di attesa, misurazione della soddisfazione degli utenti...). Non solo l'ORR promuove questo sistema ma il Dipartimento dei trasporti vigila sul rispetto, da parte degli operatori, di simili condizioni.

Ogni operatore ferroviario è tenuto a formalizzare le condizioni di qualità del servizio in una Carta del passeggero, che regola anche le diverse possibilità di reclamo e di rimborso (v. anche il *Consumer Rights Act* del 2005).

I prezzi per il trasporto merci sono fissati dagli operatori del trasporto, secondo i vincoli del quadro regolatorio (concernente, ad esempio, le tariffe di accesso alla rete) e nei limiti delle norme di concorrenza che vietano extra-profitti agli operatori nei mercati.

Nel servizio passeggeri, circa metà delle tariffe sono regolate dal governo (sezione 28 del RA93), in particolare dal Dipartimento dei trasporti, che opera sulla base di consultazioni con i soggetti interessati (come si può evincere dal sito istituzionale).

Le tariffe non regolate dal governo, come per i biglietti di prima classe o per l'acquisto anticipato, sono definite dagli operatori passeggeri, sulla base di un contratto collettivo (noto come *the ticketing and settlement agreement*), che stabilisce le regole su come le tariffe devono essere stabilite. La vigilanza su questo sistema appartiene al Dipartimento dei trasporti.

Le tariffe di accesso all'infrastruttura ferroviaria sono regolate, sulla base di periodiche revisioni dell'ORR, in modo differente nel caso di trasporto merci o passeggeri, sulla base di elementi fissi o variabili.

In questo quadro complesso in cui le funzioni del regolatore indipendente e quelle del Dipartimento dei trasporti si intrecciano nel definire le condizioni di svolgimento qualitative ed economiche del servizio, la modalità procedurale delle consultazioni preventive con i soggetti interessati è utilizzata da entrambi i soggetti. La pubblicazione dei documenti di consultazione sui siti istituzionali, tramite l'individuazione delle questioni sottoposte all'attenzione di chiunque ne sia interessato, viene seguita dalla pubblicazione degli interventi ricevuti e da un documento conclusivo in cui le argomentazioni sono discusse, nell'ottica di dare ragione delle scelte

concretamente adottate e in nome del principio di trasparenza del processo decisionale⁷².

In Spagna la *Ley 39/2003 de 17 noviembre del Sector Ferroviario* ha disciplinato il nuovo assetto del sistema ferroviario, nella prospettiva della liberalizzazione secondo le norme europee, attribuendo una posizione di centralità al *Ministerio de Fomento*, che svolge le funzioni fondamentali connesse allo sviluppo e all'equo accesso alle reti, all'individuazione delle aree del servizio pubblico ferroviario, all'attribuzione delle licenze delle imprese ferroviarie, interagendo con l'*Entidad Pública Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*.

In particolare il Ministro, con proprio *orden*, determina i livelli di qualità del servizio ai passeggeri, secondo i contenuti indicati nella legge (art. 59), autorizza le condizioni generali di contratto e determina i canoni di utilizzazione della rete.

Nell'esercizio di tali funzioni il Ministro utilizza le preve consultazioni, come disciplinati dall'*orden* del 2016 (v. nota 68) attraverso il proprio sito web⁷³.

Rispetto a tale assetto, le competenze attribuite alla CNMC dalla legge istitutiva sono essenzialmente di supervisione e controllo, affinché siano garantite parità di trattamento tra le imprese; coerenza delle tariffe e dei canoni con le prescrizioni della legge; valutazione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio ferroviario; individuazione dei criteri per il rilascio delle licenze (art. 11). Nell'esercizio di siffatte funzioni, laddove sussistano i presupposti di una regolazione che può incidere sugli interessi dei destinatari, la CNMC apre a consultazioni pubbliche, secondo le modalità esaminate⁷⁴.

6. Convergenze e divergenze in una prospettiva di sintesi: spunti di riflessione

L'analisi comparata delle procedure di formazione degli standard e del-

⁷² Si v., ad esempio, il documento *ORR's Approach to Transparency*, del luglio 2012, pubblicato nel sito istituzionale dell'Autorità, in cui vengono poste a consultazione la stessa *policy* di trasparenza adottata dall'Autorità, mediante la specificazione delle singole misure procedurali da adottare.

⁷³ Si v., ad esempio, la *Consulta pública previa sobre el Proyecto de Real Decreto par el que se modifica al Real Decreto 664/2015, de 17 de julio, par el que se apruebe el Reglamento de Circulation Ferroviaria*, nel sito del Ministero.

⁷⁴ Si v., come esempio, l'ultima consultazione pubblica del 2020, relativa a “*los criterios para autorizar nuevos servicios de tren que coincidan con tramos de Cercanías y Media Distancia*”, consultabile nel sito della CNMC.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

le tariffe nelle *public utilities* selezionate evidenzia alcuni tratti significativi ai fini dello sviluppo ulteriore della ricerca.

Il dato macroscopico di convergenza di tutti gli ordinamenti e per tutti i servizi considerati riguarda la comune adozione di procedure di *notice and comment*, che si traducono in una prassi generalizzata di consultazioni pubbliche, più o meno strutturate o normate.

Una prima spiegazione della convergenza sta nel fatto che in tutti gli ordinamenti analizzati il regime delle *public utilities* si è aperto al modello dell'economia di mercato (sia pure in modo più o meno spinto nei diversi paesi): ciò significa che le caratteristiche qualitative e i prezzi si strutturano fisiologicamente nell'incontro tra domanda e offerta, che non è "libero" ma condiziona il *modus operandi* del potere pubblico chiamato a leggere la domanda o a conformare l'offerta.

Il fatto che le procedure aperte di consultazione siano adottate dagli organismi di regolazione, ma anche da decisori politici e grandi imprese pubbliche titolari di diritti esclusivi, lascia intendere che una simile modalità procedurale sia connessa alle esigenze specifiche delle decisioni da adottare (standard qualitativi e tariffe) e in particolare alla necessità di acquisire informazioni, al fine di meglio strutturare e implementare le decisioni stesse.

Sotto questo profilo appare, perciò, coerente affermare che la necessità di consultazioni pubbliche – più ampie possibili – nei diversi paesi considerati non sia solo riconducibile al peculiare carattere dell'attività regolatoria di autorità indipendenti, ma, appunto, alla dimensione dell'"ambiente mercato" (reale o potenziale) nel quale quegli stessi servizi sono collocati. Ciò implica che la decisione pubblica, nell'ambito delle *public utilities*, non possa essere autoreferenziale ma debba necessariamente "organizzarsi" secondo una struttura di mercato: ciò significa calare la decisione pubblica nel contesto di una molteplicità di interessi privati che possono essere concorrenti o confliggenti, e di finalità sociali che devono misurarsi con una "razionalità economica". Da qui la necessità di una compiuta rappresentazione degli interessi in gioco, che rende le consultazioni pubbliche, e in genere la partecipazione, determinanti ai fini della stessa possibilità di una composizione degli interessi nell'ambiente mercato.

Una seconda spiegazione riguarda il fatto che, effettivamente, la determinazione di standard o tariffe è spesso rimessa ad autorità indipendenti, che esercitano autentici poteri discrezionali nell'attività regolatoria.

Le decisioni regolatorie, nella complessità delle valutazioni tecniche che ne sono implicate, sono, infatti, ad alto tasso di discrezionalità, spesso anche in ragione della laconicità dei vincoli posti al regolatore dalle norme attributive del potere (nella diversa rilevanza che le stesse possono avere

nei vari ordinamenti). Ciò implica l'intima connessione tra decisioni discrezionali e procedimenti aperti alla più ampia partecipazione, dato che i contenuti innovativi sono meglio intercettabili nel dialogo con gli operatori nel mercato piuttosto che nel dialogo istituzionale, all'interno del classico circuito della responsabilità politica.

La partecipazione è un'esigenza propria del processo economico e rende la regolazione legittima e credibile, facilitando l'implementazione delle decisioni. Così è per l'obbligo di motivazione degli atti regolatori: ciò che viene in gioco non è solo un'esigenza di garanzia, ma la necessità che il potere sia esercitato secondo «un discorso giustificativo» che analiticamente illustri i presupposti e la formazione dell'atto⁷⁵. La consultazione dei soggetti interessati diventa necessaria in presenza di atti a contenuto generale perché migliora la qualità e l'effettività della regolazione, oltre che garantire la c.d. «legalità procedurale»⁷⁶.

Il fatto che le procedure più articolate di partecipazione appartengano alla sfera delle autorità indipendenti di regolazione (e l'esempio italiano è forse tra i più esplicitivi) sembra ricondursi ad un "modo di essere" di questi organismi pubblici, più aperti alle istanze di mercato e immersi in una rete internazionale di organismi analoghi, che operano secondo i medesimi schemi.

Queste riflessioni spiegano anche ulteriori caratteristiche che sono emerse dalla ricerca: il fatto che non sono fissati particolari requisiti ai fini della partecipazione; il fatto che la partecipazione riguardi atti regolatori generali e non sia inquadrata dai giudici in funzione della difesa, di codecisione o di garanzia (le tipiche finalità della partecipazione nelle leggi generali sul

⁷⁵ L'espressione è di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1989. Sul tema si v. M. Cocconi, *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in www.osservatorioair.it, aprile 2011.

⁷⁶ Così C. cost. 22 febbraio 2017, n. 69, rispetto alla quale si v. M. Ramajoli, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, n. 2, 170 ss. Sul tema si v. M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018. Sul regime degli atti generali, da ultimo, si v. M. Ramajoli e B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53. Sulla reale portata dell'indipendenza delle Autorità si v. G. della Cananea, *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, BUP, 2018, 199 ss. Sul rapporto tra partecipazione procedimentale e *accountability* delle autorità in Italia si v., da ultimo, Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4000: «il rispetto degli obblighi di partecipazione, attraverso la consultazione degli interessati, assicura alle Autorità l'*accountability* tradizionalmente derivante al potere pubblico dai suoi collegamenti con gli uffici politici, legittimati, a loro volta, dai principi della democrazia rappresentativa». Sul punto cfr. Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

il rilievo delle consultazioni pubbliche nelle *public utilities*

procedimento amministrativo); il fatto che generalmente sia consentito alle autorità procedenti di decidere in modo difforme anche dai propri documenti di consultazione, senza necessità di motivare analiticamente le ragioni dello scostamento (né quelle per cui sono accolte talune istanze partecipative piuttosto che altre).

Non si registra, invece, una generalizzata convergenza nel ruolo dell'utenza all'interno delle procedure decisionali in tema di standard e tariffe. Accanto a modelli di maggiore apertura (come quello italiano) si collocano modelli in cui quella partecipazione sembra esclusa, o quantomeno recuperata con altre modalità di raccordo (più organizzativo che procedurale, come in Francia).

Circa l'effettività del ruolo svolto dagli utenti sono, del resto, significative le esperienze deludenti maturate negli Stati Uniti e nel Regno Unito (dove è nata la cultura stessa delle Carte di servizio).

Nel Regno Unito, in particolare, è acquisita consapevolezza di un processo di liberalizzazione che ha fallito negli obiettivi che lo avevano mosso, essendo rimasti mercati con posizioni oligopolistiche e un livello dei prezzi tendenzialmente aumentati, con scarso beneficio per gli utenti, anche sotto il profilo della qualità complessivamente erogata. Il dibattito mette in luce, in particolare, la debolezza della posizione degli utenti nel mercato, che di fatto non esercitano quella pressione sull'offerta che alimenta i meccanismi concorrenziali. Le esigenze di "rafforzamento" dei consumatori (*consumer empowerment*) vanno quindi in parallelo alle esigenze di tutela (*consumer protection*), specie con riferimento alle categorie fragili o localizzate in zone territoriali in cui più facili possono essere i comportamenti abusivi delle imprese. La necessità di tutelare gli utenti è anche all'origine della scelta, di alcuni ordinamenti, di mantenere prezzi parzialmente amministrati con riferimento all'erogazione dei servizi.

Nei paesi europei analizzati, la risposta ai rilevati fallimenti della regolazione non viene cercata al di fuori del processo decisionale pubblico, ma semmai nel recupero di spazio decisionale da parte dell'autorità politica, che molto spesso guadagna ambiti dedicati al regolatore (come anche in Italia e in Spagna).

Ed è proprio sul versante della distinzione di funzioni tra regolazione e funzioni degli organi politici che si registra l'ulteriore variazione: si è visto come per alcuni ordinamenti le competenze non siano nettamente definite, se non addirittura sovrapposte, sollevando degli interrogativi suggestivi sulla contiguità (e non opposizione) tra funzioni "politiche" e "regolatorie" (ovvero sulle funzioni regolatorie affidate a organi politici, o piuttosto ad amministrazioni "neutrali").

In questo quadro, la decisione politica può guadagnare nuovi spazi (diversi nei diversi paesi anche in rapporto alla “storia” di ognuno), come avviene con riferimento alla capacità programmatrice, legata alla necessità di contemperare la politica industriale con politiche di segno diverso e potenzialmente confliggenti (come quella ambientale); nella necessità di leggere la domanda dei servizi, con criteri diversi da quelli di mera efficienza economica (distribuzione territoriale, sostegno della domanda debole, apertura alle disabilità, etc.); nella capacità di generare mercati e sviluppare politiche industriali dove le condizioni di sviluppo economico e tecnologico lo consentono; talvolta nella stessa protezione degli utenti (come si è visto nei casi spagnolo e francese).

Ciò induce ad una riflessione sulle *public utilities* soggette a processi di liberalizzazione, rispetto alle quali si è ritenuto, quantomeno nel dibattito degli anni Novanta, che si aprisse un processo irreversibile di arretramento del “pubblico”, inteso come spazio della scelta politica. La ricerca comparata dimostra, invece, che i due termini non sono necessariamente antitetici. Ciò che la liberalizzazione implica, in modo irreversibile, è la collocazione del processo decisionale nell’alveo dell’economia di mercato (reale o potenziale), con la conseguente necessità di una sua strutturazione nell’incontro tra domanda e offerta, e quindi nella necessaria apertura agli interessi coinvolti, a maggior ragione se si tratta della regolazione di un’autorità indipendente. La consultazione transita, così, da strumento di “democratizzazione” del potere pubblico autoritativo, a strumento di organizzazione della decisione economica nei mercati liberalizzati (o in corso di liberalizzazione), indispensabile per acquisirne la conoscenza e correggerne i fallimenti.

Abstract

The essay analyzes the procedures regarding quality standards and tariffs relating to certain essential services (electricity and gas, rail transport, electronic communications) in some European countries (Italy, France, United Kingdom, Spain). The aim is to investigate the dissemination of notice and comment participatory models, in order to investigate their common purposes and contents. The widespread adoption of public consultations makes it possible to carry out conclusive reflections on the relationship between public decision-making processes and the market, with specific reference to the regulation of independent authorities.

SIMONE LUCATTINI

LA MECCANICA DEL SISTEMA DI REGOLAZIONE DEI RIFIUTI

SOMMARIO: 1. I presupposti della regolazione dei rifiuti: le cose da regolare e gli assetti di mercato. – 2. L’“oltrepassamento” della regolazione. – 3. La *dinamica*: la teleologia della regolazione (tariffaria). – 4. L’impatto del metodo tariffario: profili di diritto intertemporale. – 5. La *statica*: in apice un regolatore multisettoriale. – 6. Un sistema a configurazione duale. – 7. Prospettive di regolazione giustiziale. – 8. Conclusioni: “contraddirsi per svilupparsi”

1. I presupposti della regolazione dei rifiuti: le cose da regolare e gli assetti di mercato

Un illustre Autore ha notato, qualche anno fa, che «nessuno studio e nessun dibattito sui poteri regolativi può prescindere dal *carattere dei beni*»¹. Vale anche per la regolazione dei rifiuti che l’art. 1, c. 527, l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018) ha attribuito all’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA)², ormai divenuta regolatore mul-

¹ «[...] l’oggetto – acqua o energia – dà ragione e senso alla disciplina e alla dottrina giuridica», riconosce N. Irti, *Contratto e fonti regolative*, in *Contratti dell’energia e regolazione*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Torino, Giappichelli, 2015, 4. Un secolo prima F. Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 358 s., poteva, invece, ancora affermare che «l’indagine giuridica riguarda sempre non la natura della cosa in sé, ma il suo comportamento di fronte all’uomo, come base di relazioni fra gli uomini». Nel mondo di Carnelutti, «la tecnica era pertanto destinata a essere assoggettata a sottomessa alla “volontà di potenza” dell’ordinamento giuridico» il quale «rivendicava l’autonomia delle sue qualificazioni giuridiche» (P. Sirena, *L’elettricità come bene giuridico. Il dibattito civilistico tra Ottocento e Novecento*, in *Tecnica e spazio pubblico in Italia tra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Ragusa, Manduria-Bari-Roma, Piero Lacaita Editore, 2010, 199).

² «Al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, per garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull’intero territorio nazionale nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse, nonché di garantire l’adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, superando così

tisettoriale, energetico e ambientale³. Una regolazione diversa, almeno nei presupposti, rispetto a quella dell'energia dove la "cosa da regolare" assume una complessa configurazione reticolare, richiedendo omogeneità di disciplina, bilanciamento, coordinato esercizio, interoperabilità su scala europea. L'esistenza di una infrastruttura di rete in monopolio, attorno cui costruire la regolazione mimetica (che mima la concorrenza mediante il *third party access*), costituisce, infatti, elemento di semplificazione e omogeneizzazione, d'unificazione di logiche, rendendo applicabile lo schema classico della regolazione basato sulla dissociazione tra titolarità delle reti (in monopolio) e gestione (in concorrenza) del servizio⁴. Regolazione energetica e regolazione ambientale presentano, nondimeno, alcune analogie di fondo, considerato che l'attività di raccolta dei rifiuti è un servizio a rete⁵, mentre quella

le procedure di infrazione già avviate con conseguenti benefici economici a favore degli enti locali interessati da dette procedure», si legge nella norma attributiva del potere. La regolazione ha, quindi, esordito nel settore dei rifiuti con la deliberazione di ARERA 1/2018/A, recante «Avvio delle necessarie attività funzionali alla prima operatività dei compiti di regolazione e controllo del ciclo dei rifiuti urbani ed assimilati, attribuiti all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), ai sensi dell'articolo 1, commi da 527 a 530, della legge 27 dicembre 2017, n. 205». Per un quadro completo delle nuove competenze di ARERA, cfr. L. Musselli, *La regolazione della gestione dei rifiuti: verso nuove competenze dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico*, in *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, a cura di F. Merusi e S. Antoniazzi, Torino, Giappichelli, 2017, 278 ss.

³ Per effetto dell'art. 21, c. 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, in un momento di generale *favor* per il modello della regolazione per autorità indipendenti (cfr. G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 229 ss.; sulle alterne fortune di questo modello, M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello*, in *Riv. reg. merc.*, 2018; L. Saltari, *Avversione ai poteri neutrali e indipendenti. Conseguenze durevoli?*, in questa *Rivista*, 2019, V ss.). Eppure, un recente disegno di legge vorrebbe già sottrarre ad ARERA le competenze, acquisite soltanto nel 2011, in materia di servizio idrico. Si tratta della Proposta di legge n. 52 presentata alla Camera dei Deputati, in Atti parlamentari, XVIII Legislatura. Con lungimiranza, F. Merusi, *Un'autorità di regolazione fra un "glorioso passato ed un incerto futuro"*, in *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, cit., 288, aveva, del resto, previsto che non sarebbero mancate «occasioni per difendere giudizialmente la riserva di regolazione, attribuita e attribuibile all'Arera in materia di servizi relativi alle acque e ai rifiuti», considerato che «la tentazione di ritornare alla politica economica, per il governo e per il parlamento, si è dimostrata, anche per altre Autorità, tanto più forte quanto più recente è stata la "sottrazione" dell'autonomia della regolazione alla passata politica economica».

⁴ Sul punto vedasi, da ultimo, S. Torricelli, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dall'unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in *L'intervento pubblico nell'economia. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, Firenze, University Press, 2016, V, 299 ss.

⁵ Per la nozione di servizio pubblico a rete, già lueggiata a suo tempo da F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete*, Torino, Giappichelli, 2005, si può rinviare all'art. 2 dello schema di decreto legislativo recante «Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

di trattamento assomiglia molto alla gestione di impianti *essential facilities*⁶, come quelli di stoccaggio e rigassificazione. Tuttavia, nel settore dei rifiuti, manca l'infrastruttura fisica e diverso, rispetto ad una *commodity* che fluisce lungo una rete, è il bene oggetto di regolazione⁷ tale da suggerire una lettura "in negativo", sulla scorta della disciplina europea (dir. 2008/98/Ce), che, nell'ottica del principio di prevenzione, mira a ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e per l'ambiente⁸: minimizzare, smaltire, differenziare⁹, dunque, non

generale» (Atto del Governo n. 308), d'attuazione della delega conferita al Governo dagli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (poi dichiarata incostituzionale con sentenza 25 novembre 2016, n. 251), che definisce «servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete» o «servizi di interesse economico generale a rete di ambito locale» come quelli «suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali tra le sedi di produzione del bene o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio» e che sono «sottoposti alla regolazione a opera di un'autorità indipendente».

⁶ Cfr. A. Massarutto, *Municipal waste management as a local utility: Options for competition in an environmentally-regulated industry*, in *Utilities Policy*, 2007, n. 15, 17 s.

⁷ Per "rifiuto", la normativa nazionale e le direttive comunitarie intendono «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi» (art. 1, par. 1, lett. a), dir. n. 2006/12/Ce; art. 183, c. 1, lett. a) d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, codice dell'ambiente). Il concetto di "disfarsi", a sua volta, è stato variamente collegato in dottrina alla inutilità, alla perdita di valore economico, all'estromissione del bene dal ciclo economico. In merito, cfr. A. Borzi, *La gestione dei rifiuti*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara e M.A. Sandulli, II; S. Grassi e M.A. Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014, 626, nonché F. Bassi, *Sul concetto di rifiuto*, in *Riv. giur. ambiente*, 1988, 47 ss.; in prospettiva eurounitaria, G. Bottino e R. Federici, *Rifiuti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta, p.t. s., III, Milano, Giuffrè, 2007, 1679, ove si nota che «i rifiuti sono caratterizzati da un disvalore economico anziché da un valore economico». Non può, nondimeno, sfuggire, specialmente nell'ambito dell'intrapreso ragionamento, tra regolazione energetica e regolazione ambientale, che anche dallo smaltimento dei rifiuti può essere prodotta energia rinnovabile, come emerge dalle questioni sullo sfondo di Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2021, n. 5158, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, c. 1, l. rg. Emilia-Romagna 23 dicembre 2011, n. 23.

⁸ È, questa, l'accezione negativa della prevenzione, da intendersi come un «non fare» nel senso di «non produrre» o «non immettere in commercio»: così F. De Leonardis, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2015, 317. Più in generale, per un inquadramento della questione amministrativa dell'ambiente, leggasi F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quaderni regionali*, 1989, 533 ss.

⁹ Il "nuovo approccio", segnato fin dalla dir. rifiuti 2008/98/Ce, «è rivolto fondamentalmente a evitare e/o ridurre la formazione del rifiuto» (F. De Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 2092).

immettere sempre più energia nel sistema (e nemmeno disporre di sempre più acqua).

Da sempre, poi, la definizione del bene-“rifiuto”¹⁰ delimita l’oggetto del servizio pubblico e l’estensione della privativa comunale, giustificata, un tempo, essenzialmente sulla base degli interessi generali all’igiene e al decoro pubblico e, oggi, per lo più in funzione della tutela dell’ambiente e della garanzia d’universalità del servizio, in relazione ad un’«attività di pubblico interesse»¹¹. Lungo una parabola normativa¹² apertasi colla l. n. 366/1941, che riservava alla privativa comunale la gestione dei rifiuti urbani¹³ (art. 6, c. 1), la cui traiettoria è proseguita coll’art. 184 del codice dell’ambiente (art. 184, c. 2, lett. b) che, oltre ai rifiuti urbani, ricomprendeva nella privativa anche i rifiuti assimilati (i rifiuti speciali equiparati ai rifiuti urbani), per richiudersi, recentemente, col d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116 (art. 1, c. 24) che, modificando l’art. 198 del codice dell’ambiente, ha fatto venire meno il potere discrezionale dei comuni di individuare l’ambito dei rifiuti assimilati e, dunque, di riflesso, l’esatto perimetro della riserva definita, pertanto, oramai direttamente dalla legge¹⁴. Impiegata, in origine, per definire i monopoli

¹⁰ Sulla nozione di rifiuto possono leggersi, tra gli altri, P. Giampietro, *Proposte ricostruttive della “nozione autentica” di rifiuto, ex art. 14, l. 178/2002*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 233 ss.; M. Di Lullo, *La nozione di “rifiuto”*, in *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Clemente di San Luca, I, *Analisi della disciplina nazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 6 ss. Sul rifiuto, nella prospettiva privatistica della teoria dei beni, vedasi, invece, G. Resta, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 207 ss.

¹¹ Così nell’art. 177, c. 2, d.lgs. n. 152/2006; così, prima ancora, nell’art. 1, l. 20 marzo 1941, n. 366.

¹² Descritta da P. Dell’Anno, *Rifiuti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006.

¹³ Definiti, in dottrina, come «residui dei processi di consumo»: F. De Leonardis, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, cit., 296.

¹⁴ Già nel d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, norma sì risalente, ma fondamentale in materia, la definizione di rifiuti urbani serviva a delimitare il perimetro della privativa comunale dalla quale erano, invece, escluse, anche allora, le attività aventi ad oggetto rifiuti speciali (oggi definiti dall’art. 184, c. 3, d.lgs. n. 152/2006) che potevano, quindi, essere svolte da privati, previa autorizzazione (art. 3, c. 1). Lo stesso d.P.R. introduceva, altresì, il concetto di assimilabilità (art. 4, c. 1., lett e), poi ripreso dall’art. 21 d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. “decreto Ronchi”), e, successivamente, dalla richiamata, previgente, versione del codice dell’ambiente (art. 184, c. 2, lett. b), in relazione a quei rifiuti che, per quanto derivanti da attività produttive, a determinate condizioni possono essere assimilati ai rifiuti urbani e ricondotti all’interno della privativa comunale. A seguito delle modifiche apportate al codice dell’ambiente per opera del d.lgs. n. 116/2020, la definizione di rifiuti urbani è, oggi, racchiusa nell’art. 183, c. 1, lett. b-ter), d.lgs. n. 152/2006, e l’assimilazione avviene *ope legis*, per i rifiuti indicati al punto 2) della medesima lett. b-ter) che dunque vale, qui, la pena riportare integralmente: «1. i rifiuti domestici indifferenziati e da raccolta differenziata, ivi compresi: carta e cartone, vetro,

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

comunali, la nozione di rifiuti – urbani e assimilati – segna¹⁵, oggi, senza però esaurire, i confini applicativi della regolazione indipendente, destinata a estendersi oltre l'area tradizionale del servizio pubblico, nella più ampia logica del servizio di pubblica utilità¹⁶. Infine, con la *end of waste*, colla cessazione

metalli, plastica, rifiuti organici, legno, tessili, imballaggi, rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, rifiuti di pile e accumulatori e rifiuti ingombranti, ivi compresi materassi e mobili; 2. i rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell'allegato L-*quater* prodotti dalle attività riportate nell'allegato L-*quinquies*; 3. i rifiuti provenienti dallo spazzamento delle strade e dallo svuotamento dei cestini portarifiuti; 4. i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua; 5. i rifiuti della manutenzione del verde pubblico, come foglie, sfalci d'erba e potature di alberi, nonché i rifiuti risultanti dalla pulizia dei mercati; 6. i rifiuti provenienti da aree cimiteriali, esumazioni ed estumulazioni, nonché gli altri rifiuti provenienti da attività cimiteriale diversi da quelli di cui ai punti 3, 4 e 5».

¹⁵ Si richiama alla mente l'*incipit* dell'art. 1, c. 527, l. n. 205/2017: «Al fine di migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati [...]».

¹⁶ Sull'estensione dei poteri regolatori all'intera filiera dei rifiuti, leggasi TAR Lombardia, sez. I, 30 giugno 2020, n. 1247, dove si nota che, mentre «Il servizio pubblico è tradizionalmente definito come quell'attività volta a soddisfare in via continuativa un bisogno generale della collettività che l'ente pubblico organizza per perseguire scopi politici estranei alla logica di mercato» e che, quindi, «può essere svolta da operatori economici privati incaricati dall'ente pubblico, secondo uno speciale regime giuridico di privativa, in settori dove l'applicazione delle regole del mercato non sarebbe in grado di garantire la domanda della collettività», il servizio di pubblica utilità «è invece quell'attività economica, volta a soddisfare pure essa un interesse generale della collettività, organizzata dagli operatori economici privati ed assoggettata ad una disciplina di settore che sia in grado di guidare le scelte degli operatori in senso pro-concorrenziale, al fine di accrescere l'efficienza allocativa delle risorse e di garantire il benessere sociale». In sintesi, «Ciò che differenzia il servizio pubblico dal servizio di pubblica utilità sono dunque le ragioni dell'intervento dei pubblici poteri, determinato, nel servizio pubblico, dalla mancanza di un mercato e, nel servizio di pubblica utilità, dalla esistenza di un mercato liberalizzato da rendere del tutto concorrenziale». Ne discende che «la liberalizzazione del mercato dello smaltimento e del recupero dei rifiuti, ovvero la libertà degli operatori economici di accedervi, previa iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali per garantire la tutela dello specifico interesse pubblico ambientale, costituisce il presupposto dell'intervento regolatorio dell'A.r.e.r.a., volto a perseguire l'efficientamento del servizio di gestione dell'intera filiera dei rifiuti urbani». Sicché «Le attività di trattamento e smaltimento e di trattamento e recupero dei rifiuti urbani rientrano dunque a pieno titolo tra i servizi di pubblica utilità e di conseguenza le imprese che la esercitano, indipendentemente dal titolo, sono sottoposte ai poteri regolatori attribuiti all'A.r.e.r.a. dalla legge». Analoghe problematiche, d'estensione dei poteri di regolazione nei settori liberalizzati della filiera, e più in generale di compatibilità tra i concetti di regolazione/concorrenza, sono state affrontate, nel settore energetico, fin da Cons. St., sez.VI, 30 ottobre 2001, n. 5681, e sez.VI, 24 settembre 2007, n. 4920.

della qualifica di rifiuto¹⁷, il bene smette di essere assoggettato al complesso edificato sistema di regolazione (e vigilanza) pubblica.

La diversa natura delle cose da regolare sprigiona anche esigenze di disciplina multilivello e di differenziazione, in aderenza alle specificità dei territori e delle gestioni. Infatti, quella dei rifiuti appare come una regolazione legata ai concetti di bacino di programmazione, ambito territoriale ottimale, bacino di affidamento¹⁸, nella quale s'impone, quindi, un delicato esercizio di *ars combinatoria* tra poteri dei regolatori locali (enti di governo dell'ambito, ove costituiti) e del regolatore centrale (ARERA)¹⁹. D'altra parte, l'accentuata frammentarietà e disomogeneità, per dimensione e modello, delle gestioni sparse sul territorio nazionale²⁰ ha indotto ARERA, in occasione della recente adozione del metodo tariffario dei rifiuti, a procedere con «gradualità nell'implementazione dei nuovi criteri di regolazione tariffaria, anche attraverso l'adozione di forme di regolazione asimmetrica», in quanto «il settore di gestione dei rifiuti urbani è poliedrico nelle criticità, nelle competenze e nelle potenzialità», mal sopportando, perciò, «strumenti omogenei di intervento»²¹.

Assai differenti, rispetto ai più fluidi mercati energetici, sono, poi, i «caratteri morfologici di struttura»²², *sub specie* di assetti di mercato, e, di con-

¹⁷ In base all'art. 184-ter, d.lgs. n. 152/2006, «Un rifiuto cessa di essere tale, quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio, e soddisfatti i criteri specifici, da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto sono destinati a essere utilizzati per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana».

¹⁸ Come notato da F. Fracchia, *I servizi pubblici nel governo dell'economia*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, a cura di S. Licciardello, Torino, Giappichelli, 2018, 162, nell'ambito dei servizi ambientali «la dimensione ottimale non necessariamente è legata a ripartizioni amministrative tradizionali, dovendo piuttosto rispettare criteri e ritmi diversi, legati ai servizi ecosistemici e alla loro variabile estensione territoriale e, appunto, ambientale».

¹⁹ Sull'«incremento del tasso di centralizzazione della disciplina» dei servizi a rete, come conseguenza dell'opzione per la regolazione ad opera di autorità indipendenti, cfr. A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 458.

²⁰ Evidenzia le criticità derivanti da una simile frammentazione P.G. Novaro, *Regolazione dei rifiuti urbani: pluralità di modelli regionali e problemi applicativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 437 ss.

²¹ Cfr. i «Ritenuto» della delibera 443/2019/R/rif, recante «Definizione dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti, per il periodo 2018-2021».

²² Si mutua, qui, la concettualità di TAR Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

sequenza, i fini perseguiti. Se, infatti, nei grandi servizi a rete nazionali la regolazione persegue il proprio fine tipico, di «affermare la *par condicio* nel contraddittorio»²³ concorrenziale (almeno nei segmenti “a monte” e “a valle” della filiera), nei servizi pubblici locali, e nel settore dei rifiuti in particolare, si deve invece fare quasi sempre i conti con l’assenza di un mercato rilevante in cui poter anche soltanto simulare la concorrenza²⁴, sebbene nel mondo anglosassone stiano nascendo mercati *retail* dell’idrico e dei rifiuti, come in Scozia dove nel segmento non domestico alcuni *retailer* già operano a fianco di *Scottish Water* o in Irlanda dove nel servizio di raccolta operatori pubblici e privati operano in concorrenza tra loro²⁵. Concentrando l’attenzione sull’esperienza nazionale, resta però il fatto che, mentre nei grandi servizi a rete si è potuta affermare la concorrenza nel mercato, nel settore dei rifiuti dominano, invece, la formula della concorrenza per il mercato e le società per azioni *in house*²⁶. La regolazione potrà pertanto affermare, qui, la propria presenza in modo indiretto, di riflesso. In primo luogo favorendo le possibili esternalizzazioni, creando, mediante un potere tariffario volto al riconoscimento dei costi efficienti²⁷, un quadro più certo e condizioni appetibili per il

²³ F Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 95.

²⁴ “E se non c’è un mercato rilevante, non è possibile parlare di Regolazione. Almeno non nel senso di regolazione per determinare la concorrenza o, se non determinabile, simularla con strumenti di diritto amministrativo”, osserva F Merusi, *Note conclusive*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. Midiri e S. Antoniazzi, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 329. Di prospettiva «rovesciata», rispetto alla regolazione energetica, parla propriamente A. Benedetti, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, in *federalismi.it*, 2021, 12, rilevando come nei rifiuti «l’esigenza della regolazione nasce non in occasione della liberalizzazione del servizio, ma in ragione del mantenimento di un’area in privativa pubblica, sia pure ridefinita per effetto dell’apertura di nuovi mercati connessi (si pensi alle attività industriali di recupero dei rifiuti)».

²⁵ Cfr., rispettivamente, REF Ricerche, *Concorrenza nella vendita di acqua: opportunità o forzatura?*, Milano, 2017, e, per un cenno al caso irlandese, Cassa depositi e prestiti, Studio di settore – Rifiuti, *Obiettivo discarica zero*, 2014, 12, nota 8.

²⁶ Ancora oggi percorse da una «irrisolta ambivalenza» (così A. Maltoni, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. app.*, 2017, 22), equiparate ad un ufficio interno dell’amministrazione e considerate come enti pubblici in forma societaria, «gli enti strumentali di oggi» li definisce G. Morbidelli, *Gli enti strumentali di oggi*, in *Il governo dell’economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, cit., 113 ss., sulla scia di V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959. Con riferimento al settore dei rifiuti, l’Indagine conoscitiva IC49 (in *www.agcm.it*, 33 ss.) condotta nel 2016 dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha evidenziato come la modalità dell’affidamento dell’*in house* sia prevalente al Nord al Centro e al Sud d’Italia, con picchi in Toscana, Friuli-Venezia Giulia ed Emilia-Romagna.

²⁷ Come noto, il potere tariffario si presta a varie utilizzazioni, tanto per attuare – come avvenuto soprattutto in passato – politiche redistributive, che in vista del perseguimen-

mercato, favorevoli all'ingresso di gestori privati; in secondo luogo, rendendo più «sopportabile», per gli utenti – la cui tutela, al di là del ricorso alla giurisdizione (scoraggiato dall'esiguo valore della controversia rispetto alle spese di lite), sarebbe, altrimenti, «sostanzialmente affidata al sistema politico locale e agli enti territoriali»²⁸ – *in house*, attraverso una puntuale regolazione della qualità e della trasparenza, e grazie a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. La continua oscillazione tra municipalizzazione (*in house*) ed esternalizzazione (affidamento tramite evidenza pubblica o a società mista il cui socio sia scelto con evidenza pubblica) può, infatti, essere condizionata dalla presenza di una autorità di regolazione, nel senso che il ruolo «di garanzia» (di ritorno di investimenti di lungo periodo che necessitano di un quadro regolatorio-tariffario tendenzialmente stabile) svolto da tale soggetto potrebbe arginare la tentazione di considerare quella della gestione diretta pubblica o dell'*in house* come l'unica soluzione²⁹. D'altro canto, unicamente per effetto di una sistematica attività regolatoria (tariffaria, della trasparenza, della qualità³⁰, giustiziale) pare poter essere accettata la diffusa opzione per

to di obiettivi di politica industriale (cfr., ad esempio, l'art. 38, c. 2-*bis*, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, che imponeva ad ARERA di adeguare il sistema delle tariffe di trasporto del gas «a vantaggio dei soggetti con maggiore consumo di gas naturale»). Tale cangiante potere può essere anche piegato verso striscianti pubblicizzazioni, realizzate magari mediante riserve in forma implicita. Ciò sarebbe avvenuto, secondo la penetrante analisi di A. Travi, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 126 ss., attraverso il referendum del 2011 sull'art. 154, c. 1, d.lgs. n. 152/2006, agendo sulla tariffa idrica, deprivata della remunerazione del capitale investito, quale strumento incentivante per gli investimenti dei privati. A tale riguardo, cfr., altresì, C. cost., 26 gennaio 2011, n. 26, per cui «attraverso l'abrogazione parziale del c. 1 dell'art. 154, e, in particolare, mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della “adeguatezza della remunerazione del capitale investito”, si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua».

²⁸ «[...] scontrandosi con l'irrisolto e monumentale conflitto di interessi dell'ente locale, nello stesso tempo (parziale) regolatore, proprietario (reti), azionista, gestore», rilevato da M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 139.

²⁹ In tal senso, F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione sei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, 2016, 23.

³⁰ Con la deliberazione 226/2018/R/rif, l'Autorità ha avviato un procedimento per l'adozione di provvedimenti in materia di qualità del servizio di gestione dei rifiuti, nell'ambito del quale il Direttore della Direzione Ciclo dei Rifiuti Urbani e Assimilati ha ricevuto mandato di richiedere ai soggetti esercenti il servizio, ai sensi dell'articolo 2, c. 20, lett. a), l. n. 481/95, le informazioni funzionali all'adozione della regolazione della qualità (cfr. le determine nn. 3 e 4/2019 del Direttore della Direzione ciclo dei rifiuti urbani e assimilati). Nel 2021 è stato, quindi, adottato il documento di consultazione coi «Primi orientamenti per la

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

gli affidamenti *in house*, senza far registrare pregiudizi in capo agli utenti del servizio³¹. Il sistema della regolazione indipendente, fissando determinati standard di qualità nell'erogazione del servizio, deve, quindi, scongiurare il rischio che i gestori reagiscano ad azioni regolatorie volte a contenere i costi abbassando la qualità dei servizi offerti. Ciò può avvenire anche attraverso strumenti di regolazione *output-based*³², caratterizzati dal passaggio dalla remunerazione tariffaria degli *input* (costi operativi e spese in conto capitale), alla remunerazione delle *performance* e degli *output*, a beneficio dei consumatori e dell'ambiente: dai “mezzi” al “risultato”, in estrema sintesi. In quest'ottica, sembra muoversi il metodo tariffario dei rifiuti di ARERA che, tra i costi operativi riconosciuti, ha inserito «una componente prospettica», al fine di «valorizzare il livello di qualità raggiunto dai gestori più efficienti, favorendo il conseguimento di obiettivi di miglioramento».

2. L'“oltrepassamento” della regolazione

La regolazione, messa a contatto col più variegato e meno permeabile

regolazione della qualità del servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati» (deliberazione 72/2021/R/Rif), il cui approccio regolatorio di fondo consiste nel ricercato equilibrio tra qualità e incrementi tariffari: «un approccio regolatorio asimmetrico e graduale – in relazione alle condizioni di partenza delle gestioni – allo scopo di contemperare, da un lato, l'esigenza di rafforzare il livello di tutela degli utenti, specie nelle realtà con bassi livelli di qualità del servizio, e dall'altro, la necessità di contenere l'incremento dei costi sottostanti alle misure prospettate e conseguentemente l'aumento della tariffa corrisposta dagli utenti per la fruizione del servizio» (17). ARERA ha, invece, già adottato la delibera 444/2019/R/rif, recante «Disposizioni in materia di trasparenza nel servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati», coll'obiettivo di «armonizzare le garanzie a tutela dell'utente, assicurando contenuti informativi minimi obbligatori ed omogenei su tutto il territorio nazionale», che si traducono in «contenuti minimi obbligatori da riportare sui siti internet; contenuti minimi obbligatori da inserire nei documenti di riscossione; obblighi in materia di comunicazione individuale agli utenti».

³¹ In questi termini, E. Boscolo, *Il modello di regolazione indipendente nel settore idrico*, in *Annuario di diritto dell'energia 2017, Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2017, 269.

³² La più avanzata frontiera della regolazione incentivante ha, ancora, matrici britanniche, rinvenibili nel c.d. RHO Model (Revenue=Incentives+Innovation+Outputs), inventato dal regolatore inglese dell'energia Ofgem per la regolazione delle infrastrutture a rete. In tema, cfr. il *decision document* intitolato *Regulating energy networks for the future: RPI-X@20* del 4 ottobre 2010, in www.ofgem.gov.uk. In argomento, C. Cambini, A. Croce, E. Fumagalli, *Output-based incentive regulation in electricity distribution: evidence from Italy*, in *Energy Economics*, 45, 2014, 205 ss.

(alla concorrenza) mondo dei servizi pubblici locali, sembra discostarsi, sotto più profili, dal suo paradigma classico, inventato dal Prof. Littlechild e inventatosi negli anni Ottanta in Gran Bretagna³³. Nel settore dei rifiuti, peraltro, la conflittualità tipica dei servizi pubblici tra Stato e mercato, pubblico e privato, regolazione e gestione, accentramento e istanze locali, tecnica e politica sembra raggiungere il punto di massima tensione, specialmente nel momento cruciale della determinazione tariffaria. Da un lato, un'autorità tecnica e indipendente, non eletta, chiamata a definire il metodo tariffario dei rifiuti; dall'altro, i comuni (*uti singuli* o raccolti negli enti di governo d'ambito) vicini ai cittadini-elettori-produttori di rifiuti-utenti e finanziatori del servizio, attraverso l'imposta unica comunale di cui la tassa sui rifiuti (TARI) costituisce componente³⁴. Siamo dunque, qui, alla confluenza di divergenti spinte, con la sottostante dialettica regolazione indipendente/comune-regolatore che prende concretamente forma in relazione all'attuazione pratica del principio europeo "chi inquina paga": nell'alternativa tra sistemi tariffari ispirati al principio *pay as you throw* o, piuttosto, ancorati a tributi modellati sull'*user pays*³⁵. Il fatto che, oggi, dopo varie oscillazioni tassa-tariffa³⁶, il dirit-

³³ L'origine di tutto è S. Littlechild, *Regulation of British Telecommunications's Profitability, Report to the Secretary of State* (1983), in *Utilities policy, special issue*, vol. 31, dicembre 2014. La genesi britannica della regolazione, e il suo schema, sono efficacemente descritte da F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 2.

³⁴ Si tratta di quella che ARERA definisce ora, colla delibera 443/2019/R/rif, «TARI tributo», ossia, per precisione, «la tariffa istituita ai sensi dell'art. 1, c. 639, della legge n. 147/13». La questione della natura della tassa sui rifiuti, tra tributo e tariffa, è, da tempo (leggasi, già, G. Tremonti, *Profili della tassa per la raccolta ed il trattamento dei rifiuti solidi urbani*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, 590 ss., e, quindi, A. Uricchio, *Tassa per la raccolta dei rifiuti solidi urbani*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XV, Torino, Utet, 1999, 339 ss.), al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale (ripercorso dall'ordinanza della Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2019, n. 23949), attestatosi comunque su una configurazione in termini di tributo paracommutativo: cfr. L. Del Federico, *Il concorso dell'utente al finanziamento dei servizi pubblici, tra imposizione tributaria e corresponsività*, in *Rass. trib.*, 2013, 1222 ss.; P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, pt. g., Milano, Giuffrè, 2002, 23.

³⁵ Nota A. Tropea, *L'armonizzazione europea della tassa rifiuti. L'applicazione del principio pay as you throw*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2019, 720, come l'attuale sistema della TARI tributo non sembri ormai più in linea col principio comunitario "chi inquina paga" accolto nella dir. 2018/851/UE: sicché «Per rendere la disciplina italiana aderente ai principi europei, il punto nevralgico sul quale intervenire parrebbe essere il passaggio dall'attuale "facoltà" al possibile "obbligo" per i Comuni di munirsi di strumenti tecnici di misurazione puntuale delle quantità di rifiuti generata da ogni singolo utente», all'esito di un dialogo istituzionale da svilupparsi, secondo il citato Autore, tra il Tavolo Tecnico Politico permanente in materia di finanza locale e il regolatore nazionale ARERA.

³⁶ Dalla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, prevista dagli artt. 58 ss.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

to eurounitario – col richiamato principio “chi inquina paga” scolpito dalla dir. 2018/851/UE – pretenda una remunerazione del servizio in termini di tariffa-corrispettivo, dovuta dall’utente, e non più di tassa, dovrebbe riflettersi, in primo luogo, nel mutamento della natura giuridica dell’entrata nei bilanci pubblici: da entrata tributaria a entrata patrimoniale, in una prospettiva commutativa, per cui l’obbligazione è collegata alla effettiva fruizione del servizio reso, secondo uno schema sinallagmatico. Ma, soprattutto, se nella logica della tassa, quale prestazione dovuta a fronte dell’esercizio di poteri autoritativi dell’ente territoriale, le entrate complessivamente riscosse dai cittadini-contribuenti potevano anche non remunerare integralmente il costo del servizio, nella diversa logica della tariffa-corrispettivo il complesso delle entrate tariffarie corrisposte dagli utenti dovrebbe, invece, coprire interamente i costi di investimento e di esercizio, secondo il principio del recupero integrale dei costi (*full recovery cost*)³⁷. In prospettiva, l’avvento della regolazione indipendente, e di criteri uniformi di riconoscimento dei costi del servizio, dovrebbe, pertanto, realizzare, assieme al pieno invero del principio “chi inquina paga” – oggi, invece, i comuni possono ancora scegliere, ex art. 1, c. 651 e 652, l. n. 147/2013, tra TARI-tributo e tariffa puntuale-corrispettivo –, il definitivo superamento della forma-tributo, a favore di un meccanismo tariffario obbligatorio, e non più facoltativo-discrezionale, che sia in grado, da un lato, di trasferire al consumatore segnali di prezzo corretti e coerenti con indicatori di qualità del complessivo ciclo dei rifiuti e, dall’altro, di promuovere la tutela dell’ambiente, parametrando il prelievo fiscale sull’effettiva quantità di rifiuti generata da colui che inquina.

Affinché una simile tensione non divenga, da subito, insostenibile, la regolazione tariffaria di ARERA è stata, comunque, pensata come graduale, asimmetrica e flessibile. In quest’ottica, oltre a non scalfire l’alternativa, posta

d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507 (TARSU), si è passati alla tariffa di cui agli artt. 49 ss., d.lgs. n. 22/1997 (TIA1), eppoi ancora alla tariffa del d.lgs. n. 152/2006 (TIA2); infine, per un solo anno, si è tornati al tributo comunale sui rifiuti e sui servizi, disciplinato dall’art. 14, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (TARES). A far data dal 1 gennaio 2014, è stata, dunque, istituita l’imposta unica comunale (IUC), la quale si compone dell’IMU, della TASI e della TARI, disciplinata dall’art. 1, c. 641 ss., l. 27 dicembre 2013, n. 147. Ripercorrono simili “peripezie” normative G. Selicato, *L’imposta unica comunale tra novità e conferme di precedenti modelli impositivi*, in *Dir. e prat. trib.*, 2015, 242 ss.; C. Pennarola, *Il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani: dalla tassa alla tariffa tra esenzioni e riduzioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1189 ss.; in chiave economica, A. Macchiati, *Tariffazione o tassazione? La sostenibilità economico finanziaria del ciclo di gestione dei rifiuti*, in *Annuario di diritto dell’energia 2018, La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, a cura di G. Napolitano, A. Zoppini e L. Carbone, in Bologna, Il Mulino, 2018.

³⁷ Sulla piena operatività del principio del *full recovery cost* nel settore dello smaltimento dei rifiuti, cfr. Cons. St., sez. IV, 25 gennaio 2021, n. 750.

del resto dalla legge, TARI tributo/tariffa corrispettiva³⁸, le entrate tariffarie determinate in applicazione del metodo costituiscono «valori massimi» che consentono, nel rispetto dell'equilibrio economico finanziario della gestione, l'applicazione di «valori inferiori», tenuto conto delle specificità locali³⁹.

Con tutti i flessibili aggiustamenti del caso, pare, comunque, ormai necessario operare una specie di “oltrepassamento” della regolazione (*Verwindung*), nel senso heideggeriano del termine⁴⁰ in cui ciò che è oltrepassato muta, sì, ma rimane comunque legato a ciò che oltrepassa: a ben vedere, infatti, finalità generali, modalità e tecniche d'intervento, pur adattandosi ed evolvendosi, dovrebbero rimanere pur sempre riconducibili al paradigma originario – separazione regolazione/gestione e remunerazione dei costi efficienti, i capisaldi –, mentre i principali profili di alterazione dello “schema britannico”, stando almeno all'esperienza italiana, sembrano riguardare: una accentuazione finalistica della regolazione, specialmente sul versante tariffario; la creazione di un regolatore multisettoriale; un disegno di regolazione duale centrale/locale; a ciò può aggiungersi il rafforzamento della regolazione giustiziale, a tutela degli utenti e anche, in prospettiva, degli operatori.

Lungo queste coordinate pare possibile gettare luce sulla complessiva *meccanica* del sistema di regolazione dei rifiuti, nel suo profilo *dinamico* (l'intrinseca teleologia, nel pluralismo dei fini della regolazione⁴¹, e l'impatto della sopravvenuta disciplina tariffaria, in termini di diritto intertemporale) e in quello più propriamente *statico* (le istituzioni, i reciproci equilibri, e i congegni di funzionamento di un sistema duale)⁴².

³⁸ Vedasi, plasticamente, l'art. 1 – «Definizioni» – dell'Allegato A alla delibera 443/2019/R/rif che, appunto, in sequenza fornisce la definizione di TARI tributo e di tariffa corrispettiva, rinviando, per quest'ultima, all'art. 1, c. 668, l. n. 147/13.

³⁹ Cfr. art. 4, c. 5, della delibera 443/2019/R/rif.

⁴⁰ M. Heidegger, *Identità e differenza*, trad. it. G. Gurisatti, Milano, Adelphi, 2009.

⁴¹ Che ricorda il pluralismo dei valori, molteplici e rivali, di I. Berlin, *Due concetti di libertà*, trad. it. G. Rigamonti e M. Santambrogio, Milano, Feltrinelli, 2010, 221.

⁴² La meccanica è «Nella suddivisione tradizionale della fisica, la disciplina che studia le leggi del moto dei corpi, a sua volta suddivisa in *cinematica* (che si limita alla definizione degli elementi che consentono di descrivere rigorosamente il moto e di classificarne i vari tipi), *dinamica* (che studia le leggi del moto dei corpi in quanto soggetti all'azione di forze, e quindi la natura delle forze stesse), *statica* (che tratta delle condizioni in base alle quali un corpo, o un sistema di corpi, è in equilibrio sotto l'azione di forze interne o esterne e di reazioni vincolari)»: così si legge alla voce “meccanica” del Vocabolario Treccani (www.treccani.it), che ha il pregio di risultare chiara anche per i “non iniziati”. Le possibili interrelazioni, a livello epistemologico, tra fisica e diritto sono al centro della speculazione di R. Bin, *A discrezione del giudice*, Milano, Franco Angeli, 2013, dove i risultati della meccanica quantistica (spiegati da C. Rovelli, *Helgoland*, Milano, Adelphi, 2020) vengono applicati al, da sempre, dibattuto tema della discrezionalità del giudice. Anche Bin prende spunto dal fortunato saggio di L. Tribe,

3. La dinamica: la teleologia della regolazione (tariffaria)

La regolazione dei servizi pubblici locali, e dei servizi ambientali in particolare, appare definibile per lo più “in negativo”, come non pro-concorrenziale, «distante sul piano teleologico dall’archetipo di attività regolatoria» proprio dei settori energetici⁴³. La tendenziale scomparsa del fine tipico pro-concorrenziale potrebbe quindi far pensare ad una “regolazione dimezzata” o comunque teleologicamente depotenziata. In realtà, la regolazione del settore idrico e dei rifiuti appare ancor più finalisticamente orientata⁴⁴ – diretta a conformare l’attività dei privati e a predefinire determinati esiti del mercato⁴⁵ –, proprio perché manca la concorrenza. Un simile carattere finalistico emerge chiaramente dal metodo tariffario idrico che mira, oltretutto a premiare l’efficienza dei gestori, a superare la frammentazione gestionale, favorendo le aggregazioni e incentivando l’attivazione della gestione unica per ambito ottimale⁴⁶.

Nel settore dei rifiuti ARERA ha, teleologicamente, adottato «regole di

The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics, in *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 1, 1989, 1 ss.

⁴³ Cfr., ancora, E. Boscolo, *Il modello di regolazione indipendente nel settore idrico*, cit., 239.

⁴⁴ In tal senso, cfr. A. Benedetti, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in *Riv.reg.merc.*, 2019. Sull’ordine valoriale della regolazione idrica, si sofferma F. Caporale, *I servizi idrici*, Milano, FrancoAngeli, 2017, 288 ss.

⁴⁵ Sulla differenza tra regolazione finalistica e condizionale, volta invece a fissare le condizioni per il corretto svolgersi dell’attività d’impresa, cfr. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 58 ss.

⁴⁶ Ciò in linea con la spinta verso i processi di aggregazione impressa dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto “sblocca Italia”) che ha introdotto, nell’art. 172 del codice dell’ambiente, il principio di unicità della gestione all’interno dell’ambito territoriale ottimale. In coerenza con tale quadro normativo, la deliberazione 664/2015/R/IDR («Approvazione del metodo tariffario idrico per il secondo periodo regolatorio MTI-2»), all’articolo 10 – «Casi di esclusione dell’aggiornamento tariffario» –, ha quindi escluso dall’aggiornamento tariffario i gestori che esercitano il servizio in violazione del principio di unicità della gestione. L’effetto indotto è stato, in poco tempo, una riduzione del numero di operatori censiti dall’Autorità, da circa 2.600 nel 2014 a poco più di 2.100 nel 2016 (cfr. la memoria ARERA 623/2017/I/idr, depositata nell’ambito dell’*Indagine conoscitiva sull’emergenza idrica e sulle misure necessarie per affrontarla* svolta dalla Commissione VIII, Ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati). La regolazione tariffaria – attraverso il blocco di ogni adeguamento tariffario – ha pertanto svolto una efficace funzione selettiva, punendo la violazione del fondamentale principio di unicità, nonché disincentivante rispetto a situazioni anomale, quali la mancata adozione della carta dei servizi o la prassi della fatturazione di un consumo minimo impegnato alle utenze domestiche (anch’esse causa di esclusione dall’aggiornamento tariffario). Attraverso la tariffa ARERA ha, dunque, perseguito il duplice obiettivo di rafforzare l’assetto industriale del settore e di dare tutela ai più deboli consumatori idrici.

riconoscimento dei costi efficienti tese a [...] favorire i processi di aggregazione tra gli operatori per il raggiungimento di una dimensione industriale e finanziaria adeguata delle gestioni, tale da garantire idonei livelli di efficienza del servizio»⁴⁷. La regolazione tariffaria appare, dunque, sempre orientata ad un fine, anche laddove, nell'ottica dell'economia circolare e del principio "chi inquina paga"⁴⁸, persegue il "conseguimento di obiettivi di carattere ambientale"⁴⁹.

Un'inclinazione finalistico-discrezionale, nella molteplicità dei fini e obiettivi, del potere tariffario traspare, del resto, sia dalla legge generale della regolazione – la l. n. 481 del 1995⁵⁰ –, che dall'art. 1, c. 527, l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), volto ad armonizzare («armonizzando») «gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse». Ma è nella concreta determinazione della tariffa che il potere esercitato da ARERA si presenta carico di connotazioni finalistiche e politico-discrezionali, capaci di definire – modificandoli – determinati assetti, incidendo sul profilo industriale e finanziario delle gestioni, in vista del conseguimento di una «dimensione [...] adeguata», funzionale, a sua volta, a garantire «idonei livelli di efficienza del servizio». Il fine ultimo perseguito è, qui, di politica industriale, ben oltre l'obiettivo di «garantire ... adeguati livelli di qualità» e, a un tempo, «efficienza ed economicità della gestione»⁵¹ o il fondamentale criterio del riconosci-

⁴⁷ Cfr., ancora, la delibera 443/2019/R/rif. In quest'ottica, vedasi anche il Quadro strategico 2019-2021 di ARERA, approvato con delibera 242/2019/A, e, in particolare, l'OS.14 «Riordino degli assetti del settore ambientale», laddove il regolatore «si propone di individuare e implementare strumenti volti a rafforzare i processi di aggregazione degli operatori». Del resto, in Italia operano cinquemila imprese autorizzate al ritiro e allo smaltimento, anche se meno del cinque per cento delle aziende coprono il cinquanta per cento del fatturato complessivo; in Francia la metà del fatturato è, invece, coperta da due gruppi; in Inghilterra da cinque. In argomento, cfr., a livello comparatistico, G. Cerrina Feroni (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra diritto, tecnologia, politica*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁴⁸ Cfr., ben oltre la gestione dei rifiuti, M. Cocconi, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 113 ss., nonché F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.; Id., voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII aggiornamento, Torino, 2020, 161 ss.

⁴⁹ Richiamati dalla più volte citata delibera 443/2019/R/rif, laddove afferma come «sia opportuno che i criteri di regolazione tariffaria in materia di ciclo dei rifiuti, oltre a promuovere l'efficienza e l'economicità complessiva del servizio, nel rispetto dell'equilibrio economico finanziario dei gestori, consentano anche il conseguimento degli obiettivi di carattere ambientale in coerenza con il quadro eurounitario e nazionale».

⁵⁰ Cfr., soprattutto, l'art. 2, c. 12, lett. e), della legge istitutiva.

⁵¹ Con cui si apre il c. 527 della legge di bilancio 2018.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

mento dei costi efficienti di cui alla lett. f). Obiettivi e criteri, quelli fissati dal legislatore, che sembrano riferirsi, soggettivamente, alla singola gestione (la somma di tante gestioni efficienti realizzerà, poi, la maggiore «efficienza nel settore»⁵²), e non alla oggettiva configurazione, alla struttura, del settore considerato nel suo complesso avuta di mira dal regolatore. Ciò anche ammettendo che soltanto gestori di grandi dimensioni possano essere, davvero o più frequentemente, efficienti.

4. L'impatto del metodo tariffario: profili di diritto intertemporale

Più che sulla natura o sul “dover essere” di un potere cangiante – tra accertamento tecnico di costi efficienti e scelta politico-discrezionale⁵³ –, merita soffermarsi sugli effetti del potere tariffario, specialmente quando esso si manifesta – come nel caso di specie – per la prima volta, facendo attrito con la realtà su cui scarica tutta l'energia in esso racchiusa⁵⁴. La storia recente della regolazione idrica insegna, infatti, come il primo problema che sempre si pone quando un settore entra nel dominio della regolazione è quello dell'incidenza delle nuove determinazioni tariffarie sui contratti in essere e, quindi, del potere di regolazione tariffaria sull'autonomia contrattuale (eterointegrazione) e sull'affidamento riposto dalle imprese esercenti il servizio nelle condizioni pattuite⁵⁵. È

⁵² Cui tende l'art. 1, c. 1, l. n. 481 del 1995 («Finalità»), richiamata dall'art. 1, c. 527, l. n. 205/2017, laddove prevede che le «funzioni di regolazione e controllo» in materia di rifiuti sono attribuite ad ARERA «con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1999, n. 481».

⁵³ Sul punto, vedasi E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2019, 154 ss.

⁵⁴ La “metafora energetica” del potere è stata ripresa, in tempi recenti, con riferimento a tematiche regolatorie da G.D. Comporti, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2008, 254.

⁵⁵ Anche nel settore autostradale, l'intervento regolatorio dell'Autorità di regolazione dei trasporti sulle concessioni in essere ha richiesto una apposita base normativa: cfr. art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, come modificato dall'art. 16, d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito dalla l. 16 novembre 2018, n. 130, nonché l'art. 13, c. 3, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8. In merito, si vedano TAR Piemonte, sez. II, 1 febbraio 2019, n. 117; TAR Veneto, sez. I, 25 novembre 2020, n. 1128; TAR Piemonte, sez. I, 13 aprile 2021, n. 384, che riconosce in capo all'Autorità dei trasporti «un potere particolarmente invasivo di incidenza sugli equilibri delle concessioni autostradali [...] esteso anche ad ogni aggiornamento o revisione delle concessioni in essere, con attribuzione di un potere puntuale di incidenza su equilibri contrattuali in essere». Sulle anche più dirompenti alterazioni «non

un problema di efficacia della regolazione nel tempo, di retroattività e di certezza⁵⁶.

Anche la nuova regolazione tariffaria dei rifiuti viene ad impattare, inevitabilmente, su fattispecie non ancora esauritesi – i contratti in essere – (retroattività impropria) e su fattispecie esaurite – le componenti a conguaglio 2018-2019 – (retroattività propria) in modo potenzialmente pregiudizievole delle situazioni soggettive dei gestori del servizio che hanno, infatti, immediatamente impugnato la delibera 443/2019/R/rif dinanzi al giudice amministrativo⁵⁷.

convenzionali» del contratto di concessione, direttamente mediante disposizione di legge (nella specie escludente il diritto – convenzionalmente previsto – del concessionario di ripristinare l'infrastruttura collassata: cfr. art. 1, commi 1-*bis*, 3, 4-*bis*, 5, 7, 8, e 8-*bis* del d.l. n. 109 del 2018, la cui legittimità è stata peraltro riconosciuta da C. cost. 27 luglio 2020, n. 168), e sui conseguenti effetti d'incertezza nei rapporti concessori, si sofferma, nella prospettiva della tutela dell'affidamento, L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1144 s.

⁵⁶ Osserva A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, come «l'effetto virtuoso della regolazione è rappresentato proprio dal “segnale” dato dal regolatore al settore regolato, e proprio in questa prospettiva si è sviluppata l'analisi sulla distinzione, spesso molto sottile in linea pratica, fra una regolazione rispettosa delle regole del mercato e i modelli invece dirigistici», giungendo a concludere che, nella logica dell'affidamento, «la regolazione, dunque, è necessariamente “preventiva”». In tema può leggersi anche W. Troise Mangoni, *Efficacia retroattiva della regolazione e tutela degli interessi privati*, in *Contratti dell'energia e regolazione*, cit., 143 ss. Regolazione (retroattiva) e affidamento sono al centro delle interessanti pronunce, in materia di regolazione energetica, del TAR Lombardia, sez. II, 23 dicembre 2019, n. 2727, e, soprattutto, sez. I, 27 marzo 2020, n. 565.

⁵⁷ I principali motivi di ricorso, articolati in tre distinti ricorsi (tutti respinti, o dichiarati inammissibili, con sentenze TAR Lombardia, Sez. I, 30 giugno 2020, nn. 1247, 1248, 1249), riguardano: a) come ricordato, l'estensione del potere di regolazione di ARERA alle fasi di trattamento e recupero e di trattamento e smaltimento del ciclo integrato dei rifiuti urbani, trattandosi, a detta dei ricorrenti, di attività liberalizzate e non di servizio pubblico, in violazione, quindi, dei principi di parità di trattamento e di regolazione asimmetrica tariffaria; b) l'estensione del medesimo potere regolatorio tariffario a tutti i rifiuti urbani, a prescindere dal cambiamento della loro classificazione (in rifiuti speciali) all'esito delle operazioni di trattamento; c) l'incompetenza di ARERA nell'esercizio del potere impositivo per la predisposizione e l'aggiornamento del metodo normalizzato per la determinazione della tassa dei rifiuti (TARI); d) le formule utilizzate dal Regolatore per il riconoscimento dei costi annuali di esercizio e investimento, ritenute incompatibili col principio “chi inquina paga”, in quanto basate su meri dati contabili piuttosto che sull'efficienza ambientale del servizio; e) (soprattutto, per quel che interessa ai fini dell'intrapreso ragionamento su regolazione e affidamento dei privati) la operata riduzione retroattiva della tariffa insuscettibile, si è affermato, di essere inserita, dal gestore del servizio, nel piano economico finanziario e che non garantirebbe la remunerazione dei costi e del margine di profitto con riferimento agli anni 2018 e 2019,

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

Nel settore idrico, l'art. 3, c. 1, lett. e), d.P.C. 20 luglio 2012, con cui sono state dettagliatamente individuate le funzioni di ARERA, espressamente consentiva al regolatore di modificare le clausole contrattuali regolative del rapporto tra enti d'ambito e gestori⁵⁸. Una simile previsione manca, invece, nel settore dei rifiuti, ponendo, come evidenziato, ineludibili questioni di diritto intertemporale (retroattività) e di tutela dell'affidamento, alla luce del rilevante condizionamento che ogni regolazione tariffaria esercita sull'attività di gestione del servizio, orientandone le scelte di fondo⁵⁹. Peraltro, la giurisprudenza formatasi in materia di energia pare piuttosto restia nel riconoscere ad ARERA poteri di eterointegrazione contrattuale in assenza di una puntuale base normativa legittimante⁶⁰, per quanto, nella fattispecie, la norma attributiva del potere potrebbe essere rinvenuta nello stesso art. 1, c.

nonché la previsione del meccanismo di conguaglio che graverebbe su utenti diversi da quelli fruitori del servizio. In tal senso, le determinazioni tariffarie assunte da ARERA si porrebbero, dunque, in violazione del principio del legittimo affidamento, andando ad incidere, eterointegrandoli, su rapporti contrattuali in essere.

⁵⁸ «[...] impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le autorità competenti e i gestori del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 2 c. 186-bis della legge 23 dicembre 2009 n. 191».

⁵⁹ Con riferimento alla tutela dell'affidamento nei mercati regolati, si segnalano Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, che ha giudicato illegittima la modifica operata dall'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas al sistema di valorizzazione dell'energia elettrica, in quanto incidente «su contratti di fornitura già stipulati», nei confronti di soggetti che non potevano «programmare in modo diverso la propria attività imprenditoriale»; TAR Lombardia, sez. IV, 3 marzo 2006, n. 538, incentrata sul principio di irretroattività «tanto più valido nei casi in cui incida [...] su un'attività di impresa che viene svolta in affidamento su una predefinita quantificazione dei costi di fruizione di servizio ad essa necessario».

⁶⁰ Cfr. TAR Lombardia, n. 683/2013, che, sul presupposto per cui «una analoga relazione di rigida conformità (per cui devono considerarsi legittimi i soli atti previsti ed autorizzati dalla norma di legge) deve ritenersi infettibile anche a fronte della tendenza della regolazione economica a porsi quale fonte eteronoma del contratto», conclude che «essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la “conformazione amministrativa” del contratto richiederebbe un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti» (la controversia decisa dal giudice amministrativo ruotava, qui, attorno al potere di ARERA di eterointegrare i contratti di fornitura di energia elettrica, prevedendo un corrispettivo pecuniario “CMOR” che, in caso di passaggio da un venditore ad un altro, il venditore “entrante” ha sei mesi di tempo per riscuotere dal cliente finale moroso nei confronti del venditore “uscente”). Sull'impossibilità, in assenza di norme che contemplino la traslazione in capo ai *traders* dell'obbligazione gravante sui clienti finali, di ricorrere, a tal fine, al potere di eterointegrazione dei contratti intercorrenti tra soggetti della filiera elettrica, si vedano TAR Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2017, n. 237, nonché Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182; da ultimo, alla luce di coordinate ricostruttive analoghe, in punto di conformazione amministrativa del contratto, a quelle di TAR Lombardia, n. 683/2013, cfr. Cons. St.,

527, lett. f), l. n. 205/2017, che fa riferimento a un «metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione», potendosi quindi intendere per «corrispettivi» anche quelli già convenuti nei contratti di affidamento del servizio.

A prescindere dal ricorrente (specie nel contenzioso sugli atti di ARERA) profilo della raffrontabilità dei poteri esercitati dal regolatore rispetto al precetto normativo⁶¹, l'erompere della regolazione indipendente dei rifiuti, col conseguente arretramento della regolazione per contratto, fa dunque venire in rilievo, oltre al principio di legalità, altri principi-limitatori immanenti all'ordinamento economico, quali la già evocata tutela soggettiva dell'affidamento e l'oggettiva certezza del diritto. Certezza del diritto che costituisce la «norma principio di chiusura» dell'ordinamento europeo⁶² e che oltreoceano, manifestandosi in un rigoroso divieto di retroattività, conferisce concreta forma alla «moralità del diritto amministrativo»⁶³.

Sulla retroattività della regolazione tariffaria (energetica) il Consiglio di Stato ha, peraltro, già avuto occasione di esercitarsi, decidendo nel senso che l'annullamento di atti tariffari (*rectius* condizioni economiche di riferimento gas) di ARERA non precludesse il riesercizio del relativo potere con efficacia *ex tunc*⁶⁴. Nel ragionamento del giudice amministrativo, la retroattività – propria, nella specie – si giustifica in quanto «la nuova disciplina è destinata a

Sez.VI, 9 novembre 2020, n. 6891. Su contratto e potere regolatorio può leggersi D. Simeoli, voce *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg., Torino, Utet, 2014.

⁶¹ Con riferimento ai poteri di regolazione tariffaria dei rifiuti, cfr. la sopracitata decisione del TAR Lombardia, sez. I, 30 giugno 2020, n. 1247, che ha respinto tutte le censure volte a contestare l'estensione del perimetro della regolazione, in particolare affermando che le attività di trattamento e smaltimento e di trattamento e recupero «rientrano dunque a pieno titolo tra i servizi di pubblica utilità e di conseguenza le imprese che la esercitano, indipendentemente dal titolo, sono sottoposte ai poteri regolatori attribuiti all'A.r.e.r.a. dalla legge». Sulla legalità delle autorità indipendenti, si veda l'approdo di Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, secondo cui, anche preso atto che «in molti settori dell'ordinamento la legalità amministrativa abbia dovuto abbandonare ogni velleità di compiuta tipizzazione», in ogni caso, «il principio di legalità [...] non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, dovendosi ad essa accompagnarsi un corredo “minimo” di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti».

⁶² F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, 9.

⁶³ C.S. Sunstein e A. Vermeule, *The Morality of Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, Vol. 131: 1924, 2018, 1944. Volgendo sempre lo sguardo oltreoceano, appare significativo l'ordine esecutivo del Presidente degli Stati Uniti 13.563 del 18 gennaio 2011, *Sul miglioramento della regolazione e sulla sua revisione*, laddove si afferma che la regolazione è chiamata, tra l'altro, a «promuovere la prevedibilità e ridurre l'incertezza».

⁶⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4896.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

saldare i propri effetti con una disciplina precedente» per cui «già alla stregua del primo esercizio del potere, l'assoggettamento a una certa disciplina deve essere considerato “prevedibile”». In questo modo, la tutela dell'affidamento prende forma attraverso «una figura dai confini non sempre certi, come è la “prevedibilità” di un evento o di una disciplina»⁶⁵ che, se non può tradursi in una statica immutabilità del sistema tariffario⁶⁶, comporta, comunque, una valutazione di ragionevolezza e proporzionalità del regime giuridico sopravvenuto⁶⁷.

Nel caso del metodo tariffario dei rifiuti – vero atto genetico della regolazione – la prevedibilità non potrebbe certamente discendere dal diacronico succedersi di discipline tariffarie (manifestazioni d'esercizio e riesercizio del potere, a seguito della sentenza d'annullamento) volte ad evitare vuoti di disciplina, bensì, semmai, dal fatto che la norma attributiva del potere tariffario (secondo lo schema della tariffa-corrispettivo), esercitato nel 2019, risale al 2017 e che il primo documento di consultazione, contenete «orientamenti preliminari per la definizione dei provvedimenti tariffari», è stato pubblicato già il 27 dicembre del 2018 (713/2018/R/rif)⁶⁸ e che gli operatori di settore

⁶⁵ A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2021, n. 4069, in materia di canoni d'utilizzo della rete ferroviaria, dove si afferma, decisamente, che «non può sussistere un diritto dell'impresa all'“immutabilità” del sistema tariffario».

⁶⁷ Per Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2020, n. 4216, nel giudizio avente ad oggetto un provvedimento dell'Autorità di regolazione dei trasporti d'approvazione del canone per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, «deve ritenersi sussistente una legittima pretesa dell'impresa a che il passaggio tra i due regimi tariffari tenga conto degli effetti che ciò potenzialmente esplica sull'equilibrio finanziario della stessa, attraverso misure quali la previsione di un regime transitorio, tempistiche dilazionate nel tempo, ed eventuali oneri spalmati su più anni». Nella specie, il giudice amministrativo richiama la giurisprudenza costituzionale, «con particolare riferimento ad interventi peggiorativi valevoli solo per il futuro, ma incidenti su rapporti di durata già in essere», laddove, in particolare, «valuta la ragionevolezza del regime giuridico sopravvenuto, sulla base, oltre che della proporzionalità, della prevedibilità della modifica peggiorativa imposta». Il riferimento è a C. cost., 24 gennaio 2017, n. 1622; dicembre 2015, n. 274, e alla lì operata valorizzazione di «norme “transitorie”, che consentano di rendere meno traumatico il passaggio dalla precedente normativa a quella nuova, permettendo ai soggetti interessati di adeguarsi allo *jus superveniens* senza subirne un pregiudizio eccessivo».

⁶⁸ ARERA, nel procedimento che ha portato all'adozione del metodo tariffario, ha messo in campo un vero e proprio campionario di strumenti partecipativi, in forma scritta e orale, con *round multipli* di consultazione a progressiva focalizzazione, dando vita ad un dialettico confronto con le associazioni degli enti d'ambito e degli operatori attraverso un seminario nazionale (con 650 partecipanti) e la creazione di appositi *focus group* coi gestori, utilizzati per affrontare specifiche problematiche (ad es. la gradualità delle componenti tariffarie a conguaglio, il riconoscimento dei costi per le attività di prevenzione *ex art. 9, dir. 2008/98/CE*).

erano stati, a suo tempo e in varie forme, avvertiti degli effetti – “caducatori” del vecchio metodo normalizzato – della sopravvenuta regolazione tariffaria. Ebbene, assumendo la prevedibilità come «elemento significativo ai fini della ponderazione fra i vari interessi contrapposti» e quindi escludendo una tutela dell’affidamento in quanto tale, accordandogli piuttosto una tutela «di ordine procedimentale»⁶⁹, la sopravvenuta regolazione tariffaria appare, nel suo complesso, prevedibile e, pertanto, non lesiva dell’affidamento, soprattutto nei confronti di operatori professionali tenuti alla specifica diligenza professionale *quam in suis*. A maggior ragione nella misura in cui risponde, in una logica ponderativa, ai canoni del minimo mezzo e della proporzionalità inveratisi nel gradualismo e nella asimmetria caratterizzanti la nuova disciplina. Per queste ragioni il giudice amministrativo ha ritenuto «prevedibile e ragionevole» l’applicazione retroattiva del nuovo metodo tariffario. ARERA, infatti, aveva, per tempo, reso noto agli esercenti il servizio che il vecchio metodo normalizzato sarebbe sopravvissuto soltanto fino all’approvazione del nuovo metodo, «per cui la sopravvenienza regolatoria non è idonea ad ingenerare in loro alcun affidamento sulla stabilità dei costi riconosciuti». Tanto più che «la previsione di criteri di gradualità nell’applicazione del recupero del conguaglio tariffario su base pluriennale è idonea ad attenuare gli eventuali effetti perversi sull’organizzazione dei fattori di produzione». Ciò posto, per il giudice l’avvenuta eterointegrazione dei contratti di durata in corso di esecuzione risulta, quindi, «compatibile con l’efficacia retroattiva del metodo regolatorio», poichè «rientra nello sforzo esigibile dal gestore del servizio la previsione di razionali sviluppi dell’intervento regolatorio, in relazione alle finalità fissate dal legislatore, e la relativa conformazione ad esso dell’attività imprenditoriale»⁷⁰.

Va comunque evidenziato – nella più ampia prospettiva del rapporto legislatore/regolazione indipendente e, in particolare, della capacità del Parlamento di adottare deleghe di poteri precise ed esaustive⁷¹ – come i rilevati

ARERA, come si legge nella delibera 443 del 2019, ha, inoltre, selezionato «un *panel* di gestori rappresentativo di differenti realtà in termini di compagine societaria, attività, collocazione geografica, modello di affidamento e tariffazione» e si è, quindi, confrontata con le regioni e le autonomie locali per «individuare e monitorare le specifiche criticità» e «rafforzare la cooperazione fra i soggetti territorialmente competenti», anche al fine di completare il «processo di costituzione e/o operatività delle strutture organizzative degli Enti di governo dell’ambito».

⁶⁹ Così, ancora, A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell’affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.

⁷⁰ Così TAR Lombardia, Sez. I, 30 giugno 2020, n. 1249.

⁷¹ Di un «Parlamento distratto» parlava già M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 30.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

profili di retroattività e tutela dell'affidamento recentemente sottoposti al vaglio del giudice amministrativo⁷², generati dall'impatto dell'atto tariffario con posizioni economiche già definite *ex contractu*, sono, in parte, conseguenza di un quadro normativo di riferimento meno adatto e "preparato" ad accogliere la regolazione (tariffaria) indipendente rispetto a quello al tempo (2011) vigente nel settore idrico, dove, come ricordato, si riconosceva ad ARERA il potere di incidere sulle clausole contrattuali regolative del rapporto tra le autorità competenti e i gestori, nonché, come si vedrà, un efficace potere sostitutivo del regolatore nazionale nei confronti dei regolatori locali. Più problematico risulterà, quindi, in pratica – soprattutto a causa della discrezionalità lasciata ai singoli comuni che, al di là di una omogenizzante logica di ambito, possono ancora scegliere il meccanismo per determinare la tariffa (TARI-tributo o, in alternativa, tariffa puntuale-corrispettivo)⁷³ e definire⁷⁴ il perimetro del servizio, con determinazioni a geometria variabile, tendenti spesso ad ampliare l'estensione dei servizi c.d. accessori –, l'innesto, nel settore dei rifiuti, dei principi che innervano il sistema di regolazione tariffaria: il canone della tariffa corrispettiva (di cui la tariffa puntuale, ispirata alla regola del *pay as you throw*⁷⁵, costituisce esempio *ante litteram*)⁷⁶;

⁷² E, si sa, la certezza della regolazione e la calcolabilità economica vengono, sempre, in qualche modo, messe in crisi dall'incertezza del processo (in tema, cfr. A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2017), anche il più celere. Per più ampi svolgimenti sul dialettico rapporto tra tempo del processo e tempo dell'economia sia consentito rinviare a S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, Giappichelli, 2013, 43 ss.

⁷³ Cfr. il sopracitato art. 1, c. 651 e 652, l. n. 147/2013.

⁷⁴ In forza del potere regolamentare di cui all'art. 198 codice dell'ambiente.

⁷⁵ La dir. 2018/851/UE, nell'ottica dell'economia circolare e della gerarchia dei rifiuti (l'ordine di priorità dettato dalla migliore opzione ambientale), ha definito i regimi di tariffa puntuale come quelli che «gravano sui produttori di rifiuti sulla base dell'effettiva quantità di rifiuti prodotti e forniscono incentivi alla separazione alla fonte dei rifiuti riciclabili e alla riduzione dei rifiuti indifferenziati» (Allegato IV-bis). In sede di recepimento (d.lgs. n. 116/2020), si è, quindi, aggiunto un nuovo allegato L-ter al codice dell'ambiente, dove si fa riferimento a «regimi di tariffe puntuali (pay-as-you-throw) che gravano sui produttori di rifiuti sulla base della quantità effettiva di rifiuti prodotti e forniscono incentivi alla separazione alla fonte dei rifiuti riciclabili e alla riduzione dei rifiuti indifferenziati».

⁷⁶ L'art. 1, c. 668, l. n. 147/2013, istitutiva (al c. 639) della TARI quale componente dell'imposta unica comunale (IUC) chiamata a finanziare i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, riconosce ai comuni che hanno prescelto sistemi di tariffazione puntuale la possibilità di applicare «una tariffa avente natura corrispettiva, in luogo della TARI», che è «applicata e riscossa direttamente dal soggetto affidatario del servizio di gestione dei rifiuti urbani». In merito, anche nella prospettiva dell'(allora) imminente regolazione di ARERA, cfr. L. Lovecchio, *Le criticità della tariffa puntuale sulla gestione dei rifiuti urbani*, in *Finanza e tributi locali*, 2018, 1 ss.; sui vantaggi di un modello di tariffa-corrispettivo, può leggersi M. Bettiol, *La tariffa rifiuti corrispettiva ex art. 1, commi 667 e 668, l. 147/2013: la non facile (ma possibile e*

efficienza, redditività delle gestioni e *cost reflectivity*; la «puntuale definizione delle attività da includere nel perimetro del servizio integrato di gestione del ciclo dei rifiuti», escludendo quelli «non pertinenti» che dovranno essere precisamente indicati negli avvisi di pagamento⁷⁷; uniformità del metodo sull'intero territorio nazionale e, ad un tempo, asimmetria, cogli incrementi dei corrispettivi basati su miglioramenti gestionali e su *performance* del servizio più elevate.

Un sistema interconnesso in cui, come si vede, disciplina tariffaria, della trasparenza e della qualità sono chiamate, sinergicamente, a perseguire gli obiettivi di carattere economico, sociale e ambientale della regolazione di settore, in «una configurazione olistica del nuovo processo decisionale e regolatorio»⁷⁸.

5. La *statica*: in apice un regolatore multisettoriale

A cambiare, rispetto al paradigma classico (caratterizzato da regolatori monosettoriali, tipici dell'esperienza inglese, come Ofgem e Ofwat)⁷⁹, è anche la configurazione del regolatore centrale. La vera novità, nell'ambito della regolazione italiana, è infatti la comparsa di un regolatore multisettoriale, dotato di poteri variegati (*regulation, enforcement, disputes resolution*), e incidenti su di una pluralità di settori: l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente, con competenze estese anche ai rifiuti.

Il punto è se un regolatore multisettoriale, come quelli già presenti in

doverosa) chance della tariffa rifiuti non tributaria nazionale, in *Tributi locali e regionali*, 2016, 41 ss. Sulla tariffa puntuale, come esperimento regolatorio nella logica dei c.d. "progetti pilota", si vedano A. Guerrini, L. Lo Schiavo e C. Poletti, *Innovazione e regolazione. La regolazione per esperimenti come modalità di regolazione adattiva*, in *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, a cura di G.D. Comporti e S. Lucattini, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 85 s.

⁷⁷ Come previsto dalla regolazione della trasparenza approvata con la citata delibera 444/2019/R/rif. Altrove, nel documento di consultazione 713/2018/R/rif, ARERA aveva, del resto, evidenziato «forti disomogeneità nella perimetrazione del servizio, nella definizione dei servizi di base, degli altri servizi (integrativi, addizionali, ecc.) e dei servizi "esterni" al settore dei rifiuti urbani».

⁷⁸ Così si legge, significativamente, nella delibera 643/2013/R/idr, di «Approvazione del metodo tariffario idrico e delle disposizioni di completamento».

⁷⁹ Sulle differenze tra il modello monosettoriale inglese e il modello multisettoriale sperimentato invece in Spagna, Estonia e Olanda, di "super-regulator", cfr. R. Price e C. Ross, *A Better Deal for Consumers and an Attractive environment for Investors: The Regulator's Perspective on the Development and Use of Regulatory and Competition powers*, in *Utilities Policy*, 31, 2014, 183.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

Spagna (*Comision Nacional de los Mercados y la Competencia*) o in Germania (*Bundesnetzagentur*)⁸⁰, possa costituire un vantaggio o rischi piuttosto di diluire la specializzazione tecnica del regolatore (un tempo soltanto) energetico, gravandolo sotto il peso di eccessive funzioni⁸¹. Utile potrebbe rivelarsi, in quest'ottica, l'individuazione di una corretta funzione di produzione dell'attività di regolazione, per valutarne poi le economie di gamma⁸². Si potrebbero, quindi, ipotizzare due insiemi di competenze regolatorie (le variabili indipendenti della predetta funzione): il primo, comune a tutti i settori, e avente natura istituzionale-giuridica; il secondo, più *sector-specific*, e avente natura tecnica ed economico-industriale. La combinazione efficiente dei due *input* dovrebbe permettere il disegno di regolatori efficienti. In tale prospettiva, andrebbe considerato anche il grado di eterogeneità dei settori regolati: tanto più eterogenei, maggiori saranno i c.d. costi di transazione (da sopportare per coordinare abilità diverse)⁸³, e tanto più difficilmente si otterrà un sinergico *mix* di funzioni. Nel caso di ARERA tale obiettivo, in considerazione della rilevata omogeneità industriali tra settore idrico e rifiuti⁸⁴, appare comunque realizzabile. Soprattutto se si considerano le affinità

⁸⁰ Nel sistema tedesco un'unica autorità cumula competenze in materia di telecomunicazioni, servizi postali, energia, gas e trasporti ferroviari; in Spagna, addirittura, dal 2013, la medesima autorità svolge funzioni sia di regolazione – nel settore delle comunicazioni, energetico, postale e del trasporto ferroviario –, che di tutela della concorrenza. Solamente in Portogallo la stessa autorità (*Entite Regulatrice des Services des Eaux et des Residus*) regola il servizio idrico e i rifiuti, ma non i grandi servizi a rete energetici. Nel panorama europeo ARERA costituisce pertanto un *unicum*, almeno per quanto riguarda la sommaria di settori regolati.

⁸¹ Il punto è stato esattamente colto dal Consiglio di Stato (Adunanza della Commissione speciale, 3 maggio 2016, n. 1075) che, «a fronte del considerevole aumento delle competenze dell'Autorità [...] che si occuperebbe *ex novo* della regolazione di un settore così delicato come quello dei rifiuti», ha ravvisato «la necessità che allo svolgimento delle suddette funzioni possa provvedersi mediante il reclutamento di nuovo personale dotato di specifiche competenze tecniche», il cui costo – precisa il Consiglio di Stato – «in ogni caso non graverebbe sulla finanza pubblica in forza del previsto meccanismo di autofinanziamento (la cui previsione risulterebbe altrimenti priva di effettive finalità)».

⁸² «Quando la produzione congiunta di due prodotti è più conveniente rispetto alla produzione separata di ciascuno dei due, si parla di economie di ampiezza (*economies of scope*) o di gamma (anche economie di varietà)», C. Scognamiglio Pasini, *Economia industriale*, Roma, Luiss University Press, 2013, 121.

⁸³ La cui definizione, alla base della teoria dell'impresa, risale al fondamentale saggio di R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 386 ss.

⁸⁴ «[C]aratteri comuni che vanno dall'esistenza di monopoli naturali locali, alla escludibilità (e quindi tariffabilità), alla rivalità al consumo (con i connessi fenomeni di congestione), alla essenzialità e meritorietà della distribuzione all'utenza», osserva A. Petretto, *La regolamentazione congiunta del sistema idrico e del ciclo dei rifiuti*, in *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, cit., 254.

metodologiche tra regolazione dei servizi energetici e ambientali, che consentono di sfruttare a pieno le competenze maturate ed affinate dall’Autorità di regolazione in anni di regolazione dei mercati energetici, applicando metodi e strumenti ormai perfezionati e consolidati.

Con riferimento al più ristretto ambito dei servizi ambientali (idrico e rifiuti) sembra, peraltro, replicabile, con i dovuti adeguamenti, un medesimo percorso di regolamentazione, come già dimostrano i primi atti adottati da ARERA nel settore dei rifiuti, volti a definire la struttura tariffaria e fissare, poi, la regolazione della trasparenza e della qualità⁸⁵ nella logica, propria anche del settore idrico, di una tariffa-corrispettivo del servizio fissata tenendo anche conto della qualità offerta⁸⁶.

Nella diversa prospettiva dei soggetti regolati, l’attribuzione ad un’unica autorità di poteri di regolazione trasversali pare riflettere le sottostanti dinamiche di mercato, laddove accanto a operatori di modeste dimensioni, si vanno affermando più grandi aziende *multiutility*⁸⁷. Queste imprese potranno, d’ora in poi, avvantaggiarsi del rapporto con un unico soggetto; circostanza, questa, particolarmente apprezzabile soprattutto se si considera che ad una pluralità di regolatori potrebbero anche corrispondere differenti, e tra loro incoerenti, approcci regolatori. Un unico regolatore potrà, invece, assicurare una certa coerenza di principi, norme, schemi e metodologie e quindi garantire, da un lato, economie di apprendimento; dall’altro, certezza e affidamento.

⁸⁵ Si rammenta che, nel settore idrico, il percorso di regolazione è stato scandito, prima, dalla delibera 643/2013/R/idr, di «Approvazione del Metodo Tariffario Idrico e delle disposizioni di completamento»; successivamente dalla delibera 655/2015/R/idr, «Testo integrato per la regolazione della qualità contrattuale del servizio idrico integrato ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono», e fino alla delibera 917/2017/R/idr, sulla «Regolazione della qualità tecnica del servizio idrico integrato ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono (RQTI)».

⁸⁶ Sul punto, ancora, A. Petretto, *La regolamentazione congiunta del sistema idrico e del ciclo dei rifiuti*, cit., 257. In giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez.VI, 26 maggio 2017, n. 2481, dove, con riferimento al servizio idrico integrato, si richiama «la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero integrale dei costi (ivi compresi i costi di capitale), immanente alla natura di servizio di rilevanza economica – o, secondo la terminologia del diritto europeo, di servizio di interesse economico generale – propria del SII». Sul principio del *full recovery cost*, si vedano Cons. St., sez.VI, 26 maggio 2017, n. 2481, e, sulla sua scia, 16 dicembre 2020, n. 8079.

⁸⁷ Da ultimo, in Toscana, dove i sindaci di Firenze, Prato ed Empoli hanno sottoscritto una lettera di intenti per dare il via ad una *holding* che aggreghi le aziende che gestiscono i servizi pubblici, coll’obiettivo di creare, infine, un soggetto unico, come si apprende dal comunicato stampa del comune di Firenze del 10 dicembre 2020 (reperibile in www.comune.fi.it).

6. Un sistema a configurazione duale

Il governo dei rifiuti si caratterizza per una configurazione multilivello e, ad un tempo, per una regolazione duale e accentrata, attorno ad un perno – il regolatore nazionale-ARERA –, circondato da una fitta trama di poteri (Stato, regioni, province, comuni) e sovrastante un reticolo di regolatori locali (comuni o enti di governo d'ambito). Diversamente dal settore idrico, in quello dei rifiuti, nella maggior parte delle regioni italiane (con l'eccezione di Toscana, Emilia-Romagna, Marche, Puglia e Sicilia), non sono stati, però, ancora istituiti gli enti d'ambito-regolatori locali. Ragion per cui il regolatore centrale dovrà, spesso, interfacciarsi direttamente con gli enti locali, con i comuni-regolatori⁸⁸, con una conseguente complicazione del sistema regolatorio, privato del ruolo di filtro e aggregazione (tra gli enti locali aderenti) svolto da regolatori locali strutturati quali gli enti d'ambito.

La regolazione assume, invece, una configurazione sempre duale, ma senz'altro più ordinata e funzionale, dove, in attuazione dell'art. 3-*bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, le funzioni di organizzazione, di scelta della forma di gestione e di determinazione delle tariffe all'utenza sono svolte dagli enti di governo d'ambito⁸⁹.

Pregi e inconvenienti di questo (in parte incompiuto) sistema a due livelli emergono chiaramente nell'esercizio del potere tariffario. Secondo l'art. 1, c. 527, l. n. 205/2017, lett. *h*), ad ARERA spetta, infatti, l'«approvazione delle tariffe definite [...] dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento». Ma ARERA, con gran realismo, nel metodo tariffario si riferisce, invece che agli enti di governo d'ambito, all'«ente territorialmente competente», espressione, questa, in grado di ricomprendere tanto gli enti di governo d'ambito quanto gli enti locali.

Il coordinamento tra regolatore centrale e regolatori locali (enti d'ambito o comuni) è, comunque, necessario per garantire un'uniformità regolatoria che tenga, però, anche conto delle specificità territoriali. Un quadro, asimmetrico e differenziato, impensabile nella regolazione dei grandi servizi a rete (una “regolazione lineare attorno alla rete”) dove, almeno a livello

⁸⁸ Cfr. G. Fonderico, *Il comune regolatore*, Pisa, Edizioni ETS, 2012, 139 ss., specialmente con riferimento alla genesi della privativa comunale sui rifiuti.

⁸⁹ Il c. 6-*bis*, d.l. n. 138/2011, aggiunto dall'art. 1, c. 609, lett. *e*), l. 23 dicembre 2014, n. 190, ha cura di precisare che le disposizioni in tema di enti d'ambito e organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica «si intendono riferite, salvo deroghe espresse, anche al settore dei rifiuti urbani e ai settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente».

nazionale, la dialettica tra poteri si esaurisce nel rapporto (talora conflittuale) col governo, per aprirsi invece a più articolate geometrie a livello europeo⁹⁰.

In un ideale assetto regolatorio duale, mutuando gli schemi utilizzati dalla Corte costituzionale (sentenza 11 marzo 2013, n. 41) per il trasporto pubblico locale, le funzioni attribuite all'autorità centrale (l'Autorità di regolazione dei trasporti, nella specie) non assorbono completamente le competenze locali ma «le presuppongono e le supportano», in quanto compito del regolatore centrale è «dettare una cornice di regolazione economica» all'interno della quale si muovono i regolatori locali, predisponendo i piani d'ambito e stabilendo le tariffe in applicazione del metodo tariffario definito dal regolatore nazionale. Un simile sistema impone, a sua volta, di pensare, ancor più, la regolazione come una *regulatory enterprise*⁹¹, ossia come un progetto collaborativo, condiviso tra autorità, governo, gestori, comunità. In questo progetto l'indipendenza del regolatore nazionale – fulcro del modello britannico – è condizione necessaria ma non sufficiente. Perché indipendenti debbono risultare anche i regolatori locali e perché i vari attori istituzionali coinvolti debbono, soprattutto, cooperare e coordinarsi. Infatti, un'immagine irenica della regolazione come “universo pacificato” appare destinata a scontrarsi con la realtà dove i rapporti che il regolatore centrale intreccia (con il governo, con i regolatori locali, con le altre autorità indipendenti, AGCM *in primis*) non sempre risultano cooperativi, ma assai spesso conflittuali e/o scoordinati, con potenziale pregiudizio della certezza delle regole. Paradigmatico, in tal senso, con riferimento alla regolazione ambientale a struttura duale, è proprio il meccanismo di determinazione tariffaria che potrebbe incepparsi per la condotta inerte o ostruttiva degli enti d'ambito i quali potrebbero non predisporre (o non predisporre per tempo) la tariffa da sottoporre all'approvazione dell'Autorità. Perciò il legislatore (art. 10, c. 14, lett. d), d.l. 13 maggio 2011, n. 70), nel settore idrico, ha dotato ARERA di un incisivo potere sostitutivo⁹² mediante il quale la competenza dell'autorità locale può essere attratta nella sfera dell'autorità nazionale, instaurando un rapporto diretto tra autorità di regolazione centrale e i gestori del ser-

⁹⁰ In tema, possono leggersi R. Miccu', *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in ID. (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets*, Jovene, Napoli, 2016, 3 ss., e S. Lucattini, *La rete procedimentale europea dell'energia*, in questa *Rivista*, 2015, 15 ss.

⁹¹ T. Prosser, *The regulatory enterprise*, Oxford University Press, 2010.

⁹² Potere di cui si è auspicata l'estensione anche nel settore dei rifiuti, da parte di A. POLICE, *La gestione dei rifiuti urbani come servizio pubblico: forme organizzative e modalità di affidamento tra regole di concorrenza e resistenze locali*, in *Annuario di diritto dell'energia 2018, La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, cit., 2018, 267.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

vizio: la regolazione tariffaria, in questi casi, si applica quindi direttamente, senza l'intermediazione dei regolatori d'ambito, consentendo in tal modo di superare l'inerzia e/o il conflitto istituzionale, in funzione di certezza di regole e condizioni applicabili.

Nel settore dei rifiuti, dove analogo potere sostitutivo non è stato invece previsto, in caso di inerzia del gestore nella predisposizione del piano economico finanziario alla base della determinazione tariffaria dell'ente di governo dell'ambito (da portare, poi, all'approvazione di ARERA) o dinnanzi all'inerzia dello stesso ente di governo, il regolatore può, per *step* successivi, diffidare il gestore o l'ente e, in caso di perdurante inazione, «intimare l'adempimento agli obblighi regolatori» potendo, infine, a chiusura del sistema di garanzia, applicare una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 2, c. 20, lett. c), l. n. 481 del 1995⁹³. La diffida e l'intimazione ad adempiere possono svolgere, al pari di analoghi istituti conosciuti in ambiente *antitrust*⁹⁴, una funzione dialogica, costituendo un momento di interlocuzione preventiva idoneo a stimolare uno spontaneo adeguamento⁹⁵, con il ricorso alla sanzione quale *extrema ratio*⁹⁶, anche in considerazione del fatto che la sanzione,

⁹³ Cfr. art. 7 – «Meccanismi di garanzia» – della delibera 443/2019/R/rif. Quanto al potere sanzionatorio, si rammenta che il potere di accettare impegni ponendo fine al procedimento sanzionatorio, attribuito ad ARERA dal decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, di recepimento del terzo pacchetto energia, non viene espressamente menzionato nelle norme fondanti il potere regolatorio dell'Autorità nel settore dei rifiuti, per cui ci si è chiesti se gli impegni «possono estendersi alla nuova funzione di regolazione dei rifiuti attraverso il doppio salto mortale “dalla materia all'alternativa alla sanzione”» (F. Merusi, *Un'autorità di regolazione fra un “glorioso passato ed un incerto futuro”*, cit., 295)

⁹⁴ Si pensi alla diffida prevista dall'art. 15, l. 10 ottobre 1990, n. 287, che, però, si rivolge soltanto alle imprese e non ad altre pubbliche amministrazioni, a differenza del parere previsto dall'art. 21-bis della medesima legge, quale condizione per l'azione in giudizio da parte del Garante della concorrenza avverso gli atti lesivi della concorrenza (su cui si sofferma F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art.21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 494).

⁹⁵ Anche il mero timore della diffida o dell'intimazione potrebbe, comunque, riuscire a scongiurare l'inerzia, a livello di *moral suasion*. Si tratta di «poteri *soft* in funzione essenzialmente preventiva, di suggerimento, di raccomandazione, di persuasione», come li descrive M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, cit., 109. Sull'importanza, in prospettiva, della *soft law* di ARERA nei confronti degli enti di governo d'ambito, cfr. F. Giglioni, *La determinazione degli ambiti ottimali e le Autorità di governo locale nell'organizzazione e gestione del servizio rifiuti*, in *Annuario di diritto dell'energia 2018, La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, cit., 244.

⁹⁶ Per un approccio graduato all'*enforcement*, dagli strumenti meno restrittivi a quelli più invasivi, cfr. J. Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, New York, 2002, 30 ss., dove si delinea un modello progressivo e dialogico (autorità pubbliche-privati) di «*pyramidal enforcement*».

a differenza del potere sostitutivo, per quanto possa incidere sul patrimonio e sulla reputazione del gestore o dell'ente di governo, non consente, di per sé, di sbloccare l'inceppamento della regolazione che è poi, almeno nel caso degli enti d'ambito, un inceppamento della discrezionalità⁹⁷, dovuto anche alla difficoltà di sviluppare i complessi, orientati all'efficienza, schemi tariffari del regolatore centrale. Problemi, questi, che verranno, probabilmente, risolti mettendo a disposizione degli enti territorialmente competenti dei *tools* di calcolo, in grado di acquietare l'ansia della discrezionalità che generalmente affligge l'agire amministrativo italiano⁹⁸, ma col rischio di ridurre la determinazione tariffaria "di base" quasi a una decisione automatica o, addirittura, automatizzata⁹⁹, conducendo ad una standardizzazione delle specificità territoriali, mentre l'energia discrezionale rimarrebbe, così, quasi tutta concentrata nel potere tariffario centrale di ARERA, che si manifesta col metodo.

Nel delineato assetto, reticolare e duale, il tema dell'indipendenza del regolatore rimane comunque centrale, sia pure in un significato almeno in parte diverso e più ampio rispetto a quello proprio dei servizi a rete di rilevanza nazionale. Lì si tratta, essenzialmente, di indipendenza dall'Esecutivo¹⁰⁰, qui il tema dell'indipendenza si pone, invece, anche con riferimento agli enti di governo d'ambito e, specialmente, nel momento della determinazione tariffaria: una tariffa che più difficilmente potrà perseguire la via dell'efficienza (*rectius* dei recuperi d'efficienza) se, infatti, la logica della

⁹⁷ Sulla teoria del non-inceppamento della discrezionalità, che fa leva sul potere di estendere o derogare standard generali in considerazione dei singoli casi concreti, cfr. D. Galigan, *La discrezionalità amministrativa*, trad.it. F. Innamorati, Milano, Giuffrè, 1999, 36 s.

⁹⁸ Di «ansia mai appagata di una riduzione o trasformazione del margine della libertà riconosciuta all'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni», parlava già A. Piras, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 66. In chiave attuale, sul coriaceo atteggiamento difensivo dell'amministrazione, possono leggersi S. Battini e F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss. e S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 8. La, talora insuperabile, "paura della firma" che affligge, in generale, l'amministrazione nostrana è stigmatizzata, nell'ottica delle sfide poste dalla ricostruzione post covid-19, da F. Patroni Griffi, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, Palazzo Spada, 2 febbraio 2021, in www.giustizia-amministrativa.it, 8.

⁹⁹ Sulla decisione automatizzata, cfr. G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019; in generale, sul rassicurante automatismo dell'algoritmo, può leggersi P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018.

¹⁰⁰ Al riguardo, merita attenzione TAR Lombardia, Sez. I, 28 novembre 2019, n. 2538 (in tema di certificati bianchi), dove emerge anche un dovere d'indipendenza del regolatore energetico: «Con il pedissequo recepimento del dettato ministeriale, Arera ha in sostanza abdicato all'esercizio delle proprie indefettibili potestà regolatorie siccome inequivocabilmente scandite dal diritto dell'Unione e dall'ordinamento domestico».

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

separazione tra regolazione (locale) e gestione non riuscirà ad affermarsi a pieno¹⁰¹. Tale commistione, che vede spesso i comuni nel ruolo di regolatori – diretti o indiretti (attraverso la propria adesione alle autorità di ambito) – e, ad un tempo, in controllo totalitario del gestore *in house*, potrebbe compromettere la spinta efficientista della regolazione. Perciò un regolatore terzo e indipendente posto in apice al sistema della regolazione (tariffaria) – creatore e verificatore del metodo, nel momento in cui approva la tariffa – costituisce una sicura garanzia in termini di efficienza e redditività delle gestioni. Il regolatore centrale dei rifiuti, come avvenuto nel settore idrico, ha pertanto pre-definito scrupolosamente le voci di costo e selezionato gli interventi da remunerare in tariffa, instaurando un collegamento trasparente e uniforme su tutto il territorio nazionale¹⁰² tra variazioni dei corrispettivi tariffari, obblighi assunti dai gestori e qualità delle prestazioni erogate. Una puntuale regolazione tariffaria *ex ante* appare senz'altro preferibile rispetto ad una dialettica *ex post* (in fase di approvazione della tariffa) coi regolatori locali, foriera di incertezza in grado di scoraggiare gli investimenti privati. Improbabile, rimane comunque, a prescindere da possibili semplificazioni, il compito di verificare gli schemi tariffari predisposti dai singoli comuni, dove gli enti d'ambito non sono stati istituiti. Una simile disomogenea molteplicità potrà rendere praticamente difficoltoso replicare le concrete movenze della regolazione tariffaria duale costruita nel settore idrico.

7. Prospettive di regolazione giustiziale

Un ulteriore effetto dell'estensione del perimetro della regolazione ai servizi ambientali pare costituito dal rafforzamento e dall'ampliamento dei poteri giustiziali del regolatore, un tempo marginali rispetto a quelli di regolazione e di esecuzione/sanzione. Una funzione, quella di risoluzione delle controversie, che va acquisendo crescente importanza soprattutto nell'ottica della tutela degli utenti che nel settore dei rifiuti coincidono, peraltro, coi produttori del bene-rifiuto.

¹⁰¹ Sul punto, con riferimento al settore idrico, V. Parisio, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, cit., 159; con riguardo ai rifiuti, L. Saltari, *La regolazione indipendente nel settore dei rifiuti*, in *Annuario di diritto dell'energia 2018, La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, cit., 219, nonché AGCM, *Indagine conoscitiva IC 49*, 163.

¹⁰² Cfr. art. 1, c. 2, della delibera 443/2019/R/rif, laddove si precisa subito come il «perimetro gestionale» preso in considerazione dal metodo tariffario dei rifiuti «è uniforme su tutto il territorio nazionale».

Come noto, ARERA ha di recente dato vita ad un sistema di tutela dei consumatori energetici articolato su tre livelli¹⁰³: in prima battuta, il reclamo del consumatore all'operatore che fornisce il servizio; poi, se la controversia non trova soluzione, la conciliazione obbligatoria (nei settori energetici) *ex* 141, c. 6, lett. *c*), del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2015, n.130)¹⁰⁴ e, infine, al terzo livello, una procedura giustiziale, alternativa rispetto al giudizio civile, attivabile ad istanza di parte, e che si conclude con una decisione vincolante dell'Autorità, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo¹⁰⁵. Il principale vantaggio di questo modello, oltre al contenimento dei tempi e alla specializzazione, sembra rinvenibile nella uniformità interpretativa (“nomofilachia”) in ordine alla disciplina regolatoria in materia di consumatori. L'Autorità, come una sorta di “istanza apicale”, chiude difatti il sistema delle tutele alternative con le proprie decisioni, che possono costituire sicuri precedenti invocabili dai consumatori in sede di reclamo all'operatore (primo livello) o a cui i conciliatori potranno utilmente rifarsi al fine di stimolare l'accordo conciliativo (secondo livello). In quest'ottica, si potrebbe, dunque, anche facilitare la risoluzione delle controversie ai primi due livelli, prima dell'approdo dinanzi al regolatore¹⁰⁶ o al giudice civile.

Il descritto modello a tre *step* pare destinato a trovare applicazione nei nuovi settori regolati, a cominciare dal settore idrico dove l'estensione delle tutele vigenti nei settori energetici dovrà avvenire «garantendo le specificità e la valorizzazione delle esperienze territoriali»¹⁰⁷ e, quindi, il ruolo degli

¹⁰³ Cfr. la delibera 639/2017/E/com, recante «Approvazione della disciplina della procedura decisoria per la risoluzione delle controversie tra clienti o utenti finali e operatori o gestori nei settori regolati dall'Autorità».

¹⁰⁴ In particolare, gli strumenti conciliativi previsti sono: la conciliazione del Servizio Conciliazione clienti energia gestita dall'Acquirente Unico, in avalimento da parte dell'Autorità; le conciliazioni paritetiche, le conciliazioni amministrative dalle Camere di commercio e quelle degli organismi di ADR iscritti nell'elenco tenuto da ARERA (cfr. la delibera 209/2016/E/com – Testo integrato conciliazione).

¹⁰⁵ Tale sistema, strutturalmente simile a quello da tempo vigente nel settore delle comunicazioni (cfr. la delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni 173/07/CONS), è espressione del polivalente principio di sussidiarietà: una gradazione di tutele – alternative – diverse, e la giurisdizione come una sorta di *extrema ratio* cui si ricorre soltanto quando i metodi stragiudiziali – fondati su opzioni volontarie e libere – hanno fallito.

¹⁰⁶ Già al primo livello (reclamo del consumatore all'operatore) o al secondo livello (conciliazione) è ragionevole prevedere (alla luce anche dell'esperienza dell'Autorità per le comunicazioni) che gli operatori preferiranno trovare un accordo con il consumatore piuttosto che “subire” la decisione dell'Autorità, pubblicata sul sito internet e suscettibile di produrre conseguenze a livello di contenzioso civile (dove la decisione del regolatore può influire sul libero convincimento del giudice) e reputazionale.

¹⁰⁷ Cfr. la delibera 55/2018/E/idr, specialmente i primi due “Ritenuto opportuno”.

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

enti di governo d'ambito anche in funzione di risoluzione delle controversie¹⁰⁸, tenuto conto che la conciliazione non è, qui, ancora obbligatoria¹⁰⁹.

Nel settore dei rifiuti, ARERA ha fin qui adottato un solo atto in materia, ossia la delibera 197/2018/R/rif, prevedendo che una prima gestione delle richieste di informazioni, dei reclami, delle istanze e delle segnalazioni degli utenti avvenga avvalendosi dello Sportello per il Consumatore Energia e Ambiente istituito presso Acquirente Unico, e che svolge analoghe attività nei settori dell'energia e dell'idrico. Non si tratta di una risoluzione alternativa delle controversie in senso tecnico-giuridico, che presuppone un «risultato analogo a quello del processo di cognizione» con «effetto sostitutivo della normativa sostanziale» e «vincolante per i suoi destinatari»¹¹⁰, ma di

¹⁰⁸ Nella direzione della tutela multilivello si muovono le proposte recentemente formulate dalla “Commissione Alpa” – «Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato» (pubblicate nel volume *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, Jovene, 2017) –, laddove viene ipotizzato un sistema di ADR denominato «potere decisorio nel campo dei servizi pubblici», applicabile allorché gli enti pubblici che affidano mediante gara ad evidenza pubblica la gestione di un servizio di interesse economico generale inseriscano, nello schema di contratto di servizio o comunque negli atti di gara, la previsione di sistemi di risoluzione extragiudiziaria delle controversie con gli utenti che derivino dal rapporto di utenza. L'organismo chiamato a risolvere le controversie è un collegio composto da tre componenti, dotati di adeguata esperienza, nominati dal Presidente del Tribunale, del TAR e della sezione giurisdizionale della Corte conti territorialmente competenti. Anche qui si hanno, quindi, più livelli di tutela: un primo, di tipo conciliativo, affidato al presidente del collegio; e, in seconda battuta, un livello decisorio che sfocia in una decisione amministrativa collegiale. La decisione è impugnabile dinanzi al TAR e l'eventuale rigetto del ricorso comporta delle conseguenze sul piano delle spese processuali, secondo un modello già seguito per i pareri di pre-contenzioso dell'ANAC (art. 211 del codice dei contratti pubblici – d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). L'azione giurisdizionale è improcedibile finché non sia stato esperito il tentativo di conciliazione: una ipotesi di giurisdizione condizionata, dunque.

¹⁰⁹ Cfr. la delibera 355/2018/R/com, volta all'«efficientamento» e all'«armonizzazione» del Testo Integrato Conciliazione (Tico).

¹¹⁰ F. Luiso, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2019, 3 e 5. Sul punto, può ora leggersi la relazione finale del 24 maggio 2021 della Commissione, istituita presso il Ministero della giustizia, per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso) la quale ricorda come, invece, «Nel nostro sistema diverse disposizioni prevedono che alcune Autorità indipendenti possano decidere controversie fra operatori, fra operatori e consumatori, o anche fra privati», attraverso «decisioni la cui struttura e funzione sono analoghe a quelle della giurisdizione e dell'arbitrato. Ed ovviamente anche gli effetti sono gli stessi». La relazione non può, però, fare a meno di sottolineare come «La disciplina normativa di queste fattispecie è labile e variegata, spesso rimessa ad atti regolamentari promananti dalle stesse Autorità», ragion per cui risulta ormai «necessario delineare un quadro

ormai rodati strumenti di tutela dei consumatori di carattere informativo o, tutt'al più, sfocianti in indicazioni rivolte al gestore inadempiente¹¹¹.

Anche nel creare una efficace funzione di risoluzione alternativa delle controversie, ARERA dovrà comunque fare i conti con la diffusa mancata costituzione degli enti di governo d'ambito, quali possibili sedi di composizione (risoluzione autonoma) o istanze giustiziali di primo grado (risoluzione eteronoma). Rimane, in ogni caso, l'esigenza di ampliare e rafforzare la tutela degli utenti in un settore non aperto alla concorrenza nel mercato, dove gli utenti finali non sono in condizione di scegliere tra una pluralità di fornitori, come avviene invece da tempo nei più avanzati mercati energetici.

Sul fronte della regolazione giustiziale, sarebbe poi interessante esplorare gli spazi per un metodo di risoluzione delle controversie *business to business*, sul modello della disciplina contenuta nella delibera 188/2012/E/com per la risoluzione delle controversie in materia di accesso alle principali infrastrutture di rete, snodi fondamentali dei mercati energetici¹¹². Nel settore dei rifiuti si potrebbe, ad esempio, immaginare un analogo sistema per le controversie relative all'accesso agli impianti di trattamento o di termovalorizzazione, dove si registra una sotto-dotazione impiantistica, sia a livello regionale che nazionale¹¹³, e, quindi, un oligopolio alla base di un potere di mercato dei titolari di tali impianti (talora facenti parte di imprese pubbliche verticalmente integrate)¹¹⁴ i quali, come noto, applicano prezzi di conferimento assai elevati, specialmente ai rifiuti urbani indifferenziati provenienti da regioni, soprattutto del sud Italia, che versano in situazioni emergenza-

normativo generale, che dia legittimazione all'autonomia delle Autorità stesse». Di qui la proposta di una norma di legge delega del seguente tenore: «Articolo 2-bis (La decisione delle controversie da parte delle Autorità amministrative indipendenti) 1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il decreto o i decreti legislativi devono: a) disciplinare le fattispecie in cui un'Autorità indipendente può decidere dicontroversie fra privati, individuando i presupposti di tale potere, la disciplina generale del procedimento, nonché la giurisdizione competente per il controllo dei suddetti provvedimenti decisorii».

¹¹¹ Cfr. la generale disciplina contenuta nella delibera 383/2016/E/com.

¹¹² Tale potere di risoluzione delle controversie è esercitato in forza dell'art.44 del d.lgs. n. 93/11, ai sensi del quale «L'Autorità per l'energia elettrica e il gas emana specifiche direttive per la disciplina, ai sensi dell'articolo 2, c. 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n.481, delle procedure di risoluzione delle controversie» in materia di accesso ai sistemi di trasmissione dell'energia elettrica, di trasporto del gas, distribuzione e stoccaggio.

¹¹³ Cfr. D. Berardi e N.Valle, *Economia circolare: il fabbisogno impiantistico di trattamento dei rifiuti urbani in Italia al 2035*, in *Econ. pubbl.*, 2019, 143 ss. La questione della sotto-dotazione impiantistica, nelle sue criticità, è analizzata, dal punto di vista del regime autorizzatorio, da G. Mari, *La gestione delle procedure di autorizzazione degli impianti di trattamento dei rifiuti*, in *L'amministrazione dei rifiuti a Roma*, a cura di F. Gigliani, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 87 ss.

¹¹⁴ Cfr. la più volte citata *Indagine conoscitiva IC 49 di AGCM*, 152.

li e la cui domanda risulta, dunque, *captive*¹¹⁵. Una simile estensione della regolazione giustiziale potrebbe avvenire una volta adottata la regolazione tariffaria degli impianti di trattamento¹¹⁶ e potrebbe, quindi, riguardare controversie insorte tra i titolari degli impianti e soggetti conferenti relative all'applicazione della tariffa e alle procedure di conferimento.

8. Conclusioni: “contraddirsi per svilupparsi”

L'estensione della regolazione indipendente al settore dei rifiuti impone cambiamenti e adattamenti da parte di tutti i giocatori del «gioco giuridico evolucionista»¹¹⁷ della regolazione. Impone, anzitutto, una più diffusa e omogenea *expertise*, capace di dare vita ad un'ampia condivisione di strumenti e linguaggio (una sorta di *koinè* regolatoria); altrimenti, i regolatori locali (soprattutto gli enti locali di più piccole dimensioni) incontreranno notevoli difficoltà nello sviluppare i raffinati schemi tariffari predisposti dall'Autorità centrale e nel partecipare alla costruzione delle regole (*notice and comment*).

A contatto con il più variegato settore dei rifiuti, anche il paradigma classico della regolazione di matrice britannica volto a realizzare/simulare la concorrenza attraverso regole di tipo condizionale; “giocato” da un regolatore, indipendente e monosettoriale, e dalle imprese regolate – è, dunque, chiamato ad adattarsi ed evolversi¹¹⁸. In tale prospettiva, la regolazione ha fin qui dimostrato plasticità e attitudini pragmatiche, in coerenza con la sua natura evolucionista, al punto che le rilevate torsioni della nozione classica non ne hanno minimamente inficiato l'efficacia: nel settore idrico, ad esempio, la presenza del regolatore indipendente ha fatto sì che la spesa per infrastrutture sia salita da 961 milioni di euro, nel 2012, a 1,49 miliardi nel 2015, con un incremento del 55 per cento¹¹⁹. La regolazione sembra, pertanto, essere riuscita a creare quella certezza del quadro regolatorio che è condizione

¹¹⁵ Cfr., ancora, l'*Indagine conoscitiva* dell'Autorità garante della concorrenza, 163.

¹¹⁶ Cfr. la delibera 138/2021/R/Rif, che avvia il procedimento per la definizione del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio (MTR-2), nell'ambito del verranno, altresì, fissati i criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento, nonché il successivo documento di consultazione 196/2021/R/Rif.

¹¹⁷ Così M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 218, evocando F.A. Hayek, *Legge legislazione e libertà*, trad.it G. Monateri, Il Saggiatore, Milano, 2000.

¹¹⁸ Da una angolatura economica, cfr. A. Massarutto, *Italian waste in the circular economy: a agenda for industry regulators in Italy*, in *Econ. pubbl.*, 2019, 9 ss.

¹¹⁹ Cfr. REF Ricerche, *Regole chiare e “governo” del settore: investire nell'acqua, investire in sviluppo*, Milano, 2015.

essenziale per attrarre investimenti infrastrutturali connotati da lunghi tempi di ritorno¹²⁰. Certezza, peraltro, essenziale per aprire agli investimenti privati anche il settore dei rifiuti¹²¹, come appare chiaro fin dall'avvio del primo procedimento di regolazione tariffaria¹²². Un settore con grandi potenzialità, ma afflitto, al pari di quello idrico prima dell'avvento della regolazione indipendente, da un grave deficit infrastrutturale¹²³.

La regolazione, coi suoi vari strumenti interconnessi volti a un fine convergente¹²⁴, pare pertanto necessaria per rivitalizzare il settore dei rifiuti. Necessario appare, però, al contempo, anche un "oltrepassamento" della regolazione stessa, forte della propria identità ma adattata ad un settore "senza rete", dove le raffinate tecniche regolatorie sono destinate a entrare in conflitto con la politica degli enti territoriali.

Ma, con vent'anni di regolazione alle spalle, dovrebbe essere ormai possibile evitare i principali inconvenienti e le distorsioni del potere regolatorio. In primo luogo, le tentazioni che sempre si annidano nella regolazione, specialmente quando assume connotazioni finalistiche, verso un certo "dirigismo"¹²⁵; il rischio, latente, e accresciuto da un sistema duale,

¹²⁰ Sul punto, cfr., in generale, B. Pedel, *Regulatory Risk and the Cost of Capital*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2006, 63 ss.

¹²¹ La stessa AGCM, nella più volte richiamata *Indagine conoscitiva* IC49, 164, aveva, in quest'ottica, auspicato l'attribuzione delle potestà regolatorie in materia di rifiuti ad un «soggetto terzo rispetto alle imprese regolate, dotato di autonomia funzionale e organizzativa e delle competenze tecniche necessarie per la corretta regolazione del settore», ipotizzando che tale soggetto potesse essere individuato proprio nell'Autorità per l'energia. In tale prospettiva, cfr., altresì, Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, n. 83/2017, ove si sottolineano i «positivi effetti economici, ambientali e sociali che l'avvio di una regolazione indipendente per il settore dei rifiuti avrebbe potuto, potrebbe ancora, e dovrebbe apportare al sistema Paese».

¹²² Dove si mira a realizzare un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, come prevede l'art. 1, c. 1, l. n. 481/1995: cfr. il III "Considerato" della deliberazione 225/2018/R/RIF, recante «Avvio di procedimento per l'adozione di provvedimenti di regolazione tariffaria in materia di ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati».

¹²³ Secondo FISE Assoambiente, report «Per una strategia nazionale dei rifiuti», presentato a Roma il 18 aprile 2019, gli investimenti necessari in impianti di recupero (di materia e di energia) e di smaltimento finale (discariche), ammonterebbero a circa dieci miliardi nei prossimi quindici anni. Sul punto, leggasi F. De Leonardis, *Interventi sostitutivi e tutela dell'ambiente*, in *Dir. econ.*, 2020, 109 s., per cui il fatto che la realizzazione di simili impianti venga affidata, dalla legislazione vigente, per lo più a soggetti privati fa sì che la loro realizzazione e gestione sia, naturalmente, ispirata a valutazioni di convenienza economica, «ma d'altra parte comporta una situazione di aleatorietà e di variabilità molto particolare in relazione al conseguimento degli obiettivi» del pacchetto economia circolare.

¹²⁴ Cfr. G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in questa *Rivista*, 2011, 2193.

¹²⁵ Secondo F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giap-

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

di conflitti istituzionali (col governo, coi regolatori locali, cogli enti locali); l'entropia delle regole¹²⁶, che può minare la certezza della regolazione, per troppo «ardore regolatorio»¹²⁷; la regolazione (*rectius* il potere normativo di regolazione) come succedaneo dell'*enforcement*: fenomeno cui si assiste nell'iper-regolato settore energetico, dove i problemi vengono forse troppo spesso risolti creando nuove regole¹²⁸ piuttosto che spingendo sul controllo e la vigilanza, per garantire l'applicazione/esecuzione delle regole esistenti.

Come insegna un Maestro di dialettica, bisogna imparare a sfruttare le contraddizioni in funzione dello sviluppo – «contraddirsi per svilupparsi» –, poiché «ad ogni sfida cui si è risposto efficacemente, l'identità si consolida e l'alterità viene inglobata»¹²⁹. Nel nuovo sistema della regolazione dei rifiuti, fermi i cardini – la separazione regolazione/gestione e la remunerazione dei costi efficienti –, le alterazioni rispetto al paradigma classico dovranno, pertanto, aderire alla natura delle cose da regolare, «mediarsi con il mondo»¹³⁰. Con assetti di mercato refrattari alla concorrenza (nel mercato, e anche per il mercato); con una organizzazione funzionale dei servizi pubblici locali ancora incompleta (la diffusa assenza di enti di governo d'ambito) che pone le sofisticate tecniche regolatorie a diretto contatto con la realtà della politica locale; ma, soprattutto, con una realtà socio-economica incisa dallo *shock post coronavirus*¹³¹. Il che richiederà, da un lato, decisioni più rapide – magari meno partecipate¹³² – e repentini aggiustamenti, aree di esenzione dalla

picchelli, 2013, 96, le autorità indipendenti, se la loro attività assume una inclinazione diriggistica, possono risultare dotate di armi ancor più affilate di quelle in possesso dei vecchi pianificatori.

¹²⁶ Cfr. F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 200.

¹²⁷ S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 265 ss.

¹²⁸ Sull'effetto di stratificazione (*accretion*) caratterizzante la regolazione, come graduale e continuo aumento delle regole, cfr. J.B. Ruhl e J. Salzman, *Mozart and the Red Queen: the problem of regulatory accretion in the administrative state*, in *The Georgetown law journal*, vol. 91:257, 2003.

¹²⁹ Così R. Bodei, *Scomposizioni*, Bologna, Il Mulino, 2016, 373.

¹³⁰ R. Bodei, *op. loc. ult. cit.*

¹³¹ Cfr. F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, 2019, 583, laddove, in particolare, osserva come «La ricostruzione post-bellica [...] sarà caratterizzata da un forte intervento dello Stato nell'economia e sul mercato: si farà questione di gestione di poteri pubblici e, dunque, emergerà ancora "materia" per il diritto amministrativo e spunti di riflessione per la scienza giuspubblicistica». Si pensi soltanto, in questa chiave, ai profili recentemente lumeggiati da F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Dir. econ.*, 2020, 13 ss., e da A. Sandulli, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 405 ss.

¹³² La delibera 649/2014/A già comunque prevede, all'art. 5, c. 2, che «Nei casi in cui

regolazione, proroghe dei termini per adempiere ai gravosi obblighi informativi¹³³ a carico degli operatori, una allentata tensione verso gli obiettivi di *performance* e qualità del servizio, nonché la creazione di fondi pubblici in grado di sostenere nuovi investimenti e garantire quelli già pianificati, affiancati da misure regolatorie premiali o ad effetto-leva, e la copertura attraverso la tariffa degli extra-costi generati dall'emergenza; dall'altro, una particolare attenzione per i consumatori e le piccole e medie imprese in difficoltà, attraverso il rafforzamento del c.d. bonus sociale¹³⁴, forme di rateizzazione, la mitigazione delle procedure d'interruzione della fornitura¹³⁵, nell'ottica di una regolazione dell'emergenza¹³⁶.

Abbandonata, oggi più che mai, la pretesa di costruire un perfetto sistema di regole tecniche, ma forte della propria pragmatica ed evolutiva identità¹³⁷, l'attività regolatoria dovrà, pertanto, accettare sia pur temporanee esenzioni e misure derogatorie rispetto al fin qui edificato sistema¹³⁸. Solo così la

non si sia proceduto a consultazione, l'Autorità indica le ragioni di straordinaria urgenza, emergenza o segretezza che non hanno consentito di procedere alla consultazione stessa», potendo «fissare un termine per la presentazione di osservazioni e proposte, al fine di consentire eventuali adeguamenti od integrazioni all'atto di regolazione adottato (c.d. consultazione postuma)».

¹³³ Cfr., ad esempio, la determina 3/2020 della Direzione Mercati Retail e Tutele dei Consumatori di Energia, recante «Differimento dei termini previsti dalla regolazione per la comunicazione dei dati di cui al TIMR, al TIF e alle deliberazioni 100/2016/E/com e 555/2017/E/com», o la delibera 123/2020/R/EEL, di «Sospensione di alcune tempistiche del Testo integrato connessioni attive a causa dell'emergenza epidemiologica da virus covid-19». Sull'ampiezza degli obblighi informativi posti dalla regolazione, cfr., in generale, F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 39 ss.

¹³⁴ Cfr. la delibera 76/2020/R/com, «Disposizioni urgenti in materia di bonus elettrico, bonus gas e bonus sociale idrico in relazione alle misure urgenti introdotte nel Paese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19».

¹³⁵ Cfr. la deliberazione 60/2020/R/com, «Prime misure urgenti e istituzione di un conto di gestione straordinario per l'emergenza epidemiologica covid-19».

¹³⁶ Si leggano le lungimiranti proposte avanzate da A. Guerrini, *Economic regulation of public utility services in emergency situations*, nel corso del webinar del 29 aprile 2020 dell'International Water Association, *COVID-19: The Regulator's Response*. La sempre riemergente «forza dell'interesse pubblico nelle crisi e nell'emergenza» è evocata da M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 526 ss.

¹³⁷ Sugli influssi del modello evoluzionista, vedasi M. Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 236 s.

¹³⁸ Come precisato nella Segnalazione 136/2020/I/com, «Segnalazione dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente a parlamento e governo in merito alle misure a sostegno degli investimenti e a tutela delle utenze finali del servizio di gestione integrata dei rifiuti, urbani e assimilati, e del servizio idrico integrato e dei clienti finali di energia elettrica e gas naturale, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», 2 s., «I provvedimenti sinora adottati dall'Autorità hanno, infatti, natura temporanea, sospensiva o anti-

la meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti

regolazione potrà realizzare, in tempi difficili e anche nel settore dei rifiuti, il suo grande – generale – fine, di creare certezza¹³⁹ e infondere fiducia nei contesti di riferimento, nella più ampia prospettiva della ricostruzione¹⁴⁰.

Abstract

The essay analyzes the new regulatory system for the waste service enforced by the so called ARERA, the Italian Regulatory Authority for Energy, Networks and Environment, attempting a preliminary balance of the “first hand” experience by the

patoria». Pur non ritenendo di mantenere nel tempo («in via strutturale») le misure adottate, pare comunque «opportuno avviare il superamento delle misure urgenti adottate nell’ultimo mese e valutare l’introduzione di nuovi strumenti di attenuazione delle criticità emergenti già a partire dalle prossime settimane, anche sulla base delle informazioni acquisite nell’ambito della sua continua attività di monitoraggio». Sulle deroghe alla disciplina regolatoria vigente, come strumento di avanzamento tipico della regolazione per esperimenti, attraverso lo strumento della *regulatory sandbox*, da intendersi quale spazio protetto entro cui sperimentare soluzioni innovative, cfr., con riferimento al settore finanziario, dove questa tecnica ha trovato le principali applicazioni, W.G. Ringe e C. Ruof, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11, 2020, 604 ss.; A. Merlino, *La regulatory sandbox in un recente parere del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021; con riguardo al settore delle *public utilities*, si veda, invece, il tentativo di classificazione di A. Guerrini, L. Lo Schiavo e C. Poletti, *Innovazione e regolazione. La regolazione per esperimenti come modalità di regolazione adattiva*, cit., 82 ss.

¹³⁹ Si condivide, quindi, quanto criticamente affermato da Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584, riconoscendo la natura perentoria dei termini per la conclusione dei procedimenti sanzionatori di ARERA: «è inaccettabile la oscillazione di comportamenti, in un campo così delicato per operatori economici, imprese e cittadini e in presenza della sempre più pressante domanda del bene giuridico della certezza del diritto».

¹⁴⁰ La missione n. 2 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza approvato dal Consiglio dei Ministri del 29 aprile 2021, denominata «Rivoluzione verde e transizione ecologica», è diretta, tra l’altro, a «realizzare la transizione verde ed ecologica della società e dell’economia per rendere il sistema sostenibile e garantire la sua competitività. Comprende interventi per l’agricoltura sostenibile e per migliorare la capacità di gestione dei rifiuti [...]» (15). In tal senso, si mira, in particolare, «al superamento dei divari territoriali», considerato anche che «le raccomandazioni specifiche della Commissione Europea sull’Italia invitano a investire al Sud sulle infrastrutture per la gestione dei rifiuti e le infrastrutture idriche» (38), e dovendosi generalmente fare i conti con «Uno dei principali ostacoli alla costruzione di nuovi impianti di trattamento dei rifiuti» costituito dalla eccessiva «durata delle procedure di autorizzazione e delle gare d’appalto», in molti casi causata dalla «mancanza di competenze tecniche e amministrative del personale di regioni, province e comuni» (122). Sulla regolazione dei rifiuti quale «fattore abilitante nell’implementazione del PNRR», cfr. la memoria di ARERA 209/2021/I/Rif, «in merito alla determinazione e alla modulazione della TARI», per le Commissioni riunite VI Finanze e VIII Ambiente territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati.

independent authority. The study sheds light on the impact of the new tariff method on existing contracts and on the complex multilevel governance, involving ARERA, local authorities and local district's regulators (the latter, so called enti di governo d'ambito). The national regulator has full powers for dealing with tariffs, but it can not force municipalities to give up their role. Nevertheless, since the start of the reform in 2018, ARERA has introduced innovations only gradually. The main goal of the metodo tariffario rifiuti (MTR), namely the tariff regulation adopted for the first two years (2020-2021) and retrospectively for 2018-2019, is clearly a cost disclosure, on the assumption that previous regulation allowed unclear and opaque financial manouvres. The research shows how the new regulation of waste services has some differences with the British regulatory model, normally applied to network services.

DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO NELLA GESTIONE DEI SERVIZI SANITARI: IL RAPPORTO TRA L'AMMINISTRAZIONE E IL GESTORE DEL SERVIZIO

SOMMARIO: 1. Gestione del servizio e uso del diritto privato: un caso emblematico. – 2. La disciplina del sistema di accreditamento sanitario: il ruolo dell'atto consensuale. – 3. Il controllo sulla qualità delle prestazioni erogate dalle strutture private convenzionate tra potere di vigilanza e verifica dell'esatto adempimento. – 4. Gli orientamenti della giurisprudenza: la ricostruzione "pubblico-autoritativa". – 5. (*Segue*) La ricostruzione "negoziale". – 6. Le indicazioni ricavabili dal diritto positivo: in punto di natura contrattuale del rapporto tra aziende sanitarie e strutture private accreditate. – 7. (*Segue*) In punto di esercizio in forma negoziale del controllo sulle prestazioni erogate dalle strutture private. – 8. Il profilo determinante: attività dell'amministrazione e uso del diritto pubblico e del diritto privato. – 9. Considerazioni conclusive: disciplina del contratto e gestione dei servizi esternalizzati.

1. Gestione del servizio e uso del diritto privato: un caso emblematico

La situazione emergenziale che stiamo vivendo sta determinando un aumento dell'intervento pubblico diretto¹, che si presenta come «una pro-

¹ Sui caratteri, le finalità ed i rischi di questo rinnovato intervento, nell'ambito di una letteratura già piuttosto ampia, si vedano i contributi pubblicati nella rubrica monografica su *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia* del fascicolo n. 2, 2020 di *Diritto pubblico* e, in particolare, i saggi di F. Bilancia *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, *ivi*, 333 ss., A. Pioggia *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, *ivi*, 385 ss., A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, *ivi*, 406 ss. Si veda anche M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Merc. conc. reg.*, 2020, 235 ss.; A. Pezzoli, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, *ivi*, 2020, 139 ss.; i commenti al c.d. "Decreto rilancio" pubblicati nel fascicolo 5 del 2020 del *Giornale di diritto amministrativo* e, in particolare, il contributo di M. Macchia, *Lo strumentario giuridico per le misure di rilancio*, *ivi*, 615 ss.

gressiva inversione di rotta rispetto alle politiche di riduzione della sfera di azione e di presenza del pubblico»² perseguite, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, mediante le privatizzazioni³ e le esternalizzazioni⁴.

Nel quadro costituzionale è pienamente condivisibile l'idea che l'azione delle istituzioni pubbliche debba rimettere al centro proprio i servizi, quali elementi immediatamente funzionali alla soddisfazione dei diritti fondamentali degli individui, operando per correggere alcune degenerazioni dei processi di privatizzazione⁵ che hanno ridotto il «senso pubblico» dell'attività di servizio⁶ e la capacità delle amministrazioni di esercitare un effettivo controllo sulla stessa⁷.

La necessità dell'intervento ripropone, dunque, anche il tema della capacità del livello amministrativo di elaborare soluzioni adeguate alla pluralità delle situazioni da regolare, impiegando al meglio i poteri e gli istituti giuridici a disposizione.

In questa prospettiva, pare opportuno evitare il rischio che l'urgenza di una rinnovata responsabilità pubblica in materia induca a riproporre taluni paradigmi della tradizione (*i.e.* la preferenza delle forme amministrative anche per l'esercizio di poteri di gestione) sul presupposto che questi siano necessari, o comunque più adeguati, per la tutela dell'interesse pubblico⁸.

² Così C. Barbati, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 15.

³ Sulle tendenze di allora si vedano C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.; e i contributi raccolti nel volume *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, a cura di M. Cammelli e G. Sciuillo, Rimini, Maggioli, 2004.

⁴ Sui diversi processi di esternalizzazione G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963 ss.

⁵ In particolare: i processi di aziendalizzazione per come intesi e praticati, l'introduzione di logiche di profitto, le politiche di riduzione della spesa in termini di mera contrazione dei costi. Sul punto, con particolare riferimento alla sanità, F. Giglioni e A. Pioggia, *Cosa riformare del servizio sanitario nazionale*, in *Astrid Rassegna*, 7, 2020, 1 ss.

⁶ L'espressione è di A. Pioggia, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 1-26.

⁷ Si veda, a titolo esemplificativo, la questione del controllo sulle concessioni autostradali su cui, di recente, L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1127 ss.; G. Mocavini, *La revoca e la decadenza delle concessioni autostradali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 195 ss.

⁸ Nella prospettiva richiamata si pongono alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali che qualificano in chiave pubblico-autoritativa i poteri esercitati nell'esecuzione di rapporti consensuali instaurati per la regolazione di servizi pubblici. Cfr., da ultimo, Cons. reg. sic., 16 ottobre 2020, n. 935 con riferimento alla dichiarazione di decadenza di una concessione relativa alla gestione di un parcheggio interrato; Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2020, n.

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

Un tale approccio, oltre a sottovalutare le disfunzioni che i paradigmi tradizionali – a loro volta – avevano determinato⁹, potrebbe mettere in discussione alcune acquisizioni fondamentali derivate dall’attuazione del progetto costituzionale e, in particolare, il principio per cui l’attività amministrativa non coincide con l’attività autoritativa, pertanto la doverosa ed essenziale presenza delle Istituzioni pubbliche non necessariamente richiede (un aumento dell’) attività sottoposta al regime amministrativo¹⁰.

Al fine di approfondire quanto considerato è utile analizzare una questione che si è posta nella gestione dei servizi sanitari erogati da strutture private accreditate¹¹ nell’ambito di rapporti qualificati, non senza incertezze, come concessioni di servizio pubblico¹².

La questione cui si farà riferimento è emersa nell’ambito di un conflit-

8100 in materia di applicazione di una penale nell’ambito del rapporto di concessione di una piscina comunale. In dottrina G.D. Comporti, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in *Giur. it.*, 11, 2020, 2530 ss. che parla di «una stagione singolarmente incline a riqualificare in chiave pubblicistica istituti negoziali intervenuti nel corso di rapporti amministrativi» richiamando Cons. St., sez. II, 28 gennaio 2020, n. 705 in materia di cessione volontaria di immobili oggetto di procedure ablatorie e Cons. St., ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in tema di accesso civico generalizzato agli atti della fase esecutiva dei contratti pubblici. Per una rassegna della giurisprudenza recente A. Gemmi, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *Persona e Amministrazione*, 2019, 499-506.

⁹ Al riguardo si veda G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, (ora in ora in *Saggi e scritti scelti di Gianpaolo Rossi*, I, *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni*, a cura di D. D’Alessandro e D. Pappano, Torino, 2019, 169) il quale osserva: «Nelle fasi della transizione il rischio è doppio: di non tenerne conto, sforzandosi di mantenere in vita concetti consumati, o di prendere atto della inadeguatezza di vecchie categorie, limitandosi ad un’opera distruttiva, con una sorta di assolutizzazione del relativismo».

¹⁰ Inteso come caratterizzato da: vincolo finalistico, incidenza del vincolo di scopo sulla validità dell’atto, rilevanza dell’interesse di chiunque ai fini dell’impugnazione. Sul tema, nell’ambito di una letteratura vastissima, si vedano almeno M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 543 ss.; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.; Id., *Attività amministrativa*, in *Enc. giur.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2002, 75 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006; D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annuali, III, Milano, Giuffrè, 2010, 46 ss.

¹¹ Cfr. l’art. 8-bis e ss., d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 su cui *infra* par. 2.

¹² In questi termini Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28501 «le convenzioni stipulate tra le unità sanitarie locali e le case di cura e le altre strutture private minori, sono contratti di diritto pubblico che danno vita a concessioni amministrative». In termini, tra le molte, Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2010, n. 813, TAR Puglia, Lecce, sez. II, 25 luglio 2003, n. 5351; Cons. St., sez. IV, 26 gennaio 2004, n. 241; TAR Puglia, Bari, sez. I, 27 settembre 2006, n. 3313. TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 14 novembre 2006, n. 1718. Più di recente, negli stessi termini Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30975; Cass. civ., sez. un., 24 luglio 2017, n. 18168; Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31029; Cass. civ., sez. un., 20 settem-

to di giurisdizione, poiché in base all'art. 133, c. 1, lett. c), c.p.a.¹³, dalla qualificazione degli atti adottati dall'amministrazione dipende la devoluzione della controversia ad uno dei due plessi giurisdizionali, ma l'aspetto che interessa è di diritto sostanziale.

In particolare, il problema è stabilire se le ASL possano verificare la qualità e l'adeguatezza dell'assistenza prestata dalle strutture private accreditate mediante gli atti negoziali di esecuzione dei contratti che regolano il rapporto con le stesse, ovvero se sia necessario l'esercizio del potere autoritativo¹⁴. Come vedremo la giurisprudenza è instabile¹⁵, ma le posizioni sono sostanzialmente due e da queste emerge una diversa configurazione della natura del rapporto¹⁶.

Il tema¹⁷ è affrontato nell'ambito di un caso di specie e dei riscontri

bre 2019, n. 23540; Cons. St., sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7820 e n. 7646; Cons. St., sez. III, 1 giugno 2020, n. 3454; TAR Roma, Lazio, sez. III, 3 febbraio 2020, n. 1420.

¹³ Ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. c) c.p.a., le controversie in materia di concessioni di pubblici servizi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ad eccezione di quelle concernenti «indennità, canoni o altri corrispettivi» riservate all'autorità giudiziaria ordinaria.

¹⁴ Come avremo modo di approfondire, si tratta di verificare la natura giuridica degli atti con cui la ASL, accertata la insufficienza o l'incongruità dell'attività erogata dalle strutture private convenzionate, impone prestazioni patrimoniali a titolo di penalizzazioni (con intimazioni di pagamento o emissione di note di credito) e avanza pretese di compensazione dei relativi importi con quelli derivanti dai corrispettivi fatturandi. Il punto controverso è siano atti di diritto privato di esecuzione del contratto (nella specie: di verifica del corretto adempimento degli obblighi di servizio oggetto dello stesso) e, in tal caso, se si possano qualificare come atti paritetici regolanti aspetti patrimoniali – profilo che incide sulla individuazione del giudice fornito di giurisdizione ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. c) c.p.a. – ovvero se si siano da considerare quale espressione del potere autoritativo di vigilanza sul gestore incidente “dall'esterno” sul rapporto negoziale.

¹⁵ A distanza di pochi mesi sia la Corte di Cassazione che il Consiglio di Stato hanno sostenuto tesi opposte. Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31029 e Cons. St., III, n. 3454/2020 si sono pronunciati a favore della natura paritetica e negoziale – con conseguente devoluzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria –, mentre Cass. civ., sez. un., n. 23540/2019 e Cons. St., III, n. 7646/2020 e n. 7820/2020 hanno affermato la natura pubblica-autoritativa degli atti in questione attribuendo la cognizione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per l'analisi della giurisprudenza si veda *infra* par. 4, 5, 6.

¹⁶ Sulle diverse ricostruzioni della natura giuridica delle concessioni di servizio pubblico si rinvia a quanto considerato nei prossimi paragrafi, nel testo e nelle note.

¹⁷ Sulle «dinamiche complesse di scomposizione e ricomposizione dei regimi giuridici» che hanno ridimensionato la dicotomia pubblico-privato e trasformato l'identità stessa del diritto amministrativo, tra i molti, A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, 461 ss. dove il tema della privatizzazione del rapporto di impiego offre l'occasione per una complessiva ridefinizione del generale rapporto pubblico-privato; C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come sogget-*

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

giurisprudenziali, con valore relativo delle considerazioni generali che se ne possono trarre, ma l'analisi di una specifica fattispecie presenta più di un profilo di utilità.

Da una parte, a fronte della sempre maggiore complessità dei fenomeni da disciplinare, pare condivisibile l'approccio metodologico che invita a «lavorare con attenzione all'interno delle singole aree problematiche, affinando la capacità di lettura dei fatti-interessi che in relazione alle stesse si manifestano [...] e sfruttando la combinazione dei diversi strumenti resi disponibili dall'ordinamento per costruire le soluzioni volta per volta più adatte»¹⁸.

D'altra parte, poiché spetta alla legge tanto il compito di attribuire e delimitare il potere amministrativo¹⁹ quanto quello di individuare i limiti alla capacità di diritto privato dell'amministrazione²⁰, l'aderenza al diritto

to e pubblico come regola, cit., 393 ss.; G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività amministrativa: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss. (ora in *Saggi e scritti scelti di Gianpaolo Rossi*, cit., I, 47-48); D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bologna, il Mulino, 2001; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; Id., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016. Sull'evoluzione storica e sulle configurazioni più recenti «della grande dicotomia» B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

¹⁸ In questi termini G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra pubblico e privato alla luce dei problemi da risolvere*, in corso di pubblicazione in *Dir. pubbl.*, 2021 che richiama il metodo «gradualista» di G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., 16.

¹⁹ Sul principio di legalità-garanzia, nell'ambito di una letteratura molto ampia, S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir. (voce)*, XXIII, Milano, 1973, 682 ss.; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, Milano, 1982, 1-47; L. Carlassarre, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990, 1 ss.; R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, 1994, 84 ss.; A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 92 ss.; F. Merusi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 427 ss.; D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annuali, III, Milano, Giuffrè, 2010, 46 ss.; G. Corso, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2011, 4 ss.; A. Bartolini, A. Pioggia, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 79 ss.

²⁰ Sulla necessaria previsione mediante «precise norme positive» delle eventuali limitazioni alla capacità di diritto privato delle amministrazioni si veda, tra i molti, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1988, 655 ss.; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, cit., 49-131; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 2011, 73; Id., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, 119-127; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 114-137. Sul tema, da ultimo, A. Blasini, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2018, 399 ss.

positivo è particolarmente necessaria anche per meglio intendere e valutare il reciproco condizionamento di ciò che è ricavabile dai dati positivi testuali e di ciò che è ricavabile dagli assunti sistematici.

Pertanto, dopo aver inquadrato la questione nell'ambito del sistema di accreditamento sanitario (par. 2, 3), saranno analizzate le due ricostruzioni prospettate in giurisprudenza (par. 4, 5), al fine di porre l'attenzione sui dati positivi e sistematici (par. 6, 7, 8) su cui si fonda la tesi che pare preferibile anche nella prospettiva di una maggiore efficacia dell'attività amministrativa di gestione e di controllo sui servizi pubblici in caso di esternalizzazione (par. 9).

2. La disciplina del sistema di accreditamento sanitario: il ruolo dell'atto consensuale

La partecipazione di privati all'erogazione dell'assistenza sanitaria è da tempo regolata mediante strumenti negoziali.

Già gli artt. 43 e 44, l. 23 dicembre 1978, n. 833 stabilivano che le strutture private potevano concorrere all'erogazione delle prestazioni in base a specifiche convenzioni: le prime determinavano un'integrazione organizzativa dell'ente privato nel sistema²¹; le seconde implicavano soltanto l'acquisizione da parte della USL dell'attività svolta dalla struttura²². In entrambi i casi le convenzioni erano stipulate solo in caso di espressa previsione della loro adeguatezza e necessità da parte del piano sanitario regionale²³.

²¹ Secondo l'art. 43 le istituzioni private con «un ordinamento dei servizi ospedalieri corrispondente a quello degli ospedali gestiti direttamente dalle unità sanitarie locali» potevano essere «classificati», con provvedimento della regione, come «presidi dell'unità sanitaria locale nel cui territorio erano ubicati». Sul punto si veda G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi. II) Convenzioni in materia ospedaliera*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 6, secondo il quale in questo caso la convenzione era attuativa del rapporto tra la USL e la struttura che aveva il suo titolo nel provvedimento regionale di «classificazione», il quale realizzava una integrazione organizzativa stabile che collocava la struttura (e non soltanto l'assistenza da questa erogata) nell'ambito servizio sanitario.

²² L'art. 44 l. n. 833/1978 disciplina le convenzioni stipulate dalle USL per «acquisire l'attività sanitaria della struttura convenzionata». Tale convenzione aveva carattere direttamente costitutivo del rapporto tra USL e strutture private e non determinava un'integrazione organizzativa, ma si limitava a legittimare la struttura privata ad erogare prestazioni per conto e a carico del servizio sanitario nazionale. Infatti, la norma ne legava la conclusione alla verifica (non delle caratteristiche dell'ordinamento degli enti ma soltanto) degli aspetti sanitari e funzionali delle prestazioni erogare. Sul punto, in questi termini, si veda ancora G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi. II) Convenzioni in materia ospedaliera*, cit., 6.

²³ Chiaro in tal senso l'art. 44 in forza del quale «il piano sanitario regionale [...] accerta la necessità di convenzionare le istituzioni private [...] tenendo conto prioritariamente di quelle già convenzionate».

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

In quel modello, quindi, il ruolo del privato all'interno del Sistema sanitario nazionale (SSN) era sussidiario e integrativo: l'esternalizzazione era prevista in via del tutto residuale e solo per colmare le lacune dell'offerta pubblica²⁴.

Come noto, nei primi anni Novanta il regime fu modificato per rimediare all'elevato aumento della spesa pubblica e alle degenerazioni determinate dalle logiche clientelari della gestione politica (*i.e.* dei partiti politici per il tramite dei Comuni) delle unità sanitarie locali²⁵.

A tal fine, il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 configurava un sistema caratterizzato da una pluralità di strutture di assistenza (pubbliche e private) messe in concorrenza tra loro mediante un meccanismo di accreditamento "aperto" nel quale l'erogazione delle prestazioni da parte dei privati era subordinato esclusivamente alla verifica di requisiti di idoneità organizzativa e tecnologica, senza che l'istituzione pubblica avesse alcun potere di determinare il numero dei soggetti da accreditare.

L'obiettivo era quello di attivare dinamiche concorrenziali, ritenute utili ad un duplice scopo: favorire la libertà di scelta del luogo di cura da parte dell'utente; e migliorare l'assistenza prestata dai diversi soggetti²⁶ che – posti in concorrenza tra loro²⁷ – avrebbero avuto tutto l'interesse a fornire servizi efficienti e di elevata qualità²⁸.

²⁴ In generale sul modello delineato dalla legge istitutiva del SSN si veda, tra i molti, *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, a cura di F. Roversi Monaco, Milano, Giuffrè, 1979 (in particolare i commenti agli artt. 43 e 44 redatti dallo stesso F. Roversi Monaco); F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazione e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, Giuffrè, 1990, 71 ss.; N. Aicardi, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, parte speciale, I, Milano, Giuffrè, 2003, 630; G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.; M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Torino, Giappichelli, 2012, 49-57.

²⁵ Sul punto si veda M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., 51-57.

²⁶ Anche quel modello, tuttavia, non implicava una totale equi-ordinazione tra strutture pubbliche e strutture private. V. in tal senso, con riferimento al finanziamento, C. cost. 7 marzo 2005, n. 111 secondo la quale l'equi-ordinazione non può coinvolgere «il finanziamento complessivo delle aziende pubbliche costituenti presidi ospedalieri a diretta gestione delle AUSL di appartenenza» dato che «i predetti presidi, in relazione alla loro struttura ed alle funzioni loro assegnate, svolgono compiti ed hanno correlate esigenze finanziarie ben diversi dai compiti e dalle esigenze delle strutture private».

²⁷ Sul punto S. Civitarese Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo" in Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, a cura di A. Pioggia, M. Dugato, G.M. Racca e S. Civitarese Matteucci, Franco Angeli, Milano, 2008, 361 ss. e M. D'Angelo-sante, *Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato*, *ivi*, 390 ss.

²⁸ Sul recupero di efficienza come intento principale delle riforme degli anni '90 si vedano gli studi raccolti nel volume *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit., e, per

Il modello, tuttavia, presentava alcune disfunzioni: la mancanza di programmazione non consentiva di calibrare l'offerta di prestazioni sugli effettivi bisogni di salute, mentre la moltiplicazione degli erogatori comportava un incontrollabile aumento della spesa e, indirettamente, determinava un vantaggio competitivo per gli operatori privati, di regola liberi di sostenere costi di gestione più bassi rispetto a quelli imposti alle strutture pubbliche²⁹.

Per queste ragioni, il d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 ha (re)introdotta un potere di programmazione pubblica (di Stato e Regioni³⁰) diretto a conformare la qualità e la quantità delle prestazioni erogabili, a garanzia del diritto alla salute dei destinatari³¹ e di un ottimale impiego delle strutture pubbliche³².

Su questo impianto hanno poi progressivamente insistito varie discipline di razionalizzazione e contenimento della spesa sanitaria che hanno imposto drastiche riduzioni dei costi, elevando il principio di sostenibilità nell'uso delle risorse a valore prioritario del sistema³³.

quanto qui più interessa, M. Dugato, G. Piperata, *Le sperimentazioni gestionali: dalle regioni della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali*, *ivi*, 143 ss.; G.M. Racca, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, *ivi*, 264 ss.

²⁹ A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2020, 127-131.

³⁰ Come noto, in base ai principi costituzionali, dopo la riforma del Titolo V, allo Stato spetta definire le scelte di fondo dell'intervento pubblico in sanità, mediante la determinazione dei livelli essenziali di assistenza e la definizione dei principi fondamentali della materia concorrente "tutela della salute", mentre alle regioni è rimessa la decisione in ordine alle modalità di organizzazione e di gestione del servizio sanitario. Sul tema, tra i molti, C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bologna, il Mulino, 2008; V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, Giappichelli, 2008; M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni e M.C. Grisolia, Torino, Giappichelli, 2011, 9-33.

³¹ Sul passaggio dal sistema di accreditamento "aperto" alla c.d. concorrenza amministrata tra soggetti pubblici e soggetti privati v. C. cost. 26 maggio 2005, n. 200, in *Giur. cost.*, 2005, 1761 ss. In dottrina V. Molaschi, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 1271 ss.

³² Sull'esigenza, insita nella riforma, di programmare il numero e le attività dei soggetti erogatori «in modo da evitare il rischio di una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche» e di «garantire un maggior controllo della spesa, programmata e suddivisa tra i diversi soggetti erogatori, grazie alla fissazione di volumi massimi delle prestazioni erogabili» v. C. cost. 2 aprile 2009, n. 94.

³³ Sul tema, diffusamente, M. Dangelosante, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, Maggioli, 2012.

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

In questo modello³⁴, basato sulla c.d. «concorrenza amministrata», la regolazione pubblica si svolge mediante una sequenza di tre provvedimenti di abilitazione, che seguono procedimenti autonomi con diverse finalità: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività, l'autorizzazione alla realizzazione di una struttura e l'accreditamento c.d. istituzionale³⁵. A valle di questo *iter* si pone la stipula di appositi accordi contrattuali.

Mentre i provvedimenti di autorizzazione sono rilasciati a qualsiasi operatore intenda erogare servizi sanitari³⁶, l'accreditamento e gli accordi contrattuali riguardano soltanto gli enti e i professionisti che intendano far parte del SSN: il primo attesta l'idoneità a fornire prestazioni per conto del servizio pubblico, i secondi legittimano ad operare con oneri a carico del pubblico erario.

In particolare, l'accreditamento è rilasciato agli operatori autorizzati che dimostrino il possesso di determinati «requisiti di qualificazione», fissati con atti di indirizzo dello Stato³⁷ e delle regioni³⁸, e la cui attività sia con-

³⁴ Delineato dagli art. 8-*bis* e ss., d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

³⁵ Che si differenzia dall'accreditamento c.d. di eccellenza con il quale si certifica la sussistenza di qualità predeterminate in capo ad una struttura sanitaria che si sottopone volontariamente a valutazione e che è utilizzato in prevalenza negli ordinamenti dove vige un sistema propriamente concorrenziale nell'offerta delle prestazioni. Sul punto v. M. Conticelli, *La disciplina dell'accreditamento nel settore sanitario e la sua attuazione*, in *IUS-publicum.com*, rivista on-line, 2014, 10; G. Cerrina Feroni, *Pubblico e privato nell'erogazione delle prestazioni sanitarie: Italia, Germania, Svizzera a confronto*, in questa *Rivista*, 2012, 1 ss.

³⁶ L'autorizzazione allo svolgimento dell'attività sanitaria è diretta ad assicurare il rispetto di determinati requisiti tecnici e organizzativi per lo svolgimento dell'attività, a tutela della salute e della sicurezza degli utenti (*ex art.* 41, c. 2 Cost.). L'autorizzazione alla realizzazione di una struttura è anche funzionale ad attestare la compatibilità del progetto e dell'opera al fabbisogno complessivo di assistenza, tenuto conto, in particolare, della localizzazione territoriale della struttura. Cfr. l'art. 8-*ter*, d.lgs. n. 502/1992. In dottrina M. Santangeli, *Concorrenza e programmazione nel sistema delle autorizzazioni sanitarie: brevi riflessioni sull'adeguatezza del sistema vigente tra regole nazionali ed assetti regionali*, in *L'amministrazione in cammino*, 2015, rivista on-line.

³⁷ Più in particolare, i requisiti di qualità necessari per ottenere l'accreditamento sono stabiliti prioritariamente con un atto statale che fissa le necessarie caratteristiche organizzative, strutturali e di processo e le modalità di verifica delle stesse. Cfr. l'art. 8-*quater*, c. 1 e 3, d.lgs. n. 502/1992.

³⁸ Nel rispetto degli indirizzi statali, compete alle regioni intervenire per fissare requisiti ulteriori, tenendo conto degli obiettivi della programmazione (*i.e.* delle scelte politiche di priorità), del contesto territoriale di riferimento (in termini di densità demografica, di strutture presenti, di bisogni di salute) e delle disponibilità finanziarie (su cui v. la nota seguente). Sempre con atto regionale devono essere disciplinate le procedure per la verifica degli standards qualitativi, le condizioni di revoca e i controlli. Sui diversi modelli sanitari regionali si vedano V. Mapelli, *I sistemi di governance dei servizi sanitari regionali*, Quaderni Formez, n. 57,

siderata funzionale agli indirizzi della programmazione regionale, nei limiti delle disponibilità finanziarie³⁹.

La finalità del processo di accreditamento è dunque quella di garantire che l'assistenza complessivamente fornita soddisfi i Livelli essenziali e uniformi di assistenza (c.d. LEA sanitari) e gli eventuali livelli integrativi che la regione intenda mettere a disposizione nel proprio territorio.

I due atti generali (dello Stato e della regione) con cui vengono definiti i requisiti per l'accreditamento esprimono quindi valutazioni propriamente discrezionali, esito del bilanciamento degli interessi pubblici coinvolti.

Il provvedimento di accreditamento, invece, è lo strumento con cui si dà attuazione a quelle scelte, attraverso la verifica del possesso dei requisiti e la valutazione della coerenza degli operatori rispetto al fabbisogno; è espressione dunque di un potere di valutazione tecnica⁴⁰ che le regioni svolgono attraverso uffici interni o enti strumentali, con il coinvolgimento di specifici organismi tecnici⁴¹. A valle dell'accreditamento si apre una fase di negozia-

Roma, 2007; M. Conticelli, F. Gigliani, *L'accreditamento degli erogatori*, in *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, a cura di C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi e A. Tardiola, Bologna, il Mulino, 2011, 177 ss.; *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerina Feroni e M.C. Grisolia, Torino, Giappichelli, 2011.

³⁹ A partire dalla l. 27 dicembre 1997, n. 449 (art. 32) le regioni devono individuare i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il fondo sanitario per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, o per gruppi di istituzioni sanitarie, e le tipologie di prestazioni erogabili dalle stesse, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione con le associazioni rappresentative delle strutture private. Sul sistema dei c.d. tetti di spesa e la relativa evoluzione normativa, oltre a M. Dangelosante, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit., si veda altresì F. Spanicciati, *Pubblico e privato nell'accreditamento sanitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 680 ss.

⁴⁰ Non pare un provvedimento discrezionale in senso proprio, bensì un atto espressione di un potere di valutazione tecnica che si svolge mediante l'applicazione di criteri propri delle scienze mediche – per quanto attiene agli standards di appropriatezza e qualità delle prestazioni sanitarie – e di criteri economico-finanziari e contabili – per quanto attiene ai sistemi di calcolo delle tariffe e dei costi delle prestazioni. Sui caratteri del potere di valutazione tecnica si veda, per tutti, C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995. In giurisprudenza l'accreditamento è descritto come istituto "a metà strada" fra l'abilitazione tecnica e la concessione da Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207; nello stesso senso anche TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 dicembre 2002, n. 7845; TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 aprile 2003, n. 311. La giurisprudenza prevalente, tuttavia, ritiene che a seguito della riforma del 1999 l'accreditamento abbia assunto i caratteri tipici di un provvedimento propriamente discrezionale. Sul punto, in particolare, Cons. St., ad. plen., 2 maggio 2006, n. 8, Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2008, n. 1988, Cons. St., ad. plen. 12 aprile 2012, n. 3 e n. 4.

⁴¹ Sul punto si vedano l'Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome

zione che conduce alla stipula di «accordi», con le strutture pubbliche, e di «contratti» con gli enti privati e i professionisti.

La comprensione della questione in esame richiede di soffermarsi sui contenuti e sugli effetti di tali strumenti consensuali.

Quanto al primo profilo la legge stabilisce che i contratti/accordi, seppur con specifiche differenze⁴², abbiano ad oggetto: «gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi», «i requisiti dei servizi da rendere all'utente, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale», «il volume massimo delle prestazioni che le strutture si impegnano ad assicurare e il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate», nonché «le modalità di trasmissione dei dati per il monitoraggio dei contratti e per il rispetto dei tetti di spesa e le procedure di controllo dell'appropriatezza e della qualità dell'assistenza prestata»⁴³.

Quanto al secondo profilo, va ricordato che la stipula del contratto è condizione necessaria per l'erogazione della prestazione per conto e a carico del SSN: al di fuori di essi la struttura accreditata non è legittimata ad erogare assistenza per conto del servizio pubblico e, per converso, l'amministrazione non è tenuta a pagare la relativa remunerazione⁴⁴. Ciò vale in particolare per gli enti privati che sono legittimati ad operare esclusivamente nel rispetto delle soglie quantitative concordate con il contratto⁴⁵, con la conseguenza

nel documento del 20 dicembre del 2012 recante *Disciplinare per la revisione della normativa dell'accreditamento, in attuazione dell'articolo 7, comma 1, del nuovo Patto per la salute per gli anni 2010-2012*; e l'Intesa del 19 febbraio 2015 in materia di adempimenti relativi all'accreditamento delle strutture sanitarie (Allegato B). In dottrina, diffusamente, M. Conticelli, *op. cit.*, 166-173; e con riferimento ai modelli regionali M. Conticelli, F. Giglioni, *L'accreditamento degli erogatori*, cit., 177 ss.

⁴² Dovute alla diversa tipologia delle prestazioni, alla categoria delle strutture coinvolte (pubbliche, private, profit, non profit) e alle diverse tipologie di assistenza (sanitaria o socio-sanitaria).

⁴³ Cfr. l'art. 8-*quinques*, d.lgs. n. 502/1992.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 8-*quater*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992 la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del SSN a corrispondere la remunerazione per le prestazioni erogate al di fuori degli accordi contrattuali. Coerentemente, l'art. 8-*quinques*, c. 2-*quinques*, stabilisce che «in caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-*quater* delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso».

⁴⁵ Le prestazioni che gli erogatori privati – e, dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133, anche quelli pubblici diversi da aziende ospedaliere e presidi delle unità sanitarie locali – possono erogare a carico del sistema pubblico sono solo quelle individuate nel contratto/accordo. Sul tema, si veda Cons. St., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 735; 6 febbraio 2013, n. 697 e, soprattutto, le ricostruzioni di Cons. St., ad. gen., parere del 20 dicembre 2013, n. 4949. In

di non poter pretendere la remunerazione in casi di prestazioni erogate in eccedenza⁴⁶.

Da ciò si ricava, dunque, che gli accordi e i contratti sono gli strumenti mediante i quali le Istituzioni sanitarie regolano e gestiscono l'attività di servizio: è con questi che si definiscono *in concreto* le caratteristiche e gli standards di appropriatezza e di qualità che ciascun ente deve rispettare⁴⁷, la tipologia e la quota delle prestazioni e la remunerazione ad esse collegata⁴⁸, rendendo tali contenuti obbligatori e vincolanti per entrambe le parti.

3. Il controllo sulle qualità delle prestazioni erogate dalle strutture private convenzionate tra potere di vigilanza e verifica dell'esatto adempimento

È in questo quadro che si colloca la questione controversa concernente

dottrina E. Caruso, *L'accreditamento nei servizi sanitari e socio-sanitari fra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 171-172. Sulla differenza, a questi fini, tra strutture pubbliche e strutture private si veda C. cost. 2 aprile 2009, n. 94 secondo la quale «la doverosa peculiarità connessa alla natura pubblica della struttura comporta che su di essa grava l'obbligo di prestare i servizi, anche oltre il tetto di spesa assegnato».

⁴⁶ La giurisprudenza ritiene infondata la domanda di pagamento delle prestazioni sanitarie eccedenti il limite di spesa formulata dalla struttura privata – a titolo di inadempimento contrattuale o di illecito extracontrattuale – sul presupposto per cui la mancata remunerazione delle prestazioni c.d. “extra budget” è giustificata dalla necessità di dover rispettare i tetti di spesa e la struttura privata accreditata non ha l'obbligo di rendere prestazioni eccedenti quelle concordate. D'altra parte, «la struttura privata ha facoltà [...] di negare la prestazione richiesta, ovvero di erogarla informando il paziente della non riconducibilità della prestazione stessa a quelle imputabili al S.S.R. senza perciò, in tal caso, poter in alcun modo pretendere la relativa remunerazione dallo stesso; ciò a differenza delle strutture pubbliche, le quali, invece, da parte loro, sono tenute comunque a rendere le prestazioni essenziali loro richieste, anche al di là del tetto di spesa alle stesse assegnato», in questi termini v. Tribunale Cosenza, I 16 novembre 2020, n. 1985; TAR Lazio, Roma, sez. III, 23 febbraio 2015, n. 2985; Cass. civ., sez. III, 29 ottobre 2019, n. 27608.

⁴⁷ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 15 giugno 2011, n. 909 ove si afferma che il «contenuto essenziale del diritto alla salute deve attestarsi e correlarsi a standards organizzativi, strutturali e tecnologici delle prestazioni, transitando dall'accertamento della appropriatezza clinica a quella organizzativa e temporale, in sede di corrispettivo preventivato (*rectius* in sede di formazione del contratto/accordo) da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte [...]».

⁴⁸ La remunerazione è determinata nel rispetto di criteri e delle soglie definite ai sensi dell'art. 8-*sexies*, d.lgs. n. 502/1992. Sul punto, in dottrina, diffusamente, M. Dangelosante, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit.; M. Conticelli, *ul. op. cit.*, 200-207.

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

la qualificazione degli atti di controllo sull'assistenza fornita dagli enti privati convenzionati.

Al riguardo, va considerato che l'art. 8-*quinques* del d.lgs. n. 502/1992 stabilisce che le condizioni di qualità e di appropriatezza dell'assistenza e le procedure di controllo sono oggetto dei contratti stipulati tra le ASL e le strutture private; d'altra parte, l'art. 8-*octies*, c. 3, del medesimo decreto fa riferimento alla «funzione di controllo esterno sulla appropriatezza e sulla qualità della assistenza prestata [...]» e attribuisce alle regioni – nel rispetto di indirizzi statali – il compito di stabilirne «le regole per l'esercizio».

Proprio il rapporto tra queste due norme è all'origine delle diverse interpretazioni circa la natura giuridica degli atti con cui taluni uffici regionali, verificata l'inadeguatezza delle prestazioni erogate dalle strutture private, hanno intimato il pagamento di penalità⁴⁹ o chiesto il rimborso o la compensazione di certe somme⁵⁰.

Il problema di fondo è quindi se le ASL possono svolgere il controllo di qualità e adeguatezza (*ex art. 8-*octies**) mediante atti negoziali di gestione dei contratti stipulati con le strutture private (*ex art. 8-*quinques**) ovvero se sia necessario l'esercizio di potere autoritativo⁵¹.

⁴⁹ Nella controversia devoluta a Cass. civ., sez. un., n. 23540/2019 si faceva questione di «note di credito a titolo di c.d. penalizzazione ai sensi del comma 3, lett. a) di detta norma [art. 8-*octies*, d.lgs. n. 502/1992] e della minaccia, in mancanza di emissione delle stesse, di compensare il preteso su corrispettivi fatturandi dalla concessionaria».

⁵⁰ Nel giudizio deciso da Cons. St., III, n. 7646/2020 era stato impugnato il decreto con cui il Commissario *ad acta* aveva provvisoriamente definito il saldo spettante ad una fondazione privata per le prestazioni erogate in un dato periodo e lo aveva ritenuto per una parte compensato dal credito che la regione risultava vantare nei confronti della fondazione per prestazioni erogate in un periodo precedente.

⁵¹ La questione non trova soluzione univoca neppure a livello regionale. Dall'analisi della normativa regionale emerge, infatti, che la gran parte delle regioni hanno previsto un sistema di controllo pubblicistico sull'attività sanitaria esteso anche all'assistenza prestata dalle strutture private accreditate e convenzionate (cfr., per esempio, art. 8, l. rg. Abruzzo, 31 luglio 2007, n. 32 e d.G.R. 23 giugno 2008, n. 570; art. 66, l. rg. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2019, n. 22; artt. 16 e 21, l. rg. Emilia Romagna, 6 novembre 2009, n. 22 e d.G.R. 26 marzo 2012, n. 354; artt. 40-46, l. rg. Toscana 5 agosto 2009, n. 51; d.G.R. Veneto del 30 dicembre 2010, n. 3444). Tuttavia in alcuni contesti regionali i contratti stipulati con gli enti privati regolano puntualmente il controllo sulla quantità, qualità e appropriatezza delle prestazioni in termini di verifica del rispetto delle condizioni contrattuali e del corretto adempimento delle obbligazioni assunte, «sanzionandone» con rimedi privatistici (penali, compensazione, decadenza dalla titolarità del rapporto, risoluzione del contratto) l'eventuale violazione. Si veda, in particolare, l'art. 15 l. rg. Lombardia, 30 dicembre 2009, n. 33 e, a titolo di esempio, il contratto approvato con deliberazione del Direttore generale della Arts Milano n. 1025 del 22 dicembre 2020; nello stesso senso gli artt. 18 e 19 l. rg. Lazio, 3 marzo 2003, n. 4 e l'art. 11 dello schema di contratto approvato con Decreto del Commissario *ad acta* 25 giugno 2019,

La qualificazione determina conseguenze sul piano della disciplina applicabile, delle situazioni giuridiche soggettive e sul piano della giurisdizione.

Quanto al piano sostanziale, se si segue la prima ricostruzione si riconosce che le ASL, una volta accertato il non corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto, possono emanare atti di diritto privato per pretendere la ripetizione di somme indebitamente versate o il pagamento di penalità⁵² (*ex artt.* 1382-1384 c.c.) ovvero per avanzare pretese di compensazione su crediti maturandi (*ex art.* 1241 ss. c.c.), esercitando poteri negoziali a fronte dei quali sono configurabili reciproche situazioni di diritto e di obbligo.

Attribuire natura pubblicistica all'attività esercitata, invece, implica che l'amministrazione sanitaria debba avviare un autonomo procedimento amministrativo di controllo a conclusione del quale emanare atti autoritativi, di natura *lato sensu* sanzionatoria⁵³, a fronte dei quali sono configurabili posizioni di interesse legittimo.

D'altra parte, per quanto riguarda l'individuazione del giudice competente, non è sufficiente determinare la natura (amministrativa o negoziale) degli atti posti in essere, occorrendo anche stabilire se questi siano relativi a profili patrimoniali e paritetici del rapporto. Ciò perché, ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. c) c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie relative a concessioni di pubblici servizi [...] ovvero [...] relative [...] alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore» escluse quelle riguardanti «canoni, indennità o altri corrispettivi» che sono riservate alla cognizione del giudice ordinario⁵⁴.

n. 243. Si veda anche l. rg. Piemonte 8 gennaio 2004, n. 1, e gli artt. 6 e 7 dello schema di contratto allegato alla d.G.R. 3 agosto 2017, n. 73-5504; l'art. 23 l. Prov. T., 27 luglio 2010, n. 16 e l'art. 6 degli accordi contrattuali stipulati con le case di cura private per l'erogazione delle prestazioni di degenza anno 2020.

⁵² L'art. 8-*octies*, d.lgs. n. 502/1992 fa riferimento alla previsione di «penalizzazioni», espressione che sembra richiamare la possibilità di far ricorso a misure negoziali quali clausole penali.

⁵³ Anche seguendo la ricostruzione “pubblicistica” le «penalizzazioni» richiamate dall'art. 8-*octies*, d.lgs. n. 502/1992 non possono essere considerate sanzioni in senso tecnico per mancanza della necessaria tipizzazione. Sulla distinzione tra sanzioni amministrative in senso tecnico e sanzioni amministrative in senso ampio, per tutti, C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, spec. par. 3; M.A. Sandulli, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVIII, Roma, 1992. Più di recente v. S. Cimmini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 32-34, 71-73.

⁵⁴ In giurisprudenza prevale un'interpretazione restrittiva degli ambiti di cognizione del giudice ordinario. Si veda, tra le molte, Cass., sez. un., 9 giugno 2017, n. 14428: «Le con-

4. Gli orientamenti della giurisprudenza: la ricostruzione “pubblico-autoritativa”

Secondo un orientamento giurisprudenziale gli atti in questione, anche quando aventi forma privata (nota di credito, intimazione di pagamento etc.) e seppur incidenti su aspetti patrimoniali (*i.e.* la quantificazione del corrispettivo dovuto per l'erogazione delle prestazioni) sono espressione del potere di vigilanza del gestore del servizio e dunque rientrano nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

A sostegno di questa interpretazione si fanno valere sostanzialmente tre argomenti.

Sul piano formale si afferma che sono «provvedimenti attuativi degli atti amministrativi generali con cui sono stati definiti i parametri di congruità e di adeguatezza che costituiscono i limiti e le condizioni per la gestione del servizio»⁵⁵ ovvero «atti che compendiano sul piano numerico-contabile l'esito del procedimento di controllo svolto dall'amministrazione sanitaria»⁵⁶; vengono dunque «a partecipare della natura pubblicistica, in quanto espressione di funzioni pubblicistiche di vigilanza».

Né varrebbe ad escludere l'esistenza del potere il fatto che si tratti di accertamenti vincolati. Infatti, benché si riconosca che contengono la «mera verifica dell'attività svolta in concreto dalle strutture accreditate, rispetto a parametri enucleati dalla Regioni con atti a monte», si aderisce alla tesi per cui «il carattere vincolato non denota *ipso facto* l'assenza in capo alla pubblica amministrazione di una posizione di supremazia»⁵⁷ e comunque, in talu-

troverse concernenti “indennità, canoni o altri corrispettivi” riservate alla giurisdizione del giudice ordinario dalla L. n. 1034 del 1971, art. 5, comma 2, e, quindi, dal d.lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. c), sono essenzialmente quelle contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, attinente al rapporto interno tra P.A. concedente e concessionario del bene o del servizio pubblico, mentre laddove la lite esuli da tali limiti, coinvolgendo la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio, il conflitto tra P.A. e concessionario viene attratto nella sfera della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo». Negli stessi termini anche Cons. St., sez. III, 20 marzo 2019, n. 1839; Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5938; TAR Campania, Salerno, sez. I, 1° giugno 2020, n. 621 in *Giur. it.*, con commento di M. Ceruti, *Risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo*, *ivi*, 406 ss.

⁵⁵ Cass. civ., sez. un., n. 23540/2019.

⁵⁶ Cons. St., III, n. 7646/2020.

⁵⁷ Così Cons. St., III, n. 7646/2020 che aggiunge «La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato – e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'*an* e nel *quomodo* – non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, poiché l'Amministrazione esercita in questi casi una

ni casi, sarebbero caratterizzati da margini di discrezionalità tecnica, intesa come espressione di potere riservato⁵⁸.

D'altra parte, facendo valere il profilo funzionale, si sostiene che le valutazioni che sorreggono l'adozione di tali atti «non esauriscono la loro funzione nella verifica dell'adempimento delle obbligazioni derivanti a carico della struttura dal rapporto concessorio, ma sono volti a perseguire obiettivi di pubblico interesse concernenti l'organizzazione del servizio sanitario, quali l'economicità nell'utilizzo delle risorse pubbliche e la tutela del diritto alla salute»⁵⁹.

Infine, si aggiunge che le relative controversie non riguarderebbero profili meramente patrimoniali perché, contestando l'esito del controllo, il privato metterebbe necessariamente in discussione anche il modo in cui è stato esercitato il relativo potere autoritativo⁶⁰. D'altra parte gli atti di recupero di posizioni creditorie della ASL, ovvero gli atti di detrazione dei corrispettivi ancora dovuti dalla concessionaria, non potrebbero essere considerati atti paritetici, essendo soltanto modalità attuative di pretese che restano di natura discrezionale e autoritativa⁶¹.

Per queste ragioni le controversie coinvolgerebbero aspetti che rientrano a pieno titolo nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

Come risulta evidente, tale impostazione è debitrice della tradizione sia

funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale: il potere vincolato, dunque, resta comunque espressione di "supremazia" o di "funzione". La tesi apertamente criticata nella sentenza, come noto, è stata sostenuta da A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss. ed è stata ampiamente sviluppata da L. Ferrara a partire dal volume *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996.

⁵⁸ *Ibidem*. Sulla discrezionalità tecnica, tra i molti, F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 705 ss.

⁵⁹ Cons. St., III, n. 7646/2020 e n. 7820.

⁶⁰ Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 23540/2019. Cons. St., III, 9 dicembre 2020, n. 7820.

⁶¹ Così Cass. civ., sez. un., n. 23540/2019. Secondo Cons. St., III, n. 7646/2020 «non si tratta di atti paritetici regolanti partite di dare-avere, bensì atti di attestazione delle verifiche di appropriatezza».

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

sul piano sostanziale che sul piano della giurisdizione. Sotto il primo profilo, la tesi prospettata risente della ricostruzione pubblicistica⁶² di tipo dualista (c.d. a doppio grado)⁶³ delle concessioni di servizio, quale istituto fondato

⁶² La prima ricostruzione c.d. monista o provvedimentoale (risalente a O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, 7-83 Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIX, 1895, 3, su cui più di recente v. F.G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F. Roversi Monaco, Rimini, 1988, 25; A. Romano, *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995, 11; F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 250 ss.) qualificava la concessione come un provvedimento autoritativo e discrezionale da cui derivavano al privato situazioni soggettive tutelate nella forma dell'interesse legittimo, in un rapporto soggetto alla disciplina pubblicistica sempre modificabile e revocabile dall'amministrazione a prescindere dalla previsione di poteri speciali da parte della legge. La tesi fu superata dalla riflessione teorica e dallo svolgersi dei rapporti concessori nella prassi. In particolare, la coerenza astratta del modello teorico fu messa in discussione dalla necessità di regolare consensualmente i rapporti con il concessionario, al fine di tutelare la stabilità del rapporto quantomeno con riferimento ai profili patrimoniali. Sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, 49-175. Sull'evoluzione e i caratteri delle concessioni di servizio pubblico locale R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998.

⁶³ Nella concezione dualista (come noto fatta risalire in giurisprudenza a Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. com.*, 1910, 248) la fonte del rapporto rimane il provvedimento amministrativo di concessione che, stante l'indisponibilità dell'oggetto pubblico all'autonomia negoziale delle parti, garantisce la delega o il trasferimento di poteri pubblicistici. Al provvedimento accede (in via eventuale) un accordo/contratto regolante i soli aspetti patrimoniali della vicenda che per tutto il resto è soggetta alla disciplina pubblicistica. Anche questa concezione, come quella monista, risponde ad una duplice necessità: da una parte, garantire all'amministrazione un controllo autoritativo sul rapporto concessorio mediante il riconoscimento di un suo generale potere di autotutela (e in particolare di revoca) a prescindere da qualsiasi previsione di legge o di contratto; e, dall'altra tener fermo un controllo giudiziale nelle forme del diritto amministrativo sulla decisione amministrativa di istituzione del servizio e sugli atti amministrativi incidenti sul rapporto. In questa prospettiva la giurisdizione è coerentemente attribuita al giudice amministrativo, fatta salva la riserva al giudice ordinario delle controversie meramente patrimoniali concernenti «indennità, canoni e altri corrispettivi», prevista dall'art. 5 l. 6 dicembre 1971, n. 1034 e oggi confluita nell'art. 133, co 1, lett. c) c.p.a. Sulla tesi dualistica si veda M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 426 ss. a cui risale la categoria dei «contratti ad oggetto pubblico», intesi quali contratti che, avendo ad oggetto beni o utilità sottratti alla ordinaria circolazione giuridica, devono necessariamente essere preceduti da un provvedimento amministrativo che ne renda disponibile l'oggetto. Sul tema si vedano, altresì, E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, 370 ss.; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965; F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965; A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 519; R. Cavallo Perin, *Riflessione sull'oggetto e sugli effetti giuridici della*

su un provvedimento unilaterale, discrezionale e autoritativo⁶⁴ (nella specie l'accreditamento) che, stante l'indisponibilità dell'oggetto pubblico, garantisce il trasferimento di poteri pubblicistici al privato. Al provvedimento accede (in questo caso per espressa previsione legale) un contratto regolante i soli aspetti patrimoniali della vicenda, che per tutto il resto è sottoposta alla disciplina pubblicistica. Su queste basi (genesi unilaterale e regime giuridico dell'atto costitutivo) si fonda la titolarità, in via generale, di poteri amministrativi autoritativi capaci di incidere sull'esecuzione degli obblighi di servizio da parte del concessionario.

D'altra parte, sul piano della giurisdizione, la ricostruzione trova supporto nell'interpretazione prevalente dell'art. 133, c.1, lett. c) c.p.a. con la quale la giurisprudenza, ampliando il concetto di «vigilanza sul gestore», tende a dilatare la giurisdizione amministrativa su tutte le controversie concernenti il controllo sul «corretto adempimento del rapporto concessorio»⁶⁵.

Il risultato che ne deriva è la «pubblicizzazione» di atti paritetici: l'atto che definisce il saldo dovuto da una struttura per le prestazioni erogate in un dato arco temporale è considerato «attestazione con carattere autoritativo» dell'esito del controllo⁶⁶, il «vanto» espresso nella nota di credito costituisce «comportamento riconducibile all'esercizio del medesimo potere»⁶⁷, l'inti-

concessione di servizio pubblico, in *Dir. amm.*, 1994, 113 ss. Per la puntuale analisi dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della figura si veda M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., 175-253.

⁶⁴ *Contra* si veda però la ricostruzione di D. Sorace e C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, 280 ss. che, senza negare la natura amministrativa dell'atto costitutivo del rapporto, escludono la possibilità di costruirlo in chiave autoritativa – ricorrendo alla figura dell'atto amministrativo non autoritativo con eventuale adesione del privato – ed escludono, per contrasto con il principio di legalità, la possibilità di riconoscere poteri di autotutela svincolati da esposte previsioni di legge (293).

⁶⁵ Sul punto, diffusamente, A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 314 ss.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., III, n. 7646/2020: «il decreto commissariale definisce al momento la valorizzazione degli esiti dei controlli esterni analitici relativamente alle prestazioni erogate nel periodo 2009-2013, il che sta a dire che esso non si limita a comunicare, ma attesta e fa proprio l'esito delle verifiche di inapproprietezza in ordine alle prestazioni fornite dalla struttura: il che basta *ex se* ad assegnargli la natura di atto espressione di potere autoritativo, rientrando esso per tal verso nella categoria, delle attestazioni con carattere autoritativo. Viene, infatti, attestato in via autoritativa, all'esito di apposito *iter* procedimentale, il dato inerente l'esito dei suddetti controlli».

⁶⁷ Secondo Cass. civ., sez. un., n. 23540/2019 «il “vanto” espresso nella richiesta delle note di credito e la stessa minaccia di compensazione in mancanza integrano, alla stregua dell'art. 7, c. 1, c.p.a., “comportamenti” riconducibili all'esercizio del potere di controllo».

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

mazione di pagamento di una penalità è qualificata «“sanzione” amministrativa»⁶⁸.

In questo modo atti di attestazione della debenza di corrispettivi dovuti in relazione all'adempimento del contratto non soltanto sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma sono anche sottoposti al regime giuridico del provvedimento, sul piano sostanziale e su quello processuale (a partire dalla sottoposizione al termine di decadenza per l'impugnazione).

5. (Segue) La ricostruzione “negoziale”

La ricostruzione appena descritta non è però l'unica possibile.

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, le controversie nelle quali «le strutture resistono alla pretesa di pagamento di somme da parte dell'amministrazione sanitaria a seguito dei controlli di qualità e di appropriatezza» riguardano atti diretti a verificare «l'effettiva erogazione delle prestazioni con le modalità e la tempistica previste»⁶⁹ ovvero l'adempimento delle obbligazioni alla base del rapporto concessorio⁷⁰.

Oggetto del giudizio sono dunque «atti di accertamento tecnico (verbali di verifica della documentazione clinica e appropriatezza dei ricoveri), [...] concernenti l'operato della struttura sanitaria nella fase di esecuzione

⁶⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., 24 luglio 2017, n. 18168 secondo la quale «la controversia concernente le “sanzioni” amministrative comminate dall'Asl, nell'ambito dell'attività di vigilanza e controllo sulla congruità ed appropriatezza del servizio pubblico reso da una struttura accreditata, va devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la contestazione sulla debenza e/o entità della “sanzione” include quella sulla valutazione discrezionale di correttezza o meno della gestione del servizio offerto, da cui è scaturito il provvedimento sanzionatorio». Significativo che nella pronuncia il termine sanzione sia virgolettato ad indicazione del fatto che si fa riferimento non al concetto di “sanzione in senso tecnico”, ma ad un provvedimento con carattere sanzionatorio. Sulla distinzione tra sanzione amministrativa in senso tecnico e in senso lato si veda la dottrina citata in nota al par. 3.

⁶⁹ Cons. St., III, n. 3454/2020.

⁷⁰ Cfr. Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31209: «L'accertamento dell'adempimento o inadempimento delle obbligazioni assunte e, quindi, dell'effettiva debenza dei corrispettivi in favore del concessionario è, per definizione, vicenda estranea al controllo delle modalità di esercizio del potere amministrativo discrezionale, venendo in rilievo il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio, nella contrapposizione delle situazioni giuridiche soggettive obbligo/pretesa». Nei medesimi termini v., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., n. 7861 del 2001, n. 15217 e n. 22661 del 2006, n. 411 del 2007, n. 10149 del 2012.

del rapporto convenzionale» e diretti a pretendere il recupero di corrispettivi non dovuti in caso di accertata incongruità dell'adempimento.

Si tratta dunque di questioni riguardanti aspetti patrimoniali di un rapporto negoziale paritetico nel quale sono coinvolti diritti ed obblighi di entrambe le parti; con le conseguenze che ne derivano in punto di regime giuridico e di tutela giurisdizionale.

Quanto al piano sostanziale, ciò significa che gli atti posti in essere dall'amministrazione sono sottoposti alla disciplina privatistica, in quanto atti esecutivi del contratto stipulato per la regolazione e la gestione del servizio.

Quanto alla giurisdizione, trattandosi di controversie relative ai corrispettivi pattuiti, devono essere conosciute dal giudice ordinario sia quando si faccia questione (soltanto) della determinazione del *quantum* della pretesa, sia quando si contesti «il giudizio di congruità dell'attività svolta in concreto dalla struttura sanitaria rispetto ai parametri fissati dall'autorità regionale», poiché tale giudizio «si traduce pur sempre nella verifica dell'adempimento delle prestazioni sanitarie cui la struttura è obbligata»⁷¹.

In tal caso il giudice ordinario potrà direttamente accertare e sindacare le singole voci costitutive del credito vantato dal privato⁷², «vagliando, in via incidentale, la contestata “appropriatezza” dei ricoveri» ovvero – in caso di esplicita contestazione in sede amministrativa degli atti amministrativi presupposti – potrà sospendere il giudizio *ex art.* 295 c.p.c. in attesa della pronuncia del giudice amministrativo⁷³.

Tale conclusione rimane valida anche alla luce dell'interpretazione estensiva data all'art. 133, c. 1, lett. c) c.p.a. La norma, infatti, ha espressamente escluso la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie sui diritti soggettivi patrimoniali, confermando sugli stessi la pienezza della giurisdizione ordinaria.

Pertanto – vi è da aggiungere – ammesso che l'eventuale “attrazione”

⁷¹ Secondo Cass. civ., sez. un., n. 31029/2019 se è vero che «la disciplina dei parametri su cui devono essere svolti i controlli sull'appropriatezza dei ricoveri spetta ad un atto autoritativo di programmazione e di organizzazione (Cons. di St., III, n. 3420 del 2015), espressione di «vigilanza e controllo nei confronti del gestore» (art. 133, c. 1, lett. c), c.p.a.), quando a formare oggetto dell'impugnazione non sia questo atto generale e autoritativo, la giurisdizione spetta al giudice ordinario perché il giudizio di congruità dell'attività svolta in concreto dalla struttura sanitaria rispetto ai parametri fissati dall'autorità regionale si traduce pur sempre nella verifica dell'adempimento delle prestazioni sanitarie cui la struttura è obbligata». In termini analoghi Cass. civ. sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28501 e 27 dicembre 2017, n. 30975.

⁷² Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 1771, 1772 e 1773 del 2011, n. 10149 e 10150 del 2012, n. 2291 e 2294 del 2014, n. 22094 del 2015.

⁷³ V. Cass. civ. sez. un. n. 21524, n. 30975 e 30976 del 2017.

della controversia patrimoniale in sede amministrativa⁷⁴ risponda ad esigenze di concentrazione ed effettività della tutela, pare giustificabile soltanto quando, assieme agli esiti dell'accertamento sulle somme dovute, sia espressamente contestata anche la legittimità degli atti generali di programmazione e di indirizzo con cui sono stati determinati (a monte) gli standards di qualità del servizio, poiché – come osservato *supra* par. 2 – solo in tali ipotesi «rientrano nel *thema decidendum* profili legati all'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali da parte dell'amministrazione».

Ebbene, come avremo modo di considerare, questa ricostruzione pare preferibile sia perché (più) aderente ai dati di diritto positivo sia per ragioni di ordine sistematico.

6. Le indicazioni ricavabili dal diritto positivo: in punto di natura contrattuale del rapporto tra aziende sanitarie e strutture private accreditate

La ricostruzione “negoziale” è coerente con la natura del rapporto per come emerge dalle norme che configurano la relazione tra il provvedimento di accreditamento e il contratto e dalle disposizioni che definiscono i contenuti di quest'ultimo.

Merita sottolineare, infatti, che in base agli artt. 8-*quater* e 8-*quinques*, d.lgs. n. 502/1992 e alla normativa regionale di settore, l'accreditamento è necessario per accedere alla fase della negoziazione, ma non attribuisce il diritto (a che l'amministrazione si determini) alla stipula del contratto⁷⁵ ed è condizionato nella sua efficacia dalla effettiva sottoscrizione dello stesso. Ciò poiché – come ricordato (*supra* par. 2) – la legge prevede espressamente che in caso di mancata stipula dell'accordo l'accreditamento viene sospeso⁷⁶.

⁷⁴ Sull'«esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti al rapporto concessorio in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario», cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421; TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 marzo 2015, n. 1508.

⁷⁵ Espliciti in questo senso, ad esempio, l'art. 15 della l. rg. Lombardia n. 33/2009; l'art. 21, c. 4, l. rg. Puglia n. 9/2017 e l'art. 21, l. rg. Emilia Romagna n. 22/2019.

⁷⁶ Cfr. l'art. 8-*quinques*, c. 2-*quinques*, stabilisce che «in caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-*quater* delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio Sanitario Nazionale interessati è sospeso». Sul rapporto tra accreditamento e contratto in giurisprudenza v. Tribunale Reggio Calabria I, 6 dicembre 2019, n. 1618; TAR Puglia, Bari, I, n. 909/2011: «le

Se ne ricava che non vi è accessorietà dell'atto consensuale rispetto al provvedimento né si può dire che entrambi concorrano alla costituzione del rapporto su un piano di reale equi-ordinazione, poiché – al contrario – è il provvedimento che è previsto in funzione del contratto.

È vero infatti che «l'accreditamento e le condizioni richieste per il suo rilascio costituiscono un limite per la determinazione del contenuto e dell'oggetto degli accordi contrattuali»⁷⁷; tuttavia con gli enti privati (i quali sul piano organizzativo rimangono estranei al sistema) il rapporto concessorio si instaura con la stipula del contratto, al pari di quanto avveniva in base alle convenzioni *ex art. 44, l. n. 833/1978*⁷⁸,

In sostanza con l'accreditamento l'amministrazione definisce le strutture come idonee a (stipulare accordi per) erogare le prestazioni a carico del SSN⁷⁹, ma è con il contratto che sorgono i rispettivi diritti e obblighi tra le parti⁸⁰: l'azienda sanitaria attribuisce al privato, che accetta consensualmente, l'obbligo di svolgere l'attività di servizio pubblico nel rispetto di determinati limiti e condizioni, dietro il pagamento di un corrispettivo⁸¹.

Va considerato, inoltre, che la ricostruzione in esame è coerente con

categorie giuridiche dell'accreditamento e del contratto sono collocate su piani diversi, legati da un nesso di presupposizione, nel senso che la prima precede sia logicamente che cronologicamente la seconda, non invece, da un nesso di necessaria consequenzialità, nel senso che alla prima debba fare seguito la seconda».

⁷⁷ Così M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., 189-190 che sembra dubitare della natura autenticamente negoziale di tali strumenti in ragione dello stretto collegamento con i procedimenti di autorizzazione e di accreditamento e della subordinazione degli stessi agli atti di programmazione regionale.

⁷⁸ Come ricordato (*supra* par. 2), l'art. 44, l. n. 833/1978 disciplina le convenzioni stipulate dalle USL per «acquisire l'attività sanitaria della struttura convenzionata» che avevano carattere direttamente costitutivo del rapporto tra USL e strutture private. Sul punto, in questi termini, si veda G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi. II) Convenzioni in materia ospedaliera*, cit., 6.

⁷⁹ In questi termini esplicitamente l'art. 2, c. 1, lett. c) l. rg. Puglia, n. 9/2017 ove si definisce l'accreditamento come «il provvedimento con il quale si riconosce alle strutture pubbliche e private già autorizzate lo *status* di potenziali erogatori di prestazioni nell'ambito e per conto del servizio sanitario regionale».

⁸⁰ La maggior parte delle norme regionali di settore riproduce il testo dell'art. 8-*quater*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992 ove si stabilisce che la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del SSN a corrispondere la remunerazione per le prestazioni erogate al di fuori degli accordi contrattuali. In questo senso, ad esempio, art. 22 l. rg. Molise n. 18/2008; art. 15, c. 6, l. rg. Lombardia n. 33/2009; art. 65, l. rg. Friuli Venezia Giulia n. 22/2019.

⁸¹ Secondo Cons. St., III, 22 novembre 2018, n. 6617 con il contratto si instaura «un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, mediante il quale l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della offerta

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

i contenuti che devono avere i contratti sanitari in base alla legge. Come ricordato (*supra* par. 2), infatti, questi non si limitano a disciplinare gli aspetti meramente patrimoniali del rapporto (come dovrebbe essere secondo la ricostruzione dualista), ma hanno ad oggetto «gli obiettivi di salute [...] i programmi di attività» e definiscono le caratteristiche tecniche dell'attività da erogare.

D'altra parte, l'ampiezza e la pluralità dei contenuti nulla toglie al carattere patrimoniale degli accordi. Le prestazioni che la struttura privata si impegna a erogare sono suscettibili di valutazione economica (1774 c.c.) e devono essere remunerate in base al corrispettivo «complessivamente ricavato dall'applicazione dei valori tariffari e della remunerazione extra-tariffaria dei servizi oggetto dell'accordo, da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti»⁸². La remunerazione deve essere corrisposta se gli obblighi di servizio assunti dalla struttura sono stati eseguiti correttamente; all'opposto non è dovuta – in tutto o in parte – se le attività svolte non sono state sufficienti e/o adeguate.

Per quanto riguarda infine la natura degli strumenti in esame, sembra potersi ritenere che la parziale etero-determinazione di taluni aspetti (quali le tariffe e i tetti di spesa) non escluda il loro carattere autenticamente negoziale, potendo essere considerato un fenomeno di integrazione legale dell'oggetto del contratto⁸³.

sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e di delimitazione di tetti massimi di spesa».

⁸² Così l'art. 8-*quinques*, d.lgs. n. 502/1992, riprodotto da varie leggi regionali di settore. Si veda, ad esempio, art. 8, l. rg. Abruzzo 31 luglio 2007, n. 32; art. 13, c. 1, l. rg. Liguria 11 maggio 2017, n. 9; art. 18, l. rg. Lazio n. 4/2003; art. 17, c. 3, l. rg. Veneto 16 agosto 2002, n. 22.

⁸³ Ciò vale, ad esempio, per la remunerazione delle prestazioni erogate dalle strutture sanitarie. Anche se la remunerazione è stabilita secondo un sistema tariffario determinato autoritativamente (con legge regionale sulla base di criteri e limiti fissati a livello nazionale *ex art. 8-sexies*, d.lgs. n. 502/1992), il *quantum* esigibile da ogni struttura è contrattualmente pattuito mediante il contratto in relazione al tipo e alla quantità di prestazioni che ciascuna si vincola ad erogare, pertanto costituisce «corrispettivo sinallagmatico con cui il Ssn “compra” dai gestori privati le prestazioni sanitarie», così v. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 1 luglio 2009, n. 4227. Ne deriva che «il tetto di spesa rappresenta un vincolo “ineludibile”, che va a “conformare” il contenuto della relazione contrattuale corrente tra la struttura accreditata e l'azienda sanitaria, secondo un fenomeno che può ricostruirsi alla stregua di un'eterointegrazione del suo oggetto» così, da ultimo, v. Trib. Cosenza, sez. I, 16 novembre 2020, n. 1985. Espliciti in questo senso le clausole di alcuni contratti-tipo utilizzati a livello regionale. Si veda, a titolo di esempio, l'art. 10 dello schema di contratto allegato alla d.G.R. Piemonte 3 agosto 2017, n. 73-5504; l'art. 9 dello schema di contratto allegato alla Deliberazione del Direttore generale Ars della città metropolitana di Milano 22 dicembre 2020, n. 1025. Sulla subordinazione della remunerazione alla effettiva contrattazione con le Asl v. anche Cons. St., III, 22 gennaio 2016, n. 207 su cui v.

7. (Segue) In punto di esercizio in forma negoziale del controllo sulle prestazioni erogate dalle strutture private

In questo quadro, dunque, gli atti negoziali di verifica dell'adempimento delle obbligazioni e le conseguenti determinazioni in ordine ai corrispettivi (saldi, intimazioni di pagamento, penalità, compensazioni etc.), ben possono essere gli strumenti – per così dire – fisiologici con cui la ASL esercita e fa valere il controllo «sul rispetto degli accordi contrattuali e sulla qualità e adeguatezza dell'assistenza prestata»⁸⁴.

Una simile conclusione pare coerente non soltanto con la ricostruzione propriamente “contrattuale” del rapporto⁸⁵ (opzione che, come appena considerato, pare preferibile alla luce dei dati normativi⁸⁶), ma anche ricon-

il commento di F. Spanicciati, *Pubblico e privato nell'accreditamento sanitario*, cit., 673 ss. che però sembra mettere in dubbio la natura propriamente negoziale dei contratti di convenzionamento sanitario. In generale sul rapporto tra sistema di determinazione delle tariffe, determinazione annuale dei tetti di spesa e remunerazione delle prestazioni sanitarie oggetto dei contratti v. Cass. civ., III, 31 ottobre 2019, n. 27997; Cons. St., ad. plen., 3 del 2012 e n. 8 del 2006. Sul modo in cui il potere di rideterminazione annuale dei tetti di spesa si possa coniugare con la natura negoziale del rapporto v. *infra* nel testo.

⁸⁴ Cfr. art. 8-*octies*, c. 1, d.lgs. n. 502/1992.

⁸⁵ Secondo la tesi c.d. “contrattuale” (che trova oggi supporto nel diritto europeo e nel codice dei contratti pubblici che qualificano le concessioni di lavori e di servizi come “contratti”) il rapporto di concessione ha carattere contrattuale, in quanto configura una relazione giuridica per la cui creazione è necessario il concorso sinallagmatico della volontà della pubblica amministrazione e di quella del privato che vi concorrono in posizione di parità. In questa prospettiva, il regime giuridico applicabile è da rinvenire nella disciplina privatistica, fatte salve le regole pubblicistiche, puntualmente previste dal diritto positivo, che attribuiscono all'amministrazione poteri di intervento unilaterale sul rapporto. La giurisdizione amministrativa sulla fase esecutiva del rapporto (con esclusione delle controversie relative a «indennità, canoni e altri corrispettivi») si giustifica soltanto in ragione dell'art. 133, c. 1, lett. c), c.p.a., previsione – non a caso – ritenuta problematica perché incoerente rispetto al criterio di riparto delineato dall'art. 120, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che, come noto, attribuisce la giurisdizione sulla fase di scelta del contraente al giudice amministrativo e quella sulla fase esecutiva del rapporto negoziale al giudice ordinario. In questi termini v., per tutti, M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit.; Id., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1 ss. La tesi è stata sostenuta di recente da A. Moliterni, *Il regime della concessione di servizio pubblico fra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss.; Id., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., spec. 342 ss. Nella medesima prospettiva si veda anche B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *Persona e Amministrazione*, 1, 2018, 111 ss.; M. Ceruti, *La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni* – nota a Cons. St., sez. IV, 2 luglio 2018, n. 4005, in *Giur. it.*, 2019, 651-662.

⁸⁶ Alla luce de profili considerati nel testo relativi al rapporto tra provvedimento di accreditamento e contratto e ai contenuti di quest'ultimo (*supra* par. 2 e 6), assume uno speci-

ducendo le convenzioni sanitarie alla figura dei contratti di diritto pubblico⁸⁷ ovvero sotto l'ambito di applicazione della disciplina degli accordi amministrativi⁸⁸ (in questo caso «necessari»)⁸⁹.

Ciò pare sostenibile, alla luce delle posizioni della dottrina, per due ragioni. Da un lato perché l'applicazione della disciplina privatistica agli aspetti patrimoniali nella fase di esecuzione del rapporto è considerata coerente con la clausola di compatibilità⁹⁰ contenuta nell'art. 11, l. 7 agosto 1990,

fico significato anche il fatto che l'art. 8-*quinques*, d.lgs. n. 502/1992 definisca espressamente «contratti» i negozi stipulati tra le aziende sanitarie e le strutture private e «accordi» quelli stipulati con le strutture pubbliche.

⁸⁷ Sulla tesi per cui i contratti della pubblica amministrazione presentano delle specificità tali da renderli categoria autonoma sia dal contratto privatistico che dal modello provvedimentale – e dunque sottoposti ad una disciplina che richiede un equilibrio tra principi privatistici e principi pubblicistici – si veda, tra gli altri, e con alcune distinzioni circa la ricostruzione del regime giuridico applicabile, G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984; Id., *Convenzioni e accordi amministrativi. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1986; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁸⁸ Con l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990, n. 241 del 1990, parte della dottrina ha ricondotto le concessioni di servizio pubblico allo strumento dell'accordo amministrativo, inteso quale modello negoziale di diritto pubblico, sottoponendolo alla relativa disciplina. In questa prospettiva, si è sostenuto che la disciplina dell'accordo consente di delineare un unico rapporto contrattuale, di diritto pubblico, che garantisce l'applicazione dei principi in materia di obbligazioni e contratti (e non dell'intera disciplina di diritto privato) nei limiti della clausola di compatibilità posta dall'art. 11, l. n. 241/1990 a tutela delle esigenze pubblicistiche di funzionalizzazione del rapporto; ciò implica, in particolare, la titolarità in capo all'amministrazione di talune potestà unilaterali svincolate da una specifica disposizione di legge o di contratto, che le consentono di sciogliersi dal vincolo convenzionale ovvero di sospenderne provvisoriamente l'efficacia. In questi termini, seppur con talune differenze di cui non è possibile dar conto in questa sede, si vedano G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione in Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco e F.G. Scoca, II, Bologna, il Mulino, 1993, 1348 ss.; A. Pioggia, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 567 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg.V, Milano, Giuffrè, 2001, 2 ss.; G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381; Id., *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 993 e più di recente Id., *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D. lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2018, 505 ss.

⁸⁹ Secondo la definizione di G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. 155 ss. si tratterebbe di un c.d. accordo necessario configurabile quando è la legge a prevedere che l'attività amministrativa si svolga necessariamente in forma consensuale.

⁹⁰ Sul punto si veda G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti*

n. 241⁹¹. Dall'altro lato, perché la qualificazione pubblico-autoritativa dei poteri dell'amministrazione contraente, in assenza di univoche disposizioni normative, è giustificata solo in presenza di «esigenze pubbliche non soltanto gravi ma anche non altrimenti soddisfabili»⁹², profilo che – come subito si dirà – pare assente nelle ipotesi in esame.

In questo settore, infatti, è la legge ad assicurare che il contenuto dei contratti sia funzionale alla tutela degli interessi pubblici coinvolti (*i.e.* diritto alla salute, buon andamento del servizio, sostenibilità della spesa sanitaria) in tre modi: collegandone direttamente l'oggetto agli obiettivi di salute e ai requisiti di qualità del servizio, predeterminati negli atti di indirizzo di Stato e regioni; prevedendo meccanismi di etero-integrazione del regolamento negoziale⁹³ e attribuendo all'amministrazione il compito di assicurare il rispetto degli accordi anche per quanto attiene alla appropriatezza dell'assistenza.

di diritto pubblico, cit., 505 ss.: «i contributi volitivi dell'Amministrazione (relativi agli aspetti meramente patrimoniale “inter partes”) sono manifestazione di autonomia privata, vale a dire espressione della capacità generale di diritto comune dell'Amministrazione che si accompagna all'esercizio della potestà amministrativa». Altrettanto vale per «le prestazioni poste a carico della parte privata (ad eccezione degli appalti da conferire a terzi, che seguono la procedura di evidenza pubblica)». Pertanto, «gli aspetti patrimoniali non sono disponibili per l'Amministrazione, in quanto manifestazione di autonomia privata delle parti ovvero in quanto estranei ai poteri amministrativi di intervento in sede di svolgimento del rapporto concessorio» così v. ID., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit., 388.

⁹¹ Per la valorizzazione dell'applicazione delle regole di diritto privato alla fase esecutiva degli accordi C.A. Maviglia, *Accordi tra privati e amministrazione e disciplina del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2002; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001; M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo*, cit., 270 ss. secondo il quale – per quanto qui direttamente interessa – «alle obbligazioni assunte con gli accordi sia dai privati che dall'amministrazione si dovrebbero applicare le norme sull'inadempimento e sul risarcimento del danno, contenute negli articoli da 1218 a 1229, quelle sulla compensazione contenute negli articoli da 1241 a 1252 [...] quelle sulla clausola penale (artt. 1382-1384 c.c.)».

⁹² In questi termini E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., 213 secondo il quale «i contratti di diritto pubblico sono contratti nel senso indicato dall'art. 1321 c.c. [a cui] ... si applicano tutte le regole dettate dal codice civile fatta eccezione per quelle che siano espressamente derogate e per quelle che contrastino con definite, puntuali esigenze di funzionalizzazione del rapporto contrattuale ai pubblici interessi ad esso sottesi» (176). Ne deriva che per definire in chiave negoziale o amministrativa i poteri esercitati dall'amministrazione in sede di esecuzione (non espressamente qualificati dalla legge) occorre verificare se «il riconoscimento all'amministrazione di potestà pubblicistica sia effettivamente necessario all'esigenza di tutelare efficacemente i pubblici interessi sottesi ai contratti pubblicistici» ovvero «se gli ordinari strumenti contrattuali [...] non siano sufficienti per soddisfare adeguatamente l'(eventuale) interesse pubblico» (212-213).

⁹³ Si veda in questo senso il sistema di pre-determinazione delle tariffe (su cui v. *supra* parr. 2 e 6).

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

Pertanto, le tecniche privatistiche di controllo sul *quantum* e sul *quomodo* dell'adempimento da parte delle strutture convenzionate ben possono assicurare il soddisfacimento in concreto degli interessi pubblici; e il sistema normativo, anche di livello regionale⁹⁴, consente che l'amministrazione operi attraverso poteri "contrattualizzati"⁹⁵.

In altre parole, dal momento che mediante gli atti di esecuzione delle convenzioni sanitarie le ASL sono in grado di controllare il rispetto dei requisiti quantitativi e qualitativi dell'assistenza erogata e, quindi, di tutelare gli interessi pubblici che il servizio deve soddisfare, non pare esservi alcuna ragione sostanziale di maggior tutela dell'interesse della collettività che imponga la qualificazione pubblicistica degli strumenti con cui si svolge il controllo.

Al contrario, pare esservi più di una ragione che spiega la previsione di strumenti negoziali per la regolazione del servizio. In primo luogo permettere lo svolgimento della funzione mediante "congegni giuridici" che, rispettando la natura consensuale e sinallagmatica del rapporto, sono

⁹⁴ L'art. 13, c. 2, lett. e), l. rg. Liguria 11 maggio 2017, n. 9 stabilisce che i contratti con i soggetti privati accreditati devono prevedere, tra l'altro, «specifiche clausole penali per inadempimento contrattuale conseguente alla violazione dell'obbligo di mantenimento dei livelli qualitativi di erogazione delle prestazioni oppure nel caso di carenza, anche temporanea, del possesso dei requisiti di autorizzazione o di accreditamento». L'art. 19, l. rg. Lazio prevede che la disciplina degli accordi contrattuali è determinata dalla regione «previa intesa con le organizzazioni dei soggetti pubblici ed equiparati accreditati e dei soggetti privati accreditati rappresentative a livello regionale». Nei rapporti contrattuali tra ASL e strutture accreditate della regione Campania sono previsti specifici Tavoli tecnici, formati da rappresentanti della regione e delle associazioni di categoria delle strutture private, deputati a garantire il monitoraggio e la corretta applicazione degli accordi contrattuali. Si veda i contratti pubblicati all'indirizzo www.regione.campania.it/regione/it/amministrazione-trasparente-fy2n/strutture-sanitarie-private-accreditate..

⁹⁵ Significative, in questa prospettiva, le tendenze alla "contrattualizzazione" dei poteri di rideterminazione dei tetti di spesa e alla riduzione progressiva dei rimborsi versati alle strutture accreditate che abbiano erogato prestazioni al di sopra del tetto massimo precedentemente fissato (c.d. regressione tariffaria in caso di prestazioni extra-budget). Su tali tendenze della prassi, avallate dalla giurisprudenza, tese a contemperare il potere-dovere dell'amministrazione sanitaria di rimodulare le tariffe delle prestazioni per uniformarle alle previsioni finanziarie, con l'autonomia negoziale e la tutela dell'affidamento delle imprese private v. F. Spanicciati, *Pubblico e privato nel sistema dell'accredimento sanitario*, cit., 673 ss. In senso analogo rileva la previsione, quale condizione per la stipula dei contratti *ex art. 8-quinques*, d.lgs. 502 del 1992, di una c.d. "clausola di salvaguardia" con cui il contraente privato si impegna a rinunciare ai contenziosi già in atto o futuri relativi ai tetti di spesa (e/o ad atti collegati). Sul punto v. Cons. St., sez. III, ord. 26 febbraio 2015, n. 906; TAR Abruzzo, sez. I, 29 luglio 2015, n. 585; TAR Lazio, Roma, III-quater, 2 febbraio 2014, n. 1446.

più idonei a promuovere la collaborazione dei privati⁹⁶. In secondo luogo, consentire il ricorso a strumenti più flessibili e di (più) rapida emanazione, che possono rispondere maggiormente ad esigenze di efficacia dell'azione amministrativa⁹⁷.

In questo caso, infatti, la qualificazione pubblicistica dei poteri di gestione del rapporto non sembra recare vantaggio agli interessi della parte pubblica e, anzi, finisce per determinare un'iper-protezione degli interessi del contraente privato il quale, invece di rispondere in via negoziale dell'inadempimento degli obblighi di servizio, si trova a beneficiare delle garanzie formali, partecipative e difensive di un autonomo procedimento amministrativo, diretto sostanzialmente ad accertare i (medesimi) fatti costitutivi dell'inadempimento.

Né in senso contrario sembra deporre l'impossibilità di fare ricorso ai poteri di autotutela amministrativa. Senza mettere in discussione che in via generale l'autotutela risponda ad esigenze di pubblico interesse, per i profili in esame procedere mediante (procedimenti e provvedimenti di) annullamento d'ufficio o di revoca (in ipotesi delle eventuali «attestazioni con carattere autoritativo» dell'esito dei controlli o dei provvedimenti ordinatori contenti le intimazioni di pagamento etc.) sarebbe più oneroso rispetto alla possibilità di ritirare o modificare le determinazioni contenute negli stessi se qualificati come atti privatistici, senza recare maggior beneficio alla tutela degli interessi pubblici finali.

Per queste ragioni pare possibile sostenere che gli strumenti in questione sono qualificabili come atti di esecuzione del contratto mediante i quali la ASL svolge la funzione di controllo sulla qualità e sull'appropriatezza dell'assistenza prestata.

Pertanto, anche ad ammettere che siano "attratti" nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quali misure «di vigilanza sul gestore», non per questo mutano natura giuridica, restando atti di diritto privato da interpretare come espressione di poteri autenticamente negoziali⁹⁸.

⁹⁶ Per un'interessante analisi in questa prospettiva, di recente, S.Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

⁹⁷ Sulle ragioni per cui l'opzione per strumenti consensuali risponde ad esigenze di efficienza dell'azione v. di recente G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2014, 176 ss.; S.Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁹⁸ In questa prospettiva v. Cons. St., V, 13 marzo 2000, n. 1327 che, pur riconducendo le vicende esecutive alla giurisdizione esclusiva, qualifica in chiave paritetica gli atti incidenti sul rapporto (nella specie l'atto di disdetta di un rapporto di concessione), sul presupposto

8. Il profilo determinante: attività dell'amministrazione e uso del diritto pubblico e del diritto privato

La ricostruzione in esame pare preferibile anche perché si pone in linea con lo statuto che l'ordinamento riconosce all'attività di diritto privato dell'amministrazione, quale modalità di azione comunque strumentale al perseguimento degli interessi pubblici.

Merita soffermarsi su questo aspetto perché l'argomento di maggior rilievo utilizzato dalla prima giurisprudenza esaminata (*supra* par. 4), si basa proprio sull'idea che le finalità di pubblico interesse richiedano necessariamente l'emanazione di provvedimenti autoritativi.

Questo orientamento è espressione di una tendenza, più generale, a giustificare il riconoscimento in capo alle amministrazioni di poteri pubblicistici che incidono "dall'esterno" sul rapporto contrattuale, anche in mancanza di un'univoca previsione normativa in tal senso⁹⁹. La conseguenza è la qualificazione in chiave autoritativa di qualsiasi atto unilaterale adottato dalle amministrazioni durante l'esecuzione dei rapporti consensuali.

Le implicazioni che ne derivano non sono esenti da profili critici. Da un lato, un simile approccio rischia di pregiudicare la certezza delle relazioni giuridiche, in danno alla tutela dell'affidamento¹⁰⁰. I privati, infatti, rimangono esposti alla possibilità che l'amministrazione eserciti (*i.e.* la giurispru-

per cui «l'espressa previsione di una giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di beni e servizi pubblici nasce proprio dall'implicito riconoscimento della circostanza che nell'esecuzione del rapporto possono assumere rilievo le posizioni di diritto soggettivo delle parti, correlate ad atti di natura privatistica. Se si considera che (già nella originaria formula dell'art. 5 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034) le pretese meramente patrimoniali erano riservate alla cognizione del giudice ordinario, risulta evidente che la giurisdizione esclusiva amministrativa può trovare spazio solo in relazione a controversie originarie da atti paritetici dell'amministrazione comunque incidenti sul rapporto».

⁹⁹ Come sembrerebbe pretendere l'art. 1, c. 1-bis, l. n. 241/1990.

¹⁰⁰ Sul tema, tra i molti, F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Jovene, 1995; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, spec. 304 ss.; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 121 ss. Sui più recenti sviluppi, successivi a Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, si veda, tra i molti, V. Bontempi, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 805 ss.; G.D. Comporti, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in *Giur. it.*, 2020, 2530 ss.; G. Tulumello, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa" del contatto sociale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

denza riconosca l'esistenza di) poteri autoritativi e, conseguentemente, sono tenuti nella costante incertezza non solo sulla stabilità del rapporto, ma ancor prima sul tipo di potere (negoziale o amministrativo) che la parte pubblica può esercitare e quindi sul giudice davanti al quale difendersi; talvolta – come dimostra il caso in esame – nonostante la previsione di una materia di giurisdizione esclusiva.

D'altra parte – per quanto qui più interessa – la tendenza in esame non pare funzionale neppure al buon andamento dell'azione amministrativa. La qualificazione pubblico-autoritativa dei poteri unilaterali incidenti sui rapporti consensuali, in assenza di previsioni normative esplicite, non contribuisce ad un corretto esercizio della capacità negoziale e dei poteri (*i.e.* diritti, obblighi, diritti potestativi) che le amministrazioni assumono con la conclusione dei contratti.

Ciò, infatti, determina incertezza nella scelta delle modalità di azione da parte degli uffici, con conseguente contraddittorietà nei comportamenti e (potenziale) disparità di trattamento di situazioni analoghe. In più rischia di legittimare le amministrazioni a “recuperare” prerogative unilaterali e autoritative, non solo per sottrarsi ai ritenuti svantaggi derivanti dal ricorso al diritto privato¹⁰¹ (peraltro senza che siano sempre realmente tali, v. *supra* par. 7), ma anche per porre rimedio (*ex post*) alla incompletezza o inadeguatezza dei regolamenti negoziali concordati.

Inoltre, sul piano concettuale, soluzioni interpretative analoghe a quelle esaminate configurano un assetto in cui le regole privatistiche sull'adempimento delle obbligazioni vengono “plasmate” dalle logiche e dalle categorie del diritto amministrativo¹⁰².

Tutto ciò non solo non pare necessario, ma può anche risultare svantaggioso, posto che la lettura estensiva dell'art. 133, c. 1, lett. c), c.p.a. determina la sottrazione di tutte queste vicende alla giurisdizione ordinaria. Un diritto privato troppo “speciale”, peraltro sottratto alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, rischia infatti di non soddisfare le esigenze di efficacia,

¹⁰¹ Si veda in questo senso M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dagli accordi*, in *Dir. amm.*, 2010, 270 ss. il quale osserva: «L'amministrazione che sceglie la via della negoziazione e del consenso, in definitiva, deve essere consapevole che, in conseguenza di questa scelta, essa dovrà poi ordinariamente sottostare all'applicazione delle regole privatistiche della consensualità, come sancito dall'art. 11, comma 2, secondo periodo, e dall'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241/1990. Essa, in particolare, non potrà certo valersi dei benefici tipici insiti nell'uso degli strumenti consensuali ma, al contempo, pretendere di sottrarsi agli eventuali svantaggi derivanti dall'utilizzo di tali strumenti in luogo dell'esercizio del potere in forma unilaterale».

¹⁰² Significativa, in questo senso, è l'operazione di «pubblicizzazione» degli atti paritetici descritta *supra* par. 4.

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

flessibilità e affidabilità che l'amministrazione deve soddisfare mediante il ricorso agli strumenti consensuali¹⁰³.

D'altra parte, come è stato dimostrato da tempo, non vi è incompatibilità tra attività di diritto privato e realizzazione dell'interesse pubblico¹⁰⁴, dato che tutta l'attività amministrativa è soggetta ai principi costituzionali (di legalità, imparzialità, buon andamento, trasparenza).

Non è vi è dunque un'equivalenza necessaria tra esercizio della funzione amministrativa e natura autoritativa degli strumenti d'azione; e la natura privata dell'atto non esclude il carattere funzionale dell'attività complessivamente svolta.

Com'è stato sostenuto «la vigenza dei principi costituzionali» può essere assicurata anche in caso di mutamento delle forme giuridiche degli atti e dei soggetti¹⁰⁵. Ciò perché i «principi di imparzialità e buon andamento

¹⁰³ Sul rischio della svalutazione della portata e del senso del ricorso al diritto privato in ragione di scelte non coerenti già C. Marzuoli, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., 398. In termini analoghi anche M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., 96 secondo la quale «le interferenze pubblicistiche contaminano il modello privato, sino a non consentire quella differenziazione e quella flessibilità che si voleva costituissero il fondamento della scelta organizzativa, oltre che il grimaldello per garantire efficienza e efficacia dell'azione di quei soggetti»; e G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, cit., il quale sottolinea «il rischio che prevalga [...] un ampliamento del campo di applicazione del regime tipico delle figure e dell'azione amministrativa. Con la conseguenza [...] di una possibile sterilizzazione del meccanismo dell'esternalizzazione, in quanto l'irrigidimento della disciplina di azione potrebbe spingere i soggetti privati a non ritenere più conveniente impegnarsi nello svolgimento dei compiti che la pubblica amministrazione vorrebbe collocare al di fuori delle sue strutture burocratiche».

¹⁰⁴ C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, cit., 142: «L'attività dell'amministrazione è funzionale solo perché rivolta al perseguimento di un interesse (non dell'amministrazione, ma del) pubblico e a prescindere dall'esistenza in ordine all'attività di qualsiasi profilo di autorità».

¹⁰⁵ In questi termini C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., 428; Id., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.* 2006, 133 ss.; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2007; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 381. Come noto, la tesi è minoritaria in dottrina. In senso contrario si veda, tra i molti, G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività amministrativa: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss.; Id., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 1-16; F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, cit, 75 ss.; Id., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 438 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss. (spec. 439 ss.); R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 132 ss.; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione e diritto privato*, cit., 16-33.

sanciti dall'art. 97 Cost., letteralmente riferiti ai pubblici uffici, si applicano anche all'attività amministrativa svolta con strumenti privatistici¹⁰⁶ e anche se il fine pubblico non incide sulla validità degli atti, il carattere funzionale dell'attività è garantito mediante regole operanti su altri piani, quali l'organizzazione¹⁰⁷, i sistemi di controllo amministrativo – in senso proprio –, la disciplina sulla responsabilità dei funzionari¹⁰⁸, le regole di pubblicità e di trasparenza¹⁰⁹.

A ciò si può aggiungere che il parametro del buon andamento suggerisce di preferire i mezzi di azione che risultino, innanzitutto, più efficaci e, secondariamente, più efficienti ovvero tali da garantire – a parità di efficacia – un minor impiego di risorse (finanziarie, materiali, di tempo etc.) in una prospettiva di irrinunciabile sostenibilità economica nel medio e nel lungo periodo¹¹⁰.

¹⁰⁶ Così G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto pubblico*, cit., 112.

¹⁰⁷ Sul punto A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001; Id., *Organizzazione amministrativa e legalità*, in *Ragionando di diritto delle amministrazioni pubbliche in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace*, a cura di S. Torricelli, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 207 ss.; e di recente Id., *I cultori del diritto amministrativo e la trasformazione della Pubblica Amministrazione*, pubblicato nel blog di Orizzonti del diritto pubblico (www.orizzontideldirittopub.com) ove l'Autrice osserva che se si muove dalla prospettiva «dell'organizzazione come garanzia, si potrà lavorare su quest'ultima perché sia proprio l'organizzazione, con la sua integrità e con la responsabilità di chi ne anima il funzionamento a rispondere alle esigenze di garanzia, liberando, quando possibile e ragionevole, l'azione da quell'eccesso di vincoli che aggrava e rallenta tanti interventi».

¹⁰⁸ Sul punto v. diffusamente C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 181 ss.

¹⁰⁹ Merita di essere segnalata, in questa prospettiva, la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2020 che ha affermato l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche nella fase di esecuzione dei contratti pubblici, rilevando espressamente come non vale ad escludere l'applicazione delle discipline sull'accesso agli atti e ai documenti amministrativi il fatto che «la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche perché anche [...] questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio» (punto n. 12.5). Si veda, al riguardo, il commento di A. Moliterni, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 513 il quale mette in evidenza come «proprio una corretta applicazione della disciplina sulla trasparenza consentirebbe di dissociare il problema del regime giuridico degli atti [della fase esecutiva] da quello della rilevanza pubblicistica degli interessi, assicurando un allargamento del controllo sociale sul rapporto negoziale, ma lasciando alla amministrazione il potere di intervenire su di esso in via essenzialmente privatistica».

¹¹⁰ Alla prevedibile obiezione per cui il ricorso alle forme giuridiche private, pur previsto da tempo, non ha prodotto buoni risultati si potrebbe rispondere che – come dimostra anche la vicenda in esame – le “resistenze” che tale tendenza ha incontrato sono state tali

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

Tale prospettiva sembra confermata, almeno stando al dato testuale, dal diritto positivo. Nell'art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990 il richiamo al concetto di «autoritarietà», letto alla luce della ricostruzione sistematica appena descritta, può essere inteso come espressione della volontà del legislatore di delimitare l'estensione del regime di diritto amministrativo¹¹¹ e di riconoscere la tendenziale preferenza degli strumenti privatistici, laddove non sia necessario ricorrere a poteri di supremazia¹¹².

Per quanto qui direttamente interessa, se ne ricava che la definizione della natura dei rapporti intercorrenti tra amministrazione e privati prescinde dal coinvolgimento del «pubblico interesse» o dalla «natura pubblica dell'oggetto» di cui si dispone, dovendo fondarsi sull'analisi della disciplina prevista dalle norme, in astratto, e dagli atti effettivamente adottati dall'amministrazione, in concreto.

L'ordinamento vigente, dunque, richiede agli interpreti di valorizzare lo statuto di diritto privato sia ove non esistano disposizioni espresse che impongano l'applicazione del regime pubblicistico, sia – e tanto più – nei casi, come quello in esame, in cui la legge prevede espressamente paradigmi di matrice privatistica. E, in tali ipotesi, è nel sistema di diritto privato che vanno ricercate le soluzioni più adatte a tutelare le esigenze funzionali di cui l'amministrazione pubblica è portatrice.

da impedire di verificare se il ricorso ad istituti autenticamente privatistici possa davvero aumentare l'efficacia dell'azione amministrativa secondo gli intenti perseguiti dal legislatore con la loro implementazione.

¹¹¹ Così v. F. Trimarchi Banfi, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 665. C. Marzuoli, *Un diritto "non amministrativo"*, cit., 133 ss.

¹¹² Cfr. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione e diritto privato*, cit., 21: «questo significa che laddove il risultato pratico dell'azione amministrativa possa essere raggiunto senza l'esercizio dell'autorità, lo strumento paritario debba in principio essere preferito». Questa interpretazione, seppur criticata da larga parte della dottrina, risulta pienamente coerente se si legge la norma alla luce della ricostruzione sistematica dei dati costituzionali sopra richiamata. Sull'art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990 da diverse prospettive si veda, tra gli altri, L. F. Trimarchi Banfi, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 947 ss.; L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 353 ss.; A. Travi, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in Aa.Vv., *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, *Quaderno n. 2 della rivista Foro amm. T.A.R.*, Milano, 2006, 17 ss.; G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi in La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, 69 ss.; G. Manfredi, *La difficile attuazione del comma 1-bis dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 185-202; e i contributi raccolti nell'Annuario AIPDA 2011 su *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del Convegno Annuale, Bari 30 settembre – 1 ottobre 2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

9. Considerazioni conclusive: disciplina del contratto e gestione dei servizi esternalizzati

Tanto considerato, e ritornando al tema di fondo che ha sollecitato la presente riflessione, le coordinate sistematiche appena delineate sembrano quelle più adatte a valorizzare tutte le tecniche giuridiche di cui le amministrazioni dovranno avvalersi per arginare le conseguenze della situazione emergenziale in atto e sostenere la ripresa sociale ed economica.

Come considerato, la (ri)espansione dell'azione pubblica non richiede necessariamente il ricorso a forme amministrative né pare necessario sia tale da escludere completamente le esternalizzazioni, che – se ben “governate” – non mettono in discussione la garanzia dei diritti finali e degli interessi generali connessi all'attività di prestazione¹¹³.

La convinzione, infatti, è che un'azione pubblica efficace in materia non dipenda tanto dalla forma e dalla “forza” degli strumenti giuridici che le pubbliche amministrazioni utilizzano, quanto dalla consapevolezza delle finalità che devono perseguire nonché dalla capacità di utilizzare con competenza i poteri di volta in volta più appropriati.

Nel settore dei servizi (per quanto qui rileva) sociali il valore costituzionale dei diritti e degli interessi coinvolti rende giuridicamente doveroso l'intervento dei pubblici poteri, per una parte anche in forma diretta¹¹⁴. Tuttavia, l'assenza di sufficienti mezzi finanziari e l'opportunità di avvalersi delle migliori competenze tecniche¹¹⁵ rendono spesso determinante, per il buon esito dell'azione, anche la collaborazione con i privati¹¹⁶.

¹¹³ Quali la tutela del lavoro di chi è impiegato nell'attività di erogazione, la tutela di interessi plurisoggettivi coinvolti nelle dinamiche di produzione (a cominciare da quello ambientale), il rilievo dei valori solidaristici in determinate categorie di servizi. In questa prospettiva si veda, in particolare, il volume *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, e, in particolare, S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, *ivi*, 7-25.

¹¹⁴ Sulle coordinate costituzionali dell'intervento pubblico nei servizi sociali, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bologna, il Mulino, 2012, 172-179; A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007; A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹¹⁵ Le esternalizzazioni rispondono ad esigenze di sostenibilità economica e talvolta anche di maggior qualità del servizio. In questi termini S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, cit., la quale mette in evidenza l'utilità degli strumenti consensuali per la soluzione di problemi gestionali che l'amministrazione non è in grado di affrontare con i propri mezzi e con le proprie conoscenze.

¹¹⁶ Significative in questo senso le diverse e consolidate esperienze di collaborazione

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

Non per questo, tuttavia, l'amministrazione perde la responsabilità dei contenuti e delle modalità di erogazione dell'attività. Non pare potersi sostenere, infatti, che nell'esternalizzare un servizio pubblico l'amministrazione si limita ad «acquistare un'utilità alle migliori condizioni offerte sul mercato»¹¹⁷; poiché si tratta di un "mercato" rispetto al quale mantiene (*i.e.* deve mantenere) poteri di indirizzo e – in una certa misura – di conformazione.

Le istituzioni pubbliche infatti devono definire le caratteristiche del servizio in base a criteri (che nei rapporti tra privati e nelle dinamiche di mercato potrebbero non rilevare e) che muovono dalla considerazione del contenuto dei diritti e dalla consistenza delle esigenze sociali da soddisfare. Profili – merita precisare – che non sono interamente rimessi alla loro discrezionalità politico-amministrativa perché, per una parte, sono determinati direttamente dalle norme costituzionali e delle Carte europee che riconoscono i diritti coinvolti¹¹⁸. Pertanto, anche quando le istituzioni si rivolgono all'esterno, devono pretendere che siano le dinamiche di mercato ad adeguarsi a tali contenuti e condizioni.

Detto altrimenti, è la domanda pubblica che deve "orientare" il mercato dei servizi¹¹⁹ e non l'amministrazione a dover adeguare la propria domanda alle offerte presenti nello stesso. Occorre cioè che l'amministrazione incentivi e pretenda, mediante i contratti, che siano assicurate non solo le prestazioni oggetto del servizio, ma anche le caratteristiche che ne assicurano la funzione di emancipazione individuale e di coesione sociale che questo deve svolgere in base al progetto costituzionale (*ex art. 3, c. 2, Cost.*).

Per tale ragione – e a tal fine – è dunque oltremodo essenziale che le amministrazioni siano in grado di esercitare pienamente la propria capacità negoziale: elaborando un'adeguata disciplina dei regolamenti contrattuali, esercitando compiutamente i poteri negoziali di gestione del rapporto, ov-

con gli enti del Terzo Settore, su cui di recente *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, a cura di S. Pellizzari, A. Magliari, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; e i contributi pubblicati nella rubrica monografica dedicata a *Riforma del Terzo settore e riorganizzazione dei mercati dei servizi sociali*, in questa *Rivista*, 2019.

¹¹⁷ A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, cit., 587.

¹¹⁸ Per la considerazione di questo profilo con riferimento ai servizi sanitari e al servizio pubblico di accoglienza si consente rinviare a N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute ai tempi delle biotecnologie*, Milano, Giuffrè, 2017; Id., *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Dir. imm. cit.*, 2019, 3, 134 ss.

¹¹⁹ In questa prospettiva, G.M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., 171-193.

vero trovando nel sistema di diritto privato le soluzioni più adatte a tutelare le istanze funzionali che devono assicurare.

Più in particolare, nella fase ad evidenza pubblica – ove necessaria –, e in quella di determinazione dell’assetto negoziale, l’Istituzione pubblica può avvalersi della sua posizione di titolare e responsabile del servizio per elaborare «programmi di attività» che siano adeguati a garantire la soddisfazione dei diritti individuali e dei bisogni sociali «non soltanto in termini di qualità e quantità delle prestazioni, ma anche sotto il profilo del tipo di organizzazione in cui si ambienta il rapporto fra erogatore ed utente»¹²⁰.

L’amministrazione può dunque servirsi della propria «forza contrattuale» per predisporre puntuali schemi negoziali mediante i quali pretendere che il contraente privato assicuri anche certe modalità di organizzazione e di erogazione “partecipata” del servizio: quali, ad esempio, la tendenziale personalizzazione delle prestazioni, la co-progettazione dei programmi di attività tra i diversi attori, l’attenzione non solo al diritto finale (in ipotesi la salute, l’assistenza sociale, l’istruzione etc.) ma anche agli altri diritti di cui l’utente è portatore. Tutti aspetti che il privato potrebbe di per sé non essere portato a prevedere, ma che sono co-essenziali alla natura pubblica del servizio nell’accezione costituzionale e che dunque l’amministrazione può esigere (attraverso il contratto) che siano garantiti.

Sempre mediante specifiche clausole contrattuali si può introdurre strumenti diretti a rafforzare il controllo sul corretto adempimento delle condizioni pattuite, nonché prevedere ipotesi di modifica o di scioglimento anticipato del vincolo negoziale (recessi, risoluzioni, clausole risolutive) a fronte di irregolarità ovvero in caso di sopravvenienze che rendano la prosecuzione del rapporto non più compatibile con la garanzia dei diritti e degli interessi pubblici coinvolti.

Come è stato osservato, infatti, con la stipula del contratto l’interesse pubblico penetra all’interno dell’operazione negoziale quale «interesse della parte pubblica»¹²¹ e «può essere curato [...] con modalità e tecniche compatibili con i principi e la logica del diritto privato»¹²².

¹²⁰ A. Pioggia, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, cit., 22 che rileva come in molti casi sia anche «l’inadeguatezza e la “povertà” del contratto di servizio a rendere la relazione di servizio improntata alla mera pretesa di prestazioni minime».

¹²¹ F. Trimarchi Banfi, *I rapporti contrattuali della p.a.*, in *Dir. amm.*, 1998, 42: «Nello svolgimento del contratto – ad esempio nell’ipotesi di inadempimento – non vi sono interessi pubblici, ma interessi della parte pubblica»; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965, 65 ss. secondo il quale «in sede di esecuzione dei rapporti convenzionali emergono interessi pubblici come interessi della parte pubblica».

¹²² In questi termini A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 396-

diritto pubblico e diritto privato nella gestione dei servizi sanitari

Pertanto, se l'amministrazione ha definito in maniera adeguata il regolamento negoziale, l'interesse pubblico concreto è perseguito se, e nella misura in cui, le parti realizzino l'assetto concordato. Allo stesso modo, in fase di esecuzione le tecniche rimediali previste dalla legge e dal contratto, se correttamente applicate, consentono di continuare a regolare e gestire il servizio in maniera conforme alle esigenze della collettività¹²³.

Una ricostruzione più aderente alle categorie privatistiche dei poteri attribuiti alle amministrazioni per la gestione dei rapporti consensuali pare dunque utile e necessaria, oltre che per ragioni di coerenza sistematica e di certezza delle relazioni giuridiche, anche per una maggiore efficacia dell'azione amministrativa nella gestione dei servizi esternalizzati.

L'esigenza non è soltanto quella di assicurare l'affidabilità contrattuale dell'amministrazione, ma – ancor prima – quella di renderla un contraente (più) consapevole, previdente ed efficace.

Abstract

The aim of the essay consists in exploring the use of private law in the outsourcing of public services. In particular, the author analyzes recent case law relating to the control of health services provided by accredited private clinics, in the execution of specific contracts with public health organizations. The legal issues at the attention of the judges has been whether the public healthcare organization is able to carry out the quality control of outsourced services by using contractual remedies or, on the contrary, whether it has to operate through administrative acts and powers. Taking into account the proposed thesis, the goal is to highlight how the use of contracts and private law tools can be useful to make the public regulation of outsourced public services more effective.

399 secondo il quale «l'interesse pubblico è immanente in tutta l'operazione negoziale, ma non è destinato ad incidere sull'operatività delle tecniche a cui il legislatore e la stessa amministrazione hanno (consapevolmente) deciso di fare ricorso per assicurare l'ottimale esercizio di determinate funzioni pubbliche». Si veda altresì A. Massera, *Lo Stato che si accorda e che contratta. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, University Press, 2012, 453 secondo il quale «poteri di questo tipo [di autotutela], nei termini previsti dalle leggi amministrative a favore della parte pubblica del rapporto contrattuale, sono pur sempre destinati ad operare dall'interno del rapporto stesso, come gli strumenti di autotutela schiettamente privatistici (quali, oltre al recesso ex art. 1671 c.c., la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. o l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 [...]).».

¹²³ A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 25 secondo cui i contratti utilizzati dall'amministrazione «non vengono a costituire solo più oggetto della disciplina regolatoria [...] ma diventano piuttosto modalità della regolazione e criterio o strumento di attuazione della regolazione stessa».

ARTICOLI

VALERIA APICELLA E ANNA PAIANO*

IL SERVIZIO PUBBLICO DI TRASPORTO PASSEGGERI SU STRADA: AFFIDAMENTO *IN HOUSE* E ONERI MOTIVAZIONALI

SOMMARIO: 1. L'eccezionalità dell'affidamento *in house* nell'ordinamento interno e il principio europeo di equi-ordinazione fra modelli di gestione. – 2. Il quadro normativo nazionale ed europeo in materia di trasporto pubblico locale. – 3. L'incidenza delle peculiarità del servizio di TPL sulla scelta delle modalità di affidamento: Cons. St., V, n. 4310/2020 e TAR Liguria, II, n. 683/2020. – 4. Gli oneri delle "autorità competenti a livello locale" ai fini dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Verso un "servizio di trasporto pubblico sostenibile". – 5. Considerazioni conclusive.

1. L'eccezionalità dell'affidamento *in house* nell'ordinamento interno e il principio europeo di equi-ordinazione fra modelli di gestione

Quello del trasporto pubblico locale ("TPL") è un servizio pubblico volto a soddisfare in via prioritaria le esigenze di mobilità dei cittadini e gli obiettivi di coesione sociale e territoriale¹. Ciò determina la necessità di garantire l'erogazione del servizio, anche in presenza di inefficienze gestionali a carico delle imprese affidatarie², le quali sopportano costi di servizio molto elevati. Parallelamente, l'entità dei contributi pubblici e delle compensazioni,

* Anna Paiano ha scritto i paragrafi 1 e 2; Valeria Apicella ha scritto i paragrafi 3 e 4. Il paragrafo 5 è frutto di una riflessione comune.

¹ G. Mattioli, *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia: "eccezione che conferma la regola"? Alcune riflessioni circa l'interpretazione e l'applicazione europea e nazionale della relativa disciplina*, in *federalismi.it*, n. 24, 2020, 115, la quale sottolinea che il servizio di TPL «risulta caratterizzato da un forte squilibrio economico strutturale dovuto essenzialmente al mancato allineamento delle condizioni di fornitura (accessibilità e tariffazione) all'andamento commerciale dell'attività».

² G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *federalismi.it*, n. 20, 2018, 2; L.R. Perfetti, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2015, 130 ss.; M. Ponti, *I trasporti pubblici locali: cronaca di una morta annunciata*, in *il Mulino*, 2014, 38 ss.; A. Candido, *La governance del trasporto pubblico locale in Italia: quali*

a causa di tariffe basse e alta evasione, è più elevata di quella dei principali paesi europei³.

Queste specificità del trasporto pubblico si riflettono sulle modalità di affidamento del servizio e sui relativi oneri motivazionali. Infatti, sul presupposto che essi «rappresentano una necessità sul piano dell'interesse economico generale e non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale»⁴, tali servizi sono spesso oggetto di affidamenti *in house* e si connotano per una limitata apertura del mercato alla concorrenza⁵.

Ciò induce ad interrogarsi circa la natura eccezionale o meno dell'affidamento diretto nell'ambito di tale settore, alla luce della normativa nazionale ed europea che interessa la materia.

Come noto, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica⁶, fra cui rientra il servizio di trasporto, la giurisprudenza costituzionale e amministrativa ha sempre oscillato⁷ nel considerare l'*in house providing* come istituto di carattere eccezionale⁸ ovvero come modalità ordinaria di aggiudicazione⁹.

prospettive?, in *Politiche per un trasporto sostenibile. Governance, multimodalità, fiscalità*, a cura di L. Ammannati e A. Canepa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 87 ss.

³ P. Carapella, M. Ponti e F. Ramella, *I sussidi nel trasporto pubblico locale*, in *Osservatorio CPI*, 13 agosto 2018, 1.

⁴ Considerando n. 5, Reg. Ce n. 1370/2007.

⁵ AGCM, Indagine conoscitiva IC47, *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, bollettino n. 20/2016 del 13 giugno 2016, 28 ss.; F. Macioce, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Dir. trasp.*, 2013, 83, secondo il quale «questo dei trasporti è un settore particolarmente resistente ad un processo di integrale liberalizzazione, e ciò in ragione del particolare collegamento della mobilità con il territorio e dunque con i beni pubblici, e della natura di servizio pubblico del trasporto, diretto a garantire, in quanto tale, i servizi oltre la marginalità del profitto»; G. Arachi e C. Scarpa, *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2015*, Bologna, il Mulino, 2015, 194 ss.; G.L. Albano, A. Hemler e M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 122 ss. Per un ulteriore approfondimento sui caratteri del TPL, cfr. T. Bonetti, *Il trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, in *Dir. amm.*, 2020, 563 ss.

⁶ Per una ricostruzione dettagliata, E. Michetti, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁷ Per un approfondimento, G. Urbano, *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, in *Aperta Contrada*, 26/09/2012; S. Sorrentino, *La scelta del modello di gestione dei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2016, 490 ss.

⁸ Fra le sentenze che riconoscono carattere derogatorio all'affidamento diretto si ricordano, in particolare, C. cost., 17 novembre 2010, n. 135; C. cost., 20 marzo 2013, n. 46; e, più di recente, C. cost. 27 maggio 2020, n. 100; Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298; Cons. St., sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291; Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732; Cons. St., parere 21 aprile 2016, n. 968; Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. St., sez. V, 22 novembre 2017, n. 5437.

⁹ Fra le sentenze che riconoscono il carattere ordinario della gestione *in house* si ri-

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

L'affidamento diretto, infatti, è subordinato dalla normativa nazionale a condizioni diverse e più rigorose rispetto a quelle previste per le altre forme di affidamento¹⁰. In particolare, per quel che qui rileva, l'art. 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, stabilisce che le stazioni appaltanti devono dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento «delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

La norma si inserisce nel solco di una tendenza legislativa a limitare il ricorso all'affidamento diretto, che si rinviene nell'ordinamento da ormai oltre un decennio. Già l'art. 23-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (venuto meno a seguito del referendum abrogativo del 2011) prevedeva per gli affidamenti *in house* nei servizi pubblici locali un onere motivazionale rafforzato¹¹.

cordano C. cost., 20 luglio 2012, n. 199; Cons. St., VI sez., 11 febbraio 2013, n. 762; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. St., sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554; Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902.

¹⁰ Artt. 5 e 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante «Codice dei contratti pubblici»; artt. 5 e 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica».

¹¹ L'art. 23-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 consentiva la gestione *in house*, in via del tutto eccezionale, per le fattispecie che non permettevano «un efficace ed utile ricorso al mercato», a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento.

Su tale norma è intervenuto nel 2011 un referendum abrogativo, per effetto del quale l'intera disciplina nazionale sui servizi pubblici locali, inclusa quella regolamentare di attuazione, è venuta meno. Il legislatore è intervenuto a colmare il vuoto normativo con l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, riproducendo, nella sostanza, le disposizioni di legge abrogate e limitando ulteriormente la possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti. Tuttavia, la Corte Costituzionale, con la sentenza 17 luglio 2012, n. 199, ha dichiarato l'illegittimità del citato art. 4, poiché esso aveva comportato di fatto la riviviscenza della disciplina abrogata, in contrasto con la volontà popolare espressa nel referendum e con conseguente violazione dell'art. 75 della Costituzione. La decisione della Corte ha determinato la riesplorazione della normativa settoriale, nonché la diretta applicazione delle disposizioni europee rilevanti in materia.

In base alla normativa vigente, gli enti locali possono affidare la gestione dei servizi pubblici locali attraverso l'esternalizzazione del servizio a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica, a società miste pubblico-private mediante gara a doppio oggetto ovvero, infine, attraverso la gestione diretta, nel rispetto dei vincoli normativi a tal fine previsti. In base alla normativa vigente, dunque, la scelta della modalità di affidamento del servizio risulta rimessa alla valutazione discrezionale dell'ente locale, che deve essere motivata attraverso la relazione di affidamento menzionata.

Tale obbligo di motivazione è stato ribadito nell'art. 34, c. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179¹².

In base a tale norma, all'ente affidante è imposto l'obbligo di dare conto delle ragioni del modello di gestione prescelto attraverso un'apposita relazione¹³. Pertanto, nel momento in cui sceglie tra il ricorso al mercato, la società mista e l'affidamento diretto *in house*, l'amministrazione è chiamata ad individuare la migliore modalità di gestione del servizio, tenendo conto del contesto territoriale di riferimento e dei principi indicati dalla legge¹⁴.

Il contenuto della relazione è ulteriormente specificato all'art. 3-bis, c. 1-bis, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138¹⁵. Tale disposizione richiama «gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio» che l'amministrazione è tenuta a perseguire nell'esercizio del potere discrezionale di scelta della forma di affidamento. Inoltre, al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la norma prescrive che nella relazione sia inserito un piano economico-finanziario, da aggiornare ogni tre anni.

Una motivazione più stringente è richiesta nel caso di affidamento diretto *in house*. In tal caso, la relazione deve specificare anche l'assetto economico-patrimoniale della società, il capitale proprio investito e l'ammontare

Sul concetto e sul regime dei servizi pubblici locali, si rinvia a M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2019, 380 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, V, Milano, 2008; S. Mangiameli, *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008; G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, VI, 5517 ss.

¹² Recante «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese», convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

¹³ Per un approfondimento, F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.; G. Urbano, *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, in *Aperta Contrada*, 26/09/2012.

¹⁴ L'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2019 stabilisce che «per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

¹⁵ Recante «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

dell'indebitamento. Contestualmente all'affidamento, inoltre, gli enti proprietari devono procedere ad accantonare *pro quota* nel primo bilancio utile (e successivamente ogni triennio) una somma pari all'impiego finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio, e redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*.

In sostanza, i contenuti della relazione in oggetto si sovrappongono, almeno in parte, a quelli previsti successivamente dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 per la motivazione dei provvedimenti di affidamento *in house*. Questi ultimi, infatti, devono indicare le ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, con riferimento ai medesimi obiettivi economici e sociali previsti dalla norma speciale di cui al d.l. n. 179/2012.

Tenendo conto degli obblighi motivazionali indicati, l'orientamento giurisprudenziale prevalente attribuisce all'autoproduzione carattere eccezionale rispetto alla scelta del contraente sul mercato, la quale, invece, costituisce modalità ordinaria di gestione dei servizi. In base a tale impostazione, la scelta organizzativa interna deve essere adeguatamente motivata e si giustifica solo se corrisponde a un reale vantaggio per i cittadini¹⁶. Ciò richiede che la scelta dell'affidamento *in house* sia supportata da ragioni di convenienza non solo rispetto al rapporto tra costi e benefici, ma anche sul piano dell'efficienza dell'azione amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche¹⁷. Quindi, qualora l'amministrazione decida di non attivare una procedura ad evidenza pubblica, essa è tenuta a motivare la propria scelta secondo una logica progressiva, mettendo in luce le ragioni che escludono il ricorso al mercato e i motivi per cui questo non è ritenuto vantaggioso¹⁸.

In questo senso, la gestione *in house* costituisce un'eccezione, essendo giustificata soltanto laddove l'amministrazione sia in grado di mostrare che l'ordinaria modalità di scelta del contraente sul mercato sia inidonea o comunque insufficiente a garantire le esigenze di servizio.

È possibile intravedere un segnale di apertura rispetto agli orientamenti

¹⁶ Da ultimo, Cons. St., V sez., 27 gennaio 2020, n. 681. Qui si legge che la giurisprudenza interna «appare consolidata nel ritenere che l'affidamento *in house* di servizi è illegittimo nel caso in cui non ci sia convenienza economica rispetto alla esternalizzazione dello stesso; l'*in house providing* riveste infatti carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente ed è possibile solo qualora sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato». Anche G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *federalismi.it*, 2018, n. 20, 6.

¹⁷ Cons. St., comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855.

¹⁸ Cons. St., comm. spec., parere 3 maggio 2016, n. 1075.

restrittivi menzionati in due ordinanze del 2019¹⁹, con cui il Consiglio di Stato ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendole di chiarire se il diritto europeo osti a una disciplina nazionale che colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara.

Il dubbio manifestato dal Consiglio di Stato nasce dal fatto che nell'ordinamento europeo la tutela della concorrenza convive con il riconoscimento alle autorità pubbliche della libertà di organizzazione dei propri servizi, senza che si possa imporre l'adozione di una particolare modalità di gestione rispetto a un'altra. Nell'ordinamento nazionale, invece, l'affidamento diretto è subordinato dall'art. 192, d.lgs. n. 50/2016, a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento, e cioè l'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato e quello di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*. Il Consiglio di Stato rileva che a livello europeo il principio dell'apertura dei mercati alla concorrenza sembra sussidiario rispetto a quello dell'autodeterminazione organizzativa dei soggetti pubblici. Ciò in quanto la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è quella fra autoproduzione ed esternalizzazione e, solo se si opta per il secondo di tali modelli, l'amministrazione ha l'obbligo di operare nel rispetto del principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

La Corte di Giustizia ha risposto in senso negativo a tale quesito. Secondo la Corte, infatti, dal principio di libera autorganizzazione discende, anzitutto, la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze» e, conseguentemente, la libertà di «subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»²⁰. Dunque, in virtù del principio di autodeterminazione degli Stati membri, è indifferente per l'ordinamento europeo che uno Stato membro introduca delle condizioni stringenti volte alla verifica dell'economicità e dell'efficienza del modello dell'autoproduzione rispet-

¹⁹ Cons. St., V sez., ord. 7 gennaio 2019, n. 138; Cons. St., V sez., ord. 14 gennaio 2019, n. 296.

²⁰ C. giust. UE, IX Sez., 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 e C-91/19. B. Mamei, *In house providing. Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss.; A. Meale, *Affidamenti in house e controllo societario. L'affidamento a società in house come eccezione all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2020, 1178 ss.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

to al ricorso mercato. Detto altrimenti, la scelta del legislatore nazionale di penalizzare il ricorso all'affidamento diretto a vantaggio delle procedure concorrenziali è compatibile con il quadro normativo europeo e, pertanto, deve ritenersi legittima²¹.

Ciò è stato confermato dalla recente sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100²², che si esprime non solo in tema di eccezionalità o meno del ricorso all'*in house*, ma anche sull'intensità dell'onere motivazionale richiesto dall'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016. La Corte ribadisce che rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere regole eccezionali per la scelta dell'affidamento *in house*, al fine di prevenire l'abuso di tale strumento da parte delle amministrazioni e senza per ciò solo incorrere nel divieto di *gold plating*²³. L'art. 192, c. 2, infatti, non pone oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa europea, ma si rivolge all'amministrazione e ha una chiara matrice pro concorrenziale. La previsione, pertanto, deve ritenersi legittima.

Da ciò, comunque, non deriva l'ulteriore conseguenza per cui anche l'ordinamento europeo, come quello interno, assume un atteggiamento restrittivo nei confronti degli affidamenti diretti. Questi ultimi, anzi, sono perfettamente alternativi alle procedure di evidenza pubblica, purché il ricorso ai medesimi avvenga nel rispetto delle condizioni a tal fine stabilite, e non costituisca un mero espediente per sottrarre una porzione del servizio al mercato.

La tesi dell'eccezionalità dell'*in house providing*, di fatto, non trova riscontro a livello europeo. La giurisprudenza sovranazionale²⁴ ha costan-

²¹ S. Valaguzza, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *federalismi.it*, 2020, n. 27, 275 ss.; C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, n. 8, 2019, 2 ss.

²² M. Trimarchi, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in *giustiziainsieme.it*, 11 giugno 2020.

²³ Siffatto divieto è stato introdotto nel nostro ordinamento con l'art. 15, c. 2, lett. b), l. 12 novembre 2011, n. 183. Esso è poi divenuto criterio direttivo per la l. 28 gennaio 2016, n. 11, recante le deleghe al Governo che hanno portato al recepimento delle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, e alla redazione del codice dei contratti pubblici. In Cons. St., parere n. 855/2016, cit., si afferma che il divieto di *gold plating* «va rettammente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive».

²⁴ C. Volpe, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in

temente ribadito che le amministrazioni sono libere di optare per il modello dell'autoproduzione, piuttosto che per quello dell'esternalizzazione del servizio, secondo i principi di libera amministrazione delle autorità pubbliche e di equi-ordinazione fra le diverse modalità di gestione dei servizi²⁵, che si desumono peraltro dall'art. 2, par. 1, dir. 2014/23/UE (sulle concessioni)²⁶.

Tanto premesso in via generale, occorre soffermarsi sulla normativa in tema di trasporto pubblico locale, al fine di stabilire se, in considerazione delle peculiari caratteristiche di tale servizio e della disciplina settoriale che lo riguarda, l'affidamento *in house* sia o meno da considerarsi quale modalità ordinaria di gestione del servizio.

Passaggio logico preliminare alla soluzione del quesito è l'analisi del quadro normativo europeo e nazionale relativo all'affidamento dei servizi di trasporto²⁷.

giustamm.it, 2014, n. 3; P. Rossi, *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione in cammino*, 23 febbraio 2018, 3 ss. A titolo esemplificativo, nella sentenza del 9 giugno 2009 della Grande Sezione della Corte di Giustizia, causa C-480/06, si legge che «un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche». Sulla stessa linea, C. giust. UE, sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, e C. giust. UE, sez. III, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, ma anche, in precedenza, C. giust. UE, 10 novembre 1998, causa C-360/1996, *Arnhem* e C. giust. UE, 9 settembre 1999, causa C-108/98, *RI.SAN*.

²⁵ La letteratura, sul punto, è vastissima. Si segnalano, fra gli altri, M. Libertini, *Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, n. 8, 2010; C. Iaione, *Le società in house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene Editore, 2012; D.U. Galetta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2007, 17 ss.

²⁶ Esso «riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

²⁷ Per una ricostruzione storica, S. Busti, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, a cura di A. Claroni, *Quad. Dip.*, Università degli Studi di Trento, 2011, 13 ss.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

Alla luce di quanto sopra esposto è evidente, infatti, che nonostante a livello europeo le modalità di gestione dei servizi siano poste su un piano di sostanziale parità, il legislatore nazionale, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, è autorizzato a introdurre regole di maggior favore per la concorrenza. E allora si tratta di verificare se, anzitutto, nella disciplina europea in materia di trasporto rimanga valido il principio di equiparazione fra modalità di gestione e, in secondo luogo, se a livello nazionale l'affidamento in *house* del servizio di trasporto assuma carattere derogatorio ed eccezionale.

Il paragrafo che segue sarà, pertanto, dedicato all'analisi del quadro normativo di riferimento.

2. Il quadro normativo europeo e nazionale in materia di trasporto pubblico locale

A livello europeo, l'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico di trasporto avviene secondo le norme del Reg. Ce n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia²⁸.

Prima del 3 dicembre 2009, data di entrata in vigore del sopra menzionato regolamento, la materia del TPL risultava disciplinata dai principi fondamentali in materia di concorrenza e trasporti fissati dal Trattato sull'Unione Europea e dal Reg. n. 1191/69/Cee, come modificato dal successivo Reg. Ce n. 1893/91, relativo agli obblighi di servizio pubblico e ai contratti di servizio pubblico²⁹.

In via preliminare, occorre precisare che, poiché gli appalti per servizi pubblici in materia di trasporto di passeggeri possono anche rientrare nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, il Reg. Ce n. 1370/2007 si applica solo quando i contratti di servizio pubblico non devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/Ce o 2004/18/

²⁸ Come modificato dal Reg. Ue n. 2016/2338 del 14 dicembre 2016, con specifico riferimento al servizio di trasporto per ferrovia. Quest'ultimo, in ragione della specificità dell'infrastruttura ferroviaria, richiederebbe un ulteriore grado di approfondimento e, pertanto, non è oggetto del presente elaborato. U. Izzo e U. Nucara, *L'in house è modalità ordinaria per il trasporto pubblico locale*, in *Azienditalia*, 2020, 1799 ss.

²⁹ Sul percorso che ha accompagnato il nuovo Regolamento, C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, Jovene Editore, 2008, 31 ss.

Ce³⁰. Ciò avviene «qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive»³¹. In tal modo, il legislatore ha deciso di prevenire possibili antinomie tra le fonti in oggetto, imponendo all'operatore di privilegiare il criterio della specialità nell'interpretazione rispetto alle altre opzioni ermeneutiche³².

Pertanto, si deve ritenere che l'aggiudicazione di concessioni di servizio per i servizi di trasporto passeggeri sia disciplinata unicamente dal Reg. Ce n. 1370/2007.

Quest'ultimo non manifesta una scelta netta a favore della liberalizzazione, ma opta per una "concorrenza regolamentata"³³, che assicuri, ad un tempo, la trasparenza e l'efficienza dei servizi di trasporto e la tutela delle categorie di utenti più deboli³⁴.

Tale approccio temperato si traduce nella possibilità di ricorrere a due modalità alternative di affidamento, e cioè l'evidenza pubblica e l'affidamento diretto o *in house*, senza che possa individuarsi qualche forma di gerarchia tra le medesime.

In particolare, qualora l'affidamento sia rivolto a terzi, i contratti di servizio pubblico devono essere aggiudicati mediante una procedura di gara equa, aperta, trasparente e non discriminatoria³⁵, secondo i tradizionali principi europei in materia di appalti e concessioni. In alternativa, e «a meno che ciò non sia vietato dalla legislazione nazionale», le autorità locali hanno la possibilità di fornire esse stesse il servizio di trasporto o di affidarlo a un soggetto giuridicamente distinto, su cui l'autorità eserciti un controllo ana-

³⁰ Il rinvio si deve intendere ora riferito alle nuove direttive su appalti e concessioni. Per un approfondimento del rapporto fra le diverse fonti richiamate, N. Aicardi, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 533 ss.

³¹ Art. 5, par. 1, Reg. Ce n. 1370/2007, ma anche art. 10, par. 3, Dir. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014.

³² M. Pani e C. Sanna, *La disciplina dell'affidamento in house nel trasporto pubblico locale su gomma anche alla luce della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione circa l'ammissibilità o meno dell'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale*, 21 luglio 2018, in *lexitalia.it*.

³³ Considerando n. 4, Reg. Ce n. 1370/2007. A. Cabianca, *Profili evolutivi della modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, in *Ist. fed.*, 2010, 602.

³⁴ Considerando n. 4 e 5, Reg. Ce n. 1370/2007.

³⁵ Dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione, «il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi, allo scopo di determinare il modo migliore per soddisfare requisiti elementari o complessi». Art. 5, par. 3, Reg. Ce n. 1370/2007.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

logo a quello esercitato sulle proprie strutture³⁶. L'aggiudicazione diretta è consentita anche quando il contratto sia di modesto valore³⁷, ovvero in casi di urgenza³⁸.

Se ne desume che nel quadro regolatorio europeo la gestione *in house* costituisce modalità organizzativa che le autorità competenti possono liberamente scegliere per affidare il servizio di trasporto pubblico³⁹. Tale impostazione trova riscontro nel principio europeo, più volte citato, di libera amministrazione delle autorità pubbliche⁴⁰.

In virtù della clausola di salvaguardia che fa salva la disciplina nazionale, però, anche per questa materia il legislatore italiano potrebbe restringere l'utilizzo dell'affidamento *in house*. Il Reg. Ce n. 1370/2007, infatti, conoscendo il diverso grado d'apertura alla concorrenza dei mercati nazionali, non ha voluto imporre alcun arretramento delle liberalizzazioni nei paesi in cui tali processi erano già avviati e ha invece stabilito che le procedure d'affidamento diverse dalla gara sono esperibili «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale».

Al fine di ridurre le distorsioni della concorrenza, la facoltà di autoproduzione è, altresì, subordinata alla sussistenza di condizioni rigorose. Nello

³⁶ Art. 5, par. 2, Reg. Ce n. 1370/2007.

³⁷ Art. 5, par. 4, Reg. Ce n. 1370/2007: «A meno che sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR oppure che riguardano la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno. Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che opera con non più di 23 veicoli, dette soglie possono essere aumentate o a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure, qualora il contratto riguardi la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri, inferiore a 600 000 chilometri l'anno».

³⁸ Art. 5, par. 5, Reg. Ce n. 1370/2007: «L'autorità competente può prendere provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico o di una proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici. L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di determinati servizi pubblici. I contratti di servizio pubblico aggiudicati o prorogati con provvedimento di emergenza o le misure che impongono di stipulare un contratto di questo tipo hanno una durata non superiore a due anni».

³⁹ T.F. Giupponi, *Le frontiere del trasporto pubblico locale, tra competenze normative e situazioni giuridiche soggettive. Verso un "diritto alla mobilità"?*, in *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, a cura di E. Castorina, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 893 ss.

⁴⁰ G. Caia, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in *Osservatorio cost.*, 2018, 333 ss.

specifico, per verificare la sussistenza del requisito del controllo analogo in capo all'autorità competente, il regolamento (che sul punto sembra riprendere la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di affidamenti *in house*⁴¹) prende in considerazione una serie di indici sintomatici⁴², quali «il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione». Per contro, non è richiesta una partecipazione totalitaria di capitale pubblico, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri⁴³. Inoltre, è previsto che le attività di trasporto di passeggeri svolta dall'operatore interno, nonché da qualsiasi altro soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima siano limitate «all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine»⁴⁴ (il c.d. divieto di attività *extra moenia*). Pertanto, tali operatori non possono partecipare a gare d'appalto per la fornitura di servizi di trasporto pubblico bandite al di fuori del territorio dell'autorità competente. Una certa flessibilità è consentita solo al fine di soddisfare bisogni di trasporto tra territori confinanti⁴⁵.

Nonostante tali accorgimenti, rispetto al primo quesito esposto sembra dunque doversi ribadire che il legislatore europeo consente alle autorità competenti di scegliere liberamente i propri operatori di servizio e di organizzare i servizi di trasporto di passeggeri nel modo più rispondente alle esigenze del pubblico⁴⁶. Il modello dell'autoproduzione è infatti delineato come un sistema non eccezionale, ma facoltativo di organizzazione, ferma restando la discrezionalità degli Stati membri sul "se" consentire modalità di aggiudicazione diverse dalla gara.

⁴¹ Il riferimento è alla giurisprudenza europea sull'*in house* elaborata a partire dalla nota sentenza *Teckal*, C. giust. UE, 18 novembre 1999, causa C-107/1998.

⁴² Tali sono di natura esemplificativa. Si veda, sul punto, C. Tessarolo, *La disciplina comunitaria del trasporto di passeggeri*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 13 giugno 2008.

⁴³ Art. 5, par. 2, lett. a), Reg. Ce n. 1370/2007.

⁴⁴ Art. 5, par. 2, lett. b), Reg. Ce n. 1370/2007.

⁴⁵ In deroga a tale previsione, un operatore interno può partecipare a una procedura di gara da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio, «a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta». Art. 5, par. 2, lett. c), Reg. Ce n. 1370/2007.

⁴⁶ A. Cabianca, *Profili evolutivi della modalità di gestione del trasporto pubblico locale*, cit., 606.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

A livello nazionale, occorre osservare che, ai sensi dell'art. 18, d.lgs. n. 50/2016, le disposizioni del codice dei contratti non si applicano alle concessioni di servizi di passeggeri disciplinate ai sensi del Reg. Ce n. 1370/2007. Di conseguenza, si deve ritenere che anche le regole più stringenti da esso previste con riferimento agli affidamenti *in house*, e soprattutto l'art. 192 (che prevede un onere motivazionale rafforzato in caso di mancato ricorso al mercato), non siano applicabili in tale settore, in virtù della specialità della disciplina ad esso relativa.

In via generale, le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sono disciplinate dall'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 citato e dall'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267⁴⁷. L'art. 113, c. 1-*bis*, tuttavia, esclude espressamente dal suo ambito di applicazione il settore del trasporto pubblico locale⁴⁸.

Quest'ultimo, dunque, resta disciplinato dal solo d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 (il c.d. "decreto Burlando")⁴⁹.

Tale decreto si segnala soprattutto per la previsione quale forma ordinaria per l'individuazione del gestore del servizio delle procedure concorsuali, sulla base degli elementi del contratto di servizio e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio, così da superare gli assetti monopolistici preesistenti nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale⁵⁰. Esso, quindi, è stato

⁴⁷ Recante «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali».

⁴⁸ M. Cammelli, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Il Trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, a cura di O. Bucci, Bologna, il Mulino, 2006, 84.

⁴⁹ Recante «Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59». Ai sensi dell'art. 1, tale decreto trova applicazione nei confronti di tutti i servizi pubblici di trasporto regionale e locale, intendendosi per tali i servizi di trasporto di persone e merci che «comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei, che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale», con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati. Per contro, non rientrano nell'ambito di applicazione del decreto i servizi di trasporto di interesse nazionale tassativamente individuati dall'art. 3. Sulla riforma del 1997, N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, a cura di S. Cassese, II, Milano, Giuffrè, 2000, 1697 ss.

⁵⁰ Art. 18, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 422/1997. E. Marcucci, *Gare e contratti di servizio nei servizi pubblici locali: alcune indicazioni del caso del trasporto pubblico locale*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, a cura di L. Perfetti e G. Polidori, Padova, Cedam, 2003, 123 ss.; A. Claroni, *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, in *Quad. Dip.*, Università degli Studi di Trento, 2011, 28 ss.

introdotto dal legislatore con l'obiettivo primario di liberalizzare il settore⁵¹.

Senonché, successivamente all'innovazione, il ricorso alla gara per l'affidamento del servizio è rimasto piuttosto limitato e nei pochi casi in cui le autorità competenti hanno optato per le procedure concorsuali, il servizio è stato spesso riaffidato al precedente gestore⁵².

La previsione, pertanto, è stata modificata dall'art. 61, l. 23 luglio 2009, n. 99⁵³, che ha operato un vero e proprio ripensamento dell'obbligo di ricorrere alla gara per la selezione del gestore. L'art. 61, infatti, al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico con le norme europee, ha previsto che le autorità competenti all'aggiudicazione «anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422».

La norma, operando un rinvio recettizio alle norme comunitarie, chiarisce che l'affidamento *in house* e le altre forme di affidamento diretto sono espressamente consentite e legittime nell'ordinamento nazionale, anche in deroga alla disciplina di settore⁵⁴.

⁵¹ M. Bianco e P. Sestito, *I servizi pubblici locali*, Bologna, il Mulino, 2010, 48 ss.; M. Alderighi e G. Sparacino, *Le gare e i contratti di servizio nel trasporto pubblico locale*, in *Econ. serv.*, 2008, 99 ss.; T. Bonetti, *Il trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, cit., 571.

⁵² C. Ingratoci, *Il trasporto pubblico locale*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, a cura di F. Bassan, Torino, Giappichelli, 2015, 285 ss.; A. Boitani e C. Cambini, *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, in *Quad. ist. ec. fin.*, Università Cattolica del Sacro Cuore, n. 54, 2004, 24 ss.; C. Benvivogli, R. Cullino e D. M. Del Colle, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, in *Quad. Ec. Fin.*, Banca d'Italia, n. 20, 2008; M. Alderighi e G. Sparacino, *Le gare e i contratti di servizio*, cit., 102 ss.; E. Marcucci, *Gare e contratti di servizio nei servizi pubblici locali: alcune indicazioni dal caso del trasporto pubblico locale*, in *Analisi economica e metodo giuridico*, a cura di L. Perfetti e P. Polidori, Cedam, Padova, 2003, 123-166; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005, 51-52, il quale sottolinea che «negli ultimi anni, invece, prevale la protezione degli operatori esistenti. Si sfruttano le possibilità di chiusura del mercato offerte dall'ordinamento europeo, quando anche in quella sede prevalgono soluzioni compromissorie».

⁵³ Recante "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia".

⁵⁴ A. Nicotera, *L'affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale*, in *La disciplina*

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

Si applica, quindi, la disciplina di cui al Reg. Ce n. 1370/2007, il quale, come visto, prevede una sostanziale equivalenza fra autoproduzione ed esternalizzazione del servizio.

In tale contesto, il decreto “Burlando” ha perso di centralità ed è divenuto fonte recessiva rispetto al Reg. Ce n. 1370/2007. Ne consegue che l’amministrazione, pur nel rispetto degli obblighi di motivazione e degli altri requisiti stabiliti dall’ordinamento europeo e nazionale, può liberamente optare per il modello di gestione del servizio che ritiene più adeguato al soddisfacimento dell’interesse pubblico⁵⁵.

Il d.l. 1° luglio 2009, n. 78⁵⁶ ha poi introdotto alcuni limiti all’affidamento diretto, col tentativo di recuperare margini di concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico. In base a tale decreto, qualora le autorità competenti si avvalgano delle previsioni che consentono l’autoproduzione, esse devono aggiudicare a soggetti terzi tramite procedura ad evidenza pubblica almeno il dieci per cento dei servizi oggetto dell’affidamento⁵⁷. Inoltre, analogamente a quanto previsto dal Reg. Ce n. 1370/2007, è stabilito il divieto di attività *extra moenia*⁵⁸.

Le disposizioni da ultimo richiamate, comunque, non escludono radicalmente l’autoproduzione, ma limitano il ricorso alla medesima in un’ottica pro-concorrenziale. Sulla stessa linea si collocano i successivi interventi del legislatore, il quale ha modificato la disciplina del TPL affidando a incentivi e disincentivi di carattere finanziario la scelta del modello di gestione del servizio.

Nello specifico, il d.l. 13 agosto 2011, n. 138⁵⁹ considera l’applicazione delle procedure a evidenza pubblica da parte degli enti locali un elemento di valutazione della virtuosità degli stessi⁶⁰. Esso, inoltre, prevede una priorità

del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive, a cura di A. Claroni, *Quad. Dip.*, Università degli Studi di Trento, 2011, 100.

⁵⁵ A. Giusti, *L’affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, novembre 2018, 2469 ss.

⁵⁶ Recante «Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini», convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102.

⁵⁷ Art. 4-bis, c. 1, d.l. n. 78/2009.

⁵⁸ In base ad esso, le società che risultano aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica non possono partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano. art. 4-bis, c. 2, d.l. n. 78/2009.

⁵⁹ Recante «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁶⁰ Art. 3-bis, c. 3, d.l. n. 138/2011.

nell'assegnazione delle risorse pubbliche ai gestori selezionati tramite procedura di gara⁶¹.

Ancora, il d.l. 24 aprile 2017, n. 50⁶² promuove gli affidamenti tramite gara attraverso la previsione della riduzione, in ciascun anno, delle risorse del Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del TPL destinate alle regioni, qualora i servizi di trasporto locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riparto, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART)⁶³.

Lo stesso decreto prevede, al contempo, alcune eccezioni al meccanismo di penalizzazione sopra descritto⁶⁴. In particolare, «la riduzione si applica a decorrere dall'anno 2021; in ogni caso non si applica ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e alle disposizioni normative nazionali vigenti». Tale previsione normativa riconferma la legittimità del ricorso all'*in house providing* per i servizi di trasporto pubblico locale, data l'espressa non applicabilità della riduzione ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni del Reg. Ce n. 1370/2007⁶⁵.

Nel quadro normativo descritto, poi, è stata valutata come iniziativa autenticamente pro-concorrenziale⁶⁶, con effetti diretti sulla *governance* del settore, l'istituzione, ad opera dell'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201⁶⁷,

⁶¹ Art. 3-bis, c. 4, d.l. n. 138/2011

⁶² Recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96.

⁶³ Art. 27, c. 2, lett. d), d.l. n. 50/2017.

⁶⁴ U. Izzo e U. Nucara, *L'in house è modalità ordinaria per il trasporto pubblico locale*, cit., 1801 ss.

⁶⁵ Al fine di garantire certezza sulle risorse finanziarie disponibili, è stata comunque introdotta una clausola di salvaguardia, in virtù della quale, a seguito del riparto delle risorse del Fondo, nessuna Regione può subire una riduzione maggiore del cinque per cento rispetto alla quota di risorse ricevuta nell'anno precedente. Art. 27, c. 2, lett. e), d.l. n. 50/2017.

⁶⁶ E. Boscolo, *Il finanziamento statale quale strumento incentivale: tentativi e resistenze nel settore del trasporto pubblico locale*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, n. 2, 76-80; A. Tonetti, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. Dir. amm.*, fasc. n. 6/2012, 589 ss.; C. Golino, *La regolazione nel settore dei trasporti ed il difficile avvio della sua Autorità*, in *giustamm.it*, 2014; A. Frignani, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, in *Riv. it. antitrust*, 2014, n. 2, 41 ss.

⁶⁷ Recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

dell'ART, cui sono attribuite le funzioni di regolazione e vigilanza per i servizi di trasporto pubblico⁶⁸.

In conclusione, nonostante il legislatore nazionale disincentivi in vario modo il ricorso all'autoproduzione, è possibile affermare la piena legittimità ed equi-ordinazione tra modelli di gestione del servizio, nel rispetto della disciplina europea in materia.

A ben vedere però, la normativa comunitaria se, per un verso, consente una scelta incondizionata tra autoproduzione ed esternalizzazione dei servizi di TPL, per altro verso, lascia intatto il potere discrezionale del legislatore nazionale di vietare l'affidamento diretto e *in house*. Ciò implica che rimane insoluto il nodo problematico rappresentato dal "come" il servizio di trasporto può essere gestito, ossia l'alternativa tra un sistema basato unicamente sull'evidenza pubblica e un sistema in cui, accanto alla medesima, rimangono aperti spazi per forme alternative di produzione e affidamento dei servizi.

Si è visto, anzi, come anche in questo settore il legislatore nazionale tenda a penalizzare la scelta di affidare *in house*, subordinandola alla sussistenza di ulteriori requisiti e alla previsione di misure disincentivanti.

Ebbene, la disciplina restrittiva esaminata ha dato causa ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea da parte del Consiglio di Stato⁶⁹, il quale ha manifestato un dubbio interpretativo sull'art. 5, par. 4, Reg. Ce n. 1370/2007.

⁶⁸ Per quel che qui rileva, l'autorità provvede a garantire l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture e alle reti autostradali e a stabilire i criteri per la determinazione delle tariffe, nonché le condizioni minime di qualità dei servizi. Essa, inoltre, ha specifici compiti in tema di svolgimento delle procedure di scelta del contraente. In particolare, l'Autorità definisce i criteri per la determinazione delle eccezioni al principio della minore estensione territoriale dei lotti di gara rispetto ai bacini di pianificazione, a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici. Con specifico riferimento ai servizi esercitati da società *in house* o con prevalente partecipazione pubblica, nonché quelli affidati direttamente, l'Autorità definisce gli schemi dei contratti di servizio. Sia per i bandi di gara che per i predetti contratti di servizio, essa determina altresì gli obiettivi di efficacia ed efficienza, nonché di equilibrio finanziario che il gestore è tenuto a rispettare. I poteri regolatori dell'ART sono stati estesi dall'art. 48, c. 7, d.l. n. 50/2017, il quale ha introdotto ulteriori disposizioni in materia di procedure di affidamento dei servizi.

⁶⁹ Cons. St., sez. V, ord. 6 luglio 2018, n. 4303. Il quesito sottoposto alla C. giust. UE era il seguente: «Se l'art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23/10/2007 n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola

In sostanza, il problema consisteva nello stabilire se, ai fini dell'operatività della clausola escludente prevista dalla norma in oggetto, fosse sufficiente la previsione legislativa dell'esternalizzazione quale modalità ordinaria di gestione, regola posta dall'art. 18, c. 2, d.lgs. n. 422/1997, o se, invece, fosse necessario un divieto espresso di ricorrere all'affidamento diretto. Sebbene tale quesito avesse ad oggetto l'art. 5, par. 4, lo stesso ragionamento potrebbe riproporsi con riferimento alle ulteriori ipotesi di affidamento diretto previste del Regolamento. Infatti, come visto, anche l'art. 5, par. 2, consente alle autorità competenti di fornire esse stesse servizi di trasporto o di procedere all'aggiudicazione diretta «a meno che sia vietato dalla legislazione nazionale».

La Corte di Giustizia non ha preso posizione sul punto. Essa ha ritenuto che la controversia sottoposta al suo esame rientrasse nel periodo transitorio previsto dall'art. 8, par. 2, del regolamento e che, pertanto, l'art. 5, par. 4, non fosse applicabile alla decisione di un'autorità competente relativa a un'aggiudicazione diretta adottata prima del 3 dicembre 2019⁷⁰, momento a partire dal quale il regolamento prevede l'obbligo per le autorità di conformarsi alla disciplina dallo stesso prevista.

Ad ogni modo, dal quesito formulato dal Consiglio di Stato si possono trarre due conclusioni.

Una è che il legislatore nazionale non prevede un divieto espresso di ricorrere all'affidamento diretto in materia di trasporto locale. Se tale divieto fosse stato enunciato in maniera esplicita nella legislazione nazionale, non si sarebbe avvertita la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. D'altra parte, una cosa è vietare, altra cosa, ben diversa, è disincentivare.

La seconda conclusione è che il Consiglio di Stato, nel caso di specie, ha interpretato la normativa nazionale nel senso che la procedura ordinaria di gestione del servizio di trasporto è quella del ricorso al mercato, senza tenere conto dell'intero quadro normativo sopra descritto.

Ciò riconferma quanto più volte detto, e cioè che, sebbene si tenda a scoraggiare la gestione *in house*, tale modulo organizzativo non è subordinato all'impossibilità di ricorrere al mercato, ma è alternativo al medesimo. Sicché, in presenza di tutti i presupposti richiesti dal legislatore europeo e nazionale, l'affidamento diretto del servizio di trasporto deve ritenersi legittimo.

generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria».

⁷⁰ C. giust. UE, sez. X, 20 giugno 2019, causa C-3475/18, *SATI S.p.A. contro Azienda di Trasporti Molisana S.p.A.*

3. L'incidenza delle peculiarità del servizio di TPL sulla scelta delle modalità di affidamento: Cons. St., V, n. 4310/2020 e TAR Liguria, II, n. 683/2020

Quanto sopra affermato e, in particolare, l'inesistenza di una scala di priorità tra le modalità di affidamento nel settore del TPL⁷¹ trova conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa. Ci si riferisce al Consiglio di Stato, sez.V, 6 luglio 2020, n. 4310 e al TAR Liguria, sez. II, 3 ottobre 2020, n. 683 (avverso cui è stata proposta un'istanza cautelare respinta con ordinanza del Consiglio di Stato, sez.V, 16 dicembre 2020, n. 7219).

In sostanza, in entrambi i casi, i ricorrenti contestano l'omesso espletamento di una gara pubblica e l'affidamento del servizio di TPL in via diretta ad una società *in house* del Comune di Genova, il cui capitale sociale è ripartito tra quest'ultimo (94,94 per cento) e la Città Metropolitana di Genova (4,69 per cento).

Va ribadito che il servizio di trasporto pubblico locale⁷², quale Servizio di interesse economico generale (SIEG)⁷³, è contraddistinto da una «disciplina

⁷¹ Sulla sussistenza di una sostanziale equiordinazione tra il modello *in house* e le altre forme di gestione dei servizi pubblici locali, si veda Cons. St., sez.V, 8 aprile 2019, n. 2275. «Nel contesto di sostanziale equiordinazione tra i vari modelli di gestione disponibili per la gestione di servizi pubblici locali (mediante il ricorso al mercato, attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato, tramite società mista, ovvero attraverso l'affidamento diretto *in house*), l'amministrazione è chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge: in definitiva, l'amministrazione è chiamata all'esercizio di poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli "obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio"».

⁷² In generale, la qualificazione di servizio pubblico locale spetta «a quelle attività caratterizzate sul piano oggettivo dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento e, su quello soggettivo, alla riconduzione diretta o indiretta [...] ad una figura soggettiva di rilievo pubblico». Cons. St., sez.V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

⁷³ I Servizi pubblici di interesse economico generale (SIEG) costituiscono «attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale)» (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa*, 20 dicembre 2011, COM(2011) 900, 3). Per quanto concerne la nozione di servizio pubblico, che come è noto, è di difficile configurazione sul piano giuridico, cfr., tra gli altri, A. Sandulli, *La tutela giurisdizionale nelle "controversie in materia di pubblici servizi"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 792 ss. Si veda anche L.R. Perfetti, *Il regime dei servizi*

speciale di fonte euro-unitaria, caratterizzata da una liberalizzazione non integrale, trattandosi di settore non soggetto per intero al regime della concorrenza»⁷⁴, e caratterizzato da una «limitata apertura al mercato»⁷⁵.

Tale regime derogatorio è consentito dall'art. 106, par. 2, TFUE, che sottopone le imprese incaricate della gestione dei SIEG alle regole concorrenziali, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata⁷⁶.

Al proposito, ai fini della dimostrazione della sussistenza di una situazione di fallimento del mercato, «inteso nel senso di impossibilità a reperire sul mercato un operatore economico disponibile alle condizioni richieste dall'amministrazione affidante nel proprio territorio»⁷⁷, si ritiene che l'onere dimostrativo sia assolto attraverso «un'indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società *in house* con un *benchmark* di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società *in house* operanti nel territorio limitrofo»⁷⁸. Le caratteristiche del territorio⁷⁹, oltre a essere determinanti ai fini dell'individuazione dei confini del mercato di riferimento,

pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti, in *Giur. it.*, 2013, 678 ss. «Le disposizioni di rango primario non delineano la nozione di servizio pubblico, ma la presuppongono [...]. Ove si guardi alla disciplina di diritto positivo, si avvertirà che anche restringendo la nozione del perimetro più contenuto delle impostazioni soggettivistiche (sicché sarà servizio pubblico quello che all'amministrazione spetta di prestare, o assegnare in concessione) ricorrono una pluralità di regimi, giacché il diritto comunitario e quello nazionale vigente consentono l'assegnazione del servizio a terzi, a soggetti partecipati dall'amministrazione e da privati ovvero a strutture di amministrazione indiretta (quali sono le società c.d. *in house*); resta unitario il dato della riserva al soggetto pubblico [...] e dell'assegnazione in affidamento». Con specifico riferimento al servizio pubblico locale, si veda A. Manzione, *Le società pubbliche e il sistema dei servizi d'interesse generale di dimensione locale*, in H. Bonura e A. Rughetti, *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini*, Milano, FrancoAngeli, 2017, 95 ss.

⁷⁴ TAR Lazio, Roma, sez. I quater, 12 maggio 2020, n. 4975; TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680, § 10.2.

⁷⁵ Cons. St., sez. V, 6 luglio 2020, n. 4310, § 14; TAR Liguria, sez. II, 3 ottobre 2020, n. 683, § 3, p. 14.

⁷⁶ Con riferimento all'art. 86 TCE (oggi art. 106 TFUE), la C. giust. UE, 18 marzo 1997, C-343/95, par. 22-23, ha ritenuto che «una missione di interesse generale che rientra nei compiti essenziali dello Stato», che si ricolleggi alle «tipiche prerogative dei pubblici poteri [...], non presenta carattere economico che giustifichi l'applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato (v. sentenza 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, *Racc. pag. I-43*, punto 30)».

⁷⁷ Cons. St., sez. V, 26 ottobre 2020, nn. 6469 e 6460, § 4.5.4.

⁷⁸ Cons. St., sez. V, 26 ottobre 2020, nn. 6469 e 6460; Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, §5.5.

⁷⁹ A. Marabucci e P. Spirito, *Analisi della produttività totale dei fattori nel servizio di super-*

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

costituiscono, nello specifico settore del TPL, un parametro imprescindibile da considerare nelle fasi della pianificazione e programmazione e dell'assunzione del servizio.

Come emerge dalle due sentenze sopra menzionate, il nucleo centrale della tesi secondo cui l'affidamento *in house* costituisce modalità ordinaria e non eccezionale nell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale risiede nell'art. 5 del Reg. Ce n. 1370/2007.

Lo scopo del presente regolamento è quello di «definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto comunitario, nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri⁸⁰, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire»⁸¹.

Ai sensi dell'art. 2, dir. 2014/23/UE (*supra*, § 1), le autorità pubbliche, «possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni»⁸² (il c.d. principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche)⁸³.

ficie prodotto da Atac Spa: il decennio 2005-2014. Un caso di studio nel settore del trasporto pubblico locale, in *Ec. & lav.*, 2016, n. 3, 168.

⁸⁰ Con specifico riferimento alla "sicurezza", seppur in relazione ad un servizio pubblico diverso da quello del servizio di TPL, quello dei servizi tecnico-nautici, la Corte di Giustizia ha ritenuto che «considerazioni di pubblica sicurezza» possono giustificare «un impedimento o un ostacolo alla libera prestazione dei servizi di trasporto marittimo» e, in particolare, del servizio di ormeggio che costituisce «un servizio tecnico nautico essenziale per il mantenimento della sicurezza nelle acque portuali, che presenta le caratteristiche di un servizio pubblico (l'universalità, la continuità, il soddisfacimento di esigenze di interesse pubblico, la regolamentazione e la sorveglianza pubblica)» (C. giust. UE, 18 giugno 1998, causa C-266/96, par. 60).

⁸¹ Art. 1, Reg. Ce n. 1370/2007.

⁸² G. Fonderico, *I servizi pubblici locali*, in B.G. Mattarella e E. D'Alterio, *La riforma della Pubblica Amministrazione*, Milano, *IlSole24ore*, 2017, 371, nota n. 12.

⁸³ Tale principio è stato di recente ribadito dalla Corte di Giustizia UE, in relazione al divieto di cui all'art. 183, d.lgs. n. 50/2016 e alla libertà delle autorità nazionali, regionali o locali di scegliere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione di servizi. Nell'ipotesi in cui tali autorità «abbiano inteso privilegiare un modo di gestione in particolare, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori beneficiano solo di una libertà condizionata, che, di conseguenza, può dispiegarsi solo nell'ambito delle scelte politiche precedentemente operate da dette autorità» e nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE, «segnatamente la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza». C. giust. UE, ordinanza 26 novembre 2020, C-835/19, punti 49, 50.

Le varie forme di organizzazione del servizio non sono poste su una «scala di priorità»⁸⁴ e agli ordinamenti degli Stati membri è lasciata ampia discrezionalità di orientare le scelte delle proprie amministrazioni nella direzione di parametri pro-concorrenziali.

L'art. 5, par. 2, pone quale unico limite alla facoltà delle autorità competenti a livello locale di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico, l'eventuale previsione di un divieto espresso in tal senso da parte del legislatore nazionale. Un simile divieto non è previsto dalla normativa interna.

Più nel dettaglio, i soggetti coinvolti in tale procedura dall'art. 5, par. 2, sono, dal lato attivo dell'ente affidante, un'autorità locale singola od un gruppo di autorità, fornitrici di servizi integrati di trasporto pubblico passeggeri (si pensi agli enti pubblici territoriali), mentre dal lato dell'impresa affidataria, viene in rilievo un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale esercita un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture, sulla base degli elementi di cui all'art. 5, par. 2, lett. a): la rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza, le disposizioni statutarie, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione, l'assetto proprietario, che non necessariamente deve tradursi in una partecipazione totalitaria (come nel caso del Comune di Genova).

La discrezionalità delle "autorità locali competenti" nelle decisioni relative all'affidamento del servizio di TPL non è tuttavia priva di limiti.

Innanzitutto, l'ente locale è vincolato alle scelte compiute a monte nella fase di programmazione e pianificazione del servizio e confluite nei piani urbani (si pensi al piano urbano per la mobilità sostenibile⁸⁵), che pur risolvendosi in atti di indirizzo, hanno comunque un'efficacia cogente nei confronti delle amministrazioni chiamate ad attuarli⁸⁶.

Chiarito che i principi di diritto comunitario non impongono alla Pubblica Amministrazione l'esternalizzazione di compiti e funzioni, ma solo

⁸⁴ G. Fonderico, *I servizi pubblici locali*, op. loc. cit.

⁸⁵ La Comunicazione della Commissione europea COM 2009/490 introduce il Piano urbano della mobilità sostenibile (PUMS) per le città e le aree metropolitane. Nel 2014 la Direzione generale per la mobilità e i trasporti della Commissione europea elabora le linee guida per la redazione del piano di mobilità sostenibile. Si tratta un piano strategico che si coordina con i piani urbanistici ed è volto a migliorare l'offerta di trasporto pubblico e ad integrare i servizi per la mobilità, tenendo in considerazione anche il trasporto privato.

⁸⁶ T. Bonetti, *Il trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, in *Dir. amm.*, 2020, 585.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

il principio della gara quando essa intenda ricorrere ai privati⁸⁷, la determinazione dell'ente locale nel senso dell'autoproduzione e l'eventuale costituzione di un organismo *ad hoc*, adeguatamente motivata in ordine all'idoneità a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo⁸⁸.

Nella successiva fase di selezione del modello di affidamento, l'amministrazione dovrà tener conto, *inter alia*, di valori ad elevata pregnanza sociale, che vanno al di là del mero rapporto costi-benefici e si proiettano in un'ottica di vantaggio per la collettività.

Tra le esternalità positive del servizio di TPL per la città e la collettività, è possibile menzionare la riduzione dell'inquinamento atmosferico e delle patologie ad esso correlate, il contenimento della congestione stradale e dell'incidentalità, dell'occupazione del suolo urbano da parte dell'attività di trasporto⁸⁹.

In tal senso, la delibera dell'Amministrazione Capitolina di Roma Capitale n. 47/2012 e la relazione illustrativa *ex art.* 34, c. 20, d.l. n. 179/2012, della Città di Venezia, costituiscono un esempio concreto dell'importanza che i valori sociali assumono nella decisione dell'amministrazione: «in ogni caso la valutazione delle diverse opzioni percorribili deve assumere come obiettivo e unità di misura irrinunciabile il mantenimento della dimensione sociale dell'offerta del servizio, includendo in tale valutazione tutti gli elementi di beneficio e di costo sull'orizzonte a vita intera del periodo di affidamento, ivi inclusi gli effetti esterni indotti, le esternalità positive e negative ed infine i costi di transizione da una modalità di affidamento ad un'altra»⁹⁰.

Del resto, persino nella diversa ipotesi dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza (disponibilità difficile da rinvenire nell'ambito dei SIEG), l'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 include nella motivazione del provvedimento che espone le ragioni del mancato ricorso al mercato i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche in relazione agli obiettivi di univer-

⁸⁷ E. Rolando, *Gestione dei servizi pubblici locali: affidamento "in house" o procedura ad evidenza pubblica? La scelta degli enti locali*, in *Giur. it.*, 2006, 2173 ss.

⁸⁸ Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Giur. it.*, 1998, 2184 ss.

⁸⁹ Provincia di Treviso, Conferenza Permanente dell'ente di governo della mobilità nella marca trevigiana delibera 12 novembre 2014, n. 2, p. 35.

⁹⁰ Roma Capitale, delibera di Amministrazione Capitolina, 15 novembre 2012, n. 47, 5; Città di Venezia, Direzione Servizi al cittadino e imprese e Direzione finanziaria, *Relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per la forma di affidamento prescelta*, sezione C, 19.

salità e socialità, di efficienza, economicità e qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Tuttavia, nel caso di specie, come sostenuto anche dai giudici amministrativi, la disciplina europea (art. 5, Reg. Ce n. 1370/2007) e nazionale (art. 18, lett. a), d.lgs. n. 50/2016) impediscono di applicare l'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, la cui regola è «incentrata sulla comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'*in house providing* e del ricorso al mercato, posto che, per il servizio di trasporto pubblico locale, non è invece previsto un rapporto di regola ed eccezione, cosicché difettano le basi logico-giuridiche della pretesa comparazione»⁹¹.

In altri termini, la regola enunciata da tale disposizione postula come forma principale di affidamento di servizi pubblici quella del ricorso al mercato, rispetto alla quale l'amministrazione deve fornire le ragioni tecniche e di convenienza economica per la sua deroga⁹².

Sembra possibile affermare, dunque, che l'estensione in via interpretativa al settore del TPL di tutte le regole previste dal codice dei contratti pubblici – tra cui l'art. 192 – comporterebbe un aggiramento surrettizio delle norme che espressamente dispongono l'esclusione dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale dall'ambito applicativo del d.lgs. n. 50/2016 (artt. 17 e 18⁹³).

In questo senso, secondo quanto sostenuto dai giudici amministrativi, non appare conferente il richiamo – da parte del ricorrente – alle considerazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100 (*supra*, § 1), che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016⁹⁴, in quanto tale disposizione non pare applicabile *ratione materiae* al settore di interesse economico generale del trasporto pubblico locale, che non rientra *prima facie* tra i «servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza».

Occorre inoltre considerare che anche nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto servizi affidati in regime di concorrenza qualche dubbio in ordine ai rapporti tra l'affidamento *in house* e le procedure ad evidenza pubblica è stato sollevato dallo stesso Consiglio di Stato.

⁹¹ Cons. St., V, n. 4310/2020, § 13; TAR Liguria, sez. II, n. 683/2020, 10.

⁹² Cons. St., V, n. 4310/2020, § 14.

⁹³ L'art. 17, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 50/2016 esclude dall'ambito applicativo delle disposizioni del codice dei contratti pubblici gli appalti o le concessioni concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana. L'art. 18, c. 1, lett. a), esclude le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Reg. Ce n. 1370/2007 (si veda *supra*, § 2).

⁹⁴ TAR Liguria, II, n. 683/2020, § 1.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

In estrema sintesi, in un settore diverso dal servizio di TPL – quello dell’igiene urbana, a cui non si applica la disciplina di cui al reg. Ce n. 1370/2007 – il Consiglio di Stato con ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138 (*supra*, § 1), ha rimesso alla C. giust. UE un quesito pregiudiziale inerente, *inter alia*, la legittimità eurounitaria della normativa nazionale (in particolare, dell’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016), che impone pregnanti limiti all’utilizzo dell’affidamento *in house*. Tuttavia, «la richiesta sollevata dalla Corte di sancire se *l’in house* rappresenti o meno una forma di affidamento “equiordinata” rispetto all’affidamento con gara non ha di fatto avuto risposta»⁹⁵ nell’ordinanza della Corte Giustizia UE, sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19. Fermo restando il principio di libera organizzazione delle autorità pubbliche, va ribadito però che il settore dell’igiene urbana non è governato da una disciplina specifica europea direttamente applicabile, come quella di cui al Reg. Ce n. 1370/2007 e, come ritenuto dai giudici amministrativi, l’affidamento del servizio di igiene urbana «ricade nel campo di applicazione dell’invocato art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016»⁹⁶.

Invece, nello specifico settore del TPL, alla luce dell’art. 5, Reg. Ce n. 1370/2007 e delle considerazioni sopra esposte, pare potersi dedurre il carattere ordinario dell’*in house providing* quale modalità di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale⁹⁷.

In presenza di una modalità di affidamento qualificata come ordinaria dalla stessa sovraordinata normativa europea «e dalla conforme normativa nazionale (art. 61, l. 23 luglio 2009, n. 99) la comparazione rispetto alle possibili alternative non refluisce sulla legittimità della scelta, che altrimenti perderebbe il suo carattere di soluzione posta su un piano di parità con queste ultime»⁹⁸.

Ne consegue che, dal punto di vista della legittimazione processuale e dell’interesse a ricorrere di un operatore del settore, l’eventuale contestazione della scelta dell’affidamento diretto in luogo della gara ad evidenza pubblica verterà sulla sussistenza delle condizioni di legittimità al ricorrere delle quali tale scelta è condizionata. Se la contestazione è fondata, ne deriva «la completa soddisfazione dell’interesse processuale mediante la dichiarazione di inefficacia del contratto»⁹⁹.

⁹⁵ C. Contessa, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti “in house”*, in *Urb. app.*, 2020, 359.

⁹⁶ TAR Liguria, II, n. 683/2020, § 1.

⁹⁷ In questo senso, da ultimo, Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2021, n. 1090. U. Izzo e U. Nucara, *L’in house è modalità ordinaria per il trasporto pubblico locale*, in *Azienditalia*, 2020, 1798 ss.

⁹⁸ Cons. St., V, n. 4310/2020, § 17.

⁹⁹ TAR Liguria, II, n. 683/2020, § 3; TAR Liguria, sez. II, 6 maggio 2020, n. 278; TAR

Ove invece siano integrati i requisiti di cui all'art. 5, par. 2, l'operatore economico non è «legittimato a contestare, a valle, anche la sostenibilità finanziaria o, peggio, l'opportunità e/o la convenienza economica delle condizioni contrattuali alle quali è concretamente affidato il servizio»¹⁰⁰, in quanto tali scelte rientrano nell'ambito del merito amministrativo.

A proposito dei limiti del sindacato giurisdizionale (estrinseco) sulle decisioni assunte da una pubblica amministrazione in relazione alla organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali, costituisce ormai *ius receptum* l'affermazione secondo cui si tratta di una «scelta ampiamente discrezionale, che, se adeguatamente motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà, ovvero non sia fondata su di un macroscopico travisamento dei fatti»¹⁰¹.

A questo punto occorre approfondire il tema della motivazione che l'amministrazione dovrà fornire al fine di giustificare l'affidamento *in house* dei servizi di TPL.

Secondo i giudici amministrativi, la scelta non deve essere accompagnata da uno specifico supporto motivazionale circa le ragioni del mancato ricorso al mercato.

La motivazione circa i presupposti di diritto e di fatto della forma di affidamento prescelta si esaurirebbe nel dar conto della sussistenza dei requisiti previsti a tal fine dall'ordinamento europeo¹⁰².

Nello stesso senso, il TAR per il Lazio, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680, § 10.2, ha ritenuto che i presupposti per procedere all'affidamento *in house* dei servizi di TPL sono esclusivamente quelli previsti dall'art. 5, par. 2, Reg. Ce n. 1370/2007, «senza alcun onere motivazionale rinforzato delle ragioni di mancato ricorso al mercato».

La motivazione, però, quand'anche non rinforzata, deve pur sempre essere presente. L'onere motivazionale, come si vedrà nel paragrafo seguente, non costituisce tuttavia l'unico adempimento che l'amministrazione è tenuta ad espletare.

Lombardia, Milano, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1781.

¹⁰⁰ TAR Liguria, II, n. 683/2020, § 3.

¹⁰¹ TAR Liguria, II, n. 683/2020, 11. Si veda anche TAR Lazio, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680, § 10.2.; Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599; TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 aprile 2013, n. 1925.

¹⁰² TAR Liguria, II, n. 683/2020, § 2.

4. Gli oneri delle “autorità competenti a livello locale” ai fini dell’affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Verso un “servizio di trasporto pubblico sostenibile”

Ai fini della descrizione degli oneri, non solo motivazionali, cui le autorità competenti a livello locale devono adempiere per procedere all’affidamento del servizio di TPL, viene in rilievo, accanto alla normativa europea (reg. Ce n. 1370/2007) e nazionale, anche la disciplina regolatoria di cui alle delibere dell’ART.

Va premesso che, sul piano operativo, oltre all’intervento dell’ART, è in astratto prospettabile anche quello dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), nonché dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). L’AGCM potrebbe infatti intervenire nell’esercizio del potere conferitole dagli artt. 21-*bis* e 22 l. n. 287/1990.

L’eventuale intervento dell’ANAC trova invece fondamento normativo nell’art. 213, c. 3, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, che le attribuisce il potere di vigilanza sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture, nonché sui «contratti esclusi dall’ambito di applicazione del codice».

Va anche chiarito che, seguendo il dettato normativo, sul piano regolatorio la competenza a intervenire spetta all’ART, mentre le altre due autorità potranno in astratto intervenire *ex post*, vale a dire soltanto a seguito dell’adozione dell’atto ovvero della conclusione del contratto, in altre parole, dopo che il potere è stato esercitato.

La questione inerente il riparto di competenze tra le Autorità amministrative indipendenti, specie tra le Autorità di settore e quelle trasversali, non risulta di facile ed immediata risoluzione, tant’è che, nella materia sanzionatoria delle pratiche commerciali scorrette, ha richiesto più volte l’intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰³, oltre che della Corte di Giustizia dell’Unione Europea¹⁰⁴.

Concentrando l’attenzione sulla disciplina regolatoria, vengono in rilievo le seguenti delibere dell’ART con i relativi allegati: 1) la delibera del 17

¹⁰³ Cons. St., ad. plen., 9 febbraio, 2016, n. 3; Cons. St., ad. plen., 11 maggio 2012, nn. 11-13 e 15-16. Di recente, il Consiglio di Stato, sez. VI, 25 ottobre 2019, n. 7296, ha introdotto un nuovo criterio autonomo, l’incompatibilità tra le discipline astrattamente applicabili, in luogo del principio di specialità (dapprima per settori e successivamente per fattispecie concrete), mutuato dall’art. 15 c.p. dalle precedenti pronunce. I criteri risolutivi dei “conflitti di competenza” tra autorità amministrative potrebbero trovare applicazione, *mutatis mutandis*, anche in materie diverse da quelle oggetto delle pronunce sopra menzionate.

¹⁰⁴ C. giust. UE, sez. II, 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17.

giugno 2015, n. 49¹⁰⁵; 2) la delibera del 30 marzo 2017, n. 48¹⁰⁶; 3) la delibera del 20 dicembre 2018, n. 143¹⁰⁷; 4) la delibera del 29 novembre 2019, n. 154¹⁰⁸.

Nella fase preliminare all'affidamento, l'art. 7 del reg. Ce n. 1370/2007 pone a carico dell'ente affidante l'onere di pubblicare l'avviso di preinformazione «almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta» (art. 7, par. 2).

Come si vede, l'onere va adempiuto a prescindere dalla scelta dell'amministrazione di procedere mediante gara o con aggiudicazione diretta.

La pubblicazione con congruo anticipo dell'avviso di preinformazione offre agli operatori economici le informazioni minime necessarie ed il tempo utile per organizzarsi al fine di predisporre un eventuale contratto (in caso di gara) ovvero di “sollevare obiezioni”, prima che l'aggiudicazione diretta sia eseguita, privandoli definitivamente della partecipazione alla gara¹⁰⁹.

Occorre tener presente che la pubblicazione dell'avviso non costituisce una decisione di affidamento. Ne consegue che le informazioni più dettagliate possono essere rese note successivamente.

Come ribadito anche dai giudici amministrativi nelle sentenze sopra richiamate, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che le autorità pubbliche «non sono tenute, da un lato, a pubblicare o a comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e,

¹⁰⁵ «Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici».

¹⁰⁶ «Atto di regolazione recante la definizione della metodologia per l'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e delle modalità più efficienti di finanziamento, ai sensi dell'articolo 37, comma 3, lettera a), decreto legge n. 201/2011 e dell'articolo 37, comma 1, decreto legge n. 1/2012».

¹⁰⁷ «Procedimento per la revisione della delibera n. 49/2015 del 17 giugno 2015 avviato con la delibera n. 129/2017 – Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, nonché per la definizione degli schemi dei contratti di servizio affidati direttamente o esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica. Indizione di consultazione pubblica e proroga del termine di conclusione del procedimento».

¹⁰⁸ «Conclusione del procedimento per l'adozione dell'atto di regolazione recante la revisione della delibera n. 49/2015, avviato con delibera n. 129/2017».

¹⁰⁹ C. giust. UE, 20 settembre 2018, C-518/17, punto 66.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

dall'altro ad effettuare una siffatta valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute in seguito alla pubblicazione di tali informazioni»¹¹⁰.

Da ciò si fa derivare l'ulteriore conseguenza per cui, in caso di affidamento *in house*, in capo all'operatore del settore non sussiste una posizione giuridica che lo legittimi a contestare la congruità economica dell'offerta del soggetto *in house* e le condizioni contrattuali del relativo affidamento. L'ordinamento giuridico riconosce tale posizione come meritevole di tutela soltanto nel caso in cui l'operatore medesimo abbia partecipato ad una procedura di gara¹¹¹.

Quanto al contenuto dell'avviso di preinformazione, vengono in rilievo le disposizioni del reg. Ce n. 1370/2007 e la disciplina regolatoria prevista dall'ART (Annesso n. 6, Tabella 1, Allegato A, delibera n. 143/2018).

Sintetizzando la Tabella 1 dell'Annesso n. 6, tali informazioni riguardano il volume e il valore stimato della produzione, il corrispettivo, gli obblighi di servizio pubblico¹¹² e l'eventuale quantificazione delle compensazioni, gli standard qualitativi minimi, le modalità di subentro nella disponibilità dei beni strumentali (se previste), con un rinvio agli atti di programmazione del servizio pubblico (ad esempio, al piano generale del traffico urbano¹¹³ e al piano urbano di mobilità¹¹⁴).

¹¹⁰ C. giust. UE, 24 ottobre 2019, C-515/18, punto 37.

¹¹¹ TAR Liguria, II, n. 683/2020, § 3. I giudici aggiungono, al proposito, che, risolvendosi l'affidamento *in house* in un modello di organizzazione meramente interno (qualificabile in termini di "delegazione interorganica"), è estraneo al medesimo ogni rilievo volto a censurare l'omessa traslazione del rischio operativo di impresa, che è un profilo proprio della causa dei contratti di appalto o di concessione, da stipularsi necessariamente all'esito di una gara con soggetti distinti dall'amministrazione affidante sul piano sostanziale, oltre che giuridico.

¹¹² Vi rientrano, *inter alia*, gli obblighi di esercizio, di trasporto e tariffari. C. Calvieri, *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nel c.d. settori speciali ex esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, in *Lexitalia.it*, 2007, 10, § 5.

¹¹³ Il Piano generale del traffico urbano (PGTU) è un atto di programmazione e costituisce il primo dei tre livelli di progettazione in cui si sviluppa il Piano urbano del traffico (PUT), che è uno strumento di pianificazione le cui prescrizioni devono essere conformi al piano regolatore ad esso sovraordinato. Il PGTU è inteso quale «progetto preliminare o piano quadro del PUT, relativo all'intero centro abitato ed indicante sia la politica intermodale adottata, sia la qualificazione funzionale dei singoli elementi della viabilità principale e degli eventuali elementi della viabilità locale destinati esclusivamente ai pedoni (classifica funzionale della viabilità), nonché il rispettivo regolamento viario, anche delle occupazioni di suolo pubblico, sia il dimensionamento preliminare degli interventi previsti in eventuale proposizione alternativa, sia il loro programma generale di esecuzione (priorità di intervento per l'esecuzione del PGTU)» (art. 4, direttiva Ministero dei lavori pubblici del 12 aprile 1995, «Direttive per la redazione, adozione ed attuazione dei piani urbani del traffico», in G.U. 24 giugno 1995, n. 146).

¹¹⁴ La l. 24 novembre 2000, n. 340, «Disposizioni per la delegificazione di norme e per

Inoltre, la disciplina regolatoria prevede che l'ente affidante debba avviare, prima o in concomitanza con la pubblicazione dell'avviso di preinformazione, una procedura di consultazione¹¹⁵, che fornirà le informazioni utili ai fini della redazione della successiva relazione di affidamento (*supra*, § 1).

Essa coinvolge i soggetti portatori di interessi, in cui rientrano almeno il gestore uscente, gli altri potenziali concorrenti, i viaggiatori e/o le loro associazioni, i fornitori di materiale rotabile o altre imprese titolari di beni strumentali (Misura 2, punto 6, Allegato A, delibera ART n. 49/2015).

Dalla Misura 6, punto 2, dell'Allegato alla delibera n. 48/2017 è possibile dedurre che tale consultazione si applica anche agli affidamenti diretti o *in house*¹¹⁶.

Tuttavia, la Misura 4, punto 6, dell'Allegato A alla successiva delibera ART n. 154/2019 sembra consentire all'ente affidante di evitare la consultazione, ove proceda all'affidamento diretto al gestore uscente del servizio avente medesimo volume di produzione e medesimo perimetro.

In assenza di tali presupposti, invece, pare che l'ente affidante sia obbligato ad esperire la procedura di consultazione (viene meno dunque quella facoltà di indire una consultazione cui facevano riferimento la Misura 9, punto 2, Allegato A, delibera ART n. 49/2015 e la Misura 18, punto 3, Allegato A, delibera ART n. 143/2018).

la semplificazione di procedimenti amministrativi- Legge di semplificazione 1999», istituisce il Piano urbano di mobilità (PUM), «al fine di soddisfare i fabbisogni di mobilità della popolazione, assicurare l'abbattimento dei livelli di inquinamento atmosferico e acustico, ridurre i consumi energetici, aumentare i livelli di sicurezza del trasporto e della circolazione stradale, [...] e la riduzione dei fenomeni di congestione nelle aree urbane». I piani di mobilità sono intesi come progetti del sistema della mobilità comprendenti l'insieme organico degli interventi sulle infrastrutture di trasporto pubblico e stradali, sui parcheggi di interscambio, sulle tecnologie, sul parco veicoli, sul governo della domanda di trasporto, l'informazione all'utenza. Oltre al piano urbano di mobilità, è previsto anche il Piano urbano di mobilità sostenibile (PUMS), introdotto con Comunicazione della Commissione europea COM 2009/490 (*supra*, § 3).

¹¹⁵ La Misura 18, punto 3, Allegato A, delibera ART n. 143/2018 fa «salva la possibilità per l'EA di avviare, prima della pubblicazione del bando di gara, una procedura di consultazione di tutti i soggetti portatori di interessi, con particolare riferimento agli aspetti qualitativi del servizio di TPL che intende affidare». Nello stesso senso, si veda la Misura 9, punto 2, Allegato A, delibera n. 49/2015. Invece, l'indizione della consultazione sembra essere non più facoltativa, ma obbligatoria nella più recente delibera ART n. 154/2019 (si veda la Misura 4), salvi i casi in cui l'ente affidante proceda all'affidamento diretto al gestore uscente del servizio «avente medesimo volume di produzione e medesimo perimetro».

¹¹⁶ Allegato alla delibera ART n. 48/2017, Misura 6, punto 2. «A tale fine, anche in caso di affidamento diretto o *in house*, è utilizzata la consultazione dei soggetti portatori di interesse, di cui alla Misura 2, punto 5, della delibera n. 4/2015 Art».

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

La consultazione è finalizzata almeno a identificare i beni essenziali e/o indispensabili, cui si aggiungono i beni aventi caratteristiche analoghe, definire le condizioni di qualità del servizio, «specificare (eventuali) requisiti di partecipazione degli operatori, in caso di procedura di gara»¹¹⁷, individuare il personale preposto all'erogazione del servizio.

L'esito della consultazione sarà riportato in una apposita relazione da redigere prima dell'affidamento diretto o della pubblicazione del bando di gara e da trasmettere all'Art, affinché esprima un parere entro 45 giorni, decorsi i quali, l'*iter* potrà proseguire il suo corso anche in caso di mancata risposta da parte dell'Autorità.

La delibera ART n. 143/2018 ribadisce la necessità di motivare l'affidamento del servizio sulla base della relazione di cui all'art. 34, c. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, che va pubblicata sul sito *web* istituzionale dell'ente affidante e trasmessa all'Autorità (Misura 2, punto 2).

La medesima delibera specifica ulteriormente il contenuto della relazione che, oltre agli elementi sopra indicati (gli esiti della procedura di consultazione, cui si aggiunge quanto previsto dall'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012), deve altresì indicare: a) le modalità di trasferimento all'impresa affidataria dei beni acquisiti tramite finanziamento pubblico, sui quali grava un vincolo di destinazione d'uso (Misura 6); b) le modalità adottate per la messa a disposizione dei beni essenziali e indispensabili (Misura 7, punto 6); c) il valore di subentro di ciascun bene indispensabile e i criteri di aggiornamento di tale valore in relazione all'inizio effettivo dell'affidamento e alla stipula del contratto di servizio (Misura 9, punto 10); d) la metodologia e i criteri adottati per la definizione del Piano economico finanziario (PEF) simulato (Misura 14, punto 2).

Onde evitare una moltiplicazione eccessiva degli adempimenti cui l'ente affidante è tenuto, che rischiano di tradursi in un evitabile aggravio procedimentale, si può ritenere che l'amministrazione possa concentrare in un'unica relazione (da pubblicare e trasmettere all'Autorità) l'assolvimento degli obblighi motivazionali e degli oneri di trasparenza richiesti dalla disciplina normativa e regolatoria.

Ciò detto, pare opportuna una breve considerazione inerente i beni essenziali e indispensabili e il PEF simulato, dal momento che rientrano negli oneri funzionali alla predisposizione della motivazione che l'amministrazione è tenuta a fornire e, quindi, nelle valutazioni che la stessa è chiamata ad effettuare.

¹¹⁷ Delibera ART n. 154/2019, Allegato A, Misura 4, punto 6, lett. *d*). Tale disposizione va integrata con quella di cui alla Misura 19 dell'Allegato A alla delibera ART n. 143/2018.

Le caratteristiche proprie dei beni strumentali, essenziali per garantire il servizio di trasporto pubblico locale sono la condivisibilità, la non sostituibilità, la non duplicabilità a costi socialmente sostenibili e la dominanza. Quest'ultima connotazione è invece assente nei beni definiti "indispensabili" che si caratterizzano, al contrario, per il loro essere non condivisibili, non sostituibili e non duplicabili a costi socialmente sostenibili.

Occorre garantire la disponibilità di tali beni sin dall'inizio dell'affidamento e, ai fini della loro individuazione, la Misura 2, punto 6, Allegato A, delibera ART n. 49/2015, prevede l'attivazione della consultazione dei soggetti portatori di interesse sopra menzionata.

Se da un lato l'ente affidante è tenuto a fornire all'aggiudicatario i beni strumentali al servizio di trasporto, di cui dispone direttamente o attraverso un proprio ente strumentale, dall'altro l'impresa ha l'obbligo di mantenere e rilevare tali beni in base al titolo di trasferimento utilizzato (Misura 3, punto 2), che può essere costituito, ad esempio, da un contratto di locazione o di comodato.

Inoltre, l'Allegato A alla delibera n. 154/2019 pone taluni obblighi anche a carico del gestore uscente, al fine di rendere disponibili tali beni a favore del gestore subentrante¹¹⁸.

Per quanto concerne il PEF simulato, le Misure 14 e 15 dell'Allegato A alla delibera n. 143/2018, prevedono criteri distinti per la redazione dello stesso a seconda che si opti per l'affidamento con gara ovvero per l'affidamento diretto o *in house providing*.

In entrambi i casi il PEF simulato, predisposto dall'ente affidante, è re-

¹¹⁸ La Misura 6, punto 3, Allegato A, delibera n. 154/2019, prevede che il gestore uscente o il titolare del bene, anche in assenza di specifiche disposizione di legge o contrattuali, «è tenuto comunque alla messa a disposizione dell'impresa affidataria dei beni acquistati interamente tramite finanziamento pubblico, configurandosi tale condizione quale vincolo di destinazione d'uso "implicito" per tutto il periodo di vita utile del bene». Se, invece, il contratto di servizio vigente, la legge o l'atto di finanziamento prevedano il mantenimento dei beni finanziati in capo al gestore uscente (che non li trasferisce all'impresa affidataria), questi è tenuto a restituire i finanziamenti eventualmente incamerati, nei limiti delle quote non ammortizzate e imputabili agli anni residui di vita utile (Misura 6, punto 4). Inoltre, se i beni essenziali o indispensabili sono di proprietà del gestore uscente o sono gravati da vincoli di destinazione d'uso sulla base di un accordo negoziale, è lo stesso gestore uscente che li mette a disposizione di quello subentrante mediante un contratto di locazione o di trasferimento della proprietà, con obbligo di mantenere e rilevare i beni in capo all'affidataria, o, in alternativa, attraverso l'accesso ai beni e ai relativi servizi.

Se non sussistono vincoli di messa a disposizione dei beni, la scelta delle modalità con le quali gli stessi vengono resi disponibili spetta al gestore uscente proprietario (Misura 7, punto 4).

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

datto nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 4, par. 1, lett. a), reg. Ce n. 1370/2007 e agli artt. 17 e 19, d.lgs. n. 422/1997, tenendo conto dell'intera durata dell'affidamento.

In generale, le finalità del PEF simulato sono: 1) la stima della congruità del corrispettivo posto a base d'asta o previsto nel contratto di servizio; 2) la valutazione della sostenibilità economico-finanziaria delle offerte presentate; 3) la definizione della corretta allocazione dei rischi connessi all'oggetto dell'affidamento.

Nell'ipotesi di affidamento diretto, nel PEF l'ente specifica gli obiettivi progressivi che il gestore è tenuto a perseguire, in un'ottica di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza della gestione durante l'intera durata del contratto di servizio, cui il PEF è allegato e di cui costituisce parte integrante e sostanziale (Misura 15).

In tal caso, il PEF contiene anche i livelli obiettivo (*target*) degli indicatori quali-quantitativi che costituiscono l'unità di misura degli obiettivi di efficacia-redditività (anche in termini di recupero dell'evasione tariffaria), efficienza (riduzione dei costi unitari per vettura chilometro e incremento della produttività dei fattori di produzione) e efficacia-qualità (miglioramento delle condizioni minime di qualità del servizio). L'Allegato A, delibera n. 143/2018 indica il set minimo di tali indicatori in relazione al trasporto su strada¹¹⁹.

Invece, nell'ipotesi di affidamento mediante gara, il PEF assume come parametro di riferimento, tra l'altro, il costo operativo efficiente, e consente sia il confronto delle offerte presentate da ciascun partecipante alla gara sia la verifica dell'equilibrio economico-finanziario del contratto di servizio¹²⁰.

La Misura 14, punto 2, Allegato A, delibera 154/2019 farà poi riferimento, piuttosto che al costo efficiente, al costo standard¹²¹, di cui al d.m.

¹¹⁹ Il set minimo di indicatori relativo al trasporto su strada comprende il costo operativo per vettura-chilometro e per posto-chilometro (che misura l'efficienza operativa); il costo del lavoro totale per numero di addetti totali, la produzione per numero di addetti operativi e per numero di addetti totali, l'efficienza della rete del trasporto di superficie (che misurano l'efficienza-produttività); i ricavi da traffico per vettura-chilometro (efficacia-redditività) e, infine, la puntualità, gli scostamenti da orario, la regolarità delle corse e il *load factor*, cioè la capacità di occupazione del mezzo di trasporto pubblico (efficacia-qualità).

¹²⁰ Delibera ART n. 143/2018, Allegato A, Misura 14.

¹²¹ Ai sensi dell'art. 1, c. 84, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014), i parametri di cui tener conto nella determinazione del costo standard per unità di servizio prodotta, espressa in chilometri, per ciascuna modalità di trasporto sono: i fattori di contesto, con particolare riferimento alle aree metropolitane e alle aree a domanda debole, la velocità commerciale, le economie di scala, le tecnologie di produzione, l'ammmodernamento del ma-

del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) del 28 marzo 2018, n. 157¹²².

Inoltre, la Misura 13, Allegato A, delibera ART n. 154/2019 aggiunge, ai fini della predisposizione del PEF simulato, che l'ente affidante procede all'individuazione e alla valutazione dei rischi connessi all'esercizio del servizio oggetto di affidamento, «definendo in esito a tale processo la forma di affidamento».

La successiva Misura 14 precisa, rispetto alle precedenti delibere, che il PEF va elaborato per ciascun lotto di affidamento¹²³ e che, a tal fine, il parametro di riferimento è costituito dal costo standard¹²⁴ di cui al d.m. MIT n. 157/2018, «con le eventuali integrazioni che tengano conto della specificità del servizio e degli obiettivi degli enti territoriali in termini di programmazione dei servizi e di promozione dell'efficienza del settore»¹²⁵.

In conclusione, coordinando la disciplina regolatoria con i principi affermati dalle sentenze sopra commentate (§ 3), quand'anche si escluda l'applicazione dell'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, le «autorità competenti a livello locale» sono comunque tenute all'adempimento di significativi oneri, quali la pubblicazione con congruo anticipo dell'avviso di preinformazione, l'esperimento della procedura di consultazione, la redazione del PEF simulato e della relazione finale di cui all'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012. Tali oneri, se da un lato, orientano la decisione dell'amministrazione e restringono i suoi spazi di discrezionalità, dall'altro, consentono agli operatori economici di far valere in giudizio l'eventuale insussistenza delle condizioni di legittimità cui la scelta dell'affidamento diretto è condizionata.

teriale rotabile ed un ragionevole margine di utile. Per la determinazione di quest'ultimo si rinvia all'Allegato A, delibera ART n. 154/2019, Misura 17.

¹²² «Definizione dei costi standard dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale e dei relativi criteri di aggiornamento e di applicazione», in G.U. Serie Generale n. 126 del 1° giugno 2018.

¹²³ Ai fini della redazione del PEF, si veda anche la Misura 22, punto 2, Allegato A, delibera ART n. 154/2019.

¹²⁴ La determinazione del costo standard influisce, tra l'altro, sulla definizione del fabbisogno standard (calcolato moltiplicando il costo standard unitario per il Livello Adeguato di Servizio – LAS) e, quindi, sull'ammontare dei finanziamenti da destinare all'attività di erogazione del servizio di trasporto pubblico (art. 1, c. 85, l. n. 147/2013: «a partire dall'anno 2014, al fine di garantire una più equa ed efficiente distribuzione delle risorse, una quota gradualmente crescente delle risorse statali per il trasporto pubblico locale è ripartita tra le regioni sulla base del costo standard di produzione dei servizi»). A tal proposito, viene in rilievo il Fondo Nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale di cui all'art. 16-bis, d.l. n. 95/2012, i cui criteri di ripartizione sono stati stabiliti con d.P.C. 11 marzo 2013. Per maggiori approfondimenti sulla disciplina del Fondo Nazionale, si veda *supra*, § 2.

¹²⁵ Delibera ART n. 154/2019, Allegato A, Misure 14, punto 2, e 15, punto 2.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

Quanto più stringenti e dettagliati sono gli obblighi imposti, tanto più si ampliano le *chances* di impugnativa vittoriosa, in caso di mancato rispetto degli stessi.

Dalla sinergia delle disposizioni normative, europee e nazionali, e regolatorie, nonché dagli approdi giurisprudenziali e dottrinari, emerge un coacervo di diritti e obblighi nel settore del TPL, che, seppur di non agevole ricostruzione (a causa principalmente della stratificazione di norme nazionali non sempre unidirezionali), consente comunque di tracciare un percorso virtuoso verso un «servizio di trasporto pubblico sostenibile».

Per “servizio di trasporto pubblico sostenibile” si vuole intendere un servizio sostenibile per l’ente affidante e per quello affidatario, per l’utenza, il mercato, la finanza pubblica e l’ambiente, che tenda al bilanciamento tra le esigenze di socialità e universalità, efficienza ed economicità del servizio.

5. Considerazioni conclusive

Si è visto come il reg. Ce n. 1370/2007 non imponga una piena liberalizzazione del settore del TPL, consentendo il ricorso a varie modalità di affidamento, inclusa quella diretta. Ciò in conformità all’obiettivo dichiarato di «garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l’altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire»¹²⁶ (*supra*, § 3).

Nell’enunciazione di tale scopo, si può scorgere una scelta di politica sociale che si traduce nella fissazione di obiettivi di sicurezza, qualità ed efficacia dei servizi di trasporto, nella tutela delle categorie di viaggiatori più “deboli”, e nell’eliminazione delle disparità fra imprese che possono alterare il gioco della concorrenza¹²⁷.

Alla luce della codificazione di questi obiettivi, la normativa di settore dovrebbe essere interpretata avendo riguardo non tanto, e non solo, alla dimensione del mercato dei servizi, ma valorizzando le peculiarità del TPL quale servizio universale, attraverso l’uso di tutti i modelli organizzativi che l’ordinamento comunitario prevede e promuove.

In tal senso, la concorrenza non rappresenterebbe un valore da per-

¹²⁶ Art. 1, Reg. Ce n. 1370/2007.

¹²⁷ Considerando n. 4, Reg. Ce n. 1370/2007, che richiama gli obiettivi principali definiti nel Libro bianco della Commissione del 12 settembre 2001, «La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte».

seguire ad ogni costo, ma uno degli strumenti per il conseguimento di tali obiettivi.

Se, detto altrimenti, il legislatore europeo consente agli Stati membri di scegliere le modalità con cui le autorità competenti possono intervenire nel settore del TPL, ma non lascia altrettanta libertà sugli obiettivi da perseguire, allora la soluzione che riconosce carattere ordinario all'affidamento *in house* appare necessitata, essendo l'amministrazione (intesa quale ente più prossimo al cittadino) l'unica in grado di individuare il mezzo più adeguato al perseguimento del fine, alla luce della realtà territoriale, sociale, economica di riferimento.

Così, una volta che siano state individuate in modo puntuale le condizioni relative alle caratteristiche del territorio, alla domanda di trasporto e alle modalità di espletamento del servizio, che giustifichino il ricorso a una gestione *in house*, in presenza delle altre condizioni normative previste, non esistono ragioni per impedire all'amministrazione di autoprodurre il servizio.

Non è detto, infatti, che l'evidenza pubblica rappresenti sempre lo strumento più adatto a valorizzare quei fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale che il legislatore europeo intende promuovere¹²⁸.

Anzi, come è stato notato¹²⁹, considerate le condizioni economiche e strutturali in cui versa il settore dei trasporti (si pensi, ad esempio, alle situazioni di crisi di impresa, alla scarsità di risorse disponibili, all'obsolescenza dei mezzi e, non da ultimo, all'emergenza sanitaria in atto), lo stesso ricorso alle procedure di gara appare complesso. A ciò si aggiunge un quadro normativo nazionale frammentato, caratterizzato da ripetuti e incostanti interventi e mai aggiornato.

È essenziale, sotto tale punto di vista, superare l'approccio legislativo basato su micro interventi e prendere atto della difficoltà di organizzare in modo efficace gare per l'assegnazione dei servizi, che allo stato risultano quasi sempre in perdita.

Appare opportuno, dunque, che tutti gli interventi in materia siano rivolti, prima ancora che a una liberalizzazione del settore, ad aumentare l'efficienza gestionale delle aziende affidatarie e il livello di qualità dei servizi dalle medesime forniti. Come si è detto, infatti, il rafforzamento delle

¹²⁸ A. Cabianca, *Profili evolutivi della modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, in *Ist. fed.*, n. 5/6, 2010, 613 ss.

¹²⁹ E. Boscolo, *Il finanziamento statale del trasporto pubblico locale tra spesa storica e costi standard*, in *Il trasporto pubblico locale. Principi generali e disciplina di settore*, a cura di F. Roversi Monaco e G. Caia, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 167.

il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada

dinamiche concorrenziali rappresenta una soltanto delle alternative con cui realizzare gli obiettivi di efficientamento gestionale menzionati. Ben si potrebbero affiancare agli incentivi al ricorso a procedure di gara altre misure di varia natura, ugualmente valide, quali la lotta all'evasione tariffaria o un incremento delle tariffe modulato su un'offerta di servizio più equa e meno costosa per la finanza pubblica.

Del resto, «così come le gestioni private non sono per “per natura” efficienti, non si deve pensare che le gestioni pubbliche debbano essere, per forza di cose, sempre inefficienti e clientelari»¹³⁰, fermo restando che anche l'esternalizzazione non è mai privatizzazione in senso proprio, finché permane una responsabilità pubblica per il servizio¹³¹.

Al fine di prevenire che il rischio di inefficienze trasli in capo alla collettività, il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ha “responsabilizzato” gli amministratori¹³² delle società a partecipazione pubblica, nonché quelli dell'ente locale socio, in capo ai quali è «esigibile un grado di diligenza che, anche se non è qualificabile in termini “professionalità” come per gli amministratori delle società partecipate, è comunque declinato in una serie di comportamenti»¹³³ volti a prevenire e fronteggiare situazioni di crisi aziendali anche nell'ente *in house*.

Si pensi al rispetto delle regole di finanziamento di cui all'art. 14, comma 5, o all'adozione di un adeguato piano di risanamento prevista dall'art. 14, comma 2, che non può tradursi nel mero ripiano delle perdite societarie, non supportato dall'attivazione di una ristrutturazione aziendale.

Come ritenuto dalla giurisprudenza contabile, «il reiterarsi delle perdite di una società partecipata rivela un'insufficiente produttività ed utilità per

¹³⁰ M. Libertini, *Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, imprese pubbliche e mercato*, in H. Bonura e A. Rughetti, *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini*, Milano, FrancoAngeli, 2017, 89.

¹³¹ A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 458. Per un approfondimento sulle nozioni di liberalizzazione, privatizzazione ed esternalizzazione nell'ambito dei servizi pubblici, cfr. B. Giliberti, *Eterogeneità dei modelli legislativi: la gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza nel mercato*, in *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, a cura di F. Liguori e C. Acocella, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 321 ss.

¹³² La responsabilità erariale è prevista, oltre che per gli amministratori delle società *in house* (art. 12 d.lgs. n. 175/2016), anche per gli amministratori delle aziende speciali, che costituiscono un altro modello di gestione del servizio. In questo senso, Corte dei conti, sez. contr. Piemonte, delibera 20 giugno 2014, n. 121; Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101; Cass., 25 novembre 2013, n. 26283.

¹³³ L. De Rentis, *Le condotte esigibili dagli amministratori (degli Enti locali e/o delle società a partecipazione pubblica) in presenza di una crisi d'impresa*, in *Azienditalia*, 2017, 737.

l'Ente locale socio unico o di maggioranza di cui quest'ultimo, nell'esercizio delle sue autonome scelte gestionali, non può non tener conto»¹³⁴.

In questa prospettiva, un sistema che preveda una pluralità di soluzioni alternative non comporterebbe, di per sé, la chiusura dei mercati alla concorrenza, ma lascerebbe agli enti la responsabilità di adottare lo strumento organizzativo più idoneo a soddisfare gli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità e sicurezza nell'erogazione dei servizi.

La libertà di auto-organizzazione, unitamente al rispetto degli oneri procedurali e motivazionali previsti anche sul piano regolatorio e alla responsabilità per la scelta operata, potrebbero consentire il raggiungimento del punto di equilibrio e di contemperamento delle esigenze del mercato, di socialità del servizio e di salvaguardia delle risorse pubbliche, creando un "modello" all'interno del quale tutte le modalità di gestione del TPL sarebbero, almeno in astratto, equivalenti, salvo poi individuare quella più adeguata, in concreto, a garantire un "servizio di trasporto pubblico sostenibile", per l'ente e per l'utente¹³⁵.

Abstract

The paper explores the evolution and structure of the current regulatory framework regarding procurement procedures for public transport services. In particular, it analyzes the connection between national and European rules. It also explores the most recent jurisprudence on the subject. The aim is to understand whether the in-house providing model is an ordinary or exceptional way of managing the service, as well as to define the main administrative burdens that competent local authorities have to fulfill in the sector.

¹³⁴ Corte dei conti, sez. contr. Piemonte, delibera 12 gennaio 2010, n. 2; Corte dei conti, sez. contr. Piemonte, delibera 4 giugno 2008, n. 15.

¹³⁵ L.R. Perfetti, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, op. cit., 678 ss. «L'organizzazione del servizio trova, quindi, finalmente la sua direzione corretta, vale a dire quella del riferimento a chi dei servizi debba usufruire e la tutela della concorrenza vede chiarita la sua strumentalità alla migliore organizzazione del servizio, ancora nell'interesse dell'utente. [...] Il modello di riferimento smette di essere cercato in una scelta organizzativa, per dirigersi verso l'adeguatezza al fatto (al tipo di servizio, alla remuneratività della gestione, all'organizzazione del mercato, alle condizioni delle infrastrutture e reti), alle disposizioni comunitarie – coerenti a quelle costituzionali – ed all'interesse della collettività degli utenti – che costituisce la vera finalità della disciplina».

ARTICOLI

ILDE FORGIONE

LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DELL'ENERGY PERFORMANCE CONTRACT NEL SETTORE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Premessa: le implicazioni ambientali del diritto dei contratti. – 2. L'influenza del principio di sviluppo sostenibile sul diritto dell'energia. – 3. La spinta europea verso la sostenibilità del sistema economico e la ripresa a seguito della pandemia da Covid-19. – 4. Il ruolo dei soggetti pubblici in materia di energia nel contesto normativo europeo. – 5. (*Segue*) Il contesto normativo italiano. – 6. Il contratto di rendimento energetico nel settore pubblico. – 6.1. L'incertezza sulle procedure di affidamento dei contratti. – 6.2. L'intervento del legislatore con il d.l. n. 76/2020. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: le implicazioni ambientali del diritto dei contratti

Il tema dell'efficienza energetica viene in rilievo sotto due profili che si intersecano e condizionano reciprocamente: lo sviluppo sostenibile¹ ed i costi economici derivanti da un impiego inefficiente di risorse. Entrambe le questioni sono centrali per il perseguimento di una società che sia competitiva dal punto di vista economico, ma allo stesso tempo rispettosa dell'ambiente².

¹ 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; E. Frediani, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2015, 2, 49 ss.

² Per una definizione giuridica del concetto di ambiente si fa riferimento alla tripartizione di M.S. Giannini, accettata pressoché unanimemente in dottrina, in base alla quale l'ambiente può essere inteso in senso naturalistico come l'insieme dei beni protetti da norme con finalità conservative; in senso spaziale, come insieme degli spazi in cui si attua l'azione aggressiva dell'uomo; in senso urbanistico, come oggetto delle norme relative alla gestione del territorio. Cfr. M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.

Sul rapporto tra ambiente, energia e mercato C. Viviani, *Ambiente ed Energia*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. Ferrara e M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, I, 2014, spec. 503 ss.; M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 219 ss.

Per favorire il corretto assetto del mercato e, al contempo, uno sviluppo economico rispettoso degli equilibri ambientali occorre che la regolazione nel settore dell'energia privilegi la disciplina dei contratti (inclusi quelli pubblici) tenendo conto di tali interessi primari³. Tra di essi, per il loro impatto, certamente si collocano quelli che abbiano ad oggetto specifico gli interventi di riqualificazione di immobili o impianti pubblici, come l'illuminazione. Quello dell'efficienza energetica rappresenta, infatti, uno degli ambiti di indagine più interessanti poiché declina la promozione dello sviluppo sostenibile nell'ottica del risparmio, anche attraverso l'utilizzo delle fonti di energia rinnovabile. Un'applicazione in tal senso è rappresentata dalla categoria degli *Energy performance contract* (contratti di prestazione energetica, EPC), nei quali le ragioni del mercato intersecano quelle dell'ambiente in modo non conflittuale, realizzando un interesse al risparmio energetico che trascende gli interessi dei singoli contraenti, per abbracciare una finalità economica e sociale di ampio respiro⁴.

In questa prospettiva si collocano gli interventi di riqualificazione del patrimonio immobiliare pubblico, in funzione di miglioramento della prestazione energetica, i quali assumono rilievo sia per la promozione di una crescita orientata alla tutela dell'ambiente sia per il rilancio del mercato delle costruzioni, stimolando altresì una domanda consapevole rispetto agli obiettivi collettivi in gioco. Infatti, se il miglioramento della prestazione energetica degli edifici pubblici viene assunta come politica trasversale delle amministrazioni, gli strumenti necessari al conseguimento dell'obiettivo divengono centrali. D'altra parte, la disciplina dei contratti pubblici ha costituito l'ambito nel quale le istanze di tutela dell'ambiente hanno iniziato ad affermarsi e mantengono un ruolo di primazia, anche nel raggiungimento degli obiettivi di efficienza energetica.

³ Sul punto R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 20: «quello dell'ambiente è un tema (*rectius*, un complesso di temi e problemi) che si impone da sempre all'attenzione del legislatore e dell'uomo di governo, quando pure diverse (e spesso con modalità di assoluta fungibilità) siano le categorie evocate e le denominazioni utilizzate nell'ambito della tradizionale attività di produzione normativa» e, più di recente, G.P. Rossi, *La "materializzazione" del diritto ambientale*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di Id., Torino, Giappichelli, 2017, 10; C. Feliziani, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione Industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, 843 ss.; M.S. Giannini, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004, 723 ss.

⁴ A. Zoppini, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in *Annuario di diritto dell'energia 2016*, a cura di L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, 359 ss.; S. Trino, *Il contratto di rendimento energetico. Il tipo contrattuale nella prospettiva del diritto privato regolatorio*, *ivi*, 393 ss., spec. 401; M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 313.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

Chiaramente, quando una delle parti del contratto è una pubblica amministrazione, non è possibile limitarsi ad affermare l'ammissibilità dell'utilizzo di strumenti di mercato per il perseguimento di finalità ambientali, ma occorre interrogarsi su quali siano le regole secondo le quali essi debbano essere affidati ai soggetti privati specializzati nel settore. Occorre, in altri termini, individuare il punto di composizione tra strumenti ed esigenze del diritto pubblico e quelli del diritto privato. Ciò vale anche con riferimento agli EPC, di cui si analizzerà la disciplina normativa con specifico riferimento alle procedure di affidamento, le quali hanno un impatto di non poco conto sulla efficacia dello strumento. Infatti, l'incertezza che grava sulle procedure di affidamento e sui rispettivi obblighi contrattuali rischia di frenare il ricorso a simili contratti, che potrebbero invece dare impulso a quella transizione ecologica ed energetica verso la quale spingono le fonti nazionali e sovranazionali.

2. L'influenza del principio di sviluppo sostenibile sul diritto dell'energia

Come è noto, il diritto ha iniziato ad occuparsi della tutela dell'ambiente in tempi relativamente recenti⁵. Nel tempo, si è acquisita la consapevolezza della necessità di rendere compatibili le ragioni dell'economia con le ragioni dell'ambiente, come chiave di volta per uno sviluppo sostenibile e duraturo. Attraverso l'espressione "sviluppo sostenibile" si riconosce infatti l'esigenza di un cambiamento radicale nel rapporto tra attività economica e mondo naturale, finalizzato alla sostituzione del modello economico a crescita quantitativa con quello del miglioramento qualitativo⁶.

⁵ M. Gestri, *Ambiente (Dir. Int.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 214, precisa che la «questione ambientale si è posta all'attenzione normativa, su scala tanto interna quanto internazionale, a partire dagli anni Sessanta del ventesimo secolo. È bensì vero che determinati problemi sono emersi in epoche precedenti, costituendo in alcuni casi oggetto di regolamentazione. Tuttavia, tali risultati hanno costituito il frutto di un approccio occasionale, volto ad affrontare specifici problemi, oppure il prodotto indiretto di azioni rivolte a finalità differenti, mancando una vera consapevolezza dell'interdipendenza delle questioni ambientali».

⁶ N. Georgescu-Roegen, *Energy and Economic Myths*, in *Southern Economic Journal*, 1975, 347 ss.

Sul tema, senza pretesa di esaustività, si vedano D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2018; M. Antonioli, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, Giappichelli, 2016; M. Montini e F. Volpe, *Sustainable Development at a turning point*, in *federalismi.it*,

A livello internazionale, l'interesse verso questo tema ha iniziato a manifestarsi in occasione della conferenza ONU di Stoccolma del 1972, con l'approvazione della «Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano», anche se la definizione di sviluppo sostenibile più nota è quella del Rapporto Brundtland, elaborato nel 1987 dalla World Commission on Environment and Development dell'ONU, e significativamente intitolato *Our Common Future*. Nel suddetto rapporto lo sviluppo sostenibile viene definito come «uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri», declinando il concetto non solo come equità sociale intergenerazionale, ma anche all'interno di una stessa generazione. Per raggiungere questo obiettivo, si fa riferimento ad un approccio di lungo periodo nella gestione delle risorse nel presente. Di fondamentale importanza per la definizione del concetto sono state anche la Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, la nota Conferenza di Kyoto sui cambiamenti climatici del 1997, nonché l'Agenda 21, documento di azione redatto a seguito della Dichiarazione di Rio, che pone lo sviluppo sostenibile come un obiettivo da perseguire per tutti i popoli. Un ulteriore passo in avanti a livello mondiale si è avuto nel 2015, con l'approvazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (Risoluzione delle Nazioni Unite A/RES/70/1), che propone una serie di obiettivi di sviluppo sostenibile (Oss)⁷.

Contemporaneamente, il dibattito sullo sviluppo sostenibile ha trovato terreno fertile nell'Unione europea, le cui istituzioni hanno promosso incontri⁸ e politiche in vista del raggiungimento di quell'obiettivo. L'approc-

2016; F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2015, 175 ss.; Id., *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale*, a cura di F. Cortese, F. Guella e G. Postal, Padova, Cedam, 2013, 5 ss.

⁷ Sul punto si veda infra, nota 27 e, in dottrina, M. Montini, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 2019.

Nella dottrina internazionale, per le numerose definizioni nel tempo di sviluppo sostenibile, si vedano R. Repetto, *The Global Possible-Resources, Development and the New Century*, New Haven, Yale University Press, 1985; R. Goodland and G. Ledec, *Neoclassical economics and principles of sustainable development*, in *Ecological Modelling*, 1-2, 1987, 19 ss.; H.E. Daly and J.B. Cobb, *For the Common Good: Redirecting the Economy Toward Community, the Environment, and a Sustainable Future*, Boston, Beacon Press, 1994; Y. Jabareen, *A new conceptual Framework for Sustainable Development*, in *Environment Development and Sustainability*, 2, 2008, 179 ss.

⁸ Tra i momenti di discussione che meritano di essere ricordati rientrano la Conferenza di Aalborg del 1994, nel cui ambito nacque la Campagna Europea "Città Sostenibili",

cio europeo al tema ha subito una interessante evoluzione, sia per quanto riguarda il profilo normativo, sia per quello giurisprudenziale. In origine né il Trattato CEE né – al livello del Consiglio d'Europa – la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) contenevano alcun riferimento all'ambiente⁹, lacuna colmata in via interpretativa attraverso la c.d. clausola di salvezza contenuta nell'art. 235

la Conferenza europea sullo sviluppo rurale, da cui è scaturita la Dichiarazione di Cork sullo sviluppo agricolo e rurale sostenibile del 1996; la Conferenza Europea sulle città sostenibili, tenutasi a Lisbona nel 1996 e la terza Conferenza Europea sulle città sostenibili di Hannover del 2000; la Conferenza sull'edilizia sostenibile del 2018, per sensibilizzare il settore dell'edilizia verso una economia circolare; la Conferenza di Mannheim sui *green deals* locali e sulle città sostenibili del 2020.

⁹ S. Quadri, *Energia sostenibile. Diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Torino, Giappichelli, 2012, 71-72, intraveda come già presente la tutela del principio, nei suoi aspetti economici e sociali, nell'art. 2 del Trattato istitutivo della CEE, laddove dispone che l'Unione «[s]i adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente».

La CEDU non riconosce un diritto dell'uomo all'ambiente, ma contiene alcune disposizioni che hanno consentito lo sviluppo di una giurisprudenza in materia, in forza dell'interpretazione che di essa ne ha dato la Corte. Ciò ha permesso un'evoluzione della Convenzione alla luce delle sensibilità emergenti nella società, al punto di elevare l'ambiente a valore centrale, tale da giustificare limitazioni ad altri diritti riconosciuti dalla Carta e da richiedere interventi positivi da parte degli Stati per la sua protezione. In tal senso, la C. eur. dir. uomo ha ritenuto che la tutela dell'ambiente condizione necessaria per il godimento di alcuni diritti fondamentali, per cui, pur non essendo oggetto immediato di tutela, l'ambiente viene indirettamente in rilievo, quale strumento per assicurare il rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo.

In dottrina si vedano: M. De Salvia, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1997; N. Colacino, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*, in *Dir. gest. amb.*, 2001; E. Ruozzi, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, Jovene, 2011, spec. 63 ss.; A. Scarcella, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2013, 129 ss.; C. Pitea, *Protezione dell'ambiente e tutela dei diritti umani*, in *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, a cura di A. Fodella e L. Pineschi Torino, Giappichelli, 2009, 134; A. Sironi, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Tra diritto al rispetto della vita privata e diritto alla vita*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2011, 5 ss.; A. R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004; V. Esposito, *Diritto ambientale e diritti umani*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3 ss.

In giurisprudenza, si vedano: Arondelle c. Royame-Uni, sentenza 15/7/1980; Powell c. Regno unito, sentenza 16/7/86; López Ostra c. Spagna, sentenza 2/12/94. Per l'evoluzione della giurisprudenza e per ulteriori decisioni si veda il *Thematic factsheet* sull'ambiente della C. eur. dir. uomo, 2020, disponibile all'indirizzo: <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-environment-eng/1680a00c09>.

TCE (art. 352 TFUE), mentre una esplicita affermazione del principio dello sviluppo sostenibile si ebbe solo con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 37).

Attualmente i Trattati riconoscono la portata economica, sociale e ambientale dello sviluppo sostenibile e sanciscono fermamente l'impegno per la sua promozione; essi pongono alcune norme di principio che valgono a fondare le politiche ecologiche e ambientali dell'Unione¹⁰. In particolare, si fa riferimento all'articolo 3, par. 3, TUE il quale contestualizza i valori dell'ecologia e dello sviluppo sostenibile nell'ambito delle politiche del mercato interno dell'UE; in quest'ottica il mercato dovrà orientarsi verso una «crescita economica equilibrata» e su di «un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Parimenti rilevante risulta l'art. 191, par. 3, TFUE, il quale indirizza la politica in materia ambientale indicando una scala di valori, nella quale le «condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione», vengono prima dell'interesse degli Stati allo «sviluppo socioeconomico». Ulteriori riferimenti alla protezione dell'ambiente nell'ottica dello sviluppo sostenibile si trovano nell'art. 21, par. 2 lett. d) e f), TUE, nonché nell'art. 11 TFUE¹¹, il quale codifica il principio di integrazione (sul quale si veda *infra*).

A livello nazionale il principio dello sviluppo sostenibile è sancito espressamente dall'art. 3-*quater*, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 che impone di conformarvi «ogni attività umana giuridicamente rilevante», «al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future»¹². Con questa previsione, il legislatore nazionale si è conformato all'elaborazione avvenuta a livello europeo ed internazionale, in particolare, impegnando tutti i soggetti, pubblici e privati, a garantire l'attuazione del principio *de quo*, orientando in modo funzionale tutte le attività a rilevanza ambientale¹³. Inoltre, essendo collocata tra i principi che presiedono il diritto ambientale,

¹⁰ R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509 ss.; M. Cecchetti, *Le politiche ambientali tra diritto sovranazionale e diritto interno*, in *federalismi.it*, 2020; M. Onida, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, *ivi*.

¹¹ Sul punto, *ex plurimis*, M. Lee, *The Environmental Implications of the Lisbon Treaty*, in *European Law Review*, 2008, 10, 131 ss.; G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. Dir.*, 2003, 581 ss.; O. Porchia, *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione europea*, in *Riv. ita. dir. pubbl. com.*, 2006, 1 ss.

¹² Cfr. C. Videtta, *Lo sviluppo sostenibile dal diritto internazionale al diritto interno*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara e M.A. Sandulli, I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo, Milano, Giuffrè, 2014, 221 ss.

¹³ F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2010.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

la norma citata esprime la centralità che lo sviluppo sostenibile riveste per la materia, pur non essendone definito a livello normativo né il contenuto né il perimetro applicativo¹⁴.

Quello dello sviluppo sostenibile non è però solo un concetto normativo, convenzionale o dottrinario, poiché nella sua definizione riveste un ruolo fondamentale la giurisprudenza a vari livelli. Quest'ultima ha contribuito non poco a declinarne il contenuto, anche in relazione ai molti altri principi che vengono in rilievo in materia ambientale¹⁵.

¹⁴ S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo stato*, Torino, Einaudi, 2009, 195 (nota 106) afferma che i concetti di sviluppo sostenibile e di equità intergenerazionale introducono un «principio di etica collettiva»; F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 231 ss., riconduce il principio dello sviluppo sostenibile al dovere di solidarietà e condivisione sancito dall'art. 2 Cost.

¹⁵ A livello internazionale, il primo riferimento di rilievo allo sviluppo sostenibile è dato dalla sentenza del 25 settembre 1997 della Corte Internazionale di Giustizia (Gabcikovo-Nagymaros), che riconobbe la necessità di conciliare protezione dell'ambiente e sviluppo economico, pur senza pronunciarsi circa la vincolatività del principio. Con tale sentenza "pilota", citata e ripresa nelle decisioni successive, la giurisprudenza internazionale ha aperto al riconoscimento dello sviluppo sostenibile come obiettivo rispetto al quale si può legittimamente condizionare l'interpretazione e l'applicazione delle norme internazionali. Con lo *Shrimp Case* del 1998, l'organo di appello del WTO ha in seguito ritenuto che l'uso ottimale delle risorse naturali dovesse essere realizzato in accordo con l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, anche in ragione del fatto che la protezione ambientale rientra tra gli obiettivi delle politiche internazionali e nazionali, come ricordato dal Preambolo dell'accordo WTO. Recentemente, nel *Pulp Mills Case* del 2010, i giudici della CIG hanno insistito sulla necessità di conciliare protezione ambientale e sviluppo economico affermando che l'essenza dello sviluppo sostenibile sta proprio nel bilanciamento tra le due opposte esigenze.

A livello europeo, un primo riferimento al principio dello sviluppo sostenibile si ritrova nella sentenza della Corte di Giustizia 20 maggio 2008, causa C-91/05, ove si pongono in relazione sviluppo sostenibile e democrazia, ricordando che «non vi può essere sviluppo sostenibile ed eliminazione della povertà senza pace e senza sicurezza». In altre occasioni la C. giust. UE ha fatto riferimento al principio come criterio di risoluzione delle controversie (sentenza 11 settembre 2012, causa C-43/10), oppure lo ha ritenuto un obiettivo altamente prioritario a livello dell'Unione, rimarcandone la centralità nelle politiche europee (sentenza 26 settembre 2013, C-195/12). In tal senso la Corte, a proposito del rapporto tra misure di tutela ambientale e libera circolazione delle merci, ha rimarcato il carattere di «esigenze imperative» delle politiche ambientali capaci, in quanto tali, di imporre restrizioni alla libertà degli scambi (sentenza 20 settembre 1988, causa C-302/86), pur riconoscendo la necessità che vi sia proporzione tra i vantaggi ottenibili e le azioni proposte (sentenza 10 dicembre 2002, causa C-153/01).

Le pronunce della giurisprudenza nazionale e, in particolare, della Corte costituzionale, non hanno trattato la questione nei termini di tutela *ex se*, quanto piuttosto nell'ottica del dovere di solidarietà connesso al rispetto delle generazioni future, o in riferimento al riparto

Del principio dello sviluppo sostenibile deve tenere conto, specialmente, il diritto dell'energia¹⁶. La sostenibilità nella produzione di energia è condizione essenziale del principio *de quo*, riflettendosi nelle sue tre dimensioni: sociale, economica ed ambientale¹⁷. Ciò in quanto l'energia, nelle sue mol-

di competenze Stato-Regioni; ad esempio, ciò è avvenuto nella pronuncia C. cost. 10 maggio 2017, n. 98. La Corte, pur riconoscendo il diritto all'ambiente e allo sviluppo sostenibile come diritto della persona e interesse della collettività (28 maggio 1987, n. 210) e, dunque, come prevalente dell'interesse sulla concorrenza e sul corretto funzionamento del mercato (7 ottobre 2003, n. 307 e 27 ottobre 2003, n. 331) ha però anche ritenuto che, in generale, il rispetto delle norme tecniche ambientali sia sufficiente a perseguire l'obiettivo dello sviluppo sostenibile (16 aprile 1990, n. 127), mentre il profilo socio-economico della sostenibilità è emerso soltanto in casi eccezionali, attraverso sporadici riferimenti ad un modello sostenibile di società (13 gennaio 2004, n. 14). In altre pronunce, i giudici hanno poi promosso la necessità di una conciliazione fra esigenze di crescita e necessità di carattere sociale e ambientale (1° giugno 2006, n. 213). Il principio dello sviluppo sostenibile, dunque, lungi dall'essere approfondito dalla giurisprudenza nazionale, è stato più che altro evocato nonché utilizzato per lo svolgimento del bilanciamento tra vari interessi (A. Lorenzetti, *Sviluppo sostenibile e principio di precauzione nella giurisprudenza italiana: alla ricerca di un paradigma incerto*, in *Nas fronteiras do direito: Sustentabilidade e Desenvolvimento*, a cura di A.R. Coutinho, A. Copetti e L.A.D. de Araújo, Florianópolis, Empório do Direito, 2015, 147 ss.). Per la dottrina sul punto si vedano S. Grassi, *Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Un diritto per il futuro, Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Napoli, Jovene, 2008, 180; V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in *I "nuovi diritti" nello stato sociale in trasformazione*, a cura di R. Ferrara e P.M. Vipiana, Padova, Cedam, 2002, 249.

La giurisprudenza amministrativa, occupandosi in particolare del governo del territorio, ha chiarito che l'iniziativa economica privata deve essere correlata ai valori della tutela del paesaggio e svolta nell'ottica dello sviluppo sostenibile. Ovvero, seguendo la pronuncia 23 luglio 2018, n. 172 della Corte costituzionale, i giudici hanno riconosciuto agli strumenti urbanistici la funzione di ricognizione del territorio oggetto di pianificazione prendendo a parametro anche lo sviluppo sostenibile (*ex plurimis*, Cons. St., 24 aprile 2019, n. 2651 e 11 gennaio 2013, n. 118; TAR Sicilia, Catania, 30 aprile 2019, n. 963). Ma ci si è limitati a dare una lettura in chiave di sostenibilità dello sviluppo anche a strumenti già presenti nell'ordinamento, senza approfondire il concetto in sé e senza attribuire ad esso una precisa collocazione sistematica; in altri termini, il concetto viene ad assumere il mero ruolo di parametro interpretativo della legittimità degli atti (Cons. St., sez.V, 6 luglio 2016, n. 3000). Per approfondimenti si veda M. Antonioli, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. ita. dir. pubbl. com.*, 2019, 201 ss.

¹⁶ Esaustivamente sull'argomento E. Picozza e S.M. Sambri, *Il diritto dell'energia*, in *Trattato di Diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, X, Padova Cedam, 2015. Sull'efficienza energetica in particolare L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, *Annuario di Diritto dell'energia 2016, Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, il Mulino, 2016, spec. 19-76; 201-221.

¹⁷ Le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile si desumono dalla *Dichiarazione su Ambiente e Sviluppo*, approvata in occasione dell'*Earth Summit* di Rio de Janeiro del 1992 (spec.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

teplici forme, è indispensabile alla vita dell'uomo, prima ancora che per lo sviluppo economico. In proposito, è opportuno sottolineare come il settore energetico sia quello in cui risulta maggiormente invasivo l'impatto dell'attività umana sull'ambiente, sia con riferimento all'esaurimento delle riserve di fonti fossili sia per quanto riguarda la gestione sostenibile del territorio; si pensi, ad esempio, alla rilevanza delle fonti energetiche quali petrolio e gas naturale a livello mondiale e sull'impatto che le infrastrutture per la produzione ed il trasporto dell'energia (impianti e reti) hanno sul territorio¹⁸.

Per tali ragioni, il diritto dell'energia rappresenta un ambito di indagine significativo per saggiare l'applicazione dei principi posti a livello normativo, quale quello di integrazione. Quest'ultimo, postula che la tutela dell'ambiente debba costituire parte integrante dello sviluppo ed ha natura trasversale, nel senso che detta una regola generale dell'azione dei pubblici poteri, là dove, invece, lo sviluppo sostenibile, si pone in una funzione di prospettiva¹⁹. In questo senso muovono l'art. 11 TFUE e l'art. 37 della Carta dei Diritti fondamentali UE, dalla lettura dei quali si ricava, appunto, la necessità che la tutela dell'ambiente venga promossa non soltanto per mezzo di una politica specifica ma, soprattutto, creando le condizioni per uno sviluppo economico efficiente in quanto rispettoso dell'ambiente. A tal proposito, l'Unione europea da tempo incentiva l'efficienza energetica nell'ambito

principi 3, 5, 7), poi ribaditi nella Dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile del 2002, che definisce la protezione dell'ambiente e lo sviluppo economico e sociale «i tre pilastri inseparabili dello sviluppo sostenibile» (punto 5).

Sull'integrazione tra sviluppo sostenibile e diritto dell'energia si veda S. Quadri, *Alcune considerazioni sul valore dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente e dell'energia: il Clean Energy Package*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, 533 ss.; F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, cit., 15, osserva che «[a]ll momento di identificarne lo spettro applicativo, dalle tre "e" (equity, economy, environment), infatti, si sta passando alle quattro "e" (in ragione dell'aggiunta dell'education)».

¹⁸ Rimarca il collegamento tra equo accesso alle fonti energetiche e promozione dell'equilibrio ecologico la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 20 dicembre 2010, n. 65/151. La relazione tra accesso alle fonti di energia e diritti fondamentali è stata affermata dalla sentenza della Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, Costa c. Enel.

¹⁹ L. Pineschi, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 124-125, rileva che il «principio di integrazione è generalmente considerato come la "spina dorsale" o l'essenza stessa dello sviluppo sostenibile. Il legame e l'interdipendenza tra le sue componenti economiche, sociale e ambientali richiedono che gli interessi soggiacenti a ciascuna di esse siano tenuti in considerazione sia nei processi decisionali sia nella loro attuazione»; M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quad. amb.*, 2012, 73, ritiene che pur essendo principi diversi, l'integrazione e lo sviluppo sostenibile finiscono in concreto per fondersi in un unico principio.

delle politiche volte a favorire l'economia circolare²⁰, dal momento che non può esservi sviluppo sostenibile senza che si intervenga anche dal punto di vista energetico.

L'energia costituisce dunque il *fil rouge* che lega crescita economica, equità sociale e tutela dell'ambiente; dal momento che di essa non si può fare a meno e siccome l'accesso alle fonti energetiche è condizione essenziale per lo sviluppo della persona umana, allora, per il rilevante impatto che essa ha sull'ambiente, occorre che la produzione ed il consumo siano efficienti e sostenibili²¹. In tal senso la regolazione delle risorse energetiche non risulta necessaria solo per l'efficiente funzionamento del mercato energetico²², ma essa costituisce una necessità storica delle comunità organizzate²³. Di ciò appare pure consapevole la Commissione europea, la quale ha sostenuto che per «realizzare il Green Deal europeo è necessario ripensare le politiche per l'approvvigionamento di energia pulita in tutti i settori dell'economia: industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura, edilizia, tassazione e prestazioni sociali»²⁴.

3. La spinta europea verso la sostenibilità del sistema economico e la ripresa a seguito della pandemia da Covid-19

Il percorso di composizione tra esigenze della produzione e tutela dell'ambiente²⁵ è stato intrapreso da tempo a livello europeo, nel solco del percorso internazionale²⁶, tracciato a partire dalla Conferenza di Rio de Ja-

²⁰ Commissione UE, *L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM(2015)614 final. Sulla transizione ecologica nel diritto dell'Unione europea si veda F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.

²¹ Ban Ki-moon, *Sustainable energy for all: A Framework for Action – Secretary-General's High-Level Group on Sustainable Energy for All*, Framework Report, United Nations, January 2012.

²² L. Kramer, *EU Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 2016, 9; F. Fracchia, *Environmental Law. Principles, Definitions and Protection Models*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 88.

²³ M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, 21 ss.

²⁴ Cfr. COM(2019)460 final, punto 2.1.

²⁵ R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Studi in tema di economia circolare*, a cura di F. de Leonardis, Macerata, Eum, 2019, 41, ha osservato che «l'economia, così come tradizionalmente intesa (*la brown economy*) è oggettivamente a carattere lineare, impostata secondo un modello diacronico così sintetizzato: estrai, produci, usa e getta».

²⁶ F. Persano, *L'energia fra diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea: disciplina attuale e prospettive di sviluppo*, Milano, Giuffrè, 2012, 4 ss. Tra gli economisti, I. Musu, *Introduzio-*

Le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

neiro del 1992, la cui ultima tappa è costituita dall'Agenda 2030²⁷. L'Unione europea, da ultimo, ha lanciato lo *European Green Deal*²⁸ al fine di garantire la coerenza tra politica industriale, ambientale, climatica, agricola ed energetica, per supportare lo sviluppo sostenibile e l'innovazione e per raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica. Il *Green Deal* identifica i pilastri per promuovere la trasformazione dell'economia europea in senso sostenibile, tra i quali spicca la politica energetica, dal momento che essa contribuisce alla realizzazione di tre obiettivi centrali per il benessere collettivo, ovvero, la protezione dell'ambiente e la riduzione delle emissioni di gas serra, attraverso il controllo delle fonti di inquinamento dovute al sistema energetico; la creazione di servizi energetici accessibili e basati sul mercato, promuovendo il consumo consapevole; la promozione di un approvvigionamento energetico sostenibile sicuro e affidabile, anche attraverso l'implementazione di sistemi energetici integrati e lo sviluppo dell'economia circolare.

ne all'economia dell'ambiente, Bologna, il Mulino, 2002; W.D. Nordhaus, *The climate casino: risk, uncertainty and economics for warming world*, Yale, Yale University Press, 2013.

²⁷ L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite, un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità, che indica 17 obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile (SDG), "integrati e indivisibili", tra i quali è sottolineata la centralità dell'energia. Inoltre, per incentivare «una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva, un lavoro dignitoso per tutti» (obiettivo 8), si ritengono indispensabili alcuni traguardi, tra cui il progressivo miglioramento dell'efficienza globale nel consumo e nella produzione di risorse e il cambio di paradigma che contrappone la crescita economica alla degradazione ambientale. La Commissione Europea ha recepito le indicazioni dell'Agenda 2030 a partire dalla Comunicazione *Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità*, COM/2016/0739.

In argomento S. Quadri, *Energia sostenibile, diritto internazionale, diritto europeo e diritto interno*, Torino, Giappichelli, 2012; Id., *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 839 ss.; S. Salardi, *Il diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile. Quali progressi dopo Rio?*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 658 ss. In generale, per una panoramica sul tema del rapporto tra efficienza energetica e cambiamenti climatici si veda F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. 80-176.

²⁸ La Comunicazione della Commissione, *The European Green Deal*, COM(2019)640, indica gli obiettivi di transizione verso un'economia pulita e circolare, implementati dalla Comunicazione della Commissione COM(2020)440. In particolare gli obiettivi sono: 1) Rendere più ambiziosi gli obiettivi dell'UE in materia di clima per il 2030 e il 2050; 2) Garantire l'approvvigionamento di energia pulita, economica e sicura; 3) Mobilitare l'industria per un'economia pulita e circolare; 4) Costruire e ristrutturare in modo efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse; 5) Accelerare la transizione verso una mobilità sostenibile e intelligente; 6) "Dal produttore al consumatore": progettare un sistema alimentare giusto, sano e rispettoso dell'ambiente; 7) Preservare e ripristinare gli ecosistemi e la biodiversità; 8) Inquinamento zero, per un ambiente privo di sostanze tossiche.

A ben vedere, l'efficienza energetica²⁹ risulta centrale anche per la ripresa a seguito della pandemia da Covid-19, nell'ambito del programma *Next Generation EU*³⁰ e del suo strumento operativo del *Recovery Fund*³¹, il quale prevede sussidi a fondo perduto e prestiti, per favorire la ripresa economica e sociale dopo l'emergenza sanitaria³², da distribuire agli Stati membri a seguito della predisposizione di un piano nazionale. Il programma destina cospicui fondi sia per i soggetti pubblici che privati con riferimento ai seguenti pilastri: sostenere gli Stati membri per investimenti pubblici e riforme; rilanciare l'economia dell'UE incentivando l'investimento privato; trarre insegnamento dalla crisi, puntando ad un rafforzamento delle misure

²⁹ Il settore energetico è stato colpito da questa crisi sanitaria, secondo quanto emerge dal *Global Energy Review 2020* dell'Agenzia Internazionale dell'Energia, ove si evidenzia come il settore energetico sia stato gravemente colpito dalla crisi innescata dal Covid-19, che ha rallentato i trasporti, il commercio e le attività economiche in tutto il mondo, provocando nei Paesi in completo *lockdown* un calo medio del 25% della domanda di energia a settimana e nei Paesi in isolamento parziale un calo medio del 18%. Fonte: <https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2020>. Per approfondimenti sul tema di efficienza energetica si vedano anche i Report del *World Energy Council*, disponibili all'indirizzo <https://www.worldenergy.org/publications>.

³⁰ Presentato dalla Commissione il 27 maggio 2020, per far fronte alle esigenze di ripresa dell'Ue e dei suoi Stati membri a seguito della crisi Covid-19. La proposta è stata approvata dal Consiglio dell'Unione Europea con il regolamento 2020/2094 adottato in data 14 dicembre 2020 che ha istituito «Uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi dovuta al COVID-19».

³¹ Reg. Ue n. 2021/241, il cui considerando n. 7 chiarisce che un «mercato interno ben funzionante e investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca, inclusi quelli per un'economia basata sulla conoscenza, nella transizione verso l'energia pulita e nella promozione dell'efficienza energetica nell'edilizia abitativa e in altri settori economici fondamentali dell'economia sono importanti per conseguire una crescita giusta, inclusiva e sostenibile, contribuire alla creazione di posti di lavoro e raggiungere la neutralità climatica dell'UE entro il 2050».

³² Per approfondimenti sull'impatto dell'emergenza da Covid-19 sul sistema amministrativo e, in particolare, sul settore dei contratti pubblici si vedano: R. Di Pace, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020; R. De Niccolis, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, 2020, in www.giustizia-amministrativa.it; R. Greco, *I titoli edilizi "semplificati" dopo il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76*, *ivi*; C. Contessa, *Le novità del "Decreto semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, in *Urb. app.*, 2020; M.A. Sandulli, *Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di Contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it, 2020; G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e...appalti a sorte*, in *federalismi.it*, 2020; F. Cintoli, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, *ivi*; *Il procurement delle pubbliche amministrazioni: tra tentativi e necessità di innovazione, sostenibilità, concorrenza e impatto Covid-19*, a cura di L. Fiorentino e A. La Chimia, Bologna, il Mulino, 2021; G. Cacciapuoti, D. Ciccarelli e F.Visconti, *La pandemia da Coronavirus COVID-19: effetti discendenti sui contratti pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 2020, 4.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

per la transizione verde e digitale e la *carbon neutrality*, che rappresentano obiettivi fondamentali del *Green Deal*³³.

Tali pilastri sono orientati a potenziare gli investimenti per il *Green Deal* e la digitalizzazione, con l'obiettivo prioritario di ottenere come effetto indotto la crescita dell'occupazione, l'incremento della resilienza della società e la salvaguardia e salubrità dell'ambiente.

Il piano italiano, nel testo definitivo approvato dal Parlamento³⁴, intensifica l'impegno per raggiungere gli obiettivi dell'*European Green Deal*, tra l'altro, attraverso l'efficienza energetica nel settore residenziale ed industriale, anche al fine di migliorare la salute ed il benessere dei cittadini. Una parte significativa delle riserve è destinata infatti alla riqualificazione degli edifici, in particolare quelli pubblici, con interventi di risanamento, riqualificazione, efficientamento energetico, con priorità a scuole, ospedali ed edilizia popolare³⁵. Tutto ciò induce ad affermare la presenza di una stretta connessione tra politiche volte a promuovere l'ecosostenibilità dell'economia, da un lato, e quelle volte a promuovere l'efficienza energetica, dall'altro. Si consideri anche che il risparmio e l'efficienza energetica conducono ad un migliore uso dell'energia comunque prodotta e, dunque, l'ottimizzazione dei consumi favorisce di per sé la neutralità ambientale dell'economia.

Ciò posto, l'efficienza energetica può ben essere considerata uno snodo indispensabile verso la ripresa economica a seguito della pandemia; ripresa che passa attraverso la costruzione di un modello di sviluppo capace di integrare le esigenze economiche con quelle ambientali, destinando pertanto cospicue risorse a riqualificare e risanare il territorio ed a rendere più efficiente il patrimonio immobiliare.

³³ Per approfondimenti sulla modifica "green" della politica economica UE a seguito della crisi epidemiologica da Covid-19 e per un'analisi puntuale degli ultimi atti normativi europei in tale ambito si veda G. Severini e U. Barelli, *Gli atti fondamentali dell'Unione europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza": prime osservazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Il testo definitivo del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) è stato trasmesso alle Camere dal Governo il 25 aprile 2021; il dibattito parlamentare si è concluso il 27 aprile con l'approvazione di risoluzioni alla Camera e al Senato (Risoluzione n. 1) e il 30 aprile il PNRR è stato ufficialmente trasmesso alla Commissione europea, così come richiesto dall'art. 18 del Regolamento UE 2021/241.

³⁵ Fonte: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_3.pdf; si v. in particolare la Missione 2, Componente 3, la quale destina 15,36 mld di euro all'efficienza energetica e riqualificazione degli edifici. Le missioni del Piano sono: Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; Rivoluzione verde e transizione ecologica; Infrastrutture per una mobilità sostenibile; Istruzione e ricerca; Inclusione e coesione; Salute.

4. Il ruolo dei soggetti pubblici in materia di energia nel contesto normativo europeo

Come abbiamo visto, nel mutato contesto sinergico tra mercato e ambiente, uno snodo essenziale è costituito dal diritto europeo³⁶ nell'ambito del quale, negli ultimi anni, hanno assunto un'importanza crescente le politiche riferite all'efficienza energetica, dal momento che proprio gli edifici hanno un rilevante impatto sull'ecosistema³⁷.

In questa sede l'oggetto dell'analisi verrà circoscritto ai profili specifici riferiti alla riqualificazione energetica degli edifici pubblici rispetto ai quali, nel corso del tempo, si sono susseguite numerose innovazioni normative. Muovendo dal contesto europeo per poi analizzare l'influenza di questo in ambito nazionale, il primo intervento di interesse è costituito dalla dir. 93/76/Cee del Consiglio, c.d. direttiva SAVE, che si poneva lo scopo di ridurre le emissioni di biossido di carbonio e di migliorare l'efficienza energetica, imponendo, tra l'altro, agli Stati membri di adottare programmi per il rendimento energetico in edilizia.

La successiva dir. 2002/91/Ce, era invece dedicata al rendimento energetico nell'edilizia, intesa come uno dei settori di intervento necessari al raggiungimento degli obiettivi posti dal Protocollo di Kyoto³⁸, come espres-

³⁶ G. Pericu, *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1987, 575; B. Tonoletti, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in questa *Rivista*, 2017, 1 ss.; M. Cocconi, *La riforma costituzionale delle competenze sull'energia*, *ivi*, 51 ss.; G. Napolitano, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *federalismi.it*, 2012, 4; S. Quadri, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 839 ss.; N. Rangone, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 2010, 1490 ss.; B. Pozzo, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 841 ss.; N. Aicardi, *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007.

³⁷ *Amplius* F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, *cit.*, 168 ss.

³⁸ Al fine di dare piena e concreta attuazione alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, le Parti hanno concluso nel 1997 il Protocollo di Kyoto, che prevede obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra, sotto forma di quote percentuali e differenziate per ogni Paese. Cfr. M. Dente, *Il lungo cammino dell'Italia verso Kyoto. La programmazione italiana in materia di politiche dei cambiamenti climatici e le recenti norme di attuazione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 59 ss.

Il Protocollo di Kyoto, approvato dapprima dal Consiglio dell'Unione europea e poi ratificato dall'Italia con la legge n. 120/2002, obbligava gli Stati a promuovere l'utilizzo di fonti di energia rinnovabili, quali principali strumenti per conseguire l'obiettivo di ridurre le emissioni di gas ad effetto serra, reputate responsabili del surriscaldamento globale. L'efficienza energetica rientra, dunque, tra gli obiettivi prioritari della strategia dell'Unione (c.d.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

samente affermato nei considerando (considerando n. 3). L'intervento sul settore dell'edilizia viene ritenuto particolarmente rilevante ai fini del raggiungimento di obiettivi ambientali, in quanto l'energia impiegata per gli edifici destinati al settore residenziale e terziario rappresenta oltre il quaranta per cento del totale (considerando n. 6). Il legislatore europeo ha dedicato quindi una specifica attenzione agli edifici pubblici, i quali devono fungere da esempio nel perseguimento di politiche di miglioramento dei rendimenti, assoggettandosi regolarmente alla certificazione energetica, rendendo pubblici i dati sulle prestazioni di ogni singolo edificio e adottando misure finalizzate a scoraggiare l'uso scorretto degli impianti di riscaldamento, condizionamento e ventilazione (considerando n. 16). Le citate considerazioni vengono poi riprese dall'art. 7 par. 3, il quale ne circoscrive l'ambito applicativo³⁹.

Al tema dell'efficienza degli usi finali dell'energia ed ai servizi energetici è dedicata la dir. 2006/32/Ce, anch'essa motivata dalla difficoltà di raggiungere gli obiettivi fissati in sede internazionale con il Protocollo di Kyoto e dall'esigenza di «migliorare l'efficienza» degli usi finali dell'energia (considerando n. 1). Di nuovo, una particolare attenzione è dedicata al settore pubblico con specifico riferimento alla necessità di applicare i criteri di efficienza energetica nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, come previsto dalle dir. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, nonché, tenuto conto «della grande diversità delle strutture amministrative negli Stati membri» alla necessità di adottare misure «al livello appropriato nazionale, regionale e/o locale», sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione⁴⁰.

La richiamata fonte, pur abrogata dalla successiva dir. 2012/27/UE, ha delineato un quadro sistemico ancora valido, definendo e disciplinando i soggetti e gli istituti maggiormente rilevanti nelle operazioni di riqualifi-

strategia Europa 2020), che aveva previsto la riduzione del venti per cento del consumo di energia primaria entro, appunto, il 2020.

³⁹ Ad attuazione della direttiva è stato emanato il d.lgs. n. 192/2005 il quale, a seguito dell'ultima modifica, operata dal d.lgs. n. 48/2020, contiene un articolo 4 quater, il quale prevede l'istituzione, presso ENEA, di uno sportello unico finalizzato a fornire assistenza ed ogni informazione utile, tra l'altro, alla p.a. relativamente alla selezione degli strumenti utili all'efficientamento energetico, ivi incluso l'utilizzo dell'Epc.

⁴⁰ Considerando n. 7, dove si legge che «il settore pubblico dovrebbe quindi dare il buon esempio per quanto riguarda gli investimenti, la manutenzione ed altre spese riguardanti attrezzature che consumano energia, i servizi energetici nonché altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica».

cazione energetica, come le Società di servizi energetici (ESCo), l'*Energy performance contract*⁴¹ e il Finanziamento tramite terzi (FTT)⁴².

All'efficienza degli usi finali dell'energia nel settore pubblico veniva dedicato l'art. 5, ove si ribadiva il ruolo esemplare del settore pubblico e si chiedeva agli Stati membri di adottare misure di efficientamento energetico nel settore pubblico, «al livello nazionale, regionale e/o locale».

Sul tema della prestazione energetica nell'edilizia il legislatore europeo è tornato nuovamente con la dir. 2010/31/UE, che costituisce una rifusione della dir. 2002/91/CE ed era motivata dalla necessità di conformarsi al Protocollo di Kyoto e di rispettare l'impegno a lungo termine di «ridurre entro il 2020 le emissioni globali di gas a effetto serra di almeno il 20% al di sotto dei livelli del 1990», nella consapevolezza che gli edifici sono responsabili del quaranta per cento del consumo globale di energia dell'Unione europea (considerando n. 3). Riconoscendo l'accresciuto ruolo svolto in tale prospettiva dagli edifici pubblici, si chiede ai piani nazionali di «fissare obiettivi più ambiziosi per gli edifici occupati da enti pubblici» (considerando n. 21) e ci si impegna a «predisporre interventi più concreti al fine di realizzare il grande potenziale di risparmio energetico nell'edilizia, tuttora inattuato» (considerando n. 7).

Ad ulteriore riprova della assoluta rilevanza del patrimonio immobiliare pubblico per l'efficacia delle politiche intraprese, viene ribadito che gli Stati membri, con riferimento a quest'ultimo, devono dimostrare «che gli

⁴¹ *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, ESI, 2014, 247-248, muovendo dalla considerazione che l'efficienza energetica è un «valore che tende sempre più ad imporsi nell'ordinamento italo-europeo», afferma che l'EPC persegue un interesse meritevole di tutela «in re ipsa». Sul punto si veda anche P. Piselli e A. Stirpe, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, in *Il contratto di rendimento energetico*, a cura di P. Piselli, Torino, Utet, 2011, 37. Gli Autori rilevano che gli interessi perseguiti mediante l'EPC «si individuano nel perseguimento dell'efficienza e del risparmio energetico, nell'impiego e nello sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili, nell'incremento e nella circolazione delle tecnologie, nel contenimento o nell'eliminazione dei costi di investimento e dei rischi tecnici per la collettività che voglia accedere a questo particolare meccanismo di ammodernamento degli impianti e delle strutture esistenti». Si veda anche S. Trino, *Il contratto di rendimento energetico*, in *Annuario di Diritto dell'energia 2016*, cit., 405, che qualifica l'*energy performance contract*, uno «strumento di diritto privato regolatorio», proprio per le finalità generali e di sistema cui è funzionale il particolare tipo contrattuale disciplinato dal d.lgs. n. 102/2014; F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, cit., 234 ss.

⁴² Art. 3, lett. i), j), k). L'Allegato VI alla Direttiva dettaglia le misure ammissibili di efficienza energetica per gli appalti pubblici prevedendo, alla lett. f), l'obbligo «di acquistare o di dare in affitto edifici o parti di edifici a basso consumo energetico o obbligo di sostituire o adeguare edifici o parti di edifici acquistati o presi in affitto, allo scopo di renderli più efficaci sotto il profilo energetico».

Le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

aspetti riguardanti l'ambiente e l'energia sono presi in considerazione»⁴³. Gli indirizzi espressi nei considerando vengono sviluppati in prescrizioni puntuali e particolarmente severe in alcuni articoli della direttiva. Si fa riferimento, nello specifico, all'art. 9, là dove si anticipava al 2018 l'obbligo di realizzare gli edifici pubblici di nuova costruzione a energia "quasi zero", mentre per gli edifici privati il termine era fissato al 2020. L'art. 12, nella parte in cui prevede l'obbligo di rilasciare l'attestato di prestazione energetica per gli edifici in cui una metratura utile totale di oltre 500mq è occupata da enti pubblici e abitualmente frequentata dal pubblico – soglia da abbassare a 250mq dopo il 9 luglio 2015 – risulta particolarmente stringente per gli enti pubblici. Infine, si prevede che «le raccomandazioni riportate nell'attestato di prestazione energetica rilasciato per gli edifici di cui sono proprietari» debbano essere attuate dagli enti pubblici entro il periodo di validità del certificato (art. 11 par. 5); il certificato energetico dovrà essere, tra l'altro, affisso in un luogo «chiaramente visibile per il pubblico» (art. 13 par. 1).

Più recentemente, una modifica organica del quadro comune sull'efficienza energetica è stata effettuata dalla dir. 2012/27/UE, poi ulteriormente integrata dalla dir. 2018/2002/UE⁴⁴. Quest'ultima costituisce parte integrante del *Clean energy for all Europeans package* e si pone come intervento attuativo della «tabella di marcia per l'energia 2050»⁴⁵ con l'obiettivo ambizioso della riduzione dei consumi energetici del 32,5% per il 2030 (considerando n. 6)⁴⁶. L'interazione tra le norme in materia di energia ed ambiente trova conferma nella scelta del legislatore europeo di intervenire con un approccio integrato su tali settori, «affinché l'UE non soltanto si adatti alla transizione

⁴³ Considerando n. 24, ma si veda anche il considerando n. 23, là dove si raccomanda agli Stati membri di «dare il buon esempio».

⁴⁴ C. Malinconico, *Le politiche dell'Unione Europea in materia di efficienza energetica e in particolare la direttiva 2012/27/UE*, in *Annuario di diritto dell'energia 2016*, cit., 35 ss.; C. Benanti, *Energy performance contract: il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2017, 402 ss.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni (COM/2011/0885). Tra gli atti di soft-law rilevanti si veda anche la Comunicazione della Commissione sulle priorità clima-energia nel periodo 2020-2030 (COM(2014)15) che ribadiscono la centralità dell'efficienza energetica ed evidenziano i problemi derivanti dalla crisi economica per il raggiungimento degli obiettivi di efficienza.

⁴⁶ F. Scalia, *L'efficienza energetica nell'ambito del "Clean energy for all Europeans package" e della Strategia energetica nazionale*, in *Dir. giur. agr.*, 2017, 6; J. Vasconcelos, *Il ruolo dell'efficienza energetica nell'ambito della transizione energetica europea*, in *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, a cura di P. Biandrino, M. De Focatiis, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 19 ss.

ma la guida»⁴⁷. In tal senso, le Istituzioni europee ed i singoli Stati membri dovranno raggiungere tre obiettivi principali: privilegiare l'efficienza energetica, conquistare la *leadership* a livello mondiale nelle energie rinnovabili e garantire condizioni eque ai consumatori, al fine di accelerare il processo di transizione energetica⁴⁸.

Dal momento che l'efficienza energetica rientrava tra gli obiettivi prioritari per la strategia "Europa 2020" per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, la direttiva del 2012 mira a adottare una strategia globale di medio-lungo termine per raggiungere gli obiettivi posti⁴⁹, anche in ragione del fatto che i precedenti interventi non hanno avuto l'esito sperato⁵⁰. Ancora una volta viene ribadito il ruolo specifico del settore pubblico, che rappresenta «una quota considerevole del parco immobiliare» e gode «di notevole visibilità nella vita pubblica»; per gli edifici di proprietà dei governi centrali, viene introdotto un tasso di ristrutturazione annuo, al fine di migliorare le prestazioni energetiche (considerando n. 17). La direttiva, inoltre, sottolinea il diverso ruolo giocato dalle amministrazioni centrali e dagli enti territoriali i quali hanno già messo in campo iniziative e programmi integrati e innovativi, come il "Patto dei sindaci"⁵¹, ottenendo risultati soddisfacenti (considerando n. 18).

Del ruolo degli edifici pubblici si occupa l'art. 5 della direttiva, il quale

⁴⁷ Commissione europea, Comunicato stampa del 30 novembre 2016.

⁴⁸ Il rapporto della European Environment Agency (EEA), *Adaptation challenges and opportunities for the European energy system. Building a climate – resilient low – carbon energy system*, 2019, 10, avverte che «all parts of the energy system, from energy production and transformation to its transmission, distribution, storage and demand, can be affected by weather and climate, including long-term climate change. Gradual changes in the climate can affect the availability of important resources such as water for hydropower and for cooling thermal power plants. They can also affect energy demand, in particular in relation to heating cooling and water supply. Weather extremes such as floods and storms can lead to blackouts due to flooding electric substations or windfall on power lines. Sea level rise can threaten coastal and offshore energy infrastructure».

⁴⁹ Per l'Italia il Piano nazionale clima ed energia (PNIEC) è la base per definire la *road map* operativa per raggiungere quegli obiettivi climatici fissati negli accordi internazionali. Si pensi in primis all'Accordo di Parigi del dicembre 2015 sul clima, ratificato con legge n. 204 del 2016, in attuazione della Strategia Energetica Nazionale (SEN). Due documenti strategici, questi, di grande importanza per il futuro del nostro Paese.

⁵⁰ Considerando n. 8 ove si legge che «l'Unione non è sulla buona strada».

⁵¹ La Commissione europea ha promosso nel 2009 il c.d. Patto dei Sindaci (*Covenant of Mayors*), iniziativa tesa a stimolare gli enti locali ad adottare, attraverso i Piani di azione per l'energia sostenibile (PAES), misure di miglioramento dell'efficienza energetica, di promozione del risparmio energetico e del ricorso a fonti rinnovabili. Il nuovo Patto dei Sindaci, avviato nel 2015, ha aumentato il target di riduzione di CO₂, portandolo al quarta per cento entro il

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

impone, a partire dal 1° gennaio 2014, di ristrutturare annualmente il tre per cento della superficie coperta utile totale degli edifici riscaldati e/o raffreddati di proprietà ed occupati dalle amministrazioni nazionali, al fine di incrementare le prestazioni energetiche. Il par. 7 dell'articolo in commento impone agli Stati membri di incoraggiare gli enti territoriali (regionali e locali) ad adottare un piano di efficienza energetica contenente obiettivi e azioni specifiche di risparmio energetico e di efficienza energetica e, per l'attuazione del piano, ad instaurare un sistema di gestione dell'energia. Inoltre, con specifico riferimento al tema che ci occupa, si prevede che gli enti possono ricorrere «alle società di servizi energetici e ai contratti di rendimento energetico per finanziare le ristrutturazioni e attuare piani volti a mantenere o migliorare l'efficienza energetica a lungo termine».

Il successivo art. 6, oltre a prevedere regole rigide per gli acquisti da parte di enti pubblici di prodotti, servizi ed edifici ad alta efficienza energetica, precisa ulteriormente che in caso di bandi di gara per appalti di servizi con un contenuto energetico significativo, gli enti pubblici dovranno «valutare la possibilità di concludere contratti di rendimento energetico a lungo termine che consentano risparmi energetici a lungo termine» (par. 3), i cui elementi minimi sono poi dettagliati nell'Allegato XIII alla direttiva.

Infine, l'art. 18 dispone che gli Stati membri promuovano il mercato dei servizi energetici e l'accesso delle PMI a tale mercato, tra l'altro, «d) sostenendo il settore pubblico nell'esame delle offerte di servizi energetici, in particolare per gli interventi di ristrutturazione edilizia: i) offrendo contratti tipo per i contratti di rendimento energetico che contengono almeno gli elementi elencati all'allegato XIII; ii) fornendo informazioni sulle migliori pratiche per i contratti di rendimento energetico, che includano, se disponibile, un'analisi costi-benefici basata sull'approccio del ciclo di vita».

In questa direzione muovono le dir. 2018/2002/Ue sull'efficienza energetica e 2018/844/Ue sulle prestazioni energetiche nell'edilizia. Quest'ultima, nell'intento di «arrivare a disporre di un parco immobiliare decarbonizzato e ad alta efficienza energetica e garantire che le strategie di ristrutturazione a lungo termine diano luogo ai progressi necessari per la trasformazione degli edifici esistenti in edifici a energia quasi zero» (considerando 9), ha imposto agli Stati membri l'adozione di una serie di regole e di obblighi, tra i quali fornire orientamenti, promuovere un accesso paritario al finanziamento, anche per i segmenti del parco immobiliare nazionale ca-

2030. Sul ruolo dei governi locali nella materia ambientale si veda F De Leonardis, *Politiche e poteri dei governi locali nella tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2012, 779 ss.

ratterizzati dalle prestazioni peggiori, che hanno inciso notevolmente sulla normativa in materia.

In sintesi, nel più ampio contesto degli interventi di riqualificazione del patrimonio immobiliare, il legislatore europeo sollecita un deciso impegno pubblico per la riqualificazione annua del proprio patrimonio attraverso la riduzione annua del volume delle vendite di energia e la diffusione di innovazioni tecnologiche, in considerazione della notevole visibilità che tali edifici hanno e, quindi, del loro ruolo di stimolo per il cittadino.

5. (Segue) Il contesto normativo italiano

Spostando l'attenzione alla normativa interna, il primo intervento di rilievo è costituito dal d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115, di recepimento della dir. 2006/32/Ce; il decreto si pone il duplice obiettivo di contribuire al miglioramento della sicurezza dell'approvvigionamento energetico e alla tutela dell'ambiente attraverso la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e prevede alcune misure finalizzate al miglioramento dell'efficienza energetica, oltre a contenere alcune rilevanti definizioni, quale quella di contratto di prestazione energetica (art. 2).

Limitando l'analisi ai profili pubblicistici che qui interessano, il d.lgs. n. 115/2008, dedica al settore pubblico il Capo IV e pone a carico delle p.a. l'obbligo di applicare le disposizioni in esso previste, annoverando dunque l'efficienza energetica tra i fini istituzionali che esse devono perseguire (art. 12). Nello specifico, si pone in capo all'amministrazione proprietaria o utilizzatrice del bene o servizio la responsabilità amministrativa, gestionale ed esecutiva dell'adozione degli obblighi di miglioramento dell'efficienza energetica (art. 12, c. 2).

A tal riguardo, occorre rammentare che l'art. 2, l. 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, annovera tra le funzioni fondamentali degli enti locali anche quelle essenziali per il funzionamento degli enti stessi. Ciò consente di affermare che la previsione di cui all'art. 12 c. 1 abbia individuato nell'uso efficiente dell'energia una funzione essenziale per il funzionamento delle stesse amministrazioni. Infatti, l'uso efficiente dell'energia supporta i fini istituzionali degli enti, perché comporta una migliore gestione degli edifici e delle strutture dove l'energia è utilizzata⁵². Ciò sembra pure essere confermato dal quadro regolatorio in materia che sarà analizzato nel proseguo,

⁵² Sul ruolo dei soggetti pubblici nel processo economico, con particolare riferimento

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

il quale sembra dimostrare che il raggiungimento dell'efficienza energetica costituisce un obbligo per i soggetti pubblici, i quali devono improntare la loro attività istituzionale al raggiungimento del risparmio energetico. La legge assegna quindi un compito specifico in tal senso, corrispondente all'adempimento di una funzione diretta a soddisfare un'esigenza degli stessi soggetti pubblici, ovvero, quella di ottimizzare l'uso delle risorse⁵³.

L'impostazione sembra pure essere confermata dalla definizione di servizio energetico fornita dall'art. 2, lett. *mm*), d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, il quale include tutte le prestazioni che, mediante un uso efficiente dell'energia, garantiscono al destinatario del servizio un vantaggio economico. Si tratterebbe, dunque, di un interesse proprio delle amministrazioni, in quanto l'efficienza energetica, realizzata attraverso i servizi energetici (ad esempio il miglioramento dell'illuminazione pubblica), consente di razionalizzare l'uso dell'energia, da cui consegue un risparmio per la collettività⁵⁴.

Tra gli obblighi gravanti sulle amministrazioni, l'art. 13, d.lgs. n. 115/2008 precisa che, in relazione agli usi efficienti dell'energia nel settore degli edifici, la p.a. è «di norma» obbligata a ricorrere, anche in caso di esternalizzazione delle competenze, «agli strumenti finanziari per il risparmio energetico per la realizzazione degli interventi di riqualificazione, compresi i contratti di rendimento energetico, che prevedono una riduzione dei consumi di energia misurabile e predeterminata».

Una norma di interesse per il tema che ci occupa è poi contenuta nell'art. 14, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, recante misure urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica (convertito con modificazioni dalla l. 6 luglio 2012, n. 94). L'art. 14, così come modificato dalla legge di conversione, pone l'obbligo per le p.a. di adottare misure finalizzate al contenimento dei consumi di energia e all'efficientamento degli usi finali della stessa, «anche attraverso il ricorso ai contratti di servizio energia» di cui al d.P.R. 26 agosto 1993, n. 412, e al d.lgs. n. 115/2008, e anche nelle forme dei contratti di partenariato pubblico privato di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ora abrogato). Ciò che rileva è il riferimento della norma all'affidamento dei servizi con gara a evidenza pubblica, con le modalità di cui all'art. 15 d.lgs. n. 115/2008, ovvero con la procedura che il d.lgs. n. 163/2006 prescriveva in relazione agli appalti.

alla prevalenza dei fini pubblici si veda M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008.

⁵³ L. Gili, *Le Esco nel mercato dell'efficienza energetica*, in *Climate Change: la risposta del diritto*, a cura di F. Fracchia e M. Occhiena, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 217; R. Ursi, *Precisazioni sul ricorso a energy service company a capitale misto*, in *Urb. app.*, 2013, 585 ss.

⁵⁴ In questo senso l'ANAC la Deliberazione n. 37 del 4 aprile 2012; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 5 dicembre 2012, n. 2911 e Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282.

La materia è stata ulteriormente innovata dal d.lgs. n. 102/2014, di recepimento della dir. 2012/27/UE, testo che ha pure parzialmente modificato il d.lgs. n. 115/2008. Il decreto in commento si prefigge lo scopo – tra l'altro – di sviluppare il potenziale di crescita dell'efficienza energetica degli immobili pubblici e, seguendo le indicazioni europee, l'art. 5 c. 1 ha disposto l'obbligo di realizzare annualmente, sugli immobili pubblici, interventi in grado di riqualificazione energetica almeno pari al tre per cento della superficie coperta utile climatizzata o che, in alternativa, comportino un risparmio energetico cumulato nello stesso periodo corrispondente almeno ad un dato parametro. Il c. 11 della disposizione *de qua* prevede poi che per la realizzazione degli interventi rientranti nel programma di riqualificazione energetica annua, le amministrazioni «favoriscono il ricorso allo strumento del finanziamento tramite terzi e ai contratti di rendimento energetico e possono agire tramite l'intervento di una o più ESCo».

L'articolato normativo brevemente descritto stabilisce dunque un complesso di misure accomunate dal fine del conseguimento dell'obiettivo nazionale di risparmio energetico, di cui all'art. 3 del decreto. Tra queste misure, l'art. 5, c. 16 – così come modificato dal d.lgs. n. 73/2020, di attuazione della dir. 2018/2002/UE – inserisce l'EPC tra gli strumenti a cui ricorrere per «finanziare le riqualificazioni energetiche degli immobili di proprietà pubblica e migliorare l'efficienza energetica a lungo termine».

Nella medesima ottica appare rilevante segnalare l'approvazione, nel dicembre 2019, del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 (PNIEC), che sostituisce la Strategia energetica nazionale del 2017 ed adegua l'Italia all'obiettivo della riduzione dei consumi di energia del 32,5% entro il 2030; esso costituisce un ulteriore passo verso l'affermazione di una politica energetica che assicuri la piena sostenibilità ambientale, sociale ed economica⁵⁵. Nel Piano, che rappresenta il principale strumento di cooperazione tra Stati membri e Istituzioni UE in ambito energetico⁵⁶, si riconosce anco-

⁵⁵ Gli obiettivi del PNIEC consistono nella produzione di una percentuale di energia da fonti energetiche rinnovabili (FER) nei Consumi Finali Lordi di energia pari al trenta per cento, in linea con gli obiettivi previsti per il nostro Paese dalla UE; nella produzione di una quota di energia da FER nei consumi finali lordi di energia nei trasporti del 21,6%, a fronte del quattordici per cento previsto dalla UE; nella riduzione dei consumi di energia primaria rispetto allo scenario PRIMES 2007 del quarantatré per cento, a fronte di un obiettivo UE del 32,5%; nella riduzione dei gas serra, rispetto al 2005, per tutti i settori non ETS del trentatré per cento, a fronte di obiettivo UE del trenta per cento. *Amplius*, L. Carbone, G. Napolitano e A. Zoppini, *Annuario di Diritto dell'energia 2019*, Bologna, il Mulino, 2020.

⁵⁶ Con riferimento alla governance del settore energetico FVetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Dir. econ.*, 2020, 501 ss.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

ra una volta l'importanza del ricorso agli EPC per il raggiungimento degli obiettivi e, per tale ragione, ci si impegna a semplificare l'accesso a simili contratti da parte della p.a. e migliorare il modello contrattuale per favorirne la diffusione⁵⁷.

Il d.lgs. 10 giugno 2020, n. 48, di recepimento della dir. 2018/44/UE, prevede all'art. 5 l'adozione di un decreto interministeriale con il quale sviluppare una strategia a lungo termine, da recepire nel PNIEC, per la ristrutturazione immobiliare di edifici pubblici e privati, al fine di raggiungere entro il 2050 la neutralità e l'efficienza energetica del patrimonio immobiliare nazionale.

Il successivo art. 6 impone di valutare la fattibilità tecnica, ambientale ed economica dei sistemi alternativi ad alta efficienza, prima dell'inizio dei lavori per la realizzazione di nuovi edifici o per la ristrutturazione significativa degli edifici esistenti. Con l'art. 8 il legislatore ha poi previsto l'istituzione di un portale nazionale sulla prestazione energetica degli edifici con lo scopo di fornire anche alle pubbliche amministrazioni informazioni sulle migliori pratiche per la riqualificazione energetica in termini di costi, sugli strumenti esistenti per migliorare la prestazione energetica degli edifici, come la sostituzione delle caldaie a combustibile fossile con alternative più sostenibili e gli attestati di prestazione energetica.

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza si inserisce pienamente all'interno dell'impostazione fin qui sinteticamente tratteggiata. Esso muove infatti dal presupposto per cui le azioni sull'efficienza energetica intercettano una dimensione assai rilevante per l'abbattimento delle emissioni di CO₂, considerato che i consumi di energia degli edifici costituiscono oltre un terzo dei consumi totali in Italia, essendo risalenti a periodi precedenti alle recenti normative sull'efficienza energetica. Per conseguire gli obiettivi di efficienza, i principali investimenti e incentivi si sviluppano intorno alla realizzazione di un piano di efficientamento degli immobili pubblici rivolto, in particolare, al risanamento strutturale degli edifici scolastici e alla realizzazione di nuove scuole mediante la sostituzione edilizia; alla ristrutturazione e ammodernamento delle strutture ospedaliere; alla riqualificazione del patrimonio abitativo di edilizia residenziale pubblica nazionale; all'efficientamento e alla riqualificazione delle cittadelle giudiziarie e degli edifici pubblici delle aree metropolitane, anche per i servizi sociali, nonché alla riduzione dei consumi degli edifici di proprietà dei Comuni.

⁵⁷ PNIEC 2030, 174.

6. Il contratto di rendimento energetico nel settore pubblico

Dal quadro normativo accennato nei paragrafi precedenti emerge che il contratto nel settore dell'energia viene ritenuto uno strumento particolarmente utile per le pubbliche amministrazioni le quali, pur a fronte della necessità di effettuare interventi di miglioramento e di riqualificazione degli immobili, risultano in generale sprovviste di esperienza tecnica e di risorse sufficienti, oppure di informazioni adeguate sugli strumenti e tecnologie necessarie a realizzare simili interventi.

Il contratto di prestazione energetica rientra perfettamente nel contesto tracciato ed ha ricoperto fin da subito un ruolo primario nel panorama contrattuale europeo, nell'ambito delle politiche dedicate all'efficienza energetica⁵⁸.

Il d.lgs. n. 102/2014 definisce il contratto di prestazione energetica come «l'accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari»⁵⁹. La disposizione individua l'oggetto del contratto nella defini-

⁵⁸ L'intervento legislativo va ad integrare le funzioni dello strumento contrattuale. In questo senso già S. Pugliatti, *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, in *Secolo nostro*, II, 1932, 220 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, 1927-1936, Milano, Giuffrè, 2008, 293: «Lo Stato non è più uno spettatore indifferente, ma diventa quasi protagonista nello svolgimento della vita del diritto. Esso ha degli interessi propri da realizzare, interessi superiori, che non ammettono ostacoli o impedimenti: e questi interessi vengono protetti e tutelati dalla legge, e quindi giuridicamente legittimati. Anche contro e al di sopra degli interessi privati, i quali non vengono disconosciuti, ma solo collocati in un piano differente: il diritto subiettivo privato acquista così una funzione sociale».

⁵⁹ Sul contratto di rendimento energetico si vedano: F. Benatti, *Il contratto di rendimento energetico (profili generali)* e P. Biandrino, *I contratti di efficienza energetica: regole civilistiche e interesse pubblico (notazioni sparse)*, in *Efficienza energetica ed efficienza del sistema*, cit., 137 ss., spec. 149 ss.; L. Parola, T. Arnoni e S. Granata, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I Contratti*, 2015, 516 ss.; M. Maugeri, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 420 ss.; M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., 242 ss.; P. Piselli (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, cit., spec. 37 ss.; P. Piselli, S. Mazzantini e A. Stirpe, *Il contratto di rendimento energetico*, in www.treccani.it. In particolare, sui profili pubblicistici si rimanda a F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, cit., 255-271; M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *I contratti di prestazione energetica (EPC)*, RT/2017/39ENEA, in openarchive.enea.it.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

zione, progettazione e realizzazione, da parte di una ESCo⁶⁰ di un intervento di miglioramento del livello di efficienza energetica di un determinato impianto o edificio, dal quale derivi un risparmio sui costi energetici (la bolletta) al cliente (beneficiario). Si tratta cioè di società di scopo che realizzano servizi di efficientamento energetico disponendo di capitali, tecnologie e know-how specifici, e che vengono remunerate in relazione al miglioramento conseguito. L'intervento, che è generalmente scandito in fasi in cui il soggetto fornitore e quello beneficiario definiscono la tipologia e l'ampiezza delle attività precipue, viene monitorato e verificato durante tutta la durata del contratto, anche al fine di consentire il pagamento in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza stabilito contrattualmente, secondo parametri concordati.

L'EPC può assumere connotazioni e contenuti differenti in base dello specifico accordo contrattuale perfezionato tra le parti, dal momento che nella prassi si sono sviluppati numerosi modelli⁶¹. L'elemento caratterizzante del contratto, nonché suo scopo, consiste nel miglioramento della performance energetica di un impianto/edificio; si tratta, infatti, di un contratto di durata oneroso, corrispondente allo schema del *do ut facias*, con un'obbligazione di risultato consistente nel raggiungimento di un livello predefinito di risparmio energetico. In base a tale dato viene determinata la stessa entità

⁶⁰ Le ESCo sono definite dall'art. 2, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 115/2008 come «qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti». Per un approfondimento sulle Energy Saving Company si vedano: E. Natale e A. Daolio, *Le Escos (Energy Service Company) per l'efficienza energetica, il risparmio garantito senza rischi per il cliente*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, 5 ss.; R. Ursi, *Precisazioni sul ricorso a energy service company a capitale misto*, cit., il quale ritiene che le attività delle ESCo rientrino, in virtù di quanto previsto dall'art. 12, d.lgs. n. 115/2008, nelle attività istituzionali dell'ente locale in ragione degli obblighi ivi contenuti e in virtù di quanto previsto anche dall'art. 2, il quale stabilisce che i servizi energetici possono essere svolti solo da tali società. F. Peirone, *La costituzione di partenariati pubblico-privati per la realizzazione di consumi energetici efficienti nelle pubbliche amministrazioni*, in *AmbienteDiritto*, 2017; P. Radaelli e M. Zeme, *Le Energy Service Company (E.S.Co)*, in *Energie alternative e rinnovabili*, a cura di G. Bonardi e C. Patrignani, Milano, Giuffrè, 2010, 473 ss.; M. Libanora, *Le società E.S.Co. e la politica energetica territoriale – Le Energy Services Companies in Partnership Pubblico-Privato*, Milano, Ipsos, 2009.

⁶¹ P. Piselli, S. Mazzantini e A. Stirpe, *Il contratto di rendimento energetico*, cit. Sul punto si veda anche M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *I contratti di prestazione energetica*, cit.

del corrispettivo dovuto alla parte contrattuale che si obbliga ad eseguire l'intervento (fornitore).

Le tipologie di EPC maggiormente diffuse sono quella a risparmi garantiti (*guaranteed savings*) e quella a risparmi condivisi (*shared savings*)⁶². Nel modello *guaranteed savings* il soggetto finanziatore e il soggetto beneficiario coincidono, nel senso che la proprietà dell'immobile è in capo allo stesso soggetto finanziatore; il soggetto fornitore deve garantire un livello predefinito di risparmio energetico, tramite gli interventi concordati e stabiliti attraverso analisi di fattibilità, in quanto da esso dipende il suo compenso. Là dove i risparmi effettivi si discostano da quelli garantiti sono previsti meccanismi in un certo senso riequilibratori; se i risparmi sono inferiori a quelli garantiti, il fornitore dovrà indennizzare il beneficiario, viceversa, se i risparmi sono superiori, questi possono essere condivisi tra beneficiario e fornitore, oppure andare a vantaggio esclusivo del beneficiario, a seconda delle previsioni contrattuali.

Nel modello *shared savings*, le parti stabiliscono le condizioni, i tempi e la percentuale per la ripartizione dei proventi derivanti dal risparmio energetico ottenuto a seguito degli interventi. Nel modello a risparmi condivisi assume dunque un ruolo centrale la quantità di risparmio conseguito dal soggetto beneficiario a seguito degli interventi realizzati dal soggetto fornitore il cui corrispettivo, assumendo egli direttamente l'onere finanziario, dovrà tener conto non solo del valore dei servizi prestati, ma anche del valore dell'investimento.

L'allegato VIII del d.lgs. n. 102/2014 elenca gli elementi minimi dell'EPC nel settore pubblico, riproducendo senza modifiche il testo dell'allegato XIII della dir. 2012/27/Ue. Mentre nella contrattazione tra privati la presenza di tali elementi rileva unicamente al fine dell'accesso all'incentivo del conto termico (art. 7, c. 6), occorre chiedersi se nella contrattazione pubblica essa sia essenziale ai fini della validità del contratto⁶³.

In tal senso si è distinto tra varie ipotesi. La mancanza di una clausola in cui le parti si impegnano a dare piena attuazione alle misure previste dal contratto non comporta l'invalidità dello stesso, dal momento che tale obbligo discende direttamente dalla legge. Allo stesso modo, ove l'oggetto sia determinato ma risultino assenti alcune caratteristiche precipue della presta-

⁶² L. Parola, T. Arnoni e S. Granata, *I contratti di efficienza energetica*, cit.; M. Maugeri, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, cit.

⁶³ Su punto si veda M. Maugeri, *Il Contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, cit., 425: «[t]ali elementi sono prescritti al fine di connotare il tipo di contratto che si ritiene appropriato a far raggiungere gli obiettivi che il legislatore intende perseguire».

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

zione (ad esempio, le date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati, l'elenco delle fasi di attuazione delle misure, disposizioni per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti) il contratto, pur rimanendo valido, non potrebbe essere qualificato come EPC, con la conseguente impossibilità di accedere allo speciale trattamento e agli incentivi previsti dalla legge. Viceversa, in mancanza di elementi essenziali, quali l'indicazione della durata, la quota di partecipazione ai risparmi realizzati, le misure di efficientamento previste o i risultati da conseguire, il contratto dovrà essere considerato nullo per indeterminabilità dell'oggetto⁶⁴.

Da quanto sostenuto deriva che l'elencazione ha la finalità di consentire l'accesso alle misure di incentivazione previste, salvo che non vi siano carenze strutturali, che incidono sulla validità del contratto ex art. 1418 c.c. In mancanza di elementi tipici e minimi del contratto, ma non strutturali, questo non potrà essere qualificabile come EPC⁶⁵.

6.1. *L'incertezza sulle procedure di affidamento dei contratti*

L'individuazione degli elementi minimi non consentiva di risolvere la questione più controversa riferita agli EPC nel settore pubblico, ovvero quella relativa alla corretta identificazione della procedura da applicare in sede di affidamento del contratto. Se pure lo schema negoziale dell'EPC può essere un utile strumento di riqualificazione ed efficienza del patrimonio immobiliare e degli impianti pubblici ed è incentivato a livello europeo – anche in ragione del fatto che l'impegno finanziario iniziale grava sul privato – il ricorso ad esso non si è affermato a causa dell'incertezza delle regole di utilizzo, prima fra tutte quella relativa alla scelta della procedura di affidamento da parte dei soggetti pubblici⁶⁶. Fattori come la stratificazione normativa, la complessità del quadro regolatorio e la poca chiarezza circa i modi di affidamento, hanno fatto sì che fino ad ora gli operatori economici e i soggetti pubblici si muovessero in un contesto di incertezza, il quale non ha certo

⁶⁴ F. Benatti, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., 142-144, sulla scorta delle conclusioni raggiunte dalla dottrina in ordine agli artt. 35, 85 e 86 del codice dei consumatori, afferma che requisito essenziale a pena di nullità del contratto è anche «la chiarezza e trasparenza del dettato», in quanto funzionale alla protezione del cliente.

⁶⁵ In tal senso, M. Maugeri, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, cit.; v. anche F. Benatti, *Il contratto di rendimento energetico*, cit., 141; F. Scalia, *L'efficienza energetica*, cit., 9; L. Parola, T. Arnoni e S. Granata, *I contratti di efficienza energetica*, cit., 528; M.G. Cappiello, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2018, 2, 34 ss.

⁶⁶ In tal senso si veda M.G. Landi, F. Furiani e M.C. Novelli, *Aspetti normativi del contratto EPC e dei suoi elementi di garanzia per la Pubblica Amministrazione*, in *www.enea.it*, 2013.

favorito il raggiungimento degli obiettivi di efficienza sperati; come vedremo, la situazione è mutata a seguito del più recente intervento di modifica del Codice dei contratti pubblici, ad opera del d.lgs. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)⁶⁷.

La pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento di un contratto di prestazione energetica incide sulla ripartizione dei rischi e dei costi tra amministrazione e privato e, di conseguenza, sulla qualificazione e disciplina del contratto stipulato tra p.a. ed ESCo aggiudicataria⁶⁸. Il fulcro della questione ruota dunque attorno all'attribuzione all'EPC, stipulato tra una stazione appaltante ed un operatore privato, della natura partenariato pubblico-privato (PPP)⁶⁹, ovvero di appalto⁷⁰.

Com'è noto, la differenza essenziale tra le due forme consiste nella modalità di remunerazione del privato (pagamento di un corrispettivo o diritto di gestire le opere/servizi eventualmente accompagnato da un prezzo) e, dunque, nei profili di rischio in capo a quest'ultimo⁷¹. La profonda differenza intercorrente tra le due forme contrattuali discende infatti dalla circostanza

⁶⁷ Sul quale si veda infra § 6.2.

⁶⁸ C. Benanti, *Contratti di rendimento energetico*, cit., 69 ss.

⁶⁹ Il contratto di partenariato è definito dall'art. 3, c. 1, lett. *eee*) e disciplinato dagli artt. 180 ss. del codice dei contratti pubblici, d. lgs. 50/2016. La dottrina è vastissima in tema; per tutti si vedano *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico e privato*, a cura di A. Fioritto, Torino, Giappichelli, 2017; M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; S. Valaguzza e E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 1, 2020, 1 ss.

Con specifico riferimento all'uso del partenariato nel settore dell'energia si veda R. Villata, *Il partenariato pubblico privato nel settore dell'energia*, in *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, a cura di E. Bruti Liberati, M. De Focatiis e A. Travi, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 37 ss., spec. 44 ss.

⁷⁰ L'appalto è definito dall'art. 3, c. 1, lett. *ii*). Per la dottrina in materia, pressoché sconfinata, si veda, per tutti: M. Corradino e S. Sticchi Damiani, *I nuovi appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2021; M.A. Sandulli e R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, spec. III-IV. Con riferimento ai settori speciali si veda L. Torchia, *Gli appalti nei settori speciali dell'energia: l'inquadramento generale e le novità contenute nel nuovo codice degli appalti e nel decreto correttivo*, in *Aspetti della transizione nel settore dell'energia*, op. cit., 17 ss.

⁷¹ Secondo la giurisprudenza costante, la differenza fra appalto e concessione consiste nel fatto che mentre nel primo si prevede un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, nella concessione la remunerazione proviene dagli importi versati dai terzi, con la conseguente assunzione del rischio di gestione da parte dell'operatore economico. *Ex multis*: TAR Lombardia n. 266/2007; Cons. St. n. 2810/2020; C. giust. UE, sentenza 10/03/2011 n. C-274/09. Tale distinzione riprende l'ordinanza della Corte di Cassazione (Cass., SU, ord. n. 12252/2009) che pone, tra l'altro anche l'accento sulla diversa natura della controprestazione che nella concessione è individuata nel "diritto di gestione" e

Le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

che nel PPP lo specifico know-how imprenditoriale consente all'operatore economico di minimizzare i rischi specifici connessi alla realizzazione e gestione dell'infrastruttura e, al contempo, di massimizzare la remunerazione dell'investimento. Viceversa, laddove manchi l'alea correlata alla gestione, la forma contrattuale sarà riconducibile all'appalto, nel quale il rischio imprenditoriale è legato unicamente all'errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo prestabilito.

Le conseguenze derivanti dalla riconduzione dell'EPC alla fattispecie dell'appalto o a quella del PPP non sono quindi di scarso rilievo; un primo aspetto riguarda la necessità di esperire una procedura di gara, con un bando predisposto dalla stazione appaltante precedente, senza possibilità per gli operatori economici di formulare proposte autonome. In altre parole, la stazione appaltante dovrà seguire le norme codicistiche in ordine all'identificazione dell'oggetto principale, alla base d'asta, alle procedure di affidamento, ai requisiti tecnici, economici e professionali degli operatori. Le procedure di affidamento degli appalti sono pertanto ben più stringenti rispetto a quelle di partenariato le quali, viceversa, possono avvenire anche mediante dialogo competitivo con a base di gara il progetto definitivo (art. 181 c.c.p.). E, infatti, un secondo aspetto di rilievo è costituito proprio dal livello di progettazione da porre a base di gara, poiché, nel partenariato, la stazione appaltante può limitarsi a individuare il progetto definitivo, uno schema di contratto e di piano economico finanziario, lasciando, che sia l'aggiudicatario a predisporre il progetto esecutivo, sollevando così l'amministrazione da tale onere. Tale elemento ha assunto particolare rilevanza con la previsione del divieto di appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione, il quale è invece ammesso per il partenariato (art. 59, c. 1, c.c.p.)⁷².

Infine, la distinzione rileva anche in punto di capacità di controllo e monitoraggio dell'amministrazione. Il trasferimento alla ESCo del diritto di

nell'assunzione del "rischio operativo" da parte dell'operatore economico e che nell'appalto è individuata nel raggiungimento dell'obiettivo contrattuale.

Sulla distinzione tra concessione di pubblico servizio e appalto di servizi si veda da ultimo Cons. St., 22 marzo 2021 n. 2426; sulla possibilità di qualificare in termini di partenariato un EPC si veda Cons. St., 21 febbraio 2020, n. 1327, ove, riprendendo l'espressione del TAR Brescia, 4 marzo 2019, n. 212, si definisce il PPP «una sorta di paradigma esteso, in grado di accogliere al proprio interno una o alcune delle fattispecie elencate a titolo esemplificativo all'art. 180, comma 8», ribadendo allo stesso tempo che la non coincidenza con la concessione è avvalorata dalla collocazione del partenariato in una sezione specifica del codice. Il Collegio ritiene altresì che il sinallagma dell'Epc, basato sul paradigma del *do ut facias*, è incompatibile con la categoria della prestazione qualitativamente prevalente, alla base dell'operatività della disciplina del contratto misto.

⁷² M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op cit.*, 30 s.

gestire tutto il ciclo contrattuale, dalla diagnosi energetica preliminare, alla manutenzione e monitoraggio, comporta una significativa rimodulazione del potere della p.a. di effettuare controlli a garanzia della corretta esecuzione della prestazione e delle modalità di gestione, poiché così lederebbe il diritto di gestione spettante all'operatore economico. Diversamente, qualificando il contratto in termini di appalto, la capacità di controllo e monitoraggio della p.a. risulterebbe piena, dal momento che la controprestazione dovuta dalla ESCo consiste nel raggiungimento dell'obiettivo dichiarato nell'offerta e in base al quale l'operatore economico si è aggiudicato il contratto⁷³.

Pur non potendosi negare che l'EPC presenta, per sua natura, dei profili di assunzione del rischio da parte della ESCo e, segnatamente, quello di non realizzare un livello di risparmio energetico tale da remunerare il capitale iniziale investito per la realizzazione degli interventi, tuttavia, i rischi connessi ad una simile obbligazione non sembrano coincidere perfettamente con le categorie di rischio caratteristiche del partenariato, così come tracciato dal codice dei contratti pubblici⁷⁴. Tale incertezza non ha permesso, fino all'intervento del legislatore con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, di affermare la possibilità di ricorrere allo schema del partenariato per l'affidamento dei contratti di prestazione energetica.

In generale, infatti, sono possibili due diverse qualificazioni dell'EPC, a seconda delle caratteristiche del contratto che ritengono prevalenti.

Una prima ricostruzione riconduce il contratto all'appalto misto, facendo riferimento alla circostanza che l'EPC preveda il miglioramento dell'efficienza energetica di un edificio, inclusi gli impianti, a fronte dello svolgimento di un servizio di gestione e manutenzione e dell'eventuale fornitura di vettori energetici. Tali elementi, unitamente all'effettuazione di investimenti che consentano di raggiungere un livello di risparmio energetico predefinito, inducono a ritenere rispettati i requisiti richiesti dall'art. 28 c.c.p. per configurare un appalto misto. Ciò in considerazione della presenza simultanea di prestazioni riconducibili a diverse categorie (servizi, forniture

⁷³ M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op cit.*, *ivi*.

⁷⁴ I rischi da considerare per valutare l'imputabilità economico-finanziaria dell'operazione ineriscono essenzialmente a tre categorie: di costruzione, connessi alla fase progettuale (di attivazione) e di realizzazione dell'infrastruttura; di disponibilità, inerenti alla fase operativa in termini di garanzia e connessa responsabilità del raggiungimento dei livelli quantitativi e/o qualitativi concordati; di domanda, (nei casi di attività rivolta ai terzi) attinenti alla variabilità della domanda per cause non imputabili all'operatore privato e, per alcune tipologie di operazioni, come quelle concessorie, il rischio c.d. operativo, legato alla gestione dei lavori o dei servizi. *Amplius* F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, 743 ss.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

e lavori) ed essendo tali prestazioni connesse e non separabili, poiché perseguono «un risultato economico unitario e complesso»⁷⁵, rappresentato dal miglioramento delle prestazioni energetiche dell'edificio⁷⁶.

Al fine di identificare la disciplina applicabile, inoltre, occorre individuare l'oggetto principale del contratto (art. 28, c. 9 c.c.p.), facendo riferimento alle finalità dello stesso in quanto le diverse parti non sono oggettivamente separabili⁷⁷. Nell'EPC, essendo lo scopo del contratto quello di fornire una prestazione globale che conduca al miglioramento della prestazione dell'edificio, la prestazione principale risulta essere quella riconducibile ai servizi. A tale conclusione sembra condurre la lettura congiunta degli artt. 28, c. 9 e 23, c. 15 del Codice. In particolare, quest'ultimo prevede che per «i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, ivi inclusi quelli di gestione della manutenzione e della sostenibilità energetica, i progetti devono riferirsi anche a quanto previsto dalle pertinenti norme tecniche»; per tale via la disposizione sembra indicare che per la gestione dei patrimoni immobiliari la prevalenza sia da riconoscere alla prestazione di servizi, ragione per la quale le procedure di affidamento «ne seguono le modalità di progettazione»⁷⁸.

Questa prima e più risalente posizione era stata sostenuta dalle autorità di regolazione (AVPC ed ENEA), le quali riconducevano con preferenza l'EPC all'appalto, pur non escludendo a priori la possibilità di strutturarne in forma di partenariato. In tal senso aveva inizialmente argomentato l'ex AVPC, oggi Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)⁷⁹, rilevando al riguardo che, in primo luogo, l'unico riferimento normativo in materia è dato dall'art. 15, c. 1, d.lgs. n. 115/2008, il quale qualifica i contratti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi energetici alla stregua di «appalti pubblici»⁸⁰. Ma al di là dell'elemento testuale, l'Autorità si era orientata verso la qualificazione dell'EPC come appalto in quanto le prestazioni sono eseguite dalla ESCo a favore della p.a. che ne fruisce direttamente, ottenendo impianti più efficienti e le paga attraverso l'attribuzione di una quota del risparmio conseguito.

⁷⁵ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12 settembre 2011, n. 2204.

⁷⁶ M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op cit.*, 22.

⁷⁷ In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza, nazionale ed europea. In proposito si veda C. giust. UE, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 149, là dove si legge che «nel caso di contratto misto l'operazione di cui trattasi deve essere esaminata nel suo insieme, in modo unitario, ai fini della sua qualificazione giuridica, e dev'essere valutata sulla base delle regole che disciplinano la parte che costituisce l'oggetto principale, o l'elemento preponderante del contratto»; C. conti, sez. reg. controllo per il Lazio, deliberazione 20 ottobre 2014, n. 174/2014/SUCC.

⁷⁸ M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op cit.*

⁷⁹ Deliberazione n. 37 del 4 aprile 2012.

⁸⁰ In tal senso si era già espressa l'AVPC con la determinazione n. 6 del 26 ottobre 2011.

Per quanto concerne il rischio gravante sulla ESCo del mancato ottenimento del risparmio e, quindi, della mancata copertura dei costi e conseguimento dei profitti, l'AvPC rilevava che «esso non si qualifica propriamente come un rischio di gestione giacché il profitto che si realizza non dipende dalla fruizione del servizio da parte dell'utenza o del committente, ma dalla capacità della stessa ESCo di conseguire un maggiore o minore risparmio energetico». In effetti, nell'ambito dell'EPC, la gestione assume «un aspetto quasi accessorio rispetto all'oggetto principale del rapporto negoziale che consiste nella realizzazione degli interventi idonei per il conseguimento della razionalizzazione dell'uso dell'energia e quindi del risparmio».

In seguito, l'autorità ha rivisto parzialmente il suo orientamento e l'ANAC, tornata ad occuparsi della qualificazione dell'EPC, ha chiarito che non è possibile stabilire o escludere a priori la riconducibilità dello stesso nell'alveo dei contratti di partenariato. A tale scopo occorre svolgere una verifica caso per caso, analizzando in modo sistematico «le clausole contrattuali per verificare se, nel complesso, sussistano i presupposti di legge per la qualificazione dell'operazione come PPP»⁸¹. A tal proposito, l'autorità ha fatto riferimento alla disciplina contabile Eurostat, in forza della quale affinché si possa qualificare un contratto in termini di partenariato, deve essere il contraente privato a sopportare la maggior parte dei rischi e godere della maggior parte dei benefici associati all'uso degli *asset* oggetto del contratto⁸².

L'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), ente deputato a integrare il contratto-tipo di prestazione energetica, ai sensi dell'art. 14, c. 4, d.lgs. n. 102/2014⁸³, pur lasciando aperta la possibilità di configurare l'EPC come contratto di concessione di servizi o come PPP, in senso lato, ove ne ricorrano i presupposti, lo riconduce allo schema dell'appalto di servizi, argomentando in punto di allocazione dei rischi⁸⁴. Secondo l'Agenzia, la sussunzione dell'EPC nello schema dell'appalto, piuttosto che in quello del partenariato, garantirebbe una maggiore certezza dei rapporti giuridici tra p.a. ed operatori economici, consentendo al contempo la possibilità di mantenere un potere di control-

⁸¹ ANAC, delibera n. 1134 del 4 dicembre 2019.

⁸² EUROSTAT, *Guidance note. The recording of energy performance contracts in government accounts*, 2017.

⁸³ M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op cit.*

⁸⁴ M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op cit.*, 32 s., secondo i quali «l'EPC dovrebbe essere classificato come "appalto di pubblico servizio" alla luce dell'art. 3 del nuovo Codice degli Appalti. Stante però la difficoltà di inquadramento normativo, allo stato, non si può tuttavia escludere la possibilità per l'Amministrazione di stipulare un contratto EPC in PPP in regime concessorio».

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

lo più stringente nella fase di esecuzione del contratto, rispetto a quanto avverrebbe, viceversa, in caso di affidamento alla ESCo della gestione del servizio⁸⁵.

L'analisi dell'Agenzia si concentra sulla fattispecie concessoria, la quale rappresenta la tipologia contrattuale principale di partenariato e sul connesso rischio operativo; quest'ultimo vale a qualificare il contratto come concessione. In proposito si rileva che il contratto di prestazione energetica non contiene «gli elementi classici della concessione, ossia un'utenza terza rispetto alla Pubblica Amministrazione e la riscossione diretta sull'utenza». Ponendo l'accento sull'elemento del rischio operativo⁸⁶, ne consegue che questo «non è esterno, cioè non risponde alla previsione dell'art. 3 D.Lgs. n. 50/2016» in base al quale, in condizioni operative normali, non viene garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi di gestione e non vi è una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato⁸⁷. Così, per la peculiarità della causa e la complessità contenutistica dell'*energy performance contract*, quest'ultimo può essere ricondotto al partenariato, quale strumento di cooperazione tra pubblico e privato. Infatti, nello schema contrattuale in esame il corrispettivo è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento.

In altri termini, secondo ENEA e AVCP, ora ANAC, ai fini della esatta individuazione del regime giuridico applicabile elemento dirimente è dato dalla natura complessiva del contratto, più vicino alla realizzazione degli interventi idonei al conseguimento del risparmio energetico, che alla gestione e manutenzione degli impianti. D'altra parte, sebbene la maggiore certezza dei rapporti giuridici garantita dalla procedura di affidamento degli appalti pubblici, unita ad un maggiore potere di controllo nella fase di esecuzione del contratto da parte della stazione appaltante, facciano propendere per la

⁸⁵ In senso contrario si v. P. Piselli e A. Stirpe, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, cit., 37. Gli autori rilevano che gli interessi perseguiti mediante l'EPC «si individuano nel perseguimento dell'efficienza e del risparmio energetico, nell'impiego e nello sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili, nell'incremento e nella circolazione delle tecnologie, nel contenimento o nell'eliminazione dei costi di investimento e dei rischi tecnici per la collettività che voglia accedere a questo particolare meccanismo di ammodernamento degli impianti e delle strutture esistenti».

Sono di questo avviso S. Zabot e D. Di Santo, *Guida ai Contratti di Prestazione energetica negli Edifici pubblici*, Report RdS/2013/150, in www.enea.it; C. Giurdanella e S. Ferla, *Contratti di rendimento energetico e modelli contrattuali pubblici*, in *App. contr.*, 2016, 3, 9 ss.; S. Feligioni, *Il contratto di engineering e l'energy performance contract*, in *I singoli contratti*, a cura di G. Cassano e R. Clarizia, Milano, Giuffrè, 2017, 240 ss.

⁸⁶ Definito dall'art. 3, c. 1, lett. zz) c.c.p.

⁸⁷ M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op. cit.*, 30.

riconduzione dell'EPC a tale figura, non si esclude la possibilità di qualificare il contratto come PPP.

L'oscillazione tra l'una e l'altra qualificazione da parte delle due Autorità, dovuta all'assenza di elementi normativi univoci, non ha certo contribuito a chiarificare il quadro regolatorio. Anzi, l'aver proposto una valutazione casistica, sebbene corrisponda ad un apprezzabile approccio pragmatico, non ha favorito il ricorso allo strumento, stante l'elevato rischio di ricorsi in sede di esecuzione del contratto, dovuti alla ricordata incertezza delle regole.

Secondo una differente e più netta ricostruzione, l'EPC sarebbe da ricondurre al partenariato *tout court*. Tale ipotesi è incentrata sulla diversità delle modalità di determinazione e corresponsione del corrispettivo. Quest'ultimo, si qualifica come canone periodico variabile nell'EPC e, invece, come somma complessiva che il committente si impegna a pagare, nell'appalto. Inoltre, tale ricostruzione pone l'accento sulla diversità del criterio di valutazione dell'adempimento, che corrisponde all'esecuzione a regola d'arte, nell'appalto, e al risparmio energetico, nell'EPC⁸⁸.

Ed ancora, non si reputa necessario trasferire in capo al privato anche il rischio operativo⁸⁹, dal momento che l'assunzione dello stesso, legata alla gestione dell'opera o del servizio, è il tratto essenziale e distintivo della concessione, non anche delle altre tipologie contrattuali riferibili al PPP, ai sensi dell'art.180 c.c.p. In tale ottica, si ritiene che la disciplina interna ponga in capo all'operatore economico il rischio di costruzione e il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda per il periodo di gestione (art. 180, c. 3), ma non anche il rischio operativo. La distinzione viene basata sulla disciplina tratteggiata dal Codice dei contratti il quale, mentre all'art. 165 fa riferimento ai contratti di concessione disponendo che essi comportano il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo, viceversa, all'art. 180, dedicato al partenariato in generale, fa riferimento a differenti rischi. A sostegno dell'opzione si distingue, inoltre, tra concessioni "a caldo" e "a freddo"; queste ultime, a differenza delle prime, non generano reddito attraverso ricavi da utenza esterna ma sono remunerate direttamente dall'amministrazione attraverso un canone. Per cui, mentre il diritto di gestire l'opera o il servizio è il corrispettivo proprio della concessione, il canone, se non è corrisposto dalla p.a. in ragione dell'utenza effettiva del servizio, «è proprio di altre ti-

⁸⁸ P. Piselli e A. Stirpe, *La struttura del contratto: la causa e il tipo*, cit.

⁸⁹ F. Scalia, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di Partenariato Pubblico Privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *federalismi.it*, 2019.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

pologie contrattuali riferibili al *genus* partenariato pubblico privato», a cui è riconducibile pure l'EPC⁹⁰.

A tal proposito appare opportuno segnalare come la dottrina non sia unanime nel distinguere nettamente le tipologie di rischio che caratterizzano la concessione, in particolare, e il partenariato, in generale. Al riguardo, si è sostenuto che il rischio operativo non caratterizzi unicamente la concessione quanto, piuttosto, il partenariato nel suo complesso⁹¹. Allo stesso modo, non vi è concordia circa la riconduzione dei rapporti remunerati con un canone direttamente dalla p.a. al partenariato o alla concessione, sempre facendo riferimento alla questione dell'allocazione del rischio operativo⁹².

D'altronde, la posizione che riconduce l'EPC all'appalto non esclude in radice la possibilità di fare ricorso al PPP per l'affidamento dei contratti di prestazione energetica ma, piuttosto, precisa la necessità di verificare in modo attento e puntuale la sussistenza degli elementi tipici di tale fattispecie. E invero, tale puntualizzazione è adoperata anche dalla giurisprudenza contabile, la quale fa riferimento alle indicazioni di EUROSTAT per qualificare le operazioni *in balance/off balance*, con tutto quel che ne consegue in punto di qualificazione di una determinata operazione come indebitamento.

Seppure l'applicazione ai contratti di partenariato dei «contenuti delle decisioni Eurostat» avviene «per i soli profili di tutela della finanza pubblica» (art. 3, c. 1, lett. *eee*) c.c.p., così come modificato dal d.lgs. n. 56/2017), tuttavia, non si dubita che il trasferimento in capo all'operatore economico dei rischi, così come definiti da EUROSTAT, costituisca il tratto caratterizzante del partenariato⁹³; se la maggior parte del capitale è invece a carico del soggetto pubblico, non vi è una reale assunzione di rischio, con conseguente qualificazione dell'operazione come indebitamento da ricondurre, in definitiva, allo schema dell'appalto⁹⁴.

⁹⁰ F. Scalia, *L'Energy Performance Contract*, cit.

⁹¹ G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599 ss.; M. Ricchi, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici D.Lgs. 50/2016*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2016, il quale inverte addirittura i termini, ritenendo che i contratti di PPP, siano species del genus del contratto di concessione europea.

⁹² G.F. Cartei, *ult. op. cit.*

⁹³ A tal proposito si è rilevato, infatti, che nel «diritto dell'Unione europea non esiste un riferimento generale, né una definizione del PPP, a dispetto delle numerose proposte in tal senso; ma neanche se ne parla in modo espresso nella recente direttiva concessioni»; M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, cit., 3.

⁹⁴ Cfr. sul punto EUROSTAT, *MGDD*, 2016 punto 55: «If the majority of the financing of the capital expenditure would be provided by government (in various forms to be jointly

A tali indicazioni fa riferimento ENEA là dove richiede, affinché l'EPC possa qualificarsi come partenariato, che la corresponsione del canone non copra più del cinquanta per cento del costo iniziale dell'investimento, dovendo il rischio essere effettivamente presente anche se in misura ridotta⁹⁵. Una simile puntualizzazione non è sufficiente a dirimere la questione, dovendosi rilevare che la percentuale indicata non è sempre raggiungibile nel caso degli EPC, il che rischia di escludere, di fatto, l'applicazione del regime di contabilità dei PPP ai contratti di prestazione energetica, rendendo il piano economico-finanziario strutturalmente in disequilibrio⁹⁶.

In effetti, gli elementi distintivi delle tipologie di EPC pubblico, che consentono di collocarle all'interno dell'assetto normativo, mostrano che a seconda della struttura del contratto vi è, oppure no, assunzione di rischio in capo al privato. Il fatto che i rischi – operativo, di costruzione, disponibilità e domanda – siano trasferiti in capo al privato, ovvero rimangano a carico della stazione appaltante, valgono a creare una macro-suddivisione tra le forme di EPC, in modo conforme anche a quanto stabilito a livello europeo e nazionale per i profili contabili.

Le Linee guida EUROSTAT⁹⁷ e la giurisprudenza contabile⁹⁸ seguono un approccio sostanzialistico, differenziando il trattamento contabile in ragione

considered, e.g. investment grants, loans, guarantees, equity in the partner, etc.), government would be deemed to bear the majority of risks and the asset must be classified on its balance sheet».

⁹⁵ M.G. Landi, M. Matera, P. Telesca, C. Benanti e E. Valeriani, *op. cit.*, 30. Sul punto si veda anche ANCI-IFEL, *La dimensione comunale del Partenariato Pubblico Privato*, in *www.fondazioneifel.it*, 2018, 255.

⁹⁶ F. Scalia, *L'Energy Performance Contract*, cit.

⁹⁷ A partire dalla decisione del 11/02/2004, *Treatment of public-private partnerships*, EUROSTAT ha costantemente affermato che un'operazione contrattuale in partnership pubblico-privata può essere considerata *off balance* solo se vi sia una forte prova che il partner privato si faccia carico della maggior parte dei rischi connessi all'attività oggetto del contratto. I rischi da prendere in considerazione per valutare l'imputabilità economico-finanziaria dell'operazione ineriscono essenzialmente a tre categorie: di costruzione, connessi alla fase progettuale (di attivazione) e di realizzazione dell'infrastruttura; di disponibilità, inerenti alla fase operativa in termini di garanzia e connessa responsabilità del raggiungimento dei livelli quantitativi e/o qualitativi concordati; di domanda, (nei casi di attività rivolta ai terzi) attinenti alla variabilità della domanda per cause non imputabili all'operatore privato. Per alcune tipologie di operazioni, come quelle concessorie, vi è poi il rischio c.d. operativo consistente nell'esposizione dell'operatore economico al rischio – concreto e non meramente potenziale – di non recuperare gli investimenti e/o i costi sostenuti per la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori.

⁹⁸ C. conti, sez. reg. controllo per la Basilicata, parere 43/2019/PAR; C. conti, sez. autonomie, parere 15/SEZAUT/2017/QMIG.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

delle prestazioni concretamente dedotte in contratto, con specifico riferimento agli effetti tipo economico-finanziario che derivano dall'operazione nel suo complesso.

EUROSTAT ha costantemente fatto riferimento alla necessità che, affinché si possa qualificare un contratto come *off balance*, l'operatore privato debba assumersi, oltre al rischio di costruzione, che viene sempre posto a suo carico, anche uno degli altri rischi (disponibilità o domanda/operativo). Inoltre, con specifico riferimento all'EPC, EUROSTAT ha chiarito che il soggetto privato deve essere l'effettivo ed unico proprietario economico degli *assets* coinvolti nell'operazione⁹⁹; in altri termini, occorre che la maggior parte dei rischi e dei benefici economici sia collocata in capo alla ESCo e/o sugli altri soggetti terzi eventualmente coinvolti¹⁰⁰.

A tal proposito, il Sistema europeo dei conti nazionali e regionali (SEC 2010)¹⁰¹ esplicita che per essere considerato "proprietario economico", il privato non potrà beneficiare di clausole che prevedano un minimo garantito o altre forme di sostegno che producano *de facto* la riduzione o l'eliminazione del rischio assunto. Ragione per la quale, per non considerare il contratto come operazione di indebitamento, occorrerà che l'investimento sia a carico del privato; quest'ultimo dovrà sopportare i rischi senza possibilità di vedersi riconosciuto un canone minimo, svincolato dalla performance dell'intervento.

Più di recente, EUROSTAT e la Banca europea per gli investimenti (BEI) hanno pubblicato le Linee guida per il trattamento statistico degli EPC¹⁰², allo scopo di chiarire, con esempi pratici e tabelle, i casi in cui simili contratti debbano essere considerati *on balance* ovvero, a seconda di determinati indici presuntivi, *off-balance*. Le Linee guida individuano quale presupposto essenziale per la corretta allocazione di tali rischi la verifica dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione; a tal fine si richiede la contempo-

⁹⁹ EUROSTAT, *The recording of energy performance contracts in government accounts*, EUROSTAT Guidance note 19 September 2017, nella quale si del contratto di rendimento energetico con specifico riferimento agli strumenti del leasing operativo e del sale and lease back (punti 3 e 4).

¹⁰⁰ Punto 2.3. Questo medesimo parametro è utilizzato da EUROSTAT nel *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010-2016*, Parte VI.4.3.2, punto n. 35 e successivi, spec. punti nn. 55-56

¹⁰¹ Reg. Ue n. 549/2013; si veda il Capitolo 15, riferito al leasing ed ai contratti, incluso il PPP.

¹⁰² BEI, EUROSTAT, *A Guide to the Statistical Treatment of Energy Performance Contracts*, disponibile all'indirizzo: https://www.eib.org/attachments/pj/guide_to_statistical_treatment_of_epcs_en.pdf, 2018.

ranea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, definite nel nostro ordinamento dall'art. 3, c. 1, lett. *fff*) c.c.p.¹⁰³.

In particolare, affinché il rischio di costruzione sia correttamente allocato sul soggetto privato, occorre che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della p.a., non sia superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, inclusi eventuali oneri finanziari (art. 180, c. 6, d.lgs. n. 50/2016).

Sul punto vengono in rilievo, altresì, le Linee guida ANAC n. 9/2018, nell'ambito della quali è stato introdotto l'obbligo di corredare il contratto con la c.d. "matrice dei rischi", quale parte integrante del contratto medesimo, finalizzata a verificare e dimostrare che il soggetto privato sia "effettivamente" in grado di sostenere il rischio allocato – non solo nel momento genetico del rapporto, ma anche nella fase attuativa e conclusiva – e ciò proprio al fine di evitare che detti oneri vengano di fatto sostenuti dal soggetto pubblico, eludendo i vincoli finanziari vigenti¹⁰⁴.

6.2 L'intervento del legislatore con il d.l. n. 76/2020

Il ricordato PNIEC 2030 aveva previsto l'inserimento dell'EPC per edifici nel codice dei contratti pubblici come appalto speciale, nonché di un nuovo tipo di partenariato, affinché ne emergessero le specificità. Tutto ciò con lo scopo di favorirne il ricorso per la riqualificazione energetica, eliminando le incertezze e gli ostacoli presenti, descritti nel precedente paragrafo.

A questa presa di posizione strategica, il legislatore ha dato parzialmente seguito con il d.l. n. 76/2020 (c.d. semplificazioni), recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. L'intervento normativo si pone lo scopo di realizzare «un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici

¹⁰³ Per una puntuale ricostruzione di tali profili si veda C. conti, sez. reg. Basilicata, parere n. 43/2019.

In merito si veda il punto 3.1. delle linee guida ANAC n. 9/2018, recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato».

¹⁰⁴ Sull'inquadramento normativo del partenariato, sulla sua natura e sugli elementi distintivi rispetto alla concessione si veda Cons. St., Adunanza di Sezione, 22 aprile 2020, n. 196, parere sullo schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

e di edilizia», oltre a introdurre misure di semplificazione procedimentale, «al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19».

L'art. 8, c. 5, lett. *c-quater*) del decreto ha modificato l'art. 180, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 in tema di PPP, introducendo una disciplina *ad hoc* per gli *energy performance contract*, mentre nulla è stato previsto in materia di appalti. La promozione degli EPC, in quest'ottica, si pone come misura volta ad assicurare che il rilancio dell'economia avvenga nel pieno rispetto delle questioni energetiche ed ambientali, attraverso una gestione più efficace ed efficiente dei contratti pubblici.

Con tale modifica, il legislatore ammette esplicitamente la possibilità di fare ricorso all'istituto del partenariato per l'affidamento degli EPC, purché ne abbia le relative caratteristiche, come pure era stato sostenuto da ENEA, da ANAC e dalla giurisprudenza contabile. Più nel dettaglio, con la novella si stabilisce che «i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi». Inoltre, ai fini di garantire il più ampio controllo dell'amministrazione sull'operazione, si prevede che «la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'amministrazione concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto».

Con la modifica proposta il legislatore si preoccupa di assicurare che negli EPC in forma di partenariato i rischi siano correttamente allocati, dimodoché la remunerazione del privato avvenga unicamente in relazione ai risparmi energetici effettivamente conseguiti ed alle prestazioni rese, da monitorare e verificare opportunamente. La previsione, dunque, chiarisce i dubbi relativi ai profili di assunzione del rischio da parte del contraente privato, essendo necessario che questi ponga in essere interventi atti a raggiungere un determinato livello di risparmio energetico, a fronte di un investimento iniziale di capitale necessario a realizzare gli interventi di efficientamento concordati. Tali profili di rischio sembrano non coincidere perfettamente con quelli tipi dei contratti di PPP, in ragione delle peculiarità che contraddistinguono gli EPC.

Seppure l'ampio perimetro tracciato dall'art. 180 c.c.p. già permettesse di ricondurre al partenariato qualsiasi fattispecie contrattuale, purché presentasse le caratteristiche tracciate dalla disposizione, l'intervento del legislatore ha consentito di sancire con sicurezza la riconducibilità dell'EPC allo schema del PPP. Il c. 2 novellato permette quindi di affidare i contratti di prestazione

energetica sulla base delle norme che regolano il partenariato¹⁰⁵, in generale, oppure, ove se ne rinvenivano le caratteristiche specifiche, le concessioni.

La modifica al Codice comporta inoltre significative ripercussioni sul piano operativo, dal momento che si individua nella stima del rendimento energetico, nell'*audit* iniziale, nella quantificazione dei ricavi in funzione dei consumi e nella verifica costante dei risparmi conseguiti durante l'esecuzione del contratto gli elementi tipizzanti della fattispecie.

Più nel dettaglio, l'aver fatto riferimento ai consumi per la quantificazione dei ricavi dell'operatore economico appare particolarmente significativo per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché offre un criterio oggettivo di valutazione della sostenibilità economica dell'operazione e, dunque, circa la correttezza delle considerazioni di stampo economiche poste alla base del contratto. Ciò implica una particolare rilevanza della quantificazione iniziale dei consumi, da svolgere sulla base oggettiva dei consumi precedenti, che diventa parte integrante dell'*audit* iniziale della o delle ESCo che si propongono per l'operazione.

In secondo luogo, l'aver indicato il livello di miglioramento dell'efficienza energetica o criteri di prestazione energetica ai fini della quantificazione dei ricavi, costituisce un elemento connettore tra la disciplina dei contratti pubblici e quella in materia di energia e ambiente, in quanto gli obiettivi energetici e ambientali vengono a costituire la lente attraverso la quale valutare le misure messe in campo dalla ESCo. In altri termini, con la previsione in commento il legislatore ha "agganciato" il vantaggio economico all'efficienza energetica, sin dal momento genetico del contratto.

Ad una diversa finalità corrisponde la seconda parte della disposizione, là dove si prevede il monitoraggio costante dei risparmi conseguiti, stabilendo che la misura di miglioramento dell'efficienza energetica deve essere «calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore». Come accennato in precedenza, la precisazione ha lo scopo di incentivare la trasparenza dei rapporti tra operatori economici e p.a. per l'intera durata del contratto. Benché la disposizione costituisca una specificazione di quanto già previsto in generale per tutte le forme di partenariato dall'art. 181, c. 4, c.c.p., il legislatore ha ritenuto di puntualizzare la necessità di monitorare tutta l'esecuzione del contratto, non potendosi la p.a. limitare a progettare ed espletare la gara, disinteressandosi della successiva fase esecutiva. A tal proposito il legislatore incentiva il ricorso ad «apposite piattaforme informatiche

¹⁰⁵ Per la ricostruzione della disciplina applicabile al partenariato cfr. F. Scalia, *L'Energy Performance Contract*, cit., spec. par. 6.

le procedure di affidamento dell'*energy performance contract*

adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici», al fine di rendere preciso e costante il monitoraggio e il controllo sullo svolgimento del contratto.

Il monitoraggio costante è da ricondurre all'art. 181, c. 4, c.c.p. anche sotto un ulteriore aspetto, ossia, al fine di verificare «la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti», cioè che i rischi siano correttamente allocati. In sintesi, il monitoraggio ha sia lo scopo di incentivare la p.a. ad effettuare un controllo reale, costante e approfondito sullo svolgimento del contratto e sull'applicazione delle misure di efficientamento pattuite, sia quello di mantenere l'equilibrio economico dell'operazione, dimodoché i rischi continuano ad essere collocati in capo al privato e non all'amministrazione, con ciò che ne consegue in punto di convenienza dell'operazione per le finanze pubbliche. Per tale via vengono quindi risolti i dubbi – connessi al fatto che i rischi specifici che contraddistinguono gli EPC non corrispondono esattamente a quelli che caratterizzano i PPP – che non consentivano di affermare con sicurezza la possibilità di fare ricorso allo schema del partenariato per i contratti di prestazione energetica.

7. Osservazioni conclusive

Dalla ricostruzione del quadro giuridico emerge la centralità degli EPC come fattore di rilancio economico e, al contempo, di soddisfacimento delle esigenze di risparmio energetico e di promozione di uno sviluppo sostenibile. Il che conferma la centralità attribuita dal legislatore all'uso delle forme proprie del diritto privato ai fini del perseguimento degli interessi pubblici. In particolare, i contratti pubblici costituiscono uno strumento duttile, attraverso cui perseguire interessi generali.

Il diritto dei contratti pubblici ha dunque un essenziale ruolo di equilibrio tra opposte esigenze e risulta uno strumento prezioso ai fini della tutela dell'ambiente in modo trasversale, quale parte integrante dello sviluppo economico. Tale esigenza risulta particolarmente stringente nel settore dell'energia, il quale è essenziale per lo sviluppo sostenibile e per un uso efficiente delle risorse. Tuttavia, affinché possa esplicare le proprie potenzialità, occorre che vi sia certezza circa le regole per l'affidamento, specialmente per quanto riguarda gli *energy performance contract*. Su questi ultimi si è concentrata l'attenzione del legislatore europeo, il quale li ritiene un importante strumento di promozione dell'efficienza energetica, specialmente nel settore pubblico. Ne consegue che la previsione della possibilità di ricondurre l'EPC al partenariato ad opera del d.l. n. 76/2020 deve essere letta sia nell'ottica

di rilanciare l'economia a seguito della pandemia da Covid-19, sia al fine di dare concreta attuazione agli obiettivi europei e nazionali di sviluppo sostenibile, riferiti alla riqualificazione energetica degli edifici pubblici. Il nuovo periodo inserito all'interno del c. 2 dell'art. 180 c.c.p. delinea le specificità della figura in modo che essa funga da raccordo tra le norme di settore in tema di efficientamento energetico.

Dunque, a seguito della novella del d.l. n. 76, i contratti di rendimento energetico possono essere affidati sia tramite PPP, purché presentino le caratteristiche indicate dalla norma, sia tramite procedura di appalto, da qualificarsi come appalto misto di servizi. Ciò, tuttavia, non equivale ad affermare che gli EPC dovranno essere affidati in base alle norme che regolano il contratto di concessione, poiché il PPP rappresenta un "paradigma esteso".

Inoltre, stante la assoluta varietà delle forme in cui può strutturarsi in concreto l'EPC, la collocazione nell'uno o nell'altro schema deve essere svolto caso per caso, avendo riguardo sia al contenuto concreto delle singole clausole, sia all'effetto complessivo del loro collegamento, al fine di far emergere, nel modo più completo possibile, la reale natura del contratto.

Di conseguenza, se il rischio dell'operazione di efficientamento non viene trasferito in capo alla ESCo, il contratto dovrà essere ricondotto all'appalto misto a prevalenza servizi, con la conseguente necessità di seguire regole più stringenti per l'aggiudicazione della gara e la contabilizzazione dei costi del contratto nel bilancio della stazione appaltante. Viceversa, qualora vi sia il rischio, il contratto potrà essere ricondotto nell'ambito del partenariato, a cui consegue una maggiore libertà nella scelta del contraente e la possibilità di non iscrivere a bilancio le spese per gli interventi.

Abstract

The use of Energy Performance Contracts (EPCs) for the energy requalification of public buildings and facilities has been promoted by the European Union to support both economic development and ecological and energetic transition.

However, the difficulty in identifying the procedure to apply to EPCs (contract or partnership) has in fact hindered the use in the public sector due to the uncertainties on the distribution of risks and costs between public and private subjects.

The legislator has clarified the regulatory framework with the decree Law No. 76/2020, providing for a special form of partnership in the case of EPCs. Even though the assignment of the EPC can take place through procurement or partnership, the application of one or the other scheme should take place on a case-by-case basis, having regard to the concrete content of the tender notice and contract.

ARTICOLI

GIANMARCO POLI

LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI PUBBLICI NELL'EMERGENZA SANITARIA: *NON SUNT MULTIPLICANDA SINE NECESSITATE**

SOMMARIO: 1. La gestione della pandemia nel settore degli appalti pubblici. – 2. Le procedure di affidamento nel d.l. n. 76/2020: un nuovo regime “ordinario” dell'emergenza. – 3. Il commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica e le speciali regole sugli approvvigionamenti contenute nel d.l. n. 18/2020. – 4. L'acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte del Capo della protezione civile: un autonomo sotto-sistema. – 5. Conflitto o concorso tra norme? – 6. La necessità di una vera semplificazione.

1. La gestione della pandemia nel settore degli appalti pubblici

Il susseguirsi e sovrapporsi di interventi normativi occasionati dall'emergenza sanitaria e destinati a incidere sulla disciplina degli appalti pubblici ha restituito un quadro d'insieme – per sentenza unanime dei commentatori – disorganico, frammentario che ha messo a nudo tutti i limiti di una disciplina nazionale della materia, in fuga (ormai da tempo)¹ dal codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di qui in avanti, anche solo “codice”)².

¹ * In concomitanza con l'invio per la pubblicazione dell'odierno contributo, è stato pubblicato in G.U. il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, recante – tra le altre cose – semplificazioni procedurali in materia di contratti pubblici (titolo IV). Le novità introdotte, sia pur a prima lettura, non sembrano aver inciso in maniera significativa sugli snodi problematici oggetto di trattazione, sicché è parso sufficiente intervenire sul testo limitandosi a dare conto in nota delle modifiche e integrazioni apportate alle varie disposizioni normative esaminate.

Cfr., da ultimo, C. Contessa, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, in *Urb. e app.*, 2020, 757 ss.; E. Guarnieri, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza: un ritorno alla Dir. 2014/24/UE?*, in questa *Rivista*, 2020, 141 ss.; F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *federalismi.it*, 15 aprile 2020.

² Per una disamina generale del codice dei contratti pubblici, tra le opere più recenti, Aa.Vv., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli,

Attualmente, sembrano coesistere nel sistema più paradigmi normativi chiamati a regolare le procedure amministrative per l'acquisizione sul mercato di beni e servizi i quali, pur rispondendo a un'unica intenzione (mandare in porto la procedura celermente e senza impedimenti), risultano diversificati in ragione del tipo di soggetto committente (che sia o meno investito istituzionalmente del compito di gestire l'emergenza) e/o del tipo di oggetto dell'approvvigionamento (lavori, servizi e forniture in generale, piuttosto che presidi medici, apparecchiature e dispositivi sanitari e di protezione).

Accanto a uno statuto della contrattazione pubblica – derogatorio rispetto al codice e assoggettato a un termine finale di scadenza³ – valevole per la generalità delle stazioni appaltanti, è dato rinvenire nel sistema per lo meno altri due sotto-insieme di regole (derogatori, a loro volta, rispetto alle regole generali), dettati specificamente per gli acquisti della protezione civile⁴ e del commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica da Covid-19⁵.

In nessun caso, tuttavia, gli interventi riformatori ricordati sono stati attuati in modo sistematico e attento alle esigenze di coordinamento. La logica episodica e l'impeto a fare che, sull'onda dell'urgenza di decidere, hanno accompagnato la scelta di ricorrere a regimi speciali *ad hoc*, hanno prodotto, il più delle volte, un accavallamento di disposizioni emergenziali, di cui non sono apparsi del tutto chiari i rapporti con il codice (espressivo di regole o principi alcuni dei quali – su tutti, quelli di diretta discendenza comunitaria – resistenti all'effetto di deroga), né i loro rapporti reciproci (soprattutto in caso di potenziale concorso o conflitto)⁶.

Obiettivo dello scritto, pertanto, è fare il punto sull'attuale disciplina degli affidamenti in regime emergenziale e provare a individuare – districandosi tra le variegate fonti e tentando di fare ordine tra le numerose previsioni di deroga disseminate, in ordine sparso, nei vari livelli dell'ordinamen-

2019; Aa.Vv., *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019; A. Cianflone, G. Giovannini e V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2018.

³ Si allude agli artt. 2 e 3, d.l. n. 76/2020. Il termine, originariamente previsto per il 31 dicembre 2021, è stato oggetto di proroga a opera del d.l. n. 77/2021, che lo ha differito al 30 giugno 2023 (art. 51, c. 1).

⁴ E, *in parte qua*, degli enti locali (come si chiarirà *infra*, al § 4).

⁵ Che, al § 3 (a cui si fa rinvio), sarà oggetto di specifico esame, nonché di raffronto con i regimi previsti per le altre figure commissariali attualmente in carica.

⁶ Parla di «obiettiva incertezza che il decreto n. 76 determina circa l'individuazione dei confini reciproci fra le regole e le eccezioni», C. Contessa, *Le novità del "Decreto semplificazioni"*, cit., 767.

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

to⁷ – quali e quanti diversi regimi normativi coesistano effettivamente oggi (all'indomani dell'adozione del c.d. “decreto semplificazioni”, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020, n. 120) e in che rapporto si collochino gli uni con gli altri.

2. Le procedure di affidamento nel d.l. n. 76/2020: un nuovo regime “ordinario” dell'emergenza

Sul finire di quella fase emergenziale nota, nell'uso comune, come “prima ondata pandemica”, il governo, in veste di legislatore dell'urgenza, animato dall'intendimento di fronteggiare, attraverso un'accelerazione degli investimenti e della realizzazione di infrastrutture, le ricadute economiche scaturenti dalla situazione epidemiologica, ha operato la scelta di soppiantare il codice – sia pure per un tempo limitato – con un articolato normativo composito, frutto di una variegata commistione e combinazione tra previsioni codicistiche (richiamate in negativo o *in parte qua*) e disposizioni straordinarie introdotte *ex novo*.

Sotto l'egida di una dichiarata, massiva semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici, è stato creato una sorta di corridoio di emergenza a due livelli (sia sopra, che sottosoglia) e velocità (in ragione del settore o dell'intensità dell'urgenza con cui provvedere), dove far confluire tutte le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, il cui avvio fosse avvenuto entro la data-limite del 31 dicembre 2021⁸. Ha, così, preso vita un sistema di gestione degli approvvigionamenti in periodo pandemico, valevole per la generalità delle stazioni appaltanti, che, in nome della celerità nel provvedere, ha istituzionalizzato e reso ordinario (benché a tempo) un regime disciplinare in deroga rispetto al sistema della codificazione⁹.

Il d.lgs. n. 76/2020 (convertito con modificazioni a opera della l. n.

⁷ Sul generale indirizzo impresso agli interventi di contrasto alla pandemia nel segno della deroga al codice dei contratti, cfr. A. Varlaro Sinisi, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2020, 317 ss.; U. Frangipane, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *federalismi.it*, 8 aprile 2020.

⁸ Termine da ultimo prorogato al 30 giugno 2023, per opera del d.l. n. 77/2021 (art. 51, c. 1).

⁹ In argomento, cfr. TAR Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si puntualizza che «l'applicazione della disciplina emergenziale non è correlata nel testo di legge alle gare strettamente connesse all'emergenza sanitaria [...] ma, più genericamente, all'emergenza economica indotta dall'emergenza sanitaria, quindi senza distinzione di settori». In dottrina, a favore di una più generale emancipazione dal codice si è mostrato M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2020, n. 2.

120/2020), più precisamente, al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché di far fronte alle ricadute economiche negative occasionate dall'emergenza sanitaria globale¹⁰, sembra aver previsto che le procedure a evidenza pubblica, normalmente assoggettate alla disciplina del codice, dovessero essere espletate ispirandosi ai soli *modus operandi* – due per ciascuna categoria di importo – ammessi dal decreto legge¹¹.

Nell'ambito delle attività di progettazione ed esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in particolare, il decreto semplificazioni ha immaginato una sistema modulare (capace di rendere – in tesi – più snella ed efficace la selezione dei contraenti e, per tale via, di ottenere un generalizzato effetto leva sull'economia nazionale avvilita dalle misure di contenimento del contagio), costruito in funzione dell'urgenza – più o meno crescente – di provvedere¹².

¹⁰ Per un commento al decreto cfr., ad es., L. Carbone, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. "decreto semplificazioni"*, in *federalismi*, 2020, n. 4; F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in *federalismi.it*, 2020.

¹¹ In tal senso, ad es., deporrebbe il tempo verbale (all'indicativo presente) utilizzato dal legislatore agli artt. 1 e 2 del decreto (ove si dice che «si applicano» le procedure di affidamento ivi contemplate e che le stazioni appaltanti «procedono» all'affidamento mediante le medesime procedure). Considerazioni analoghe sono presenti in F. Fracchia e P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *federalismi.it*, 30 dicembre 2020, 54 (in partic. nota 24) e in M. Pani e C. Sanna, *Gli appalti pubblici sotto-soglia nel decreto legge semplificazioni*, in *www.lexitalia.it*. Di contrario avviso, invece, G. Tropea e A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in questa *Rivista*, 2020, 321 ss., i quali, a valle di un approccio sistematico, optano per la possibilità di esperire le procedure ordinarie (con annesso guadagno in termini di competitività e apertura del mercato).

¹² L'art. 2, d.l. n. 76/2020, ha, infatti, previsto che, di regola, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle commesse di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, mediante procedura aperta ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti di legge, alla procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo, in ogni caso con l'applicazione dei termini procedurali ridotti. Tuttavia, quando i suddetti termini, anche abbreviati, non possono essere rispettati a causa di ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, l'affidamento dei contratti può avvenire mediante la procedura negoziata di cui agli artt. 63 (per i settori ordinari) e 125 (per i settori speciali), d.lgs. n. 50/2016, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione e nella misura strettamente necessaria.

Un meccanismo analogo è stato introdotto dal d.l. n. 77/2021 per l'affidamento dei contratti pubblici collegati al PNRR e al PNC. Dispone, infatti, l'art. 48 del decreto che le

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

Quale soluzione *standard*, da applicare di regola, la scelta è ricaduta sulle procedure codicistiche tradizionali ma con un'automatica riduzione dei termini procedurali ordinari, presumendosi, *iuris et de iure*, l'esistenza di ragioni di urgenza¹³. Mentre nei casi di "estrema urgenza" (derivante dagli effetti negativi della crisi pandemica), tali da non consentire neppure il rispetto dei termini, anche abbreviati, delle procedure ordinarie, è stata concessa la possibilità di avvalersi della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara¹⁴, in deroga – che sembrerebbe operare in automatico, senza un'espressa, apposita determinazione – a ogni disposizione di legge¹⁵ che non siano i principi e le regole fissati dal Codice¹⁶, i vincoli discendenti dalle direttive europee (su appalti e concessioni) oltre alla legislazione penale e antimafia¹⁷.

stazioni appaltanti possono, «nella misura strettamente necessaria», ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando quando, «per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) nonché al Piano nazionale per gli investimenti complementari al medesimo PNRR e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea».

¹³ Dall'art. 8, d.l. n. 76/2020, infatti, si evince che non occorre motivare le ragioni di urgenza, dovendosi ritenere comunque sussistenti. Sull'argomento, cfr. E. Guarnieri, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza*, cit., 149 ss.

¹⁴ Ma con la curiosa – e apparentemente contraddittoria rispetto allo spirito della legge (si vedano le considerazioni critiche di C. Contessa, *Le novità del "Decreto semplificazioni"*, cit., 765, per il quale «il Legislatore – mosso dall'evidente preoccupazione di un possibile eccesso di semplificazione – finisce per delineare ancora una volta la particolare – ed evidentemente contraddittoria – figura della procedura negoziata *senza bando*, ma allo stesso tempo *con bando*) – previsione di una necessaria «previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente» (art. 2, c. 3, d.l. n. 76/2020). Ulteriori requisiti procedurali richiesti dalla norma sono, come accennato, il «rispetto di un criterio di rotazione» e il limite della «misura strettamente necessaria».

¹⁵ Testualmente, «operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE» (art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020). Detta previsione non è stata confermata dal d.l. n. 77/2021, che l'ha esclusa espressamente dal beneficio della proroga (cfr. art. 51, c. 2).

¹⁶ Segnatamente, i principi di cui agli artt. 30, 34 e 42, d.lgs. n. 50/2016, e le disposizioni in materia di subappalto (così, l'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020).

¹⁷ Deroga estesa, a prescindere dal livello di urgenza ravvisabile in concreto (e, conseguentemente, dal tipo di procedura – negoziata ex art. 63 del codice o di altro tipo con riduzione dei termini – prescelta dalla stazione appaltante), agli affidamenti in alcuni settori ritenuto nevralgici (come, ad es., l'edilizia scolastica e giudiziaria, le infrastrutture dei trasporti

Non dissimile la situazione che si può osservare con riferimento alle attività di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria¹⁸. Anche in quest'ambito, come si nota, l'obiettivo di rilancio fatto proprio dal decreto è stato perseguito individuando, in deroga alla disciplina generale racchiusa all'art. 36 del codice, due modalità accelerate con cui procedere agli affidamenti¹⁹, stavolta graduate – a differenza della precedente fattispecie – secondo il criterio del valore della commessa (anziché dell'urgenza nel doversi provvedere). Nel dettaglio, per le attività dal valore più contenuto, l'art. 1, d.l. n. 76/2020, ha previsto l'istituto dell'affidamento diretto mediante determina a contrarre (o atto equivalente), che contenga gli elementi essenziali del contratto descritti nell'art. 32, c. 2, del codice²⁰. Mentre, per quelle di valore maggiormente elevato (ma comunque inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria), la procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando (di cui all'art. 63 del codice), previa consultazione di almeno cinque operatori economici²¹ (ove esistenti), nel rispetto di un criterio di rotazione degli

e per la sicurezza pubblica) per espressa previsione del c. 4, dell'art. 2, d.l. n. 76/2020. Quanto all'edilizia scolastica, tuttavia, occorre segnalare un mancato coordinamento tra il nuovo regime introdotto con il comma terzo e quello introdotto con il d.l. n. 22/2020, all'art. 7-ter. Quest'ultima disposizione, che prevede una disciplina dedicata per le procedure di affidamento dei relativi interventi (consentendo a sindaci e presidenti degli enti territoriali competenti il potere di operare, nel rispetto dei principi derivanti dall'ordinamento dell'UE, con i poteri dei commissari straordinari per gli interventi infrastrutturali – su cui si veda *infra* il par. 3 – e con l'aggiuntiva facoltà di derogare agli artt. 32, c.8, 9, 11 e 12, 33, c. 1, 37, 77, 78 e 95 c. 3, d.lgs. n. 50/2016, oltre ad ulteriori deroghe ai termini per i contratti sottosoglia), non risulta espressamente abrogata a opera del d.l. n. 76. Di qui, le ulteriori difficoltà interpretative che caratterizzano questo specifico segmento di attività.

¹⁸ Su cui, cfr. M. Pani e C. Sanna, *Gli appalti pubblici sotto soglia nel decreto legge semplificazioni*, cit., specie per l'individuazione delle differenze con il sistema ordinario previsto dal d.lgs. n. 50/2016.

¹⁹ E, per contrasto, con esclusione di ogni altra astratta modalità (così, M. Pani e C. Sanna, *Gli appalti pubblici sotto soglia nel decreto legge semplificazioni*, loc. cit.).

²⁰ Stabilisce l'art. 1, c. 2, lett. a), d.l. n. 76/2020, che le stazioni appaltanti procedono all'affidamento diretto per i lavori fino a 150.000 euro e per i servizi e le forniture (ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) fino a 75.000 euro. Soglia, quest'ultima, elevata dal d.l. n. 77/2021 fino a 139.000 euro (cfr. l'art. 51, c. 1, il quale, sostituendo l'art. 1, c. 2, lett. a), d.l. n. 76/2020, ha puntualizzato che nelle suddette ipotesi «la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30» del codice).

²¹ Che diventano dieci o quindici a seconda dello scaglione di valore, compreso tra 150.000 euro (per i lavori) e 75.000 euro (per servizi e forniture) e le rispettive soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 del codice. Recita, infatti, l'art. 1, c. 2, lett. b), d.l. n. 76/2020, che le stazioni appaltanti ricorrono alla procedura negoziata senza bando, di cui

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

inviti e con delle modalità procedurali (in deroga) puntualmente descritte ai c. 3 e 4 dell'articolo medesimo²².

In tal modo, come si intuisce, si sono volute contemperare – tentativo, a giudizio della dottrina, non riuscito appieno – le ragioni dell'emergenza con quel *minimum* di garanzia di una leale competizione tra gli operatori economici che nella materia degli appalti non può essere obliterata. Grande esclusa dall'opera di sintesi legislativa, nondimeno, appare proprio la semplificazione che, a dispetto delle affermazioni declamatorie presenti nell'articolato, non ha trovato realmente spazio nella riorganizzazione delle procedure. La scacchiera di rinvii e di deroghe presenti all'interno del testo, di già disagiata decifrazione, si è tradotta in un fattore di complicazione e incertezza, a tutto scapito di quell'applicazione lineare delle misure a cui il mezzo della semplificazione deve tendere²³.

Un'assenza di certezze che risulta viepiù acuita dalla scarsa attenzione del legislatore al coordinamento sistematico dell'intervento, specie in riferimento alle altre disposizioni speciali presenti nel panorama normativo e già in campo per governare gli affidamenti in periodo di emergenza. A dispetto di un generale disinteresse per la questione, il decreto si preoccupa di operare *ex professo* una ricognizione di confini soltanto con riferimento agli appalti per l'acquisizione e distribuzione delle apparecchiature e dei dispositivi di protezione individuale (nonché di ogni necessario bene strumentale) realizzati dal commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da

all'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate), individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture (ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35, d.lgs. n. 50/2016, e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero ancora di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35, d.lgs. n. 50/2016.

La previsione è stata modificata dall'art. 51, c. 1, d.l. n. 77/2021, il quale, oltre a modificare i riferimenti agli scaglioni di valore, ha ridotto a dieci, anche per le soglie di maggior rilevanza, il numero minimo di operatori economici da consultare.

²² Sul diverso (ma concomitante) problema del rapporto tra le procedure derogatorie di cui al d.l. n. 76/2020 e le procedure codicistiche a regime, vedi *supra* nota 11.

²³ Sull'argomento, cfr. E. Guarnieri, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza*, cit., 163 ss.; C. Contessa, *Le novità del "Decreto semplificazioni"*, cit., 760 ss.; F. Fracchia e P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 56-57 e 63.

coronavirus, per i quali l'art. 8, c. 8, del decreto fa espressamente salve le modalità di acquisizione di beni previste nella legge che ha istituito la figura²⁴.

3. Il commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica e le speciali regole sugli approvvigionamenti contenute nel d.l. n. 18/2020

Per esplicita statuizione dell'art. 8, d.l. n. 76/2020, dunque, un altro regime speciale attualmente presente in materia di appalti pubblici è quello cucito su misura (dall'art. 122, d.l. n. 18/2020) per il commissario straordinario per l'emergenza coronavirus, chiamato a fare fronte alle esigenze di carattere sanitario determinate dalla crisi epidemiologica²⁵.

Per la verità, passando in rassegna il testo della norma istitutiva dell'organo commissariale, ci si accorge che, a dispetto di quanto lasci intendere (per come formulata) la clausola di salvaguardia contenuta nel decreto²⁶, manca una vera e propria disciplina dedicata alle procedure commissariali di affidamento. Tralasciando il primo comma dell'art. 122, d.l. n. 18/2020, attributivo della competenza a procedere all'acquisizione di farmaci, apparecchiature, dispositivi medici e di protezione individuale, nonché di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza (o comunque necessario in relazione alle misure adottate per contrastarla)²⁷, le

²⁴ Una forma di coordinamento, benché minimale e mal congegnata, è tuttavia riscontrabile pure nella norma di cui all'art. 9, c. 1, che, nel modificare parte dell'art. 4, d.l. n. 32/2019, manifesta implicitamente la volontà legislativa di fare salve anche le speciali disposizioni ivi dettate (al comma terzo e sesto *bis*) per gli affidamenti disposti dai commissari straordinari per gli interventi infrastrutturali che operano in veste di stazione appaltante (e nonostante il mancato – voluto? – coordinamento tra i due commi summenzionati, su cui si veda *infra* nel terzo paragrafo).

²⁵ In letteratura, sui commissari straordinari, cfr. R. Juso, *Commissario governativo e commissario prefettizio*, in *Nss. D.I.*, 1981, III, Torino, UTET, 634 ss.; G. Berti e L. Tumiatei, *Commissario e Commissione Straordinaria*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 862 ss.; T. Klitsche De La Grange, *Gli organi amministrativi straordinari*, in *Cons. St.*, 1984, II, 431 ss.; G. Rizza, *Commissario (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.; F. Teresi, *I commissari straordinari del governo*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1443 ss.; G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, Giappichelli, 2013.

²⁶ Recita, infatti, l'art. 8, c. 8, d.l. n. 76/2020, che «il Commissario straordinario [...] procede, nell'ambito dei poteri conferitigli e con le modalità previste dalla suddetta norma [l'art. 122, d.l. n. 18/2020], all'acquisizione e distribuzione delle apparecchiature e dei dispositivi di protezione individuale, nonché di ogni necessario bene strumentale [...]».

²⁷ Espressione ampia che, per esigenze di interpretazione sistematica con il c. 8 dell'art. 122, d.l. n. 18/2020 (dettato per i «contratti relativi all'acquisto dei beni di cui al comma 1,

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

uniche partizioni della disposizione a evocare il tema del ricorso al mercato sono il c. 2, riferito (genericamente) a tutte le funzioni attribuite al commissario, e i c. 8 e 9, dedicati agli acquisti di beni compiuti nell'esercizio delle proprie competenze²⁸.

Nessuno dei succitati commi, a ben guardare, si perita di indicare quale sia il regime da prendere in considerazione nell'espletamento delle procedure d'acquisto avviate per fronteggiare l'emergenza sanitaria. E invero, per un verso, le previsioni dettate specificamente per l'attività negoziale si interessano dei soli aspetti collaterali alle procedure di selezione del contraente (occupandosi, ad es., dell'entrata in vigore degli atti posti in essere, della responsabilità dei funzionari adottanti, del reperimento delle risorse prepedeutiche agli acquisti); mentre per l'altro, la disposizione di cui al c. 2, agisce, laconicamente, soltanto in negativo: la norma, più di preciso, nelle ipotesi di urgenza, abilita il commissario a provvedere, nell'ambito delle funzioni ad egli ascritte, «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea» (e fatto salvo il limite generale della proporzionalità).

In assenza di più chiare indicazioni (in positivo), tale ultima disposizione, soprattutto in fase operativa, è stata interpretata dall'organo straordinario come un lasciapassare che consentisse di procedere agli affidamenti modellando la disciplina di gara nel modo di volta in volta più congeniale alle necessità del caso concreto²⁹. Come emerge dalla prassi

nonché per ogni altro atto negoziale conseguente alla urgente necessità di far fronte all'emergenza di cui al comma 1, posto in essere dal Commissario»), è destinata ad abbracciare ogni atto negoziale conseguente alla urgente necessità di far fronte all'emergenza sanitaria.

²⁸ Prevede, infatti, l'art. 122, d.l. n. 18/2020, che al fine di assicurare la più elevata risposta sanitaria all'emergenza, il commissario attua e sovrintende a ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, organizzando, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza stessa, ivi compresa l'acquisizione e la distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale. Nello svolgimento delle predette funzioni, il commissario può adottare, in via d'urgenza (e in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea), i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale (c. 2) e può stipulare i contratti relativi all'acquisto dei beni inerenti l'espletamento delle proprie funzioni, nonché compiere ogni altro atto negoziale conseguente alla urgente necessità di far fronte all'emergenza (c. 8).

²⁹ È probabile che una tale conclusione trovi sponda nella formulazione dell'art. 122, c. 2, il quale, riferendo il potere di deroga ai «provvedimenti» (in senso lato), da adottare in via d'urgenza, «nell'ambito delle funzioni» assegnate dal c. 1 al commissario (comprendendo, dunque, anche le attività negoziali collegate), abbia indotto a interpretare la norma in termini estensivi, fino a ricomprendervi, cioè, anche gli atti e i provvedimenti relativi alle procedure

applicativa³⁰, infatti, l'affidamento delle forniture di dispositivi medici o di protezione è avvenuto, sempre in dichiarata deroga al codice dei contratti pubblici – ad opera dell'art. 122, d.l. n. 18/2020 –, avvalendosi dell'art. 32, dir. 2014/24/UE, in recepimento dei suggerimenti provenienti dalla Commissione europea per le ipotesi di estrema urgenza³¹.

Al fondo di tale scelta operativa risiede la convinzione – avallata dalle parole della stessa Commissione – che la procedura d'acquisto descritta dall'art. 32, rappresenti il modo più elastico per agire nei casi di estrema urgenza. Essa, infatti, non rinvenendo alcuna particolare disciplina nel diritto dell'Unione è, nella pratica, rimessa totalmente alla discrezionalità dell'acquirente pubblico³², che può plasmarla (in ciascuna delle sue fasi) a proprio piacimento, con l'unico vincolo della possibilità materiale e tecnica³³.

Il sistema di acquisizione ora esaminato, dunque, per la particolarità che lo contraddistinguono, sembra prendere le distanze non solo dal codice (rispetto al quale lo scostamento si percepisce in maniera ancor più netta) ma anche dal nuovo modello "ordinario" di gestione degli appalti in regime

ad evidenza pubblica adottati in via d'urgenza. In argomento, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 9 ottobre 2020, n. 10268, in www.giustizia-amministrativa.it, per il quale «il richiamo contenuto nel disposto di cui all'art. 8, d.l. n. 76 del 2020, all'art. 122, d.l. n. 18 del 2020, convertito in l. n. 27/2020, consente al commissario medesimo il potere di adottare provvedimenti «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. In tale peculiare contesto normativo, dunque, si inserisce la procedura di gara in discussione che, in ragione dei rilevanti interessi pubblici ad essa sottesi, è stata improntata ai canoni di massima celerità e flessibilità».

³⁰ Cfr., ad es., gli avvisi per le forniture dei dispositivi medici pubblicati su <http://www.governo.it/it/dipartimenti/commissario-straordinario-lemergenza-covid-19/cscovid19-bandi-201124/15764>.

³¹ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione recante «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), pubblicata sulla G.U.C.E. del 1° aprile 2020. In tale documento, infatti, tra le opzioni possibili a norma del quadro dell'UE in materia di appalti pubblici per l'acquisto di forniture, servizi e lavori necessari per affrontare la crisi, la Commissione contempla espressamente la procedura negoziata senza previa pubblicazione *ex art. 32* della direttiva, quale risposta alle situazioni di estrema urgenza che richiedono agli acquirenti pubblici di effettuare acquisti nel giro di giorni se non, addirittura, di ore.

³² Sull'«eterno dilemma della discrezionalità amministrativa» in materia di appalti, cfr. le pagine di S. Torricelli, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 970 ss.

³³ Così, il §. 1, della Comunicazione della Commissione 2020/C 108 I/01 («le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna»).

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

dell'emergenza introdotto con il d.l. n. 76/2020; spia, a sua volta, dell'intenzione di delimitare un settore di attività, ritenuto particolarmente critico (una sorta di emergenza nell'emergenza), nel quale le ragioni della concorrenzialità fossero sottomesse quasi *in toto* alla necessità di coprire all'istante un fabbisogno essenziale per la salute (individuale e collettiva).

L'estensione e l'ampiezza del potere riconosciuto al commissario di agire in deroga alla legge, infatti, consente di collocare il sistema di acquisizioni venutosi così a delineare a una diversa latitudine della legalità³⁴, trovando un limite (e, al contempo, una guida) nei soli valori della Costituzione e nelle norme del diritto europeo.

È proprio in questa caratteristica, peraltro, che risiede la differenza anche con un altro regime speciale in materia di *public procurement* già previsto, in parallelo, per una diversa figura commissariale. Si allude, in particolare, al commissario straordinario per gli interventi infrastrutturali introdotto dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32³⁵, la cui disciplina degli affidamenti – come modificata dal d.l. n. 76/2020, in un'ottica di riavvicinamento delle disposizioni speciali – prevede oggi un meccanismo ordinario di acquisizione di beni e servizi speculari a quello previsto dal decreto semplificazioni per gli affidamenti sopra soglia nelle ipotesi di estrema urgenza³⁶.

L'idea del legislatore, nel contesto degli interventi infrastrutturali carat-

³⁴ Come osservato da qualcuno, alle soglie della legalità (cfr. G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010, 137; ID., *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo*, in www.giurcost.org, 17 marzo 2020, 5: «sotto un certo profilo, quindi, si può dire che i commissari amministrino a prescindere dalla legge»).

³⁵ Sul quale si rinvia allo studio di C. Micciché, *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in *Dir. econ.*, 2020, 419 ss.

³⁶ Stabilisce, infatti, l'art. 4, c. 3, d.l. n. 32/2019, che per l'esecuzione degli interventi, i commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del codice, delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (di cui al d.lgs. n. 159/2011) e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE (oltre alle disposizioni in materia di subappalto). L'unica differenza rispetto al tenore dell'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020 (e valevole per la generalità delle stazioni appaltanti), riguarda all'ambito di deroga consentito, esteso a «ogni disposizione di legge diversa da quella penale», in luogo di quello, più circoscritto (le «disposizioni di legge in materia di contratti pubblici»), consentito al commissario. Una distonia, come ha rilevato l'ANAC nel parere 4 agosto 2020 reso sul d.l. n. 76, che non appare del tutto chiara né risulta ragionevole (giacché l'attribuzione alla generalità delle stazioni appaltanti di poteri derogatori più ampi di quelli attribuiti, agli stessi fini, ai commissari straordinari, non troverebbe una giustificazione).

terizzati da un elevato grado di complessità progettuale o da una particolare difficoltà esecutivo-attuativa, è stata quella di dare maggior rilevanza – a scapito della libertà di azione – alle garanzie di competitività, riportando le procedure di affidamento attivate in quest’ambito (nel quale non sono direttamente coinvolte esigenze di sanità pubblica) entro un quadro di maggior contemperamento tra le esigenze contrapposte. Sembrano, invece, rimasti tagliati fuori dall’opera di armonizzazione, gli appalti di pertinenza del commissario straordinario incaricato di sovrintendere alle fasi di prosecuzione dei lavori del MOSE³⁷, per i quali – non è chiaro se scientemente o per una svista – continuano a valere le disposizioni originarie (aggiunte dalla legge di conversione e lasciate intatte dalla normativa sull’emergenza epidemiologica), che consentono di operare gli affidamenti con un’autonomia operativa e facoltà di deroga assimilabili a quelle riconosciute al commissario per l’emergenza coronavirus³⁸.

Anche stavolta, il quadro venutosi a delineare appare frammentato e disomogeneo, esito annunciato di un intervento legislativo estemporaneo, improntato a un riordino parziale e non unitario delle gestioni commissariali degli appalti pubblici nell’emergenza.

4. L’acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte del Capo della protezione civile: un autonomo sotto-sistema

Arroccate dietro il baluardo normativo del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (recante il codice della protezione civile), infine, si stagliano quelle ordinanze di protezione civile³⁹, adottate – nell’imminenza di una emergenza sanitaria nazionale – ai sensi dell’art. 25 del decreto⁴⁰, con le quali il capo del relativo

³⁷ Su questa e sulle altre più recenti figure di commissario straordinario, cfr. G. Avanzini, *Origini e sviluppi del commissariamento*, in *Legalità ed efficienza nell’amministrazione commissariata*, Atti del XXIV Convegno di Copanello a cura di F. Astone, F. Manganaro, R. Rolli e F. Saitta, in corso di pubblicazione.

³⁸ Ai sensi dell’art. 4, c. 6-bis, d.l. n. 32/2019, infatti, è previsto che il commissario straordinario per il MOSE, per i lavori volti al completamento dell’opera, agisca in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi generali posti dai Trattati e dalle direttive di settore, anche come recepiti dall’ordinamento interno. Salta all’occhio l’analogia con la formula utilizzata dall’art. 122, c. 2, d.l. n. 18/2020, per il commissario straordinario per l’emergenza coronavirus.

³⁹ Sul tema, di recente, E. Zampetti, *Legalità e potere straordinario d’ordinanza*, in *Dir e soc.*, 2019, 477 ss.

⁴⁰ In argomento, sulle problematiche sollevate dalla norma con riferimento all’emergenza Covid, cfr. M. Francaviglia, *Decretazione d’urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La*

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

Dipartimento ha istituito un sotto-insieme di prescrizioni che sovrintendono i propri acquisti, oltre a quelli disposti dai soggetti attuatori.

Grazie all'ordinanza del 3 febbraio 2020, n. 630, più precisamente, ha preso vita uno speciale sistema di deroghe che ha consentito – e tuttora consente – agli organismi appena menzionati di espletare tutte le attività necessarie (ivi comprese quelle negoziali) a fronteggiare i rischi connessi all'alta trasmissibilità degli agenti virali, accantonando la gran parte delle regole che albergano nel codice degli appalti (oltre a una lunga lista di altre regole), soppiantate da un congegno procedurale più agile, che promettesse di raggiungere, con immediatezza d'intervento, l'obiettivo⁴¹.

L'articolato che ne è derivato, benché risulti un intreccio non agevole da dipanare, sembra suggerire l'esistenza di (tendenzialmente) due linee di intervento immediato, dipendenti dal livello di urgenza – eccezionale o meno – con cui le circostanze richiedono che si agisca contrattualmente⁴².

Per l'espletamento dell'attività convenzionale ad evidenza pubblica in situazione di urgenza è previsto che, sia il Capo della protezione civile, sia ciascuno dei soggetti attuatori, possano avvalersi, ricorrendone i presupposti, della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando *ex art. 63* del codice (per gli appalti relativi a lavori, servizi e forniture, sopra soglia) ovvero, per l'esecuzione di lavori entro il limite di duecentomila euro (o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità), della procedura di somma urgenza *ex art. 163* – che il codice già prevedeva per le emergenze, anche di protezione civile – con termini e oneri procedurali ridotti, in deroga a quanto sarebbe stato invece richiesto dalla disposizione codicistica⁴³. Con la precisazione, nei casi esposti, che la necessità di accelerare la procedura di scelta sottesa alla particolare

produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale, in *Dir. Pubbl.*, 2020, 361 ss. (in partic., 364 ss.).

⁴¹ Sull'impatto e sulla legittimità delle deroghe introdotte dall'ordinanza n. 630/2020, cfr. E. Guarnieri, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza*, cit., 156 ss.

⁴² Si legge, infatti, nell'art. 3, ord. n. 630/2020, che per l'espletamento delle attività previste dall'ordinanza, il Capo del Dipartimento della protezione civile ed i soggetti attuatori, possono avvalersi, ove ricorrano i presupposti, delle procedure di cui agli artt. 63 e 163, d.lgs. n. 50/2016.

⁴³ Ai sensi dell'art. 3, c. 2, dell'ordinanza, infatti, viene stabilito che «con riferimento alle procedure di somma urgenza, i termini per la redazione della perizia giustificativa [dei lavori] di cui al comma 4 dell'art. 163 e per il controllo dei requisiti di partecipazione [previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura ordinaria] di cui al comma 7 dell'art. 163 possono essere derogati, di conseguenza è derogato il termine di cui al secondo periodo del comma 10 dell'art. 163 [di trasmissione all'ANAC degli atti relativi agli affidamenti per i controlli di competenza]».

urgenza di provvedere a tutela della salute, debba uniformarsi agli indirizzi in materia impartiti dal Consiglio dei ministri (con la direttiva del 22 ottobre 2004) e non possa mai spingersi fino al punto di venir meno ai vincoli derivanti dal diritto euro-unitario e al rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Diverse, sia pur in parte, sono invece le disposizioni sulle procedure competitive che vigono per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture, strettamente connessi alle attività di protezione civile oggetto dell'ordinanza, in assenza di ragioni di eccezionale urgenza. In questi casi, infatti, l'art. 3, c. 5, ord. n. 630/2020⁴⁴, sembra disporre, di regola, per gli affidamenti sopra-soglia, la procedura negoziata *ex art.* 63 del codice, ma senza dover rispettare i principi di concorrenzialità e partecipazione o le garanzie di rotazione e selezione di un numero minimo di operatori economici, che normalmente seguono all'utilizzo della procedura (c. 6 del medesimo articolo). Mentre, per le operazioni con valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, è previsto il ricorso all'affidamento diretto di cui all'art. 36 del codice, anche qui senza necessità di consultare previamente più operatori economici⁴⁵.

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 4, ord. 25 marzo 2020, n. 655, il regime speciale dettato per la protezione civile è stato, in parte, esteso anche agli enti locali (autorizzati ad acquistare forniture e servizi in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara⁴⁶), contribuendo e rendere ulteriormente frastagliato e disomogeneo il quadro disciplinare complessivo.

⁴⁴ A mente del quale: «ai fini dell'acquisizione di lavori, servizi e forniture, strettamente connessi alle attività di cui alla presente ordinanza, i soggetti di cui all'art. 1 provvedono con la procedura di cui all'art. 36 anche senza previa consultazione di operatori economici e con la procedura di cui all'art. 63, comma 2, lettera c) in deroga al comma 6 del medesimo art. 63 [...]».

⁴⁵ E salvo che non si voglia assegnare una qualche rilevanza classificatoria al concetto di «stretta connessione», richiamato dalle norme soltanto con riferimento alle attività di acquisto (demandate dall'art. 1, dell'ordinanza al Capo del dipartimento di p.c.) prive di un'urgenza qualificata. In tal caso, è plausibile ritenere che per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture non strettamente connessi alle funzioni della protezione civile, né caratterizzati da un'estrema urgenza, troveranno applicazione le ordinarie procedure di affidamento descritte dal codice, sia pur con le deroghe elencate al c. 3, dell'art. 3, ord. n. 630/2020 (ad es., operando attraverso procedure aperte o ristrette, con possibilità di deroga agli artt. 60 e 61, d.lgs. n. 50/2016 allo scopo di semplificare e accelerare la procedura per la scelta del contraente).

⁴⁶ Recita, infatti, la norma in parola che «gli enti locali, al fine di dare piena ed immediata attuazione ai provvedimenti normativi e di protezione civile emanati in relazione all'emergenza epidemiologica da Covid-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza epidemiologica, possono procedere ad appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli articoli 60, 61, 72, 73 e 74 del codice dei contratti pubblici».

5. Conflitto o concorso tra norme?

Appare, dunque, evidente come, in una babilonia di regole che investono le procedure di affidamento in questo periodo di emergenza sanitaria, diventi prioritario dare una sistemazione organica al materiale normativo accumulatosi (e stratificatosi) nelle diverse fasi della pandemia.

Basandosi sull'ordine di priorità logica con cui le questioni vengono all'attenzione, il problema a cui occorre dare priorità nella risposta riguarda, senz'altro, la ricognizione delle fonti vigenti. La (pur rapida) panoramica delle disposizioni passate in rassegna nei paragrafi precedenti ha portato a galla un'attività di coordinamento che, a livello legislativo, è parsa deficitaria. Eccezion fatta per il peculiare statuto riconosciuto al commissario per l'emergenza Covid-19 (conservato *expressis verbis* dalla legge), la sorte dei restanti regimi derogatori in tema di affidamenti di lavori, servizi e forniture non è stata (del tutto o in parte) chiarita dal d.l. n. 76/2020, lasciando gli interpreti a orientarsi, in balia del dubbio, tra garbugli di previsioni affastellate.

Allo stato delle cose, dunque, si può affermare con sicurezza l'attuale vigenza nel sistema del regime speciale tratteggiato dall'art. 122, d.l. n. 18/2020, e la sua prevalenza sul regime (derogatorio ma ormai generale) prefigurato dal decreto semplificazioni (in virtù del criterio di specialità, che riecheggia nella formulazione dall'art. 8, c. 8, d.l. n. 76/2020). Una conclusione che, argomentando da alcune modifiche apportate dallo stesso d.l. n. 76/2020, può essere ragionevolmente estesa anche alla regolamentazione degli appalti pensata per altre figure commissariali. Nello specifico, l'art. 9, c. 3, del prefato decreto ha uniformato la disciplina degli affidamenti operati in seno alle gestioni commissariali finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche o di interventi infrastrutturali, disponendo che tutti i commissari dovessero operare secondo lo speciale sistema descritto all'art. 4, c. 3, d.l. n. 32/2019. Così facendo, il legislatore ha confermato la persistente vitalità di tale regime differenziato, sancendone la sopravvivenza – e, sia pur in modo implicito, la prevalenza – rispetto al modello “ordinario” introdotto dagli artt. 1 e 2, n. d.l. 76/2020.

Più difficoltoso, di contro, si presenta il caso della normativa speciale che rimonta al complesso delle ordinanze adottate – in forza della dichiarazione dello stato di emergenza – dalla protezione civile, di cui non v'è traccia nel decreto semplificazioni. In assenza di utili indicazioni ritraibili dal testo, infatti, per stabilire se quell'apparato di regole sia ancora in vigore, è giocoforza chiamare in soccorso gli ordinari criteri di risoluzione delle antinomie tra norme che si susseguono nel tempo⁴⁷.

⁴⁷ Sull'argomento, per un inquadramento generale, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto co-*

Al riguardo, seguendo l'insegnamento tradizionale, che vede nelle ordinanze contingibili e urgenti – ivi comprese quelle di protezione civile – una tipologia di atto (amministrativo⁴⁸ o di normazione secondaria⁴⁹, poco importa) sottordinato alla fonte legislativa, la legge sopravvenuta che vada a disciplinare l'identica materia tenderà a prevalere su quella, privandola di efficacia⁵⁰. Epperò, il criterio della gerarchia (associato, nel caso di specie, a quello cronologico), così declinato nei suoi termini generali, non può non essere calato nel contesto normativo concreto, ove campeggia il codice della protezione civile il quale, con norma di rango primario, individua un preciso e predefinito orizzonte temporale (coincidente con la durata dello stato di emergenza) in cui l'effetto derogatorio delle ordinanze è in grado di sopravvivere, mantenendo una particolare forza di resistenza passiva rispetto alla normazione successiva, anche se di rango legislativo⁵¹.

In circostanze del genere, infatti, il rapporto rilevante a cui fare capo non sarà quello tra un atto di secondo livello (l'ordinanza) e la legge, ma tra atti equiordinati nel rango (il decreto-legge e il codice della protezione civile) che dispongono, entrambi sul presupposto dell'emergenza, su uno stesso settore di attività (gli appalti); con la conseguenza che il confronto tra di essi dovrà trovare soluzione alla luce del criterio non tanto di gerarchia (né, tantomeno, cronologico), quanto di specialità tra norme⁵².

stituzionale, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Padova, Cedam, 1993, 205 ss.

⁴⁸ Cfr. C. Cost., 20 giugno 1956, n. 8 e C. Cost., 23 maggio 1961, n. 26, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*, nonché, successivamente, C. cost., 3 aprile 1987, n. 100, in *Foro it.*, 1987, I, 1671 ss. In dottrina, cfr. R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990, in partic., 116 ss.

⁴⁹ Così, secondo A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, 316 ss.; Id., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *D. disc. pubbl.*, VI, Torino, UTET, 1991, 409 ss. e G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss., il quale accosta il fenomeno del potere di ordinanza a quanto si verifica con il regolamento delegificante. Ma vedi anche M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, 956, che reputava le ordinanze atti normativi creativi di *jus singulare*.

⁵⁰ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 225, per il quale «la idoneità della legge formale ad abrogare norme anteriori dello stesso grado comprende, come il più comprende il meno, la idoneità ad abrogare altresì norme poste da fonti che sono ad essa subordinate nel sistema».

⁵¹ Osserva E. Zampetti, *Legalità e potere straordinario d'ordinanza*, cit., 498, che «l'attuale disciplina delinea pertanto un potere straordinario compatibile con il sistema costituzionale delle fonti, laddove la possibilità di derogare alla legge riconosciuta all'amministrazione è circoscritta temporalmente in funzione dell'imprevedibilità dell'emergenza da fronteggiare».

⁵² Tale principio risulta espresso, in termini generali, da F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. giur.*, Agg. I, Roma, Treccani, 1997, 561 ss., il quale, a proposito del rap-

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

Si può, dunque, concludere che nel contesto normativo odierno, contrassegnato in misura marcata da disposizioni a carattere emergenziale, nel settore degli appalti pubblici coabitano tutti i modelli normativi finora esaminati. Il che, a ben rifletterci, implica un ulteriore ordine di questioni, che investono più da vicino le possibili interferenze tra i diversi regimi speciali, soprattutto per quelle commesse suscettibili di ricadere (in astratto) nel campo di applicazione di più d'uno di essi (è il caso, ad esempio, degli appalti posti in essere dal Capo della protezione civile⁵³, astrattamente assoggettabili tanto al d.l. n. 76/2020 – specie se inerenti gli interventi infrastrutturali di cui all'art. 2, c. 4 –, quanto all'ord. n. 630/2020).

Sul punto, se è intuitivo che ciascun sotto-sistema operi in deroga – sia pur con i limiti visti – alle corrispondenti norme del codice (rispetto al quale si pone in relazione di specialità), non è altrettanto chiaro se il concorso tra regimi speciali determini l'esclusione di uno di essi (in favore dell'altro) o, dando vita a una sorta di specialità bilaterale, un'addizione tra le relative deroghe.

Confrontando i diversi modelli proposti, ci si avvede che, in realtà, fatti salvi alcuni aspetti della disciplina di settore (per cui sussiste una vera e propria antinomia tra le fonti, dacché la disciplina della fattispecie dettata nell'una escluderà, per definizione, l'altra⁵⁴), per tutto il resto non si rileva un vero e proprio conflitto tra le rispettive disposizioni speciali, posto che alcune previsioni o istituti codicistici che risultano derogati in un ambiente normativo, non lo sono anche nell'altro (e viceversa). Detto altrimenti, la presenza all'interno della legislazione emergenziale di deroghe incrociate, che non si sovrappongono quasi mai tra loro (elidendosi) ma, anzi, si prestano a essere complementari, potrebbe portare a una crescita esponenziale delle procedure di acquisto esentate interamente dal rispetto del codice; con un effetto di

porto tra ordinanze contingibili e urgenti e fonte primaria sopravvenuta, spiega che «quando l'operare della fonte secondaria avviene in virtù di una attribuzione di competenza operata dalla legge, il semplice intervento di una nuova legge sulla materia non basta, di per sé solo, a stabilire la preferenza della fonte «primaria». C'è comunque un momento in cui la nuova fonte primaria, per farsi spazio, deve interagire prima nei confronti non direttamente del regolamento, ma della fonte primaria che lo fondava, abrogandola espressamente (o implicitamente) o derogandovi».

⁵³ Che va considerato «stazione appaltante» ai sensi del d.lgs. n. 50/2016.

⁵⁴ È il caso, ad esempio, delle norme che individuano le diverse tipologie di procedure di scelta del contraente (ove, come è emerso, l'applicazione della disposizione X, che prescrive l'impiego della procedura negoziata senza bando, precluderà automaticamente l'applicazione della disposizione Y, contenuta in altra normativa emergenziale, che, al ricorrere di analoghi presupposti, prescrive la procedura ordinaria con riduzione dei termini procedurali).

erosione della disciplina ordinaria incontrollato e più esteso di quello stimato tollerabile dall'ordinamento, ancorché in uno stato di calamità⁵⁵.

In simili circostanze, infatti, laddove non sia la stessa legge a occuparsi a monte dell'incongruenza (risolvendola)⁵⁶, può rivelarsi forte la tentazione di sommare tra loro – come è, nella pratica, avvenuto – le varie previsioni in deroga, benché contenute in articolati normativi diversi⁵⁷.

Prendiamo, come caso paradigmatico, una possibile procedura d'acquisto avviata dalla protezione civile. Ragionando in quest'ordine di idee, potrebbe succedere che il contraente pubblico decida di aggirare i limiti alla facoltà di deroga alle norme codicistiche fissati dal d.l. n. 76/2020, invocando lo speciale potere concessole dall'ord. n. 630/2020; così come, all'inverso, decida di ampliare le possibilità di deroga ivi previste (e limitate, come si è detto, agli articoli specificamente elencati all'art. 3, c. 3), ricorrendo alle disposizioni del d.l. n. 76/2020, per la parte in cui attribuiscono (indistintamente) alle stazioni appaltanti un potere di deroga più ampio.

In questo modo, ad esempio, potrebbe anche verificarsi che, in una medesima procedura, la protezione civile si senta autorizzata a superare tanto le previsioni dell'art. 105 sul subappalto⁵⁸ (norma derogabile in forza del potere concessole dall'ord. n. 630/2020 ma che, al contrario, rappresenta un limite espresso al potere di deroga contemplato dall'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020)⁵⁹, quanto le previsioni dell'art. 83 del codice sul soccorso istruttorio (che, sep-

⁵⁵ Evidenziano il rischio di una disapplicazione «parziale e discrezionale» delle disposizioni del codice, G. Tropea e A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici*, cit., 333, per i quali, nell'area degli appalti "a codice sospeso" delineata dall'art. 2, c. 4, d.l. n. 76, «le stazioni appaltanti possano scegliere di disapplicare singole norme del codice [...] e di applicare, invece, altre norme cui si riconoscono pregi in termini di semplicità di applicazione».

⁵⁶ Come avviene – lo si è visto – tra le procedure contemplate dal d.l., dove è stato lo stesso decreto semplificazioni a fare un passo indietro, arrestandosi al cospetto di altre discipline speciali (di cui ha riconosciuto l'esistenza e l'integrale prevalenza), parimenti dettate in deroga al codice.

⁵⁷ Esemplificative, al riguardo, sono le procedure d'acquisto di *test rapidi* avviate dalla protezione civile della Regione Sicilia, che ha operato con procedura negoziata *ex art.* 63 del codice «con l'applicazione delle deroghe apportate dall'art. 2 comma 3 e 4 della Legge 120/2020 e dall'O.C.D.P.C. 630/2020 art. 3 c.3 e 5, con l'applicazione della riduzione dei termini per la presentazione dell'offerta ai sensi dell'art. 8 della L. 120/2020» (Lettera d'invito prot. 64955/S.02/DRPC Sicilia del 30 novembre 2020 pubblicata su <https://eprocurement.lavoripubblici.sicilia.it>).

⁵⁸ L'art. 49, d.l. n. 77/2021, pur avendo apportato diverse modifiche alla disciplina codicistica del subappalto, non sembra aver condizionato la possibilità, per gli acquisti della protezione civile, di agire in deroga all'art. 105 del codice.

⁵⁹ Dove, a mente dell'art. 2, il potere di deroga trova un limite proprio «nelle disposizioni in materia di subappalto».

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

pur non censito tra le disposizioni derogabili dall'ord. n. 630, può essere disatteso facendo leva sul d.l. n. 76/2020⁶⁰). Ovvero che, nel caso di ricorso alla procedura negoziata senza bando *ex art. 63* del codice, ometta di rispettare il criterio della rotazione e l'obbligo di previa consultazione di più operatori economici (in virtù del combinato disposto degli artt. 3, c. 2 e 5, ord. n. 630/2020⁶¹), stabilendo altresì – in deroga a ogni regola – modalità *sui generis* di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione (in forza del potere riconosciuto dal solo d.l. n. 76/2020 e non anche dall'ord. n. 630/2020⁶²)⁶³.

Una risposta del genere, per quanto innescata dall'esigenza di riconoscere come prioritarie le ragioni della deregolamentazione e della tempestività nel procedere (rispetto alle tempistiche imposte dall'emergenza), rischia di contraddire seriamente la logica stessa dello Stato di diritto, la quale esclude che, dietro la spinta della prassi applicativa, si possa generare spontaneamente un *corpus* normativo per gli affidamenti in regime emergenziale, non previsto dalla legge (o meglio, contro le intenzioni della legge) e, per di più, sproporzionato rispetto alle effettive esigenze di snellimento delle procedure che la situazione di urgenza richiede.

Per mantenere la farraginoso e complessa disciplina dell'emergenza imbrigliata all'interno del sistema, allora, occorre affidarsi, ancora una volta, ai principi generali che governano i rapporti tra norme (generali e speciali o speciali ed eccezionali) e, in particolar modo, al criterio di specialità.

Il punto da cui partire è la acclarata natura eccezionale – e per di più temporanea – delle disposizioni racchiuse nelle norme sugli affidamenti nel periodo dell'emergenza, che porta in dote l'obbligo di intenderne la portata, specialmente di quelle derogatorie, nel senso più riduttivo possibile⁶⁴.

⁶⁰ Il quale, all'art. 2, c. 4, d.l. n. 76/2020, vieta di disattendere ai «vincoli inderogabili [...] derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE», mentre la dir. 2014/24/UE facoltizza (ma non obbliga) gli Stati membri a introdurre meccanismi di integrazione postuma delle informazioni e dei documenti mancanti (cfr. considerando n. 84, art. 56, par. 3).

⁶¹ Il c. 5 dell'art. 3, in particolare, stabilisce che, per gli acquisti strettamente connessi alle attività di protezione civile oggetto della stessa ordinanza, si può provvedere con la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, anche in deroga al c. 6 dell'art. 63 del codice.

⁶² La quale, all'art. 3, c. 5, imporrebbe comunque al soggetto affidante di rispettare le regole previste nell'art. 163, c. 7, del codice per la verifica del possesso dei requisiti.

⁶³ O, per continuare con le esemplificazioni, prevedere l'esclusione automatica dell'offerta anomala (a prescindere dal numero di offerte ammesse) o assegnare un termine per le giustificazioni inferiore a cinque giorni. Tutte soluzioni ammissibili in forza del potere di deroga riconosciuto dal d.l. n. 76/2020 ma non di quello previsto dall'ord. n. 630 (che, dell'art. 97 del codice, consente deroghe più limitate).

⁶⁴ *Ex professo*, C. Conti Veneto, sez. contr., 21 settembre 2020, n. 121, in *www.corteconti*.

Muovendo da questa premessa, appare più coerente con la logica del sistema mitigare l'impatto delle previsioni derogatorie in esse contenute, vietando ogni sconfinamento in ambiti già oggetto di apposita regolazione. Soprattutto per quelle procedure di acquisto in cui, come osservato, concorrono – per lo meno in apparenza – più di un sistema speciale, ciascuno dei quali già distante (*in parte qua*) dal codice dei contratti pubblici.

Per fare ciò, la chiave di volta si può trovare proprio nella corretta ricostruzione dei rapporti di genere a specie che annodano il codice e le normative speciali sugli appalti nell'emergenza. Soprattutto, mettendo a confronto quelle disposizioni che ne delimitano i rispettivi ambiti di applicabilità⁶⁵.

Muovendosi in questa direzione, un dato salta subito all'occhio: se è vero che il regime eccezionale previsto dal d.l. n. 76/2020 ha l'effetto di provocare – sia pur a tempo – una sospensione integrale e generalizzata del codice⁶⁶, il discorso muta radicalmente se si allarga il campo anche alle speciali regole sugli appalti della protezione civile.

Dal raffronto tra gli artt. 1 e 2, d.l. n. 76/2020, con l'art. 3, ord. n. 630/2020, infatti, si nota come la fattispecie descritta in quest'ultima disposizione, presenti due elementi di specificazione (per addizione) rispetto alla fattispecie delineata nelle altre. E invero, a differenza del decreto semplificazioni, che si rivolge a tutte le stazioni appaltanti per (tendenzialmente) per tutte le categorie di lavori, servizi e forniture, l'ambito di applicabilità dell'ord. n. 630 è circoscritto agli appalti posti in essere dalla protezione civile (elemento di specialità sul piano soggettivo), per attività connesse con le funzioni ad essa attribuite dall'art. 1 dell'ordinanza (elemento di specialità sul piano oggettivo).

La ricaduta di quanto osservato, sul piano dei rapporti di forza tra norme emergenziali, sarà l'inevitabile perdita di efficacia del decreto semplificazioni, inibito dalle peculiari regole dettate per la protezione civile (da ritenere, al suo cospetto, prevalenti), tutte le volte in cui le procedure competitive da avviare presentino le caratteristiche distintive descritte all'art. 3, ord. n. 630/2020. Disapplicazione del decreto semplificazioni, a sua volta, alla quale

it: «la disciplina in deroga introdotta con l'art. 1, d.l. n. 76/2020, è di stretta interpretazione e non consente alcun effetto estensivo del regime derogatorio».

⁶⁵ Per alcuni spunti sul rapporto di specialità applicato alla materia degli appalti pubblici, sia consentito rinviare a G. Poli, *Forma del contratto d'appalto (pubblico) e varianti in corso d'opera*, in *Giur. it.*, 2009, I, 342 ss.

⁶⁶ Il decreto semplificazioni, infatti, a mente degli artt. 1 e 2, presenta lo stesso perimetro di applicazione del codice dei contratti, riferendosi a tutte «le stazioni appaltanti», per tutte «le procedure di affidamento» avviate entro la fine del 2021. Sicché, non sembrano residue zone franche della materia non investite dal cono d'ombra del d.l. n. 76/2020.

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

si accompagnerà – quale inevitabile “effetto domino” – una reviviscenza del codice dei contratti pubblici, che tornerà a trovare applicazione per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati e/o derogati dalle ordinanze di protezione civile.

6. La necessità di una vera semplificazione

Le difficoltà di orientamento per gli interpreti, che sono emerse nelle pagine che precedono, impongono alcune riflessioni (a consuntivo) sulla politica normativa fin qui seguita dal legislatore dell'emergenza.

Il dilemma che accomuna il pensiero di molti può essere così sintetizzato: era davvero indispensabile moltiplicare e far proliferare plurimi modelli di gestione degli affidamenti in periodo emergenziale? Non sarebbe stato, invece, preferibile – per ragioni di certezza e di autentica semplificazione⁶⁷ – individuare un unico, speciale, sotto-sistema per gli appalti dell'emergenza? Un gruppo di regole, magari articolato al proprio interno e a geometria flessibile, che rappresentasse l'unico paradigma a cui tutte le stazioni appaltanti (a prescindere dalla natura ordinaria o straordinaria dell'organo) dovessero attenersi e fare riferimento⁶⁸.

La risposta a queste domande, che hanno il sapore della retorica, chiama in causa la tematica, di più generale respiro, dell'attuale stato di salute del codice dei contratti pubblici e della legislazione nazionale sugli appalti in tempo di normalità. Già da lungo tempo – ben prima della calamità pandemica –, infatti, si invocava a più voci un intervento manutentivo sulla disciplina che governa le commesse pubbliche, improntato a un massivo snellimento e fluidificazione delle procedure⁶⁹.

Sono noti, al riguardo, i termini del dibattito che ha animato (e, soprattutto, anima tuttora) la dottrina. A quanti si sono dichiarati favorevoli a un'abrogazione del codice degli appalti, che lasci in vita le sole norme che sanciscono principi vincolanti affidandosi, per tutto il resto, alla disciplina di

⁶⁷ Per G. Tropea e A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici*, cit., 332, ad es., la rinuncia in termini di certezza che la disciplina emergenziale sugli appalti ha imposto, oltre a non agevolare le dinamiche di semplificazione, non risulta viepiù compatibile con i principi di concorrenza e di legalità.

⁶⁸ Preoccupazioni per l'unitarietà del sistema (che dovrebbe rinvenire nel codice di settore il proprio punto centrale di riferimento) sono espresse anche da C. Contessa, *Le novità del “Decreto semplificazioni”*, cit., 781.

⁶⁹ Cfr., ad es., F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2020, 190 ss.; M. Occhiena, *Gli appalti e la semplificazione impossibile*, in *Dir. econ.*, 2013, 521 ss.

matrice europea dettata dalle direttive (sacrificio necessario sull'altare della semplificazione, *sub specie* di delegificazione e deregolazione)⁷⁰, si contrappone la voce di chi si erge a difesa dell'impianto codicistico, magari alleggerito delle previsioni che determinano un reale effetto di rallentamento delle procedure. È solo ripartendo dal codice – e dal connesso ruolo di intermediazione che ha la legge nazionale di recepimento – che, secondo questo diverso punto di vista, dinamiche di semplificazione e certezza delle regole potrebbero convivere⁷¹.

L'improvvisa emergenza in cui è precipitato il sistema-Paese, in questo senso, ha soltanto messo in luce (in maniera più evidente) le preesistenti inadeguatezze della vigente codificazione – premessa su cui le diverse posizioni convergono – e l'incapacità del legislatore nazionale di varare un reale percorso di semplificazione in materia (espressione che, il più delle volte, è rimasta solo una formula di stile). Una situazione aggravata dalla atavica vocazione del nostro Paese ad affrontare le condizioni straordinarie a colpi di leggi emergenziali e di norme eccezionali (in deroga), frutto più dell'estemporanea politica del momento che di una riflessione legislativa ponderata e programmata (svolta in tempo di normalità)⁷².

Non deve sorprendere, dunque, se il risultato di questa combinazione di fattori sia stato un compendio disordinato di norme speciali che ha finito per ridurre al minimo le garanzie per la concorrenza e – sul versante dell'interesse della p.a. – per la qualità delle commesse realizzate, senza un vero corrispettivo in termini di funzionalità e linearità del sistema degli acquisti⁷³. La corsa a fare presto, annunciata sotto il vessillo della semplificazione

⁷⁰ Così, di recente, M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, cit.; . Fracchia e P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 63; F. Fracchia, F. Goisis, M. Occhiena, M. Allena, P. Pantalone e S. Vernile, *La transizione amministrativa*, in www.aipda.it, Forum *Next Generation EU*, 12 marzo 2021.

⁷¹ Cfr. G. Tropea e A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici*, cit., 328 ss.; Id., *Abolire il codice degli appalti ... e poi?*, in www.lacostituzione.info, 2 maggio 2020, ove si puntualizza che, senza certezza delle regole, non si agevolano le auspiccate dinamiche di ripresa del mercato.

⁷² Sulle problematiche connesse alla gestione amministrativa dell'emergenza, si veda C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2005, 5 ss. Di recente, ha denunciato la tendenza, specie negli ultimi anni, alla superfetazione della decretazione d'urgenza, che ha indotto un'evidente espansione del concetto stesso di "straordinarietà" dell'intervento, in molti casi atteggiandosi quale "ordinaria" modalità di attuazione dell'azione pubblica, TAR Lazio, Roma, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10184, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷³ Sugli scopi che la normativa in materia di contratti pubblici è chiamata a perseguire, cfr. M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2016, 742

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

(rivelatasi tale soltanto nel nome) e in assenza di un disegno unitario (e di un'idea chiara), si è tradotta, alla resa dei conti, in un fattore di incertezza e complessificazione delle procedure⁷⁴.

Probabilmente, in un'ottica di reale alleggerimento degli oneri burocratici, la scelta ottimale, anche per questa emergenza, sarebbe stata quella di aver stabilito *a priori*, in sede di legislazione ordinaria, un modello efficiente di gestione mirata degli affidamenti in regime di calamità⁷⁵. Un impianto normativo unitario, magari provvisto al proprio interno di tutta la flessibilità necessaria per adattarsi alle molteplici declinazioni dell'emergenza⁷⁶, che fosse in grado di rispondere con efficacia e tempestività alle esigenze che tipicamente contraddistinguono gli acquisti pubblici in circostanze straordinarie.

Il legislatore, sulla falsariga di quanto si è tentato di fare, sia pur embrionalmente, con l'art. 163 del codice (di fatto rimasto inutilizzato⁷⁷), avrebbe potuto lavorare a uno statuto normativo "ordinario" per gli affidamenti da realizzare in situazioni di emergenza⁷⁸. Un complesso organico di norme, da inserire a regime nella codificazione di settore, che a disposizioni di applicazione comune e generalizzata (volte a individuare la o le tipologie di procedure di affidamento ammesse in stato di calamità) accompagnasse regole

ss.; S.Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 29 aprile 2020, 252 ss.; A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 127 ss.

⁷⁴ Così anche F. Fracchia e P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 63.

⁷⁵ Sull'inadeguatezza dell'attuale «disciplina ordinaria dello straordinario» recata dal codice, dimostrata dalle «fughe in avanti della decretazione d'urgenza governativa e delle ordinanze *extra ordinem* della protezione civile», di recente, E. Guarnieri, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza*, cit., 148.

⁷⁶ Sul valore della flessibilità (in termini generali), M. Mazzoncini, *La finanza di progetto nel settore dei lavori pubblici: l'eccessiva regolamentazione e il ruolo della flessibilità*, 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, 471 ss.

⁷⁷ Tant'è che, nella situazione attuale, anche laddove non si è preferito introdurre discipline eccezionali e inedite, l'art. 163 del codice è stato completamente trascurato. E persino quando è stato preso in considerazione, si è avvertita l'esigenza di apportare correttivi all'archetipo codicistico (basti vedere le modifiche apportate dall'art. 3, ord. n. 630/2020), per rendere lo strumento più snello, efficace e adatto alle circostanze. Cfr., sul tema, E. Guarnieri, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza*, cit., 163 ss.

⁷⁸ Sull'art. 163 del codice, di recente, R. De Nictolis, *Somma urgenza e protezione civile*, in *Trattato sui contratti pubblici*, IV, cit., 993 ss.; G. Delle Cave, *Le procedure "d'urgenza" al tempo della pandemia: alcune riflessioni sugli artt. 63 e 163 del Codice dei contratti pubblici*, in *ambienteditto.it*, 2020, 138 ss.; S. Trivelloni, *La gestione dell'emergenza alla luce del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *Riv. dir. econ. trasp. e ambiente*, 2017, 229 ss.

specifiche, di dettaglio, calibrate, ad esempio, sulla categoria di emergenza da affrontare (sanitaria, ambientale, etc.) o sulla tipologia di bisogno da soddisfare (realizzare un'opera, acquisire materiale medico, etc.). In questo modo, il sistema degli acquisti dettati da un'improvvisa urgenza, anziché frammentarsi nei mille rivoli delle disposizioni eccezionali (che intervengono *ex post*), si manifesterebbe come un insieme di regole coordinato e armonico (già presente *ex ante*), capace di rispondere efficacemente e adattarsi a ogni evento imprevedibile e straordinario.

L'alternativa, in linea con quanto suggerito dalla Commissione europea (che ha indicato nell'art. 32, dir. 2014/24/UE l'archetipo a cui ispirarsi per gestire gli appalti in situazione di necessità e urgenza, anche connesse a una pandemia⁷⁹), sarebbe stata quella di accogliere le indicazioni dell'istituzione comunitaria e avvalersi – in via generalizzata – di un modello di negoziazione la cui concreta disciplina operativa (lo si è visto⁸⁰) è lasciata interamente nelle mani delle singole stazioni appaltanti.

Il che, tuttavia, si sarebbe tradotto in un eccessivo depauperamento del patrimonio di certezza e prevedibilità delle regole (che per gli operatori economici è, già di per sé, causa di diseconomie) oltre a lasciare, di fatto, indifesi interessi critici, a baluardo dei quali – finanche in situazioni di emergenza – è irrinunciabile porre all'attività negoziale delle p.a. degli argini legislativi (sia pur minimi) definiti e inderogabili. È per tali ragioni che, allo stato dell'arte, appare preferibile che sia il legislatore nazionale, tenuto conto delle peculiarità del contesto italiano e delle emergenze che potrebbero colpire il territorio, a tracciare – preventivamente e una volta per tutte – una rotta per gli affidamenti in condizioni di straordinarietà.

È, dunque, questa la strada che, soprattutto nel prossimo futuro, converrà percorrere per dare sistemazione alla materia. Solo operando in questo modo, infatti, il legislatore potrà dire di aver svolto il proprio compito istituzionale – di coniugare le composite e contrastanti esigenze che ruotano attorno agli appalti nell'emergenza – in maniera responsabile (e una volta per tutte), con reali benefici per la semplificazione e senza pagare dazio in termini di legalità e certezza del diritto⁸¹.

⁷⁹ Si v. *supra* nota n. 31

⁸⁰ *Supra*, al § 3.

⁸¹ Da ultimo, le vie della semplificazione e della codificazione (a cui restituire un ruolo centrale nella riforma della p.a.) sono indicate come strade maestre, specialmente nella prospettiva di un miglior sfruttamento del *recovery fund*, da A. Sandulli, Intervista a Repubblica del 12 febbraio 2021.

le procedure di affidamento degli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria

Abstract

This article is intended to lay down the interpretative guidelines of the current special regulations governing the procedures for the awarding of public contracts during the sanitary emergency. All things considered, the legislation has proved to be complex and difficult to be adequately interpreted, due to the competition/interference of several special regulatory regimes and the consequent problem of defining their respective ambit of application. This implies to look into the "state of health" of the current Public Procurement Code and its adequacy to meet the requirement of an effective simplification (intended both in a regulatory and administrative sense), especially in exceptional situations which require efficient intervention models and certainty of rules.

ARTICOLI

MARIA BIANCA ARMIENTO

AMMINISTRAZIONE DIGITALE E TUTELA DELLA SALUTE: IL CASO *IMMUNI* TRA FALLIMENTI E NUOVE PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione: pandemia di Covid-19 e approcci regolatori – 2. Le nuove tecnologie per la tutela della salute: il caso delle app di *contact tracing* – 3. Le cause del fallimento di *Immuni* – 4. Quale futuro (e riscatto) per *Immuni*? – 5. Conclusioni: le nuove tecnologie come “servizio pubblico”?

1. Introduzione: pandemia di Covid-19 e approcci regolatori

La pandemia di Covid-19 ha avuto un impatto molto significativo sulla società civile. Al contempo, i problemi sanitari, economici e sociali determinati dall'emergenza¹ hanno imposto l'adeguamento della regolazione e del rapporto tra pubbliche amministrazioni e cittadini/impresе. A titolo esemplificativo, regole *ad hoc* si sono rese necessarie per “semplificare” le

¹ Si è osservato come l'emergenza, in passato, sia stata spesso «percepita e rappresentata come un'entità tendenzialmente assoluta [...] e qualche cosa di irresistibile», che «esprime la forza delle cose, neppure il diritto può resistervi», mentre successivamente la legislazione emergenziale avrebbe sia «utilizzato criteri restrittivi», sia «dilatato il presupposto fino a renderlo sostanzialmente indeterminato, perché troppo largamente rimesso a valutazioni dell'Amministrazione, cosicché l'ambito del fenomeno rischia di perdere nettezza di contorni» (così C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005 dell'Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, 5-7). In tema di emergenza sanitaria, in generale, si vedano almeno M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 1673 ss. e A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2006 (con riferimento alle emergenze sanitarie, segnatamente, 145 ss). Relativamente all'emergenza pandemica (e soprattutto con riferimento al riparto di competenze tra Stato e regioni), si rinvia alle recenti riflessioni di Sabino Cassese (A. Pirina, «*La lotta alla pandemia è competenza dello Stato*». *Intervista a Sabino Cassese*, in *La Nuova Sardegna*, 26 marzo 2021).

procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici², così come vi è stato un “ritorno” a forme di intervento pubblico nell’economia³.

Vi sono peraltro alcune previsioni che hanno avuto come obiettivo primario quello di salvaguardare in modo più incisivo la salute dei consociati, al fine di evitare il diffondersi del virus. Il diritto alla salute, con il propagarsi della pandemia, sembra essere divenuto quasi un «problema di ordine pubblico» e dunque vissuto «in una dimensione esclusivamente collettiva, di interesse collettivo o generale»⁴. In questo periodo pare dunque aver trovato attuazione l’art. 32 Cost. nella parte in cui prevede che la Repubblica tutela la salute non solo come diritto dell’individuo, ma anche come «interesse della collettività».

L’Italia (come la maggior parte dei Paesi europei) ha dunque optato per un approccio “*command and control*”, imponendo misure di tipo autoritativo e particolarmente invasive, quali il confinamento generalizzato (c.d. *lockdown*), limitazioni agli spostamenti dei cittadini, la sospensione delle attività in presenza delle pubbliche amministrazioni e quelle imprenditoriali, l’imposizione di controlli anche a tappeto da parte delle forze dell’ordine sui movimenti dei cittadini, assistiti da sanzioni penali e amministrative in caso

² Per alcune riflessioni sulle norme in materia di contratti pubblici dettate dall’emergenza pandemica, contenute nel decreto Semplificazioni (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con modif. in l. 11 settembre 2020, n. 120), si rinvia a D. Galli, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2020, 737-746; R. Amoroso, *Contratti pubblici: il percorso verso la ripresa*, in *St. parl. pol. cost.*, 2020, vol. 207, n. 1, 49 ss.; E. Guarnieri, *Brevi note sugli appalti pubblici nell’emergenza: un ritorno alla dir. 2014/24/UE?*, in questa *Rivista*, 2020, 141 ss. e G. Tropea e A. Giannelli, *L’emergenza pandemica e i contratti pubblici: una “semplificazione” in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in questa *Rivista*, 2020, 309 ss.

³ Si pensi, a titolo esemplificativo, al controllo dei prezzi delle mascherine, al blocco dei licenziamenti da parte delle imprese e agli indennizzi erogati alle imprese “costrette” a sospendere le proprie attività. Sul tema della crisi determinata dalla pandemia (nella triplice declinazione di crisi «sanitaria», «giurisdizionale» ed «economico-finanziaria»), soprattutto con riferimento al rapporto tra gli Stati Membri e l’Unione Europea, si vedano le riflessioni di A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 405 ss. Per alcune considerazioni sul ruolo cruciale del c.d. «Stato investitore» ai tempi della pandemia, cfr. M. Passalacqua, *Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato intervento dello Stato nell’economia*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 55 ss. Più in generale, sull’intervento pubblico nell’economia durante le crisi, si veda G. Napolitano, *Espansione o riduzione dello Stato? I pubblici poteri di fronte alla crisi*, in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 2012, 471 ss.

⁴ Le espressioni sono riprese da R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *D. disc. pubbl.*, XIII, 1997, §1, che le impiega per far riferimento alla concezione che i pubblici poteri hanno avuto della salute, a partire dallo Stato unitario.

di violazione delle prescrizioni⁵. Successivamente, queste misure sono state calibrate, attraverso la divisione del territorio nazionale in più aree, ognuna contraddistinta da un colore (bianco, giallo, arancione, rosso) e da un regime giuridico diverso e più o meno severo a seconda del colore di riferimento⁶. Questo assetto normativo, caratterizzato da una «gestione caotica e a tratti disordinata delle fonti»⁷, non è stato esente da critiche per via della confusione che ha ingenerato tra i consociati, per la stratificazione di varie fonti normative e per la loro scarsa intellegibilità⁸. D'altra parte, approcci basati sull'educazione dei cittadini e sulla loro autoresponsabilità anziché sul *command and control* sono rimasti recessivi e talvolta poco efficaci: una strategia ispirata alle scienze *behavioural* è stata adottata in una primissima fase di lotta alla pandemia nel Regno Unito (che ha poi fatto ricorso a misure di contenimento più dure)⁹; mentre la Svezia non ha adottato misure “dure” di confinamento, affidandosi piuttosto al senso di responsabilità dei cittadini e alla loro capacità di osservare autonomamente le norme relative al distanziamento fisico¹⁰. Da ultimo, regole quali il mantenimento della distanza fisica

⁵ Attraverso i d.P.C. dell'8 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» e dell'11 marzo 2020. Entrambe le misure sono state adottate in attuazione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. Sulle misure sanitarie, si veda A. Pioggia, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 385.

⁶ La disciplina delle zone e del relativo regime giuridico è contenuta nel d.P.C. 3 novembre 2020 e sue successive modificazioni. La zona “bianca” è stata introdotta con d.l. 14 febbraio 2021 n. 2, conv. con modif. in l. 12 marzo 2021 n. 23.

⁷ C. Pinelli, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE online*, 2020, 4263. Per un'analisi sulla produzione normativa durante l'emergenza pandemica, si rinvia a M. Francaviglia, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 361 ss.

⁸ Per un'analisi critica della complessa legislazione italiana per fronteggiare il coronavirus, si rinvia a M. De Benedetto, *Regulating in times of tragic choices*, in *The Regulatory Review*, 6 maggio 2020 (www.theregreview.org/2020/05/06/de-benedetto-regulating-times-tragic-choices) e a N. Rangone, *Italy's Complex Legislative Framework Impairs its COVID-19 Response*, in *The Regulatory Review*, 8 giugno 2020, (www.theregreview.org/2020/06/08/rangone-italy-complex-legislative-framework-impairs-covid-19-response) e F. Nicola e G. Scaccia, *The Italian model to fight Covid-19: regional cooperation, regulatory inflation, and the cost of one-size-fits-all lockdown measures*, in *73 Administrative Law Review* (2021), 53. Sulle problematiche relative alla fase 2 della pandemia di Covid-19, si veda F. Giglioni, *Le misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia nella “fase due”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 414 ss.

⁹ In tema, si veda l'analisi di A.L. Sibony, *The UK COVID-19 Response: A Behavioural Irony?*, in *11 European Journal of Risk Regulation* (2020), 350.

¹⁰ Sulle politiche adottate in Svezia per fronteggiare il nuovo coronavirus, si rinvia

di almeno un metro, l'obbligo di indossare la mascherina e la detersione delle mani, inizialmente concepite come consigli di comportamento, sono divenute "cogenti" con il passare del tempo¹¹.

Controlli sui privati particolarmente incisivi, sanzioni penali e amministrative, un ritorno all'intervento pubblico nell'economia, ma anche tentativi di introduzione di norme sociali ed educazione dei cittadini: sono dunque queste le principali misure adottate dai regolatori per far fronte alla pandemia, che si caratterizzano per un grado molto diverso di cogenza e di effettività¹². In aggiunta a queste misure vi è quella dell'uso e della promozione delle nuove tecnologie (app di tracciamento, telemedicina) da parte dei pubblici poteri per frenare l'avanzata del virus e salvaguardare la salute. Ad oggi, tuttavia, queste non sembrano aver avuto particolare successo come strumenti nella lotta al virus: l'esempio più emblematico di questo fallimento è rappresentato proprio dalle app di tracciamento, che sono state scaricate in Europa da pochissime persone e minate da un senso di sfiducia da parte dei cittadini e dei decisori pubblici.

Partendo da questa esperienza, il contributo solleva interrogativi più ampi, vale a dire se le app di tracciamento (e, con riferimento al contesto italiano, la app *Immuni*) possano svolgere un ruolo ulteriore nella promozione dell'interesse pubblico legato alla tutela della salute¹³. In che modo amministrazioni e regolatori possono agire in modo da ricucire almeno in parte la frattura tra l'amministrazione in senso formale e l'amministrazione in senso sostanziale? Il presente contributo esamina il ruolo della app di *contact tracing Immuni* (*infra* par. 2); indaga sulle possibili cause, imputabili ai pubblici poteri, che ne hanno determinato il fallimento (par. 3); da ultimo, sono approfondite le possibili prospettive di sviluppo della app e il ruolo che le amministrazioni potrebbero avere nel suo "recupero" (par. 4). Si conclude interrogandosi se,

a H. Wenander, *Sweden: Non-binding Rules Against the Pandemic – Formalism, Pragmatism and Some Legal Realism*, in *Eur. Journal of Risk Regulation*, accettato per la pubblicazione (2021), 1.

¹¹ Si pensi, ad esempio, all'uso della mascherina («dispositivo di protezione delle vie respiratorie») che è divenuto obbligatorio sia nei luoghi chiusi, sia all'aperto: art. 1, c. 1, d.P.C. del 13 ottobre 2020.

¹² Da intendersi non solo in senso formale (ossia, il mero rispetto delle prescrizioni), ma anche in senso sostanziale (vale a dire la capacità di perseguire gli obiettivi posti dalle regole): per questa distinzione si rinvia a M. De Benedetto e N. Rangone, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2019, spec. 764-768.

¹³ Sulla capacità delle nuove tecnologie di promuovere interessi pubblici, si vedano, ad esempio, le riflessioni di T. Favaro, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, Padova, Cedam, 2020, cap.V, con riferimento all'impiego della tecnologia *blockchain* nell'ambito del mercato elettrico.

nonostante lo scarso successo di *Immuni*, un suo possibile ripensamento possa far sì che l'uso delle tecnologie da parte delle amministrazioni cominci ad affermarsi come servizio pubblico a tutti gli effetti (par. 5).

2. Le nuove tecnologie per la tutela della salute: il caso delle app di *contact tracing*

I pubblici poteri, da alcuni anni, fanno ricorso a nuove tecnologie al fine di tutelare la salute. La “transizione digitale” dei settori legati all’organizzazione della sanità e alla tutela della salute si inserisce nel più complesso e articolato quadro della costruzione del Mercato Unico Digitale¹⁴. È stata ad esempio riconosciuta la rilevanza dei dati sanitari al fine di effettuare diagnosi più accurate e di prevenire emergenze epidemiche¹⁵, nonché di forme più o meno avanzate di intelligenza artificiale¹⁶ nella promozione della salute, che si affiancano a strumenti più “tradizionali” come il fascicolo sanitario elettronico¹⁷. Parimenti, con gli anni ha assunto un ruolo via via più significativo la telemedicina, ossia quella «modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle Information and Communication Technologies (ICT), in situazioni

¹⁴ Come emerge dalla comunicazione della Commissione Europea, *Enabling the digital transformation of health and care in the Digital Single Market; empowering citizens and building a healthier society*, 25 aprile 2018, COM(2018) 233 final. Si interroga sulle implicazioni giuridiche e sul possibile quadro di regole in tema di nuove tecnologie sanitarie M. De Angelis, *Alcune questioni giuridiche sulla regolamentazione del progresso tecnologico in sanità*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2017, n. 1, 195 ss.

¹⁵ In questo senso, la Comunicazione *Enabling the digital transformation of health and care in the Digital Single Market*, cit., 9 e anche Commissione Europea, *Shaping Europe's digital future*, 19 febbraio 2020. Sul ruolo dei dati nella tutela della salute, segnatamente con riferimento alle politiche italiane di eradicazione dell'epatite C, si veda M. Falcone, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della “rivoluzione dei dati”*: il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C, in *Ist. fed.*, 2017, 421 ss.

¹⁶ Sul punto, cfr. il *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65 final. Con riferimento specifico all'uso della robotica medica, si veda, ad esempio, E. A. Ferioli, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2019, n.1, 169 ss.

¹⁷ Definito come «l'insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e socio-sanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito, riferiti anche alle prestazioni erogate al di fuori del Servizio sanitario nazionale» (art. 12, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012 n. 221). Con d.P.C. 29 settembre 2015 n. 178, è stato invece emanato il *Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico*.

in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località»¹⁸. La sanità digitale è poi arricchita da molte tecnologie di *big data analytics* (si pensi alla medicina personalizzata, volta ad individuare terapie e farmaci “su misura” per il paziente)¹⁹. Da ultimo, l'importanza dell'intelligenza artificiale in sanità è frequentemente richiamata nelle *Proposte per la Strategia Italiana per l'Intelligenza Artificiale*²⁰ e, ancora più di recente, nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*²¹.

L'uso delle tecnologie è divenuto particolarmente importante nel settore pubblico nel periodo della pandemia, dal momento che ha permesso il proseguimento delle attività legate, ad esempio, all'istruzione e al pubblico impiego tramite lo “smartworking” e il telelavoro²². In tale contesto, il legame tra nuove tecnologie e tutela della salute collettiva è divenuto cruciale, come emerge dalla crescente attenzione rivolta ad alcuni strumenti tecnologici nella lotta contro il virus: questi vanno dall'uso dei big data e dell'in-

¹⁸ Secondo la definizione elaborata dal Ministero della salute nelle *Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina*, 2012, 10.

¹⁹ Un'ampia analisi di questa e di molte altre nuove tecnologie sanitarie è offerta in D. Ielo, *L'Agenda digitale: dalle parole ai fatti. Sanità, scuola, ricerca, start up, smart city, infrastrutture, appalti, anticorruzione, radiotelevisione*, Torino, Giappichelli, 2015, 81-107. A tal proposito, l'A. osserva come queste tecnologie possano «offrire una nuova dimensione della sanità» (81), dal momento che non solo ampliano l'offerta dei servizi sanitari, innovandone la struttura, ma incidono anche sulla domanda. Limitatamente a quest'ultimo profilo, infatti, la condivisione di informazioni agevolerebbe l'ottimizzazione dei percorsi di cura (secondo l'A., soprattutto con riferimento alle cure di routine per cui sarebbe possibile, attraverso l'interconnessione in rete di informazioni, specificare i trattamenti da parte delle strutture più avanzate) e delle prestazioni dei sanitari (la digitalizzazione permetterebbe infatti, ad esempio, di verificare e gestire i flussi dei pazienti in ospedale, oppure anche lo stato dei posti letto e via dicendo), con conseguente riduzione dei costi.

²⁰ Ministero dello sviluppo economico, *Proposte per Strategia Italiana per l'Intelligenza Artificiale*, 2020, *passim*.

²¹ Nell'ambito della Missione 6 del Piano (e segnatamente, nella “componente” relativa all'*Innovazione, Ricerca e Digitalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale*), sono infatti previste varie azioni volte a promuovere la digitalizzazione per la tutela della salute. Nello specifico, oltre a investimenti che mirano a un generale ammodernamento e potenziamento delle infrastrutture tecnologiche e digitali ospedaliere, sono altresì individuati investimenti finalizzati al «rafforzamento dell'infrastruttura tecnologica e degli strumenti per la raccolta, l'elaborazione, l'analisi dei dati e la simulazione». Da un lato, l'obiettivo è quello di potenziare il Fascicolo Sanitario Elettronico, dall'altro, quello di rafforzare l'infrastruttura tecnologica, migliorare le modalità di raccolta e produzione dei dati sanitari, sviluppare sistemi di analisi predittiva per la programmazione dei servizi sanitari e la rilevazione di malattie emergenti e creare una piattaforma nazionale in materia di telemedicina.

²² In questo senso, si rinvia, per tutti, alle osservazioni svolte nell'*OECD Digital Economy Outlook 2020*, Parigi, OECD Publishing, 2020.

telligenza artificiale per individuare i sintomi più comuni della malattia, alla blockchain per monitorare pazienti sospetti, fino alla telemedicina e alla teleassistenza medica²³.

Tra le tecnologie occasionate dal diffondersi del virus, tuttavia, una delle più usate e dibattute è quella delle app di tracciamento (c.d. *contact tracing apps*), volte a facilitare il tracciamento di soggetti eventualmente positivi al nuovo coronavirus e il loro successivo isolamento. L'importanza dell'introduzione di siffatte tecnologie, sperimentate già nei mesi iniziali della pandemia in Australia e nei Paesi asiatici²⁴, è stata riconosciuta da parte delle istituzioni europee, che ne hanno incoraggiato l'utilizzo, purché la app fosse scaricabile su base volontaria, rispettosa della normativa sulla privacy, nonché ideata e gestita dai pubblici poteri²⁵. Da allora, numerosi Paesi europei hanno sperimentato e introdotto una propria "app Covid"²⁶. Tuttavia, l'introduzione delle app di *contact tracing* a livello europeo è stata accompagnata da non poche polemiche e preoccupazioni, soprattutto con riguardo alla tutela della privacy e alla protezione dei dati personali dei soggetti che facevano uso della app²⁷.

In Italia, a seguito di *fast call* del 23 marzo 2020 da parte dei Ministeri

²³ Così, ad esempio, lo studio del Servizio Ricerca del Parlamento Europeo, curato da M. Kritikos, *Ten Technologies to Fight Coronavirus*, 2020. Ancora, l'OCSE ha riconosciuto le potenzialità delle nuove tecnologie (intelligenza artificiale e big data) a supporto delle regole per far fronte alla pandemia (OCSE, *Regulatory Quality and COVID-19: Managing the Risks and Supporting the Recovery*, 29 Aprile 2020). Per un'analisi accurata delle più importanti tecnologie usate a livello sanitario, si rinvia a F. Aperio Bella, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, n. 1, spec. 221-230.

²⁴ Su cui si veda, tra i primi commenti, quello di K. Nabben, *Trustless Approaches to Digital Infrastructure in the Crisis of COVID-19: Australia's Newest COVID App, Home-Grown Surveillance Technologies and What to Do About It* (2020) in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3579220.

²⁵ *Joint Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures*, Aprile 2020. Sulla «istituzionalizzazione» delle app di *contact tracing*, si rinvia alle riflessioni di C. Cattuto e A. Spina, *The Institutionalisation of Digital Public Health: Lessons Learned from the COVID-19 App*, in 11 *European Journal of Risk Regulation* (2020), 231.

²⁶ Si veda, sul punto, C. Dumbrova, *Lifting coronavirus restrictions. The role of therapeutics, testing, and contact-tracing apps*, luglio 2020 (studio del Servizio Ricerca del Parlamento Europeo).

²⁷ In dottrina, sono state molte le riflessioni sul tema del bilanciamento tra diritto alla privacy e diritto alla salute: si vedano, senza pretese di esaustività, C. Colapietro e A. Iannuzzi, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 2, 772 ss., nonché i numerosi contributi contenuti nell'ambito del *Symposium: Privacy and Contact Tracing* della rivista *Medialaws* (www.medialaws.eu/analyses/symposium-privacy-and-contact-tracing).

dello sviluppo economico, dell'istruzione, dell'università e della ricerca e per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, con il supporto del Ministero della salute²⁸, è stata selezionata l'app di tracciamento denominata *Immuni*²⁹. Il riferimento all'utilizzo della app è peraltro contenuto in una normativa primaria, come si evince dalla formulazione dell'art. 6, d.l. 30 aprile 2020, n. 28³⁰ per cui si istituisce «una piattaforma unica nazionale per la gestione del sistema di allerta dei soggetti che, a tal fine, hanno installato, su base volontaria, un'apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile». Inoltre, la disciplina sembra far emergere un esplicito legame tra l'utilizzo della tecnologia e il perseguimento di un interesse pubblico, come testimonierebbe il riferimento della normativa alla tutela della salute dei soggetti eventualmente entrati in contatto con altri soggetti positivi al virus³¹.

Il funzionamento di *Immuni* è ormai noto ed è molto simile a quello di altre app europee. In via di estrema sintesi, la app si basa su un sistema “Bluetooth low energy” e non sulla localizzazione, e, una volta installata e attivata, emette un segnale Bluetooth, con un codice crittografato casuale. Pertanto, se due utenti si trovano a distanza inferiore a un metro, i loro smartphone registreranno sia i codici emessi, sia la distanza e la durata del contatto. Qualora un utente dovesse risultare positivo al virus, potrà comunicare all'operatore sanitario della ASL competente un codice monouso generato dalla app e autorizzarlo a caricare i propri codici, in modo tale da inviare le notifiche di esposizione, al fine di attivare i protocolli sanitari del caso³². Questi dati, secondo

²⁸ Alcune perplessità relative alla procedura di selezione sono state espresse da P. Clarizia e E. Schneider, *Luci e ombre sulla procedura di selezione di “Immuni”, l'app del governo di tracciamento del contagio da Covid-19*, in www.irpa.eu/immuni-lapp-del-governo-per-il-tracciamento-del-contagio-da-covid-19/.

²⁹ La app è stata creata dalla società Bending Spoons s.p.a., in collaborazione con il Centro Medico Santagostino, come si evince dall'ordinanza dell'allora commissario straordinario all'emergenza Domenico Arcuri del 16 aprile 2020 n. 10.

³⁰ D.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. con modif. in l. 25 giugno 2020, n. 70.

³¹ «Al solo fine di allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione nell'ambito delle misure di sanità pubblica legate all'emergenza COVID-19»: art. 6, c. 1, d.l. n. 28/2020.

³² Peraltro, con l'art. 1, lett. f), d.P.C. 18 ottobre 2020 è stato introdotto l'obbligo per l'operatore sanitario di caricare sul server del Ministero le chiavi prodotte. Per una descrizione dettagliata del funzionamento di “Immuni”, si rinvia alle informazioni contenute sul sito internet www.immuni.italia.it e ai contributi di M.S. Bonomi, *L'app Immuni: tra tutela della salute e protezione dei dati personali*, in federalismi.it, paper, 24 giugno 2020, 1 ss. e G. Della Morte, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2020, n. 2, 303 ss.; sia inoltre consentito rinviare a M.B. Armiento, *I problemi della app Immuni e le indicazioni delle scienze comportamentali*, in *Osservatorio sul Futuro e l'Innovazione*

la normativa attualmente vigente, vengono conservati fino al 31 dicembre 2021³³.

3. Le cause del fallimento di *Immuni*

La app *Immuni*, nonostante la sua “semplicità” (dal momento che è sufficiente il possesso di uno smartphone per scaricarla e usarla) e il fatto che non ponga particolari problemi di privacy³⁴, non sembra aver avuto il successo sperato e si è dimostrata inefficace nel prevenire le temute nuove ondate della pandemia. A supporto di questa affermazione, ci si limita ad evidenziare come i download della app siano stati pochissimi già nei primi mesi³⁵ o comunque insufficienti per raggiungere la soglia che renderebbe

dell'Amministrazione – FuturAP Rapporto Zero 2021, a cura di B.L. Boschetti e E.A. Vendramini, Milano, EDUCatt, 2021, 79 ss.

³³ Così, l'art. 6, c. 6, d.l. n. 28/2020.

³⁴ I suddetti problemi sono stati infatti sollevati in riferimento alle c.d. “*mHealth apps*” (su cui si veda di recente M.K. Sheppard, *mHealth Apps: Disruptive Innovation, Regulation, and Trust—A Need for Balance*, in 28 *Medicine Law Review* (2020), 549). In generale, in merito al potenziale impatto che possibili strategie di tracciamento possano avere sulla tutela della riservatezza, si rinvia alle osservazioni di E. Carloni, “*Fisime per la privacy?*” *Protezione dei dati personali e interesse pubblico nella pandemia*, in *ridiam.it*, 24 marzo 2020, il quale osserva che il tracciamento debba essere ispirato a un principio di proporzionalità che «consiste però, soprattutto (e di nuovo) nel carattere assolutamente temporaneo del trattamento, coerentemente con lo stesso presupposto, emergenziale, che giustifica misure straordinarie ma è idonea a sorreggerle solo nei termini più stretti della fase critica della pandemia». In tema, si rinvia anche a F. Pizzetti, *Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei Garanti*, in *Medialaws*, 2020. La legge “istitutiva” della app contiene costanti riferimenti alla “cornice” del Regolamento privacy: si pensi, a titolo esemplificativo, all’espletamento della valutazione d’impatto (art. 6, c. 2, d.l. n. 28/2020), oppure all’informativa preventiva sul trattamento dei dati personali ex artt. 13 e 14 (art. 6, c. 2, lett. a) o al principio della *privacy by default* (art. 6, c. 2, lett. b). Le perplessità, ad ogni modo, sembravano già essere state superate a seguito del parere del Garante della privacy italiano, che ne ha autorizzato l’utilizzo, riscontrando la compatibilità della app con le previsioni europee in materia di protezione dei dati personali (sul punto, si rinvia al provvedimento autorizzatorio del Garante della privacy del 1° giugno 2020 n. 95).

³⁵ In data 9 settembre 2020 era stata divulgata da parte del quotidiano *Il Sole 24 Ore* (A. Longo, *Immuni è efficace? Gli ultimi numeri, le luci e le ombre dell'app per il Covid-19*) una prima infografica (aggiornata al 31 agosto 2020) in cui emergeva che una media del 9,9 % della popolazione aveva scaricato *Immuni* (pari al 14 % degli smartphones presenti in Italia). All’epoca, il maggior numero di numero di download si riscontrava nella Provincia autonoma di Bolzano (15,1%), seguita dall’Emilia-Romagna (13,3 %) e dall’Abruzzo (13,1 %). Le Regioni con meno download erano invece la Campania (6,6 %), la Calabria (6,4 %) e la Sicilia (5,4 %).

efficaci le app di *contact tracing*, sebbene su questa non vi sia concordanza tra gli studiosi³⁶. Peraltro, una app di questo tipo sembra avere effetti di prevenzione solo in presenza di un numero limitato di infezioni.

Preliminarmente, e al di là di queste considerazioni extragiuridiche, si può comunque osservare come la vicenda di *Immuni* metta in luce la dicotomia che spesso vi è tra l'amministrazione *in the books* (ossia come l'amministrazione dovrebbe agire in base alle previsioni di legge) e l'amministrazione *in action* (ossia come l'amministrazione attua le prescrizioni)³⁷. Prendendo a riferimento la app, sono almeno tre i livelli in cui questo divario emerge.

In primo luogo, e a livello generale, il divario è esemplificato proprio dal contrasto tra la promozione a livello normativo della digitalizzazione pubblica e la sua concreta attuazione³⁸. Da diversi anni, si assiste infatti a una stratificazione di “leggi manifesto”³⁹ in materia di digitalizzazione amministrativa. Un esempio molto recente è rappresentato dalla novella all'art.

³⁶ Sul punto, uno studio sulla app inglese di tracciamento sviluppata dall'NHS ha osservato come, per risultare efficace, la app avrebbe dovuto essere scaricata dall'80% della popolazione che possiede uno smartphone oppure dal 56% della popolazione totale: R. Hinch, W. Probert, A. Nurtay et al., *Effective Configurations of a Digital Contact Tracing App: A report to NHSX*, 2020 (https://github.com/BDI-pathogens/covid-19_instant_tracing). Tuttavia, successivamente, in un altro studio è stato osservato come la percentuale “sufficiente” possa attestarsi anche attorno al 15% (M. Abueg, R. Hinch, H. Hu et al., *Modeling the combined effect of digital exposure notification and non-pharmaceutical interventions of the COVID-19 epidemic in Washington state*, 2 settembre 2020, medRxiv).

³⁷ Il riferimento all'amministrazione *in the books*/amministrazione *in action* è ispirato alla nota discrasia evidenziata da R. Pound, *Law in the books and law in action*, in 44 *American Law Review* (1910), 12. Avverte comunque che l'attività amministrativa è molto di più della mera attuazione delle regole a causa della grande complessità dell'amministrazione. B.G. Mattarella, *Burocrazia normativa: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2020, 75 ss.

³⁸ Sottolinea il contrasto tra un'«amministrazione pensata» e un'«amministrazione vissuta» con riferimento allo stato attuale dell'amministrazione digitale, osservando come la classe politica e amministrativa mostri disattenzione nei confronti della digitalizzazione, pur considerandola una questione dotata di una certa rilevanza, P. Piras, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inform.* 2020, n. 1, 162. Per alcune riflessioni, più risalenti, sullo scetticismo della pubblica amministrazione nei confronti dell'informatizzazione si rinvia al contributo di M. Bombardelli, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, spec. 1008-1012.

³⁹ Leggi, queste ultime, «che vivono solo nei giornali e nei discorsi elettorali», il cui obiettivo è l'«effetto annuncio»: l'ordinamento si riempie così di leggi finte, mentre le vere decisioni politiche, spesso su questioni controverse, sono affidate a oscuri regolamenti e circolari, dei quali i cittadini non vengono a conoscenza»: così, B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011, 22. Osserva inoltre L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 190

3-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, contenuta nel “Decreto Semplificazioni” del 2020⁴⁰. La norma oggi prevede che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche *agiscono* mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»⁴¹, in antitesi con la vecchia formulazione, per cui i pubblici poteri «incentivano l’uso della telematica»⁴². Da questa formulazione, tuttavia, emerge lo iato tra la portata imperativa della previsione («*agiscono*») e lo stato attuale della digitalizzazione della pubblica amministrazione⁴³. Sebbene questa norma non sembri trovare diretta applicazione ai casi oggetto di riflessione (stante il riferimento all’applicazione della telematica ai rapporti tra amministrazioni e cittadini), risulta emblematica nell’evidenziare questo contrasto e impone una riflessione sulla capacità dei pubblici poteri di implementare in modo corretto queste tecnologie. A ben guardare, tuttavia, siffatte difficoltà sono connesse a una delle maggiori problematiche della pubblica amministrazione⁴⁴, ossia l’incapacità di «traduzione dell’innovazione tecnologica in innovazione amministrativa»⁴⁵. Questo è

come la legge non operi più come «uno strumento di ordine, ma [venga] utilizzata come strumento di comunicazione».

⁴⁰ Art. 12, c. 1, d.l. 16 luglio 2020 n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale», G.U. del 16 luglio 2020 n. 24, conv. in l. con modif. dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, G.U. del 14 settembre 2020 n. 228.

⁴¹ Corsivo aggiunto.

⁴² L’art. 3-bis, l. 241/1990, nella sua precedente formulazione, costituirebbe una norma meramente programmatica in quanto «sollecita e invita le amministrazioni pubbliche per finalità di perseguimento dell’efficienza, ma non pone in capo ad esse alcuno specifico obbligo e, correlativamente, non consente l’azionabilità di alcuna pretesa» (F. Cardarelli, *L’uso della telematica*, in *Il Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 511).

⁴³ «L’esperienza quotidiana ci dice che grandi pezzi dell’amministrazione italiana continuano a operare attraverso le famose scartoffie di tanta pregevole letteratura otto-novecentesca, ma non è difficile prevedere che nel giro di non molti anni [...] anche le ‘transazioni’ amministrative saranno normalmente digitali e che quindi il codice dell’amministrazione digitale sarà il codice dell’amministrazione tout court», così, nell’ambito di un ragionamento più ampio sul tema, S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, *La tecnificazione dell’amministrazione*, in *La tecnificazione*, a cura di Id., Firenze, Firenze University Press, 2017, 10.

⁴⁴ In questo senso si leggano le acute riflessioni di M.S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato*, 1979, poi pubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 750 ss.

⁴⁵ E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 366. In senso non dissimile, una critica all’approccio «semplicitico alla semplificazione digitale», dal momento che la digitalizzazione sarebbe stata impiegata al solo fine di «snellire funzioni di *front office*», è mossa da A.G. Orofino, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 2019, n. 3, 99. Inoltre, poiché «i processi di digitalizzazione non sono a costo zero», vi è comunque il rischio «che il disegno innovativo venga progettato, ma

avvenuto per diverse ragioni, tra cui vi sono le scarse competenze tecniche e tecnologiche dei pubblici dipendenti, nonché la disattenzione da parte della stessa amministrazione verso qualsivoglia forma di progresso tecnico e tecnologico⁴⁶. Peraltro, queste nuove tecnologie si caratterizzano anche per un elevato numero di malfunzionamenti⁴⁷: la app *Immuni*, in un primo momento, era incompatibile con alcuni modelli di smartphone⁴⁸ ed è tuttora potenzialmente in grado di generare falsi negativi e falsi positivi⁴⁹. A ciò si è aggiunto il proliferare di app “locali”, sviluppate dalle Regioni italiane, non solo di telemedicina⁵⁰, di analisi statistica ed epidemiologica⁵¹, ma anche di

che poi a livello operativo manchino o siano insufficienti le risorse, non solo economiche, per implementarlo» (G. Piperata, *Cittadini e imprese di fronte all'amministrazione digitale*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2016, n. 2, 176).

⁴⁶ Sulle competenze dei dipendenti pubblici, si rinvia alle recenti riflessioni di S. Casese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 ss., nonché di A. Marra, *I pubblici dipendenti tra vecchi e nuovi concorsi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 233 ss.

⁴⁷ Sugli “errori” delle decisioni amministrative algoritmiche, sia consentito rinviare a M.B. Armiento, *Le regole dell'algoritmo: quali rimedi alle decisioni amministrative algoritmiche “errate”?*, in *St. parl. e pol. cost.*, 2019, 1-2, 63 ss.

⁴⁸ Come, ad esempio, Huawei. Peraltro, la app non risulta, nel momento in cui si scrive, compatibile con modelli di iPhone precedenti alla versione “6s” (si veda, sul punto, R. Berti, A. Longo e S. Zanetti, *Immuni, cos'è e come funziona l'app italiana coronavirus*, in *AgendaDigitale*, 23 dicembre 2020, <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/immuni-come-funziona-lapp-italiana-contro-il-coronavirus/>).

⁴⁹ Il rischio dei falsi positivi e falsi negativi è connesso all'utilizzo da parte della app del sistema bluetooth low energy, che spesso è “influenzata” da ostacoli vari: ad esempio, si potrebbe verificare un falso negativo quando le persone sono a una distanza inferiore rispetto a quella consentita, ma i terminali percepiscono come ostacolo/barriera il corpo dello stesso individuo oppure la borsa in cui quest'ultimo conserva lo smartphone (così: A. Sassano, S. Persia, M. Frullone et al., *Bluetooth Low Energy per Applicazioni Contact Tracing: potenzialità e sfide*, Fubinar della Fondazione Ugo Bordoni, 16 luglio 2020, <http://www.fub.it/index.php/it/News/Eventi/Bluetooth-low-energy-per-applicazioni-contact-tracing-potenzialita-e-sfide>). Potrebbe invece riscontrarsi un falso positivo se due utenti che hanno attivato la app si trovano a meno di un metro, ma sono fisicamente divisi, ad esempio, da una parete porosa (A. Soltani, R. Calo e R.C. Bergstrom, *Contact-tracing apps are not a solution to the Covid-19 crisis*, in *Brookings*, 27 aprile 2020).

⁵⁰ A titolo esemplificativo, si pensi al Lazio (LazioDrCovid), alla Basilicata (SoS Covid-19) e alla Sicilia (SiciliaSicura). Sul punto, cfr. A. Cherchi, *Tracciamento dei contagi, così le app regionali spiazzano «Immuni»*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 maggio 2020.

⁵¹ Come AllertaLOM in Lombardia. Per un approfondimento su questa tecnologia, si rinvia a G. Carullo, *Digitalizzazione dei controlli ai tempi del coronavirus*, in *CERIDAP*, 2020, n. 1, 7 ss., il quale osserva che la app, creata dalla Protezione Civile della Lombardia e originariamente concepita per diffondere le allerte emesse dal Centro Funzionale Monitoraggio Rischi naturali in previsione di eventi dannosi, abbia acquisito nuove funzionalità per far fronte alla pandemia di Covid-19. In particolare, l'A. osserva come la app sia stata integrata con un

tracciamento⁵², che ha creato ulteriore confusione tra gli utenti. Tuttavia, neppure le app locali sembrano aver avuto lo sperato successo.

In secondo luogo, e in qualche misura a completamento di quanto sopra enunciato, tra le cause del fallimento dell'uso di *Immuni* vi è anche l'incapacità dei decisori pubblici di tenere conto in concreto del comportamento reale dei cittadini presumendone la perfetta razionalità. E dunque, per esemplificare, si pensi a come *bias* piuttosto diffusi come quelli della procrastinazione (per cui le persone tendono a rimandare l'adozione di decisioni⁵³) o dell'inerzia (per cui, invece, tendono a non agire⁵⁴) possano aver impedito ai cittadini di scaricare la app. Inoltre, sembrerebbe ipotizzabile, ma andrebbe comunque verificato, che anche motivazioni di carattere psicologico ed emotivo possano aver comportato il fallimento di *Immuni*: il basso numero di download tradirebbe una certa "resistenza" da parte dei consociati nei confronti della app. Nonostante *Immuni* possa infatti essere percepita come "oggettivamente utile", i cittadini potrebbero decidere di non scaricarla, temendo di essere esposti a una qualche forma di "sorveglianza governativa"⁵⁵, oppure a causa di dubbi sulla sua sicurezza⁵⁶ o, ancora, a fronte dello stato di ansia ingenerato dall'idea di poter essere contagiati e di un possibile stigma sociale associato alla positività⁵⁷.

sondaggio che permette alla regione di quantificare il livello di diffusione del contagio sul territorio al fine di svolgere analisi di tipo statistico ed epidemiologico.

⁵² È il caso della app "Zero Covid Veneto", promossa dalla regione Veneto (cfr. R. Luna, *I dati del virus, il Veneto e la piattaforma di cui abbiamo bisogno*, in *La Repubblica*, 2 maggio 2020). Di per sé, la creazione di app e/o nuove tecnologie a livello locale per tutelare la salute potrebbe considerarsi un fenomeno in linea di principio da incoraggiare: si pensi infatti all'utilità che potrebbe avere una app di telemedicina gestita dagli enti locali con il supporto della medicina di base, che permetterebbe una maggiore attenzione al paziente, oppure una app di analisi statistica che possa fornire una "fotografia" più accurata del contesto locale di riferimento.

⁵³ In tema, P. Steel, *The Nature of Procrastination: A Meta-Analytic and Theoretical Review of Quintessential Self-Regulatory Failure*, in 133 *Psychological Bulletin* (2007), 65 e E. Zamir e D. Teichman, *Behavioural Law and Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 87-93.

⁵⁴ Sul ruolo dell'inerzia, si rinvia a B.C. Madrian e D.F. Shea, *The power of suggestion: Inertia in 401(k) participation and savings behavior*, in 116 *Quarterly Journal of Economics* (2001), 1149.

⁵⁵ Per alcune riflessioni generali sull'uso delle nuove tecnologie come strumento di sorveglianza da parte degli Stati si rinvia a L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, spec. 1141 ss.

⁵⁶ Si pensi anche al data breach avvenuto ad aprile 2020 ai danni dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale.

⁵⁷ In questo senso, si veda lo studio di S. Altmann, L. Milsom, H. Zillssen et al., *Acceptability of App-Based Contact Tracing for COVID-19: Cross-Country Survey Evidence*, 2020, <https://>

In terzo luogo, alcune riflessioni devono riguardare il fallimento della comunicazione/informazione amministrativa⁵⁸ riguardo alla promozione di *Immuni*. Ad avviso di chi scrive, questa avrebbe potuto essere particolarmente utile non solo per rendere conoscibile questo tipo di tecnologia, ma anche per introdurre “norme sociali” favorevoli a un suo utilizzo⁵⁹. La app è stata pubblicizzata attraverso mezzi istituzionali (tra cui anche *social media*

papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3590505, che identifica diversi fattori di resistenza all'utilizzo delle app di tracciamento. Un interrogativo sulla possibilità che le app di tracciamento possano costituire una sorta di nudge “rafforzato” in relazione a decisioni molto personali relative alla propria salute («decisional privacy») è sollevato da J. Van Zeven, B.A. Kamphorst, *Tracking and Nudging through Smartphone Apps: Public Health and Decisional Privacy in a European Health Union*, in 11 *European Journal of Risk Regulation*, 2020, 831.

⁵⁸ Materia disciplinata oggi dalla l. 7 giugno 2000 n. 150 «Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni», G.U. del 13 giugno 2000 n. 136. È stato osservato in dottrina come non sia agevole distinguere tra informazione e comunicazione, dal momento che si tratta di attività «strutturalmente connesse»: tuttavia, l'informazione è «di interesse generale, rivolta al pubblico e operata dalle amministrazioni di propria iniziativa» e costituisce «attività contigua a quella politica», mentre la comunicazione è «l'informazione offerta dalle varie amministrazioni agli interessati, avente ad oggetto essenzialmente la propria attività e le informazioni in proprio possesso»: così, B.G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 4-5. La letteratura in tema di comunicazione pubblica, soprattutto a seguito della riforma del 2000, è piuttosto vasta: pertanto si vedano almeno M. De Benedetto, *Comunicazione pubblica*, in *Enc. giur.*, 2002, 1; *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Merloni, Rimini, Maggioli, 2002; *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di G. Arena, Rimini, Maggioli, 2004; sull'analisi delle problematiche della disciplina della comunicazione nell'ordinamento regionale si rimanda a E. Carloni, *L'ordinamento della comunicazione alla luce della legislazione regionale (2001-2005)*, in *Le Regioni*, 2005, 785 ss.

⁵⁹ Per norme sociali s'intendono quei comportamenti che i consociati tengono normalmente nella maggior parte dei casi (ad esempio, riciclare oppure percorrere un determinato tragitto per recarsi dalla propria abitazione all'aeroporto), oppure quei comportamenti che dovrebbero tenere in determinate circostanze e che comportano conseguente approvazione o disapprovazione da parte degli altri (come il vestirsi elegantemente in un'occasione formale). Gli studi sulle norme sociali definiscono i comportamenti del primo tipo come *descriptive norms* e i secondi come *prescriptive* o *injunctive norms*. In particolare, si rinvia al fondamentale studio di R.B. Cialdini, C.A. Kallgren e R.R. Reno, *A focus theory of normative conduct: a theoretical refinement and reevaluation on the role of norms in human behaviour*, in 24 *Advances in Experimental Social Psychology*, 1991, 201 e alla distinzione tra le due tipologie di norme sociali. Sulle norme sociali («social attitudes of approval and disapproval, specifying what ought to be done and what ought not to be done»), si rinvia anche ai contributi di C.R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, in 96 *Columbia Law Review* (1996), 914-921 e Id., *On the expressive function of law*, in 144 *University of Pennsylvania Law Review* (1996), 2021 e di C. Bicchieri, *Norms in the Wild. How to Diagnose, Measure, and Change Social Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2017 e Ead., *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

per facilitarne la diffusione e promuoverne l'utilizzo⁶⁰), ma queste strategie sembrano essersi rivelate perlopiù insufficienti o erranee. Non è possibile stabilire *a priori* da una prospettiva giuridica se la app, correttamente scaricata e utilizzata, avrebbe potuto contribuire a prevenire ulteriori ondate della pandemia. Tuttavia, ciò che emerge è che la comunicazione pubblica sia intervenuta solo in rarissime occasioni per sottolineare l'importanza della tecnologia *Immuni*⁶¹, a differenza di quanto avvenuto con altre regole sociali "necessitate" dalla pandemia, quali il distanziamento fisico, il lavaggio delle mani e l'uso della mascherina⁶². Sembra pertanto emergere un contrasto con quelle previsioni in materia di comunicazione pubblica per cui le attività di comunicazione e informazione dei pubblici poteri (emanate in attuazione dei principi di efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa)⁶³ sono volte a «illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni normative, al fine di facilitarne l'applicazione»⁶⁴ e a «promuovere conoscenze allargate e approfondite su temi di rilevante interesse pubblico e sociale»⁶⁵: l'amministrazione avrebbe forse potuto incoraggiare e spiegare meglio il funzionamento del nuovo strumento, puntando, ad esempio, sull'innovazione tecnologica come strumento di semplificazione ed efficacia dell'azione amministrativa.

⁶⁰ Si tratta di *social media* come Facebook, Instagram e Twitter. L'utilizzo dei *social media* come parte della comunicazione istituzionale è menzionato dal *Vademecum Pubblica amministrazione e social media* (nell'ambito delle *Linee Guida per i siti web della PA*), dicembre 2011. Sull'utilizzo dei *social media* da parte dei pubblici poteri, si rinvia alle recenti riflessioni di P. Piras, *Comunicazione e innovazione nell'amministrazione gattopardo. I social media per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto?*, in *Dir. econ.*, 2020, n. 2, 241 ss. e di M. Falcone, *I social media, data analytics, amministrazioni pubbliche: come le amministrazioni usano i dati provenienti dal social media?*, in *Informatica e diritto*, 2017, n. 1-2, 347 ss. Inoltre, a partire da ottobre 2020, nel sito appositamente dedicato ad "*Immuni*" vi è una sezione in cui compaiono il numero dei download, degli utenti positivi e delle notifiche inviate dalla app: <https://www.immuni.italia.it/dashboard.html>.

⁶¹ Questo, peraltro, è avvenuto anche in altri Paesi: si pensi alla Francia, dove il Primo Ministro ha pubblicamente asserito che non avrebbe scaricato la app di tracciamento francese perché non gli era utile, dal momento che non prendeva la metropolitana e non incontrava molte persone (A. Berdah, *Coronavirus: Jean Castex n'a pas téléchargé l'application «StopCovid»*, in *Le Figaro*, 24 settembre 2020).

⁶² In tema, si rinvia tuttavia alle riflessioni svolte da C.R. Sunstein, *The meaning of masks*, in 4 *Journal of Behavioral Economics for Policy, COVID-19 Special Issue* (2020), 5-8, il quale parte dalla "potenza" del discorso dell'ex Presidente USA Donald Trump. Quest'ultimo, nel raccomandare ai cittadini americani l'utilizzo della mascherina per proteggersi e proteggere gli altri dal coronavirus, ha asserito che, al contrario, lui non l'avrebbe indossata.

⁶³ Art. 1, c. 1, l. n. 150/2000.

⁶⁴ Art. 1, c. 5, lett. a), l. n. 150/2000.

⁶⁵ Art. 1, c. 5, lett. d), l. n. 150/2000.

Se dunque le modalità della comunicazione istituzionale sono in grado di influenzare la *compliance* dei consociati⁶⁶, è possibile ipotizzare che l'omessa o insufficiente comunicazione riguardo alla app, che sarebbe stata molto utile per perseguire un interesse pubblico rilevante come quello della salute, abbia contribuito a decretarne il fallimento.

4. Quale futuro (e riscatto) per *Immuni*?

A fronte del fallimento della app *Immuni*, e delle app di *contact tracing* in generale, è possibile immaginare un possibile futuro e riutilizzo?

È necessaria una premessa. Se è vero, da un lato, che la app come strumento di lotta alla pandemia si è rivelata fallimentare, è anche vero, dall'altro, che ha permesso di raccogliere molti dati (non solo il dato relativo alla sua positività e il codice univoco, ma anche dati relativi agli indicatori di rischio di precedenti contatti con persone positive al virus e la provincia di provenienza) che in questo modo potrebbero essere suscettibili di un riutilizzo⁶⁷.

Ciò che qui si propone è dunque un ripensamento "*data-driven*"⁶⁸ di questa app nella fase di transizione che sembra profilarsi dall'inizio della campagna di vaccinazione fino al suo termine e all'auspicata immunizza-

⁶⁶ Si veda, sul punto, M. De Benedetto, *Effective Law from a Regulatory and Administrative Law Perspective*, in 9 *European Journal of Risk Regulation* (2018), 404, nonché, in senso similare, Ead., *Uguaglianza di genere, lingue e linguaggio: un punto di vista di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2019, 117-118, la quale osserva come accanto ai messaggi «verbal», vi sono anche messaggi di tipo «non verbale [...] costituita dalla storia di attuazione delle norme e che può essere più o meno coerente con la comunicazione verbale».

⁶⁷ Tra le proposte per il "recupero" di *Immuni*, si segnala quella per cui il download della app serva da "pass" per svolgere determinate attività che altrimenti sarebbero precluse dal d.P.C., implementandola con una funzione che attesti che l'utente non è stato a contatto con un soggetto positivo (D.U. Galetta e G. Carullo, *L'app Immuni quale requisito per lo svolgimento di attività a rischio (di diffusione del contagio)? Una proposta per incentivare l'uso delle ICT nella lotta alla pandemia*, in *CERIDAP*, 2020, n. 4, 138 ss).

⁶⁸ Del resto, l'importanza dei dati (anche nella loro possibile declinazione di *big data*) impiegati nella pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ampliamento della propria conoscenza è sempre stata ampiamente riconosciuta: si vedano di recente, ad esempio, M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss. e G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. 241-245, dove l'A. osserva come i dati possano avere un ruolo cruciale in diversi settori dell'amministrazione per offrire una conoscenza più profonda della realtà. Sulla crescente "datificazione" dell'amministrazione, si rinvia inoltre a V. Berlingò, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 641 ss.

zione dei cittadini. In questo modo, *Immuni* diventerebbe non solo uno strumento per identificare eventuali soggetti positivi, ma per individuare situazioni a rischio assembramento e contribuire così a prevenire contagi⁶⁹.

In che modo? È possibile ipotizzare che la app *Immuni* possa essere suscettibile di un miglioramento attraverso il ricorso sia a dati di tipo storico, sia a dati raccolti in tempo reale. Tra i dati storici figurano certamente i moltissimi dati che la stessa app ha prodotto/produce. Il regime giuridico che governa *Immuni* non sembra precludere infatti il loro possibile reimpiego per altre finalità istituzionali. Se da un lato è dunque previsto che i dati raccolti non possano essere utilizzati per finalità diverse da quelle di allertare le persone e tutelarne la salute⁷⁰, dall'altro è fatta salva la possibilità che questi possano essere impiegati «in forma aggregata o comunque anonima, per soli fini di sanità pubblica, profilassi, statistici o di ricerca scientifica»⁷¹. Tuttavia, dati come quelli relativi alla provincia di provenienza e agli indicatori di rischio (che, in ossequio alle finalità di sanità pubblica e statistica, potrebbero essere ad esempio impiegati per determinare il rischio di alcune aree rispetto ad altre) hanno un limite, che è quello della rapida obsolescenza. Pertanto, per integrare *Immuni*, l'amministrazione potrebbe valorizzare ulteriori informazioni di cui già dispone. Tra queste, vi sono quelle provenienti dai gestori di servizi pubblici (come i dati del trasporto pubblico locale relativi alla fornitura/utilizzo del servizio da parte degli utenti di una determinata area) e che, a seguito dell'entrata in vigore della legge di conversione del recente decreto "Semplificazioni"⁷², i concessionari sono obbligati a mettere a disposizione dell'amministrazione concedente⁷³. Queste informazioni

⁶⁹ Mette peraltro in luce come il Sistema Sanitario Nazionale avrebbe potuto fronteggiare in modo più efficace la crisi pandemica sia raccogliendo e monitorando dati epidemiologici per prevenire eventuali pandemie, sia individuando i canali conoscitivi da cui attingere i dati, M. Falcone, *La crisi del Covid-19 come crisi conoscitiva del sistema amministrativo italiano*, in *Ianus. Diritto e Finanza*, 22 maggio 2020.

⁷⁰ Come previsto dall'art. 6, c. 1, d.l. n. 28/2020.

⁷¹ Art. 6, c. 3, d.l. n. 28/2020.

⁷² Per un commento sulle misure in tema di digitalizzazione introdotte dal decreto Semplificazioni del 2020, si veda P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 768-781 e F. Costantino, *Impresa e pubblica amministrazione: da Industria 4.0 al Decreto Semplificazioni*, in *Dir. amm.*, 2020, spec. 891-897, il quale osserva, a commento della nuova normativa, che «si ricava così un quadro di intenzioni buone, che richiedono però impegno da parte delle amministrazioni e una robusta spinta sia in termini di fondi che di comunicazione».

⁷³ Questi dati devono essere messi a disposizione come «dati di tipo aperto». Così, l'art. 33, c. 1, lett. b), l. n. 120/2020 che ha introdotto l'art. 50-*quater* del Codice dell'amministrazione digitale. Sul punto, propende per un'interpretazione estensiva della norma per cui

potrebbero essere restituite in modo “personalizzato” agli utenti della app *Immuni*. Bisognerebbe, in particolare, aggiungervi i dati, aggiornati in tempo reale, dell’*Internet of Things*⁷⁴, quali l’affollamento di pubblici esercizi oppure dei mezzi pubblici e degli uffici⁷⁵.

Inoltre, la app potrebbe essere arricchita con la possibilità per gli stessi utenti di inserire dati sulla mobilità e sulla presenza di assembramenti, oppure, ancora, di segnalare nei pubblici esercizi (come ad esempio bar o ristoranti) il rispetto o meno delle regole del distanziamento sociale e dell’igiene degli alimenti. Del resto, in un esperimento comportamentale condotto su una app “fittizia” di *contact tracing*, è emerso come alcune informazioni provenienti dalla stessa app sul grado di rischio più o meno elevato che gli utenti stavano correndo potessero influenzare i comportamenti di questi ultimi (portandoli, a seconda dei casi, a evitare assembramenti e luoghi affollati, a indossare la mascherina o a non frequentare persone fragili)⁷⁶.

Come valorizzare, dunque, queste informazioni “grezze” per creare, ad esempio, mappe del rischio oppure segnalare luoghi particolarmente affollati? Un ruolo significativo potrebbe essere svolto dalle tecniche di *big data analytics*. Queste ultime, in realtà, non sembrano essere sconosciute all’esperienza delle pubbliche amministrazioni italiane. Si pensi infatti al *Piano Triennale per le Pubbliche Amministrazioni 2019-2021*, che fa già riferimento a *big data engines* che possano armonizzare ed elaborare i dati grezzi della Piattaforma Digitale Nazionale Dati, ossia quello strumento «finalizat[o] a favorire la conoscenza e l’utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali, [dalle pubbliche amministrazioni, dai gestori di pubblici servizi e dalle società in controllo pubblico]; nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese»⁷⁷ (e in cui, proba-

debbano fornire i propri dati anche i concessionari di lavori, P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, cit., 774, nota n. 21.

⁷⁴ Su questo tema, si rinvia all’analisi di S. Ranchordás, *Citizens as Consumers in the Data Economy: The Case of Smart Cities*, in *7 Journal of European Consumer and Market Law* (2018), 154.

⁷⁵ A tal proposito, si pensi all’esperienza inaugurata da Google nel novembre del 2020, ossia quella di segnalare sulla app Google Maps tramite dati aggregati e anonimizzati i luoghi affollati e lo stato di affollamento dei mezzi pubblici o di una prenotazione (dal sito dell’ANSA, *Covid: Google Maps informa su folle e sicurezza delle destinazioni*, 18 novembre 2020).

⁷⁶ Cfr. I. Ayres, A. Romano e C. Sotis *How to Make COVID-19 Contact Tracing Apps work: Insights From Behavioral Economics*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3689805.

⁷⁷ Art. 34, c. 1, d.l. n. 76/2020, che ha modificato l’art. 50-ter del Codice dell’amministrazione digitale. Inizialmente introdotta con il nome di “Data & Analytics Framework”

bilmente, potrebbero confluire le tipologie di dati sopra enumerati). Vi è poi l'incognita di coloro che, in concreto, dovrebbero occuparsi della gestione/elaborazione dei dati dei soggetti esterni all'amministrazione. A tal proposito, è possibile ipotizzare che l'amministrazione possa affidare questo compito a soggetti privati dotati delle competenze necessarie, pur supervisionando il processo⁷⁸? Di per sé, questa strada potrebbe essere anche percorribile. Con ciò, non si vuole certo sostenere una «liquidazione del pubblico»⁷⁹ nell'attuare la digitalizzazione amministrativa, ma piuttosto riflettere sui benefici di una possibile cooperazione⁸⁰, seppure “monitorata”, con soggetti privati, anche sulla scia di alcune indicazioni che derivano da altri ordinamenti. Si pensi, ad esempio, alla proposta statunitense di incentivare forme di collaborazione “pubblico-pubblico” (vale a dire tra amministrazioni e altri soggetti pubblici dotati della necessaria *expertise*) o “pubblico-privato” sotto la supervisione dei pubblici poteri, per la creazione/gestione delle nuove tecnologie nelle *agencies*⁸¹.

(DAF) nel correttivo al Codice dell'amministrazione digitale del 2017, la Piattaforma è “tornata alla ribalta” proprio con il decreto Semplificazioni e la relativa legge di conversione che hanno riscritto in modo sostanziale l'art. 50-ter: la piattaforma diventa così lo strumento che permette l'interoperabilità dei dati di pubbliche amministrazioni e gestori di pubblici servizi. Peraltro, secondo il *Piano Triennale per l'Informatica nelle Pubbliche Amministrazioni 2020-2022* recentemente adottato dall'AGID, la Piattaforma avrebbe dovuto essere rilasciata entro dicembre 2020. Al momento in cui si scrive, la Pdnd non è stata rilasciata. Peraltro, la norma non fa riferimento a come questo enorme quantitativo di dati possa essere “sfruttato”, rinviando a un futuro decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che stabilisca la c.d. strategia nazionale dati. Questo rappresenta un limite della riforma, che forse avrebbe potuto includere un riferimento più chiaro e puntuale alle modalità di “elaborazione” di questi dati e della loro finalità.

⁷⁸ Con riferimento alla Pdnd, la gestione della piattaforma è espressamente affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 50-ter, Codice dell'amministrazione digitale, nuova formulazione). Quanto alla valorizzazione di questi dati, invece, si legge nel *Piano Triennale 2019-2021* che è favorita «l'analisi esplorativa dei dati da parte di team di *data scientist*, sia in seno alle singole PA che a livello centrale» (peraltro, questa “diretrice” riappare, con una formulazione parzialmente diversa, nel *Piano 2020-2022*).

⁷⁹ Per riprendere l'espressione impiegata da G. Rossi, *Le istituzioni dopo la crisi. Ulteriori spunti di Riflessione, in ridiam.it*, 26 marzo 2020, 2.

⁸⁰ Sembra propendere per una soluzione similare (ossia, quella di inserire le amministrazioni di più piccole dimensioni in «sistemi operativi informatici più ampi, creati con consorzi, ove possibile, oppure da enti maggiori, che offrano a tali amministrazioni il servizio completo per la gestione dell'amministrazione digitale di competenza») per far fronte al *digital divide*, G. Duni, *Amministrazione digitale*, ad vocem, in *Enc. dir.*, Annali I, 2007, 44.

⁸¹ Il riferimento è al report *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies* (2020) commissionato dall'American Conference of the United States (ACUS) e redatto da D. Freeman Engstrom, D.E. Ho, C.M. Sharkey e M.F. Cuellar. Lo studio

Il passaggio a una nuova versione di *Immuni*, tuttavia, necessita di una comunicazione pubblica efficace, che sembra essere mancata nella prima fase di promozione della app. Questo supporto diviene cruciale, soprattutto alla luce della recente istituzione, in seno al Ministero della pubblica amministrazione, di un Gruppo di Lavoro volto a riformare la l. n. 150/2000 (spesso considerata inattuata nella sostanza e deficitaria), basandosi su alcuni punti chiave tra cui la valorizzazione della trasparenza amministrativa e di professionalità come quella del giornalista pubblico e del comunicatore⁸². Ad ogni modo, proprio con riferimento all'esperienza di *Immuni*, questo possibile assetto della comunicazione pubblica potrebbe arricchirsi delle indicazioni provenienti dalle scienze comportamentali⁸³: al fine di promuovere la “nuova app”, i pubblici poteri, insieme agli scienziati cognitivi, potrebbero condurre esperimenti *ad hoc* al fine di testare in modo preventivo (seguendo la metodologia “*test, learn, adapt*”) alcuni messaggi che possano rivelarsi potenzialmente più efficaci⁸⁴.

Per esemplificare, alcune forme di *empowerment* cognitivo (che permet-

analizza gli usi attuali dell'intelligenza artificiale e del *machine learning* da parte delle *agencies* statunitensi, soffermandosi sulle principali problematiche giuridiche del ricorso a queste nuove tecnologie. Nello specifico, gli A. analizzano il problema della costruzione e gestione delle macchine da parte dei soggetti privati, indicando come possibile soluzione una “terza via” della c.d. *non-commercial collaboration*, come quella tra la *Food and Drug Administration* e le Università MIT, Johns Hopkins, Stanford e Harvard.

⁸² Gruppo di Lavoro, *Riforma della Comunicazione Pubblica*, 16 giugno 2020.

⁸³ Ripercorre alcune proposte “*behavioural*” in tema di *contact tracing*, F. Costantino, *Paternalismo e Immuni*, in *ApertaContrada*, 29 maggio 2020. Sul rapporto tra scienze comportamentali e diritto pubblico, si vedano, per tutti, le riflessioni di A. Alemanno e A. Spina, *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, in *12 International Journal of Constitutional Law* (2014), 429, che si interrogano sul possibile impatto che le scienze comportamentali possono avere su alcuni principi cardine dell'azione amministrativa, quali, ad esempio, il principio di legalità, imparzialità e sindacato giurisdizionale. Sulla necessità di arricchire la regolazione con l'apporto delle scienze cognitive si veda anche N. Rangone, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 151 ss.

⁸⁴ Vale la pena di osservare come le decisioni pubbliche realmente ispirate all'approccio comportamentale debbano comunque essere prima testate con esperimenti *ad hoc*, così da correggere eventuali problematiche e distorsioni e valutarne i possibili impatti, secondo la metodologia sopra citata “*test, learn, adapt*”, raccomandata tra gli altri, anche dalla Commissione Europea (J.S. Lourenco, E. Ciriolo, S.R. Almeida e X. Troussard, *Behavioural Insights Applied to Policy. European Report 2016*). Peraltro la Commissione ha recepito questa metodologia già ipotizzata dal Behavioural Insight Team inglese nel 2012: si vedano L. Haynes, O. Service, B. Goldracc e D. Torgerson, *Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials*, 2012. Nel documento redatto dalla Commissione si osserva come sia più corretto fare riferimento, in assenza di test, a decisioni pubbliche *behaviourally-informed* (se sono espressamente ispirate ai risultati di test precedentemente svolti) oppure *behaviourally-aligned* (se

terebbe di superare gli errori cognitivi)⁸⁵ potrebbero essere sperimentate e rivelarsi particolarmente incisive. Proprio per via dell'effetto di contesto (per cui gli esseri umani sono particolarmente sensibili a come le informazioni vengono loro presentate⁸⁶), si potrebbe verificare in un *trial* come alcuni soggetti reagiscano ai messaggi relativi alla app e al suo funzionamento intesi a valorizzare gli effetti positivi dello strumento che si vuole “pubblicizzare” (come, ad esempio, «Immuni ha già salvato n. ... vite»)⁸⁷, rispetto a quelli di tipo “statico” impiegati finora («Immuni non sa dove sei» oppure «Immuni è gratis e lo sarà per sempre»).

Inoltre, tenendo poi conto degli studi sull'effetto di imitazione (per cui i soggetti tendono ad emulare i comportamenti dei pari⁸⁸) e sulle norme sociali già menzionate, andrebbe anche valorizzato, sempre attraverso esperimenti, il ruolo dei personaggi pubblici (non solo, dunque, personaggi del mondo politico) nel “pubblicizzare” e incentivare l'utilizzo della app. Questo ruolo, ad oggi, non appare ancora sfruttato in modo adeguato, dal momento che non sembrano riscontrarsi casi noti di personaggi pubblici che abbiano scaricato la app *Immuni* o app di *contact tracing* in generale in diretta televisiva oppure in un video pubblicato sui propri *social networks*⁸⁹.

le decisioni, pur non basandosi su esperimenti o studi di tipo *behavioural*, risultano *ex post* “allineate” con questi ultimi).

⁸⁵ Secondo la definizione fornita da F. Di Porto e N. Rangone, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Policymakers, in Nudge and the Law: A European Perspective?*, a cura di A. Alemanno e A.-L. Sibony, Oxford, Hart Publishing, 2015, 36 ss.

⁸⁶ Sull'effetto di contesto (anche definito “*prospect theory*”), si rinvia al fondamentale contributo di D. Kahneman e A. Tversky, *Prospect Theory: An analysis of decision under risk*, in 47 *Econometrica* (1979), 263. Cfr. anche E.J. McCaffery e J. Baron, *Framing and taxation: Evaluation of tax policies involving household composition*, in 25 *Journal of Economic Psychology* (2004), 679 ss.

⁸⁷ Si precisa che le frasi di cui sopra non sono state oggetto di appositi esperimenti che ne abbiano suffragato la bontà, ma sono proposte da chi scrive, alla luce di alcuni studi in materia sul *framing effect*. Tra questi, uno dei più celebri è rappresentato da A. Tversky e D. Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in 211 *Science* (1981), 453, nell'ambito di un *trial* in cui si prospettava ai partecipanti la possibilità di sottoporsi a due programmi di trattamento medico alternativi per guarire da una fittizia e sconosciuta “malattia asiatica” negli Stati Uniti. Il primo trattamento è stato presentato con la dicitura “salverà 200 persone”, il secondo con “c'è un terzo delle possibilità che 600 persone si salveranno e due terzi delle possibilità che nessuno si salverà”. La maggior parte dei partecipanti ha optato per il primo trattamento.

⁸⁸ Il tema è molto dibattuto: sul punto, si rinvia per tutti al contributo fondamentale di R. Cialdini, *Influence: The Psychology of Persuasion*, New York, William Morrow e Company, 1984.

⁸⁹ Per converso, si pensi invece a come molti personaggi pubblici si siano vaccinati contro il Covid-19 in diretta televisiva (tra questi, il presidente degli Stati Uniti Joe Biden e

In definitiva, arricchire la comunicazione pubblica con alcune indicazioni delle scienze comportamentali permetterebbe non solo di colmare il divario tra una trasparenza amministrativa “formale” e una trasparenza amministrativa di tipo “sostanziale” (in linea di continuità con lo “spirito” della l. n. 150/2000 che è emanata in attuazione del principio di trasparenza⁹⁰), ma anche di riavvicinare l’amministrazione ai cittadini nella loro dimensione più “reale”.

5. Conclusioni: le nuove tecnologie come “servizio pubblico”?

Se si guarda all’esperienza di una app come *Immuni*, sarebbe forse facile concludere che si è trattata di una tecnologia non risolutiva con riferimento allo scopo per il quale era stata creata, vale a dire quello di allertare chi è venuto a contatto con soggetti positivi al nuovo coronavirus e tutelare la salute dei consociati nella sua dimensione “collettiva”, perseguendo così anche l’interesse pubblico. *Immuni*, per come è stata “concepita”, non ha raggiunto il proprio obiettivo: non ha né tutelato la salute, né incentivato i consociati a rispettare le regole prescritte.

Dall’analisi condotta, si possono ricavare due indicazioni. In primo luogo, per garantire una piena funzionalità della app, è necessario superare l’eccessiva staticità e la scarsa valorizzazione dei dati pubblici usati oggi dall’amministrazione non solo a supporto delle proprie attività conoscitive⁹¹, ma anche nello svolgimento di attività di pubblico interesse⁹². In definiti-

la vicepresidente Kamala Harris, il virologo Anthony Fauci, nonché l’ex presidente israeliano Benjamin Netanyahu).

⁹⁰ Art. 1, l. n. 150/1990. In questa direzione sembrano peraltro muoversi le indicazioni del Gruppo di lavoro sulla *Riforma della comunicazione pubblica*, che, ponendo l’accento sulla trasparenza, prefigura una serie di sanzioni in caso di mancata applicazione della legge sulla comunicazione, nonché una serie di indicatori connessi alla «citizen satisfaction» (e non al mero adempimento), al fine di prevedere degli incentivi per i casi più virtuosi.

⁹¹ Del resto, osserva, in una delle opere più rilevanti sul tema della conoscenza da parte dei pubblici poteri, che «un’attività conoscitiva precede ogni scelta, formale o meno, della pubblica amministrazione», F. Levi, *L’attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967 (copia anastatica del 2018, a cura di R. Cavallo Perin e R. Ferrara), 12. Sul tema, più di recente, si veda anche B.L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Pisa, ETS, 2018, spec. 222-228.

⁹² Per una ricostruzione dei molteplici casi in cui i dati e le informazioni sono raccolti per l’esercizio di funzioni pubbliche (tra cui rientrano, a titolo esemplificativo, i dati sulla salute), si veda F. Merloni, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in *Il regime dei dati pubblici*, a cura di B. Ponti, Rimini, Maggioli, 2008, 153 ss. Con riferimento ai

va, sarebbe forse necessario non solo “valorizzare” i dati pubblici attraverso tecniche di *data analysis*, ma anche integrarli con altre tipologie di dati, più “vicini” alle esigenze e alla quotidianità dei cittadini (come quelli riguardanti l’affollamento di trasporti pubblici, luoghi di ristorazione e negozi). Questo potrebbe avvenire con la piena operatività del “Decreto semplificazioni 2020”. In secondo luogo, è da rafforzare il ruolo della comunicazione/informazione pubblica, soprattutto con riferimento alla promozione delle nuove tecnologie. In una società che spesso oscilla tra l’*automation bias* (ossia quella forma di errore cognitivo per cui si ritiene che le decisioni prese dalle macchine siano più corrette rispetto a quelle umane)⁹³ e la sfiducia nei confronti delle nuove tecnologie (soprattutto se impiegate dalla pubblica amministrazione), il ruolo della comunicazione pubblica può essere quello di far comprendere l’importanza di questi strumenti ai privati colmando il distacco tra questi ultimi e l’amministrazione. È necessario, tuttavia, che la disciplina di settore sia attuata con modalità consapevoli del comportamento reale dei soggetti destinatari della comunicazione/informazione (dando ad esempio risalto al ruolo delle norme sociali e dell’imitazione). In questo modo, la comunicazione avrebbe il compito di far comprendere ai cittadini in modo chiaro come l’amministrazione agisce e quali strumenti utilizza.

Ciò premesso, quali sono le prospettive che si aprirebbero? Se oggi i dati pubblici possono essere considerati alla stregua di un servizio pubblico⁹⁴, non è dunque da escludere che la rivisitazione *data-driven* di *Immuni*, alla luce della recente normativa in tema di digitalizzazione (e supportata da adeguata comunicazione), contribuisca all’affermazione, in un futuro non molto lontano, delle *tecnologie create o usate dall’amministrazione come servizio pubblico*⁹⁵, offerto alla comunità e in grado di soddisfare i suoi bisogni⁹⁶. Nella

temi del riutilizzo e della titolarità dei beni pubblici, si rinvia all’analisi di B. Ponti, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in *op. ult. cit.*, 213 ss.

⁹³ Su cui si veda D. Keats Citron, *Technological Due Process*, in 85 *Washington University Law Review* (2008), spec. 1271-1272.

⁹⁴ Per questa ricostruzione si rinvia a G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit., 157 ss.

⁹⁵ La cui nozione, comunque, «è tra quelle più tormentate» (M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, Il Mulino, 1986, 69). Sulla vaghezza del concetto di servizio pubblico (in cui «vi è dentro di tutto, il falso e il vero, e ognuno pesca quel che gli fa più comodo»), si veda altresì F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2002, 86.

⁹⁶ Osserva, a tal proposito, come «AI as a “utility” is a great means to deal with increasingly complex, urban environments», muovendo dalle esperienze di Amsterdam e Helsinki, L. Floridi, *Artificial Intelligence as a Public Service: Learning from Amsterdam and Helsinki*, in 33 *Philosophy & Technology* (2020), 542.

versione ripensata di *Immuni* pare infatti di poterne scorgere alcuni caratteri tipici come, a titolo esemplificativo, la doverosità/continuità (poiché le informazioni verrebbero rese in modo obbligatorio e senza interruzione), oppure la parità di trattamento e di universalità (perché i dati sarebbero trasmessi a tutti e da tutti coloro che hanno scaricato la app, in qualsiasi luogo si trovino)⁹⁷. In sostanza, la “nuova” *Immuni*, soprattutto durante la campagna di vaccinazione, non si limiterebbe solo ad aiutare i cittadini a rispettare le altre regole imposte dalla pandemia, come quelle relative al distanziamento fisico, all’uso della mascherina e al lavaggio delle mani (dal momento che altri utenti della app, leggendo queste informazioni, eviterebbero di recarsi in questi luoghi oppure indosserebbero la mascherina). La app, infatti, integrata con le informazioni relative al rischio e all’affollamento dei trasporti (oltre che correttamente “pubblicizzata”), permetterebbe agli utenti di ricevere e anche di segnalare situazioni di rischio (ad esempio, la presenza in un locale di un gruppo di persone che non portano la mascherina oppure che non rispettano la distanza di sicurezza), soddisfacendo così, ad esempio, l’esigenza di sicurezza dei consociati.

In questo modo, le amministrazioni si servirebbero delle tecnologie (eventualmente arricchite da altri strumenti, come le indicazioni delle scienze comportamentali) *concretamente* in accordo al c.d. realismo giuridico, per cui «il giurista deve essere anche scienziato sociale [...] depura[ndo] dalle scorie sociologiche la materia giuridica e ricondu[cendola] a sistema»⁹⁸.

Abstract

Why did the contact tracing app “Immuni” fail its goal of helping fight the Covid-19 pandemic? This paper highlights some possible reasons, starting with the role that the public administration played in promoting the app. In addition, it suggests a “restructuring” of “Immuni”, also by discussing some ways in which the administration could implement it, in the light of the recent legislative framework on digitalization.

⁹⁷ Per un’analisi dei caratteri del servizio pubblico (declinati in termini di “principi”), si rinvia a M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, 377-378.

⁹⁸ Così, S. Cassese, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 583, sul realismo di Massimo Severo Giannini, di cui fu uno dei maggiori esponenti. Sul realismo di Giannini, si vedano altresì, per tutti, M. D’Alberti, *Massimo Severo Giannini: realista e cartesiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 319 ss. e M. Macchia, *Massimo Severo Giannini nell’età costituyente*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, n. 3, 1 ss.

OPINIONI

ALDO SANDULLI

L'UNIVERSITÀ DA SISTEMA A MERCATO*

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza come motore di trasformazione del sistema universitario. – 2. I sintomi di competizione del sistema. – 3. La tendenziale compatibilità tra strumenti privatistici e funzionalizzazione dell'*universitas*. – 4. Le università non statali come società di capitali. – 5. I rischi di “mercatizzazione” dell’istruzione superiore.

1. La giurisprudenza come motore di trasformazione del sistema universitario

Nel corso dell’ultimo decennio, la giurisprudenza amministrativa è stato il vero motore di trasformazione del regime giuridico degli atenei nel nostro ordinamento.

Ciò è avvenuto, in particolare, in virtù della repentina mutazione delle forme giuridiche degli atenei non statali, che finisce per determinare un conseguente adattamento dell’ordinamento universitario in generale. Tale direzione di trasformazione si può riassumere nella seguente formula: l’università da sistema a mercato.

In particolare, un parere del Consiglio di Stato del 2019¹ dà per scontati, in premessa, i seguenti caratteri dell’università italiana. Che: a) si tratti di un’economia sociale di mercato, un impianto quindi (si potrebbe dire) di tipo ordoliberal; b) le università non statali abbiano una connotazione oggettiva di imprenditorialità; c) operino in un mercato concorrenziale. Sulla base di tali premesse, il parere giunge ad affermare che le università possano assumere la forma giuridica delle società di capitali, pur sospendendone l’operatività, dal momento che si ritiene necessario un intervento manipolativo del legislatore, per adattare il regime societario al contesto universitario. Questo atto consultivo, profondamente trasformativo del sistema, non

* Versione rivista e integrata della relazione tenuta al webinar su «Dieci anni dopo. La riforma dell’università nella giurisprudenza», organizzato dall’Università di Milano, Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale (lunedì 15 marzo 2021, ore 17.00).

¹ Cons. St., sez. atti normativi, parere 14 maggio 2019, n. 1433.

ha ricevuto dalla scienza giuridica l'attenzione che, probabilmente, avrebbe meritato².

2. I sintomi di competizione del sistema

La Cvc Capital Partners è una società britannica di *private equity* con investimenti in diversi settori, tra cui quelli farmaceutico e delle comunicazioni elettroniche. Gestisce cinquantadue miliardi di dollari di attività e ha una capacità di investimento di centonove miliardi di dollari. Il fondo sta investendo fortemente nell'istruzione superiore in Europa, in particolare in Spagna e in Italia.

Il Sole24ore riferisce che, nell'agosto 2019, la Cvc ha acquisito, pare per cifre molto elevate, la quota del cinquanta per cento di una conosciuta università telematica italiana, che fa capo a una *holding* del settore della formazione. All'acquisizione è stata interessata, oltre la Cvc, anche il gruppo Blackstone³.

A prescindere dall'entità dell'investimento, la domanda cruciale da porsi è: perché due tra i fondi di investimento di maggior rilievo nel pianeta si dimostrano interessati a realizzare operazioni da centinaia di milioni di Euro nell'istruzione superiore italiana?

Uno tra i motivi più significativi va probabilmente rinvenuto ragionando in prospettiva. Un dato, non proprio recente, del 2017, ci apre gli occhi sui possibili sviluppi, nei prossimi decenni, del sistema universitario. Cinquanta anni fa, gli studenti universitari nel mondo erano trenta milioni. Oggi sono sette volte di più, avendo superato i duecento milioni. Tra quindici anni si prevede che gli utenti saranno intorno a trecento milioni. Si tratta, quindi, di un "mercato" che promette una crescita di circa un terzo rispetto a quello odierno.

Tale "mercato", inoltre, sta divenendo globale in quasi tutte le aree scientifiche, garantendo utili a livello planetario. Anche le grandi multinazionali del big tech sono attratte da queste prospettive. Con il programma Education, Google è entrato, in piena pandemia, nel settore telematico, con

² F. Auletta, L'università come "esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili": lezioni americane su *on-line* e *for-profit legal education*, in *Corr. giur.*, 2019, 1527 ss.; M. Ramajoli, *Sulla natura giuridica delle università libere*, in *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di A. Marra, Torino, Giappichelli, 2020, 111 ss.; M. Lavatelli, *L'università e il ricorso alle forme privatistiche*, *ibidem*, 133 ss.

³ Per queste informazioni si rinvia a *IlSole24ore*, 2 agosto 2019, *Il fondo Cvc entra nell'Università Pegaso*.

corsi intensivi. L'entrata in campo dei colossi digitali globali comporterà forti trasformazioni non soltanto in relazione ai potenziali discenti, ma anche sul "mercato" dei docenti, perché la potenza economica di queste multinazionali potrebbe produrre incisioni alla libertà scientifica.

Anche nel campo della ricerca, con particolare riferimento alla ricerca applicata, i meccanismi sono sempre più spinti in direzione del mercato e di un rapporto strettissimo tra atenei e produzione industriale, sollevando questioni giuridiche di centrale rilievo. Si pensi al tema, particolarmente attuale, dei farmaci e dei vaccini: le ricadute industriali della ricerca scientifica sono particolarmente accentuate, ma le garanzie giuridiche di eguaglianza e di accesso al farmaco sono altrettanto rilevanti. Vi è, quindi, l'esigenza di difendere la libertà della scienza dal potere, non più o non solo dei poteri pubblici, come in passato, ma anche dei poteri privati; e, al contempo, di garantire possibilmente nel modo più esteso il godimento dei frutti della scienza, che rischiano di essere invece ad appannaggio di pochi, come avviene in alcuni Paesi per i farmaci orfani. Il tema dei *public patents* per i vaccini può essere uno tra gli argomenti che richiederanno l'attenzione del giurista.

Anche i meccanismi pubblicistici di finanziamento e di incentivazione, a livello europeo e nazionale, indicano una direzione di marcia sempre più spinta per la competizione tra studiosi, tra team di ricerca, tra dipartimenti e atenei. I bandi europei attribuiscono milioni di Euro a un solo ricercatore o a team di studiosi, determinando un'asimmetria competitiva; gli stessi progetti di ricerca di interesse nazionale (PRIN), che un tempo, in particolare nell'area delle scienze umane, venivano distribuiti con somme ragionevoli in modo di consentire di fare ricerca a un'altissima percentuale di giovani, distribuiti su tutto il territorio nazionale, oggi concentrano grosse somme in pochi progetti, per lo più nel Settentrione della penisola; i fondi per i dipartimenti di eccellenza determinano dislivelli tra strutture all'interno degli atenei statali; i meccanismi della doppia afferenza e le chiamate per chiara fama danno luogo a "mercati" paralleli; l'attribuzione di meccanismi premiali per le quote di fondo di finanziamento ordinario (FFO) agli atenei e di fondi di ricerca incentivanti sulla base della valutazione della ricerca dei singoli studiosi producono effetti sperequativi negli atenei del Mezzogiorno; le classifiche mondiali del rating universitario alimentano l'ardore competitivo; per non far cenno dei meccanismi di valutazione dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR). Sono tutti sintomi di competizione, buona parte dei quali, presi singolarmente, hanno anche più di un lato virtuoso; essi, però, intesi complessivamente, spostano il baricentro nella direzione di un "mercato" dell'istruzione superiore e della ricerca, allontanandosi invece da un sistema, coordinato e coeso, dell'università e della ricerca scientifica.

3. La tendenziale compatibilità tra strumenti privatistici e funzionalizzazione dell'*universitas*

Questa radicale trasformazione del contesto è particolarmente avvertibile attraverso il filtro della giurisprudenza nazionale.

L'università, sino alle soglie del nuovo millennio, era un vero e proprio sistema a rete, in seno al quale operavano sia le università statali sia quelle non statali. Queste ultime erano qualificate dalla giurisprudenza enti pubblici economici, ma questa qualificazione era più da intendere quale criterio formale volto a tenere insieme il sistema, a indicare la funzionalizzazione del soggetto, di rilievo costituzionale, rispetto agli interessi pubblici da perseguire. E, infatti, con il modello del sistema universitario si è in realtà superato, sotto il profilo oggettivo, il vincolo soggettivo, non ricavabile dalla Costituzione.

Il rivolgimento di maggior rilievo non è stato tanto prodotto dall'affiancamento del terzo settore alle funzioni di didattica e di ricerca, perché l'utilizzo di moduli privatistici (di carattere fondativo, associativo o societario), soprattutto per il lancio di *startup* e *spin-off*, può comunque consentire, con le opportune accortezze, di sposare il rapporto della ricerca applicata con la produzione industriale, con il perseguimento integrato, coordinato e strumentale, per così dire, di scopi utili alla comunità universitaria.

Ciò ovviamente dovrebbe passare attraverso il filtro di criteri di adattamento delle forme e dei modelli privatistici alle finalità istituzionali che un soggetto qualificato come *universitas* è tenuto a perseguire dall'ordinamento. Sappiamo che le università, ai sensi degli artt. 3, 33 e 34, Cost., sono fondamentali strumenti di sviluppo di un pensiero critico e di rimozione degli ostacoli per il pieno sviluppo della personalità umana, in particolare consentendo ai capaci e meritevoli di pervenire ai più elevati livelli di istruzione.

Tra questi criteri vi è senz'altro quello ricavabile nel caso *Lebron v. Armtrak*⁴, con il quale la *U.S. Supreme Court* ha elaborato il principio per cui le pubbliche amministrazioni non possono aggirare gli obblighi derivanti dai vincoli costituzionali e dall'ordinamento rifugiandosi nelle forme privatistiche e, in particolare, dell'impresa privata.

Ora, questo principio – che si ritrova pressoché in tutti gli ordinamenti di cultura giuridica di *common law* e di *civil law*, compreso quello italiano – al di là dei contenuti di superficie, costituisce l'indice della forza costituzionale

⁴ U.S. Supreme Court, *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, 513 U.S. 374 (1995).

di riemersione delle dinamiche sostanziali del bilanciamento degli interessi a prescindere dalle tecniche e dai regimi formali disegnati dal legislatore. Ed è proprio questa valorizzazione degli assetti sostanziali che consente di utilizzare le tecniche giuridiche sulla base del criterio dell'effetto utile, a prescindere dalla natura pubblica o privata delle stesse.

Dunque, gli strumenti privatistici possono essere utilizzati e adattati al sistema universitario⁵.

4. Le università non statali quali società di capitali

Il vero e proprio virus introdotto nel sistema, invece, è costituito, dalla disciplina volta a “mercattizzare” il settore dell'istruzione superiore e della ricerca ovvero a trasformare l'università come attività a fini di lucro.

Si potrebbe affermare, enfatizzando, che il termine “università”, come siamo stati abituati a conoscerlo in passato (università humboldtiana prima, università di massa poi), abbia terminato il suo plurisecolare percorso con lo spirare del precedente millennio. Paolo Grossi, nei *Quaderni fiorentini* del 1999, nel commentare la legge Berlinguer, rimarcava che «Oggi, di Università rischia di restare soltanto il nome, e sarebbe stato un atto di coraggio e di lealtà da parte dei Ministri sopraddetti di cancellare quel nome che si identificava in una precisa e peculiare tradizione. Dunque veramente si può oggi dire: c'era una volta l'Università»⁶.

Si tratta di un'onda lunga, originata un quarto di secolo fa dal processo di riforma del *new public management*. Ad esempio, risale al 1998 l'abrogazione dei primi tre articoli della l. 14 agosto 1982, n. 590, che prevedevano che le nuove università, con particolare ed espresso riferimento a quelle non statali, potessero essere istituite esclusivamente per legge, attraverso un procedimento aggravato e un'istruttoria rafforzata. Da allora si è potuto procedere con decreti ministeriali, e i decreti di inizio anni Duemila hanno introdotto decine di nuove università telematiche, accreditando molte decine di corsi di studio.

Negli ultimi anni il numero degli atenei non statali è ancora cresciuto e si è aperta di recente una nuova tornata di accreditamenti di nuovi atenei, stavolta non telematici.

Già nel 2015 si era segnalata l'inarrestabile crescita del numero di uni-

⁵ Su questi profili, si rinvia all'analisi di M. Lavatelli, *L'università e il ricorso alle forme privatistiche*, cit.

⁶ P. Grossi, *C'era una volta l'Università in Italia*, in *Quad. fior.*, 1999, 1141.

versità non statali, soprattutto sul versante delle telematiche⁷. Ma l'accreditamento delle telematiche consente alle stesse di entrare in un mercato universitario limitato (poco più ampio di quello delle scienze umane), restando fuori una serie di aree tecniche (medicina) e delle scienze esatte (biologia, chimica, ingegneria, architettura, ecc.). La giurisprudenza, difatti, ha sapientemente resistito ai tentativi di superare i confini tra atenei telematici e in presenza. Nel 2019 è stata aperta una nuova tornata di accreditamenti di atenei privati, stavolta non telematici. In piena pandemia, è stato addirittura prorogato al luglio 2020 il termine di presentazione della domanda. Vi era, forse, con il *lockdown*, particolare urgenza di dotarsi di nuove università private in presenza?

In questo contesto, hanno rivestito decisiva rilevanza alcune pronunce adottate dal Consiglio di Stato tra il 2016 e il 2019. I due atti più importanti, però, non sono sentenze, bensì pareri.

Su questi recenti orientamenti vi è un condivisibile e approfondito saggio di Margherita Ramajoli⁸. Aggiungerei, ai suoi rilievi, che la giurisprudenza, alle volte, maneggia questi temi eccedendo in letture semplificanti e classificatorie di una realtà più complessa. Così la sentenza del 2016 del Consiglio di Stato sulla natura privata delle università non statali⁹, sulla base della nozione funzionale di pubblica amministrazione, non considera adeguatamente che quello degli atenei non statali è un arcipelago¹⁰, in cui ciascun ente non statale ha sue caratteristiche proprie, che vanno vagliate attentamente. La nozione di università non statale non è una nozione di qualificazione, bensì nasce per sottrazione rispetto a quella di università statale. Per cui vi sono università non statali che hanno caratteristiche peculiari e talvolta una matrice pubblicistica: non vedere questo predispone a un approccio eccessivamente semplificato al tema. Le sentenze del Consiglio di Stato sulla natura privata ai fini della trasparenza e pubblicità hanno fatto da apripista al parere sulla LUMSA del 2018¹¹, il quale, come sottolineato da Margherita Ramajoli, è doppiamente criticabile, perché estende per analogia al tema dell'evidenza pubblica il ragionamento che il Consiglio di Stato ha fatto su pubblicità e trasparenza. In questo modo, si nega la natura di organismo di diritto pubblico per tutti gli atenei non statali, senza compiere una specifica e puntuale analisi della nozione funzionale di pubblica ammi-

⁷ A. Sandulli, *L'arcipelago delle università non statali*, in *Munus*, 2015, 609 ss.

⁸ M. Ramajoli, *Sulla natura giuridica delle università libere*, cit.

⁹ Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043.

¹⁰ Si rinvia ad A. Sandulli, *L'arcipelago delle università non statali*, cit.

¹¹ Cons. St., parere ad. spec., 25 settembre 2018, n. 2427 del 26 ottobre 2018.

nistrazione ai fini dell'evidenza pubblica. Svolgendo tale analisi, ci si sarebbe forse potuti rendere conto che vi sono università non statali che potrebbero essere definite organismi di diritto pubblico ai fini dell'evidenza pubblica e meri soggetti privati ai fini dell'applicazione delle regole di pubblicità e di trasparenza. Con questo parere, tra l'altro, negando *tout court* la natura di organismo di diritto pubblico, il Consiglio di Stato ha aperto la strada al successivo passo, ovvero il parere del 2019 (richiamato in avvio)¹², sul quesito se le università non statali possano assumere la forma giuridica delle società di capitali.

5. I rischi di “mercattizzazione” dell'istruzione superiore

In pratica, in sole tre mosse (cioè attraverso tre pronunce del Consiglio di Stato) si è passati dalla funzionalizzazione alla “mercattizzazione” dell'università italiana.

Si tratta di una mutazione che altera la natura e la funzione del sistema universitario, per come la Costituzione ha tracciato gli scopi degli atenei nel nostro ordinamento giuridico.

E apre le porte alle multinazionali, con l'ingresso, attraverso esse, anche dei rischi per il sistema che tale logica può determinare.

Il Consiglio di Stato, nell'affermare che non sussistono ostacoli normativi alla finalità lucrativa delle università, perché tutto ciò che non è espressamente vietato è consentito nel nostro ordinamento, compie un'operazione di semplificazione nell'interpretazione dell'impianto costituzionale.

C'è un passaggio fondamentale nel ragionamento del Consiglio di Stato: «L'attività di ricerca e formativa delle libere Università private, che ha una connotazione oggettiva di imprenditorialità e che tende sempre più a svolgersi nell'ambito di un mercato concorrenziale, impone l'esigenza, legittima e ragionevole, di poter attrarre capitali di investimento, per potenziare e migliorare l'offerta formativa e di servizi nella sua complessità, ed è possibile attrarre capitali solo se, tramite la redistribuzione degli utili, si può offrire una giusta remunerazione al rischio degli investitori. Negare la divisione degli utili, pur ammettendo l'imprenditorialità della gestione, costituirebbe in questo senso una contraddizione in termini».

L'elemento che resta fuori da questo ragionamento è che l'attrazione di finanziamenti esterni è prodotta, nel livello più elevato di competizione universitaria, dalla qualità del valore scientifico della ricerca che l'università

¹² V. *ante*, nota 1.

può mettere a disposizione dello sviluppo produttivo ed economico più che dalla possibilità di produrre e distribuire utili. Anzi, quest'ultimo carattere fa pensare, per un versante, a una competizione verso il basso, che opera sulla quantità anziché sulla qualità, con il rischio di abbassamento complessivo del livello delle prestazioni nel sistema universitario. Oppure fa pensare, per il versante opposto, all'erogazione di prestazioni assai divaricate tra atenei, che accentuano ancor più le diseguaglianze, già assai accresciute negli ultimi decenni.

Un recente studio sul tema¹³ ha messo molto bene in rilievo come una tra le principali questioni su cui si è sviluppato il dibattito parlamentare è quello se, in presenza di società di capitali, vi siano dei riflessi negativi sul piano fiscale per il bilancio dello Stato ovvero se vi siano dei vantaggi. Si tratta della consueta deviazione degli ultimi decenni: l'intendenza seguirà, si sosteneva un tempo, mentre adesso i profili strumentali dell'assetto finanziario fanno passare in seconda battuta il tema principale su cui eventualmente ragionare, quello dell'assetto ideale ai fini del perseguimento delle finalità indicate dall'art. 33 della Costituzione. È in tale ottica funzionale, semmai, che occorre guardare alla competitività a livello internazionale degli atenei italiani e alla valorizzazione imprenditoriale della ricerca scientifica.

Insomma, questo dell'ammissibilità della forma giuridica della società di capitali per le università è un tema aperto e decisivo, su cui dovrebbe essere concentrato un grande dibattito della scienza giuridica e dell'accademia. E invece si tratta di una questione che è passata sotto traccia negli ultimi anni, con poche eccezioni¹⁴.

L'aspetto che maggiormente colpisce è che, più che le disposizioni di normazione primaria contenute nella l. 30 dicembre 2010, n. 240, la trasformazione dell'università italiana sia avvenuta, negli ultimi anni, tramite decreti ministeriali e pronunce del Consiglio di Stato.

È una trasformazione che mette seriamente a repentaglio la tenuta del settore, ma che richiederebbe la concentrazione degli studiosi di diverse aree, non solo in campo giuridico, per vagliare a fondo problematiche e conseguenze.

¹³ M. Lavatelli, *L'università e il ricorso alle forme privatistiche*, cit.

¹⁴ Oltre agli autori citati *ante*, nella nota 2, vi era stato l'articolo di F. Elefante, *University business in Italy? Differenti tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi*, in *Munus*, 2015, 159 ss.

l'università da sistema a mercato

Abstract

The essay analyzes the issue of the legal status of non-State universities from the point of view of the recent rulings of the administrative judge.

It starts from the presentation of the transformations that have taken place in recent years, then it points out how the rules of private law are fully compatible with the public law discipline of the university system, and finally, it focuses on the changes that could instead give rise to pathologies.

Following this path, the paper underlines the critical issues that may arise from the eligibility conditions of for-profit purposes in non-state universities, elements that could lead to the “marketization” of the entire university system.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

VALERIA APICELLA è Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università di Roma Tor Vergata

MARIA BIANCA ARMIENTO è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università Lumsa

AURETTA BENEDETTI è Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

ILDE FORGIONE è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Modena e Reggio Emilia

SIMONE LUCATTINI è Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Siena

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

GIUSEPPE MORBIDELLI è Professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza

ANNA PAIANO è Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università di Roma Tor Vergata

GIANMARCO POLI è Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'ambiente presso l'Università di Firenze e Dottore di ricerca di Diritto pubblico presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

ALDO SANDULLI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

NICOLETTA VETTORI è Ricercatrice a tempo determinato (tipo B) di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università di Siena

Finito di stampare nel mese di luglio 2021
dalla *Grafica elettronica* - Napoli