

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVII – Nuova serie

N.1/2018 (gennaio-aprile)

INDICE

DOTTRINA

JUDITH GIREU FONT

*La sfida delle periferie urbane: il diritto all'alloggio come strategia di
integrazione urbana* 5

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

*New possibilities for judicial decision-making in Brazil: an approximation
with the common law system* 27

GAETANO ARMAO

Santi Romano protagonista della Scuola palermitana di diritto pubblico 47

MARCO CALABRÒ

*Diritti di accesso e profili rimediali. Spunti di riflessione per l'introduzione
di una ipotesi di giurisdizione condizionata* 63

NICCOLÒ MARIA D'ALESSANDRO

*L'Autorità Nazionale Anticorruzione: spunti di riflessione alla luce delle
modifiche al codice dei contratti pubblici* 83

PAOLO PROVENZANO		
	<i>Procedure competitive telematiche e malfunzionamento del sistema</i>	105
GIANPIERO ZINZI		
	<i>La valorizzazione di grandi attrattori culturali tra dinamiche di cooperazione istituzionale e modelli di turismo sostenibile. Le funzioni e i modelli di gestione dei beni culturali: il governo del territorio e il caso Pompei</i>	119
SERENELLA PIERONI		
	<i>Il patrimonio culturale cittadino tra Art Bonus e sponsorizzazioni (... mira videre potes)</i>	171

Dottrina

La sfida delle periferie urbane: il diritto all'alloggio come strategia di integrazione urbana

di Judith Gifreu Font*

SOMMARIO: 1. La concettualizzazione della periferia urbana. – 2. La conformazione delle aree urbane periferiche in Spagna. – 2.1. La periferia di prima generazione: i quartieri degli immigranti come periferia geografica e sociale. – 2.2. Un altro modo di “fare città”: la periferia di seconda generazione come prodotto di successo. – 3. Gli interventi di rinnovamento urbano e le loro conseguenze: “gentrificazione” e stratificazione sociale. – 4. Le politiche pubbliche in materia di case popolari in Spagna. – 4.1. Precedenti: l’apice del liberismo urbanistico nel periodo franchista. – 4.2. Regime attuale: le misure previste dalla normativa urbanistica per garantire il diritto all'alloggio.

1. *La concettualizzazione della periferia urbana*

Per cominciare, dovremmo chiarire cosa si intende dal punto di vista terminologico per “periferia urbana”. Secondo il *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, la periferia è definita come la “parte di un insieme lontana dal proprio centro, in particolare quella di una città”. Quindi, attraverso questo concetto generale facciamo riferimento, essenzialmente, alle zone suburbane intorno al centro della città, assegnate in gran parte a usi residenziali o industriali. Questi insediamenti suburbani, che segnano il confine tra l’area urbana e quella rurale, hanno subito, in epoche recenti, un processo d’intensa espansione a causa dello sviluppo delle infrastrutture di comunicazione, che ha generato la comparsa di migliaia di quartieri residenziali in tutto il territorio, riproducendo il modello di città diffusa tipico dei paesi anglosassoni.¹

Questo fenomeno non è recente, la periferia urbana esiste dal punto di vista fisico fin dal momento stesso in cui viene delimitato un centro all’interno della struttura urbana. Ciò che, tuttavia, distingue questa nuova periferia, formata da quartieri urbani con la tipologia di “città-giardino”, dalle aree periferiche di una volta è la sua configurazione, in termini di qualità progettuale e costruttiva e di conformazione sociale. Di conseguenza, oltre la constatazione fisica del fatto che si tratta delle aree circostanti le grandi città, le coincidenze tra le varie periferie che con il tempo hanno conformato i dintorni della città possono arrivare a essere meramente congiunturali, per l’ampia diversità di fatto esistente.

Il significato di “vivere in periferia” cambia secondo il contesto geografico

* Associata di Diritto Amministrativo presso l’Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ Sui processi di espansione metropolitana e le nozioni di dispersione urbana o periurbanizzazione e città diffusa o di espansione a bassa densità, vedi MONCLÚS (1991) e ARROYO (2001).

da cui osserviamo la situazione, ed è una circostanza che può produrre una certa confusione concettuale per la presenza della componente di classe, ragione per cui tale questione ha interessato non solo urbanisti e geografi, ma anche studiosi di sociologia urbana. Negli Stati Uniti il *suburb* viene identificato con una modalità di insediamento tipica dei paesi di tradizione anglosassone, basata sulla creazione di quartieri a bassa densità costituiti da abitazioni unifamiliari di buona qualità in cui vivono famiglie di livello medio-alto. Nella maggior parte dei casi, si tratta di quartieri dormitorio con una tipologia edilizia che si ripete secondo lo stesso modello e, per tale motivo, senza identità propria.² Lo scarso livello di socializzazione esistente in queste aree contribuisce al fatto che difficilmente i suoi abitanti si sentano portati a mettervi radici e a sviluppare valori comunitari. In Europa, invece, mentre le aree centrali sono state occupate tradizionalmente da famiglie con redditi elevati (giacché sono considerate un luogo privilegiato, ben dotato di servizi pubblici e con spazi di relazione significativi), la periferia ha avuto una connotazione peggiorativa, accompagnata dalla tendenza a essere identificata con quartieri non completi da un punto di vista urbanistico, con una morfologia e una densità non sempre coincidenti.³ Si tratta di zone contraddistinte da un crescita urbana disordinata e frammentaria, che seguono logiche diverse, con una rete edificatoria marginale e deficitaria in servizi pubblici e arredi urbani. Nelle periferie urbane dell'America del Sud, tali carenze sono accentuate all'estremo, con ampi quartieri di tuguri (baracche o catapecchie auto-costruite), privi anche dei servizi fondamentali per soddisfare i bisogni minimi dei loro abitanti (acqua corrente, elettricità, fognature, ecc.).

2. *La conformazione delle aree urbane periferiche in Spagna*

In Spagna, come accade anche in altri paesi, si osservano successive ondate caratterizzanti le periferie urbane. In linea di massima, e rimanendo entro i limiti degli scopi di questo lavoro, si possono distinguere due fasi temporali.⁴ Nella prima vengono inglobate le trasformazioni suburbane realizzate in assenza di pianificazione urbanistica comunale (periferia di prima generazione), ossia, la fase che inizia dalla Rivoluzione Industriale fino agli anni Sessanta del secolo scorso. La seconda fase, invece, identifica gli interventi di crescita urbana che si

² Non dobbiamo dimenticare che la periferia non ha solo un uso residenziale. Attualmente (soprattutto negli Stati Uniti) la periferia è anche caratterizzata come un posto dove proliferano i grandi centri commerciali e di svago.

³ Queste strutture residenziali corrispondono a una crescita marginale e in giustapposizione, prodotta, in certe occasioni, da sviluppi urbanistici pianificati e, in altre, da interventi isolati. Per tale motivo, sebbene sia più abituale, non sempre le periferie sono caratterizzate da una elevata densità.

⁴ Non rientra tra le finalità di questo scritto effettuare un'analisi particolareggiata dello sviluppo della periferia urbana in Spagna, un argomento che va oltre lo scopo di queste pagine.

sono verificati nell'ambito delle direttive della pianificazione urbanistica generale e derivata (periferia di seconda generazione). Va ricordato che, fino al 1956, in Spagna non esiste una legge urbanistica di portata generale in grado di obbligare tutti Comuni spagnoli ad approvare il loro rispettivo piano generale, in modo tale che i processi di ampliamento delle città, quando sono promossi dall'Amministrazione, siano giuridicamente fondati sull'esistenza di varie tecniche urbanistiche applicabili a uno spazio specifico (disposizioni municipali di edificazione, piani di ampliamento urbano, piani abitativi...). Ciò nonostante, molte delle espansioni urbane fino agli anni Sessanta sono avvenute in modo spontaneo e molto rapidamente, dietro le spalle o al margine dell'Amministrazione, incapace di risolvere il grave problema della mancanza di unità abitative.

2.1. *La periferia di prima generazione: i quartieri degli immigranti come periferia geografica e sociale*

La crescita della periferia urbana (i cosiddetti *extrarradio* o gli *arrabales*, [N.d.T.: sobborghi] secondo espressioni ormai in disuso) va associata fondamentalmente ai processi migratori interni dalle campagne alle città che avvengono nel nostro Paese dalla fine del XIX secolo alla metà del XX secolo. In questo contesto, la mancanza di alloggi è stata un problema permanente, dalle prime migrazioni interne fino molto dopo l'inizio della democrazia. A causa della crescita demografica delle città determinata dal massiccio arrivo di immigranti, il mercato non è stato in grado di soddisfare la richiesta di case, quindi gli ultimi arrivati che non trovarono alloggio a prezzi accessibili dovettero scegliere se vivere in subaffitto, condividendo spazi ridotti con altre famiglie, oppure se costruirsi da sé un alloggio, contribuendo a rendere le baraccopoli un paesaggio normale dei dintorni delle grandi città fino al decennio del 1970 inoltrato. Bisogna tenere presente che, nonostante l'aver subito una pesante segregazione sociale per il fatto di non essere originari del luogo e di ignorarne le abitudini (nel caso della Catalogna, anche la lingua), i nuovi arrivati si integrano completamente nella vita economica delle città, come classe operaia (manovali dell'edilizia, operai in fabbriche...). Inoltre, sebbene la periferia in cui si insediano i primi gruppi di migranti somigli molto a un ghetto, con il passare del tempo quegli spazi vengono accettati come una parte integrante della città.

La prima grande esplosione migratoria avviene verso la fine del XIX secolo, a causa dei processi di industrializzazione avviati nel Paese, che trasformano molti contadini – i quali emigrano da un contesto rurale con poche opportunità di lavoro nelle grandi città, per migliorare le loro pessime condizioni di vita – in mano d'opera non qualificata nelle fabbriche tessili. Questo proletariato rurale si insedia nella corona suburbana in condizioni molto precarie. Il potere d'acquisto di questa popolazione non consente loro di installarsi in zone limitrofe al

centro urbano, la qual cosa determina l'espansione dei quartieri periferici. Molte famiglie si accontentano di alloggi economici, in affitto, giacché l'acquisto è inimmaginabile. Le situazioni di coabitazione sono numerose, così come il fenomeno delle baracche. In certe occasioni, i proprietari industriali, preoccupati per le condizioni di vita malsane dei loro lavoratori, sostengono l'implementazione di misure igieniche o perfino la costruzione di "villaggi operai"⁵, mossi non tanto da motivi filantropici, ma dal fine ultimo di migliorare la produttività delle loro attività, ma si tratta di interventi singoli e personali. In quel periodo, i programmi pubblici orientati alla costruzione di case popolari sono inesistenti, ragione per cui proliferano le baraccopoli costruite in autonomia intorno alle grandi città.

Dagli anni Quaranta, durante il dopoguerra, si verifica un'altra fase di crescita urbana quando un nuovo flusso di contadini, attirati dalla creazione di posti di lavoro legati allo sviluppo industriale delle grandi città, lascia le campagne spagnole per stabilirsi negli hinterland suburbani – che acquistano presto un'enorme densità –. Come in epoche anteriori, quelli che hanno fortuna riescono ad avere un alloggio in affitto, gli altri vivono in subaffitto o in bidonville in condizioni di estrema miseria. La maggior parte di questi insediamenti cresce in maniera caotica, senza rispettare la disposizione e la pianta urbanistica della città. Continuano a essere aree abitate precarie, nelle quali convivono vere e proprie baracche con abitazioni d'autocostruzione ai margini della legalità urbanistica, e prive dei servizi minimi. Questo flusso di migranti continuerà senza interruzioni fino agli anni Settanta. Una delle Comunità Autonome della Spagna che accoglie una maggior percentuale del flusso migratorio è la Catalogna, soprattutto il capoluogo catalano e la sua area metropolitana.⁶ In effetti, negli ultimi anni del dopoguerra e nei decenni successivi, giungono nella provincia di Barcellona intere famiglie provenienti dalle campagne del centro e sud della penisola (dall'Andalusia, dall'Aragona, dall'Estremadura, da Murcia...) per lavorare nel settore tessile, bisognoso di mano d'opera, come era avvenuto nel primo terzo del secolo.⁷ Le baraccopoli si moltiplicano in vari punti delle città, e i nuovi edifici non riescono a mitigare la penuria esistente. Il fenomeno raggiunge una dimensione tale che si effettuano sgomberi e tentativi di controllare questa crescita, ma senza alcun successo. Alla fine, durante gli anni Sessanta e Settanta, le baraccopoli scompaiono progressivamente mediante interventi di rialloggio in case popolari.

Va detto che lo Stato non ha risposto con sufficiente rapidità alla mancanza

⁵ I villaggi operai erano nuclei di popolazione creati intorno a una fabbrica nei quali sorgevano impianti legati all'attività industriale, gli alloggi dei lavoratori e i servizi necessari a garantire una vita autonoma entro i suoi confini (cooperativa, scuola, infermeria, chiesa).

⁶ Tra il 1915 e il 1975, arrivano in Catalogna circa 3 milioni di persone provenienti da diverse parti del Paese, principalmente andalusi. Vedi: CABRÉ I PLA e PUJADAS I RÚBIAS (1989, pp. 16-17).

⁷ L'arrivo in massa di immigrati in Catalogna prima della Guerra Civile fece sì che la crescita di popolazione immigrata fosse decisamente superiore a quella nativa. Così, nel 1936, un residente su cinque in Catalogna era giunto negli ultimi 25 anni da un'altra comunità autonoma. SUDRIÀ I TRIAY (1988, p. 70).

di alloggi per le classi popolari e quelle più svantaggiate, il che ha contribuito a rendere cronico il problema, nonostante le misure adottate, come l'approvazione di una normativa su case economiche nel 1911 e nel 1922 e la creazione di specifici organismi, come l'*Instituto de la Habitación Popular* [Istituto per le Case Popolari] (1915). Solo all'inizio degli anni Cinquanta del XX secolo, per sradicare il precariato abitativo e il fenomeno delle baraccopoli, lo Stato intraprende una politica decisa ad affrontare il problema, mediante l'approvazione del primo *Plan Nacional de Vivienda* [Piano Nazionale per gli Alloggi] (1955) e la costruzione di grandi aree di case popolari in cui quasi la totalità dei residenti rialloggiati erano migranti in origine.

2.2. *Un altro modo di "fare città": la periferia di seconda generazione come prodotto di successo*

Negli ultimi decenni, la Spagna ha vissuto un intenso sviluppo urbano che ha implicato importanti trasformazioni urbanistiche, soprattutto nelle aree circostanti le grandi città. Queste politiche di espansione urbana hanno abbandonato la compattezza funzionale e la densità tipica della città mediterranea per creare nuove aree residenziali, senza una netta separazione tra il paesaggio urbano e quello rurale che sbiadisce i limiti della città. Si tratta della "seconda generazione di periferie", la quale non ha nulla in comune con la prima. Questo è un inurbamento "diluito", più distante dai centri urbani rispetto alle aree periferiche tradizionali, che si articola nei dintorni – ma a una certa distanza – dei nuclei a più elevata densità (*spread city*).⁸ In tal modo, la città tende a crescere in base a un modello di decentramento urbano che gli esperti chiamano "città senza centro" caratterizzato da una struttura reticolare in cui la periferia, che non cresce necessariamente a macchia d'olio come continuazione della città, occupa ora un posto influente. Questa modalità di sviluppo periurbano a bassa densità che si sparge per il territorio, si realizza in base al modello della città diffusa o orizzontale e fa spicco per la sua scarsa sostenibilità ambientale, giacché comporta un grande consumo di risorse naturali.

Di conseguenza, in seguito la situazione di inurbamento di massa prodotto dalla bolla immobiliare, a causa del quale la Spagna ha potuto trasformare una gran quantità di suolo vergine – che il mercato non riuscirà ad assorbire per molti anni –, il concetto classico di periferia ha mutato significato. Vivere in periferia non è più sinonimo di povertà o di classe lavoratrice. Le nuove planimetrie urbane non sono più spazi degradati o poco stabili né presentano carenze urbanistiche. In tal modo, la connotazione negativa insita nell'idea di periferia in quanto opposta al centro – sobborgo operaio i cui residenti sono *outsider* pri-

⁸ In questo senso, è possibile operare una distinzione tra gli spazi suburbani (periferia di prima generazione) e gli spazi periurbani (periferia di seconda generazione).

vati dei valori caratterizzanti il centro urbano – è ormai una realtà residua. Da un’impostazione legata al post-fordismo, è evidente che il concetto di periferia ha sperimentato una mutazione nella sua componente sociale.

Attualmente, il fatto di vivere in periferia – in alloggi unifamiliari o bifamiliari con giardino e piscina – non è una questione di bisogno dettata dalla mancanza di alternative, ma un simbolo di successo. Per alcuni, la periferia continua a essere un contesto di segregazione urbana, ma ora con parametri opposti. Fino a due decenni fa, sembrava che le classi abbienti avessero una certa fobia a insediarsi nelle periferie e la stessa cosa si potrebbe dire delle istituzioni pubbliche. Oggi, invece, molte attività si sono spostate dal centro urbano (tradizionale centro di attività commerciali), seguendo il percorso marcato dalle grandi società tempo addietro – per i vantaggi insiti nel poter collocare le nuove sedi in spazi più ampi e funzionali nonché con costi inferiori –, e si distribuiscono strategicamente tra il centro e la periferia, per contribuire alla coesione del territorio nonché sociale della città. Questo nuovo paradigma ha avuto la funzione di “esca” per attrarre attività economiche in queste aree urbane (i nuovi usi periferici), con una retroazione positiva sul più recente protagonismo urbano.⁹

Le nuove periferie urbane possono vantare un maggior numero di comodità e prestazioni rispetto a quelle che si trovano nel centro urbano. Tutto ciò grazie agli standard urbanistici che prescrivono l’obbligo di destinare, sui terreni edificabili, una certa percentuale di suolo a infrastrutture per comunicazioni e ad aree di parcheggio, spazi liberi (giardini, zone verdi...) e arredi pubblici. Va ricordato che queste esigenze non sono applicabili sul suolo urbano, cioè, nella città consolidata. Così, per fare un esempio, la legislazione urbanistica catalana (*Texto Refundido de la Ley de urbanismo* [Testo unico della Legge di pianificazione urbana], approvato mediante *Decreto Legislativo* 1/2010, del 3 agosto) fissa le seguenti riserve per quanto riguarda il terreno edificabile, in base al fatto che il suo uso sia o no residenziale:

a) Nei settori destinati a uso residenziale, i progetti parziali di pianificazione urbanistica devono riservare una parte di suolo a sistemi, come minimo, nelle seguenti proporzioni:

- Per zone verdi e spazi pubblici liberi, 20 m² di suolo per ogni 100 m² di area edificabile, con almeno il 10% della superficie dell’ambito di intervento urbanistico.

- Per strutture pubbliche, il valore minore derivante dalle seguenti proporzioni: 20 m² di suolo per ogni 100 m² di area edificabile oppure 20 m² di suolo per ogni abitazione; in ogni caso, con almeno il 5% della superficie dell’ambito di intervento urbanistico, oltre al suolo adibito a servizi tecnici, se opportuno. Nel caso in cui la pianificazione urbanistica generale preveda il sistema urbanistico di

⁹ Ciò nonostante, diverse nuove periferie presentano altre notevoli carenze, come l’assenza di funzioni di centro (non esistono luoghi con carattere di centralità) e di spazi pubblici significativi.

case popolari, può stabilire che questa previsione di suolo destinato a strutture pubbliche sia adibita, in determinati settori, in misura totale o parziale al sistema urbanistico di case popolari.

b) Nei settori d'uso non residenziale, i progetti parziali di pianificazione urbanistica devono osservare alle zone verdi almeno il 10% della superficie dell'ambito di intervento urbanistico e devono riservare a strutture e arredi almeno il 5% di tale superficie, Oltre al suolo adibito a servizi tecnici, se opportuno.

c) Nei settori in cui sono ammessi sia l'uso residenziale sia altri usi (industriale, uffici, impianti sportivi...), gli standard sono calcolati in maniera indipendente in base ai vari utilizzi se la zonatura prevede la destinazione concreta a ognuno di tali usi. In ogni caso bisogna applicare le riserve stabilite per l'uso residenziale qualora il piano regolatore della zona ammetta indistintamente usi residenziali e non residenziali.

Bisogna tenere presente che, sebbene la prima legge di pianificazione urbana spagnola risalga al 1956, in realtà i Comuni iniziarono a dotarsi dei rispettivi progetti di pianificazione urbanistica solo alcuni anni dopo, cosicché l'ampliamento degli agglomerati urbani avvenne in molte parti del Paese – e fino agli anni Sessanta o Settanta inoltrati – con un progetto di pianificazione urbanistica incompleto. Oggi, grazie alla regolamentazione dell'attività urbanistica, le amministrazioni hanno a loro disposizione patrimoni di suolo pubblico, generati nel periodo di espansione urbanistica, che hanno consentito agli enti locali di possedere un'ingente quantità di terreni per la costruzione di case popolari

3. *Gli interventi di rinnovamento urbano e le loro conseguenze: "gentrificazione" e stratificazione sociale*

Questo modello di urbanesimo espansivo basato sul consumo di terreni vergini, causa di spazi urbani periferici, è quello che si è imposto in Spagna negli ultimi sessant'anni, avviando la conservazione e l'adattamento necessari del suolo urbano. Ecco perché è possibile affermare che, accanto alle carenze urbanistiche – e a quelle di altra natura – della periferia urbana, è possibile parlare anche delle inadeguatezze presenti nei centri urbani. Queste aree sono state oggetto solo raramente di interventi urbanistici, se tralasciamo quelli di ristrutturazione interna della fine del XIX secolo e dei primi anni del secolo successivo (e, in Europa, le ricostruzioni urbane effettuate dopo la Seconda Guerra Mondiale). Benché sia meglio non generalizzare, questi centri hanno subito un intensivo processo di deterioramento che ha comportato la fuga delle classi più agiate e la loro sostituzione da parte di immigrati stranieri che occupano abitazioni senza condizioni. Si tratta del fenomeno chiamato "filtraggio verso il basso" (*down filtering*), poiché l'unico risultato ottenuto dal degrado e dall'obsolescenza

degli edifici e del quartiere nel suo insieme è che le uniche persone ad accettare di viverci siano residenti con scarse risorse,¹⁰ un fatto che a sua volta aumenta il deprezzamento del luogo.

Ciononostante, soprattutto a partire dalla crisi immobiliare finanziaria che ha colpito il Paese nel 2007, il Legislatore spagnolo ha messo l'accento sulla necessità di favorire politiche di intervento all'interno delle grandi città (le *inner cities*) che presentano anch'esse problemi di abbandono e degrado.¹¹ Così processo di espansione delle zone suburbane si è stabilizzato a favore di politiche di recupero del nucleo centrale della città. In questo momento le politiche urbanistiche registrano un cambio di rotta e concentrano le loro attività sulla città consolidata, per promuovere processi di trasformazione comprendenti il miglioramento fisico dell'ambiente, tanto per quanto riguarda la riabilitazione delle abitazioni esistenti quanto la costruzione di nuovi immobili (fenomeno di ri-urbanizzazione).

Parecchie di queste zone centrali urbane sono state fatte oggetto di profonde ristrutturazioni di rivitalizzazione e miglioramento destinate a creare un ambiente moderno e gradevole, in grado di attirare nuovamente le classi facoltose e abbienti (imprenditori, liberi professionisti...), generando così un aggiustamento di carattere socioeconomico, la *gentrification*.¹² Si tratta di un fenomeno contemporaneo universale, molto comune nelle grandi città britanniche e nordamericane fin dalla seconda metà del XX secolo, che però in Spagna è stato osservato più tardi.¹³ Strettamente legato alle politiche pubbliche neoliberistiche, il fenomeno della gentrificazione implica una metamorfosi di enorme importanza nella struttura sociale della città nella misura in cui favorisce dinamiche di segregazione della popolazione residente in base al suo livello di reddito.¹⁴

¹⁰ Concetto ideato molto presto da H. HOYT nella sua opera *The structure and growth of residential neighborhoods in American cities*. Washington DC: Federal Housing Administration (1939).

¹¹ In speciale con la Legge 8/2013, del 26 giugno, relativa alla ristrutturazione, alla rigenerazione e al recupero urbano. Attualmente, l'ambito legale delle politiche del suolo di trova nel Testo Unico della Legge de Suolo e della Riabilitazione Urbana (RDLeg 7/2015, del 30 ottobre, di cui è stato approvato il *Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*).

¹² In Spagna questo neologismo, che si può tradurre come nobilitazione o elitizzazione, ha avuto molta fortuna.

¹³ Vedi GARCÍA HERRERA L.M., SABATÉ BEL F., MEJÍAS VERA M.A. e MARTÍN MARTÍN V. (curatori), *Globalización: transformaciones urbanas, precarización social y discriminación de género*, Departamento de Geografía, Universidad de La Laguna (2000).

¹⁴ La gentrificazione, in quanto processo di sostituzione della popolazione nei quartieri del centro delle grandi città, è stata analizzata soprattutto dalla dottrina anglosassone. Questa espressione nasce negli anni Sessanta del secolo scorso, quando cittadini di classe media con introiti elevati vanno a vivere in case ristrutturate site in quartieri operai del centro di Londra, provocando una rivalutazione del mercato immobiliare della zona e l'espulsione delle famiglie residenti. L'origine del termine è attribuita alla sociologa britannica Ruth GLASS, che lo costruisce partendo dal vocabolo "gentry", con cui si fa riferimento alla borghesia rurale britannica. Tale fenomeno è stato applicato anche ai cambiamenti funzionali che si osservano nell'ambito urbano, un esempio di tale fenomeno è costituito dalle zone industriali abbandonate convertite in zone residenziali di lusso. A tale riguardo, vedi SMITH (1996, p. 33).

Certo esiste la possibilità che sotto l'etichetta della gentrificazione si raccolga una pluralità di processi urbanistico-sociali di varia natura,¹⁵ perciò, lasciando a un lato il fatto che possono concorrere determinati elementi congiunturali, con questo termine intendiamo riferirci alla elitizzazione¹⁶ o imborghesimento che avviene in determinate zone depresse, in seguito al loro recupero da parte dei gruppi sociali con elevato potere d'acquisto e al conseguente sgombero o espulsione degli individui più poveri, i quali non possono sopportare l'aumento dei prezzi degli alloggi che si verifica dopo un processo di ristrutturazione o rinnovamento urbano (denominato da alcuni autori "riqualificazione sociale"). Di conseguenza, la gentrificazione non solo disloca i residenti poveri, ma produce anche la destrutturazione della comunità locale, obbligata a disgregarsi a livello spaziale alla ricerca di una nuova casa. Tale situazione implica la perdita dell'identità sociale e del senso di appartenenza al gruppo.

I tratti definitivi della gentrificazione, quindi, sono costituiti dalla trasformazione tanto dell'ambiente fisico urbano (ristrutturazione di edifici e installazione di nuove infrastrutture e arredi) quanto della struttura sociale che lo abita, ove la seconda è una conseguenza della prima ed entrambe contribuiscono alla rivalorizzazione di quell'ambiente. In realtà, tale cambiamento nella composizione o nello status sociale rappresenta il processo inverso a quello teorizzato da HYOT, giacché ora le classi operaie popolari vengono dislocate dai segmenti medio-alti verso la periferia, in un movimento che procede dal basso verso l'alto (*up filtering*).¹⁷ Così il paesaggio urbano originariamente in declino si trasforma in una zona rivitalizzata ed esteticamente interessante che è stata promossa dal punto di vista sociale, una zona di lusso. Ciò costituisce un potente elemento d'attrazione per gli investimenti privati, che si installano in queste zone rinnovate per sviluppare attività orientate soprattutto agli usi commerciali, di svago, culturali e turistici (spazi di consumo). In questo modo, anche la riorganizzazione delle funzioni e delle attività economiche diviene un fattore definitivo della gentrificazione.

4. *Le politiche pubbliche in materia di case popolari in Spagna*

La Spagna è un paese con una lunga tradizione di politiche applicate al settore degli alloggi. A conseguenza di ciò, il nostro modello è caratterizzato

Sul recupero della zona dei *dockland* londinesi, vedi GIREU FONT J., *La regeneración urbana en Gran Bretaña*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

¹⁵ È possibile alludere, in tal senso, al cosiddetto "whitepainting", che fa riferimento alla sostituzione di gruppi etnici in un concreto habitat urbano, come accade quando la popolazione residente, costituita in maggioranza da persone di colore o latinoamericane, viene sostituita da bianchi.

¹⁶ MONREAL (1996, p. 65) si riferisce a questa situazione parlando di elitizzazione residenziale, nel senso che si assiste a una penetrazione del capitale commerciale e dei servizi o di professionisti di classi medie in spazi urbani prima occupati da comunità appartenenti a strati popolari.

¹⁷ Vedi HAMNETT C., "The blind men and the elephant: The explanation of gentrification". *Transactions of the Institute of British Geographers*, 1991, Vol. 16, n. 2, p. 173.

da un elemento distintivo, ossia il fatto che la maggior parte delle case è occupata in regime di proprietà, mentre quelle che si trovano in regime di locazione costituiscono una percentuale minima sul totale. Ciò si spiega mediante il valore concesso dagli spagnoli al possesso di un patrimonio immobiliare. Il successo dell'unità familiare si esprime con la proprietà di una casa. Secondo le parole di LEAL, “La considerazione dei benefici di un patrimonio familiare immobiliare in termini di proprietà è importante per il rafforzamento dell'istituzione e per un migliore controllo sociale... la cultura della proprietà si è già insediata tra gli spagnoli i quali, in gran parte, ritengono che vivere in regime di locazione significhi sprecare soldi, che sia un segno di incapacità economica”.¹⁸ Per spiegare la forte richiesta di acquisizione in proprietà sono parimenti importanti, in parti uguali, da un lato la facilità dell'acquisto (sovvenzioni, esenzioni fiscali come lo sgravio fiscale per l'acquisto di abitazione...) e, dall'altro, la scarsa offerta di affitti a causa di un quadro normativo sulle locazioni urbane molto restrittivo, che scoraggiava la costruzione di questo tipo di abitazioni.¹⁹ In tale frangente, le famiglie preferiscono acquisire in proprietà piuttosto che affittare.

La disponibilità degli alloggi, attualmente, è ancora un problema rilevante, e non per ragioni di scarsità di case, visto che le misure pubbliche atte a promuoverne la costruzione, fondamentalmente da parte dell'iniziativa privata, sono state numerose. Il nostro Paese, insieme all'Irlanda, è l'esempio più lampante della crescita sfrenata del settore immobiliare che si è verificata negli ultimi decenni del secolo scorso e nei primi anni di questo, nonostante la quale, l'aumento vertiginoso dei prezzi è stato inarrestabile. Esistono fattori che spiegano le cause di questo elevato ritmo di costruzione, principalmente nel considerare il settore immobiliare come un settore produttivo essenziale per garantire l'equilibrio economico del Paese e porre un freno alla disoccupazione nonché al basso rendimento offerto dai depositi bancari, che spinse molti piccoli risparmiatori a investire nel “mattone”, acquistando case (spesso su progetto) che aumentavano costantemente il loro valore oppure a diventare persino promotori urbanistici, nonostante si dedicassero professionalmente ad altri ambiti che non avevano nulla a che vedere con il settore immobiliare o edile.

4.1. *Precedenti: l'apice del liberismo urbanistico nel periodo franchista*

Le politiche tradizionali di creazione di alloggi hanno implicato la creazione involontaria di ghetti sociali, raggruppando in un medesimo contesto urbano

¹⁸ LEAL J., “La política de vivienda en España”, *Documentación social*, n. 138, pp. 66 y 69.

¹⁹ La Ley de Arrendamientos Urbanos [Legge sulle Locazioni Urbane] del 1946 stabilì un congelamento del prezzo degli affitti, che viene di fatto conservato con il Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos del 1964. In seguito, mediante il decreto noto come “Decreto Boyer” del 1985 e la Legge sulle Locazioni Urbane del 1994 si ottiene la liberalizzazione del mercato degli affitti residenziali, con la possibilità di una revisione periodica.

tutti gli individui con bassi livelli di reddito. In Spagna, le aree in cui si costruivano le case popolari erano note come “barrios de casas baratas [quartieri di case economiche]”, rivelando la condizione umile dei loro abitanti. Il concetto ha la sua origine nella *Ley de Casas Baratas* [Legge sulle case economiche] del 1911, anticipatrice della regolamentazione normativa dell’edilizia popolare.

Il periodo successivo alla Guerra Civile è particolarmente prolifico nell’implementazione di politiche di edilizia popolare, sia in base ai dettami normativi della legislazione urbanistica sia in base a quelli della legislazione edile stessa (che prevede a sua volta l’adozione di misure urbanistiche per promuovere la costruzione, come il massiccio acquisto di terreni).²⁰ È negli anni Quaranta del secolo scorso che le pubbliche istituzioni franchiste, gestite all’inizio in questo settore da membri della Falange e con la collaborazione dell’impresa privata, concepiscono alcuni programmi sociali a livello statale, rispecchianti i loro valori sul versante urbanistico-architettonico, al fine di ricostruire una Spagna ridotta in macerie.²¹

La penuria di case era divenuta un problema di grandi dimensioni. Di fronte a tale situazione, lo Stato divenne promotore, e proliferarono le strutture amministrative pubbliche con il compito di urbanizzare i terreni destinati alle case popolari e di promuoverne la costruzione. In un primo momento, l’Amministrazione statale puntò sulla costruzione di quartieri di case di proprietà pubblica (in regime di locazione), ma si specializzò in breve tempo nell’acquisto e nella massiccia urbanizzazione di terreni per rivenderli poi ai promotori privati al fine di costruire soprattutto abitazioni in proprietà. Questa è un’altra caratteristica del nostro modello attuale: la promozione pubblica di case si è orientata alla costituzione di un parco immobiliare privato, parallelamente a una scarsità di edilizia popolare in affitto. Ciò che in altri paesi europei è la prassi normale (costruzione di abitazioni da cedere in locazione) qui rappresenta un’eccezione.

La Ley del 19 aprile 1939 prevede nel proprio ordinamento giuridico il concetto di edilizia popolare sovvenzionata. Va detto che quello di “vivienda de protección oficial [case popolari]” è il concetto in genere utilizzato per riferirsi ai fabbricati di nuova costruzione sottoposti a regime d’acquisto a condizioni age-

²⁰ Come sostiene BASSOLS (1973, p. 528), la Ley de suelo [Legge del suolo] del 1956 fallisce in parte per il fatto che la normativa in materia di alloggi ha stabilito la propria dinamica urbanistica legata alla costruzione di unità residenziali, al margine della legislazione urbanistica, e ciò ha determinato un mancato coordinamento tra queste politiche.

²¹ Il *Servicio Nacional de Regiones Devastadas y Reparaciones* [Servizio Nazionale delle Regioni Devastate e delle Riparazioni], la cui funzione è quella di ricostruire le zone controllate da Franco, viene creato nel 1938. Questo *Servicio*, trasformato in seguito in *Dirección General*, si integra con la creazione nel 1939 della *Dirección General de Arquitectura*, entrambe inserite nel *Ministerio de la Gobernación*. Nello stesso anno viene fondato anche l’*Instituto Nacional de Vivienda*, inserito nel *Ministerio de Trabajo* il cui marchio d’identità (il giogo e le frecce, simboli della falange) si può osservare ancora in alcuni edifici costruiti sotto la sua tutela.

volate, con un prezzo inferiore a quello del mercato, anche se lo stesso termine accoglie distinte tipologie come, per esempio, le abitazioni recuperabili, per la costruzione delle quali venivano concessi aiuti pubblici al promotore – sebbene senza porre limiti al prezzo di vendita –. Ebbene, la Legge del 1939 regola per la prima volta l’edilizia popolare sovvenzionata, anche se lo fa in senso ampio, includendo nella medesima tanto l’edilizia popolare (“vivienda de renta reducida” [case a basso reddito]) quanto quella destinata ai funzionari pubblici, mentre in un secondo momento, la *Ley de Viviendas de Renta Limitada* [Legge sulle case a reddito limitato] del 15 luglio 1954 modificherà la definizione per contenerla entro le condizioni di scarse possibilità economiche per avere accesso a un alloggio, fissando incentivi affinché il settore privato intervenga nel programma di costruzione di alloggi dell’*Instituto Nacional de la Vivienda* – secondo il quale gli aiuti vanno direttamente al promotore e non al compratore, il quale trae indirettamente benefici dagli stessi nella misura in cui il prezzo rimane entro certi limiti – e dando priorità all’attività urbanistica e legata all’edilizia nelle aree dichiarate di interesse.

Sono gli anni del “desarrollismo” (sviluppatismo). La promozione della costruzione di grandi complessi abitativi diviene il compito di un organismo pubblico creato dalla Legge del 1939, l’*Instituto Nacional de la Vivienda*, responsabile anche dell’elaborazione di un *Plan Nacional de la Vivienda* [Piano Nazionale degli Alloggi], che vede la luce nel 1955 e rende possibile la creazione di un parco pubblico di unità abitative le quali, seguendo la tendenza generale, è soggetto all’appropriazione privata, giacché viene concessa ai residenti la possibilità di acquistare le loro case in una modalità posticipata nel tempo, ossia, a rate. Dal 1941 anche la *Obra Sindical del Hogar y la Arquitectura* sarà protagonista nell’ambito della promozione della costruzione di edilizia popolare, così come lo sarà il *Ministerio de la Vivienda*, creato nel 1957. Bisogna sottolineare la volontà politica di garantire alcuni criteri minimi rispetto alle condizioni di abitabilità e di qualità delle case popolari; così, nel 1944, viene approvata una *Ley de Condiciones Mínimas de las Viviendas* [Legge sulle condizioni minime di abitabilità], stabilente requisiti relativi alla superficie delle case, al numero di stanze, eccetera. È in questo momento che si approva anche la prima *Ley de suelo* [Legge del suolo] statale (1956), rivolta fondamentalmente alle nuove aree di sviluppo urbano e a garantire servizi e infrastrutture minimi. La premessa fondamentale di questa legge consiste nel principio “prima urbanizzare poi edificare”. Tuttavia, dobbiamo aspettare la sua riforma, nel 1975, per verificare che nuovi interventi urbanistici realizzati grazie a essa adempiano quei criteri minimi.

L’iniziativa privata entra nella costruzione di alloggi non tanto per le agevolazioni di finanziamento concesse dallo Stato, ma soprattutto per le occasioni di realizzare ottimi affari, che si prospettano dato l’aumento della capacità d’acquisto dei vecchi immigrati, e la possibilità di avere accesso a mutui a basso

interesse per l'acquisto di una casa. Per combattere gli effetti delle baraccopoli, conseguenza della migrazione interna del dopoguerra, negli anni Sessanta vengono pianificate vaste zone di edilizia popolare, densamente abitate, in periferia, per cui si verifica un'intensa crescita urbanistica. La costruzione di estese aree residenziali nella periferia consente di rialloggiare famiglie provenienti dai quartieri di baracche o di case auto-costruite – in tal modo, nei nuovi spazi si concentra la stessa classe operaia –. Tuttavia, nonostante i dettami della Legge de suolo, in queste aree gli alloggi erano di bassa qualità, presentavano carenze costruttive e le strutture e servizi minimi brillavano per la loro assenza (pavimentazione di strade, illuminazione pubblica, fognature...). Di conseguenza queste nuove aree di sviluppo urbano vennero chiamate “chabolismo vertical” [baraccopoli verticali].

Negli anni Settanta prolifera la costruzione di case popolari di proprietà, che si rafforza con una politica dei mutui molto favorevole alla concessione di crediti per la loro acquisizione. Le esenzioni fiscali e gli sconti vengono ridotti a favore degli aiuti a chi acquista una casa (*Real Decreto Ley* del 30 luglio 1976), che vedono migliorare la loro credibilità rispetto al pagamento di una casa nel libero mercato, sebbene l'avanzare della crisi provochi un aumento dei tassi d'interesse e la conseguente restrizione dei crediti concessi dalle entità finanziarie.

Con l'arrivo dello Stato delle Autonomie, nell'ambito del *Real Decreto Ley* 31/1978 e della sua normativa di sviluppo, avviene il passaggio di competenza in materia di alloggio alle Comunità Autonome. Le case popolari vengono ridotte a una sola categoria, diversamente dalle tipologie previste dalla precedente legislazione, e vedono limitare la loro superficie utile a 90 m². Il regime e la gestione della promozione pubblica di alloggi vengono razionalizzati: il loro accesso è limitato alle famiglie con redditi inferiori a quelli delle famiglie che possono acquistare una casa costruita da un'impresa privata con o senza aiuti pubblici (rispetto alla discrezionalità delle epoche precedenti), le sovvenzioni vengono ridotte e l'offerta ampliata con gli alloggi in locazione.

4.2. *Regime attuale: le misure previste dalla normativa urbanistica per garantire il diritto all'alloggio*

L'articolo 148 CE stabilisce che la competenza legislativa in materia urbanistica e dell'alloggio spetta alle Comunità Autonome. In tal modo, a parte alcune basi poste dallo Stato in virtù delle sue competenze in materie che incidono su urbanesimo e alloggio (elementi legati all'ambiente, al coordinamento e alla pianificazione generale dell'attività economica...), in Spagna coesistono 17 modelli normativi distinti, così risulta complicato stabilire un regime generale. A ogni modo, la premessa consiste nel non ripetere gli errori del passato ed evitare la segregazione sociale generata da politiche urbanistiche basate sulla creazione di

aree urbane differenziate secondo le classi, basse (quartieri operai) o borghesi. L'attuale legislazione urbanistica prevede ormai meccanismi per evitare l'esistenza di barriere classiste per quanto riguarda la progettazione urbanistica e la costruzione di abitazioni, promuovendo invece una necessaria coesione sociale.

L'intervento dei poteri pubblici sul mercato degli alloggi intende garantire il diritto di tutti cittadini ad avere una casa dignitosa. Questo il motivo per cui esiste un mercato parallelo al mercato libero degli alloggi, rivolto ai soggetti con i redditi più bassi o a rischio di esclusione sociale. L'articolo 47 CE, inserito nel Capitolo III ("De los principios rectores de la política social y económica" [Sui principi che regolano la politica sociale ed economica])²² del Titolo I, stabilisce letteralmente quanto segue: "Tutti gli spagnoli hanno diritto ad avere un alloggio dignitoso e adeguato. I poteri pubblici favoriranno le condizioni necessarie e stabiliranno le norme pertinenti al fine di rendere effettivo tale diritto, regolando l'utilizzo del suolo in base all'interesse generale per impedirne la speculazione. La comunità parteciperà ai benefici generati dall'intervento urbanistico portato a termine dagli enti pubblici". Come sostiene la STC [Sentenza della Corte Costituzionale] 152/1988, del 20 luglio, "la politica degli alloggi oltre alla sua dimensione strettamente economica deve avere un'accentuata propensione sociale, nell'adempimento del principio guida previsto dall'articolo 47 della Norma Fondamentale, giacché in tal modo entrambi gli aspetti, quello economico in quello sociale, si rivelano difficilmente separabili".

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza del 10 Settembre 2014, ha ammesso l'esistenza di un diritto a all'alloggio connesso all'articolo 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. È importante sottolineare che il diritto riconosciuto dall'articolo 47 CE non è un diritto fondamentale, tanto meno di un diritto soggettivo o individuale. Per la sua posizione nel testo costituzionale, possiamo catalogarlo come un diritto sociale (STC 47/1993) che i poteri pubblici devono garantire, ma che non è esigibile in se stesso e potrà essere addotto di fronte alla giurisdizione ordinaria in conformità con quanto previsto dalle leggi pertinenti (articolo 53.3 CE). Per tale motivo, il fatto di considerare il diritto all'alloggio come un vero diritto soggettivo si fa dipendere da quanto stabilito dalle sue leggi pertinenti (SSTC 222/1992 e 89/1994). Una conseguenza del non essere considerato alla stregua di un diritto fondamentale è che non è possibile ricorrere all'appello presso il Tribunale Costituzionale in caso di violazione dello stesso (articolo 53 CE).

In questo quadro costituzionale, le misure pubbliche che sono state via via adottate negli ultimi decenni hanno come obiettivo principale quello di soddisfare le esigenze dei segmenti di popolazione in difficoltà o che non possono avere

²² Tali principi devono formare la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'intervento dei poteri pubblici.

accesso a un alloggio nel mercato libero, ma anche così le risorse dell'edilizia popolare spagnola sono tra le più precarie d'Europa.²³ Diversamente dai decenni anteriori, negli anni Novanta, l'interesse dei promotori privati nel costruire case popolari era svanito giacché gli incentivi economici offerti dall'Amministrazione, tra i quali le condizioni di finanziamento dei mutui, avevano perso valore a causa dell'abbassamento dei tassi di interesse. D'altro canto, neppure la capacità delle istituzioni pubbliche di raccogliere il testimone era troppo forte, poiché le cessioni gratuite e obbligatorie che i proprietari di terreni in trasformazione dovevano fare ai Comuni (cessione di sfruttamento urbanistico) finivano per essere sostituite quasi sempre dal pagamento di una somma di denaro equivalente, importi che i Comuni non investivano nella costruzione di edilizia popolare, ma andavano a coprire altri bisogni municipali. Si imponeva una nuova regolazione in materia di edilizia popolare che venne incorporata in breve tempo nella normativa urbanistica di alcune Comunità Autonome e, in un secondo momento, passò a far parte della normativa statale del regime del suolo. Contemporaneamente, alcune Comunità Autonome come i Paesi Baschi e la Catalogna approvarono leggi specifiche sul diritto all'alloggio.

Il decentramento dello Stato favorisce, tra lo Stato e le Comunità Autonome, la concertazione di vari programmi che non solo hanno garantito il diritto di molte famiglie a una casa in buone condizioni, ma hanno anche avuto una funzione determinante per far ripartire l'attività immobiliare – mediante l'iniezione di ingenti risorse finanziarie – in epoche caratterizzate da una certa paralisi economica, come quella che si è verificata tra la fine degli anni Settanta e i primi anni Ottanta del secolo scorso. La ripresa della domanda di alloggi, cui contribuisce in certa misura la previsione di incentivi fiscali legati all'IRPEF (imposta sul reddito delle persone fisiche) per l'acquisizione di case di nuova costruzione (Real Decreto Ley 2/1985), inaugura una fase di forte crescita del parco immobiliare privato (1986-1990), che scompare rapidamente dal mercato nonostante l'ingente aumento del prezzo del terreno e del prodotto finale, ossia la casa. Gli alloggi popolari, invece, vivono il loro momento più basso, con promozioni quantitativamente modeste a causa della diminuzione delle sovvenzioni, della soppressione dei benefici fiscali e del mancato aggiornamento del valore del modulo al di sotto dei costi di promozione.

Le Comunità Autonome, oggi, hanno una loro normativa in materia di alloggi. Per esempio, in Catalogna è in vigore la Legge 18/2007 del 28 dicembre, sul diritto all'alloggio.²⁴ Tale norma è frutto di un compromesso con l'adozione

²³ Secondo il rapporto di Amnesty International, *Derechos desalojados. Derecho a la vivienda y desalojos hipotecarios en España* (2015), la Spagna ha circa il 1,1% di case popolari, rispetto 17% della Francia, al 18% del Regno Unito o al 32% dei Paesi Bassi.

²⁴ *Vedere* anche la Legge 4/2016, del 23 dicembre, di misure di protezione del diritto all'alloggio delle persone che si trovano a rischio di esclusione sociale [*Ley de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas que se encuentran en riesgo de exclusión social*].

di misure atte a rendere concreto il diritto delle persone a un alloggio dignitoso e adeguato e, per tale motivo, considera l'insieme delle attività legate all'assegnazione di alloggi destinati a politiche sociali come un "servizio di interesse generale". Oltre alla pianificazione e alla programmazione delle politiche degli alloggi, la Legge regola, tra le altre questioni, i diritti e i doveri degli agenti coinvolti, l'assegnazione delle competenze agli organismi amministrativi, la fissazione di parametri di qualità e accessibilità nella costruzione, la protezione dei consumatori e degli utenti, le procedure di aggiudicazione di case popolari e il regime di sanzioni. Viene posta enfasi, inoltre, sul ruolo degli enti locali in quanto fornitori di terreni e promotori di edilizia popolare sovvenzionata, concedendo loro la possibilità di sottoscrivere accordi e concertare interventi con altre amministrazioni e con agenti sociali o privati, così come di programmare politiche proprie in accordo con la Generalitat di Catalogna.

L'area delle case popolari comprende, secondo la Ley 18/2007, tanto le politiche rivolte all'ottenimento di edilizia popolare sovvenzionata mediante progetti di alloggi approvati dal Governo della Generalitat quanto altri interventi che possono rientrare nella categoria di case protette, tra i quali fanno spicco per la loro novità la mediazione sociale per la locazione di alloggi privati (con garanzie e fidejussioni volte ad assicurare la riscossione delle rendite locative), la gestione degli alloggi su annunci mediante enti senza scopo di lucro o servizi sociali municipali, i contratti di comproprietà tra amministrazione e privati (con un contributo pubblico massimo del 20% sul costo della casa) e gli aiuti diretti per il pagamento dell'affitto, che possono essere permanenti o occasionali. Particolarmente interessante risulta la determinazione di un obiettivo di solidarietà urbana in virtù del quale tutti i Comuni con più di 5.000 abitanti e i capoluoghi di regione devono dotarsi, entro un termine di 20 anni, di un parco minimo di case destinate a politiche sociali del 15% rispetto al totale delle principali case esistenti.

Per quanto riguarda la legislazione sul suolo pubblico statale, regola l'edilizia popolare sovvenzionata su un triplice piano legato ai doveri della proprietà, al fine di garantire l'esistenza di un parco immobiliare inclusivo e socialmente sostenibile: riserva di terreni, cessione di sistemi urbanistici e cessione di diritti di sfruttamento urbanistico. Il *Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana* (Real Decreto Legislativo 7/2015, del 30 ottobre, RDLeg), nella lettera b) del suo articolo 20.1, riguardante i criteri fondamentali di utilizzo del suolo, stabilisce che l'Amministrazione deve riservare una parte proporzionale di suolo alle case popolari che, per lo meno, consentano la tassazione del loro prezzo massimo di vendita, affitto o altre forme di accesso all'alloggio. Bisogna garantire, in ogni caso, che la distribuzione geografica di tale riserva rispetti il principio di coesione sociale. La percentuale reale di questa riserva viene determinata dalla normativa urbanistica di ogni Comunità Autonoma nel rispetto dei seguenti minimi criteri

statali: a) nei terreni rurali interessati da interventi di nuova urbanizzazione, vanno riservati all'edilizia popolare i terreni in cui è possibile effettuare il 30% degli edifici residenziali previsti dalla pianificazione urbanistica; b) nei terreni urbanizzati in cui si prevedono interventi di ristrutturazione o rinnovamento delle aree residenziali, la percentuale si riduce al 10%. Ciononostante, la legislazione urbanistica potrà prevedere in via eccezionale una riserva inferiore o dispensarla completamente rispetto a determinati Comuni o interventi, a patto che, quando si tratta di interventi su nuove aree residenziali, sia garantito il rispetto integrale della riserva nel suo ambito territoriale di applicazione e una distribuzione che tenga in considerazione il principio di coesione sociale²⁵.

Parallelamente a questa riserva, i proprietari interessati da interventi di urbanizzazione hanno l'obbligo di consegnare terreni all'Amministrazione a titolo gratuito per due distinti concetti: a) i terreni riservati dalla pianificazione ad accogliere strutture urbanistiche (viali, spazi liberi, zone verdi e altri elementi pubblici compresi nell'intervento stesso a essi assegnati) e b) i terreni²⁶ corrispondenti alla percentuale – stabilita dalle leggi urbanistiche delle Comunità Autonome per un valore compreso tra 5% e il 15% –²⁷ della edificabilità media ponderata dell'intervento, o dell'ambito superiore di riferimento in cui quest'ultimo è inserito (elemento noto come cessione del diritto di sfruttamento urbanistico). Ebbene, nel primo caso, l'articolo 18.1 del RDLeg 7/2015 specifica che, negli interventi di trasformazione urbana il cui uso prevalente è quello residenziale, la cessione deve comprendere i terreni assegnati dalla pianificazione alla dotazione pubblica di abitazioni soggette a qualche regime di protezione, destinato esclusivamente alla locazione, tanto nel caso in cui così sia stabilito dalla legislazione applicabile, quanto nel caso in cui dal rapporto del piano urbanistico scaturisca la necessità di fare affidamento su questo tipo di alloggi di natura rotatoria, la cui finalità consiste nel soddisfare i bisogni temporanei di collettivi con particolari difficoltà di accesso alla casa. Per quanto riguarda la cessione del diritto di sfruttamento, i terreni consegnati all'Amministrazione devono essere inclusi nel suo patrimonio di suolo pubblico (un patrimonio separato da quello ordinario dell'Amministrazione, formato dai terreni ottenuti mediante cessione urbanistica, così come da altri beni e risorse). È prevista la possibilità che in determinati casi il propieta-

²⁵ La Disposizione transitoria prima del RDLeg 7/2015 consente alle comunità autonome di lasciare sospesa l'applicazione della riserva (fino a giugno 2017). Stabilisce, inoltre, che i Comuni con un numero di abitanti inferiore a 10.000, caratterizzati da scarsa edilizia residenziale, siano esenti dall'applicazione della riserva.

²⁶ Questi terreni sono ceduti liberi da imposte di urbanizzazione, le quali vengono pagate dai proprietari.

²⁷ In via eccezionale, la legislazione urbanistica avrà la facoltà di aumentare questa percentuale fino al 20 % o di ridurla in maniera proporzionale e motivata negli interventi urbanistici in cui il valore dei lotti risultanti è notevolmente superiore o inferiore, rispettivamente, al valore medio dei lotti negli altri interventi della stessa categoria dei terreni.

rio possa sostituire la cessione di suolo con altre modalità di ottemperamento, fatto salvo nei casi in cui possa avvenire con terreni destinati alla riserva di case soggette a qualche regime di protezione pubblica dell'articolo 20 del RDLeg 7/2015²⁸.

Abstract

The challenge of urban peripheries:
the right to housing as an urban integration strategy

by Judith Gifreu Font

This article explores the evolution of urban peripheries in Spain and the role of housing in this phenomenon. At first, the growth of the urban periphery of large cities responds to the migratory activity, which accommodates the thousands of residents from other parts of the country in degraded and poorly consolidated neighborhoods, with blocks of flats of low constructive quality and few equipment and public services. But at the end of the 20th century, with the real estate boom, a new generation of peripheries emerged, with a different meaning from the first. It is no longer about self-construction spaces or housing polygons. This new arrangement of the urban outskirts welcomes urban development projects that adopt an urban dispersion strategy typical of the diffuse city model, with a low-density residential plot and strong land consumption and quality single-family housing for a high-income population. With this new periphery, suburban growth patterns undergo a profound change: living in the periphery is no longer synonymous with marginal urbanization, but a symbol of success.

Key words: city, periphery, right to housing, urbanism.

²⁸ L'articolo 52 del RDLeg 7/2015 stabilisce che i terreni ceduti dai proprietari devono essere di preferenza destinati alla costruzione di case soggette a qualche regime di protezione pubblica, sebbene le leggi abbiano facoltà di destinarli anche ad altri usi di interesse sociale, a patto che perseguano finalità urbanistiche, di protezione oppure un miglioramento di spazi naturali o dei beni immobili del patrimonio naturale, o ancora di carattere socio-economico, per soddisfare i bisogni insiti nel carattere composito degli interventi di ristrutturazione urbana. Si prevede altresì che, quale misura contro la crisi e in via eccezionale, i Comuni possano destinare i beni costituenti il patrimonio di suolo pubblico a ridurre il proprio debito commerciale finanziario.

Bibliografia

- Agoués Mendizábal C., “La función social de la vivienda frente a los intereses particulares”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 51, 1998, 9-35.
- Allen J., Barlow J., Leal J., Maloutas T., Padovani L., *Housing and welfare in Southern Europe*, London: Blackwell, 2004.
- Alonso Ibañez M.R., “La articulación urbanística del fomento de la vivienda protegida”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, 9, 2004, 15-43.
- Andrues D., Caldera-Sánchez A., Johansson A., *Housing Markets and Structural Policies in OECD Countries*, OECD Economics Department Working Papers, 2011.
- Arroyo M., “La dinámica de las Áreas Metropolitanas en un contexto de desindustrialización”, *Revista de Geografía Norte Grande*, n. 28, 2001, 57-64.
- Baena Del Alcázar M., *Las viviendas de protección oficial en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1968.
- Balchin P., *Housing policy in Europe*, London: Routledge, 1996.
- Barciela C., Lopez M.I., Melgarejo J., *La España de Franco (1939-1975)*, Madrid: Síntesis, 2001.
- Bassols Coma M., *Génesis y evolución del derecho urbanístico español (1812-1956)*. Madrid: Montecorvo, 1973.
- Bassols Coma M., “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 85, 1983.
- Bassols Coma M., “La vivienda como producto finalista de las ordenaciones territorial y urbanística”, *Ciudad y Territorio*, n. 80, 1989.
- Beauregard R.A., “Edge cities: peripheralizing the center”, *Urban geography*, n. 16, 1995, 708-721.
- Beauregard R.A., “The chaos and complexity of gentrification”, N. Smith and P. Williams (Coord.), *Gentrification of the city*, Boston: Unwin Hyman, 1988.
- Beltrán De Felipe M., *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Valladolid: Lex Nova, 2000.
- Bereziartua Rubio J., *La intervención administrativa en el mercado de la vivienda en España: las medidas adoptadas en la comunidad autónoma del País Vasco. ¿Un ejemplo a seguir?*, Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública, 2006.
- Brueckner J.K., *Urban Sprawl: Lesson from Urban Economics*, Brookings-Wharton Papers on Urban Affairs, 2001.
- Burón J., “Una política de vivienda alternativa”, *Ciudad y Territorio*, n. 155, 2008.
- Butler T., “Re-urbanizing London’s Docklands: gentrification, suburbanization or new urbanism?” *International Journal of Urban and Regional Research*, n. 31, 2007, 759-781.
- Cabré I Pala A., Pujadas I Rúbies I., “La població: immigració i explosió demogràfica”, VVAA, *Història econòmica de la Catalunya contemporània s. XX Població, agricultura i energia*, Barcelona: Enciclopèdia Catalana, B, 1989.
- Cameron S., Coaffe J., “Art, Gentrification and regeneration. From artist as pioneer to public arts”, *European Journal of Housing Studies*, n. 5, 2005, 39-58.
- Castells M., *La cuestión urbana*, Madrid: Siglo XXI, 1974.
- Capel H., *La morfología de las ciudades. Vol. II, Aedes facere: técnica, cultura y clase social en la construcción de edificios*, Barcelona: Ediciones del Serbal, 2005.

- Coturruelo A., *La política económica de la vivienda en España*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960.
- Davison M., Lees L., “New-build gentrification: Its histories, trajectories, and critical geographies”, *Population, Space and Place*, n. 16, 2010, 395-411.
- Delgado Viñas C., García Merino L.V., “Procesos y formas de crecimiento recientes en las ciudades del Norte de España”, ASOCIACIÓN DE GEÓGRAFOS ESPAÑOLES. *XIV Congreso Nacional de Geografía. Cambios regionales a finales del siglo XX*, Salamanca, 1995.
- Dematteis G., “Suburbanización y periurbanización. Ciudades anglosajonas y ciudades latinas”, F. Monclus, *La ciudad dispersa*. Barcelona: Centro de Cultura Contemporánea, 1998, 17-34.
- Donner C., *Housing Policies in the European Union*, Vienna, 2000.
- García Herrera L.M.; Sabaté Bel F.; Mejías Vera M.A., Martín Martín V. (Eds.), *Globalización: transformaciones urbanas, precarización social y discriminación de género*, Departamento de Geografía, Universidad de La Laguna, 2000.
- Gifreu Font J., “La imbricación de las políticas de suelo y vivienda. Instrumentos para garantizar el acceso de los ciudadanos a una vivienda asequible”, E. Sánchez Goyanes (Dir.), *Derecho urbanístico de Cataluña*, Las Rozas (Madrid): La Ley – El Consultor de los Ayuntamientos, 2009.
- Gifreu Font J., “Las previsiones urbanísticas en relación con el acceso a la vivienda protegida”, S. Nasarre (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid: Edisofer Editorial, 2011.
- Gifreu Font J., “Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad consolidada”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 33, 2013.
- Gifreu Font J., *La regeneración urbana en Gran Bretaña*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Hamnett C., “The blind men and the elephant: The explanation of gentrification”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 16, n. 2, 1991, 173-189.
- Hamnett C., “Gentrification and the middle-class remaking of Inner London, 1961-2001”, *Urban Studies*, vol. 40, n. 12, 2003.
- Harvey D., *The condition of postmodernity*, Londres: Basil Blackwell, 1989.
- Hoyt H., *The structure and growth of residential neighborhoods in American cities*, Washington: Federal Housing Administration, 1939.
- Iglasias González F., *Administración pública y vivienda*, Madrid: Montecorvo, 2000.
- Jiménez DE Cisneros F.J., “La cooperación para la formulación y ejecución de los planes de vivienda”, *Documentación Administrativa*, n. 240, 1994, 229- 256.
- Jurado T., “La vivienda como determinante de la formación familiar en España desde una perspectiva comparada”, *Reis*, n. 103, 2003, 113-158.
- Kleinman M.; Matznetter W., Stephens M., *European Integration and housing policy*, London: Routledge, 1998.
- Leal J., “La política de vivienda en España”, *Documentación social*, n. 138, 2005.
- Lees L., Slater T., Wylie E., *Gentrification*, Oxford: Routledge, 2008.
- López García M.A., *Política impositiva, precios y stock de vivienda*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001.

- López Ramón, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, 3a Ed., Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Monclús F., “Suburbanización y nuevas periferias. Perspectivas geográfico-urbanísticas”, F. Monclús, *La ciudad dispersa*, Barcelona: Centro de Cultura Contemporánea, 1998, 5-15.
- Monnet J., “El territorio reticular”, *Anthropos «Nuevos territorios e innovación digital»*, n. 227, 2010, 91–104.
- Monreal P., *Antropología y pobreza urbana*, Madrid: Los Libros de la Catarata, 1996.
- López De Lucio R., “La recuperación de una forma urbana clásica. Revisión crítica de una experiencia y análisis comparado de datos”, R. López De Lucio, A. Hernández-Aja, *Los nuevos Ensanches de Madrid. La morfología residencial de la periferia reciente, 1985-1993*, Madrid: Ayuntamiento de Madrid, 1995, 15-83.
- López Trigo L. (Dir.), *Ciudad y Alfoz. Centro y periferia urbana. Jornadas de estudio y debate urbanos*, León: Universidad de León, 1996.
- Moya González, L., *Barrios de Promoción Oficial. Madrid 1939-1976*. Madrid: COAM, 1983.
- Mullins P., Natalier K., Smith P., Smeaton B., “Cities and consumption spaces”, *Urban Affairs Review*, n. 35 (1), 1999, 44-71.
- OCDE, “Housing and the Economy: Policies for Renovation”, *Economic Policy Reforms 2011. Going for Growth*, 2011.
- Palacios A., *Barrios desfavorecidos urbanos. De la identificación a la intervención*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la UAM, 2006.
- Peach C., “The ghetto and the ethnic enclave”, D. VARADY (Coord.), *Desegregating the city. Ghettos, Enclaves and Inequality*, Albany: State University of New York Press, 2006, 31-48.
- Pisarello G., *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona: Icaria, 2003.
- Ponce Solé J., “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo estatuto de autonomía de Cataluña y de la ley catalana 18/2007 del derecho a la vivienda”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n. 7, 2008, 145-195.
- Sánchez Martínez M.T., “El coste de la política de vivienda: un análisis a través de las distintas Administraciones Públicas”, *Ciudad y Territorio*, n. 140, 2004, 353-371.
- Sargatal Battaller M.A., “El estudio de la gentrificación”, *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, n. 228, 2000.
- Slater T., “Missing Marcuse. On gentrification and displacement”, *City*, vol. 13, n. 2-3, 2009, 293-311.
- Smith N., *The new urban frontier. Gentrification and the revanchist city*, Oxford: Routledge, 1996.
- Smith N., Williams P. (Eds.), *Gentrification of the City*, London: Unwin Hyman, 1986.
- Sudrià I Triay, C., *Història Econòmica de la Catalunya contemporània s. XX Una societat plament industrial*, Barcelona: Enciclopèdia Catalana, 1988.
- Trilla C., *La política de vivienda en una perspectiva europea comparada*, Barcelona: Fundación La Caixa, 2001.
- Valenzuela Rubio M., “Áreas centrales y periferias urbanas en la Europa comunitaria. Un estado de la cuestión al filo de los noventa”, *Boletín de la Real Sociedad Geográfica*, T. CXXIV-CXXV, n. 1-12, 1988-1989, 157-193.
- Vázquez Valera C., *La gentrificación. Un modelo de segregación socioespacial en ciudades posindustriales*, Madrid: Departamento de Geografía. Universidad Autónoma de Madrid, 1996.

- Vicente J., “¿Nuevas palabras, nuevas ciudades?”, *Revista de Geografía*, n. 2, 2003, 79-103.
- Wacquant L., “Relocating gentrification: The working class, science and the state in recent urban research”, *International Journal of Urban and Regional Research*, Vol. 32, n. 1, 2008, 198-205.
- Zukin S., “Urban Lifestyles: Diversity and Standardisation in Spaces of Consumption”, *Urban Studies*, n. 35(5-6), 1998, 825-839.

New possibilities for judicial decision-making in Brazil: an approximation with the common law system

di Estefânia Maria de Queiroz Barboza

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The principle of legal certainty and the interpretation of fundamental human rights. – 3. Legal uncertainty and incoherence in legal decisions. – 4. Precedents and integrity. – 5. The principle of integrity in legal decisions: a possibility of guaranteeing legal certainty in Brazil. – 6. Approach of civil procedure to the system of precedents. – 7. Final considerations.

1. *Introduction*

Starting from the second half of the twentieth century, the Judiciary takes on a new interpretative role due to the human rights revolution and the consequent judicialization of politics.

This new role requires that the Judiciary face issues that involve political and moral content related to human or fundamental rights, which will only arise during the judging of cases, the moment when these rights have their meanings defined.

In other words, whereas in the context of the positivism that influenced the development of the civil law tradition, it was assumed that the meaning of a norm was already included in its text and, therefore, that the Judiciary, in its interpretative role, would be already limited by that norm, the new reality that involves trials related to human rights no longer fits in this old mechanistic model.

In contrast, because human rights have an open and undetermined nature and moral content, it is possible to state that they only acquire substantial meaning in their implementation. Moreover, this meaning will be given by the Judiciary, which begins by not being limited only by what is manifested in the written text.

This new situation causes legal uncertainty because there are not pre-established limits to the interpretative activity, at least not in the mechanistic model; judges become free to give substance to human rights. Moreover, Brazilian courts not feeling tied to the legal decisions that come from the Superior Courts concerning the same subject also causes legal uncertainty.

In this article, the intention is, first, to contextualize the problem of legal uncertainty caused by the unpredictability of legal decisions in Brazil by analyzing how the principle of legal certainty works in both common law and civil law models. How constitutionalism and the openness of fundamental rights

contributed to the rise of legal uncertainty and unpredictability in the scope of the Judiciary Power will also be addressed.

As a second step, the model of law as integrity proposed by Dworkin will also be analyzed in terms of how it is compatible with the broad doctrine of *stare decisis*.

Moreover, it will be demonstrated that civil procedure law has already been approaching a specific model of case law in the last few years.

Finally, that the adoption of a doctrine of binding precedent that applies the principle of integrity in adjudication will be capable of guaranteeing legal certainty, predictability, stability and equality, not only in cases in which the legal decision conflicts with the one coming from superior courts but also in difficult cases faced by the Supreme Federal Court (STF), will be supported.

2. *The principle of legal certainty and the interpretation of fundamental human rights*

Security is part of human life, needed for human beings to plan and conduct their lives; this is why the principle of legal certainty is a constituent element of the rule of law (Canotilho, 2000, p. 252; Dworkin, 2007, p. 176.).

Civil law systems care about guaranteeing legal certainty through the codification of law, seeking by this means to make the system complete and more well-known by the population and therefore guaranteeing certainty and predictability in law. Furthermore, codes and their pretension of being complete would guarantee security, certainty and predictability in legal relationship because all solutions would be manifested in codes, and judges would then be limited to applying the law that was already provided and determined.

In contrast, in common law systems, the seeking of legal certainty is not based on the law itself or the alleged completeness of the system but on the system of judicial precedents in which, by means of a specific rationality, a guarantee of coherence among legal decisions has been sought. Thus, in this system, although judges have not been limited by the law itself, they have been limited by precedents. This limit imposed by the doctrine of *stare decisis* means respect for precedents, which encompasses the actions of following them, distinguishing them or revoking them. What has never been allowed is the possibility of ignoring previous legal decisions that portray the constitutional practice and the political morality of a community.

Conversely, in these systems, in which the idea of “judge-made-law” has always prevailed, the primacy of the Judiciary Power is considered “an element of stability that translates into an activity of normative building focused on legal certainty” (Duarte, Moura, Mastrodi, & Tsubone, 2005, p. 50), particularly because this activity has always been limited by the doctrine of *stare decisis*.

What occurred, however, was a large change in juridical systems in the second half of the twentieth century because of the human rights revolution. Consequently, several countries started adopting democratic constitutions encompassing lists of fundamental rights – as occurred in Brazil with the Federal Constitution of 1988 – or incorporating international documents for the protection of human rights. The change in the pillar of the juridical structures in civil law systems to accommodate a primacy of fundamental human rights substantially modifies the role of constitutional jurisdictions in the interpretation of law because it is not possible to define these rights *a priori*. In other words, although many times they are manifested in a written document, there is no means of predicting the result of their interpretation in an actual case.

What is noticeable is that these rights because of their own nature, are abstract and will only have their meanings defined in an actual case. This abstraction is an essential part of constitutional rights, which counts on the intention of a minimum consensus concerning their affirmation. In other words, although it is not possible to define the limits and consequences of the right to equal treatment, for example, it is possible to support its presence in a constitutional document as a supreme value that must be respected by all. That is what happens to most human and fundamental rights; consensus occurs at an abstract level but not at a concrete one because, in particular, dissension is typical of human nature.

Because the norms that establish fundamental rights, that is, of moral content, require having the meaning of their content defined, the Judiciary starts taking on a new role, which implies legal decisions that reflect the political morality of a community. Uncertainty occurs because issues of moral and political content about which there is no consensus in the community are ultimately decided by a power not elected by the population.

Note that human and fundamental rights norms refer to political morality norms, whose debate need not necessarily pass through a discussion concerning relationships between law and morality. This omission is justified because human rights arise specifically to reconnect law and morality, recovering the ethics forgotten during periods of war and authoritarianism.

Note that in plural and multicultural societies such as Brazil, Canada and the United States, for example, the existence of moral dissension concerning relevant facts of life such as abortion, same-sex civil union and the death penalty, to mention a few examples, is very common. In these cases, it is difficult to identify what is established by the Constitution and how fundamental rights will determine and substantiate the trials that must set a single standard to be accepted by the whole community.

Thus, although there is a consensus concerning abstract principles contained in fundamental rights such as freedom, equality, dignity, justice and others,

there is not an agreement about the implications of these rights in concrete situations. In other words, although everyone agrees that equality must be sought, it is difficult to reach a consensus concerning its meaning and its extent – if equality justifies the adoption of affirmative action, for example.

Similarly, norms that establish fundamental human rights because of the minimum consensus required when being affirmed, provide only the beginning of a solution in their normative range because it is not possible to identify from their abstract description all necessary elements to form their meanings.

It is also possible to state that in most controversial issues, there is a minimum consensus, even when it is not yet theorized, concerning the meaning of the law. In other words, when different moralities overlap, it is possible to talk about some sort of common morality, although imperfectly (Waluchow, 2008, p. 69-70).

However, it is complex to balance the fact that the morality affirmed through the adoption of fundamental rights reflects the morality of the majority of the population and at the same time is inherent to fundamental rights concerning the protection of minority groups that are vulnerable to majorities. In other words, thinking that fundamental rights reflect the moral positions of the majority would be to leave unprotected exactly the ones who think of themselves as recipients of the protection of these rights.

Establishing their meanings will be the task of interpreters and, although an open community of interpreters of the Constitution is accepted (Häberle, 2002), the preoccupation this paper is focused on the interpretation and signification of the content of fundamental rights granted by the Constitutional Jurisdiction.

It is essential not to lose sight of the point that “the norm cannot be confused with the normative statement” but rather must be considered a “product of the interaction text/reality” (Barroso, 2009, p. 308). Therefore, in cases connected to the meaning of fundamental rights, which do not exist abstractly in the norm and cannot be abstracted from it, it is possible to state that a fundamental right norm only exists when materialized.

Thus, it would be possible to support that because a fundamental right norm only exists when materialized, the law leaves the text to legal decisions. Therefore, it also leaves written law to unwritten law, justifying once again the approach of the Brazilian system to the case-law system, which, in turn, has its own particular structure to guarantee certainty and coherence to unwritten law.

To explain because the real meaning of fundamental right norms is not contained in the text but in legal decisions that interpret them and apply them in an actual case, it is possible to say that there is a shift from written law to unwritten law, in the sense of not being written in a formal document.

This materialization of a norm implied by the Constitutional Jurisdiction will involve, in turn, a moral reading of it. Because they are norms with an open

texture and endowed with plasticity, it will be necessary to define their content through an interpretative process that will involve an analysis of the political morality of the community at issue.

Thus, it is possible to talk about the existence of a constitutional morality of a specific community that, according to Waluchow (2008, p. 76), means “the set of moral norms and considered judgments, properly attributable to the community as a whole as representing its true moral commitments” but that is somehow “tied to its constitutional law and practices” – in summary, to “the political morality presupposed by the laws and institutions of the community” (Dworkin, 2002, p. 197).

Moral standards influence legal decisions, particularly when the Constitution is interpreted because it provides “instances that impose moral limits to whatever laws that can be validly created” (Dworkin, 2006c, p. 10-11) in a specific country. Similarly, restrictions imposed by fundamental rights to public authorities form moral restrictions (p. 42).

At this level, the moral reading of human and fundamental rights proposes that interpreters of the Constitution interpret and apply abstract provisions “considering that they refer to moral principles” (Dworkin, 2006b, p. 2) of a community and that their definition will only arise when the norm is materialized, inserting political morality in the center of the constitutional debate.

Even when it is stated that those norms reflect the political morality of a specific community affirmed in fundamental rights that reflect, in turn, the morality accepted by most of the population currently, the issue that arises is who will perform the interpretative work of ascertaining the content of this morality and how will they do it.

The criticism made of judges when they perform this interpretative work is that they include their moral preferences, raising the democratic issue of their legitimacy.

In the Brazilian system and in the American one, such competence has been assigned to judges, particularly to the Supreme Federal Court (STF). Moreover, the criticism made of a moral reading of fundamental rights provided in the Constitution is that this reading would give judges (and not representatives elected by the people) “absolute power to impose their moral beliefs on the greater public” (Dworkin, 2006b, p. 3). Furthermore, there is the concern that these judges might, when interpreting these rights, impose their own political morality, an attitude that would be anti-populist, anti-republican and anti-democratic (p. 9).

Moreover, many fundamental rights appeal to many moral concepts, such as human dignity, equality, life, freedom, honor, social purpose, due process and others. Thus, although it appears that vagueness prevails, when the moral content that represents the political morality of a community is defined, this

vagueness will be reduced. Human and fundamental rights must then be understood as moral rights (or rights with moral content) against the State because they “appeal to moral concepts (background rights) and not to a formulation of specific conceptions”.

That is the moment when the Judiciary steps in to define the content of these rights and fundamental principles and have the final say about the most controversial issues of a specific society that involve political morality, about which until that moment the majoritarian institutions were not able to reach a consensus. Legal certainty is part of the building of constitutional liberalism itself, which links the functions of the State to laws made to protect liberty and the economy (Canotilho, 2000, p. 105).

Nevertheless, what becomes concerning is the absence of coherence and predictability in the interpretation of these moral rights, which brings great legal uncertainty to the society.

The principle of legal certainty seeks to spread the sense of predictability concerning the juridical effects of the regulation of behaviors in the midst of society. Such a sense attempts to reassure citizens, allowing them to plan their future actions “whose legal discipline they are aware of, assured that they are in the way through which the implementation of law norms is materialized” (Carvalho, 2004, p. 149).

Although legal certainty is unattainable, what is actually intended is to reduce legal uncertainty to reasonable rates (MacCormick, 2009, p. 11).

Legal certainty is not established when inferior courts diverge in their legal decisions from superior courts or when groups or chambers from the same court decide differently. Similarly, the principle of legal certainty is violated when the superior court fails to honor its own practice and its own precedents, a situation that can occur particularly during the trial of difficult cases that involve interpretation and thickening of the content of fundamental rights.

Note that legal certainty in legal decisions can only exist attached to the principle of equality because it cannot occur when there are conflicting legal decisions concerning subjects and facts that are identical. The fact that equality is the basis of legal certainty cannot be ignored, particularly concerning attachment to precedents. The principle of legal certainty existing in a legal democratic state and established by the Constitutional Charter of 1988 demands that norms – provided in a legal text or abstracted from a legal decision – shall apply to everyone, transforming equality into another feature of security.

Because of the principle of the rule of law, the values of legal certainty, juridical stability and predictability for citizens of the implementation of law are deeply connected. Such constitutional values or principles would justify the practice of respecting precedents, either by having them merely interpretative as in countries linked to the civil law tradition or having them binding as in countries attached to the common law tradition.

Thus, in any juridical system, there is a tendency for courts to give precedents a certain weight regardless of the intrinsic merits of the legal decisions contained in them, something that can be strongly justified by the necessity for stability and predictability both in law and in legal decisions given on behalf of the law. Moreover, all of the above, according to Zenon Bankowski, is inherent to the core of the idea of giving citizens a tolerable measure of legal certainty and trust in their usufruct of any rights conferred on them by law (Bankowski, MacCormick, Morasowski, & Alfonso Ruiz, 1997, p. 488).

3. *Legal uncertainty and incoherence in legal decisions*

When uncertainty is mentioned, not only different legal decisions coming from Brazilian courts not concerned with the previous legal decisions given by superior courts and affronting principles of legal certainty, stability, predictability and equality are being noted. In addition to this concern, there is one concerning coherence among legal decisions from the Supreme Federal Court – in other words, concerning in what manner the Court, when practicing constitutional jurisdiction, must respect and adhere to its own precedents.

Conversely, because of the openness of norms concerning constitutional rights and principles, it is necessary that the justices from the Federal Supreme Court provide them content and meaning. Insecurity about such norms emerges because they hold moral or political content, many times with no consensus from the community about their interpretation, and the definition of the political morality of the community will be undertaken by a group of justices, not elected by the people, when judging an actual case.

Some scholars have also been worrying about the legal uncertainty caused by the possibility of constitutional transformation being performed by the STF (Salgado, Eneida Desirée, 2010) by the power justices hold of using principles not written in the Constitution as foundation for their legal decisions, thereby replacing the duty of legislators.

Actually, these scholars still suffer from a great influence of the traditional perspective of civil law, which expects a codified document (at the present time, the Constitution) to be able to limit with its text the practice of the Judiciary. Therefore, they only recognize as legitimate the formal reform of the Constitution because they see it as a text and not a living document.

Constitutional principles, similar to the fundamental rights affirmed in the Constitution of 1988, are open norms that possess background moral values, which means that their language and the text itself cannot limit the practice of interpreters, particularly because it is typical of the nature of language to enable several meanings. Trying to limit the interpretation of the Constitution through

written norms is equating a norm to its text, something that is not possible, particularly when we talk about fundamental human rights.

The connection between the Constitution and historical reality is established by the constitutional practice of the community and by the Judiciary Power. The connection is typical of fundamental rights norms and their abstract quality. The possibility of “constant evolving of their meaning and adjusting of their purpose to the demands of reality without the need to evoke the manifestation of derived constituent powers every time” – in other words, its openness – enables “the permanent evolving of the meaning of the constitutional order so it can walk side by side with history and its progress” (Clève, 2000, p. 26-27).

This tendency does not only occur in the constitutional area. Because of the fast transformation that contemporary society goes through, codes have started establishing, intentionally, open general clauses that enable some margin to judges so that they can adapt norms to the new values of a certain society (Martins-Costa, 1998, p. 134-135). In other words, the perpetuity of constitutional or legal systems occurs exactly because of the adoption of general, abstract and open norms whose content is undetermined and that are able to adapt to quick changes in the present society.

Note that, in the United States, judicial revolution and not-formal amendments to the Constitution have served as one of the main means of fundamental change in the Constitution, the latter being understood as a living instrument (Ackerman, 2007, p 1742).

Within this context, to guarantee legal certainty in difficult cases that involve issues of political morality related to fundamental rights, such as same-sex union and abortion, it is proposed that the STF be the one that, even when facing the theme for the first time, must examine what has been built concerning the right that is involved, facing and basing its new legal decision on the historical, moral, social and judicial construction of law.

4. *Precedents and integrity*

The security and stability that are proposed are not contained in the certainty or predictability of the legal decision itself or in knowing what is going to be tried but in the assurance that justices will decide according to integrity. In other words, they will be committed to a coherent and defensible perspective of the rights and duties held by the people, something that is possible when the doctrine of *stare decisis* is adopted. *Stare decisis* encompasses the idea that the adhering of courts to the past means that they can apply a precedent, revoke it or distinguish it, but never ignore it.

In this scope, following, distinguishing or revoking a precedent are essential

parts of the search for integrity among legal decisions because precedent is connected to the idea that what has been decided in the past is important to what must be decided now.

It is by the doctrine of *stare decisis* based on the idea of law as integrity that legal certainty will be guaranteed not only in easy or repetitive cases but also in difficult cases that involve issues of the political morality of a specific community.

The demands of integrity can be separated in the following principles of political integrity: principle of integrity in legislation and principle of integrity in trials.

The principle of integrity in legislation “asks the ones who create law through legislation to keep it coherent to its principles” (Dworkin, 2007, p. 203); in other words, it asks legislators to try making the body of laws morally coherent to the community morality. The legislator shall then strive to protect the political and moral rights of everyone “in such a way that public norms express a coherent system of justice and fairness” (p. 266).

Therefore, Chueiri explains that “laws must represent the common morality shared by the members of a community” and, therefore, political legitimacy and the possibility of a coercive law would originate “from a fidelity held by citizens to the principles of the community which would represent their moral standards” (Chueiri, & Sampaio, 2009, p. 55-56).

For its part, the principle of integrity in trials asks judges, “when deciding what law is, to see it and enforce it as being coherent in that sense”; in other words, it “consists of the demand that legal decisions try to analyze laws as being morally coherent” (Chueiri, & Sampaio, 2009, p. 55). Thus, judges must view the law as an “association of principles, [and] as a community ruled by a simple and coherent perspective of justice, fairness and due process qualified in an appropriate proportion” (Dworkin, 2007, p. 483).

Integrity in judicial deliberations requires, in this scope, that judges treat the “present system of public norms as if it expressed and respected a coherent body of principles and, within this aim, interpret these norms to find out implicit norms among and under the explicit ones” (Dworkin, 2007, p. 261).

Thus, by interpreting decisions and verifying the arguments behind the principles that were employed, it will be possible to create a binding not only to the explicit content of collective decisions made in the past “but also, in a wider sense, to the system of principles required for their justification” (Dworkin, 2007, p. 273), it being necessary to consider the full range of juridical norms that currently prevail in the community at issue.

Therefore, not only principles that justify decisions in the sphere of the Judiciary must be abstracted but also those made in the sphere of the Legislative. However, although judges cannot use arguments of political justification to

base the making of a law, they can verify, through an inductive method, which principles served as foundation. In other words, even underlying affirmed rules, there are principles that can be inferred from them.

Thus, it is possible to affirm the use of the doctrine of binding precedents from this point of view not in the sense of stiffening legal decisions but that present decisions base themselves on previous decisions and count on the idea of law as integrity, with its body of principles, as a foundation to adapt law to social reality.

Conversely, we must bear in mind that *stare decisis* has two variations; it can be vertical or horizontal. Vertical *stare decisis* demands that inferior courts follow the decisions that come from superior courts. This requirement can be explained as facilitating coordination among judges and has the potential to improve the process of judicial decision making because justices from superior courts supposedly hold an “immaculate legal knowledge” and a greater experience than do those of first instance, in addition to guaranteeing uniformity and stability in decisions. Horizontal *stare decisis*, in turn, demands that courts follow their own precedents. The most convincing reason is for there to be an obligation that judges apply the same principle in new cases, even when doing so is not affirmative of their personal convictions and will only be justifiable to those who see law as integrity and commit themselves to the history of their community.

Note that at no stage is integrity seeking uniformity of decisions but rather that they be based on principles because people are not only ruled by a body of rights and duties but, more than that, by principles that form a political ideal that leads life in society, such as unwritten principles of a common law constitution.

Seeing law as integrity does not mean supporting, by this means, a blind adhering to precedents, in the sense that judges must respect precedents they find incorrect. Within the framework of the *stare decisis* theory, it is possible that courts revise their decision because it was wrong “owing to the fact that the principles that determined it are incoherent to the most fundamental principles embedded in the structure of the Constitution and in its history” (Dworkin, 2006b, p. 168). According to Dworkin, this power of revising past decisions must be performed with modesty and good faith, and revising decisions does not mean ignoring them.

Thus, the integrity that is intended requires coherence in moral principles and, therefore, it is justified that “when its historical practices (...) cannot be considered consistent with principles elsewhere recognized, those practices must be abandoned”. In other words, when defending the use of the doctrine of *stare decisis* as in the traditional method of common law to apply the principle of integrity in legal decisions, it is possible to support the possibility of revocation or distinction of precedents based on non-consequentialist grounds.

In other words, the theory of *stare decisis*, which obeys the principle of

integrity, requires respect to precedents but not their immutability; however, it does not admit the revocation of a precedent because it will be better to the whole community, as with pragmatism, which ignores precedents, basing itself on political arguments. Thus, what is supported through the application of the principle of integrity in legal decisions is the use of a broad doctrine of *stare decisis* through which respect to the past is imposed, something that can be done by following, revoking or distinguishing precedents.

On the next topic, the intention is to demonstrate the possibility of using the doctrine of binding precedents, which respects the principle of integrity in adjudication to guarantee legal certainty in the Brazilian context. This doctrine advocates that the Supreme Federal Court, as with the “chain novel” proposed by Dworkin, write Brazilian case law with a single voice, as though the court was only one author that reinterprets what has been written thus far to write the next chapter.

5. *The principle of integrity in legal decisions: a possibility of guaranteeing legal certainty in Brazil*

The present Brazilian juridical system, although it bases its tradition in civil law, ultimately must face a paradox because the system is not able to provide predictability when applying laws. Conversely, it also does not admit a system that seeks coherence in legal decisions as a means of guaranteeing legal certainty to citizens and stability and predictability in social relationships.

However, although precedents have, at first, taken on a merely interpretative quality in Brazil, from the moment the presence of ambiguities, obscurities and undetermined norms in codes is admitted and human rights are affirmed in the Constitution through the adoption of a system of fundamental rights, it becomes necessary to broaden the interpretation of implicit or unwritten principles to reveal or preserve or even form a rational and coherent system of law, demonstrating that norms and juridical principles develop according to the needs of society at a given time (BANKOWSKI et al., 1997, p. 484).

Note that since the Federal Constitution of 1988, a reading of constitutional law based on principles has prevailed in the Brazilian juridical system, shifting the STF from the role of mere applicator of law into “rights maker” and “guarantor of constitutional principles” (Chueiri, & Sampaio, 2009, p. 45-46). This change is particularly felt in case law and the more incisive role of the Supreme Court, particularly when the court must decide differently from previous decisions by the Legislative or the Executive.

Thereby, there is an approach to the role of judges (particularly justices from the STF) in the Brazilian system of Romano-Germanic tradition to the common law system, in which judges have a role of “*judge-made law*”.

Conversely, although there is already an approach of some procedural institutes to the doctrine of binding precedents, this approach remains partial, unable to handle the diversity among decisions concerning the same subjects that occasionally even come from the same court. Nor can this approach handle the insignificance of decisions emanated from superior courts to inferior courts, which do not feel obliged to decide uniformly and coherently with what has been decided by the courts that are superior to them.

That is the context in which the importance of the study of law as integrity and the idea of “chain novel” thought by Dworkin is justified, that is, as a means of guaranteeing coherence in law and legal decisions, avoiding a particular type of legal uncertainty. That uncertainty exists because not only do decisions from inferior courts not consider what has already been decided by the superior courts but also justices from superior courts are able to freely ignore previous decisions currently, using them “in a random way, with no confirmation of the content of the decision – or strategically – only the ones that are favorable to the argumentative point of view of the justice in question” (Vojvodic, Machado, & Cardoso, 2009., p.22).

Integrity and coherence in decisions emanated from STF are important, particularly concerning difficult cases in which justices must take a stand not only verifying the stand already taken by the court on other occasions but also seeking that these decisions serve as precedents to future similar cases. Moreover, the obligation of integrity and coherence in decisions clearly must also apply to inferior courts concerning their own decisions and decisions established by courts that are superior to them.

The STF does not worry about justifying the integrity of its decisions to society, in the sense that it does not base them on its previous decisions concerning the same subject either to treat citizens with the same thoughtfulness and respect or to demonstrate, departing from this previous decision, that the court now sees the issue differently or that the new case is not similar to the previous one in a manner that would justify the application of precedents.

The use of the idea of “chain novel” and “law as integrity” proposed by Dworkin is advocated here so that the STF starts rendering decisions as though it were writing the chapters of a novel, with coherence to the previous chapter and allowing that the novel continues to be written by other decisions (chapters) in the future, such that there will be not only a continuity in the decision-making process in time, which must be coherent not only to decisions made in the past but also to norms and particularly to principles built up by the political community (Chueiri, & Sampaio, 2009, p. 52).

This integrity and continuity of the decision-making process guarantees a greater stability, predictability and legal certainty to citizens in this new model of Brazilian constitutional law that, concerning fundamental rights and constitutio-

nal principles, approaches common law jurisdictions, seeking in them their experience concerning the idea of binding precedents, which Ronald Dworkin tries to justify in his theory that the decisions of the Supreme Court must be written as though they were chapters of a novel in the history of Brazilian case law.

6. *Approach of civil procedure to the system of precedents*

Although in the scope of constitutional concreteness, an approach between civil law systems and common law systems exists that uses human rights as a substantive baseline for judicial review, it is also true that in Brazilian law, there has been a procedural concern about bringing in the experience of the doctrine of *stare decisis* that exists in the common law system. There is a concern not only with respect to legal certainty and uniformity in legal decisions but also with respect to and particularly concerning promptness in adjudication.

At this level, some changes in Brazilian civil procedure already portray this approach, in addition to the new project making it clear that when exposing motives, its explicit intention is also a procedural approach to the system of precedents in common law.

The first changes could be felt with Constitutional Amendment no. 45, dated December 30, 2004. This amendment altered the wording of article 102 of the Federal Constitution in its second paragraph to amplify the *erga omnes* and also binding effect of the Supreme Federal Court decisions rendered on Direct Unconstitutionality Actions, which demonstrates the vertical application of the doctrine of *stare decisis* when it binds all other branches of the Judiciary Power to follow precedents.

In addition, the third paragraph of the aforementioned article inserts the demand for general repercussion of constitutional matters discussed in a specific case. This demand demonstrates a clear intention of objectification of the Constitutional review in Brazilian law and an approach to the American system, which requires the occurring of such repercussion, particularly because a decision rendered by the Supreme Court will have *erga omnes* and binding effects.

Furthermore, the demand of a demonstration of this general repercussion by the parties involved for an extraordinary appeal to be admitted demonstrates the seeking of objectification in the diffusive control of constitutionality because, when demonstrating political, economic and social repercussions, the protection coming from STF becomes connected to the protection of the legal system to protect society and not only the subjective right discussed in an actual case.

If in the ambit of an extraordinary appeal to the STF, the parties must demonstrate that the matter to be analyzed finds repercussion in the political,

economic or social scope, it is clearly possible to support that the result of these decisions must also have a social, political or economic repercussion that justifies the rule of application of precedents, that is, a decision requiring binding and *erga omne* effects.

Amendment no. 45 also inserted article 103-A in the Constitution of 1988. This article creates the possibility of the Supreme Federal Court, after reiterated decisions on a constitutional matter, approving a *summula* with binding effects to other branches of the Judiciary Power and to public administration (whether direct or indirect) in all spheres of power, aiming to standardize jurisprudence, avoiding legal uncertainty by that and also avoiding repetitive law suits concerning the same subject.

Note that, in these terms, it is possible to support the point that it is more coherent and secure to adopt the doctrine of *stare decisis* as it was built in common law systems than to adopt it in pieces such as in binding *summulas*. Because *summulas* are not solely a synthesis of a case-law understanding, it is not possible to identify either the important facts for the trial or the *ratio decidendi* that will bind in future cases from their reading only. In practice, what occurs is that judges do not seek *ratio decidendi* in the decisions that originated a certain *summula* and, therefore, wrong interpretations concerning a specific precedent can occur.

The new Code of Civil Procedure demonstrates an approach to the doctrine of *stare decisis*, in the sense that precedents from superior courts bind the judgment of inferior courts, although in common law systems, it is not necessary that several decisions form a prevailing jurisprudence. Rather, only one precedent is sufficient to bind inferior courts.

In these cases of objectification of the judicial review, the Brazilian constitutional system approaches the common law system because the *ratio decidendi* considered abstractly from a decision binds society to the public power. Therefore, the Judiciary must worry about judging based on integrity, according to the political and moral compromises of the Brazilian society that can be found in laws, in the Constitution, in judicial precedents and in the history of the community and its social practice.

As in common law systems, the decisions, or the abstract quality of the *ratio decidendi*, produce *erga omnes* effects, in other words, effects on all the community, and law as integrity is justified, in the sense of respecting political compromises agreed by the community.

In the Legislative scope, it is not necessarily a justification for the decisions made there because integrity in legislation occurs through generality and electoral legitimacy. Conversely, in the judicial scope, integrity in decisions occurs through the political, moral and historical compromises agreed by a certain community because the legitimacy of the Judiciary does not come from voting machines but from judicial practice. Adjudication must try to guarantee integrity

in law by means of a moral reading of fundamental rights, trying to give meaning to their content with respect to conquered rights that were historically built, something that must occur not only in the Constitution and in law but also in judicial precedents. Moreover, social practice law must be addressed “as a coherent and structured whole” (Dworkin, 2007, p. 477).

Note that there is a difference between a binding decision and a decision with *erga omnes* effects. A decision that forms a precedent has its effects on the actual case at matter and demands judges, in case they face new cases that are similar to the previous one, to have the same understanding – the idea of “treating like cases alike”. In contrast, a decision that produces *erga omnes* effects immediately irradiates its effects to everyone who finds themselves in that specific situation.

This tendency of the Brazilian system to procedurally approach the common law system is even more visible when some provisions in the new Code of Civil Procedure are read. There is a great concern concerning procedural promptness but also a legal certainty that must be promoted by avoiding conflicting decisions and seeking stability in the jurisprudence that has already been consolidated, which can only be altered under a suitable justification. The standardization of case law also seeks to sustain the principle of equity.

In addition, during the debates, a consideration of the common law model was indicated “in which more attention is given to the facts of a cause judged by the courts”. There was also an indication that the dispersion of the contents of the votes should be avoided because doing so would reduce the strength of precedents, in addition to a “bigger adoption of the practices of distinguishing and overruling” being suggested (Dworkin, 2007, p. 477). Similarly, it was recommended that courts uniform *interna corporis* their jurisprudence to allow inferior courts to respect precedents.

The new rules stated in the new Code of Civil Procedure will only produce their aimed effects of guaranteeing legal certainty through the standardization and stabilization of legal decisions and the principle of equality if the doctrine of *stare decisis* is applied and if the principle of integrity in adjudication is adopted.

7. *Final considerations*

Applying the principle of integrity does not only mean having consistency in legal decisions in the sense of applying similar decisions to similar cases. Deciding according to integrity can even justify a new interpretation concerning the determining reasons of a precedent, justifying its revocation or distinction from a specific previous case (Dworkin, 2006a, p. 70; Duxbury, 2008, p. 171).

The justification of decisions must accommodate itself to previous decisions on similar matters. Principles and fundamental rights written or not written, manifested or implicit, must be used coherently.

The judges' reasoning must consider that principles and rules emerge in a particular historical context. The moral foundation of the Constitution can be understood as an appeal to build a better society that is in compliance with the historical development of the nation.

Decisions can bring new rules and principles that emerge from the constitutional text itself, from the historical background and from previous judicial interpretations about the understanding of the Constitution. Therefore, judges must be aware that, although law is constantly changing, judicial interpretation itself must involve methods that guarantee continuity, stability, coherence and integrity.

By adopting the model of integrity, it will be possible to limit the freedom of a legal decision, preventing abuses and guaranteeing by this means legal certainty, as noted by Michel Rosenfeld:

To prevent abuses, interpreters should be held to a standard of integrity according to which shifts from one available interpretive avenue to another would only be justifiable IF accompanied by a full and sincere assumption of all the burdens associated with the latter interpretive avenue. Consistent with this requirement of integrity, an interpreter might not resort to an available interpretive avenue to press for an advantage on one occasion and then on the next occasion, abandon that interpretive avenue in favor of another to avoid a burden. An interpreter, however, might switch from one available interpretive perspective to another if that interpreter sincerely believes that the latter perspective is better suited to promote the attempted reconciliation sought and if he or she is fully prepared to assume all the burdens that might flow from adoption of the new perspective (Rosenfeld, 1998, p. 28).

Thus, the adoption of the interpretative model of law as integrity is justified, particularly as applied to the Brazilian constitutional jurisdiction in the interpretation of human rights and constitutional principles.

In this case, the Supreme Federal Court must examine the gravitational force of precedents, verifying in every new decision the explicit and implicit principles that underlie the determining reasons for similar previous decisions. Thus, the effect of the doctrine of *stare decisis* in the horizontal scope will be guaranteed for integrity, requiring judges to be consistent with the principles on which they base their decisions.

Moreover, by adopting integrity in their decisions through the doctrine of *stare decisis*, the STF will be attending to the principle of equality, not only treating similar cases similarly but also, more broadly, treating them according to the same principles.

Conversely, supporting respect for the doctrine of binding precedents to guarantee predictability in legal decisions and the resulting legal certainty does not mean the impossibility of altering them. In contrast, even in cases of revo-

cation or distinction of precedents, legal certainty will be guaranteed, for what is required is not the certainty of decisions but that justices decide according to integrity, in other words, committed to a coherent and defensible view of the content of the right at matter.

The STF must then speak with a single voice, acting in a manner that is based on principles and that is coherent with respect to the claimants at matter, in a manner that extends to everyone the substantive standards of justice and equity that were used for some, needing to consider not only the written text of the Constitution but also non-written principles, implicit fundamental rights or the invisible Constitution (Tribe, 2008), which can be taken from judicial precedents and Brazilian constitutional practice so that a specific decision reflects, in the best possible way, the political morality of the community.

Abstract:

New possibilities for judicial decision-making in Brazil:
an approximation with the common law system

by Estefânia Maria de Queiroz Barboza

This article analyzes the new interpretation and application of law introduced by the centrality of human and fundamental rights in the second half of the twentieth century, which led the preponderance of the judiciary in moral and political decisions of the State to assume the role of *judge-made-law*, which is traditional to Common Law systems. When the law is interpreted, the rule only exists in practice; therefore, legal security can no longer be found in written texts. This work also advocates the use of the doctrine of *stare decisis*, which, in turn, is compatible with Dworkin's model of law as integrity, for the guarantee of legal certainty, predictability and stability of judgments. For this reason, the work brings the systems of civil law and common law within the constitutional jurisdiction, particularly in the constitutional review based on human or fundamental rights. To support the thesis, the work indicates that the material fundamentality of human rights has moral content and serves as a bellwether for *judicial review* in both systems, whether implied or not in a written constitutional document. Additionally, from the study of Dworkin's "law as integrity", this work concludes that it is possible to adopt the doctrine of *stare decisis* and apply the value of integrity in adjudication in the Brazilian Constitutional Jurisdiction, which will ensure consistency, stability, predictability and judicial security of its decisions.

Key words: Civil Law and Common Law; Judicialization of Politics; Contemporary Society; Brazilian Constitutionalism; Human Rights; Integrity; Certainty in Law.

Bibliography

- Ackerman, B. (2007). The Living Constitution. *Harvard Law Review*, 120(7), 1737-1812. Retrieved Jan 18, 2009, from <http://heionline.org>
- Bankowski, Z., MacCormick, N., Morasowski, L., & Alfonso Ruiz, M. (1997). Rationales for Precedent. In: N. MacCormick & R. S. Summer (Ed.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate: Hants.
- Barroso, L. R. (2009). *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva.
- Brasil (2010). National Congress. Federal Senate. Commission of Jurists Responsible for Elaborating the Preliminary Draft of the Code of Civil Procedure. Brasília: Federal Senate, the Presidency.
- Canotilho, J. J. G. (2000). *Direito constitucional e teoria da Constituição* (3a ed.). Coimbra: Almedina.
- Carvalho, P. de B. (2004). *Curso de direito tributário* (16a ed.). São Paulo: Saraiva.
- Chueiri, V. K. de, & Sampaio, J. M. de A. (2009). Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. *Revista Direito GV*, 5(1), 45-66.
- Clève, C. M. (2000). *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro* (2a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Duarte, F., Moura, F., Mastrodi, J., & Tsubone, R. T. M. (2005). Ainda há supremacia do judiciário. In F. Duarte & J. R. Viera (Org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa* (pp. 43-104). Rio de Janeiro: Renovar.
- Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2006a). *Justice in Robes*. Cambridge: Mass.
- Dworkin, R. (2006b). *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2006c). *A Justiça de Toga*. São Paulo, Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2007). *O império do direito* (2a ed., J. L. Camargo, Transl.). São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2008). Response. In S. Hershovitz. *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (pp. 291-295). New York: Oxford University Press.
- Häberle, P. (2002). *Hermenêutica constitucional. a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição* (G. F. Mendes, Transl.). Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris.
- Hershovitz, S. (2008). Integrity and Stare decisis. In S. Hershovitz. *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (pp. 103-118). New York: Oxford University Press.
- Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (2015). Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF.
- MacCormick, N. (2009). *Rhetoric and the Rule of law: A theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press

- Martins-Costa, J. (1998). O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista de Informação Legislativa* n. 139, 5-22.
- Raz, J. (2004). Dworkinian integrity and coherence. In J. Burley (Ed.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Malden: Blackwell Publishing.
- Rosenfeld, M. (1998). *Just interpretations: Law between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press.
- Tribe, L. H. (2008). *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press.
- Vojvodic, A. de M., Machado, A. M. F., & Cardoso, E. L. C. (2009). Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV* (5), 21-44.

Santi Romano protagonista della Scuola palermitana di diritto pubblico¹

di Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. Santi Romano ed i cento anni della pubblicazione de “*L’ordinamento giuridico*”. – 2. Romano e la Scuola palermitana di diritto pubblico. – 3. Conclusioni.

1. *Santi Romano ed i cento anni della pubblicazione de “L’ordinamento giuridico”*

Università, Regione siciliana e Comune di Palermo celebrano i cento anni della pubblicazione de «*L’ordinamento giuridico*» di Santi Romano (ma anche i settant’anni della sua morte, avvenuta a Roma, il 3 novembre 1947)².

¹ Questo lavoro trae spunto dall’intervento di saluto al Convegno “*Santi Romano l’ordinamento giuridico 1917-2017. La fortuna della teoria romaniana dell’ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari*”, Università di Palermo, Sala delle capriate, Palazzo Steri, Palermo, 24-25 novembre 2017, al quale sono state apportate molteplici integrazioni ed inserite le note. È dedicato al mio Maestro Prof. Salvatore Raimondi, col quale ho condiviso, per anni, alcune delle riflessioni qui svolte.

² Sull’opera di Romano la produzione scientifica è assai copiosa, si segnalano tra i principali contributi e senza alcuna pretesa di esaustività: G. BOTTAI, *Santi Romano, in Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, XVII e ss.; V.E. ORLANDO, *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di Santi Romano*, ivi, 1 e ss.; G. ZANOBINI, *Santi Romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, 279 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Santi Romano e la sua opera scientifica*, in *Dir. eccl.*, 1948, 123 e ss.; V. E. ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, in *Il diritto pubblico della Regione siciliana*, 1949, 10 e ss.; Id., *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all’opera di Santi Romano* (1939), in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940)*, Milano, 1954; G. CAPOGRASSI, *L’ultimo libro di Santi Romano* (1951), in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 245 e ss. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, I, 243 ss.; A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico, Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1976; N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, 25 e ss.; M. FIORAVANTI, *Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1981, n. 10, 169 e ss.; C. PINELLI, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giur.cost.*, 1986, 1879 ss.; A. PIZZORUSSO, *La dottrina di Santi Romano e la mafia siciliana*, in *L’Indice penale*, 1994, 608 e ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 109 e ss.; T.E. FROSINI, *Romano Santi*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari 2000, p. 413-414; M. FOTIA, *Il liberalismo incompiuto: Gaetano Mosca, Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano, 2001, 121 e ss. ; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1880-1945)*, Milano, 2009, 156 e ss.; Id., *Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity*, in http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2009_volume_1/IJPL%20volume%201-2009.pdf, 21 e ss.; M. FOTIA, *L’istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*, in *Dem. e diritto*, 2011, p. 135 e ss.; F. LANCHESTER, *Santi Romano e le*

Un progetto al quale ho avuto l'onore di partecipare nel comitato promotore con Maria Immordino e Marco Mazzamuto, professori di diritto amministrativo di questa Università, sin dalla prima elaborazione. Iniziato sei mesi orsono con la sistemazione del leggìo commemorativo nella Piazza Cavalieri del S. Sepolcro, antistante il Dipartimento di giurisprudenza di questo Ateneo, dalle cui aule partì la straordinaria esperienza culturale di Romano, culmina adesso nella celebrazione di questo importante Convegno.

Il grande giurista nacque a Palermo nel 1875, si laureò e mosse i primi passi nella ricerca scientifica³ sotto la guida di V.E. Orlando⁴ (del quale nel 2011 abbia-

ideologie giuridiche italiane nella transizione allo stato di massa, in www.rivistaaic.it, n. 4/2011; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1 e ss.; A. ROMANO, *Santi Romano, lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pag. 333 e ss.; C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'Età repubblicana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 3/2012, 179 e ss.; A. ROMANO, *Santi Romano. Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 2, 333 e ss.; A. SANDULLI, *Romano Santi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, 2013, 1728 e ss.; M. D'ALBERTI, *Santi Romano e l'istituzione*, ivi, 2014, 579 e ss.; C. MARTINELLI, *Lo Stato e le fonti del diritto: spunti di riflessione sul pensiero di Santi Romano*, in *Dir. Amm.*, 2015, 149 e ss.; A. MUSUMECI, *Santi Romano un giurista tra due secoli*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, 325 e ss.; A. OLIVARI, *SANTI ROMANO ONTOLOGO DEL DIRITTO*, MILANO, 2016.

³ Per una biografia di S. Romano si veda per tutti A. ROMANO, *Nota bio-biografica*, in Id. (a cura di), *L'“Ultimo” Santi Romano*, Milano, 2013, 843 e ss. ma anche *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 1564 e ss.

A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1880-1945)*, cit., 297 e ss.; G. MELIS, *Santi Romano*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia: la biografia dei magistrati (1861-1948)*, Milano 2006, 1518 e ss.

⁴ Sull'Orlando l'ampiezza dei contributi scientifici è ancora più ampia, anche in questo caso, e sempre senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano O. RANELLETTI, *Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera*, in *Riv. tr. dir. pubbl.*, 1954, 265 e ss.; M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979; ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, Giuffrè, 2001; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la Giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; A. MAZZACANE, *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra otto e novecento*, Napoli, 1986; A. SCHIAVONE, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990; M. GANCI, *Vittorio Emanuele Orlando*, Roma 1991; L. FERRAIOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999; F. G. ORSINI, *Orlando, il profilo dell'uomo politico e dello statista: la fortuna è la virtù*, in V. E. ORLANDO, *Discorsi parlamentari*, Soveria Mannelli, 2002, 13 e ss.; M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in AA.VV., *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista*, Soveria Mannelli, 2003, 17 e ss.; D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico: Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente*, in F. LIOTTA, a cura di, *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna, 2007, 421 e ss.; ID., *Il "peccato politico" di Vittorio Emanuele Orlando*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime*, cit., 373 e ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, 2009, 287 e ss.; ID., *Vittorio Emanuele Orlando, organizzatore di cultura: le riviste e il Primo Trattato Completo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 519 ss. nonché ID., *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in www.rivistaaic.it, 3-2016; e A. LUONGO, *Lo "Stato moderno" in trasformazione*, Torino, 2013, 47 e ss.; G. CIANFEROTTI, *Orlando, Vittorio Emanuele*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 1564 e

mo parimenti promosso le celebrazioni dei 150 anni della nascita con Salvatore Raimondi⁵, in quella che sarebbe divenuta la Scuola palermitana, poi italiana, del diritto pubblico ed alla quale si deve il rinnovamento degli studi di diritto costituzionale ed amministrativo secondo il metodo giuridico.

Ancora studente iniziò a frequentare lo studio legale del Maestro, pubblicando il primo lavoro nel 1894 nella rivista *“Archivio di diritto pubblico”*, fondata nel 1891 per realizzare quel rinnovamento degli studi pubblicistici e con la quale parimenti iniziò la collaborazione già durante la frequenza dei corsi universitari (*“Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza. A proposito delle società di patronato pei liberati dal carcere”*, 4, 297-304) e poi pubblicando nel 1896 la tesi di laurea (*“Nozione e classificazione dei diritti pubblici subiettivi”*, 6, 420-465, che Orlando gli aveva assegnato a seguito della pubblicazione del lavoro), nel 1898 consegue la libera docenza in diritto costituzionale. Tra i precoci contributi va poi ricordato il saggio sul decentramento amministrativo (1897, in *“Enciclopedia giuridica”*, poi ripreso nel fondamentale studio sul *“Decentramento amministrativo”* nel *“Trattato Orlando”* del 1908)⁶.

Decide tuttavia di lasciare Palermo (non per fuggire dal declino, come tanti ragazzi di oggi sono purtroppo costretti a fare, ma per cimentarsi nella vita accademica nazionale). Come ricorda Orlando, alla possibilità di coniugare insegnamento ed attività professionale scelse: *“una vita più ideale e austera ... egli mi lasciò, in quell'anno veramente cruciale che fu il 1897. Io fui eletto Deputato, l'“Archivio di diritto pubblico” cessò le pubblicazioni e Romano accettò l'incarico nell'università di Camerino”*, per poi proseguire l'insegnamento a Modena (1902-1908), Pisa (1908-1924), Milano (1924-1928) sino ad approdare all'Università di Roma, dove assumerà dapprima l'insegnamento di diritto amministrativo (1928-1931) per poi succedere, nel 1931, nell'insegnamento di diritto costituzionale ad Orlando che per non prestare giuramento accetta di essere posto in congedo. Nel dicembre 1928 Romano diviene Presidente del Consiglio di Stato⁸ (e dopo l'adesione formale del giurista

ss.; M. MAZZAMUTO, *Vittorio Emanuele Orlando giurista alla prova della Grande Guerra*, in *Diritto e Società*, 2017, (3), 379 e ss.

⁵ Il riferimento è al Convegno *“Vittorio Emanuele Orlando a 150 anni dalla sua nascita”* tenutosi a Palermo il 28 e il 29 ottobre 2011 per iniziativa della Società siciliana di Storia patria, dell'Università di Palermo e della Regione Siciliana i cui lavori sono sintetizzati da F. MAZZARELLA, *Vittorio Emanuele Orlando. Un giurista al servizio dell'Italia*, in *Mediterranea*, 2011, (23), 577 e ss.

⁶ Per una completa rassegna della produzione scientifica del Maestro si veda per tutti A. ROMANO, *Nota bio-biografica* ed il seguente elenco delle pubblicazioni in Id. (a cura di), *L'“Ultimo” Santi Romano*, cit., 843 e ss.

⁷ V. E. ORLANDO, *Santi Romano e la Scuola italiana di diritto pubblico*, cit., 10.

⁸ Come ricorda P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale*, in Id. (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., 96-97, questa nomina *“gli giunse del tutto inaspettata e (che) fu dovuta alla sua fama di giurista di eccezionale valore e di assoluta onestà ed estraneità alle vicende politiche”*, anche se non possono sottacersi le vicende che condussero all'esclusione, in suo favore, di Carlo Schanzer, ricordate da G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino 2004, 39 e ss.

al PNF avvenuta solo pochi mesi prima di ricevere l'incarico formale da parte del Capo del Governo) e nel 1934 senatore del Regno, sino al 1944, anno della sua sospensione e l'assoggettamento al giudizio di epurazione.

Giovanni Salemi, altro esponente di quella straordinaria esperienza culturale di cui si dirà più avanti, professore di diritto amministrativo in questo Ateneo dal 1935 sino agli anni '50, ricorda che della "scuola di Palermo" Romano continuò a sentirsi parte, rimanendo "sempre avvinto a Palermo, che lo vide studente e libero docente e nelle vacanze estive quasi sempre di ritorno...disposto a prodigare, fra amici e discepoli, anche occasionali, la vasta cultura, qui in origine acquisita".

Sebbene gran parte della sua vita si sia svolta fuori dalla Sicilia l'opera di Romano è profondamente legata alle radici palermitane e non solo per la riconducibilità alla Scuola giuridica fondata da V.E. Orlando, di cui fu pure protagonista indiscusso, ma anche per quel complesso di valori, di idee, di relazioni che la cultura siciliana, della quale era intriso, evidentemente instillò nello studioso e nelle sue innovative elaborazioni giuridiche e che certamente ha inciso anche nell'elaborazione delle sue teorie¹⁰.

Come noto, il libro di Romano è il testo giuridico italiano più tradotto (in spagnolo, francese, tedesco, portoghese, inglese) e che più ha influenzato la cultura giuridica nazionale ed europea.

Pubblicato, dapprima, in due parti negli "Annali delle Università toscane" del 1917 ("L'ordinamento giuridico. I. Il concetto di ordinamento giuridico") e del 1918 ("L'ordinamento giuridico. II. La pluralità degli ordinamenti giuridici e le loro relazioni") - ed ecco perché abbiamo ritenuto di iniziare nel 2017 le celebrazioni commemorative - poi edito quale monografia, sempre a Pisa, nel 1918 con il sottotitolo "Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto" da Spoerri e riedito a Firenze nel 1946, poco prima di morire, con interventi di aggiornamento e commento sulle note e, nel 1977, da Sansoni.

V.E. Orlando sottolineava di Romano la speciale qualità di trasformare: "la sua osservazione realistica in un concetto sistematicamente coordinato", qualità che emersero già nei primi studi e nel lavoro avviato in quella "bottega" palermitana "di artigianato giuridico"¹¹, che era lo studio legale di Orlando a Palermo, nella quale integrò la sua formazione all'inizio della sua fulgida carriera Santi Romano¹².

Lo studioso palermitano, come noto, è artefice di una vasta produzione scientifica: nel diritto amministrativo, costituzionale, internazionale, ecclesiastico, coloniale e svolge un ruolo senza precedenti nella guida del Consiglio di Stato¹³.

⁹ V. E. ORLANDO, *op. e loco ult.cit.*

¹⁰ M. FOTIA, *Il liberalismo incompiuto*, cit., 187 e ss.

¹¹ S. RAIMONDI, *Presentazione del Convegno nel 150' della nascita di V. E. Orlando*, in http://www.studioraimondi.it/olocms_raimondi/files/pages/Raimondi%20V_E_%20ORLANDO%20presentazione%20copia.pdf

¹² V. E. ORLANDO, *op. e loco ult.cit.*

¹³ Sulla quale si vedano F. COCOZZA, *Santi Romano, Presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e*

L'opera di cui ricorre il centenario, tuttavia, non solo è la più celebre, ma ormai con l'autore si è identificata. Quel libro, se apre il diritto pubblico alle sfide dello Stato pluriclasse che nel novecento si confronta con le trasformazioni della statualità e dell'amministrazione pubblica, trova oggi nuova attualità di fronte alle sempre più rilevanti, seppur contraddittorie, dinamiche dell'integrazione europea e della globalizzazione giuridica.

Il libro di Romano, come noto, non solo è il testo giuridico italiano più tradotto all'estero (in spagnolo: *El ordenamiento jurídico*, trad. di S. Martín-Retortillo e L. Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, ma ripubblicato nel 2012 con prefazione di S. Martín-Retortillo, in francese: *L'ordre juridique*, trad. di L. François e P. Gothot, con prefazione di Ph. Francescakis, Dalloz, Paris, 1975 adesso ristampato con introduzione di P. Mayer, 2002; in tedesco: *Die Rechtsordnung, Übersetzung aus dem Italienischen* trad. di W. Daum, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, in portoghese: *O ordenamento jurídico*, trad. di A. Dal Ri Júnior, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008 con una Introduzione di P. Grossi, e con nota bio-bibliografica di A. Romano, ed adesso anche in inglese *Legal Order*, con trad. di M. Croce e prefazione di M. Loughlin, Routledge, London, 2017¹⁴), ma deve ritenersi anche quello che più ha influenzato la cultura giuridica nazionale ed europea¹⁵.

Secondo la teoria istituzionalistica del giurista palermitano: “ogni ordinamento giuridico è una istituzione e, viceversa, ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria e assoluta”, da qui l'apertura al pluralismo giuridico (“ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata, si trasforma per ciò stesso in diritto”). E così la regola giuridica, prima di essere norma, riguardare un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è considerata “organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge”. Se ne fa discendere che se per ordinamento giuridico si intende un'istituzione, un ente sociale, un'organizzazione, un sistema non di sole norme e di altri elementi più o meno inerti, ma anche di uomini, di persone, che lo reggono e lo governano, “si comprende facilmente che esso è, per definizione, qualcosa di vivo, che, appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole”¹⁶.

punti problematici, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, n. 3, p. 1231 ss.; ed A. PAJNO, *La funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano Presidente: l'effettività della tutela*, in *Dir. Amm.*, 2004, 1 e ss. e più in generale i contributi, oltre a quello appena citato, contenuti nel volume AA.VV., *La Giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004 (atti del Convegno svoltosi a Roma il 6 febbraio 2003 - Collana Quaderni del Consiglio di Stato, 10).

¹⁴ Per un primo studio in lingua inglese sul contributo di Romano v. F. FONTANELLI, *Santi Romano and l'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*, in *Transnational Legal Theory*, 2011, 2(1) 67 e ss.

¹⁵ Su tale profilo cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 177 e ss.

¹⁶ Anche se non può sottacersi che lo stesso Orlando, che si eresse a difensore dell'opera di Romano contro alcuni attacchi strumentali, non mancò di criticarne taluni profili di eccesso teorico estremistico. La vicenda è puntualmente ricostruita da A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit.

L'elaborazione di Romano rompe così l'identificazione Stato-diritto e sviluppa innovandole, nel solco del metodo giuridico, le intuizioni di Von Gierke e di Hauriou, riconnettendosi così, nel solco dell'insegnamento del Maestro, alla riflessione giuridica europea.

Come si può leggere sul leggio allocato sei mesi fa ad iniziativa del già ricordato Comitato scientifico che ha promosso questo Convegno di fronte al Dipartimento di Giurisprudenza, il professore palermitano va considerato l'ingegno più fervido di quella scuola che costituita a Palermo è divenuta riferimento per la cultura giuspubblicistica italiana ed europea.

Dalla “*Scuola di Palermo*”¹⁷ partì, infatti, una spinta rilevante alla costruzione dello Stato, nella quale una comunità di giuristi siciliani ha costituito, pur nella «*ambiguità della costruzione statale*» che trova al nord la principale spinta politica e sociale, ma trova al sud, e soprattutto in Sicilia, gli artefici della sua “*armatura concettuale*”¹⁸.

2. Romano e la Scuola palermitana di diritto pubblico

Quella Scuola è ancora stata ospitata al secondo piano di quella che fu la sede centrale dell'Università, poi divenuta la Facoltà di Giurisprudenza ed adesso Scuola delle scienze giuridiche ed economico-sociali, che ha accompagnato gli studi, le ansie, i percorsi scientifici di tanti giuspubblicisti siciliani. Un cenacolo nel quale si sono altresì formate, per alcuni, anche le basi per la passione per le istituzioni e dell'impegno amministrativo e politico e l'esercizio dell'avvocatura. Una schiera di studiosi per i quali ricerca scientifica, esercizio dell'avvocatura ed impegno istituzionale, hanno costituito quel “*simultaneo concorso*” delle pur diverse forme di attività che si prospettano per un giurista¹⁹.

Si tratta dell'Istituto di diritto pubblico, poi divenuto Dipartimento di diritto pubblico, sotto la purtroppo breve direzione di *Antonio A. Romano* (1937-1996), professore di diritto costituzionale prematuramente scomparso.

87-90, al quale si rinvia anche per i riferimenti testuali.

¹⁷ G. CIANFEROTTI, *Lo Stato nazionale e la nuova scienza del diritto pubblico*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/lo-stato-nazionale-e-la-nuova-scienza-del-diritto-pubblico_%28IL_Contributo_italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto%29/

¹⁸ S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 29.

¹⁹ Si ricordi la sempre attuale prospettiva che secondo V. E. ORLANDO, *Santi Romano e la Scuola italiana di diritto pubblico*, cit., 11, si pone al giovane studente di diritto dopo la laurea: “*e che si possono designare o come pura scienza, o come avvocatura (che comprende la magistratura per l'intima affinità tecnica) o finalmente come politica in senso ampio*” riconoscendo che una netta separazione di questa “*triplice applicazione*” sia ben rara nella vita pratica “*il giurista, anche quando abbia prescelto una di quelle tre forme come pura ed esclusiva è come un Sant'Antonio soggetto alla tentazione di deviare verso un'altra sia pure come un peccato di giovinezza o di vecchiaia*” precisando che proprio in lui “*le tre vite si sommassero con una intensità che, almeno inizialmente, le rendeva quasi equivalenti: l'Università come pura scienza, l'avvocatura come arte applicata, la politica come arte e come scienza*”

E qui che si è sviluppata la Scuola palermitana di diritto pubblico: stessa biblioteca nella quale hanno a lungo studiato e che oggi raccoglie anche i loro scritti, stesse stanze nelle quali si sono incrociati i confronti tra tesi giuridiche, intramezzati da qualche battuta sulla politica tra colleghi-amici; un laboratorio che ha formato studiosi, ma con la responsabilità dell'impegno civile. I corsi di questi professori, tra la Facoltà di Giurisprudenza e successivamente anche quella di Scienze politiche²⁰, sono stati seguiti da migliaia di docenti, magistrati, avvocati, notai, giornalisti, dirigenti, esponenti delle forze dell'ordine.

Il caposcuola²¹, come ricordato, è stato Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952), la cui prolusione, tenuta a Palermo l'8 gennaio 1889 rappresenta il manifesto fondativo²² della Scuola nella quale si delineano i fondamenti della nozione di Stato liberale nazionale²³ e si pongono le basi dottrinarie che saranno declinate nella rivista che ne

²⁰ Le radici di questa Scuola affondano nella metà dell'Ottocento ed in particolare alla Cattedra di diritto pubblico tenuta da Michele Amari, al quale succedettero Nicolò Uzzo e Giuseppe Uguilena v. O. CANCELILA, *Storia dell'Università di Palermo dalle origini al 1860*, Roma-Bari, 2006, 625 e ss.

²¹ Come ricordato nel 1848, a seguito dei moti palermitani che apriranno una stagione rivoluzionaria che percorrerà l'intera Europa, l'Università di Palermo aveva affidato la Cattedra di diritto pubblico siciliano a M. AMARI sul quale G. ASTUTO, *Michele Amari e l'Unità d'Italia: annessione e autonomia*, in P. AIMO, E. COLOMBO, F. RUGGE (a cura di), *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea, Scritti in onore di Ettore Rotelli*, Padova, 2014, 11 e ss.

B. PASCIUTA, *La Facoltà di Giurisprudenza di Palermo (1805-1940): docenti e organizzazione degli studi*, in G. PURPURA (a cura di), *La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Palermo. Origini, vicende ed attuale assetto*, Palermo, 2007, 109 e ss., ricostruisce la sequenza dei professori di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza che hanno insegnato sino alla seconda guerra mondiale sono:

- Giacomo Macrì 1863-65; messinese, ma laureatosi a Palermo nel 1853, che lasciò l'insegnamento in quanto eletto alla Camera nel Collegio di Milazzo nel 1864, per poi andare ad insegnare a Messina dove editò nel 1878 il suo *Corso di diritto amministrativo*, Università della quale diverrà Rettore restando vittima del terremoto del 1908 (sul quale si veda, da ultimo, C. MELLONI, *Macrì Giacomo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 1222-1223) .
- Gaetano Sangiorgi 1865-1883, Sottosegretario nel Governo dittatoriale di Garibaldi nel 1860, anch'egli Deputato, 1867, Senatore, 1882, morto nel 1884 (sul quale si veda A. PATERNOSTRO, *Gaetano Sangiorgi*, in *Il circolo giuridico*, XV, 1884, 68 e ss.);
- Alessandro Malgarini 1885-86;
- Alfonso Siragusa 1885
- Vittorio Emanuele Orlando 1888-1902,
- Santi Romano (lib. doc. 1898);
- Antonio Longo 1905-1934;
- Giovanni Salemi (lib. doc. 1914) 1935-54

²² Sulla quale si veda per tutti S. CASSESE *Auf der gefahrenvollen Strassen des öffentlichen Rechts. La "rivoluzione scientifica" di Vittorio Emanuele Orlando* (Relazione al convegno su V. E. Orlando, Palermo, 28-29 ottobre 2011), in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2011, 305 e ss. al quale si rinvia per una completa rassegna dei riferimenti dottrinari.

²³ Sulla quale si veda G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1989, 995 e ss.; ID, *Il pensiero giuridico di V. E. Orlando e la ginspubblicità italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1980, 206 e ss.; G. ZANOBINI, *Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. Pubb.*, 1952, 761 ss.

interpreterà il pensiero; l'*Archivio di diritto pubblico* (1891) poi *Rivista di diritto pubblico*²⁴.

Orlando, divideva la sua attività tra insegnamento, professione forense e politica, ed assunto l'insegnamento di diritto amministrativo nel 1888 (dal 1892 l'insegnamento sarà di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione) dopo l'elezione alla Camera nel 1897 - di cui si è detto - lascerà definitivamente Palermo nel 1903 (pur conservando il titolo di professore onorario) per trasferirsi a Roma dove diverrà più volte ministro, sino all'ascesa alla Presidenza del Consiglio nel 1917, e poi alla Presidenza della Camera dei Deputati (1919). Quindi l'eclisse con l'avvento del fascismo sino all'elezione alla Costituente ed al ruolo di Padre della Repubblica, ma prima dell'autonomia siciliana. È infatti già a Palermo il 5 luglio del 1944 alla Società siciliana di Storia Patria, appena un mese dopo della liberazione di Roma da parte degli alleati e ad un anno di distanza dallo sbarco in Sicilia, per pronunciare un discorso a sostegno della nascente autonomia regionale prospettando: «*una Sicilia autonoma in un'Italia madre comune e ad essa saldamente unita*»²⁵.

Guiderà poi, con discrezione, l'elaborazione dello Statuto siciliano (suo figlio Camillo partecipò ai lavori della Consulta regionale siciliana) ed i negoziati con i separatisti²⁶ e

²⁴ Cfr. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, cit., 72.

²⁵ V.E. ORLANDO, *Discorso alla Società di Storia Patria*, Palermo, 9 luglio 1944 in *Risorgimento liberale*, n. 39, 15 luglio 1944. Sono parole pronunciate da Orlando, a poco più di un mese dalla liberazione di Roma, nella sua Città dove giunse con un aereo messo a disposizione dagli americani. L'incontro fu organizzato dai partiti del Comitato di liberazione nazionale, vi parteciparono quasi 150 sindaci ed il Cardinale Arcivescovo di Palermo, Orlando se affermò, con vigore, le necessità storiche che avrebbero dovuto indurre a riconoscere una speciale autonomia alla Sicilia, manifestò tuttavia una ferma presa di distanza dal separatismo, riprendendo peraltro un messaggio che egli stesso aveva inviato ai siciliani già il 18 agosto del 1943. In merito si veda M. GANCI, *Vittorio Emanuele Orlando*, cit., 40.

²⁶ Sul ruolo di Orlando nella nascita della Regione Siciliana sia consentito rinviare al mio contributo *Redimibile Sicilia. L'autonomia dissipata e le opportunità dell'insularità*, Soveria Mannelli, 2017, 39 e ss., mentre non risulta traccia della posizione assunta da S. Romano in merito.

Un chiaro riferimento ai fondamenti dell'autonomia si rinviene in Orlando nella nota *prefazione a Le più belle pagine di Michele Amari scelte da V.E. Orlando*, Milano, 1928, 6 ove, richiamando all'analisi che l'Amari svolge delle sue profonde e risalenti radici storiche, a partire dal periodo normanno e poi svevo osserva: «*con quello spontaneo senso politico che per noi quasi s'identifica col senso storico, bene l'Amari mostrò così di discernere la differenza fra le istituzioni la cui vita coincide con la vita stessa dei popoli (perché, anzi, non dire che le istituzioni altro non sono che l'espressione esteriore della vita interiore dei popoli?) e le improvvisazioni ... Un popolo, come un individuo, porta seco la sua maniera d'essere, cioè la sua costituzione; si può dire che, in un certo senso, esso non ne interrompe mai lo sviluppo, nel travaglio dei secoli, dalla sua origine alla sua fine, dalla culla alla tomba. Pertanto, bene a ragione, quando l'Amari si proponeva di studiare la costituzione della sua Sicilia, non già nell'effimera Carta del 1812 doveva cercarla e trovarla, ma bensì in quello che fu veramente il periodo creativo del popolo siciliano, in quella forma di sua unità interiore che, lasciando stare per ora se sia da definire nazionale, aveva avuta la sua espressione, necessaria e sufficiente, come Stato di Sicilia. Questo intimo nesso, che riduce ad unità la vita di un popolo, coordinando verso quell'effetto le cause più diverse, più complesse e remote, fu profondamente avvertito dall'Amari, onde sebbene la materia da lui trattata comprenda cinque secoli, pur non di meno davanti all'alto suo intelletto è tutta quanta la storia della Sicilia... ».*

L'Orlando, proprio con riferimento al periodo normanno ricorda: «*chi di una tale storia penetrando il significato, potrà pensare che, per quanto importante e suggestiva, sia pur sempre storia particolare? Se universale è la storia, che all'umanità si riferisce come a un tutto ideale, di essa però il centro vitale si racchiude in un punto determinato: sarà, di tempo in tempo, un breve territorio come la Mesopotamia o il Delta del Nilo, una città come Atene, Gerusalemme o Roma,*

ne difese le previsioni alla Costituente ed in Parlamento²⁷, assunse sin dalla fondazione (1949) la guida del Comitato scientifico di redazione della rivista “*il diritto pubblico della Regione siciliana*”²⁸, sino alla morte giunta l’1 dicembre 1952.

Negli anni della fondazione della Scuola insegnava diritto costituzionale a Palermo un maestro di Orlando²⁹, Alessandro Paternostro (1852-1899) il quale, iniziata la carriera accademica a Napoli viene chiamato ad insegnare diritto costituzionale a Palermo nel 1882 (lo stesso anno in cui Orlando ottiene la libera docenza in diritto costituzionale) dove si cimentò anche nella vita politica locale (fu consigliere comunale ed assessore), nel 1886 fu eletto alla Camera dei deputati³⁰. Dal 1888 al 1892 consigliere giuridico del ministero della Giustizia

la tolda di una navicella che viaggia verso un mondo nuovo sconvolgendo l’antico o la raccolta sala di un’assemblea donde si diffonderà l’eco possente della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino. Se così è, come disconoscere che la Palermo di Edrisi e di Federico lo svero sia stata l’Atene dei secoli XII e XIII, e il Regno di Ruggero il Grande il più possente e fiorente e civile Stato del mondo di quei tempi? E anche a parte queste affermazioni di primato, in quei cinque secoli non fu forse la Sicilia un nodo centrale in cui s’incontrarono, si urtarono, si elisero e si ricomposero le forze dominatrici del tempo: il papato e l’impero, la civiltà cristiana e la islamitica, lo spirito latino e lo spirito germanico, l’ideale di Comune e l’ideale di Stato?”

Su questo studio di Orlando, le sue idee “regionaliste” per la Sicilia e l’avversione alle forme di centralismo statale propuginate dal regime fascista, v. lo scritto di L. COMPAGNA, *Diritto e politica in Vittorio Emanuele Orlando*, in R. GHIRINGHELLI (a cura di), *Città e pensiero politico italiano dal Risorgimento alla Repubblica*, Milano, 2007, 439 e ss.

²⁷ Cfr. V. E. ORLANDO, *Discorsi parlamentari*, cit., a partire dal mantenimento in vita dell’Alta Corte per la Regione siciliana, costituita in ossequio alle previsioni statutarie il 15 giugno del 1948 (830-1), sino all’istituzione delle sezioni regionali della Corte di cassazione (807-12).

²⁸ La Rivista vede la luce nel 1949, stampata a Palermo, era diretta dal Prof. Carlo Bozzi, Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, del Comitato scientifico facevano parte Ferdinando Rocco, Andrea Ferrara, Augusto Ortona, Luigi Sturzo (attivo autore di articoli), Gaetano Scavonetti, Giovanni Selvaggi. Tra i giovani redattori della Rivista vanno ricordati due studiosi, al tempo liberi docenti, come Enzo Silvestri e Pietro Virga, quest’ultimo vi pubblicherà lo studio “*Creazione di persone giuridiche pubbliche mediante legge regionale*” tratto dalla monografia *La Regione*, che, come noto, sarà pubblicato lo stesso anno per i tipi della Giuffrè.

²⁹ Paternostro, che nella commemorazione alla Camera dei Deputati del 26 aprile 1899 (*Atti Camera XX Leg. - 3429*), Orlando ricorda sottolineando “*la gratitudine del discepolo*” e “*la solidarietà del collega*”, insieme a Giorgio Arcoleo fece parte della Commissione, presieduta da Silvio Spaventa, che proclamò lo stesso Orlando vincitore della Cattedra di Diritto costituzionale all’Università di Messina (1886, aveva già vinto l’anno prima la cattedra a Modena). Anche se è parimenti noto l’influsso che ebbero nella formazione del giovane studioso palermitano, L. Palma, in particolare nel suo primo studio sulla riforma elettorale, e L. Sampolo, direttore de “*Il Circolo giuridico*”, per più puntuali considerazioni si rinvia ancora a G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la Ginspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento*, cit., 8 e ss.

³⁰ Come osserva G. CIANFEROTTI (*V.E. Orlando, cit.*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/vittorio-emanuele-orlando_%28Dizionario-Biografico%29/, ma già Id., *Il pensiero di V.E. Orlando e la Ginspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento*, cit., 33 e ss.) insieme a Paternostro giunsero in quegli anni nell’Università palermitana figure di studiosi di primo piano “*come Adolfo Holm, studioso tedesco di storia antica siciliana, chiamato da Michele Amari a coprire la cattedra di storia antica e moderna (e che guidò negli studi storici Mosca)*” e poi nel 1884 “*Giuseppe Salvioli, reduce da esperienze di studio in Germania e in Inghilterra, coprì la cattedra di storia del diritto, partecipò alla vita politica e lesse a Palermo il 9 novembre 1890*

giapponese, fu anche membro del «*Comitato dei sette*» incaricato dell'inchiesta parlamentare sullo scandalo della Banca Romana³¹.

In quella scuola crescerà anche *Gaetano Mosca* (1858-1941), compagno di studi di Orlando³², a seguito della formazione giuridica, si dedicò agli studi di diritto costituzionale per poi divenire il fondatore della Scienza politica italiana³³, quale disciplina distinta sia dal diritto costituzionale che dalla filosofia politica. Dopo i primi anni di insegnamento quale libero docente si trasferì a Roma insegnando nell'Università di quella Città e poi a Torino. Anch'egli condivise la ricerca e l'insegnamento con la vita politica divenuto segretario particolare di Antonio Starrabba di Rudinì, allora presidente palermitano del Consiglio dei Ministri (ed al quale era politicamente legato Orlando, in quella fase in contrapposizione con il partito crispino), sarà quindi eletto deputato in Sicilia, Sottosegretario nei Governi Salandra, infine componente del Senato del Regno nel quale si opporrà al fascismo.

Sono anni nei quali - come opportunamente rilevato³⁴ - l'Università palermitana assume un ruolo di rilievo nella modernizzazione dell'isola, un rinnovamento che accompagnò anche lo sviluppo economico ed industriale della Sicilia in una fase di forte dinamicità della vita sociale e intellettuale, destinata poi ad interrompersi già nei successivi novanta con la repressione dei Fasci siciliani e la grande emigrazione che colpì la regione tra la fine del secolo e l'inizio del Novecento.

Allievo diretto di Orlando (sebbene di poco più giovane) va considerato *Antonio Longo* (1862-1942), costretto nel 1935, nonostante l'adesione al PNF, al collocamento a riposo in quanto considerato «*creatura orlandiana*» e persona «*di non schietta fede fascista*»³⁵

quella prolusione intitolata ai Difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie che si può considerare il manifesto del socialismo giuridico italiano; nel 1881 arrivò nella facoltà giuridica anche Raffaele Schiattarella», il primo amatore italiano ad aver applicato rigorosamente il metodo positivisticò (cfr. C. SARZOTTI, *Schiattarella, Raffaele, Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, cit., 1828-29) che suscitò «un vero fermento di spiriti», destinato a esercitare «un forte influsso sulla cultura dell'isola» nell'ultimo ventennio del secolo G. Gentile, *Il tramonto della cultura siciliana*, Firenze 1963, pp.147 ss.

³¹ D. GALLIANI, *Paternostro, Alessandro, Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 1521-22

³² Sui rapporti tra i fondatori della Scuola si vedano per tutti M. FIORAVANTI, *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: due itinerari paralleli (1881-1897)*, in AA.VV., *La dottrina della classe politica ed i suoi sviluppi internazionali, (Atti del Primo seminario internazionale Gaetano Mosca, Palermo 27-29 novembre 1980)*, Milano, 1982. 349 e ss. e M. FOTIA, *La formazione costituzionalistica di Gaetano Mosca e i suoi rapporti con Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano*, in *Le Carte e la Storia*, 2004, 10/2, 217 e ss..

³³ A. LOMBARDO, *Sociologia e scienza politica in Gaetano Mosca*, in *Riv. it. di sc. pol.*, 2/1971, 297 e ss.

³⁴ G. CIANFEROTTI, op. ult.cit.

³⁵ Espressioni richiamate dalla relazione del Prefetto di Palermo G.B. Marziali al Sottosegretario di Stato, alle quali poi seguirono le pressioni del Ministro dell'educazione nazionale per le dimissioni, cfr. in merito P. ALLOTTI, *Longo Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 1195-1196. Sul profilo scientifico di Antonio Longo, la cui carriera accademica aveva radici

Longo, la cui vicenda scientifica ed accademica ripone profonde radici nella scuola romanistica di A. Scialoja³⁶, conseguì nel 1886 la libera docenza in diritto romano (col titolo di «professore pareggiato», presentando tra i titoli «*Dell'actio rei uxoriae*» (Roma-Firenze-Torino 1885, pp. 71, con dedica «*Al suo amico Vittorio Emanuele Orlando*») dal 1890 inizia ad insegnare diritto amministrativo presso l'Università di Macerata (1891) e poi di Pavia (1892 dove diviene professore straordinario, nel 1896, ordinario), trasferitosi a Palermo qui svolse per alcuni anni un corso libero di Storia del diritto romano, per poi abbandonare definitivamente gli studi romanistici divenendo ordinario di diritto amministrativo nell'anno accademico 1903-1904³⁷ - e succedendo nell'insegnamento ad Orlando - ed insegnando nel suo Ateneo sino all'epilogo di cui si è detto.

Tra i docenti della Scuola palermitana di seconda generazione va ricordato Giovanni Salemi (1884-1963)³⁸ che nel 1935 subentrò nella cattedra palermitana di diritto amministrativo.

Il Prof. Salemi insegnò dapprima ad Urbino e poi a lungo a Padova (con una pausa sarda tra Sassari e Cagliari tra il '21 ed il '25) da dove si trasferì a Palermo dopo la morte della moglie (lasciando la cattedra al giovanissimo Enrico Guicciardi) come detto per assumere l'insegnamento di diritto amministrativo nel 1935³⁹. Con decreto dell'Alto commissariato per la Sicilia fu nominato membro della Commissione preparatoria del progetto di Statuto per la Regione siciliana di cui coordinò i lavori fino alla stesura del testo che diverrà lo Statuto regionale, per poi essere nominato componente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Suo coetaneo e professore di diritto ecclesiastico a Messina e di diritto costituzionale a Palermo dal 1919 Gaspare Ambrosini (1886-1985), si trasferisce a Roma nel 1937 dove insegnerà dapprima diritto coloniale e poi diritto costituzionale è considerato il padre del regionalismo accolto nel Titolo V della Carta costituzionale del 1948, anch'egli fu tra i fondatori dell'autonomia regionale siciliana⁴⁰. Laureatosi a Napoli nel 1908, allievo di Francesco Scaduto, vince l'anno

nel diritto romano, si veda anche A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1880-1945)*, cit., 282.

³⁶ Cfr. A. STOLFI, *Studi e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'ottocento alla prima guerra mondiale*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI, *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, 16, n.63

³⁷ M. MARRONE, *Romanisti professori a Palermo*, in *Index*, 25, 1997, 607.

³⁸ Per una disamina della genesi dello Statuto v. G. SALEMI, *Lo Statuto della Regione siciliana. Nella elaborazione della Giunta consultiva per la Sicilia e nella interpretazione della dottrina e della giurisprudenza*, in AA.VV., *Consulta regionale siciliana. Saggi introduttivi*, I, Palermo, 1975, 117 e ss.

³⁹ Sulla figura di Salemi si veda G. SPECIALE, *Salemi, Salemi, Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 1771-72.

⁴⁰ Sul ruolo fondamentale di Ambrosini nell'elaborazione dei fondamenti del regionalismo italiano, a partire dal contributo *Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il "federale" caratterizzato*

dopo il concorso in magistratura⁴¹ prima di divenire docente universitario, sarà deputato alla Costituente ed alla Camera dei deputati alla prima legislatura, giudice dell'Alta Corte per la Regione Siciliana e poi giudice (1955) e Presidente della Corte costituzionale (1962-1967)⁴². I suoi eredi hanno donato la sua biblioteca al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

Ha insegnato diritto costituzionale a Palermo anche *Franco Restivo* (1911-1976)⁴³, libero docente dal 1939, fu tra i professori nominati dall'AMGOT (*Allied Military Government of Occupied Territory*)⁴⁴, ed offrì un fondamentale contributo alla stesura dello Statuto poi deputato all'Assemblea Costituente, all'Assemblea regionale siciliana (1947-1955), Presidente della Regione (1949-1955) e più volte parlamentare nazionale e Ministro⁴⁵. *Salvatore Catimella* (1907-1973) è stato invece professore di diritto pubblico comparato della stessa Università (abilitato nel 1935) e componente dell'Alta Corte per la Regione siciliana.

Fondamentale figura di esponente della Scuola palermitana va riconosciuta in *Pietro Virga* (1920-2004), allievo di Salemi, dopo la laurea nel 1941 con una tesi sulla potestà normativa del Capo del Governo (pubblicata in forma monografica l'anno successivo) ed al termine della II guerra mondiale nella quale riceve un'onorificenza al valore militare, apre la Scuola palermitana all'influenza dei valori costituzionali (fondamentali i suoi studi sulle libertà fondamentali, la revisione costituzionale, i conflitti di attribuzione, il partito politico) con una vasta produzione scientifica nella quale si segnala, in particolare, il contributo su “*la Regione*”

dalla “*autonomia regionale*”, pubb. in *Riv. trim. pubbl.*, 1933, II adesso in Id., *Autonomia regionale e federalismo. Austria, SPAGNA, Germania, U.R.S.S.*, Roma, 1944, 7 e ss. v. per tutti N. ANTONETTI, U. DE SIERVO, *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, Bologna, 1998, e G. TARLI BARBIERI, *Gaspare Ambrosini e la nascita dell'autonomia regionale siciliana*, in F. TERESI (a cura di), *La figura e l'opera di Gaspare Ambrosini*, Palermo, 2000, 33 e ss., nonché agli ulteriori contributi inseriti negli *Atti* di quel convegno commemorativo.

⁴¹ Cfr. R. BIFULCO, *Ambrosini, Gaspare*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., 51-52.

⁴² Così F. TERESI, *Gaspare Ambrosini alla Costituente padre delle Regioni*, in *Nuove aut.*, 1996, 2, 199 e ss. A. PIRAINO, *Il principio autonomistico in Gaspare Ambrosini*, ivi, 2000, 6, 915 e ss. e più recentemente A. CANDIDO, *Il contributo di Gaspare Ambrosini al regionalismo italiano*, in *Quad. Reg.*, 2012, (1) 33 e ss. e V. ATRIPALDI, *Gaspare Ambrosini “un politico con preparazione tecnica”*, in <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/01/Atripaldi-relazione.pdf>; ma anche

⁴³ Di cui si ricorda il contributo *La rivoluzione come problema giuridico*, Palermo, 1942.

⁴⁴ Il giovane prof. Restivo venne nominato, infatti, nella commissione per l'elaborazione di un progetto di statuto regionale costituita l'1 settembre 1945 dall'on. Aldisio, Alto Commissario per la Sicilia. Della commissione fecero parte Alessi (Dc), Amella (Pdl), Minceo (Psi), Mirabile (Pd'A), Montalbano (Pci), Orlando (Pli) e tre docenti dell'Università di Palermo: Restivo (di Istituzioni di diritto pubblico), Ricca Salerno (di Economia politica) e Salemi (di Diritto amministrativo) e di cui fu consulente, su incarico dello stesso Aldisio, lo stesso prof. Ambrosini.

⁴⁵ Sul quale si vedano S. PAJNO, *Restivo. Franco (Francesco)*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 1673-4 e B. PASCIUTA, *Itinerari di una cultura giuridica; la Facoltà di Giurisprudenza di Palermo dalla fondazione al fascismo (1805-1940)*, in *Annali di storia delle università italiane*, 12/2008, 407-8.

(1949) tra i primi studi apparsi in materia nel quale offre un sicuro riferimento al nascente dibattito sul regionalismo in Italia.

Iniziò l'insegnamento del diritto costituzionale proprio sostituendo il prof. Restivo nel 1946 al tempo già impegnato politicamente⁴⁶, dopo la libera docenza in diritto costituzionale a Catania nel 1953 si trasferisce nell'Ateneo palermitano passando negli anni '70 dall'insegnamento del diritto costituzionale a quello amministrativo che tenne sino al 1992. Negli anni '80 hanno visto la luce i volumi che costituiscono il monumentale trattato in materia⁴⁷. Il prof. Virga, che si distinse anche nella professione forense, fu chiamato all'inizio degli anni '50 dal collega Gioacchino Scaduto, a lungo preside della Facoltà di giurisprudenza, divenuto sindaco di Palermo, a ricoprire la carica di assessore all'edilizia privata nella Giunta comunale e per lungo tempo rivestì la carica di vicepresidente della Commissione provinciale di controllo di Palermo.

È tuttavia tra i suoi allievi che l'impegno negli studi di diritto pubblico si lega a quello, crescente, nelle istituzioni. Mentre due di loro, *Guido Corso* (1940) e *Salvatore Raimondi* (1941), ne raccoglieranno l'eredità scientifica dedicandosi all'insegnamento, il primo tra Palermo e Roma, ed alla professione forense, altri raggiungeranno alte cariche istituzionali. *Sergio Mattarella* (1941) dapprima assistente di diritto costituzionale e poi professore diritto parlamentare, ma in quegli anni anche Presidente dell'Opera universitaria, sarà più volte deputato, ministro ed anche vicepresidente del Consiglio dei ministri, giudice costituzionale sino a divenire Capo dello Stato.

Infine *Francesco Teresi* (1935-2012) e *Filippo Salvia* (1935), approdati insieme all'insegnamento, rispettivamente di diritto costituzionale e di diritto amministrativo, dopo un'esperienza innovativa da dirigenti della Regione siciliana negli anni '70⁴⁸, si dedicheranno a tempo pieno all'insegnamento, il primo divenendo Preside della Facoltà di Scienze Politiche, direttore della Scuola di specializzazione in "Diritto delle Regioni e degli enti locali" e fondatore della Rivista "Nuove Autonomie", per poi essere nominati, al termine della carriera accademica, giudici del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana⁴⁹.

⁴⁶ Così ricorda G. VIRGA, *In ricordo di mio Padre*, in http://www.lexitalia.it/vari/virgap_costituzionale.htm.

⁴⁷ G. CORSO, *Discorso funebre per Pietro Virga*, in AA.VV., *Pietro Virga, maestro di libertà*, Palermo, 2004, 2, ma anche Id., *Virga Pietro*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., 2053 e ss. al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

La bibliografia completa del Maestro palermitano è ricostruita negli *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, XXI e ss.

⁴⁸ Sui contributi di questi studiosi alla riforma della pubblica amministrazione in Sicilia v. R.URSI, *dirigenza regionale, il caso della Regione siciliana*, in *le Regioni*, 5-2007, 895 e ss.

⁴⁹ Dopo di loro una schiera di giovani studiosi, tutti allievi di Pietro Virga, si dividerà tra l'insegnamento e l'impegno politico e sindacale. *Leoluca Orlando* (1947), docente di diritto regionale, consulente giuridico del Presidente Piersanti Mattarella, poi parlamentare nazionale, europeo

3. Conclusioni

Questa breve rassegna dei principali protagonisti della Scuola palermitana fondata da Orlando e Romano, sebbene attraverso rapidi cenni biografici, da conto di una continuità scientifica e didattica e consente di ricostruire una trama tra coloro che la costituirono e gli allievi che l'hanno animata traendo spunto dalla celebrazione dei cento anni dalla pubblicazione de *“L'ordinamento giuridico”*, circostanza che ci ha indotto a recuperare le radici di questa scuola a partire proprio dai fondatori.

Dai fondatori Orlando, Romano e Mosca - *“i tre illuminati di Palermo”* come li ha definiti Mauro Fotia⁵⁰, ma ad essi vanno aggiunti Antonio Longo e Francesco Scaduto - pionieri dell'inserimento della scienza giuridica regionale in quella nazionale realizzandone il rinnovamento sino alla generazione guidata da Ambrosini, Salemi e Virga, ed a quella successiva di cui si è detto, che hanno contribuito allo sviluppo del regionalismo italiano e della stessa autonomia siciliana, offrendo un importante apporto alla costruzione dell'edificio istituzionale regionale, emerge il profilo di una Scuola giuspubblicistica feconda, poliedrica e capace di offrire il proprio contributo alla scienza del diritto pubblico ed alle istituzioni.

Se l'obiettivo di questo intervento è quello di ricostruire una trama culturale ed umana, quello dell'anno che si apre è quello di rafforzarne la memoria. La circostanza, infine, che nel 2018 Palermo sarà *“Capitale italiana della cultura”*, contribuisce ad irrobustire questo progetto culturale incentrato su Romano e sulla sua opera principale. In tale contesto potranno infatti iscriversi le ulteriori iniziative volte a ricostruire l'apporto che Santi Romano, con il Suo grande contributo, insieme ai protagonisti della Scuola palermitana, hanno offerto in questi cento anni dalla pubblicazione in forma monografica de *“l'Ordinamento giuridico”* alla giuspubblicistica italiana.

e regionale, più volte consigliere comunale, assessore e longevo Sindaco di Palermo. Uniranno agli studi pubblicistici l'esperienza sindacale, per poi approdare in politica: *Vito Riggio* (1947), docente di diritto pubblico, anch'egli parlamentare, sottosegretario nel Governo Ciampi, membro del CNEL ed oggi Presidente dell'Enac e *Luigi Cocilovo* (1947), assistente ordinario di diritto costituzionale, segretario generale della CISL, membro del CNEL e successivamente componente e vicepresidente del Parlamento europeo. Quindi *Enrico La Loggia* (1947), che ha insegnato a lungo Contabilità di Stato nell'Ateneo palermitano, dopo esser stato assessore comunale, diverrà senatore e capogruppo di FI per due legislature, ministro degli affari regionali (porta il suo nome la legge di attuazione della riforma costituzionale del 2001) e oggi vicepresidente dell'organo di autogoverno della Corte dei conti ed *Andrea Piraino* (1946) professore di diritto regionale e direttore del Dipartimento di diritto pubblico (2002-2006) della stessa Università, per lungo tempo Segretario regionale dell'Anci, che è stato candidato a sindaco di Palermo nel 2007 per poi divenire componente del Governo regionale nel 2010-11.

⁵⁰ M. FOTIA, *Il liberalismo incompiuto*, cit., 11.

Abstract

Santi Romano protagonist of the public law school of Palermo

by Gaetano Armao

This brief essay recalls, in the one hundred years of the publication of the “*Legal order*” of Santi Romano, the strong links between the great scholar and the school of public law of the University of Palermo, founded by Vittorio Emanuele Orlando, who accompanied the first steps in legal education and scientific research.

Key words: Santi Romano; Legal order; Public law school of Palermo.

Diritti di accesso e profili rimediali. Spunti di riflessione per l'introduzione di una ipotesi di giurisdizione condizionata*

di Marco Calabrò

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un apparato rimediale speciale in materia di accesso ai documenti amministrativi. – 2. Il rito processuale speciale, tra esigenze di semplificazione e di celerità. – 3. Profili di criticità connessi all'estensione dell'applicazione del rito speciale ex art. 116 c.p.a. anche a tutela dell'accesso civico e dell'accesso generalizzato. – 4. Modelli di *alternative dispute resolution* a tutela dei diritti di accesso. – 5. Riflessioni *de iure condendo*: i vantaggi dell'utilizzo della via giustiziale e la prospettiva di un modello di giurisdizione condizionata.

1. *Le ragioni di un apparato rimediale speciale in materia di accesso ai documenti amministrativi*

Alla luce della disciplina sostanziale dei diversi modelli di diritto di accesso esistenti in Italia, dal punto di vista meramente teorico, il profilo dei rimedi di tutela non dovrebbe rivestire particolare interesse. Sia in riferimento al c.d. accesso difensivo ai sensi degli artt. 22 ss., l.n. 241/1990¹, sia, e ancor di più, per quanto riguarda l'accesso civico e l'accesso generalizzato di cui all'art. 5, co. 1 e 2 del d.lgs. n. 33/2013², il diritto del soggetto di poter venire a conoscenza delle

* Il saggio rielabora, corredandolo di note, il testo della relazione “La tutela dell'accesso: profili rimediali”, tenuta al Convegno “L'amministrazione trasparente in Austria e in Italia: L'accesso dei privati fra principi e applicazione”, Università degli Studi di Trento, 28 febbraio 2018.

¹La letteratura che si è occupata dell'istituto dell'accesso, sin dalla sua introduzione, è vastissima. Per tutti si veda: V. ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1992; A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni in tema di diritto d'accesso*, in AA.VV., *Scritti per Enzo Silvestri*, Milano, 1992, 431 ss.; M. CLARICH, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Gorn. dir. amm.*, 1995, 1132 ss.; A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 494 ss.; E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 579 ss.; D.U. GALETTA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Milano, 2012, 263 ss.; A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1208 ss.

²La recente introduzione di tali istituti all'interno dell'ordinamento italiano ha dato origine ad un ampio dibattito in dottrina. *Ex multis* vedi: V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, 789 ss.; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 2014, 563 ss.; M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove autonomie*, 2015, 63 ss.; M. RENNA, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza dei documenti amministrativi*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO, *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?*, Napoli, 2015, 69

informazioni contenute in un documento in possesso della pubblica amministrazione appare massimamente riconosciuto: al di fuori di specifiche e (almeno apparentemente) ben definite eccezioni, una volta dimostrata la sussistenza dei (eventuali) requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti, non dovrebbero sussistere ostacoli reali all'esercizio del diritto. In effetti, a fronte della recente valorizzazione del principio di trasparenza³ e della tendenziale incontrovertibilità dei (ridotti) limiti entro cui possono essere esercitati i diritti di accesso ai documenti ed alle informazioni in possesso della pubblica amministrazione, non sembrerebbe sussistere alcuna esigenza di prevedere particolari strumenti di tutela processuale. Potrebbe sorprendere, pertanto, la circostanza che il legislatore italiano abbia ritenuto necessario introdurre un rito speciale⁴ – ispirato ai canoni della semplicità e della celerità – in un ambito delle relazioni tra cittadino e p.a. che non sembrerebbe poter dar luogo ad un ingente contenzioso.

In realtà, diversi fattori fotografano una realtà differente. In primo luogo, deve segnalarsi come – pur in assenza di profili di incertezza – il funzionario che riceve l'istanza di accesso tenda a rispondere negativamente, o – più di frequente – a non rispondere (con relativo prodursi degli effetti del diniego silenzioso), preferendo trincerarsi dietro un comportamento inerte – in tal modo deresponsabilizzandosi⁵ – fino a quando non ci sarà qualcun altro (vedremo, un giudice o

ss.; A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2016, 725 ss.; A. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi.it*, 2017, 1 ss.

³ Cfr. M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 143 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza*, in F.G. COCA (a cura di), *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 639 ss.; M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, 657 ss.; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013; A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 117 ss.; A. SIMONATI, M. CALABRÒ, *L'accesso dei privati alle informazioni e agli atti amministrativi: la multiforme applicazione del principio di trasparenza*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, vol. III, Napoli, 2017, 2513 ss.

⁴ Cfr. art. 116, d.lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo). Per un'analisi delle principali caratteristiche proprie di tale rito v. *infra*, par. 2.

⁵ Sebbene, a rigore, si osserva che anche il funzionario che senza idonea giustificazione non fa in modo che la decisione sia presa per tempo e il dirigente che non l'assume in tempo, sono oggi assoggettati a responsabilità specifica sul punto. In termini v. M. VENTRICINI, *Servizi amministrativi e responsabilità del singolo funzionario*, in *Giust. civ.*, 2007, 283 ss., ove si sottolinea che "Ove, infine, l'attività o l'inerzia del pubblico funzionario, che per proposito o per colpa sia venuto meno ai suoi doveri costituzionali, abbia anche procurato pregiudizi ai terzi, fruitori o utenti del relativo servizio pubblico, tanto il funzionario quanto la pubblica amministrazione di riferimento, in solido, dovranno risarcire, a titolo di responsabilità civile, i danni arrecati a quei soggetti privati, estranei

una amministrazione terza) che gli imporrà di pronunciarsi in merito all'istanza. Da segnalare inoltre, i numerosi casi in cui l'amministrazione nega l'accesso per ragioni di presunta tutela della riservatezza dei controinteressati, attribuendo tuttavia a questi ultimi una sorta di potere di veto (una volta che, interpellati, si siano opposti alla richiesta) senza entrare nel merito dell'effettiva prevalenza/sussistenza di un diritto alla riservatezza da tutelare⁶. Tali prassi – nonostante le recenti riforme normative ampliative del diritto di accesso – sembrano destinate a sopravvivere se non a rafforzarsi, alla luce della perdurante tendenza del legislatore italiano volta ad implementare il livello di efficienza della p.a. non tanto attraverso l'introduzione di strumenti idonei ad incentivare un miglioramento delle *performance*, quanto inasprendo il regime della responsabilità del funzionario. Questi è in tal modo indotto a restare inerte, ovvero a prolungare ingiustificatamente i tempi della decisione, insomma a “non decidere”, per paura di “decidere male”⁷. Il contenzioso in materia di accesso, inoltre, registrerà presumibilmente un ulteriore incremento a causa delle incertezze applicative connesse alla nuova disciplina del diritto di accesso generalizzato, derivanti dalla vaghezza dell'indi-

all'amministrazione”. Più in generale, per una completa disamina dei presupposti delle diverse forme di responsabilità del funzionario pubblico si rinvia a S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53 ss.

⁶ I presupposti sulla base dei quali ciascuna amministrazione è tenuta a verificare, di volta in volta ed in relazione agli specifici interessi coinvolti, la prevalenza o meno del diritto di accesso sul diritto alla *privacy* sono indicati agli artt. 59 e 60 del d.lgs. n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali). In particolare, in relazione ai c.d. dati sensibili (salute e vita sessuale), la giurisprudenza ha da tempo chiarito che il “bilanciamento tra gli interessi in conflitto deve avvenire in concreto, verificando se il diritto che si intende far valere o difendere attraverso l'accesso sia di rango almeno pari a quello alla riservatezza”, T.A.R. Sicilia, Catania, III, 28 marzo 2017, n. 660, in *Foro amm.*, 2017, 785. In dottrina, sul tema, si rinvia a A. SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, 2002; M. OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo il codice della privacy*, in *Foro it.*, 2004, 510 ss. e, più di recente, F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 2013, 1 ss.; I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015, 1 ss.; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121 ss.

⁷ “L'incertezza dei dati normativi di riferimento o l'eccessiva presenza di fonti, l'horror vacui del funzionario in assenza di precisi quadri normativi di riferimento, la carenza di una reale cultura del risultato amministrativo o l'ancora irrisolto conflitto tra legalità e buon andamento spingono molte volte il funzionario a rifugiarsi dietro silenzi e omissioni, che malcelano – nelle ipotesi non patologiche – il timore dell'errore e dunque della responsabilità penale e amministrativa che possa derivare dall'assunzione di determinati comportamenti magari dettati da encomiabili intenti di tipo efficientistico. Da qui la paura di scegliere, il rinvio all'esito di (non sempre utili) azioni giudiziarie che garantiscano al funzionario, obbligandolo, la legittimità del comportamento e soprattutto la sottrazione all'azione inquirente degli altri organi giudiziari preposti (giudice penale e contabile)” M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove autonomie*, 2010, 84.

cazione dei relativi limiti normativi⁸.

Come è agevole desumere anche da tali brevi considerazioni, le difficoltà che incontra il cittadino nel vedersi riconosciuto il proprio diritto di accedere alle informazioni ed ai documenti in possesso di una p.a. non discendono tanto dalla complessità delle questioni giuridiche sottese all'esercizio del medesimo diritto, bensì da criticità che potremmo definire endemiche, "di sistema", che poco hanno a che vedere con la risoluzione della singola controversia. È questa la ragione per la quale i caratteri della "specialità" del rito in materia di accesso rinvergono la propria *ratio* nella considerazione che si tratta di un contenzioso che per sua natura deve definirsi in modo semplice e spedito, in rapporto a questioni che, in gran parte dei casi, non presentano peculiari difficoltà.

2. *Il rito processuale speciale, tra esigenze di semplificazione e di celerità*

Semplificando, è possibile identificare i caratteri propri del rito speciale in materia di accesso nei seguenti elementi: decisione in camera di consiglio e consequenziale dimezzamento dei termini processuali; facoltà di stare in giudizio personalmente; possibilità, da parte del giudice, di condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico; giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁹. Con il presente contributo non si intende, evidentemente, analizzare individualmente nel dettaglio tali caratteristiche. L'obiettivo, piuttosto, è quello di verificare l'effettiva idoneità dei suddetti caratteri di specialità a conseguire il risultato che si

⁸ Sul punto si rinvia alla relazione inedita di A. SIMONATI, *Principi di trasparenza e diritti di accesso, fra riforme normative e moltiplicazione concettuale*, tenuta al Convegno "L'amministrazione trasparente in Austria e in Italia: L'accesso dei privati fra principi e applicazione", Università degli Studi di Trento, 28 febbraio 2018. Deve segnalarsi, tra l'altro, come, a prescindere dalla non agevole applicazione concreta dei limiti posti all'esercizio del diritto di accesso generalizzato, la giurisprudenza ha ulteriormente sottolineato che "l'istituto, che costituisce uno strumento di tutela dei diritti dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, non può essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento dell'Amministrazione. La valutazione dell'utilizzo secondo buona fede va operata caso per caso, al fine di garantire – in un delicato bilanciamento – che, da un lato, non venga obliterata l'applicazione dell'istituto, dall'altro lo stesso non determini una sorta di effetto boomerang sull'efficienza dell'Amministrazione", T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 ottobre 2017, n. 1951, in *Foro amm.*, 2017, 2078 ss.

⁹ Per una disamina generale delle diverse peculiarità che connotano il rito speciale in materia di accesso si rinvia a N. PAOLANTONIO, *I riti speciali*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2017, 537 ss.; B. RINALDI, *Il rito speciale in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 320 ss. Per una interessante comparazione tra le discipline italiana e tedesca relative ai profili rimediali in materia di accesso ai documenti amministrativi v. E. SCHMIDT-ASSMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Italia e Germania*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 711 ss.

prefiggono – ovvero consentire, attraverso una procedura semplificata, una risoluzione il più possibile celere della controversia¹⁰. Ci si soffermerà, inoltre, in termini critici, sulla scelta del legislatore di estendere *tout court* l'applicazione del rito speciale anche ai più recenti istituti dell'accesso civico e generalizzato. Nell'ultima parte del lavoro si procederà, infine, ad esaminare la disciplina dei modelli di risoluzione alternativa delle controversie in materia di accesso contemplate dal nostro ordinamento, con il dichiarato obiettivo di valorizzarne la portata in termini di effettività ed adeguatezza del grado di tutela offerto al cittadino.

Come detto, i caratteri di specialità che connotano il rito in esame rinven- gono la propria giustificazione principalmente in istanze di celerità e semplifi- cazione.

Alla prima delle due esigenze risponde innanzitutto la prevista applicazione del procedimento in camera di consiglio, la cui principale peculiarità risiede per l'appunto nel dimezzamento di tutti i termini processuali. La disciplina generale in tema di camera di consiglio, invero, prevede che il dimezzamento dei termini non si applichi, in primo grado, alla notifica del ricorso, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. L'esigenza di speditezza si arresta, evidentemente, di fronte alla prevalente necessità di riconoscere al ricorrente un termine decadenziale adeguato per impugnare il provvedimento (o il silenzio rigetto). Non si comprende, pertanto, la ragione per la quale il legislatore – in deroga al regime generale – abbia disposto che nel rito in materia di accesso anche il ricorso in primo grado debba essere notificato entro un termine dimezzato rispetto a quello ordi- nario (ossia 30 gg.)¹¹ il che (evidentemente) finisce per “immolare” l'esigenza di un termine decadenziale adeguato sull'altare della celerità¹².

Un'ulteriore conseguenza derivante dall'applicazione del rito camerale è che la camera di consiglio deve essere fissata d'ufficio alla prima udienza utile succes- siva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimiate. La *ratio* è evidentemente quella di far sì che l'intero giudizio si concluda nel più breve tempo possibile. Tuttavia si tratta di un termine avente natura ordinatoria¹³ ed è ormai prassi che la camera di consiglio venga fissata

¹⁰ Cfr. G. TROPEA, *La domanda cautelare, l'azione di ottemperanza e quella avverso il silenzio nel sistema del codice del processo amministrativo: per un inquadramento sistematico*, paper della Relazione al seminario di studi sul tema “Il processo amministrativo alla prova dei fatti: tutela cautelare e riti speciali. Il punto di vista del primo grado e il punto di vista dell'appello”, T.A.R. del Lazio, Roma, 15 e 16 marzo 2018, che l'autore mi ha gentilmente consentito di leggere.

¹¹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 27 gennaio 2016, n. 170, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, sez. giurisd., 25 gennaio 2013, n. 44, in *Foro amm.-CDS*, 2013, 1, 280.

¹² In termini, v. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti: effettività della tutela e certezza delle regole*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2007.

¹³ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17 gennaio 2008, n. 294, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1, I, 125.

ben oltre la scadenza dello stesso, con il fondato rischio di frustrare le legittime aspettative (sostanziali e processuali) di celerità del ricorrente¹⁴.

In tale problematica si innesta, poi, il profilo della compatibilità tra rito in materia di accesso e presentazione di una domanda cautelare. La normativa non fa espresso riferimento alla tutela cautelare, il che si potrebbe spiegare alla luce della straordinaria celerità del rito e della consequenziale difficoltà di dimostrare la sussistenza del requisito della necessità e dell'urgenza. Sul punto, invero, si registrano pronunce di tenore contrastante. A giudizi nei quali è ammessa la tutela cautelare, spesso nella forma atipica dei decreti *inaudita altera parte*¹⁵, si contrappongono pronunce che negano tale forma di tutela anticipata: l'eventuale adozione della misura cautelare consentirebbe, infatti, al ricorrente di ottenere già in sede interinale piena e definitiva soddisfazione della propria pretesa (la visione del documento), così da rendere inutile la prosecuzione del processo nel merito¹⁶ e, profilo ancor più grave, da produrre un pregiudizio irreparabile in capo al soggetto titolare delle informazioni contenute nell'atto o all'amministrazione che ritenga di essere titolare di ragioni di segretezza.

Istanze di semplificazione trovano, invece, riscontro in primo luogo nella possibilità di presentare il ricorso in materia di accesso – sotto forma di istanza – anche all'interno di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa¹⁷. Premessa la natura facoltativa di tale “cumulo” di domande – ben potendo la parte decidere di tutelare il proprio diritto di accesso mediante la presentazione di un ricorso autonomo – tale elemento di specialità appare una chiara conferma del valore sostanzialmente strumentale riconosciuto al diritto di accesso difensivo (pur nella sua accezione formalmente autonoma), ed alla sua finalità di mezzo volto ad ottenere informazioni utili al mantenimento o conseguimento di un bene della vita che è altro rispetto al diritto alla mera conoscenza¹⁸.

¹⁴ In generale, solleva perplessità in ordine alla effettiva natura “accelerata” del rito in materia di accesso E.M. MARENGHI, *Il rito speciale dell'accesso tra differenziazione processuale e indifferenziazione materiale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 689 ss., spec. 711-712.

¹⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 336, in www.giustizia-amministrativa.it. Ritene non debba escludersi aprioristicamente l'ammissibilità della proposizione di un'istanza cautelare all'interno del rito speciale in materia di accesso A. ROMANO, *Accesso ai documenti amministrativi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 910 ss.

¹⁶ Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 20 marzo 2014, n. 116, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ “In tal modo, il giudizio amministrativo instaurato risulta, dunque, connotato da un'azione principale, ossia l'azione volta all'annullamento degli atti e/o provvedimenti gravati, e da un'azione definibile «incidentale», precipuamente diretta a richiedere ed ottenere l'accesso agli atti che – nel rispetto di un vincolo di strumentalità – si presentino di utilità al fine del decidere”, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 20 dicembre 2016, n. 12660, in *Foro amm.*, 2016, 12, 3070. In termini v. anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 14 gennaio 2012, n. 356, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 1, 177.

¹⁸ Sulla configurazione dell'interesse all'accesso in termini di parziale autonomia v. A. SIMONATI, *I principi*, cit., 1225. V. anche T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 22 marzo 2012, n. 120, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 3, 752. Parzialmente differente è la questione relativa all'eventuale esigenza

Discorso analogo non può chiaramente essere fatto in relazione ai diritti di accesso civico e generalizzato (privi del medesimo carattere di strumentalità) e, come vedremo, non è questo l'unico profilo di distinzione sostanziale che, tuttavia, non trova riscontro in una consequenziale differenziazione in termini di regime processuale.

Sempre in chiave semplificatrice deve essere letta l'eliminazione dell'obbligo della difesa tecnica sia per il ricorrente che per l'amministrazione (art. 23 c.p.a.), con i relativi benefici di ordine soprattutto economico. Anche in questo caso, tuttavia, nel passare dal piano di analisi teorico a quello pratico, deve registrarsi come i casi nei quali il cittadino decida di usufruire di tale possibilità rappresentino una assoluta eccezione. A ben vedere, se il legislatore avesse davvero voluto indurre il titolare del diritto di accesso a stare in giudizio personalmente sarebbe dovuto, piuttosto, intervenire sulla normativa processuale, implementandone il livello di informalità. Ciò non è avvenuto e, sebbene non particolarmente complesso, il rispetto delle regole processuali resta comunque ostico per il *quisque de populo* che preferirà rivolgersi ad un avvocato, in quanto non in grado di confezionare efficacemente il ricorso (ad es. notificando al controinteressato; computando esattamente i termini; individuando efficacemente i vizi da eccepire, ecc.).

Il carattere della "specialità" del rito in materia di accesso, invero, non risponde unicamente ad esigenze di celerità e semplificazione. La dottrina da tempo è concorde nel ritenere che il rito in esame dia origine ad un processo atipico anche sotto il profilo del tipo di pronuncia che da esso può conseguire¹⁹, il che – evidentemente – discende dal difficile inquadramento della posizione giuridica sostanziale sottesa²⁰. Proprio in ragione del noto dibattito circa la natura giuridica di diritto soggettivo o interesse legittimo da riconoscere al titolare del diritto di accesso, si sono avvicinate in dottrina e giurisprudenza due principali posizioni, l'una volta a ricondurre il processo in esame allo schema demolitorio²¹, l'altra, oggi maggioritaria, tesa al contrario ad individuare un'ipotesi di

di accesso inerente a documenti necessari all'*editio actionis* nel giudizio connesso; si pensi al ricorso per ottenere accesso ai documenti contenenti la motivazione *per relationem* del provvedimento che si intende impugnare.

¹⁹ In termini v. M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 444 ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel giudizio speciale sul diritto di accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 594 ss.

²⁰ Sull'ampio dibattito sorto in dottrina in merito alla natura giuridica da riconoscere al diritto di accesso v., *ex multis*, C. CACCIAVILLANI, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 154 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998, 40 ss. Per la più recente posizione in termini di sostanziale irrilevanza della questione cfr. Cons. Stato, ad. plen., 18 aprile 2006, nn. 6 e 7, nonché Id., 24 aprile 2012, n. 7, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 4, 812.

²¹ Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II 6 giugno 2011 n. 1004, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 6, 2101; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 19 gennaio 2010, n. 90, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 1, 44; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 8 giugno 2009, n. 613, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 6, 1894; Cons. Stato,

accertamento del diritto fatto valere dal privato²², spesso legato alla contestuale condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico²³.

In effetti, ai sensi dell'art. 116 c.p.a. è stabilito che il giudice decide con sentenza in forma semplificata e che, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti entro un termine non superiore a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità. Il giudizio, pertanto – sebbene azionato avverso un provvedimento di diniego espresso o implicito – non conduce all'annullamento della decisione (o dell'inerzia) illegittima dell'amministrazione, bensì ha ad oggetto la verifica circa la sussistenza dei presupposti cui la legge subordina l'esercizio del diritto di accesso e, nel caso, la condanna all'esibizione dei documenti. Si configura, in altri termini, un vero e proprio giudizio sul rapporto²⁴, dal quale, tra l'altro, la giurisprudenza fa discendere – quand'anche alcune censure sul provvedimento siano fondate – non solo che l'amministrazione può dedurre ulteriori ragioni che impediscano l'ostensibilità del documento²⁵ (derogando, in tal modo, al generale principio del divieto di integrazione della motivazione in sede processuale), ma anche che lo stesso giudice può autonomamente negare l'accesso per motivi diversi da quelli erroneamente indicati dalla p.a (configurando un'ulteriore ipotesi di deroga, questa volta rispetto al principio dispositivo)²⁶.

3. *Profili di criticità connessi all'estensione dell'applicazione del rito speciale ex art. 116 c.p.a. anche a tutela dell'accesso civico e dell'accesso generalizzato*

I caratteri di specialità processuale ora brevemente esaminati sono stati, evidentemente, concepiti in funzione della migliore tutela del modello di accesso c.d. difensivo di cui alla l.n. 241/1990. Ebbene, nonostante, l'ambito di operatività e, soprattutto, le finalità sottese a tale istituto siano sostanzialmente difformi rispetto a quelle proprie delle più recenti fattispecie dell'accesso civico e dell'ac-

Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 2100, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²² Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11 ottobre 2017, n. 10191, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 novembre 2016, n. 11149, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 1165, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, I, 16 gennaio 2013, n. 422, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 1, 114.

²³ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 17 settembre 2015, n. 4570, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 20 dicembre 2000, n. 4897, in *Giur. merito*, 2002, 548.

²⁴ Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 26 marzo 2007, n. 305, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 3, 1091; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 8 febbraio 2005, n. 1088, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 2, 432.

²⁵ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 2 dicembre 2010, n. 26573, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 12, 3969.

²⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 10 aprile 2013, n. 3641, in *Foro amm.-TAR*, 2013, 4, 1201; Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4261, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 7-8, 1892. In ordine ai caratteri propri del principio dispositivo, nella sua duplice accezione sostanziale e istruttorio, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in *Foro it.*, 2015, 5, III, 265.

cesso generalizzato, il legislatore italiano ha ritenuto di confermare anche per tali ultimi modelli di accesso l'operatività della medesima tutela processuale.

Come ben evidenziato dalla più accorta dottrina, la *ratio* dell'introduzione dell'accesso civico è essenzialmente quella di imporre alla p.a. di ottemperare ai suoi obblighi di pubblicazione legislativamente previsti, al fine di implementare i livelli di trasparenza dell'agire pubblico; esso non risponde, pertanto – almeno non direttamente – ad un interesse “proprio” di chi agisce²⁷. Da qui discende una delle principali criticità applicative del diritto di accesso civico, ovvero la sostanziale “lontananza” tra strumento e bene della vita ad esso connesso. Ecco allora che, piuttosto che di un rito speciale in grado di ridurre i tempi della tutela, il diritto di accesso civico avrebbe necessitato di un “specialità” differente, quale ad esempio il rendere completamente gratuita la presentazione del ricorso, ciò al fine di agevolare il *civis* ad agire in giudizio per un interesse della collettività e non strettamente personale.

Ancora minore giustificazione sembra trovare l'applicazione del rito speciale ex art. 116 c.p.a. anche al diritto di accesso generalizzato, la cui finalità è, come noto, quella di fornire i cittadini di uno strumento di controllo sociale dell'agire pubblico, essenzialmente ai fini anticorruptivi, senza espressamente riconoscere loro un diritto alla conoscenza autonomamente inteso²⁸. Immediata conseguenza di tale assetto è, innanzitutto, che il titolare del diritto di accesso generalizzato non condivide con il titolare del diritto di accesso difensivo la medesima “urgenza” di pretesa di soddisfazione della propria posizione giuridica. A ciò si aggiunga come l'importanza, e, allo stesso tempo, la delicatezza dell'esercizio dell'azione di controllo sociale cui esso è strumentale non sembrano conciliabili con la previsione di un rito semplificato: le incertezze applicative del diritto di accesso generalizzato conducono, infatti, all'emersione di questioni spesso complesse da dirimere, che rischiano di non poter essere adeguatamente valutate attraverso un modello processuale accelerato e, quindi, inevitabilmente sommario.

Tra l'altro, a fronte di un silenzio tenuto dalla p.a. su un'istanza di accesso generalizzato, il rito sull'accesso, come si è osservato, consente al giudice di ordinare un *facere* specifico (imporre l'esibizione del documento) sostituendosi così alla p.a. Nell'ipotesi di diritto di accesso generalizzato, tuttavia, il giudice si troverà ad operare una complessa operazione di bilanciamento tra interessi (tra l'altro, non soggettivamente differenziati²⁹), che è invece ben diversa in caso di

²⁷ Per i riferimenti si rinvia alla precedente nota 2.

²⁸ In termini v. M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; A. PORPORATO, *Il “nuovo” accesso civico “generalizzato”*, cit., 1 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 2017, 1 ss.

²⁹ In relazione al diritto di accesso civico generalizzato, l'assenza di requisiti soggettivi in sede procedimentale non può non riverberarsi anche in sede processuale, dando origine in tal modo ad una sorta di azione popolare con finalità di controllo, ad una forma di legittimazione oggettiva in

accesso difensivo. In questa ipotesi, pertanto, la “specialità” della condanna ad un *facere* sembra stridere con il generale divieto posto in capo al g.a. di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (cfr. art. 34 c.p.a.). A fronte di ipotesi di negazione del diritto di accesso civico generalizzato, il giudice dovrebbe poter condannare l'amministrazione a pronunciarsi, non certo ad esibire il documento³⁰.

In realtà, una differenza tra i modelli di tutela (non è dato sapere quanto consapevolmente prevista dal nostro legislatore) sembra potersi registrare: in ordine al diritto di accesso documentale è espressamente previsto che in caso di silenzio della p.a. si configura una fattispecie di silenzio rigetto, laddove, al contrario, nulla si dice in merito all'inerzia tenuta a fronte di un'istanza di accesso civico o generalizzato. In assenza di una previsione tipizzata di silenzio significativo, pertanto, dovrebbe concludersi per la configurabilità di una ipotesi di silenzio inadempimento, con relativa applicazione del rito speciale in materia di silenzio di cui all'art. 117 del c.p.a. e non del rito speciale in materia di accesso ex art. 116 c.p.a.³¹. A ben vedere, tuttavia, se, come si è osservato, il giudizio in materia di accesso configura un giudizio di accertamento, sul rapporto, e solo formalmente impugnatorio, allora sembra si possa legittimamente sostenere la non necessità dell'esistenza di un provvedimento espresso da impugnare per poterlo attivare, ben potendosi chiedere al giudice l'accertamento dei presupposti per l'esercizio del diritto anche a fronte di un comportamento inerte (non significativo)³².

Sembra emergere con chiarezza, dunque, come le profonde differenze in

virtù della quale il singolo fa valere in sede processuale un interesse di carattere generale. In senso critico, sul punto, v. M. RAMAJOLI, *Recensione a Giulia Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 963 ss. e M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, 425 ss.

³⁰ “Si tratta, infatti, di capire fino a che punto potrà spingersi il giudice quando, in accoglimento delle ragioni del ricorrente, dovrà ordinare un *facere* all'amministrazione e così garantire il diritto a conoscere dei cittadini. Il giudice potrà o dovrà procedere a quella attività valutativa che l'amministrazione rimasta inerte avrebbe dovuto porre in essere con la tecnica del bilanciamento caso per caso sottesa alla istanza di accesso generalizzato?”, A. CORRADO, *La “trasparenza” nella legislazione italiana*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1407 ss., spec. 1435.

³¹ “Non si tratta di stabilire se il provvedimento adottato o non adottato dall'amministrazione, in materia di denegato accesso, sia manifestazione di illegittimità. Si tratta, invece, di riconoscere un diritto”, E.M. MARENGHI, *Il rito speciale dell'accesso*, cit., 710.

³² In tal senso si è di recente espressa anche l'ANAC, affermando che “In ogni caso, a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell'inerzia dell'amministrazione, il richiedente può attivare la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 116 del Codice del processo amministrativo” (cfr. determinazione n. 1309/2016, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5. Co. 2 del d.gs. n. 33/2013*). *Contra* T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 22 febbraio 2018, n. 2034, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si sostiene l'applicabilità del rito speciale di cui all'art. 117 c.p.a. in caso di silenzio della p.a.

termini di disciplina sostanziale che caratterizzano i diversi modelli di diritto di accesso esistenti nel nostro ordinamento avrebbero richiesto una coerente disciplina differenziata anche a livello processuale. Ma così non è stato. Forse la sola considerazione – di ordine puramente pratico – che potrebbe giustificare la scelta di prevedere un rito unico per i diversi diritti di accesso è, in effetti, che questi ultimi finiscono spesso per sovrapporsi ed essere azionati congiuntamente³³: sempre più frequentemente accade che un cittadino chieda contestualmente all'amministrazione la soddisfazione del proprio diritto di accesso ex l.n. 241/1990 o, in via subordinata, del diritto di accesso generalizzato. Ma, a fronte delle sostanziali differenze rilevate, tale giustificazione appare di ben poco peso.

4. *Modelli di alternative dispute resolution a tutela dei diritti di accesso*

Le medesime ragioni che hanno spinto il legislatore a prevedere un rito speciale in tema di accesso – ovvero la rilevanza della posizione dell'accedente in termini di strumentalità rispetto al diritto di difesa³⁴ e l'assenza di profili di particolare complessità giuridica – si pongono a fondamento della facoltà, riconosciuta al cittadino leso nella suo interesse a conoscere le informazioni contenute in un documento amministrativo, di optare anche per l'esercizio di rimedi di tutela alternativi a quello processuale. Proprio in ragione del suo ruolo centrale nelle dinamiche relazionali tra cittadino e p.a., del resto, molti Paesi hanno scelto di introdurre a protezione del diritto di accesso modelli differenti di a.d.r., quali ricorsi amministrativi interni (ad es. Germania, Irlanda); ricorsi ad autorità amministrative indipendenti appositamente istituite (ad es. Francia, Inghilterra, Portogallo); ricorsi al difensore civico (ad es. Danimarca, Svezia, Grecia).

Sul punto, il legislatore italiano ha disposto che in caso di diniego dell'accesso o di differimento dello stesso, il richiedente può sottoporre la suddetta determinazione al riesame del difensore civico (nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali), o della Commissione nazionale per l'accesso ai documenti amministrativi – CADA (nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato)³⁵. Entrambi gli organi sono

³³ Critico nei confronti della scelta del legislatore di “aggiungere” due nuove forme di accesso a quella già esistente, senza occuparsi di disciplinare i rispettivi rapporti G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia*, cit., 1, il quale parla di “operazione di stratificazione, che non semplifica né razionalizza l'esistente”.

³⁴ Appare opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 29, co. 2-bis, l.n. 241/1990, le disposizioni volte ad assicurare l'accesso ai documenti amministrativi attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, co.2, lett. m) Cost. Sul punto v. E. CARLONI, *Diritti di accesso e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Informatica e diritto*, 2008, 1-2, 45 ss.

³⁵ Per un'ampia disamina della disciplina dei rimedi a carattere non giurisdizionale offerti dall'ordinamento italiano a tutela del diritto di accesso sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, A.

tenuti a pronunciarsi entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, scaduti i quali il ricorso si intende respinto. È previsto, infine, che se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono che il diniego o il differimento siano illegittimi, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità competente, alla quale è data la facoltà di emanare un provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della suddetta comunicazione, in mancanza del quale, dice la norma, *l'accesso è consentito*.

Numerosi sono i profili di interesse offerti dall'analisi di tale disposizione, primo fra tutti la verifica della sussistenza o meno dei presupposti per l'esercizio di una funzione giustiziale, ovvero di una funzione amministrativa che vede il suo unico *telos* nella risoluzione di una controversia secondo canoni di giustizia³⁶. In tale ottica è evidente che il primo dei requisiti richiesti è quello dell'indipendenza: l'attività di risoluzione di una lite deve necessariamente essere affidata ad un'amministrazione terza, del tutto estranea alle funzioni esercitate dal soggetto titolare della funzione di amministrazione attiva oggetto di contestazione. Ebbene, in merito al difensore civico – al di là della correttezza o meno dell'operazione con cui si intende assimilare tale figura alle amministrazioni indipendenti³⁷ – appare legittimo affermarne, alla luce delle funzioni ad esso attribuite e del procedimento di nomina che lo connota, la titolarità di profili di autonomia ed indipendenza se non altro astrattamente idonei a giustificare l'attribuzione di poteri giustiziali³⁸. Diverso è il discorso da farsi, invece, in relazione alla CADA³⁹. Essa non solo è strutturata all'interno della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ma vede tra i suoi membri anche il capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui è addirittura affidata la Presidenza. È evidente, pertanto, come il forte legame esistente con la Presidenza del Consiglio dei Ministri renda tutt'altro che neutrale l'esercizio della competenza in merito alle decisioni sui ricorsi amministrativi proprio nei confronti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

SIMONATI, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1318 ss., spec. 1331.

³⁶ In generale, sui caratteri della funzione giustiziale esercitata dalla p.a. sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, oltre che a V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991 e, da ultimo, F. APERIO BELLA, *Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

³⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 1, 108; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 22 aprile 2004, n. 6712, in *Comuni Italia*, 2007, 5, II, 7.

³⁸ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 18 aprile 2007, n. 4054, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 4, 1399. In tal senso sembra orientarsi quella giurisprudenza che ha definito il difensore civico "supremo garante dell'indipendenza e della buona amministrazione", T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 1, 108.

³⁹ In generale, sulla natura e le competenze della CADA sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1440 ss.

Ma anche volendo riconoscere una valenza non dirimente al profilo soggettivo dell'indipendenza, l'aspetto maggiormente critico della disciplina in esame, è senza dubbio rappresentato dalla circostanza che – a differenza di quanto generalmente accade nei procedimenti amministrativi giustiziali – nella fattispecie oggetto di analisi non si ha affatto una piena devoluzione della *res controversa* all'autorità decidente. Laddove il difensore civico o la CADA ritengano sussistere l'illegittimità del provvedimento di diniego o differimento, il legislatore non ha fornito loro il potere di definire la lite: all'accoglimento del rimedio amministrativo, infatti, consegue semplicemente un invito all'amministrazione a riesaminare la propria precedente determinazione negativa, con l'ulteriore aggravante che tale richiesta non possiede alcun grado di vincolatività, ben potendo la p.A. ripronunciarsi con una motivata conferma del diniego all'accesso⁴⁰.

La decisione di accoglimento, pertanto, non ha l'effetto di annullare o riformare l'atto originario. Parte della giurisprudenza, non a caso qualifica tali provvedimenti come atti endoprocedimentali aventi natura consultiva, più che decisoria⁴¹: più che un provvedimento in grado di garantire un assetto definitivo della questione, quindi, il cittadino può pretendere dalla Commissione o dal difensore civico unicamente la formulazione di una richiesta all'amministrazione resistente di riesaminare la precedente determinazione negativa. Nulla più di un'attività di *moral suasion*, insomma.

La legge sancisce, poi, che nell'ipotesi in cui l'amministrazione che detiene il documento non contesti la decisione della CADA o del difensore civico "l'accesso è consentito", precludendo, evidentemente ad una fattispecie di silenzio assenso: l'inerzia dell'amministrazione a fronte della decisione giustiziale comporta, pertanto, la nascita di un diritto soggettivo in capo al privato ad accedere ai documenti richiesti, e di un corrispondente obbligo di consentire l'esercizio del suddetto diritto in capo alla p.a.⁴². La previsione normativa, tuttavia, si rivela solo in linea teorica in grado di garantire una tutela effettiva all'accedente: i documenti oggetto dell'istanza di accesso, infatti, si trovano comunque presso l'amministrazione a cui la richiesta è stata originariamente presentata, la quale, dunque, dovrà in qualche modo attivarsi per consentire la visione e l'estrazione di copia degli atti. Ciò presuppone, pertanto, una condotta collaborativa da parte della p.a., che non può certo darsi per scontata. Il non aver attribuito al difensore civico ed alla Commissione per l'accesso idonei poteri ordinatori di esibizione dei documenti, o almeno adeguati deterrenti in grado di favorire la cooperazione

⁴⁰ M. SANINO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: le modalità di esercizio e tutela*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 443 ss.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4047, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1985; T.A.R. Veneto, Sez. III, 13 ottobre 2011, n. 1557, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 10, 3084.

⁴² Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 7 aprile 2015, n. 554, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 26 settembre 2011, n. 738, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 9, 2761.

dell'amministrazione, rischia di rivelarsi, in altri termini, una “falla” del sistema tale da inficiare a monte la stessa previsione di un rimedio di tutela amministrativo alternativo a quello giurisdizionale.

Più di recente, è stato poi introdotto un nuovo rimedio alternativo a tutela dei diritti di accesso civico e generalizzato. In particolare, è previsto che in caso di diniego totale o parziale, o di silenzio dell'amministrazione adita, il cittadino possa presentare una “richiesta di riesame” al responsabile della trasparenza interno alla medesima amministrazione⁴³. Un primo elemento di criticità è rappresentato dall'aver aggiunto una nuova forma di *alternative dispute resolution*⁴⁴ a quella già esistente, senza preoccuparsi di un loro coordinamento: in caso di lesione del diritto di accesso civico da parte di un'amministrazione regionale o locale è previsto che il privato possa presentare – in alternativa al ricorso giurisdizionale – sia richiesta di riesame al responsabile della trasparenza, sia ricorso al difensore civico, anche contestualmente. Ebbene desta perplessità l'aver previsto due rimedi pseudo-giustiziali a tutela della medesima posizione giuridica soggettiva, senza che sia possibile né individuare i presupposti in base ai quali il cittadino dovrebbe optare per l'uno o per l'altro, né comprendere come affrontare l'ipotesi (non certo peregrina) nella quale le due decisioni (del responsabile della trasparenza e del difensore civico) siano difformi.

Da un diverso punto di vista, la circostanza che si tratti di un rimedio nuovo ed ulteriore rispetto a quello già previsto a tutela dell'accesso ex artt. 22 ss. l.n. 241/1990 – alla luce delle criticità esaminate *supra* – si sarebbe potuta rivelare una scelta corretta, se non fosse che il nuovo modello di ricorso giustiziale finisce per essere ancora più contraddittorio del precedente. La contraddittorietà emerge, in primo luogo, in relazione alla discrasia che si registra tra *nomen iuris* e caratteri della procedura: la locuzione “richiesta di riesame” rinvia all'esercizio di un potere di autotutela piuttosto che di una funzione giustiziale, laddove, di contro, la medesima disposizione afferma che il responsabile per la trasparenza “deve” rispondere, configurando un'ipotesi di esercizio obbligatorio della funzione, del tutto incompatibile con la riconduzione della fattispecie nell'alveo dell'esercizio di un potere di autotutela, attesa la sua ampia discrezionalità, anche nell'*an*⁴⁵.

⁴³ Cfr. art. 5. co. 7, d.lgs. n. 33/2013, così come di recente modificato dal d.lgs. n. 97/2016.

⁴⁴ La novità, in tal caso, è evidentemente intesa non in relazione alla tipologia di ricorso introdotto. Dall'analisi dei caratteri del medesimo sembra, infatti, doversi necessariamente concludere per la qualificazione del ricorso in materia di accesso civico in termini di ricorso gerarchico proprio. In tal senso depongono, infatti, almeno due elementi: a) il responsabile della trasparenza, titolare della decisione, è di regola individuato nel segretario (enti locali) o nel dirigente apicale, il che esclude del tutto il carattere dell'estraneità del soggetto decidente; b) il ricorso gerarchico improprio – a differenza di quello in opposizione e gerarchico – non ha ad oggetto profili di merito, bensì di sola legittimità, laddove dal tenore della norma in esame sembrerebbe che il responsabile della trasparenza sia invece investito in pieno della decisione (di qui l'utilizzo, seppur improprio, del termine “riesame”).

⁴⁵ Tale ricostruzione produce conseguenze, tra l'altro, anche in relazione al regime dell'i-

5. *Riflessioni de iure condendo: i vantaggi dell'utilizzo della via giustiziale e la prospettiva di un modello di giurisdizione condizionata*

È stato sostenuto che il ricorso giustiziale in materia di accesso non comporterebbe affatto un vantaggio per il privato, non solo perché non dotato di un adeguato grado di effettività, ma anche sotto il profilo dei costi e dei tempi, in quanto i termini per la decisione sostanzialmente coinciderebbero con quelli del giudice e anche per l'accesso al giudice (almeno in linea teorica) non sarebbero imposti la difesa tecnica ed i relativi costi⁴⁶.

In realtà, nonostante le innegabili criticità che si sono evidenziate, si ritiene che sussistano comunque diverse valide ragioni per prospettare una valorizzazione dei rimedi di tutela non giurisdizionale in materia di accesso. Già sono stati indicati i limiti del rito processuale, sotto diversi profili solo apparentemente in grado di garantire una tutela celere, semplice ed economica. Che sia preferibile la via non giurisdizionale lo sostiene, indirettamente, anche il Consiglio di Stato, quando afferma che il giudizio sull'accesso verte su profili squisitamente tecnici (l'accessibilità o meno del documento) e non ha per immediato oggetto posizioni giuridiche soggettive⁴⁷. Non si deve sottovalutare, poi, anche il fattore psicologico: il cittadino medio non percepisce il carattere semplice ed accelerato del rito e, pertanto, di fronte alla prospettiva di dover avviare un processo al solo fine (strumentale) di poter conoscere il contenuto di un documento, è facile che decida di rinunciare alla tutela della propria legittima posizione. Criticità che, evidentemente, non emerge laddove l'interessato opti per la via giustiziale, la cui semplicità, economicità e celerità appaiono più facilmente riconoscibili da parte di chiunque.

Numerosi altri sono, poi, gli elementi che giustificano un approccio favorevole all'utilizzo di a.d.r. nel settore in esame. In alcuni casi si tratta di profili meramente pratici, quali la prevista trasmissibilità del ricorso mediante racco-

nerzia del responsabile per la trasparenza. In assenza di una specifica disposizione che chiarisca cosa accada in caso di silenzio di quest'ultimo, infatti – non configurandosi un'ipotesi di riesame in senso proprio – non è possibile ritenere legittima un'eventuale mancata attivazione da parte del titolare del potere di decidere. Pertanto, in assenza di una specifica indicazione normativa in termini di silenzio significativo – attesa la natura contenziosa del procedimento ed il consequenziale obbligo di provvedere in capo alla p.a. – la fattispecie non può che costituire un'ipotesi di silenzio inadempimento, il che implica l'eventuale applicabilità del relativo rito speciale in sede processuale.

⁴⁶ In termini F. VETRÒ, *Articolo 25, commi 4, 5, 5 bis e 6*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 758 ss.

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, 19 ottobre 2011, n. 5623, in www.giustizia-amministrativa.it. Si osservi, tuttavia, come l'affermazione inerente la sostanziale tecnicità del giudizio *de quo* da parte del giudice di appello fosse tesa a sostenere la ragionevolezza della previsione del codice del processo amministrativo, in base alla quale per i giudizi davanti al Consiglio di Stato è obbligatorio, anche per i giudizi in materia di accesso, il ministero di un avvocato ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori.

mandata, fax o mail, ovvero la possibilità di presentare un'istanza che non rispetti necessariamente i vincoli formali del ricorso giurisdizionale. Dal punto di vista più propriamente sostanziale, si pensi invece alla possibilità che il cittadino riceva soddisfazione della propria pretesa ben prima dell'esito della procedura giustiziale, in virtù del dialogo informale che spesso si instaura tra Commissione (o difensore civico) e funzionario competente al rilascio del documento⁴⁸.

Certo, è impossibile non registrare una certa "debolezza" del sistema, in termini di effettività della tutela: tuttavia, sebbene l'attività del difensore civico o della CADA si configuri come *moral suasion*, questa non deve essere intesa quale mera funzione persuasiva, attività di impulso volta ad indurre l'amministrazione che detiene il documento a ritornare sulle proprie posizioni. In realtà, più che limitarsi a cercare di "far ragionare" la p.a., la decisione giustiziale accerta innanzitutto la fondatezza della domanda di accesso, con la conseguenza che l'eventuale ulteriore atto di diniego, per essere considerato legittimo, deve necessariamente parametrare la propria motivazione sulla base dei rilievi sollevati in quella sede⁴⁹. In effetti, a dispetto delle carenze di effettività strutturale, dall'analisi delle relazioni annuali della Commissione emerge un progressivo incremento del numero di ricorsi trattati⁵⁰, il che, evidentemente, è indice di una sempre maggiore fiducia riconosciuta a tale rimedio da parte del cittadino. Il dato che forse è importante sottolineare è che – nonostante l'assenza di poteri coercitivi – ad oggi non risultano casi in cui un'amministrazione non si sia attenuta a quanto indicato dalla Commissione nella decisione di accoglimento di un ricorso. A ciò deve aggiungersi che, a ben vedere, anche il modello processuale non è esente da critiche in termini di effettività: se l'amministrazione condannata ad esibire i documenti pone in essere comportamenti ostruzionistici il cittadino si trova costretto a procedere con un nuovo giudizio (in sede di ottemperanza), laddove, al contrario, l'informalità e l'immediatezza che connotano il dialogo tra amministrazioni consentono al difensore civico ed alla CADA di vigilare più efficacemente sulla corretta esecuzione della "decisione" da parte della p.a. Sempre in punto di efficacia si registra, invero, un fenomeno peculiare, in base al quale

⁴⁸ A ben vedere, i vantaggi dell'esperimento in prima istanza di un rimedio di tutela a carattere giustiziale emerge anche nell'ipotesi in cui il cittadino decida comunque, in un secondo momento, di rivolgersi al potere giurisdizionale. Il previo esperimento del ricorso amministrativo, infatti, consente – alla luce della risposta ottenuta – di prospettare con maggiore precisione gli eventuali profili di illegittimità che connotano il provvedimento di diniego, differimento o limitazione del diritto di accesso.

⁴⁹ In termini L. IEVA, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e tutela della riservatezza della persona umana*, in *Foro amm.*, 2001, 2643 ss.

⁵⁰ Cfr., da ultimo, la relazione annuale al Parlamento pubblicata dalla Commissione nel 2017, dalla quale emerge, tra l'altro, che nel 2016 "i ricorsi presentati alla Commissione per l'accesso sono stati 2405 in netto aumento rispetto al 2015 in cui erano stati presentati 1270" (<http://www.commissioneaccesso.it/media/56634/relazione%20al%20parlamento%202016.pdf>, 20).

un'elevata percentuale di ricorsi giustiziali non viene deciso per cessata materia del contendere, in quanto sempre più spesso le pp.aa. consentono l'accesso ai cittadini a seguito della mera preposizione del ricorso, senza neanche attendere la decisione della Commissione⁵¹.

Deve osservarsi, in ultimo, come anche la delicata operazione di bilanciamento tra due diritti di pari rango (accesso e *privacy*) nel caso della via giustiziale non sia affidata al giudice, bensì ad un dialogo tra amministrazioni (Commissione per l'accesso e Garante per la protezione dei dati personali), sede sicuramente più idonea per procedere ad un'attività avente una chiara natura "amministrativa" e non "giurisdizionale"⁵².

In Italia il ricorso a procedure di risoluzione alternative a quelle giurisdizionali nel campo del diritto amministrativo ha conosciuto sino ad oggi uno sviluppo lento, poco armonico e disarticolato. Alla domanda di una più efficace e veloce tutela, il legislatore ha preferito rispondere intervenendo sulla disciplina processuale, introducendo per l'appunto riti speciali. Eppure, come si è brevemente cercato di dimostrare, in alcuni contesti l'opzione puramente processualistica si rivela non del tutto soddisfacente. Diversi documenti emanati dall'Unione Europea sottolineano che i procedimenti giurisdizionali non configurano sempre la via più appropriata per la corretta risoluzione della controversia. Lo sviluppo di forme alternative di tutela, in tale ottica, non deve essere assolutamente

⁵¹ L'ultima Relazione annuale della Commissione al Parlamento illustra, in particolare, che la percentuale di ricorsi per i quali è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere nel 2016 è pari al 19%, "in netto aumento rispetto al 2015 in cui la quota di pronunce di improcedibilità per cessata materia del contendere era stata pari al 12,1%²⁷. Tale dato rivela che le amministrazioni resistenti, sempre più spesso, consentono l'accesso ai cittadini, senza neanche attendere la decisione nel merito della Commissione per l'accesso, rendendo disponibili i documenti chiesti, nelle more della trattazione del ricorso" (<http://www.commissioneaccesso.it/media/56634/relazione%20al%20parlamento%202016.pdf>, 41).

⁵² In particolare, ai sensi dell'ultimo capoverso dell'art. 25, co. 4 della l. n. 241/1990 "Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione". Per una disamina delle relazioni che si instaurano tra i due enti si rinvia a C. COLAPIETRO (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012; S. CIMINI, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Giur. Cost.*, 2005, 407 ss.

visto come l'introduzione di inutili duplicati dei ricorsi giurisdizionali: proprio in materia di accesso, il modello giustiziale si rivela un *appropriate*, più che meramente *alternative, dispute resolution*⁵³, e ciò non solo alla luce della sua effettiva economicità, semplicità e celerità (come visto, non del tutto garantiti dal rito speciale) ma anche in ragione della particolare *expertise* ed autorevolezza di cui sono titolari gli organi cui è affidata la decisione giustiziale. Proprio in ragione di tale autorevolezza è stato acutamente sottolineato un ulteriore effetto positivo derivante dalla valorizzazione dei rimedi giustiziali nel contesto in esame, consistente in una sorta di "spinta autocorrettiva" per la stessa pubblica amministrazione, che – periodicamente indotta dalle istanze private a riesaminare proprie decisioni in tema di accesso – sarebbe naturalmente condotta ad assestarsi su standard decisionali più equi ed efficienti⁵⁴. È evidente che si tratta pur sempre di provvedimenti amministrativi, quindi, a loro volta, sindacabili da parte del potere giurisdizionale, ma – come del resto l'esperienza degli ultimi anni ci conferma – la scarsa complessità giuridica delle questioni e la specifica competenza tecnica dell'organo decidente fa sì che nella maggior parte dei casi la decisione giustiziale segni la risoluzione definitiva della controversia, senza il successivo coinvolgimento del giudice amministrativo.

Alla luce di quanto emerso, si intende terminare le presenti riflessioni con una provocazione conclusiva. Il quadro delineato induce a prospettare l'introduzione di una fattispecie di giurisdizione condizionata, ovvero di un sistema tale da consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale solo previo esperimento del rimedio giustiziale⁵⁵. Le risultanze relative al grado di efficacia del rimedio innanzi alla Commissione o al difensore civico inducono a ritenere che ciò non comporterebbe il rischio di appesantire ulteriormente il percorso di tutela offerto al cittadino; anzi si "imporrebbe" a quest'ultimo di procedere per una strada che, in gran parte dei casi, non implicherebbe il coinvolgimento del potere giurisdizionale, rivelandosi pertanto maggiormente soddisfacente in termini di celerità,

⁵³ In tema sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi.it*, 2017, 1 ss.

⁵⁴ In termini v. DELLA SCALA, *I ricorsi amministrativi in materia di accesso ai documenti*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, 969 ss.

⁵⁵ In anni recenti – con particolare riferimento all'introduzione di fattispecie di tentativi obbligatori di conciliazione in materia civile e lavoristica – la Corte Costituzionale si è trovata a doversi esprimere sulla compatibilità di un sistema di giustizia condizionata con l'art. 24 Cost., confermando di fatto l'orientamento tradizionale ai sensi del quale "in tema di diritto di azione il principio generale è quello dell'accesso immediato alla giurisdizione ordinaria, che può essere ragionevolmente derogato da norme ordinarie, di stretta interpretazione, solo in presenza di «interessi generali» o di pericolo di abusi o di interessi sociali o di superiori finalità di giustizia" (Corte Cost., 25 luglio 2008, n. 296, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 2354). Sul punto, più di recente, cfr. Corte Cost., 28 ottobre 2014 n. 243, in *Foro it.*, 2015, 2, I, 358; Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giur. Cost.*, 2012, 6, 4282.

semplicità ed economicità⁵⁶. In tale ottica, potrebbe prospettarsi, tra l'altro, che, in caso di mancata esibizione dei documenti nonostante una decisione giustiziale in tal senso, il T.A.R. (o il Consiglio di Stato in unico grado) si limiti ad accertare l'inerzia della p.a., per poi condannare l'amministrazione a consentire l'accesso, senza dover nuovamente sindacare la legittimità dell'originario provvedimento di diniego.

L'Italia, come noto, ha da tempo abbandonato il modello di giurisdizione condizionata, ma ciò in ragione dell'inadeguatezza dei tradizionali ricorsi amministrativi, che finivano per rappresentare un ostacolo e non certo un'opportunità per il cittadino⁵⁷. A fronte di un rimedio di tutela alternativo connotato, invece, da caratteri che ne garantiscono l'efficacia e, sotto alcuni profili, la maggiore appropriatezza rispetto al modello processuale, non si vede per quale ragione non si possa prospettare un "ritorno al passato".

Abstract

Remedies for violations of rights of access.
The hypothesis of the introduction of a conditional jurisdiction system.

by Marco Calabrò

This paper starts from the consideration that – despite the recent enhancement of the principle of transparency that has affected the Italian legal system, as well as the (apparently) incontrovertible limits imposed on the exercise of the

⁵⁶ Sottolinea il rischio che l'introduzione di ipotesi di giurisdizione condizionata – *sub specie*, tuttavia, di a.d.r. di tipo conciliativo e non aggiudicativo – possano essere "avvertite solo come una formalità e quindi come una perdita di tempo nel caso in cui nessuna delle parti nutra un reale interesse ad aprire una fase di ripensamento o mediatore in senso lato", M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 501.

⁵⁷ Fino alla emanazione della legge Istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (legge n. 1034/1971) – il cui art. 20 ha attribuito al privato la facoltà di intraprendere direttamente la via giurisdizionale – il cittadino che chiedeva tutela era costretto ad esperire innanzitutto un ricorso in via gerarchica. L'inefficacia del ricorso gerarchico finiva non solo per rendere maggiormente (ed inutilmente) difficoltosa la via per ottenere giustizia, ma spesso anche per compromettere l'ammissibilità stessa della proposizione del ricorso giurisdizionale (si pensi alle ipotesi di silenzio tenuto dalla p.a. chiamata a decidere in sede gerarchica, fattispecie a cui la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca furono costrette a riconoscere valore tipico di rigetto proprio al fine di realizzare fittiziamente la definitività dell'atto e permettere la prosecuzione della difesa innanzi al giudice amministrativo). Per una completa disamina dei rapporti tra rimedio amministrativo e tutela giurisdizionale alle origini del sistema di giustizia amministrativa italiano si rinvia a S. CASSARINO, *Rapporti fra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1975, 363 ss.

several rights of access (documental, civic and generalized) – still today there are numerous cases in which the citizen is illegitimately denied or deferred his right of access to documents and information held by the public administration. The relevance of the underlying interests (pursuant to article 29, paragraph 2-bis of Law 241/1990, the right of access pertains to the essential levels of benefits and services referred to the article 117, paragraph 2, letter m) of the Italian Constitution), has therefore long led the Italian legislator to introduce a special jurisdictional proceeding, inspired by the criteria of simplicity and speed. Starting from these premises, the paper – after a brief examination of the main characteristics of the special proceeding aimed at protecting the rights of access and of some of its limits in terms of effectiveness – focuses at first, critically, on the choice of the Italian legislator to extend *tout court* the aforementioned special proceeding also to the rights of access more recently introduced (civic and generalized), despite the deep differences (in terms of assumptions and purposes) existing between these new rights and the right of access *ex artt.* 22 and ss., L.n. 241/1990. The critical issues that emerge from the point of view of jurisdictional protection lead, then, to the examination of the degree of effectiveness that can be found in the models of alternative dispute resolution remedies to protect rights of access, included in the Italian legal system. With this in mind, the contribution aims to bring out the advantages, for the citizen injured in his rights of access to administrative documents, in using non-judicial remedies, in terms of effectiveness, cost and speed. In the light of the results, the author concludes illustrating, *de iure condendo*, the benefits deriving from the possible introduction of a situation of conditional jurisdiction (to a previous experiment of an administrative remedy) in the particular context of the protection of rights of access.

Key words: Right of access; transparency; alternative dispute resolution

L'autorità nazionale anticorruzione: spunti di riflessione alla luce delle modifiche al Codice dei Contratti pubblici

di Niccolò Maria D'Alessandro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La funzione di vigilanza. – 3. La funzione di regolazione. – 4. La funzione sanzionatoria. – 5. La funzione precontenziosa dell'ANAC: dubbi e criticità alla luce del Correttivo e delle modifiche al Correttivo. – 5.1. I poteri dell'ANAC e dell'AGCM: una disciplina pressoché speculare. – 5.2. L'inerzia assunta dalla stazione appaltante a seguito dell'invito ad agire in autotutela da parte dell'ANAC: è silenzio inadempimento? – 6. Considerazioni conclusive: un pubblico ministero nella fase precontenziosa?

1. Premessa

Il d.l. n. 101/2013, convertito in legge n. 125/2013, ha sostituito l'ex CIVIT¹ (cfr. art. 5) con l'Autorità nazionale anticorruzione ("ANAC")²; a quest'ultima³, infatti, non solo sono stati trasferiti i compiti di valutazione della *performance*, ma le sono stati conferiti – con interventi legislativi successivi – poteri di vigilanza in materia di contratti pubblici⁴.

L'art. 5 della l. n. 125/2013 stabilisce che *“Ai sensi dell'art. 1, comma 2 della legge 6 novembre 2012 n. 190, la Commissione per la valutazione, la trasparenza, l'integrità delle amministrazioni pubbliche assume la denominazione di Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (A.N.A.C.).”*

¹ P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, 2012, p. 259, secondo il quale: “[...] In termini generali la Commissione da un lato indirizza, coordina e sovrintende all'esercizio delle funzioni da parte degli Organismi indipendenti di valutazione e delle altre Agenzie di valutazione, dall'altro lato tutela la trasparenza dei mezzi e dei risultati, confrontandone l'andamento con standard nazionali ed internazionali.” Inoltre l'Autore rileva che: “In effetti, tale organismo, in fase discendente, attraverso linee guida e requisiti minimi assicura al sistema in esame il know-how necessario; mentre, in fase ascendente, garantisce non solo la qualità delle risorse umane, ma anche un alto livello di trasparenza attraverso il relativo portale ed una comparabilità delle performance attraverso gli indicatori di andamento gestionale.”

² G.M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, fasc. 02-03, 2015, p. 345 secondo la quale: “[...] Ad ANAC sono state attribuite funzioni che parrebbero riconducibili alla regolazione (sulla disciplina dei contratti pubblici, sulla predisposizione dei bandi tipo, sui soggetti aggregatori, sui prezzi di riferimento e sui costi standard, in materia di anticorruzione, trasparenza, sull'analisi e l'elaborazione dei dati ed ulteriori funzioni più propriamente di vigilanza (sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sulle varianti, sull'attività delle SOA, sulla disciplina della trasparenza, dell'anticorruzione e sul responsabile della prevenzione della corruzione.”

³ Cfr. Comunicato ANAC del 7/11/2013.

⁴ M. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2016, p. 500.

Infatti, con il decreto legge n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014 si è assistito alla soppressione della precedente AVCP⁵ (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici), trasferendo le competenze in materia di vigilanza sui contratti pubblici all'ANAC.

L'AVCP, come è noto, fu introdotta con la legge n. 109/1994 (meglio nota come “legge Merloni”) col chiaro intento di aggiungere un'autorità che si affiancasse agli organi di controllo già esistenti, al fine di predeterminare in modo rigoroso tutto l'*iter* di affidamento dei lavori pubblici e di scelta dei contraenti e, quindi, limitare il più possibile l'esercizio del potere discrezionale⁶.

Le funzioni dell'AVCP, quindi, sono state successivamente trasferite in capo all'ANAC, la quale, come si vedrà, gode di poteri maggiori rispetto a quelli conferiti alla stessa AVCP nell'ormai lontano 1994.

I poteri legislativamente attribuiti all'ANAC⁷ possono essere inquadrati nella prevenzione della corruzione⁸ nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potrebbe potenzialmente far emergere fenomeni corruttivi⁹.

Il “recente” codice dei contratti pubblici (il “**Codice**”) di cui al d.lgs. n. 50/2016¹⁰, così come di recente modificato dal d.lgs. n. 56/2017 (il “**Correttivo**”) e successive modifiche, reca una disciplina piuttosto dettagliata per quanto concerne i poteri dell'ANAC.

⁵ G. RACCA, *op. cit.*, 2015, secondo cui: “[...] L'incorporazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici nell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha determinato un significativo cambiamento nella prospettiva della vigilanza sui contratti pubblici e nella articolazione e attuazione delle differenti funzioni assegnate. ANAC è chiamata a operare per l'integrità e la concorrenza tra i soggetti pubblici e privati coinvolti nel sistema dei contratti pubblici per una corretta e tempestiva esecuzione degli stessi ed a tal fine ha instaurato rapporti di collaborazione istituzionale con organismi internazionali tra cui l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici per favorire l'adozione di *best practice*, che in particolare hanno evidenziato come solo la professionalizzazione delle risorse umane possa migliorare l'efficienza e garantire l'integrità del settore.”.

⁶ In tal senso cfr. M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, in *Federalismi*, 2013, p. 2.

⁷ R. ROLLI, D. SAMMARIO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio*, in *Giustamm*, n. 4/2016 secondo i quali: “*A parere di chi scrive, l'Autorità sembrerebbe paragonabile (attraverso una forse provocatoria similitudine) all'Uomo di Vitruviano di Leonardo da Vinci data la centralità che la stessa oggi occupa, ma anche assimilabile alle figure degli Ecatonchiri, esseri mitologici da 50 teste e 100 braccia (alla luce delle notevoli funzioni attribuite ad essa).*”.

⁸ N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, p. 521 ss.

⁹ In tal senso cfr. www.anticorruzione.it – sezione “Missione”.

¹⁰ F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016.

Pertanto, occorre analizzare i singoli poteri dell'ANAC alla luce della nuova disciplina del Codice, così come modificata dai recenti interventi legislativi.

2. *La funzione di vigilanza*

La funzione di vigilanza¹¹ dell'ANAC nella procedura ad evidenza pubblica trova la propria base giuridica nell'art. 213 del Codice secondo il quale la vigilanza, il controllo e la regolazione dei contratti pubblici sono compiti oggi spettanti all'ANAC; a quest'ultima spetta, altresì, un generale potere di azione per prevenire e contrastare illegalità e corruzione.

In particolare, il potere di vigilanza dell'ANAC deve intendersi sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo¹²: nel primo caso, il monitoraggio può riguardare indifferentemente operatori pubblici e privati; nel secondo caso, si noti come ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. a) la vigilanza vada ad incidere anche sui contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice appalti, ai fini di verificare in concreto la legittimità dell'esclusione.

Tale vigilanza, in base a quanto stabilito dall'art. 213, comma 3, lett. b), funge da strumento in grado di garantire l'economicità nella fase di esecuzione del contratto e volto ad accertare che dalla stessa esecuzione non derivi un pregiudizio per l'erario.

Secondo attenta dottrina¹³, la funzione di vigilanza in esame si deve intendere come “vigilanza collaborativa”, ossia come un momento di valutazione preliminare ai fini di verificare la legittimità e la conformità dei documenti dell'intera procedura ad evidenza pubblica rispetto alle previsioni legali.

Inoltre, occorre rilevare che l'art. 213 comma 3, lett. h) attribuisce all'ANAC il potere di stipulare protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti; tale attività di

¹¹ R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi*, 2016, p. 7 ss., secondo il quale: “[...] Nell'ambito dei delineati poteri, ad ANAC non solo compete vigilare sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse da quelle ordinarie ma è altresì tenuta a verificare la corretta applicazione della disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile. Il controllo, oltre che sulla regolarità delle procedure di affidamento, è poi esteso anche alla fase esecutiva del contratto pubblico dovendo l'Autorità sorvegliare affinché sia assicurata l'economicità dell'operazione accertando che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario.”

¹² G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi* (a cura di) F. MASTRAGOSTINO, Torino, 2017, p. 40.

¹³ E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione “pedagogica” dell'ANAC*, in *Federalismi*, 2017, p. 6 secondo il quale: “[...] Il procedimento di vigilanza collaborativa viene in tal modo ad acquisire la struttura di un momento di valutazione preliminare ed incidentale rispetto ai ricordati subprocedimenti di gara il cui oggetto è rappresentato da una valutazione di legittimità-conformità in itinere dei documenti dell'intera procedura rispetto alle previsioni legali.”

vigilanza è finalizzata a supportare le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione delle intere procedure di gara.

Di recente, l'ANAC ha emanato un proprio Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici¹⁴, il quale fornisce una visione maggiormente ampia rispetto alla disciplina di cui all'art. 213 del codice, in merito ai poteri di vigilanza dell'ANAC¹⁵. È interessante notare come il regolamento in questione faccia precedere l'attività di vigilanza dell'Autorità da un'apposita programmazione incentrata su due atti approvati dal Consiglio: la direttiva programmatica da approvare entro il 31 gennaio di ogni anno ed il successivo Piano annuale delle ispezioni. L'attività in sé, poi, può essere svolta d'ufficio o su segnalazione, attraverso un procedimento le cui fasi ed esito sono puntualmente definite nel regolamento¹⁶.

3. *La funzione di regolazione*

La dottrina¹⁷ e la giurisprudenza si interrogano da tempo sul fondamento della funzione di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti¹⁸.

¹⁴ Cfr. Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici n. 49/2017.

¹⁵ P. CANAPARO, *L'attività di vigilanza dell'Anac sui contratti pubblici: i presupposti e le modalità di esercizio*, in *Appalti e contratti*, 2017 secondo il quale: “[...] La ratio del nuovo Codice, infatti, conduce l'ANAC ad una visione nuova della vigilanza dell'Autorità, nella quale l'ordinaria attività di vigilanza sul rispetto del codice dei contratti pubblici è affiancata sempre più dall'azione di prevenzione della corruzione e della illegalità. La revisione del Regolamento si concentra, pertanto, sui seguenti obiettivi: a) definire in modo preciso le tipologie di provvedimento adottato dall'Autorità a conclusione del procedimento di vigilanza. Gli accertamenti e le raccomandazioni possono riguardare tutte le fattispecie contrattuali del codice (ivi comprese le concessioni e il partenariato pubblico privato) e tutte le fasi dei contratti pubblici (inclusa la fase di esecuzione); b) definire un procedimento di accertamento unico, che può dare luogo, in rapporto alle risultanze della fase istruttoria, a due diverse tipologie di atti conclusivi (raccomandazione vincolante o meno); c) assicurare la massima garanzia di partecipazione al procedimento ai soggetti coinvolti (in particolare, alla stazione appaltante ed al dirigente responsabile nei procedimenti conclusi con raccomandazioni vincolanti, visto anche il regime sanzionatorio ad essi connesso) e, nel contempo, garantire la massima celerità possibile del procedimento presso l'Autorità; d) assicurare una adeguata verifica sull'effettiva esecuzione dei provvedimenti dell'Autorità.”

¹⁶ G. PIPERATA, *op. cit.*, 2017, p. 42.

¹⁷ F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *Giustamm*, n. 9/2014 secondo la quale: “[...] Sembra, pertanto, che le Autorità indipendenti sono legittimate a essere titolari di potestà normativa inerente alla loro funzione purché siano assicurate determinate garanzie procedurali. L'influenza del diritto comunitario e le spinte evolutive interne caratterizzano sempre più l'attività normativa delle Autorità indipendenti come una sorta di “normazione giudiziaria che nasce cioè dal contraddittorio”. Esse rappresentano una nuova figura dell'amministrazione che può ricondursi a un modello regolativo-giustiziale, volto cioè a tutelare il diritto dei soggetti meno forti nel conflitto di interessi contrapposti e perciò fondato sulla necessità di un effettivo contraddittorio tra gli attori.”

¹⁸ F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv.*

In particolare, forti dubbi si rilevano, in particolar modo, sull'assenza a livello costituzionale di una previsione che attribuisca alle Autorità indipendenti la legittimazione ad esercitare un potere normativo (così come avviene per gli Enti locali, per il Governo, per il Parlamento e per le Regioni).

Con riferimento alla funzione di regolazione in capo all'ANAC, il legislatore introducendo l'art. 213 comma 2¹⁹ del Codice, ha espressamente attribuito alla stessa Autorità il potere di emanare proprie Linee guida.

Pertanto, l'art. 213 del Codice ha superato il problema del riconoscimento del potere di regolazione, in quanto il codice previgente non gli dedicava una specifica disposizione.

Prima del nuovo Codice, infatti, in assenza di una specifica disposizione normativa, la dottrina si interrogava con riferimento alla legittimazione dell'ANAC a svolgere attività di regolazione.

Sul punto, parte della dottrina²⁰ riconduceva l'attività di regolazione nella natura stessa del soggetto titolare, nella sua autorevolezza e anche nella valenza concreta che hanno acquisito alcune determinazioni emanate²¹; altra parte della

Trim. Dir. Pubbl., fasc. 3, 2017, p. 743 secondo il quale: “[...] Tuttavia, i dubbi sull'inquadramento delle linee guida dell'Anac tra gli atti normativi sembrano sorgere dalla difficoltà di rinvenire nella legge un fondamento generale del potere normativo dell'Anac. Molto più semplice appare, invece, rinvenirvi i fondamenti di un mero potere di emanazione di atti amministrativi generali discendenti dall'attività di regolazione dell'Anac stessa, il che spiega il *favor* dimostrato per l'ingresso delle linee guida in questa seconda categoria. Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti, infatti, trova sempre il proprio fondamento nella legge o nel diritto comunitario, consentendo in tal modo la collocazione dei relativi atti nel sistema delle fonti quali fonti di rango secondario: la legge attribuisce alle autorità il potere normativo in funzione della settorialità della disciplina e della tecnicità degli argomenti.”

¹⁹ Art. 213, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016: “[...] L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice.”

²⁰ M. GIOVANNINI, *Art. 6. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, 2013, cit. p. 127 ss.

²¹ G. PIPERATA, *op. cit.*, 2017, p. 44.

dottrina²², invece, riteneva che, come per tutti i procedimenti finalizzati alla formazione dell'atto regolativo, venivano rispettate le garanzie partecipative; secondo altri²³ il potere di regolazione poteva essere ricavato da alcuni indicatori, come per esempio la possibilità per l'Autorità di definire il procedimento sanzionatorio.

Il Codice vigente, invece, con la previsione di cui all'art. 213, commi 1 e 2, ha espressamente previsto la funzione di regolazione dell'ANAC all'interno della procedura ad evidenza pubblica.

Incerta risulta essere la natura giuridica²⁴ delle Linee guida.

Tale questione è stata sin da subito evidenziata dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016 secondo cui: “[...] *La delega riconduce le linee guida e gli atti in questione al genere degli “atti di indirizzo” (lett. t) e li qualifica come strumenti di “regolamentazione flessibile” (termine anch’esso estraneo al nostro sistema delle fonti, di cui va qui identificata la disciplina applicabile).*”²⁵.

Il Consiglio di Stato, quindi, ha operato una distinzione tra Linee guida vincolanti e non vincolanti. Le prime sono riconducibili all'espressione “altri atti di regolamentazione flessibile” (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'art. 83, comma 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; all'art. 84, comma 2, recente la disciplina degli organismi di attestazione SOA; all'art. 110, comma 5, lett. b); mentre le seconde sono pacificamente inquadrabili come atti amministrativi.

Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’.

Per il Consiglio di Stato, dunque, tale ricostruzione è in grado di chiarire

²² R. CARANTA, *Art. 6. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, Milano, 2013, cit. p. 96.

²³ A. BOTTO, *Il ruolo e le funzioni dell'AVCP nel mercato dei contratti pubblici*, in *Il meritevole di tutela: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, a cura di G. De GIORGI CEZZI, P.L. PORTALIERI, FF. TUCCATI, F. VETRÒ, Napoli, 2012, cit. p. 23.

²⁴ M. DELLE FOGLIE, *Verso un nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm*, n. 6/2016 secondo la quale: “[...] si potrebbe arrivare a sostenere che gli interventi dell'ANAC costituiscono esercizio di un'attività normativa secondaria *extra ordinem* che è la stessa legge ad autorizzare, e che stiamo assistendo, almeno in parte, ad un fenomeno atipico di delegificazione.” Secondo l'Autore, quindi: “L'attività normativa secondaria dell'ANAC sarebbe dunque legittimata dall'arretramento del potere legislativo e regolamentare, potere che il Parlamento stesso, e lo stesso Governo, hanno scelto di “autolimitare” nell'interesse generale.”.

²⁵ Il Consiglio di Stato si è espresso sostenendo che: “[...] *Alla stregua di quanto esposto, questo Consiglio di Stato ritiene che le linee guida e gli altri decreti “ministeriali” (ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici: art. 24, comma 2; e direzione dei lavori: art. 111, commi 2 e 3) o “interministeriali” (art. 144, comma 5, relativo ai servizi di ristorazione) abbiano una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste.*”.

e di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo. In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell'ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che, come si è detto, parla di “strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”. In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell'ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura ‘non politica’, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del “principio di legalità sostanziale” con un più forte rispetto di criteri di ‘legalità procedimentale’²⁶. In terzo luogo, il Consiglio di Stato ritiene che tale ricostruzione consente anche la realizzazione, per gli “atti di regolazione” dell'ANAC, di forme di adeguata pubblicità: quest'ultima potrà essere garantita sul sito della stessa Autorità, che andrà appositamente strutturato; inoltre, potrà essere anche manifestata una pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale, non richiesta per le Autorità amministrative indipendenti, ma altamente opportuna in ragione della trasversalità della materia dei contratti pubblici e della latitudine dell'ambito applicativo dei provvedimenti *de quibus*.

Inoltre, pur in assenza del parere obbligatorio del Consiglio di Stato *ex art.* 17 della l. n. 400 del 1988, quest'ultimo rileva che tale sostegno consultivo resta pur sempre possibile in via facoltativa, sotto forma di quesito, sia in ragione della generalità delle questioni e dell'impatto *erga omnes* dei provvedimenti, sia per analogia con l'art. 17, comma 25, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che prevede il parere obbligatorio del Consiglio sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni dei Ministeri.

Infine, lo stesso Consiglio di Stato ha stabilito che sussiste la piena giustiziabilità delle linee guida dell'ANAC di fronte al giudice amministrativo, peraltro affermata chiaramente già dalla legge delega (lett. t).

²⁶ Cfr. parere Cons. St. n. 855/2016 secondo cui: “[...] Tra queste, se ne segnalano in particolare tre: – l'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di ‘consultazione’, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio; – l'esigenza di dotarsi – per gli interventi di impatto significativo – di strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione-AIR e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione-VIR, strumenti per i quali occorrerà sviluppare modelli ad hoc per l'ANAC, sulla scorta di quanto già attualmente fanno le Autorità di regolazione (e secondo quanto già prevedeva l'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 per l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici); – la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in “testi unici integrati” di quelle sulla medesima materia (*best practice* ormai diffusa presso le principali Autorità di regolazione, in primis quella per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico): tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di proliferazione delle fonti che si volevano ridurre e di perdita di sistematicità ed organicità dell'ordinamento di settore, violando in sede attuativa il vincolo a una “drastica riduzione” dello stock normativo imposto dalla lett. d) della delega.”.

Sulla base di tale pronuncia, quindi, bisogna escludere la natura normativa di tali atti, in quanto si verrebbero a creare provvedimenti normativi *extra ordinem*, difficilmente collocabili nel nostro sistema delle fonti²⁷.

La dottrina si interroga sulle motivazioni che stanno alla base di tale scelta legislativa, ossia quali siano le ragioni che hanno indotto il legislatore ad attribuire così ampi poteri all'ANAC.

Una parte della dottrina²⁸ ritiene che le ragioni che stanno alla base di tale scelta legislativa sono evidenti e devono rinvenirsi, in primo luogo, nella crisi dello strumento regolamentare, dimostratosi inidoneo a regolare settori così complessi come i mercati economici; inoltre, risulta chiaro come la tendenza del legislatore sia quella di attribuire competenze regolative e normative alle Autorità amministrative indipendenti²⁹.

Parte della dottrina³⁰ ritiene anche che vi siano dubbi sulla piena corrispondenza al quadro costituzionale della scelta legislativa di dare un ruolo attuativo al dettato codicistico tanto importante alle Linee guida dell'ANAC³¹.

Tuttavia, altra parte della dottrina³² sostiene che le nuove funzioni regolative attribuite all'ANAC siano necessarie per adeguare il sistema delle fonti alle

²⁷ F. MARONE, *Le Linee guida*, op. cit., p. 743 secondo cui: “[...] Al contrario le linee guida dell'Anac sono pensate e previste per sostituire disposizioni di natura sicuramente regolamentare, come quelle del d.P.R. n. 207/2010, il regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici del 2006, la cui abrogazione è subordinata dall'art. 217, d.lgs. n. 50/2016, proprio all'entrata in vigore delle linee guida dell'Anac. Pertanto, si ritiene di poter condividere la tesi secondo cui «se è vero che gli operatori economici e (probabilmente) anche le amministrazioni pubbliche pretendono una regolazione più snella e veloce (rispetto ai tempi e alle modalità di approvazione dei regolamenti), è anche vero che tali esigenze, per quanto meritevoli di considerazione e di soddisfazione, non possono prevalere sugli interessi (perlomeno equivalenti, se non superiori) a una regolazione seria, strutturata, controllata, ma, soprattutto, affidata ad autorità che se ne assumano (potendolo fare) la responsabilità politica». Alla luce di ciò, sembra che l'idea di sostituire il d.P.R. n. 207/2010 con un analogo regolamento governativo, maggiormente organico e strutturato, sia stata scartata troppo in fretta. Il frastagliato quadro delle linee guida dell'Anac finora pubblicate, come si vedrà più avanti, mostra una disciplina a volte eccessivamente prolissa in cui non è sempre immediato cogliere il precetto”. Continua l'Autore: “A ciò deve aggiungersi che le linee guida dell'Anac, per espressa previsione normativa, sono sottoposte al sindacato del giudice amministrativo mentre di norma la soft law non è sottoposta a sindacato giurisdizionale, quantomeno non in ragione di una espressa previsione di legge.”

²⁸ M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2010.

²⁹ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto? in Giustamm.*, n. 4, 2016.

³⁰ Ibidem, secondo il quale: “[...] quantomeno problematica la compatibilità con il sistema sostituzionale delle fonti e della rappresentatività istituzionale l'affidamento (ancorché per legge) a un'autorità priva di legittimazione democratica con il compito di limitare la sfera di libertà dei consociati per mezzo dell'adozione di un atto atipico e asistemico.”; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2016, p. 436 ss.

³¹ G. PIPERATA, op. cit., 2017, p. 47.

³² S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *Federalismi*, n. 16, 2016.

nuove esigenze espresse dalla società e dall'economia e, pertanto, espressione di interventi in linea con i principi costituzionali.

Tali Linee guida, ad avviso di chi scrive, sono idonee a fungere da indirizzo per le stazioni appaltanti affinché esse possano consentire alle stesse stazioni di garantire una maggior trasparenza nella procedura ad evidenza pubblica. È noto, infatti, che al fine di prevenire fenomeni corruttivi³³ è necessario il rispetto da parte delle pubbliche amministrazioni del principio di trasparenza.

Sul punto risulta evidente come le Linee guida siano volte, altresì, a fornire supporto alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, in quanto costituiscono una chiara ed esaustiva spiegazione delle norme presenti nel Codice, le quali, talvolta, si presentano come scarse e di non facile applicazione.

4. *La funzione sanzionatoria*

Il Codice, all'art. 213, comma 13, consente all'ANAC di emettere una sanzione pecuniaria nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento.

La sanzione in esame può variare da un minimo di € 250,00 ad un massimo di € 25.000,00.

Inoltre, tale norma legittima l'ANAC ad irrogare una sanzione pecuniaria che varia da un minimo di € 500,00 ad un massimo di € 50.000,00 nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

Tale norma, quindi, fa sì che l'ANAC possa adottare sanzioni pecuniarie sia

³³ R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *Giustizia amministrativa*, 2016 secondo il quale: “[...] Già in principio del presente contributo, si è anticipata l'impressione che la configurazione del ruolo attribuito all'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici risenta della tensione fra due esigenze opposte e in qualche modo irriducibili: quella di derivazione comunitaria di massimizzazione della concorrenza e dell'apertura del mercato (da un lato) e quella di stretta rilevanza “interna” di prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali delle quali il nostro Stato ha fatto frequente e triste esperienza (dall'altro). La potenziale antinomia fra queste pulsioni è stata risolta dal legislatore attraverso un intervento sulla funzione di “vigilanza” già affidata all'AVCP, e da questa transitata in capo all'ANAC, con il progressivo abbandono della tradizionale configurazione dei poteri attribuiti alle autorità di settore e l'accentuazione della finalità di prevenzione e repressione degli illeciti.”

nei confronti dei soggetti che si rifiutano di fornire informazioni o documenti senza giustificato motivo, sia con riguardo a coloro che forniscono o esibiscono documenti non veritieri.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, al fine di garantire un controllo maggiore sugli operatori economici, la norma dovrebbe prevedere “automaticamente” l’irrogazione di una sanzione pecuniaria verso i soggetti che si rifiutano o forniscono informazioni e/o documenti non veritieri.

Dal tenore letterale dell’art. 213, comma 13, del Codice, invece, sembra evincersi che l’ANAC “possa” adottare una sanzione pecuniaria agli operatori economici: ciò, evidentemente, potrebbe comportare un’eccessiva discrezionalità nell’irrogazione delle sanzioni di cui si tratta. Infatti, l’ANAC potrebbe decidere di adottare una sanzione nei confronti di un soggetto, mentre, diversamente, in un caso analogo, potrebbe non irrogarla nei confronti di un altro operatore.

Ne deriva che, allo stato attuale, anche la legittimazione dell’ANAC di emettere – discrezionalmente – sanzioni pecuniarie nei confronti degli operatori economici desta qualche perplessità in merito al fatto che situazioni analoghe potrebbero ricevere un trattamento differente.

5. *La funzione precontenziosa dell’ANAC: dubbi e criticità alla luce del Correttivo e delle modifiche al Correttivo*

La cd. funzione precontenziosa disciplinata dall’art. 211 del Codice ha recentemente subito ben due interventi legislativi.

Tali interventi, evidentemente, se da un lato denotano la volontà dello stesso legislatore di tentare di ridimensionare gli ampi poteri in capo all’ANAC, dall’altro lato risulta chiaro come sia necessaria una sistematizzazione della disciplina in essere.

In primo luogo, il legislatore, con l’art. 123, comma 1, lett. B) del Correttivo, ha abrogato l’art. 211, comma 2³⁴, del Codice.

L’art. 211, comma 2, del Codice conferiva all’ANAC il potere di adottare

³⁴ Il precedente art. 211, comma 2, stabiliva che: “Qualora l’ANAC, nell’esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell’Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all’articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo.”.

raccomandazioni³⁵ vincolanti³⁶ nei confronti delle stazioni appaltanti idonee ad invitare le stesse ad agire in autotutela ed a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi entro sessanta giorni³⁷.

Tali raccomandazioni si definivano vincolanti in quanto il mancato adeguamento ad esse da parte delle stazioni appaltanti comportava una sanzione amministrativa che variava da € 250,00 fino ad un massimo di € 25.000,00.

Ad avviso di chi scrive, tale disposizione, come si avrà modo di chiarire più avanti, prevedendo l'applicazione di una sanzione per il mancato adeguamento da parte delle stazioni appaltanti alle suddette raccomandazioni, era in grado di avere maggiore incisività e di responsabilizzare maggiormente le stesse nell'adozione di determinati provvedimenti rispetto alla disciplina attuale. Infatti, il legislatore con la disciplina vigente ha abolito la previsione della suddetta sanzione di cui all'art. 211, comma 2, del Codice ed ha introdotto con la l. n. 96/2017 i commi 1 bis, 1 ter e 1 quater i quali attribuiscono all'ANAC il potere di inviare un parere alle stazioni appaltanti le quali sono tenute a conformarsi entro sessanta giorni; nel caso in cui queste ultime non vi si conformano, l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio entro il successivo termine di trenta giorni.

³⁵ A. GAMBERINI, M. GIUSTINIANI, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2017, p. 289 ss. secondo i quali: “[...] Un tale potere di intervento dell'ANAC, i cui contorni non appaiono invero ben delineati, essendo la norma di portata molto ampia, si presenta sicuramente molto incisivo, ma al contempo non scevro di profili di criticità, che anche il Consiglio di Stato non ha mancato di evidenziare nel richiamato parere n. 855/2016 sullo schema di nuovo Codice e nel successivo parere del 30 marzo 2017, n. 782, sullo schema di decreto correttivo”. Secondo gli Autori: “*In sostanza, il dubbio principale resta la definizione di come la mancata osservanza di un atto di raccomandazione emanato da una autorità amministrativa indipendente, seppure dotata di penetranti poteri di vigilanza e regolazione, possa incidere sull'autonomia decisionale di altre amministrazioni.*”.

³⁶ S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative (Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *Federalismi*, 2017, p. 16 secondo la quale: “[...] La raccomandazione vincolante sembrerebbe piuttosto l'esito di un vero e proprio procedimento sanzionatorio atipico nell'ambito del quale la proposta di pagamento in misura ridotta tipizzata dalla legge n. 689 del 1981, all'articolo 16, può essere accostata all'invito ad esercitare il potere di autotutela. A valle degli accertamenti posti in essere dagli organi titolari del potere ispettivo dell'Autorità, il destinatario della raccomandazione, analogamente a quello che accade al destinatario della sanzione, o si rassegna ad “obbedire” o è costretto ad adire la via giurisdizionale.”.

³⁷ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle Linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2017, p. 381 secondo il quale: “[...] Dunque, per un verso si utilizza l'espressione raccomandazione, che evoca una funzione di mediazione non decisoria nonché un tratto ascrivibile alla c.d. moral suasion, pure frequentemente adoperata dalle autorità indipendenti, ma per altro verso si scrive poi che il parere è vincolante. Ed ancora, per un verso si affida alla stazione appaltante l'esercizio di una funzione di autotutela, che dovrebbe implicare un alto grado di discrezionalità, ma per altro verso si configura addirittura come illecito amministrativo il comportamento del responsabile presso l'amministrazione aggiudicatrice che non abbia dato attuazione alla raccomandazione.”.

Parte della dottrina riconduceva il potere di adottare raccomandazioni vincolanti nell'esercizio del potere di autotutela decisoria dell'ANAC di rimuovere un atto viziato secondo i presupposti di cui all'art. 21 *nonies*³⁸ della l. n. 241/1990³⁹. La logica conseguenza di tale teoria fa sì che la stazione appaltante funga da mero strumento attuativo della decisione assunta dall'ANAC e che la stessa ANAC debba auto vincolarsi al fine di esercitare il proprio potere di raccomandazione vincolante qualora ritenga sussistenti i relativi presupposti per l'adozione del provvedimento in autotutela.

In tale contesto attenta dottrina⁴⁰ ha avuto modo di evidenziare come la

³⁸ Sull'autotutela decisoria si vedano, *ex multis*: M. ANNUNZIATA, *Natura e limiti dell'autotutela amministrativa e suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria e amministrativa*, T. nap. 1965, III, p. 372 e ss.; G. BARONE, *In tema di autotutela e tutela giurisdizionale*, in *Foro It.*, 1975, I, p. 2316; F. BENVENUTI, *Voce Autotutela, b) diritto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 537 e ss.; G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 108; V. CONTESSA, *Annotazioni sui mezzi di autotutela della p.a.*, in *Funzione amm.*, 1983, p. 181; L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *Giustamm*, 2016; Sia consentito rinviare anche a N. M. D'ALESSANDRO, *DIA e SCLA: evoluzione storico – normativa alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia)*, in *La voce del diritto*, 2016; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Federalismi*, n. 21/15; DE TARANTO, *Il potere di autotutela della p.a. e il ricorso gerarchico*, in *Corr. amm.*, 1961, p. 371; F. FRANCIARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi*, n. 20/15; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 393 ss.; G. GHETTI, *Voce Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. II., Torino, 2008, p. 80 e ss.; M. IMMORDINO, *Articolo 21-quinquies: revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONI-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, pp. 485 ss., pp. 487 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 314 ss.; A. MASSERA, *Alcune considerazioni in tema di autotutela della p.a.*, in *G.M.*, 1969, III, p. 261; S. ROMANO, *voce Annullamento degli atti amministrativi* (agg. da G. MIELE), in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, vol. I, pp. 642 ss.; M. LIPARI, *La SCLA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi*, 20/15; G. LICUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; A. PAJNO, *L'autotutela tra tradizione e innovazione*, in *Federalismi*, 2017; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, p. 333 ss.

³⁹ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, p. 899 ss. Sul punto si veda, altresì, F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 381 il quale rileva che: “[...] Vi è chi, poi, cerca di riportare l'istituto ad armonia con i requisiti dell'autotutela e più in generale di ricondurlo a sistema, ritenendo che la funzione esercitata da ANAC sia quella dell'autotutela decisoria e che quindi essa debba necessariamente scontare quelle valutazioni discrezionali che sono indispensabili — secondo la tradizione e secondo l'art. 21-nonies l. n. 241/1990 — perché l'atto di annullamento sia legittimo. Si ritiene così che la stazione appaltante sia solo lo strumento attuativo della decisione dell'ANAC e che, tuttavia, ANAC stessa debba auspicabilmente autovincolarsi ad esercitare il proprio potere di raccomandazione solo quando ricorrono effettivamente i presupposti indicati dall'art. 21 *nonies* cit.; se, poi, ANAC pure non autolimitasse esplicitamente il suo potere, nondimeno esso, in quanto espressione di autotutela decisoria, dovrebbe restare intrinsecamente limitato al ricorrere di questi requisiti.”

⁴⁰ F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'Anac ex art. 211, co. 2, d.lgs. n.*

previsione originaria di cui all'art. 211, comma 2, del Codice avesse carattere innovativo e fosse pienamente compatibile col generale paradigma di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990⁴¹: infatti, è stato evidenziato che i dubbi sollevati dal Consiglio di Stato fossero in realtà delle resistenze sociologiche all'affermazione delle ADR⁴² (*Alternative dispute resolution*)⁴³ rispetto alla fase pubblicistica di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Pertanto, la previgente disciplina di precontenzioso ben poteva ricondursi – con adeguati e puntuali interventi alla disciplina – tra i modelli di ADR⁴⁴ ed era sicuramente in grado di svolgere un'attività capace di non incrementare (*rectius*, moltiplicare) il contenzioso in *subiecta materia*.

Esigenze di semplificazione, celerità, efficienza e sviluppo economico dovrebbero, infatti, imporre al legislatore la creazione di modelli tendenti a risolvere alternativamente ed anticipatamente eventuali controversie.

Tuttavia, con la nuova formulazione della suddetta disposizione, il Correttivo ha limitato e mutato fortemente l'uso del potere in capo all'ANAC: infatti, la stessa Autorità non potrà più controllare in tal senso il corretto esercizio del potere delle stazioni appaltanti ed invitarle ad agire in autotutela (decisoria) al fine di eliminare un atto di gara.

50 del 2016: *doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in P.A. *Persona e amministrazione*, Napoli, 2018, p. 421 ss.

⁴¹ M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, p. 1 ss.

⁴² Cfr. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012; C. PLU-CHINO, *Le funzioni deflattive del contenzioso e il "lifting" dei pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Urb. e app.*, 12/2016, p. 1304. E' stato, inoltre, rilevato che "La *ratio* del rimedio, infatti, si rinviene nella consapevolezza che – in particolar modo nel settore degli appalti pubblici – esigenze di efficienza e di sviluppo impongono la predisposizione di strumenti idonei a ridurre le negatività derivanti dall'eccessivo contenzioso giurisdizionale, e ciò soprattutto attraverso l'utilizzo di rimedi alternativi di risoluzione e prevenzione delle controversie": in questi termini M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi*, 2017, p. 14.

⁴³ F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante Anac: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *rivista AIC*, n. 4/2016; ID., *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2018.

⁴⁴ M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie*, in P. TANDA (a cura di), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Atti del Convegno*, Roma, 9 Ottobre 2014, Torino, p. 80 ss., secondo cui: "Come è noto, con la formula *Alternative Dispute Resolution* si intende fare riferimento ad alcuni istituti giuridici con l'uso dei quali è possibile definire una lite senza ricorrere all'esercizio del potere giurisdizionale. Si tratta, invero, di una categoria piuttosto eterogenea che negli ultimi decenni si è notevolmente sviluppata, finendo per ricomprendere istituti aventi caratteristiche anche molto differenti tra loro". Continua l'Autore: "La dottrina è tuttavia concorde nel riconoscere alcuni elementi essenziali, requisiti minimi, di una a.d.r.: l'esistenza di una controversia (anche solo potenziale); il porsi in posizione alternativa rispetto alle forme di tutela giurisdizionale ordinaria; la presenza di un soggetto terzo, neutrale rispetto alle parti, a cui è affidato il compito di risolvere la lite o di coadiuvare le parti nella ricerca di un accordo; il rispetto dei principi del giusto processo; l'economicità; l'informalità delle procedure" (op. cit., 80).

Infatti, con l'introduzione dell'art. 52 *bis* del d.l. n. 50/2017, coordinato con la legge di conversione n. 96/2017 (cd. Manovrina), il legislatore ha apportato significative modifiche alla summenzionata disciplina di cui all'art. 211 del Codice, allontanandola dallo schema del modello di ADR.

Come già anticipato, in primo luogo con tale intervento è stato abrogato il comma 2 dell'art. 211 del Codice. Secondo attenta dottrina⁴⁵, tale scelta legislativa è frutto di una grossolana svista da parte dello stesso legislatore.

Non è chiaro, infatti, il vero motivo che sta alla base di siffatta abrogazione.

Con tale modifica il legislatore ha introdotto nell'art. 211 i commi 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater*. L'art. 211, comma 1 *bis* del Codice prevede ora che l'ANAC sia legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Il successivo comma 1 *ter* stabilisce che l'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Tale parere viene trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, la stessa ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo (applicandosi, in tal caso, l'art. 120 c.p.a.).

Infine, al comma 1 *quater* è stato previsto che l'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 211 del Codice.

Pertanto, risulta evidente come la nuova disciplina dell'art. 211 del Codice sia differente (e non poco) rispetto a quella previgente⁴⁶.

⁴⁵ M. C. D'ARIENZO, *I poteri d'intervento dell'ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2017*, in *Giustamm*, n. 10/2017, p. 12 secondo la quale: “[...] Così, anche la soppressione del comma 2 dell'art. 211 del Codice sembrerebbe frutto dell'approssimazione e della fretta foriere di ulteriori disfunzioni e di effetti distorsivi non meno gravi di quelli paventati all'indomani della pubblicazione del Codice. Questa costituisce senza dubbio la novità più significativa del correttivo, potenzialmente di grande impatto sull'attuale disciplina in quanto sottraendo all'Anac il potere di autotutela decisoria sugli atti di gara rimette al giudice il compito di sanzionare le irregolarità anche gravi e lo fa a distanza di appena un anno dall'approvazione del Codice pensato proprio al fine di introdurre strumenti e misure in funzione della prevenzione e repressione della corruzione negli appalti pubblici.”

⁴⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 13 secondo la quale: “[...] Sotto tale profilo, è vieppiù evidente che l'attuale formulazione della disposizione è più insidiosa di quanto non lo fosse prima dell'emendamento: la legittimazione speciale dell'ANAC, infatti, non implica puramente e semplicemente la sovrapposizione delle valutazioni dell'Autorità con quelle del G.A., ma costituisce la prova

Con tale intervento il legislatore sembra aver recepito l'orientamento del Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, il quale aveva suggerito di trasformare tale istituto in una sorta di funzione collaborativa verso le stazioni appaltanti, munita anche di un potere di impugnazione al Tar simile a quello riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dall'art. 21 *bis* l. n. 287/1990⁴⁷.

Sul punto, secondo autorevole dottrina⁴⁸, tale nuova formulazione consiste in un vero proprio invito dell'ANAC nei confronti delle stazioni appaltanti volto a sollecitare le stesse ad agire in autotutela entro sessanta giorni. Tuttavia, detto termine, non decorre dalla data di adozione dell'atto, bensì dal momento in cui l'ANAC viene a conoscenza dei vizi.

Sotto tale aspetto occorrerebbe fare maggiore chiarezza in merito alla decorrenza del suddetto termine. Sembra, infatti, estraneo alla logica di semplificazione, efficienza e celerità dell'attività della pubblica amministrazione con riferimento alla procedura ad evidenza pubblica far sì che il termine non decorra dalla data di adozione di quel determinato atto, ma dal momento in cui l'ANAC viene a conoscenza dei vizi.

Una volta "sollecitate" le stesse stazioni appaltanti, queste ultime hanno sessanta giorni di tempo per adeguarsi alle "direttive" dell'ANAC. In caso contrario, l'Autorità è legittimata ad agire in giudizio entro trenta giorni, impugnando l'originario provvedimento viziato.

Inoltre, sempre l'art. 211, comma 1 *ter*, del Codice stabilisce che l'ANAC possa emanare il parere motivato alle stazioni appaltanti qualora le stesse abbiano emanato provvedimenti viziati da gravi violazioni del Codice.

Sul punto occorre fare alcune precisazioni. Anzitutto, la normativa in esame non specifica in alcun modo cosa deve intendersi per "gravi violazioni": infatti, anche nel caso di specie, dovrà essere l'ANAC – del tutto discrezionalmente ed arbitrariamente – a stabilire se un determinato provvedimento sia affetto da una violazione grave o se, al contrario, presenti vizi di legittimità tali da non doversi considerare come "gravi".

Non solo.

Tale disposizione non fa alcun riferimento alla fattispecie che potrebbe verificarsi nel momento in cui l'ANAC ritenga che la stazione appaltante non abbia

evidente della volontà di generalizzare l'intervento sostitutivo dell'ANAC per sopperire ad una ipotetica inadeguatezza della tutela giurisdizionale che neanche l'interesse alla legalità delle procedure potrebbe giustificare. Di qui la considerazione che la "correzione del correttivo" non sortisce l'effetto deflattivo del contenzioso, né l'accelerazione dei processi e la definizione del giudizio in tempi rapidi, anzi addirittura per risolvere un problema ne ha creati degli altri che si aggiungono a quelli già esistenti."

⁴⁷ In tal senso cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸ R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentoale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, in *Giustizia amministrativa*, 2017, p. 28.

adottato un determinato provvedimento che in realtà avrebbe dovuto emanare. Nel silenzio della norma, occorre chiedersi se l'ANAC sia altresì legittimata ad agire in giudizio avverso l'illegittima inerzia della stazione appaltante per non aver adottato quel determinato provvedimento nella procedura in essere.

Come si avrà modo di chiarire in seguito, rimangono molti dubbi sulla compatibilità costituzionale con riferimento alla legittimazione dell'ANAC ad agire in giudizio e, quindi, ad impugnare il provvedimento (viziato) emesso dalla stazione appaltante.

5.1. *I poteri dell'ANAC e dell'AGCM: una disciplina pressoché speculare*

Sono noti i poteri dell'AGCM⁴⁹, quale autorità dotata di marcata indipendenza⁵⁰ sia dal governo, sia dalle parti economiche. Ciò risulta confermato dal fatto che lo stesso art. 10, comma 2, della l. n. 287/1990 stabilisce che *“l'autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”*.

Come evidenziato da attenta dottrina⁵¹ la legge n. 287/1990 ha conferito all'AGCM ampi poteri decisionali secondo un modello di amministrazione indipendente ad alto tasso di imparzialità.

Infatti, sulla scia di tali ampi poteri di neutralità, indipendenza e terzietà, parte della dottrina è incline a qualificare la natura dell'AGCM come paragiurisdizionale.

Tuttavia, in questa sede, a prescindere dalla natura della stessa AGCM desumibile dalla forte autonomia e indipendenza, occorre rilevare che la disciplina rinvenibile nella l. n. 287/1990 risulta essere strettamente correlata con l'art. 211 del Codice⁵².

Infatti, è doveroso notare come il nuovo art. 211, di cui ai commi 1 *bis*, *ter* e

⁴⁹ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in *Giustamm*, n. 1/2012; F. CINTIOLI – F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993; G. FAELLA, *Il potere cautelare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giur. comm.*, 2008; M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.* 2008; F.S. MARINI, *Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990*, in *Giustamm*, n. 5/2014; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.

⁵⁰ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001 il quale sottolinea come le autorità amministrative indipendenti debbano essere considerate amministrazioni *lato sensu*.

⁵¹ F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giustamm*, n. 12/2009.

⁵² R. FRASCIONE, *La fase precontenziosa come condizione di ammissibilità dell'azione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990*, n. 10/2013.

quater, del Codice riprende sostanzialmente la disciplina prevista dall'art. 21 *bis*⁵³ l. n. 287/1990⁵⁴, con qualche differenza⁵⁵.

Tale disciplina, infatti, conferisce il potere all'AGCM⁵⁶ – al pari dell'ANAC, ma con presupposti differenti – di agire in giudizio⁵⁷ contro gli atti amministrativi

⁵³ H. SIMONETTI, *L'art. 21 bis della Legge 287/1990 ed il potere di impugnazione dell'Agcm: è ancora il secolo della «giustizia nell'amministrazione»?*, in *Giustamm*, n. 2/2014 secondo il quale: “[...] L'efficacia dei nuovi poteri riconosciuti all'Autorità si misurerà soprattutto nella fase precontenziosa, dove sarà importante verificare se e quanto le amministrazioni intimate decideranno di conformarsi al parere, senza che vi sia bisogno dell'instaurazione del giudizio amministrativo. A sua volta, il grado di adesione delle amministrazioni ai pareri trasmessi sarà certamente influenzato dall'esito dei primi giudizi proposti dall'Autorità. Nel senso che quanto più questi giudizi “pilota” avranno visto l'Autorità vittoriosa, tanto più le amministrazioni saranno, nell'immediato futuro, propense a seguire le indicazioni del parere, sapendo altrimenti di incorrere nel prevedibile annullamento giurisdizionale dei loro atti.”

⁵⁴ R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'ACGM nell'art. 21 bis della l. n. 287/1990*, in *Giustamm*, n. 10/2012 il quale si interroga sul fondamento della legittimazione al ricorso dell'AGCM: “[...] Sembra necessario partire da un dato di fondo: l'AGCM può proporre ricorso non solo e non tanto perché c'è un atto (regolamentare o amministrativo) illegittimo, ma perché quell'atto ha violato le regole in materia di concorrenza, così alterando il corretto funzionamento del mercato.”. Continua l'Autore: “[...] L'interesse al corretto funzionamento del mercato, insomma, anziché essere un interesse di mero fatto, è un interesse giuridicamente rilevante, la cui lesione determina in capo al soggetto che, nella situazione concreta, possa vantare una posizione differenziata, la legittimazione ad attivare i necessari rimedi giurisdizionali (dall'azione risarcitoria all'impugnazione dei provvedimenti illegittimi). Esso è certamente un bene della vita: è un bene della vita di primaria importanza, protetto a livello costituzionale e comunitario, un bene della vita che ha assunto oggi un ruolo fondamentale, in un contesto economico nel quale il corretto funzionamento dei mercati viene sempre più spesso indicato come fondamentale fattore di crescita e di competitività.”

⁵⁵ M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in *Giustizia amministrativa*, 2017, p. 6 ss. In particolare, l'Autore evidenzia come sussistano delle differenze sia formali, sia a livello sostanziale tra le due discipline.

⁵⁶ F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giustamm*, n. 12/2009 secondo cui: “[...] bisognerà valutare se è fondata l'osservazione secondo cui l'eccesso di amministrazioni indipendenti non tenga conto che la loro eccessiva specializzazione configge con la necessità di politiche pubbliche che tengano conto di interessi pubblici differenziati nonché con una strutturazione multilivello del nostro ordinamento costituzionale, che difficilmente può affidare solo allo Stato la regolazione di materie legislativamente affidate ad altri enti di governo del territorio.”

⁵⁷ M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi*, 2012 secondo la quale: “[...] il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore “concorrenza”, di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati.”

generali, regolamenti e provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica in grado di violare le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato.

Sul punto, infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso entro i successivi trenta giorni.

Tale scelta legislativa, seguendo l'orientamento del parere espresso dal Consiglio di Stato n. 855/2016, ha evidentemente equiparato i poteri dell'ANAC⁵⁸ nella procedura ad evidenza pubblica con i poteri dell'AGCM⁵⁹ volti a tutelare la concorrenza e il mercato.

Infatti, in virtù di tale nuova disposizione, l'ANAC ha la facoltà sia di emanare un parere motivato, nel quale indica i profili delle violazioni riscontrate, sia (eventualmente) di presentare ricorso al giudice amministrativo.

5.2. *L'inerzia assunta dalla stazione appaltante a seguito dell'invito ad agire in autotutela da parte dell'ANAC: è silenzio inadempimento?*

Occorre domandarsi se l'ANAC sia altresì (*rectius*, in alternativa) legittimata ad impugnare il silenzio⁶⁰ formatosi a seguito di mancata adozione del prov-

⁵⁸ Ibidem, secondo cui: “[...] Dunque, a conti fatti, nel sistema ora vigente, rispetto alla originaria previsione del codice, l’oggettivo indebolimento del ruolo dell’ANAC nell’attività di contrasto agli atti illegittimi in materia di contratti pubblici è duplice:

- scompaiono le raccomandazioni vincolanti, sostituite dalla mera legittimazione al ricorso;
- il raggio di azione del potere è oggettivamente molto più contenuto, già nella disposizione legislativa.

La logica è quella di evitare un intervento concreto troppo invasivo dell'Autorità nelle singole procedure di gara, anche allo scopo di assicurare la “sostenibilità” gestionale e amministrativa del contenzioso. Probabilmente, l'obiettivo è quello di attivare non più di 20-30 i ricorsi all'anno, in misura non troppo dissimile dalle cifre dei ricorsi ex art. 21-bis proposti dall'AGCM.”

⁵⁹ F. BRUNETTI, *Note minime su provvedimenti sanzionatori dell'A.G.C.M. per intese restrittive della concorrenza ed esclusione dalle gare*, in *Giustamm*, n. 7/2017.

⁶⁰ Gli scritti sul silenzio sono numerosi, si riportano per brevità soltanto alcuni di essi: G. FALZEA, *Alcune figure di comportamento omissivo della pubblica amministrazione*, Milano, 2004; S. FANTINI, *Il rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.* 2001, II; G.B. GARRONE, voce «Silenzio della pubblica amministrazione (ricorso giurisdizionale amministrativo)», in *Digesto Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 191; R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005; R. GIOVAGNOLI, Il tempo dell'azione amministrativa, in F. Caringella – G. De Marzo – D. De Carolis, *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2005; G. GRECO, *Silenzio della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1979; G.F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino 1964; R. MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1932, 363; V. PARISSIO, I

vedimento in autotutela, dovendo costituire quest'ultimo comportamento una violazione del generale obbligo di provvedere di cui all'art. 2 l. n. 241/1990.

Ciò, tuttavia, potrebbe significare che l'ANAC possa impugnare il silenzio inadempimento in virtù del mancato obbligo di provvedere di cui all'art. 2 l. n. 241/1990 fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, entro un anno dalla formazione dello stesso così come stabilito dagli artt. 31, comma 2, e 117 c.p.a..

Pertanto, ammettendo la formazione del silenzio inadempimento in caso di inerzia assunta dalla stazione appaltante, sarebbe onere dell'ANAC impugnare quanto prima il silenzio formatosi, onde evitare uno stato di avanzamento eccessivo nella procedura di gara: ciò anche perché, a ben vedere, tale onere di impugnazione avverso il silenzio inadempimento andrebbe contro alla logica assunta sino a questo momento dal legislatore, ossia quella di concludere rapidamente una determinata procedura ad evidenza pubblica.

Non a caso, ad avviso di chi scrive, è stato inserito l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. il quale, fornendo la possibilità di impugnare il provvedimento di ammissione e/o di esclusione, evidenzia il chiaro intento dello stesso legislatore di accelerare notevolmente l'eventuale contenzioso che viene in rilievo.

Tuttavia, dall'interpretazione letterale dell'art. 211, comma 1 *ter*, del Codice sembra doversi escludere la formazione del silenzio inadempimento nel caso in esame, in quanto il termine di trenta giorni assegnato all'ANAC sembra essere perentorio e non ordinatorio.

Non a caso la norma in esame richiama espressamente l'applicazione dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, esplicitando il termine certo e breve di trenta giorni per agire in giudizio avverso le stesse stazioni appaltanti.

6. *Considerazioni conclusive: un pubblico ministero nella fase precontenziosa?*

Tale nuova disciplina con riferimento, in particolare, alla cd. funzione precontenziosa, conferisce all'ANAC un ampio potere discrezionale che, forse, esorbita eccessivamente rispetto alla funzione che essa dovrebbe svolgere nel vigilare le varie procedure ad evidenza pubblica.

Infatti, ad avviso di chi scrive, la nuova formulazione dell'art. 211 del Codice rischia di creare un'eccessiva ingerenza dell'ANAC nelle scelte adottate dalle sta-

silenzii della pubblica amministrazione – La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto, Milano 1996; E. PICOZZA, *Il problema del silenzio della pubblica amministrazione nella concezione attuale della divisione dei pubblici poteri*, in *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, a cura di V. Parisio, Milano, 2002; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971; F. G. SCOCA, *Il silenzio della P.A.: ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, Milano, 2002.

zioni appaltanti come se, nella sostanza, ci fosse una sorta di rapporto gerarchico tra questi ultimi.

Ne deriva che la stazione appaltante dovrà necessariamente svolgere correttamente la propria funzione nella procedura di gara onde evitare inizialmente l'emanazione di un parere motivato ed, eventualmente, subire ricorso innanzi al giudice.

Tale recente disposizione non è stata sicuramente pensata al fine di consentire maggiore economicità ed efficienza nella procedura ad evidenza pubblica, ma, al contrario, sembra idonea a generare ulteriori contenziosi tra l'ANAC e la stazione appaltante, i quali vanno ad aggiungersi ad altri già instaurati (o in procinto di esserlo) dagli stessi concorrenti alla gara.

Per evitare possibili ricorsi e, quindi, rallentare notevolmente la relativa procedura, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore volto ad abrogare la suddetta previsione che prevede la possibilità in capo all'ANAC di esperire ricorso nei confronti delle stazioni appaltanti che non si adeguano al parere.

Forse più convincente risultava essere la precedente disciplina (nonostante le varie critiche mosse in particolar modo dal Consiglio di Stato), la quale prevedeva sia il potere di adottare raccomandazioni vincolanti nei confronti delle stazioni appaltanti idonee ad invitare le stesse ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi, sia nell'eventuale emanazione di una sanzione in grado di colpire direttamente il dirigente responsabile ed il sistema reputazionale delle stesse stazioni appaltanti.

Tale antecedente disposizione, infatti, se è vero che da un lato "intimoriva" eccessivamente le stazioni appaltanti e, nello specifico, il dirigente responsabile nell'adottare una precisa scelta (*rectius*, provvedimento), dall'altro lato responsabilizzava maggiormente le stesse stazioni appaltanti nell'adozione del corretto provvedimento in quella determinata procedura ad evidenza pubblica.

Si tratta, in definitiva, di una disciplina che ancora desta non pochi dubbi e che necessiterebbe di maggiore chiarezza.

In prospettiva *de jure condendo*, quindi, sarebbe auspicabile reinserire la sanzione amministrativa nei confronti del dirigente responsabile e limitare (se non addirittura abrogare) la possibilità da parte dell'ANAC di agire giudizialmente onde evitare un eccessivo intreccio di ricorsi e con conseguenti rallentamenti delle relative procedure.

Occorrerebbe quanto meno far sì che l'ANAC possa agire in giudizio solo in casi tassativi, in modo tale da limitarne il potere discrezionale e, di conseguenza, garantire maggior certezza nei rapporti giuridici.

Al contrario, stando così le cose, non si può non concordare con quell'orientamento dottrinale incline a ricondurre i poteri dell'AGCM (e, in questo caso, dell'ANAC) a funzioni proprie di un'autorità paragiurisdizionale. Infatti, consentire all'ANAC di ricorrere discrezionalmente qualora ravvisi un'irregolarità

nella procedura di gara comporta la sostanziale attribuzione di una funzione non dissimile da quella del pubblico ministero⁶¹ svolge nel processo penale⁶². In altri termini, non sembra infondato sostenere che per effetto dell'attuale previsione di cui all'art. 211, comma 1 *ter* del Codice si determini il conferimento di ulteriori funzioni all'ANAC, visto che quest'ultima – sulla base della sopraindicata norma – non solo si presenta come un'autorità amministrativa indipendente preposta alla vigilanza ed alla regolazione nei contratti pubblici, ma è anche in grado di svolgere una funzione paragiurisdizionale assimilabile alle funzioni accusatorie che il pubblico ministero svolge nel processo penale.

Insomma, come l'ANAC è (discrezionalmente) sempre legittimata a ricorrere in giudizio qualora ravvisi una irregolarità nella procedura ad evidenza pubblica, allo stesso modo il pubblico ministero è sempre legittimato a svolgere le indagini e a chiedere il rinvio a giudizio ogniqualvolta vi siano i presupposti per farlo.

Occorre, pertanto, chiedersi se sia costituzionalmente legittimo attribuire un tale potere in capo ad una autorità amministrativa indipendente tale da influire in maniera così incisiva nelle scelte adottate dalla stazione appaltante.

Tale considerazione consente di poter affermare che i poteri conferiti dal legislatore all'ANAC (in particolare, per quanto concerne l'art. 211, comma 1 *ter*, del Codice con riferimento alla cd. funzione precontenziosa) vanno a ledere la previsione di cui all'art. 102, comma 2, Cost., in quanto, nella sostanza, la stessa autorità svolge una funzione paragiurisdizionale⁶³.

Sotto tale ultimo aspetto, infatti, è necessario ricordare che la Carta costituzionale vieta espressamente l'istituzione di giudici speciali nel nostro ordinamento, così come stabilito dallo stesso art. 102, comma 2, Cost..

⁶¹ Sulla problematica in esame si rinvia a P. QUINTO, *Anac: un P.M. nel processo amministrativo?*, in *Lexitalia*, n. 5/2017, p. 1 ss.

⁶² P. QUINTO, *Un pubblico ministero nel processo amministrativo?*, in *Giustamm*, n. 12/2011, p. 1 ss.

⁶³ E. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Federalismi*, 2016, p. 20 secondo il quale: “[...] All'ANAC, seguendo un indirizzo che punta a concentrare le competenze connesse in un unico organo specializzato, è stato pertanto affidato un complesso vastissimo di compiti, con funzioni di prevenzione, vigilanza, regolazione e sanzione in materia di trasparenza, contrasto della corruzione e contratti pubblici; compiti da esercitare, secondo lo schema proprio delle Autorità amministrative indipendenti, con poteri propriamente amministrativi, ma anche normativi e para-giurisdizionali.”.

Abstract

The national anti-corruption authority: food for thought in light of changes to the code of public contracts

by Niccolò Maria D'Alessandro

The present work is initially aimed at illustrating the main functions attributed by the legislator to the National Anti-corruption Authority in the recent code of public contracts.

Subsequently, particular attention will be dedicated to the cd. ANAC's pre-litigation function, which – as we will have to observe – raises many doubts with a view to deflation of the dispute. In fact, among the various legislative measures following the entry into force of the new code of public contracts referred to in Legislative Decree no. 50/2016 to the ANAC was given an important – perhaps excessive – jurisdictional (*para*) function that contrasts with art. 102, paragraph 2 of the Constitution, which makes it possible for the same to act in court if he sees an irregularity in the public procedure.

Key words: ANAC, function, public contracts, Authority, Legislative Decree, Constitution.

Procedure competitive telematiche e malfunzionamento del sistema*

di Paolo Provenzano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Procedure competitive telematiche e malfunzionamento del sistema: le soluzioni fin qui approntate in giurisprudenza. – 3. (Segue): le soluzioni fin qui approntate dal Legislatore. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Prima di entrare nel merito delle soluzioni fin qui approntate per risolvere il problema del malfunzionamento del sistema nelle procedure competitive informatizzate, che rappresenta lo specifico oggetto del presente scritto, appare opportuno sottolineare che, a venticinque anni di distanza dall'introduzione della prima (e pionieristica¹) normativa nazionale in materia di informatizzazione dell'azione amministrativa², non si è ancora giunti, nonostante i diversi tentativi effettuati, a una disciplina in materia che sia pienamente appagante.

Com'è stato, infatti, osservato in dottrina «*il fondamento dell'amministrazione digitale nel nostro ordinamento*» è dato da «*una stratificazione normativa confusa ed oggetto di continue manipolazioni successive*»³. Il che è dimostrato, con la forza dei numeri, dai vari rimaneggiamenti che ha subito, e verosimilmente continuerà a subire, il Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, d'ora in poi CAD⁴). Il quale si presenta oggi come un tessuto più volte

* Il presente scritto rappresenta la versione ampliata della relazione presentata al convegno dal titolo «*e-democracy e trasformazione digitale: sfide, prospettive e competenze*» svoltosi in data 12 febbraio 2018 presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ Sul punto cfr. F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella Pubblica Amministrazione*, in *L'azione amministrativa*, (a cura di) A. ROMANO, Torino, 2016, 246). Con riferimento a tale norma si veda E. ZAFFARONI, *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1996, 2516 ss.

² Ci si riferisce all'ancora vigente art. 3 del D.Lgs. n. 39/1993, a mente del quale, «*gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati*».

³ Così F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inform.*, 2015, p. 227. In termini F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 37, ove si evidenzia che «*il Cod. amm. dig. è cambiato troppo in questi anni*».

⁴ Per un commento al Codice dell'Amministrazione digitale si vedano: B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 7 ss.; AA.VV., *L'e-Government*, (a cura di) G. VESPERINI, Milano, 2004; AA.VV., *Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, (a cura di) E. CARLONI, Rimini, 2005; AA.VV., *Il codice dell'amministrazione digitale, commentario al D.Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005*, (a cura di) G. CASSANO, G. GIURDANELLA, Milano, 2005; E. CARLONI, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 469 ss.; IDEM, *Il decreto "del fare": il rilancio dell'economia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 1144

rammendato, date le quattrocentotto modifiche ed integrazioni⁵ ad esso via via apportate⁶.

Ebbene, i motivi per cui gli ambiziosi progetti riformatori non hanno ancora dato i frutti sperati sono da individuarsi, in parte, nel fatto che alle riforme e controriforme, succedutesi nel tempo, non siano seguiti i necessari (e imprescindibili⁷) investimenti per rendere concrete le stesse e, in parte (e forse soprattutto), in ragioni di carattere culturale⁸ e, più precisamente, di “resistenza”⁹ al nuovo che avanza¹⁰.

Del resto, come ha puntualmente osservato il Consiglio di Stato nei vari pareri resi sulle modifiche apportate al CAD, a tali innovazioni normative «non sempre le pubbliche amministrazioni hanno reagito positivamente»¹¹. Infatti, «alla rapidità della produzione normativa non è seguita un altrettanto celere capacità delle strutture di assecondare il processo di ammodernamento»¹² e ciò anche per via della «incompetenza tecnologica dei dirigenti pubblici nell'attuare una transazione verso la modalità operativa digitale»¹³.

ss.; IDEM, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 148 ss.; G. DUNI, *L'amministrazione digitale*, Milano, 2008; M. ATELLI, S. ATERNO, A. CACCIARI, R. CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale: commentario*, Roma, 2008. Relativamente al Codice dell'Amministrazione Digitale si vedano anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in *La Tecnificazione* (a cura di) S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, Firenze, 2016, 11 ss e V. CERULLI IRELLI, *La Tecnificazione*, in *op. ult. cit.*, 280, ove al riguardo si osserva che «abbiamo dal 2005 una delle leggi più avanzate del mondo (...) si tratta però di una legge, in larga misura inattuata».

⁵ Le ultime modifiche apportate al CAD risalgono al dicembre scorso e sono state effettuate con il D.Lgs. n. 217/2017.

⁶ Sul punto si veda, su tutti, G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, 3, nota 6.

⁷ Com'è stato recentemente osservato in dottrina, «onde conseguire la piena ed effettiva attuazione dei diritti di cittadinanza digitale è necessario che sul versante dell'organizzazione siano puntualmente adempiti obblighi che discendono dal nuovo atteggiarsi del rapporto amministrativo, anche attraverso investimenti cospicui che riguardino sia le dotazioni infrastrutturali e tecniche degli uffici, sia la formazione dei dipendenti pubblici, al fine di superare il divario digitale materiale e cognitivo» (così P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, n. 2/2018, 13). Del resto, come evidenziato da attenta dottrina, «l'implementazione dei servizi digitali costa caro, e cara è anche la manutenzione e la garanzia della continuità del servizio, senza contare i costi della formazione dei funzionari (e magari anche dei cittadini)» (G. VILELLA, *Introduzione alla E-Democracy*, Bologna, 2018, 86). In termini si veda anche F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 48 ss.

⁸ Del resto, come si è osservato in dottrina, allo stato, internet, in particolare, e le nuove tecnologie, in generale, non rappresentano degli strumenti «culturalmente e socialmente a disposizione di tutti» (così M. MIANI, *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie: la pubblica amministrazione dall'e-democracy all'e-government*, Bologna, 2005, 32).

⁹ In dottrina si è recentemente parlato anche di «sindrome da isolamento» del dipendente pubblico» (così B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice*, cit., 15).

¹⁰ Indubbiamente ad aver influito sulla necessità di mettere continuamente mano alla disciplina in parola è anche «la velocità con cui l'innovazione tecnologica avanza e la conseguente difficoltà per il legislatore di stare al passo con i mutamenti che le nuove tecnologie impongono» (così G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit., 3).

¹¹ Così Cons. Stato, sez. cons., parere 30 gennaio 2006, n. 31, in *Il Foro Italiano*, Vol. 129, No. 5, 2006, 237 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ Così Cons. Stato, sez. cons., parere 23 marzo 2016, n. 78, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tutto ciò, come si è già in altra sede evidenziato¹⁴, è, sia pur in altro contesto, emblematicamente dimostrato da una singolare ordinanza con la quale il mancato deposito dei documenti in forma cartacea da parte del ricorrente è stato ritenuto dirimente ai fini del rigetto della domanda da questa azionata, solo perché «non può il Giudice sottolineare lo schermo del computer ovvero porre orecchiette allo schermo del computer per segnalare le pagine rilevanti dei documenti e non ritiene di sottoporre come costo allo Stato [quello necessario per la stampa] dei medesimi»¹⁵.

Si registra, dunque, e ovviamente non solo all'interno delle Amministrazioni, un allarmante fenomeno di divario digitale (c.d. *digital divide*)¹⁶. Fenomeno di cui il nostro Legislatore non solo pare non volersi seriamente fare carico¹⁷, ma che addirittura sembra voler nascondere a se stesso.

¹⁴ Cfr. P. PROVENZANO, *Decreti Madia e nuova disciplina del c.d. "domicilio digitale": quali prospettive?*, in *Federalismi*, n. 11/2016, 8.

¹⁵ Così Trib. Busto Arsizio, ord. 8 aprile 2016, il testo di tale pronuncia è consultabile sul sito internet: www.laleggepertutti.it

¹⁶ Il tema del divario digitale è stato *ex professo* trattato in letteratura, si vedano in particolare: P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, 71 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inform.*, 2015, 275 ss.; A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *Federalismi*; V. M. SBRESCIA, *Infrastrutture, reti a banda ultra larga e governo democratico dell'economia europea*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, 455 ss.; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Il digital divide e le telecomunicazioni: potenziali soluzioni tecnico regolamentari*, in *Aspetti giuridici di Internet. Quaderni dell'Internet italiano*, (a cura di) A.A. MARTINO, 2007, 67 ss.; V. ZENO-ZENOVICH, *Il "diritto ad essere informati" quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Dir. informatica*, 2006, 1 ss.; D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, 209 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a M. CAPORALE, *Il diritto dell'informazioni: scritti recenti*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2015, 717 ss.

Sotto tale profilo appare utile richiamare quanto osservato dal Consiglio di Stato nel primissimo parere reso sul CAD, ove già si mettevano in luce «i rischi di una completa "digitalizzazione" dell'amministrazione pubblica in assenza di misure volte a bilanciare tale radicale innovazione», evidenziando in particolare che «uno dei pericoli principali (che fa parte del fenomeno del digital divide) è quello che un rilevante numero di cittadini (anziani, disabili, soggetti con bassa scolarità, emarginati, abitanti in aree remote o rurali, in ritardo con "l'alfabetizzazione informatica" o semplicemente diffidenti) possa risultare discriminato o addirittura socialmente emarginato da un passaggio radicale e non bilanciato ad un'amministrazione esclusivamente digitale».

Per un'attenta analisi dei diversi fattori che contribuiscono a rendere ancora attuale nel nostro paese il fenomeno del divario digitale cfr. M. L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro Amm.* 2016, 2535 ss. e in particolare § 1.6.

¹⁷ Com'è stato persuasivamente osservato in dottrina, un effettivo superamento della problematica in parola «non appare possibile se non attraverso l'incentivazione alla formazione ed alla alfabetizzazione informatica (pure programmaticamente prevista dall'art. 8 del Codice), e soprattutto mediante la realizzazione e lo sviluppo di efficienti infrastrutture di rete a larga banda che siano in grado di coprire tutto il territorio nazionale» (F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, cit., 235). In altri termini, «l'alfabetizzazione tecnologica è un elemento essenziale, sia con riguardo ai cittadini, sia con riguardo all'amministrazione e alla politica. Questo, ovviamente, non deve frenare i processi di digitalizzazione ma deve indurre a considerare l'alfabetizzazione tecnologica in parallelo e della stessa importanza della digitalizzazione, perché in caso di squilibrio il sistema non funziona e comunque non funziona correttamente» (G. VILELLA, *Introduzione alla E-Democracy*, cit., 19).

A fronte di tali problematiche, non può infatti altrimenti spiegarsi la tendenza in atto a rendere gli strumenti digitali gli unici strumenti di interazione tra Amministrazioni e privati.

Tale radicale tendenza è dimostrata, ad esempio, dalla nuova disciplina sul domicilio digitale che a regime dovrebbe condurre all'attribuzione a tutti i cittadini di una casella di posta elettronica certificata che diverrà il mezzo esclusivo per la ricezione di comunicazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni¹⁸ ed è altresì dimostrata, per quanto qui maggiormente rileva, dall'imposizione del ricorso alle nuove tecnologie per la presentazione delle domande di partecipazione in tutte le procedure competitive a vario titolo indette dall'Amministrazione¹⁹.

Sembra dunque che si voglia, passando da un «*antico eccesso (l'arretratezza tecnologica)*» ad «*un nuovo eccesso (l'eccessivo slancio verso le nuove tecnologie)*»²⁰, dismettere a tutti i costi gli strumenti tradizionali di interazione, imponendo unicamente il ricorso agli strumenti digitali²¹.

Ora, non vorrei essere frainteso, sono il primo a essere convinto che l'implementazione dell'utilizzo delle nuove tecnologie sia oggi irrinunciabile²²

¹⁸ Sul tema del Domicilio digitale mi sia consentito di rinviare a P. PROVENZANO, *Decreti Madia e nuova disciplina del c.d. "domicilio digitale": quali prospettive?*, cit. e alla dottrina ivi richiamata. Più in generale, sulle comunicazioni operate dalla Pubblica amministrazione in via digitale cfr. I. MACRÌ, *La comunicazione dell'amministrazione digitale*, in *Azienditalia*, 2013, 326 ss.

¹⁹ Si pensi ad esempio all'art. 44 del nuovo Codice dei contratti pubblici, rubricato «*Digitalizzazione delle procedure*» e che stabilisce che «*entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto*». Per un commento a tale disposizione si rinvia a M. D'ORSOGNA, *Art. 44 (Digitalizzazione delle procedure)*, in *Codice dei contratti pubblici*, (a cura di) G. M. ESPOSITO, Padova, 2017, 481 ss.).

²⁰ Così A. CARAPELUCCI, *L'imbroglio della semplificazione*, Roma, 2016, 57-58.

²¹ Tale impostazione sembra, sia pur con qualche differenza, presente anche nell'ordinamento spagnolo. Come è stato, infatti, recentemente osservato «*nella letteratura amministrativa spagnola è diffusa l'opinione che la novità più rilevante introdotta dalla nuova legge sul procedimento sia da ricollegare alla generalizzazione degli obblighi di informatizzazione dell'attività, della gestione dei dati, della relazione con i cittadini*» (così G. CREPALDI, M. RICCIARDO CALDERARO, *La riforma del procedimento amministrativo in Spagna e Francia*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2017, 712).

²² Infatti, com'è stato sottolineato in dottrina, il ritardo nella digitalizzazione non può essere ammesso, rappresentando «*una delle maggiori "zavorre" che rallentano lo sviluppo del Paese*» (E. CARLONI, *Il decreto "del fare": il rilancio dell'economia*, cit., 1148).

E anche da un punto di vista squisitamente amministrativistico è innegabile che il ricorso alle nuove tecnologie sia non solo auspicabile, ma addirittura necessario. Si pensi, ad esempio, alla necessità, nell'attuazione del diritto U.E., di interconnessione tra le diverse amministrazioni nazionali (e tra queste ultime e quelle "comunitarie") (sul punto si rinvia a D. U. GALETTA, *Attività e procedi-*

e sono il primo a essere convinto che l'accesso alla rete rappresenti ormai un diritto che deve essere a tutti riconosciuto²³. Ciò di cui non sono affatto convinto è, viceversa, che si possa, *iure imperii*, imporre ai cittadini di interagire con l'Amministrazione o di formulare istanze alla stessa *solo* ricorrendo agli strumenti digitali²⁴, così trasformando quello che in teoria dovrebbe essere un diritto²⁵ in un obbligo²⁶.

Ritengo, infatti, che un'impostazione così tanto drastica, oltre a non essere compatibile con il principio «*innanzitutto digitale*»²⁷ (che, come noto, non significa affatto esclusività digitale²⁸) e oltre ad essere concettualmente non condivisibile

mento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per istituzioni, organi e organismi dell'Unione (il contributo in materia della Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, nei suoi primi 25 anni di attività), in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2017, 341 ss.).

²³ A tal riguardo cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 13 e dottrina ivi richiamata. A tal riguardo si veda anche P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, cit., 72 ss.

²⁴ Com'è stato rilevato in dottrina, «*una pubblica amministrazione al servizio del cittadino, in cui vige il principio di eguaglianza sostanziale, che intende avvantaggiare i soggetti più deboli economicamente e socialmente, non dovrebbe costringere il cittadino ad utilizzare un solo canale di comunicazione con la pubblica amministrazione, ma lasciare libera la scelta dei canali che consentano di garantire, pur nella necessità di adeguare la pubblica amministrazione alle continue evoluzioni della tecnologia, il pieno accesso ai servizi a tutti i cittadini*» (così G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, cit., 136).

²⁵ Com'è noto, l'art. 3 del CAD, rubricato «*diritto all'uso delle nuove tecnologie*», stabilisce che «*chiunque ha il diritto di usare (...) le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2,*» e cioè nei rapporti con le Pubbliche amministrazioni.

²⁶ Sul punto cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 12, ove si osserva con acume che lo «*“statuto del cittadino digitale”, costruito inizialmente intorno ad una serie di facoltà, [è stato da] subito arricchito da precisi obblighi posti a carico dapprima di imprese e professionisti, successivamente di “chiunque”. Basterà ricordare che in numerosi ambiti l'interlocuzione telematica tra amministrazione e cittadino non è più una facoltà, ma un vero e proprio obbligo*». In particolare, b.A. richiama, a mero titolo esemplificativo, «*(l) obbligo di fatturazione elettronica nei confronti di qualsiasi amministrazione (art. 1, commi 209 e ss., l. n. 244/2007); (l') obbligo di iscrizione on line alle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado (art. 7, comma 28, d.l. n. 95/2012 s.m.i.); (l'') introduzione del processo civile ed amministrativo telematico con l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali; (l'') obbligo di iscrizione all'università per via esclusivamente telematica e di verbalizzazione on line degli esiti degli esami (art. 48, d. l. n. 5/2012 s.m.i.)*».

²⁷ Com'è risaputo, il principio «*innanzitutto digitale*» (*o digital first*) rappresentava uno dei criteri direttivi contenuti nella Legge Madia nella parte relativa alla riforma del Codice dell'Amministrazione Digitale.

²⁸ Com'è stato, infatti, osservato da attenta dottrina non può essere condivisa l'opinione di chi qualifica il principio *digital first* «*nei termini di un passaggio all'esclusività digitale attraverso lo switch-off della tipologia tradizionale di fruizione dei servizi al cittadino*». Infatti, «*il digital first pare doversi intendere come proiezione verso la piena e prioritaria digitalizzazione dei servizi, con una loro erogazione digitale prima ancora che secondo modalità tradizionali, senza che resti esclusa questa possibilità*» (E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, cit. 155). In tal senso si esprime anche G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, cit., 131, ove si legge che «*il principio digital first è principio generale di sviluppo e riorganizzazione dei servizi, mentre quello di esclusività*

(è come se con l'avvento delle prime lampadine si fossero *d'emblée* vietate le candele!), sia anche foriera di problematiche che si potrebbero di contro evitare se ci si accostasse alle nuove tecnologie in modo più cauto. Ed è proprio di una di queste problematiche, venendo all'oggetto del presente scritto, che si passa più diffusamente a trattare.

2. *Procedure competitive telematiche e malfunzionamento del sistema: le soluzioni fin qui approntate in giurisprudenza*

È indubbio che dall'espletamento delle procedure competitive in via telematica conseguano molteplici e innegabili vantaggi. Infatti, rispetto alle procedure tradizionali, quelle telematiche consentono, non solo di eliminare (o quantomeno di ridurre) taluni costi e disagi per l'utente, ma anche di abbattere drasticamente gli oneri di sistemazione, archiviazione ed elaborazione della documentazione presentata dai concorrenti²⁹.

Ma è parimenti indubbio che le procedure telematiche siano esposte a taluni rischi cui le procedure cartacee sono immuni. Ci si riferisce al c.d. "rischio di rete", dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di *performance* della rete, e al c.d. "rischio tecnologico", causato, a sua volta, dalle caratteristiche dei sistemi operativi utilizzati, i quali, per quanto sviluppati, non sono di certo infallibili.

Ebbene, che succede se in una procedura competitiva di "nuova generazione" un'aspirante concorrente non riesce a presentare la propria domanda di partecipazione entro il termine perentorio proprio per via del malfunzionamento del sistema?

Com'è dimostrato dalla cospicua giurisprudenza formatasi in materia³⁰, si

*digitale, almeno nell'ottica del CAD, è ipotesi eccezionale che richiede un'esplicita previsione normativa dal momento che incide in modo importante sui cittadini e sugli utenti, specie in un contesto, quale quello attuale, nel quale non possono di norma escludersi problemi di divario digitale». Cionondimeno, come continua ad osservare l'A. «il principio di esclusività digitale viene scelto con forza dal legislatore negli ultimi anni in cui si è avuta un'accelerazione della transizione al digitale e quindi la scelta di ricorrere esclusivamente a modalità di comunicazione digitale relativamente a specifici rapporti con l'amministrazione». In termini cfr. anche C. LEONE, *Il principio "digital first": obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015*, in www.giustamm.it, 2016.*

²⁹ Sul punto cfr. P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 129 ss., ove si osserva che «l'innovazione tecnologica (...) consente di migliorare l'attuazione concreta di alcuni principi cardine dell'agire amministrativo, quali la trasparenza, l'efficienza e l'economicità attraverso la dematerializzazione e la semplificazione delle procedure, e allo stesso tempo favorisce un'effettiva concorrenza nel mercato interno». L'A. sottolinea, inoltre, che «il ricorso alle procedure di acquisto on line consente alle amministrazioni di ottenere condizioni economiche più favorevoli grazie alla presenza di un elevato numero di partecipanti alla gara». Più in generale si veda S. CRESTA, *Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 981 ss.

³⁰ A tal riguardo si vedano, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, ordinanze 28 febbraio 2018 nn. 462, 463 e 460, in www.giustizia-amministrativa.it.

tratta di problematica tutt'altro che ipotetica. Più volte, infatti, il Giudice amministrativo è stato chiamato a dare risposta a tale quesito e le risposte che ne sono scaturite non sono, come di consueto accade, univoche. Al riguardo si sono, infatti, formati due contrapposti ed antitetici orientamenti.

Un primo orientamento, che definirei rigorista, tende a ritenere che i rischi sopra menzionati rappresentino un'alea che il concorrente deve prevedere agendo con la dovuta diligenza che s'impone a quest'ultimo *ex art.* 1176, co. 2, del codice civile.

Esasperando il principio di autoresponsabilità del concorrente, si ritiene dunque che il privato debba necessariamente mettere in conto il rischio in parola e, al verificarsi dello stesso, adoperarsi fattivamente per far altrimenti pervenire la domanda di partecipazione entro il termine perentorio. E ciò, si badi bene, anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* della procedura espressamente vieti la possibilità di presentare la domanda senza ricorrere alla piattaforma telematica di cui si avvale l'Amministrazione.

Si ritiene, infatti, che «*il divieto di invio della domanda con modalità diverse da quelle indicate non giustifichi la mancata adozione di tali cautele*»³¹, con la conseguenza che il concorrente che non abbia altrimenti provveduto non possa pretendere, una volta spirato il termine per la presentazione delle domande, di essere benevolmente rimesso in termini.

Pertanto, in base a tale impostazione, il verificarsi di un malfunzionamento del sistema, «*lungi dall'implicare una indiscriminata rimessione in termini di tutte le istanze tardivamente prodotte rispetto alla data di scadenza dei relativi termini, val(e) soltanto a consentire il ricorso a modalità alternative di inoltro, purché comunque entro la scadenza del termine*»³².

Secondo tale ricostruzione non può dunque che rassegnarsi l'aspirante concorrente che non abbia avuto la diligenza di prevedere la possibilità di imbattersi in un malfunzionamento del sistema e che non abbia, di conseguenza, approntato un "piano b" per depositare comunque la propria domanda di partecipazione in termini.

A tale, invero ampiamente minoritario, orientamento se ne contrappone, come si è detto, un altro per il quale, viceversa, «*il rischio inerente alle modalità di trasmissione non [può] far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema*

³¹ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 13 marzo 2017, n. 3420, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso si vendano T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2 maggio 2017, n. 441 e 440; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 novembre 2016, n. 1272 tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³² Così T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 18 gennaio 2013, n. 565, in www.giustizia-amministrativa.it. In tale medesima sentenza, si legge altresì che «[il] malfunzionamento del portale non costituisce circostanza idonea, in mancanza di specifica previsione normativa in tal senso, a determinare una generale riapertura dei termini o rimessione in termini di domande tardivamente proposte» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 18-01-2013, n. 565).

e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti (...), con la conseguenza che il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la procedura»³³. Si ritiene, infatti, che «la diligenza rafforzata dell'operatore economico non può tradursi in una dequotazione del termine perentorio di presentazione delle domande offerte, che altrimenti non avrebbe senso enucleare»³⁴.

In altri termini, secondo tale giurisprudenza, «il rischio del malfunzionamento e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la P.A. si avval(e) (...) non può, anche con riguardo al principio di leale collaborazione tra P.A. e privati, che farsi ricadere sulla stessa P.A., essendo evidente che l'agevolazione che deriva (proprio alla P.A.) dall'uso delle piattaforme informatiche sul fronte organizzativo interno debba recare, quale contrappeso, l'onere di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi»³⁵.

In consimili evenienze l'Amministrazione, dunque, deve senza indugio rimettere in termini il concorrente che non sia riuscito incolpevolmente a presentare la domanda entro il termine perentorio per la presentazione delle stesse.

Entrambi gli orientamenti testé passati in rassegna non sono a mio modo di vedere pienamente convincenti.

Non lo è ovviamente il primo, quello rigorista, perché esso, nel sancire che l'Amministrazione possa accollare sul concorrente un inadempimento a lei riconducibile, finisce per violare frontalmente il principio dell'*espostel*. Principio, quest'ultimo, enucleato dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza Ratti del 1979³⁶ e oggi espressamente positivizzato nell'art. 10-bis della legge n.

³³ Così T.A.R. Lombardia, sez. I, 16 novembre 2017, n. 2177, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso si veda, più di recente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, ordinanza 12 febbraio 2018, n. 756, con la quale si è statuito che «il malfunzionamento del sistema informatico – nella specie, dedotto e provato mediante l'allegazione delle relative schermate informatiche, nonché della risposta fornita dal personale che l'amministrazione aveva preposto per la risoluzione di simili problemi tecnici – ed il conseguente impedimento per il completamento della procedura di inoltro della domanda di partecipazione costituiscono comportamenti antigiuridici che non possono imputarsi alla parte ricorrente (cfr., per analoghe fattispecie, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-bis, sentt. n. 299 del 2018 e n. 4195 del 2017)».

³⁴ Così Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2017, n. 4135, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini si vedano: T.A.R. Campania, sez. III, 16 novembre 2017, n. 5418; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 4 aprile 2017, n. 4195; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, ordinanza 18 luglio 2017, n. 3702; Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2017, n. 3245; T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 22 dicembre 2017, n. 979; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 10 giugno 2017, n. 769; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 13 novembre 2017, n. 2558; T.A.R. Brescia, sez. II, 10 febbraio 2017, n. 88; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486; T.A.R. Bari, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1094, tutte il www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Così T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 1° giugno 2016, n. 2016, n. 345, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Cfr. Corte giust., 5 aprile 1979, in causa 148/79, in *Raccolta*, 1979, 1642 ss., con la quale si è statuito che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa». Con riferimento a tale principio autorevole dottrina ha osservato, prima che lo stesso venisse positivizzato nell'art. 10-bis della legge n. 241/1990, che lo stesso «[pur] non [essendo stato] espressamente applicato al diritto amministrativo nazionale, (...) si rileva particolarmente idoneo ad apprestare tutela tutte le volte in cui

241/1990³⁷, secondo il quale, come noto, «non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione».

Ma a ben vedere neppure il secondo orientamento analizzato va esente da critiche. Esso, pur muovendo dalla condivisibile limitazione dei confini del principio di autoresponsabilità del concorrente, finisce paradossalmente per attribuire agli aspiranti concorrenti che siano incappati nel malfunzionamento del sistema un potenziale vantaggio competitivo rispetto a tutti gli altri concorrenti.

Infatti, i soggetti che vengono rimessi in termini hanno inevitabilmente più tempo a disposizione per formulare la propria domanda rispetto a quelli che hanno, di contro, presentato la stessa entro il termine originariamente fissato.

Del resto, per tale saliente ragione, secondo unanime giurisprudenza la riapertura di un termine già decorso «costitui(sce) violazione del principio della par condicio»³⁸.

3. (Segue): le soluzioni fin qui approntate dal Legislatore

Della problematica in oggetto -che ripeto rileva in tutte le procedure competitive- non si è incredibilmente curato il legislatore del CAD. Non si rinviene,

un'Amministrazione rifiuta di emettere un provvedimento richiesto, trincerandosi sulla mancanza di atti presupposti (di tipo pianificatorio o programmatico), che essa stessa avrebbe dovuto adottare» (così G. GRECO, Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale, in Diritto amministrativo, (a cura di) L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Modena, 2005, 270).

Con riferimento a tale principio cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 16 aprile 2013, n. 155, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si chiarisce che in base al «principio di estoppel, (...) nessuno può avvantaggiarsi del proprio atto illecito».

³⁷ Per un commento all'art. 10-bis della legge n. 241/1990 si rinvia a: D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M. A. SANDULLI, Milano, 2017, 640 ss.; P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa* (a cura di) A. ROMANO, Torino, 2016, 382 ss.; G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro Amm.* T.A.R., 2005, 1554 ss.; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis L. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad "armi pari"*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. TARULLO, *L'art.10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it; F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2011, 353 ss.; M. RAMAJOLI, R.VILLATA, *Procedimento. Art. 10-bis L. n. 241/1990, Il Libro dell'anno del Diritto 2012*, in www.treccani.it; A. FABRI, *Alcune questioni sul c.d. preavviso di rigetto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 661 ss.

³⁸ Così T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2 maggio 2017, n. 440, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini si vedano, tra le tante, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 17 settembre 2015, n. 2816; T.A.R. Liguria, Genova, ord. 30 giugno 2006, n. 310 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 20 luglio 2017, n. 8806, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

infatti, nell'ordito del Codice alcuna disposizione di carattere generale che si presti ad essere applicata in tali evenienze.

A tale grave lacuna legislativa si è recentemente in parte rimediato introducendo una disciplina *ad hoc* nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016).

Il D.Lgs. n. 56/2017, ovvero il sedicente “correttivo”³⁹, ha infatti novellato l'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, rubricato «*fissazione dei termini*», introducendovi un nuovo comma la cui finalità è proprio quella di disciplinare la problematica di cui discorre.

In particolare, il neointrodotta comma 5-*bis* stabilisce che, «*nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante*», «*qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante (...) dispon(e) la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento*». Tale norma precisa, altresì, che «*nei casi di sospensione e proroga (...) la stazione appaltante assicura che (...) sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla*» e che «*la pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara (...) nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno*».

Detta disposizione, che verosimilmente verrà applicata in via analogica anche a procedure diverse da quelle disciplinate dal Codice dei contratti pubblici⁴⁰, non può che essere accolta con favore. E ciò, da un lato, perché rappresenta un tentativo di rimediare ad una grave lacuna normativa e, dall'altro, perché essa, nel consentire agli operatori economici che abbiano già presentato la propria domanda «*di ritirarla ed eventualmente sostituirla*», risolve in radice il problema di compatibilità con il principio della *par condicio* che scaturisce dal secondo orientamento giurisprudenziale che si è analizzato nel paragrafo precedente.

Cionondimeno, alla soluzione individuata dal Legislatore mi pare che si possano, già a prima lettura, muovere tre critiche.

Anzitutto occorre sottolineare che non è affatto scontato che tale disposizione

³⁹ Per un'analisi delle varie novità introdotte da tale Decreto Legislativo si rinvia ad AA.VV., *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche introdotte dal D.Lgs 19 aprile 2017 n. 56*, (a cura di) F. CARDARELLI, M. LIPARI, M.A. SANDULLI, Milano, 2017.

⁴⁰ Del resto, sovente accade che la disciplina contenuta nella legislazione in materia di affidamento di contratti pubblici finisca per assumere rilevanza anche al di fuori di tale specifico contesto. Rappresenta un esempio paradigmatico di tale tendenza la disciplina sul soccorso istruttorio che, dopo le modifiche apportate alla stessa nel 2014, ha in via analogica trovato applicazione anche in altri rami del diritto amministrativo (sul punto si vedano in giurisprudenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 27 maggio 2016, n. 6209 e T.A.R. Campania, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4648, entrambe in *www.leggiditalia.it*. A tal riguardo mi sia consentito anche di rinviare a P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Il dir. dell'economia*, 2017, 818 ss.)

sia applicabile anche nei casi, che dall'analisi giurisprudenziale effettuata sembrano essere quelli più ricorrenti nella prassi, in cui il malfunzionamento venga accertato solo una volta che il termine perentorio sia già decorso. Da un punto di vista tecnico infatti (e lo si comprende anche senza scomodare l'art. 153, co. 2, c.p.c.) altro è la proroga del termine, che per sua natura presuppone che il termine da prorogare non sia ancora spirato⁴¹; altro è la rimessione in termini, istituto non contemplato dalla norma in parola, a cui si fa ricorso qualora il termine perentorio sia già decorso.

Sotto tale profilo non pare, dunque, avventato preconizzare che la norma in questione sarà foriera di contenzioso.

La seconda critica che sembra potersi muovere alla soluzione individuata dal Legislatore è che la stessa inevitabilmente comporta, ogniqualvolta venga accertato il malfunzionamento del sistema, un prolungamento (e quindi un rallentamento) delle procedure. Prolungamento che all'evidenza mal si concilia con la circostanza che il ricorso alle nuove tecnologie dovrebbe, com'è logico che sia e com'è espressamente stabilito dall'art. 12 del CAD, consentire di «*realizza(re) [gli] obiettivi di efficienza, efficacia, economicità*».

Si deve infine evidenziare che il potere attribuito alle Stazioni appaltanti di disporre del termine perentorio in base al verificarsi di un evento quale il malfunzionamento del sistema rischi di essere utilizzato in modo strumentale: si pensi ad esempio al caso in cui il malfunzionamento del sistema venga ad arte pilotato -o in radice inventato- per consentire la presentazione della domanda a Società "amiche" che non erano pronte a presentare la propria domanda entro il termine originariamente fissato. Dunque, anche in chiave di prevenzione della corruzione, la soluzione prescelta non pare francamente essere pienamente appagante.

Sotto tale ultimo profilo è necessario, ad onor del vero, segnalare che tale rischio dovrebbe essere in parte attenuato dal fatto che la norma in parola imponga alle Stazioni appaltanti di denunciare i malfunzionamenti riscontrati all'AGID⁴². La quale, di conseguenza, valuterà se sussistono gli estremi per irrogare al gestore del sistema una sanzione pecuniaria ai sensi art. 32-*bis* del CAD.

⁴¹ Com'è stato a più riprese evidenziato in giurisprudenza è «*ovvio che un termine scaduto non può essere prorogato*» (così Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 161. In termini si vedano: T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 21 giugno 2005, n. 8397; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14 giugno 2013, n. 1559; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2011, n. 1420; Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2001, n. 3349; Cons. Stato, sez. VI, 26 febbraio 1983, n. 1464; Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 1993, n. 954; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 14 maggio 2010, n. 1460, tutte in *www.dejure.it*).

⁴² Tale previsione è stata inserita su impulso del Consiglio di Stato che, in occasione del parere reso sulla bozza del Decreto Correttivo, aveva evidenziato che «*da norma dovrebbe forse prevedere che, in caso di caso di malfunzionamenti, comunque la stazione appaltante comunichi tale circostanza all'AGID ai fini dell'applicazione dell'art. 32-bis del CAD (d.lgs. n. 82/2005) (...). L'attivazione obbligatoria di tale comunicazione potrebbe forse introdurre un elemento di generale deterrenza da comportamenti infedeli, data la rilevanza della materia e ed in relazione agli interessi economici in gioco*» (così Cons. Stato, Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782, in *www.giustizia-amministrativa.it*)

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui detto, mi pare che le soluzioni alla problematica in esame sin qui passate in rassegna siano tutte accomunate dal non essere pienamente soddisfacenti. E il vero problema è che tali soluzioni paiono essere le uniche possibili in un sistema, quale quello che si sta sempre più saldamente radicando, in cui vi è l'obbligo per i concorrenti di presentare le proprie domande di partecipazione in via esclusivamente digitale.

Per tali ragioni a me pare che l'unico modo per evitare che il verificarsi di un malfunzionamento del sistema finisca per andare a elidere principi fondamentali ed irrinunciabili quali quelli della *par condicio*, del *favor participatiois* e della certezza delle tempistiche di una procedura sia quello di stabilire che la presentazione delle domande di partecipazione in via telematica non rappresenti un obbligo, bensì una facoltà, della quale il concorrente può avvalersi accettando il rischio del fisiologico malfunzionamento del sistema. Sarebbe, dunque, necessario riconoscere nelle procedure competitive la possibilità che i concorrenti possano liberamente optare, in luogo della presentazione della domanda di partecipazione in via telematica, per la presentazione in forma cartacea della stessa⁴³.

Tale ricostruzione, tornato alle premesse del presente scritto, pare peraltro essere più coerente con l'impostazione generale secondo cui le nuove tecnologie non devono integralmente sostituire, ma sommarsi, agli strumenti tradizionali⁴⁴. I quali, di conseguenza, non possono e non devono essere del tutto accantonati.

⁴³ Siffatta impostazione è stata considerata con favore da talune sentenze, con le quali, dopo aver accertato le problematiche insite nelle procedure esclusivamente telematiche nel caso in cui si verificano episodi di malfunzionamento del sistema, si è stabilito che «pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione debba predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di malfunzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda» (Cosi' T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 giugno 2016, n. 806, in termini si veda anche T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 9 marzo 2017, n. 340, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁴ Sul punto cfr. G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, cit., 131 ss.

Abstract

Competitive telematic procedures and system malfunction

by Paolo Provenzano

Abstract: In the broader context of the digitization process for the administrative action, this essay critically examines the problems encountered in competitive telematic procedures in case of system malfunction.

Key words: Public procurement; telematic procedures; system malfunction

La valorizzazione di grandi attrattori culturali
tra dinamiche di cooperazione istituzionale
e modelli di turismo sostenibile.
Le funzioni e i modelli di gestione dei beni culturali:
il governo del territorio e il caso Pompei

di Gianpiero Zinzi

SOMMARIO: 1. Il Quadro legislativo di riferimento. – 1.1. La tutela normativa dei beni culturali: l'etimologia e la *ratio* di nuove forme di gestione – 1.2. La gestione dei beni culturali attraverso il contratto di sponsorizzazione. Il dibattito sulla natura giuridica – 1.3. Gli stilemi del contratto di sponsorizzazione: Il caso del finanziamento erogato dalle fondazioni bancarie. – 2. La Gestione dei Beni Culturali esperienze e modelli. – 2.1. Le *best practice* nella gestione dei beni culturali – 2.2. I profili giuridici della sponsorizzazione: il comb. disp. degli articoli 26, 27 e 199 *bis* del Codice dei contratti pubblici, ovvero la linea normativa che costituisce la disciplina di dettaglio delle sponsorizzazioni – 2.3. La sponsorizzazione dei beni culturali nel panorama del partenariato pubblico-privato. – 3. Le sponsorizzazioni dei beni culturali: vecchie e nuove frontiere. – 3.1. Il nuovo Codice dei beni culturali e paesaggistici – 3.2. La legislazione della Regione Campania nel settore di beni culturali – 3.3. Il caso Pompei: dal Piano per Pompei al grande Progetto Pompei – 3.4. Il caso Packard di Ercolano ed una probabile ipotesi per Pompei. – 4. Conclusioni: Il contesto dei beni culturali oggi.

1. *Il Quadro legislativo di riferimento*

1.1. *La tutela normativa dei beni culturali. L'etimologia e la ratio di nuove forme di gestione*

La vastità del patrimonio culturale da tutelare, la scarsità delle risorse pubbliche disponibili, i vincoli di bilancio degli Enti Pubblici, sono alcuni dei motivi che hanno spinto la Pubblica Amministrazione a prestare una sempre crescente attenzione al fenomeno del partenariato pubblico-privato, ed in particolare ai temi della sponsorizzazione e delle erogazioni liberali¹.

Gli istituti, certamente non privi di solide radici nei dettami della *Gundnorm*, coinvolgono le molteplici e diverse attività con cui i privati possono concorrere alla valorizzazione dei beni culturali, realizzando una proficua – ed oramai indispensabile – sussidiarietà orizzontale tesa alla promozione dell'arte, della cultura e della scienza, nonché alla salvaguardia, alla valorizzazione ed allo sviluppo del patrimonio artistico e culturale del Paese².

¹ Problematiche ampiamente analizzate e peculiarmente sviscerate da S. DE MEDICI, M.R. PINTO, *Valorizzazione dei beni culturali pubblici e strategie di riuso*, in «Technè», 3(2012), pp. 140-147.

² Sul punto, M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, 2008, p. 213; A. MATTIONI, *Cultura e persona nella Costituzione*, in L. DEGRASSI (a cura di),

Ma – è bene sin d'ora precisarlo – la vera novità nel panorama nazionale normativo (oltrech  gestionale) dei beni culturali³   rappresentata dal contratto

Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici, 2008, p. 16 ss.

³ A proposito del panorama nazionale normativo dei beni culturali, non possiamo non tracciare brevemente un *excursus* sulla legislazione preunitaria in materia di tutela delle cose di interesse storico ed artistico che, seppur frammentaria, si rinviene intorno alla terza met  del XVI secolo nel Granducato di Toscana (cfr. M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo speciale*, Tomo II, a cura di S. CASSESE, Giuffr , Milano 2003, pp. 1449 ss.). Pertanto, la prima legge, risalente al 1571, vietava agli acquirenti di palazzi antichi di rimuovere iscrizioni ed insegne. Seguì la deliberazione del 1602 del Granduca di Toscana per la citt  di Firenze, che fece assoluto divieto di asportare pitture in altra citt  dello Stato senza la licenza concessa dal “luogotenente dell'accademia del disegno”: un provvedimento quest'ultimo non discrezionale ma condizionato alla verifica dell'inesistenza in vita dell'artista. Tale disciplina venne sostanzialmente confermata dall'editto del 26 dicembre 1754, avente ad oggetto la protezione delle “cose rare”, poi ripreso nel 1860 quando il governo provvisorio lo estese pure alla conservazione dei monumenti. Bisogner  attendere il 1745 perch  in Lombardia un decreto di Maria Teresa stabilisca il divieto di esportazione per gli oggetti d'arte (cfr. M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico e storico*, Padova, Cedam, 1953, p. 18). In Veneto, invece,   del 1773 l'istituzione del primo catalogo delle “pubbliche pitture” e della figura dell'ispettore generale, con obblighi di vigilanza e di controllo dello stato di conservazione e manutenzione dei singoli oggetti (cfr. M. SPERONI, *La tutela dei beni culturali negli stati preunitari*, ne *L'et  delle riforme*, I, Milano, Giuffr  1988, pp. 191 ss.). Nel Regno di Napoli e Sicilia, nel 1755 non si pu  non menzionare anche la “prammatica LVII” del Re Carlo di Borbone in risposta alle esigenze di conservazione degli oggetti d'arte. Ma il provvedimento pi  importante, in quanto teso ad imporre vincoli alla disponibilit  di beni anche privati, resta il decreto emanato da Ferdinando I di Borbone nel 1822. Questo provvedimento, avente ad oggetto la tutela non solo degli edifici, dei monumenti e degli scavi, ma anche di tutti gli oggetti storici ed artistici, stabiliva infatti il divieto di togliere gli oggetti storici ed artistici dalle chiese e dagli edifici pubblici, proibendo, altresì, l'esportazione di tali oggetti, ancorch  di propriet  privata, in mancanza di apposita licenza rilasciata dallo stesso sovrano dietro giudizio della *Commissione di antichit  e belle arti*.   nello Stato Pontificio che si assiste, nondimeno, ad un fiorire di provvedimenti normativi in materia, specie con il ritorno dei Pontefici a Roma. Tali provvedimenti presentavano il dato comune di impedire la distruzione delle cose d'arte, preservandole dall'incuria dei proprietari e dall'ignoranza dei cittadini e di vietare l'esportazione degli oggetti d'arte senza espressa licenza (cfr. M. CANTUCCI, *La tutela*, cit., p.10). Contrariamente alle aspettative, il conseguimento dell'unit  d'Italia non apport  un miglioramento delle forme di tutela dei beni culturali (cfr., sulla legislazione postunitaria, E. MATTALIANO, *Il Movimento legislativo per la tutela delle cose d'interesse artistico e storico dal 1861 al 1939*, in *Ricerca sui beni culturali*, a cura di G. Limiti, Camera dei deputati, Roma, Grafica Romana, 1975). La dispersione del patrimonio artistico per alienazioni e donazioni fu quindi facilitata dalla mancanza di una legge organica che si ebbe solo agli inizi del XX secolo, mentre l'unico provvedimento di politica culturale di quegli anni fu rappresentato dalla legge n.2359 del 25 giugno 1865, che sancì la facolt  dell'amministrazione di disporre l'espropriazione dei monumenti se mandati in rovina per incuria dei proprietari. Successivamente all'unificazione, l'esigenza di una disciplina generale unitaria, auspicata gi  dalla legge 286/1871, trov  soddisfazione solo nella legge 185/1902 e nel suo regolamento d'esecuzione (431/1904) – (cfr. F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffr , 2002, p. 7) – che fu sostituita dalla legge n.364/1909 (c.d. legge Rosadi), diretta progenitrice della normativa contenuta nel T.u.b. cult. n. 490/1999 (cfr. S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, ne *L'Amministrazione dello Stato*, Milano, Giuffr , 1976). Sia la legge

di sponsorizzazione che, al di là delle questioni tecnico-giuridiche che ancora alimenta, sembra tracciare la strada verso una nuova visione del 'prodotto' culturale, sempre più orientato verso una gestione manageriale e meno 'romantica' del patrimonio culturale.

Avremo modo di osservare come la sponsorizzazione, nel porre in correlazione privati finanziatori e pubbliche istituzioni, dia luogo ad un rapporto inedito per il settore dei beni culturali volto, da una parte, ad assicurare promozione, tutela e valorizzazione delle opere d'arte e di cultura, dall'altra, a fornire al privato finanziatore visibilità economica e pubblicitaria (oltre a considerevoli sgravi fiscali)⁴.

Si noti, infatti, come la sponsorizzazione *attiva*, quella cioè in cui l'Amministrazione funge da *sponsor* per attività meritevoli di sostegno pubblico, abbia registrato negli anni una brusca frenata. Di converso, nuovo e più vigoroso impulso ha coinvolto le sponsorizzazioni in cui la P.A. è chiamata ad assumere il ruolo di *sponsee*⁵, obbligandosi a divulgare il nome o il marchio dello *sponsor* nelle manifestazioni dell'attività oggetto dell'accordo, ovvero a tenere determinati comportamenti a favore dello stesso.

In concreto, la peculiarità di un siffatto contratto risiede nel legame che si instaura tra l'attività dello sponsorizzato e la notorietà di un marchio commerciale, al fine di ottenere, da parte di quest'ultimo, un ritorno mediatico-pubblicitario⁶.

E la *ratio* di tale nuova opportunità nel panorama delle forme di gestione/ finanziamento dei beni culturali (perché di opportunità si tratta!) trova una granitica e cristallina spiegazione nell'etimologia del termine.

del 1902 che quella del 1909 furono importanti, perché limitarono i diritti dei proprietari, fissando per la prima volta criteri generali, abbandonando la strada dei provvedimenti singoli, in un periodo, quello della politica liberalizzatrice, che non vedeva di buon occhio le limitazioni alla proprietà privata. Probabilmente fu questo il motivo per cui la dottrina dell'epoca non riconobbe la portata innovativa di tali principi cercando, invece, di incanalarli nei più conosciuti istituti delle servitù pubbliche, degli oneri reali e delle limitazioni amministrative alla proprietà privata. La normativa del tardo fascismo fu più completa e rappresentò un autentico programma di politica della cultura. L'impegno principale interessò i campi in cui, per l'opinione dell'epoca, si trovavano i principali beni culturali: le cose d'arte (legge del 1939, n. 1089), le bellezze paesistiche (legge del 1939, n. 1497) e gli archivi (legge del 1939, n. 2006). Per approfondimenti, cfr. M.S. GIANNINI, *Disciplina della ricerca e circolazione delle cose di interesse archeologico*, in *Convegno internazionale sulla tecnica e il diritto nei problemi dell'odierna archeologia*, Roma, C.N.R., 1963, pp. 234 ss.

⁴ Cfr. *Funditus*, Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A, *Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate*, Cap. V, *Profili fiscali*. Per un'attenta analisi del fenomeno, *ex multis*, S. CAVALIERE, *Le sponsorizzazioni e la tutela del patrimonio culturale*, in *Amministrazione in Cammino*, 2012.

⁵ Vale a dire lo sponsorizzato, ovvero il fruitore di finanziamenti, benefici, vantaggi diretti o indiretti.

⁶ F. FABRIS, *La sponsorizzazione dei beni culturali ed il sostegno economico nel mondo dell'arte*, in *Businessjus.com*.

Seppure, *prima facie*, il significato richiami alla mente il lemma anglosassone *sponsorship* da intendersi come 'lo stato di essere *sponsor*', occorre precisare che l'accezione italiana si focalizza sull'attività del soggetto *sponsor*, più che sullo stato del soggetto *sponsor*, in ciò rifacendosi in maniera indefettibile all'origine latina del concetto: *sponsor* come derivato di *spondeo* secondo la formula latina della *Sponsio*, istituto giuridico con cui un soggetto estraneo all'obbligazione principale assumeva – seppur in via sussidiaria – la garanzia della stessa. Il soggetto che rispondeva *spondeo* alla domanda «*centum mihi dari spondes?*», ne diveniva garante⁷.

Ciononostante, le sponsorizzazioni sono un fenomeno giuridico piuttosto recente per l'ordinamento italiano.

Le prime forme introdotte in Italia risalgono agli anni Cinquanta del Novecento e riguardarono il settore degli sport di massa, realizzando una sorta di pubblicità *indiretta* con effetti di lungo periodo, differente dalla pubblicità *vera e propria*, che invece produce ricadute tendenzialmente nell'immediato, attraverso la creazione di un messaggio pubblicitario *ad hoc* nei modi, tempi e termini convenuti.

La differenza tra i due messaggi pubblicitari è sostanziale: nel primo caso, l'oggetto principale dello *spot* è l'evento, l'avvenimento o l'intervento utilizzati per propagandare il nome o il marchio dell'impresa. Nel secondo caso, l'oggetto che assume ruolo di centralità è la propaganda esplicita sullo stesso imprenditore, sui prodotti o sui servizi da esso erogati al pubblico⁸.

Ma, come vedremo, il fenomeno della sponsorizzazione dei beni culturali è molto più recente, se non – per certi versi – ancora in gestazione. Dovremo infatti attendere l'ultimo decennio del XX secolo per vedere assumere al contratto di sponsorizzazione privata dei beni artistici una forma tangibile e definitiva, seppur amorfa.

La *tutela* dei beni storici e artistici cui la Repubblica tende, riservando precisi spazi di intervento alle varie manifestazioni della pubblica autorità che la costituiscono (art. 9 Cost.)⁹, in uno con il regime della loro *valorizzazione* (comma 3 art.

⁷ Sul punto, *Funditus*, M. DE PAOLIS, *Le erogazioni liberali e il contratto di sponsorizzazione con la P.A.*, 2015.

⁸ Sull'evoluzione del contratto di sponsorizzazione dei beni culturali, cfr. G. PIPERATA, *Sponsorizzazione e interventi di restauro su beni culturali*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2005; R. ROSSOTTO, *Contratti di sponsorizzazione: opportunità giuridiche*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2010.

⁹ Sul dibattuto tema dell'art. 9, ancora aperto a spunti di riflessione, interessanti e preziose le osservazioni – che raccolgono una singolare bibliografia – di MERUSI, *sub art. 9*, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna-Roma, 1975, 446; CECCHETTI, *sub art. 9*, in *Comm.* Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino 2006, I, 221; CARPENTIERI, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005, 2; SETTIS, *La tutela del patrimonio culturale e paesaggistico e l'art. 9 Cost.*, Napoli, 2008; CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, ne *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, 1976; FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio (e il riparto di competenze tra Stato e Regioni)*, in *RGUr*, 2009; MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002.

117 Cost.)¹⁰, che apre, tra l'altro, importanti spazi di intervento ai privati, trova in una pluralità di disposizioni validi strumenti operativi volti non solo ad attuarne i nobili precetti, ma anche ad incentivarne il perseguimento per il tramite di sempre nuove forme di azione.

Su tutti, il d.lgs. 42/2004, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio (di seguito Codice bb.cc.), ove, pur se attraverso due sistemi alternativi e spesso concorrenti (si pensi alle erogazioni liberali ed alle sponsorizzazioni), l'ordinamento si apre a nuovi protocolli negoziali atipici, in grado di garantire appieno l'attuazione tanto delle istanze di tutela poste dal Costituente tra i principi fondamentali, quanto delle aspirazioni di valorizzazione demandate alla legislazione concorrente Stato-Regioni.

È su queste basi giuridiche che i cronici problemi di bilancio ed i vincoli economico-finanziari degli Enti hanno contribuito a determinare la crisi del modello dell'esclusivo intervento pubblico nel 'pianeta cultura', aprendo inevitabilmente ad innovative *species* contrattuali riconducibili al fenomeno del partenariato pubblico-privato.

L'utilizzabilità di tale modello non appare, invero, priva di conseguenze problematiche: in primo luogo, la possibilità di conciliare il perseguimento del profitto da parte dei privati, ma anche le ragioni dell'economicità e dell'efficienza

¹⁰ A tal riguardo è opportuno precisare che l'articolo 117, secondo comma, lett. s, del nuovo Titolo V della Costituzione ha annoverato la "tutela dei beni culturali" tra le materie di competenza esclusiva dello Stato (prevedendo, altresì, la possibilità di attivare, su iniziativa della Regione interessata, ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.), mentre l'art. 117, terzo comma, Cost., ha incluso la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali" tra le materie di legislazione concorrente. Inoltre, l'art. 118, terzo comma, Cost., ha devoluto alla legge statale il compito di disciplinare "forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali" tra Stato e Regioni. La legge di riforma costituzionale approvata in via definitiva il 16 novembre 2005 non prevede modifiche rispetto a questa ripartizione (sconfinata la letteratura sul tema, che trova però interessanti spunti anche di approfondimento bibliografico in F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2002). La legislazione italiana, tuttavia, ha acquisito la piena consapevolezza dell'importanza della valorizzazione solo negli ultimi anni, sebbene il suo concetto sia insito fin dalle origini nella nostra popolazione. In precedenza, il compito di preservare i beni artistici del nostro Paese era demandato solo agli interventi di tutela, in quanto la fruizione non era lo scopo primario. Nella legge 1089/1939 si possono trovare alcune disposizioni che miravano alla salvaguardia della fruizione pubblica, quali: l'art. 24, che non consentiva che fosse rilasciata autorizzazione agli enti pubblici per la vendita di beni culturali se da ciò fosse derivato danno alla conservazione o ne fosse menomato il pubblico godimento; l'art. 53, che prevedeva il potere del Ministro di obbligare i proprietari di cose immobili di eccezionale interesse e di collezioni o serie di oggetti, notificate, di ammettere alla visita di tali beni per scopi culturali. Inoltre, nel R.D. 363/1913 si trova l'art. 28, che stabilisce che nelle chiese le cose d'arte e antichità debbano essere liberamente visibili a tutti in ore a ciò destinate. Tuttavia, non vi era l'espressa indicazione, tra le finalità, della valorizzazione dei beni culturali, che solo con il d.lgs. 112/1998 diventa ufficialmente una finalità. (cfr. NOVARESE, *La corte costituzionale e la tutela del paesaggio*, in «Ambiente», 1994).

con le ragioni dell'imparzialità, dell'equità (fruibilità pubblica del bene da parte delle classi meno abbienti) e dell'utilizzo del bene (aspetto sociale e culturale della fruizione del bene).

Ciononostante, il partenariato ben si presta ad essere esportato nel settore dei beni culturali, soprattutto a fronte dell'elevata visibilità che alcune strutture bisognose di intervento consentono di procurare allo *sponsor* privato¹¹.

Una nuova forma di mecenatismo culturale, che si fonda sul regime fiscale agevolativo¹² per il privato benefattore¹³, oltreché su importati ritorni di immagine – economici e commerciali – ma che non intacca le prerogative dell'Amministrazione circa il governo del bene culturale.

Non è un caso, quindi, che l'affermazione delle nuove forme negoziali nel campo culturale abbia vissuto un progressivo, ma lento, sviluppo nomologico, investendo dapprima l'area artistica 'immateriale', e solo in tempi recenti il campo delle *res* culturali.

Il primo tentativo di 'collaborazione' promozionale nel settore *de quo* è rappresentato dalla L. 223/1990 (c.d. Legge Mammì) che, all'art. 8 comma 12¹⁴, qualificava la sponsorizzazione come un contributo proveniente da imprese pubbliche o private, non dedite ad attività televisiva o radiofonica, al finanziamento dei programmi, con il fine di promuovere i propri marchi, prodotti, nome, servizi o immagini.

¹¹ Per un esame aggiornato e dettagliato sulla valorizzazione dei beni culturali, cfr. G. SEVERINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, relazione al convegno di studi *Valorizzazione e dismissione dei beni pubblici: contenuti, esperienze e prospettive*, Università degli studi di Padova, 24 maggio 2013; G. LADDAGA, *Le forme di gestione dell'attività di valorizzazione dei beni culturali*, in *Gazzetta ambiente*, 3, 2009.

¹² Per la disciplina fiscale del c.d. mecenatismo culturale, cfr. G. RIVETTI, *Sponsorizzazioni: beni culturali con lo sponsor privato*, in *Italia Oggi*, 28 giugno 2004; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1-2, 2012.

D.L. 342/2000, art. 38, recante "Erogazioni liberali per progetti culturali?". Per il commento della norma, cfr. L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2001.

¹³ Per l'analisi del differente regime fiscale delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni, cfr. Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A, *Approvazione delle norme tecniche e linee guida...*, cit., Cap. V, *Profili fiscali*. Nel D.M. si analizzano le questioni attinenti alla qualificabilità delle spese sostenute dall'impresa privata sponsorizzante come "spese di pubblicità e di propaganda", ovvero come "spese di rappresentanza", e le questioni attinenti all'assoggettabilità ad IVA delle prestazioni ricevute dalla P.A. nell'ambito del rapporto di sponsorizzazione. In merito alle agevolazioni fiscali per gli *sponsor*, occorre rilevare come la L. 343/2000 mostri notevoli similitudini con l'art. 100, comma 2 lett. m) del TUIR, che impone limiti e severi controlli per evitare che le agevolazioni fiscali si traducano esclusivamente in risparmio per le imprese e minor gettito per l'erario.

¹⁴ La Legge, recante la disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, recepisce la direttiva CEE 552/1989. La norma, nell'adottare una disciplina generale circa i limiti dell'autonomia privata nella gestione del sistema radiotelevisivo, al comma 12 dell'art. 8, recante "Disposizioni sulla pubblicità", dettava la definizione di sponsorizzazione.

Solo nella seconda metà degli anni Novanta, in concomitanza con la stagione della grande riforma della P.A. a Costituzione invariata, il legislatore decide di intervenire in maniera più incisiva sulle sponsorizzazioni, con le previsioni dell'art. 43 L. 449/1997, poi richiamate espressamente dall'art. 119 d.lgs. 267/2000 (T.U.E.L.), al fine di favorirne l'utilizzo anche da parte degli Enti Locali.

L'art. 43 prevedeva, infatti, la possibilità per le PP.AA. di stipulare “*contratti di sponsorizzazione e di collaborazione tra soggetti pubblici e privati finalizzati a migliorare la qualità dei prodotti-servizi resi dagli enti pubblici ed assicurare economicità ai processi formativi dei servizi, ovvero garantire l'innovazione nei processi produttivi*”.

La validità dell'impostazione della norma ed il suo elevato grado di profittevole utilità sociale ne consigliarono la trasposizione nel TUEL, così da estenderne gli auspicati effetti positivi all'ampia platea degli Enti Locali: categoria istituzionale da sempre alle prese con atavici, e mai sopiti, problemi di bilancio.

Queste, dunque, le premesse che hanno determinato la collocazione dei principi della valorizzazione dei beni culturali nel Codice bb.cc., ove, in attuazione dei precetti costituzionali, si prevede che “*la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*” (art. 6 comma 3), ed ancora, che la stessa valorizzazione, anche se con l'apporto dei privati, dovrà essere comunque attuata “*in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze*”.

1.2. *La gestione dei beni culturali attraverso il contratto di sponsorizzazione. Il dibattito sulla natura giuridica*

Abbiamo avuto modo di osservare come la sponsorizzazione dei beni culturali assuma un significato di particolare pregnanza per le ricadute positive che determina, non solo in termini di accordi – e quindi di reciproci benefici – tra proprietario pubblico e *sponsor* privato (giusto il principio di sussidiarietà *ex* art. 118, comma 4 Cost.), ma anche quale strumento idoneo a garantire la realizzazione della tutela e della valorizzazione del patrimonio artistico culturale, in ottemperanza ai dettami dell'art. 9 Cost.¹⁵.

Ciononostante, sino all'entrata in vigore del Codice bb.cc., il legislatore, pur a fronte di molteplici casi di intervento privato nel finanziamento di opere su beni culturali, non era intervenuto in modo organico per regolamentarne la disciplina, con la conseguenza che il sostegno dei privati alla salvaguardia e valorizzazione del patrimonio culturale risultava incardinato, di volta in volta,

¹⁵ A. FANTIN, *La sponsorizzazione dei beni culturali: nuovi orizzonti del partenariato pubblico privato*, cit.; Cfr. anche S. MABELLINI, *La valorizzazione come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come 'funzione' della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico*, in *Diritto e Società*, 2, 2012, pp. 203 ss.

in schemi contrattuali già tipizzati quali donazioni modali¹⁶, appalti di servizio o contratti pubblicitari¹⁷.

Un'operazione ermeneutica siffatta non si confaceva però alle finalità proprie della sponsorizzazione, da intendersi come valorizzazione e tutela dei beni culturali, a fronte di un apporto del soggetto privato che riceve come controprestazione l'associazione tra l'iniziativa sponsorizzata ed il proprio nome, prodotto o attività.

Ecco che, alla definizione generale elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, si ispira il modello offerto dall'art. 120 Codice bb.cc. da cui emerge – così le *Linee guida* elaborate dal MIBAC – la definizione stessa di sponsorizzazione, quale “*negozio innominato, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, stipulato tra uno sponsee, che nell'ambito di iniziative destinate al pubblico (quali lavori di restauro di beni di valore storico e/o artistico) si obbliga a fornire prestazioni di veicolazione del nome, del marchio, dell'attività, dell'immagine o dei prodotti dell'altra parte, ed uno sponsor (generalmente un'impresa) che si obbliga, in cambio della suddetta veicolazione ad una prestazione pecuniaria, ovvero ad assumere in proprio la realizzazione di lavori, servizi o forniture in favore dello sponsee*”¹⁸.

Il dibattito sulla natura giuridica della sponsorizzazione, che con tale intervento ermeneutico sembra giunto a conclusione, si è mostrato negli anni tutt'altro che pacifico.

Dopo una qualificata serie di interventi legislativi¹⁹, dottrinali²⁰ e giurisprudenziali²¹, il negozio in oggetto è oggi annoverato – quantomeno dall'opinione maggioritaria – fra i contratti atipici onerosi con prestazioni corrispettive, ove la

¹⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 4034 del 31 luglio 2013. Il Collegio, soffermandosi sulla natura giuridica del contratto *de quo*, mutua l'interpretazione secondo cui la sponsorizzazione sia da qualificarsi alla stregua di contratto gratuito modale, laddove il *modus* è costituito dal c.d. ritorno pubblicitario per lo *sponsor*. *Idem*, Cass. Civile, sez. III, sentenza 21 maggio 1998, n. 5086.

¹⁷ F. MASTRAGOSTINO, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteristiche e fattori di specialità*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2010.

¹⁸ Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A *Norme tecniche e linee guida* ..., cit., Cap. I, Par. 1.1.

¹⁹ Art. 43, L. 449/1997; art. 119, d.lgs. 267/2000; art. 26, d.lgs. 162/2006.

²⁰ Sul dibattito in merito alla natura giuridica della sponsorizzazione, ampio l'*excursus* affrontato da S. CAVALIERI, *La sponsorizzazione e la tutela del patrimonio culturale*, cit., ove l'A. richiama, fra gli altri, il pensiero di M. VERONELLI, secondo cui “*vi è un'ambiguità di fondo, dato che il legislatore codicistico, per le sponsorizzazioni, utilizza sia la disciplina relativa ad un contratto, sia quella relativa ad un istituto di diritto amministrativo*”, ne *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, 8, 2005, p. 888. Cfr. anche M. BIANCA, *Il contratto di sponsorizzazione*, 1990, p. 26; S. GATTI, *Sponsorizzazione*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, pp. 509 ss.; M. V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, 1998, pp. 94 ss.; R. TOMEI, V. D. SCIANCELEPORE, *Sponsorizzazione (contratto di)*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, 2008, p. 830; C. SRUBEK TOMASSY, *Il contratto di sponsorizzazione*, ne *Il corriere del merito*, 7, 2010, p. 718.

²¹ *Ex multis*, Cass. Civile, sez. III, sentenza 21 maggio 1998, n. 5086, ove si configura l'operazione condotta dalle parti alla stregua di una donazione modale, più che alla stregua di un contratto a prestazioni corrispettive.

partecipazione di privati può utilmente essere considerata un'efficace forma di collaborazione e partenariato per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e culturale. Sulla stessa scia, seppur con argomentazioni differenti, chi ha ritenuto di poterlo rappresentare come un'obbligazione dotata di 'tipicità sociale'²².

È pur vero, inoltre, che le sue prime applicazioni avevano fatto dubitare della stessa legittimità del protocollo negoziale²³ quando a parteciparvi fosse stata una P.A. Il legislatore (art. 43 L. 449/1997), infatti, aveva riservato la possibilità di stipula ai soli Enti Statali²⁴ (sponsorizzazioni passive cc.dd. dure): previsioni, comunque, che pur legittimando il ruolo e l'intervento della P.A. nel contratto, non scioglievano il nodo fondamentale sulla sua natura giuridica e sulle procedure da adottarsi in caso di contraente pubblico²⁵.

Quanto espresso, posto in relazione alla molteplicità di manifestazioni in cui – nella prassi – si sostanzia la sponsorizzazione, ha legittimato numerosi tentativi di ricondurne la natura a diversi contratti tipici, quali il contratto d'opera, l'appalto di servizi, lo schema locativo, la somministrazione, il mandato e, finanche, i rapporti associativi. Tutti esempi di 'ingegneria contrattuale' incentrati pur sempre sugli stilemi dell'art. 1322 c.c., ma focalizzati sull'atipicità relativa di singole clausole di negozi nominati e non, come invece oggi ritenuto dai più, sull'atipicità assoluta di cui al secondo comma dello stesso articolo.

Come noto, nessuno di tali tentativi ha avuto successo, affermandosi il convincimento, confermato dalla giurisprudenza²⁶, che la sponsorizzazione *de quo* sia invero un negozio atipico.

Peraltro, si riscontra come in passato proprio l'atipicità che connota tale accordo ne abbia ostacolato l'utilizzabilità da parte delle PP.AA., in omaggio al principio di stretta legalità che investe l'agere amministrativo. Orientamento oramai superato dall'opposto principio secondo cui la P.A., al pari di qualsiasi altro soggetto giuridico, gode di autonomia contrattuale, e come tale anche della capacità di stipula di contratti atipici, purché meritevoli di tutela²⁷.

²² Sulla tipicità sociale del contratto di sponsorizzazione, cfr. E. GIACOBBE, *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Rivista di Dir. Civ.*, 1991, pp. 403 ss.

²³ *Ex multis*, Consiglio Giust. Amm. Sic., sez. giur., 28 aprile 1997, n. 35.

²⁴ Come visto, solo successivamente tale facoltà è estesa agli Enti Locali, prevedendosi all'art. 119 TUEL la possibilità di "stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi".

²⁵ Per uno studio sulle sponsorizzazioni cc.dd. attive, cfr. A. PORPORATO, *La sponsorizzazione culturale attiva ed i beni culturali "immateriali"*, ne *Il diritto dell'economia*, 26/81, 2, 2013, pp. 537-556.

²⁶ *Ex multis*, Cons. di Stato, sez. IV, 4 dicembre 2001, n. 6073; Cass. Civ., sez. I, 13 dicembre 1999, n. 13931.

²⁷ Il principio trova conferma sul piano normativo agli artt. 1, comma 1bis, L. 241/1990 e 2, commi 3 e 4, Codice cc.pp., nonché nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha sottolineato la necessità di tenere distinto il principio di tipicità dei contratti dal principio di tipicità del provvedimento amministrativo (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6073 del 2001).

Il superamento definitivo del *vulnus* è avvenuto a far data dal 2006, con l’emanazione dell’art. 26 Codice cc.pp.²⁸ che, seppur con le lacune ed incertezze già analizzate, ha dettato una disciplina organica e generale della fattispecie, delineandone le procedure²⁹ e gli effetti sui contenuti.

In buona sostanza, siamo di fronte ad un contratto consensuale di natura patrimoniale con prestazioni corrispettive, ‘colorato’ da un’indubbia matrice sinallagmatica³⁰ senza la quale le erogazioni finanziarie dello *sponsor* potrebbero ritenersi dazioni liberali o ipotesi di qualsivoglia altra forma di finanziamento legata a promozioni pubblicitarie. Non può, infatti, definirsi sponsorizzazione culturale il mero contributo di un privato che non sia posto in relazione strumentale con la progettazione e la realizzazione dell’iniziativa dell’Ente Pubblico tesa alla tutela di un bene artistico e/o culturale³¹.

A tal riguardo, la Convenzione per il restauro del Colosseo stipulata tra il Commissario delegato di Roma ed Ostia antica, la Soprintendenza per i beni archeologici di Roma e la Tod’s S.p.A., è uno degli esempi più pertinenti per rappresentare al meglio l’essenzialità di certe forme di collaborazione tra *sponsor* privati e *sponsee* pubblici, se solo però si ha cura di stabilirne con chiarezza ed organicità i contenuti e gli ambiti di operatività: una sponsorizzazione passiva pura in cui il soggetto privato si è impegnato a versare la somma onnicomprensiva di 25 milioni di euro per realizzare un dettagliato piano di interventi di restauro e recupero del Colosseo. Alla base, un contratto che definisce i tempi, i termini ed i modi dell’intervento, nonché la clausola di esclusiva per la società Tod’s ed i poteri di controllo riconosciuti rispettivamente allo *sponsor* ed al soggetto pubblico.

Inevitabile quindi che, a fronte dell’esito positivo dell’operazione Colosseo (sulla scorta anche delle esperienze precedentemente acquisite), non siano mancati ulteriori tentativi di partenariato e Piani – più o meno straordinari – di intervento messi in campo dal MIBAC e dalle Soprintendenze. Esperienze, inve-

²⁸ Cfr. *Funditus*, G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali*, cit.

²⁹ L’estensione dell’applicabilità dell’art 26 anche ai contratti assimilabili alle sponsorizzazioni determina che le procedure semplificate previste in tale norma possano trovare applicazione anche per i cc.dd. accordi di collaborazione tecnica previsti dall’art. 43 L. 449/1997 e dall’art. 119 TUEL.

³⁰ *Contra* M. BASILE, *Rapporti tra soggetti pubblici e privati ai fini di valorizzazione dei beni culturali*, in *Ec. e Dir. del terz.*, 2, 2004, p. 266. Secondo l’A. il Codice non attribuisce alle prestazioni dedotte in obbligazione carattere sinallagmatico, ma piuttosto pone in evidenza l’aspetto collaborativo del rapporto.

³¹ Per un esempio di trattativa precontrattuale arenatasi a seguito delle verifiche poste a tutela della dignità e del decoro del bene pubblico, si veda P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, in *Rivista di arte e diritto on line*, 1, 2014. L’A. riporta il caso di un’azienda aerea internazionale che proponeva un contratto di sponsorizzazione, con possibilità di utilizzo del Colosseo in modo ritenuto dalla P.A. non confacente alla dignità ed al decoro del monumento.

S. PELUSO, *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità e criticità dello strumento alla luce del caso Colosseo*, in *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 2, 2014, p. 278 ss.

ro, caratterizzate da una variegata gamma di risultati: ad attività foriere di procedimenti più che proficui, si affiancano tentativi di sponsorizzazione (mediata o diretta) arenatisi, talvolta, nella fase fisiologica del rapporto, sulle secche di complesse vicende burocratico-giudiziarie, talaltra già nella fase genetica delle trattative precontrattuali.

In un quadro sistematico-ordinamentale ed esperienziale così definito, la nostra attenzione non può che ritornare ad un'analisi critica e metodica degli svariati tentativi di intervento sulle aree archeologiche dell'area Vesuviana, significativamente il primo "Piano per Pompei" del 1997, cui ha fatto seguito il "Grande Progetto Pompei" del 2012, in uno all'"*Herculaneum Conservation Project*"³², per valutarne le premesse, il percorso attuativo ed i riscontri finali dell'attività di recupero, oltreché per verificare la fattibilità complessiva dei progetti e la possibilità di estenderne l'applicazione ad altri siti. In particolare, appare necessario condurre un significativo esame sull'esito della *public-private partnership* di recupero dell'antica città di Ercolano, al fine di valutare l'opportunità di estenderne l'esperienza al vicino sito pompeiano, preso atto dei risultati non pienamente soddisfacenti conseguiti con i progetti sinora messi in campo.

1.3. *Gli stilemi del contratto di sponsorizzazione. Il caso del finanziamento erogato dalle fondazioni bancarie*

L'art. 26 comma 1 del Codice cc.pp., in uno con le disposizioni del Codice bb.cc. (significativamente l'art. 120), detta le linee guida per l'individuazione degli elementi qualificanti il contratto di sponsorizzazione, delineandone l'oggetto, la causa, l'accordo e la forma.

Al riguardo, il Consiglio di Stato³³ ha chiarito che qualora parte contrattuale sia una P.A., è necessario che le iniziative siano collegate al perseguimento di interessi pubblici, prive di motivi di conflitto di interesse tra attività pubblica e privata, nonché foriere di risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti necessari.

Ne consegue che, circa l'individuazione dell'oggetto, la prestazione dello *sponsor*, oltre che rispettosa dei canoni previsti dall'art. 1346 c.c. (possibilità, liceità e determinatezza o determinabilità), possa consistere sia nella dazione di somme di denaro, sia in prestazioni di dare o *facere sub species* di lavori, servizi e forniture acquisiti o realizzati a sua cura. Sul punto, il Collegio ha rilevato che "la prestazione dello sponsor è solitamente determinata o determinabile e consistente nel pagamento di un corrispettivo in denaro. Nella prassi, gli obblighi dello sponsee risultano

³² L'*Herculaneum Conservation Project* rappresenta un esempio di partenariato pubblico-privato concretizzatosi tra la Soprintendenza ai beni archeologici di Napoli e Pompei e la Fondazione Statunitense Packard, per il recupero e la valorizzazione del sito archeologico dell'antica città di Ercolano.

³³ Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6073/2001.

*piuttosto generici, senza che però ciò comporti l'invalidità del contratto in quanto dal contesto contrattuale è in genere determinabile la prestazione richiesta, che potrà essere comunque meglio specificata durante l'esecuzione del contratto*³⁴.

In quest'ottica, la sponsorizzazione è da ritenersi un contratto atipico anche alla luce della causa che lo contraddistingue, giacché la funzione economico-individuale demandatagli dalla pratica degli affari è da ravvisarsi nell'assunzione da parte dello sponsorizzato (lo *sponsee*), normalmente in cambio di un corrispettivo, dell'obbligo di associare a proprie attività il nome o il segno distintivo di altro soggetto (lo *sponsor*), quale forma di pubblicità indiretta. Lo *sponsor* è titolare dell'interesse alla propaganda del suo nome, della sua attività o dei beni e servizi da lui offerti al pubblico e, per contro, lo *sponsee* assume contrattualmente la funzione di veicolo della comunicazione che normalmente costituisce il contro corrispettivo.

Tale contratto può, dunque, definirsi come un negozio a formazione bilaterale o plurilaterale, in relazione al numero delle parti che concorrono alla redazione e realizzazione del programma. La causa in concreto dell'obbligazione, consistente – come visto – nell'utilizzazione a fini direttamente o indirettamente pubblicitari dell'attività, del bene o dell'immagine altrui verso corrispettivo, si consolida con la funzione economico-sociale comune a tutte le sponsorizzazioni, consistente nella promozione dell'immagine dello *sponsor* e nel finanziamento dello *sponsee*³⁵.

Appare, quindi, necessario chiarire fin dall'inizio le ragioni sostanziali (da non confondersi con i motivi, ovvero gli *interna corporis*, irrilevanti per l'ordinamento giuridico) che hanno indotto le parti a stipulare l'accordo. I presupposti sono circostanze esterne della cui esistenza e chiarezza si necessita al momento della stipula (e quindi possono incidere sul sinallagma genetico), o in qualunque successivo momento (tali da incidere sul sinallagma funzionale): la loro modifica potrebbe, pertanto, essere invocata quale fondamento di risoluzione contrattuale.

È buona norma che dal contratto risultino in forma scritta le obbligazioni delle parti, l'eventuale clausola di esclusiva ed eventuali patti di non concorrenza, la durata del contratto, la risoluzione (anche anticipata nell'ipotesi in cui uno dei contraenti si renda colpevole di vicende pregiudizievoli), le ipotesi di recesso o di risoluzione automatica attraverso una condizione risolutiva *ex art.* 1353 cc., le eventuali clausole compromissorie e le ipotesi di inadempimento totale o parziale di ciascuna parte (con gli inevitabili risvolti in tema di 'autotutela civilistica').

Quanto all'ambito soggettivo, invece, abbiamo rilevato come l'originaria formulazione dell'art. 120 Codice bb.cc. proponesse un ristretto campo di applicazione del contratto, demandando il ruolo di *sponsee* solo al MIBAC, alle Regioni ed agli Enti Pubblici territoriali, ed il ruolo di *sponsor* a soli soggetti pri-

³⁴ *Idem.*

³⁵ R. ROSSOTTO, *Contratti di sponsorizzazione: opportunità giuridiche*, cit.

vati. Un limite inspiegabilmente rigido, superato dopo molte ritrosie con il d.lgs. 62/2008 che, nel modificare l'art. 120, ha ampliato la platea dei soggetti idonei ad assumere le vesti di parte contrattuale, demandando al MIBAC la verifica della compatibilità di dette iniziative con le effettive esigenze di tutela.

Nell'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo della norma, possono dunque concludere contratti di sponsorizzazione, in posizione di *sponsee*, sia le Amministrazioni aggiudicatrici indicate nell'art. 3, comma 25 Codice cc.pp., sia qualsiasi altro Ente aggiudicatore, come previsto al successivo art. 3 comma 29.

Lo *sponsor* è invece, solitamente, una società commerciale, ma sono frequenti esempi di contratti in cui il ruolo di *sponsor* è assunto da Enti e Strutture associative, Istituti bancari, Consorzi di imprese o Fondazioni.

Su tale ultimo aspetto merita un *focus* l'ipotesi in cui nel rapporto sinallagmatico a rivestire il ruolo di *sponsor* sia una Fondazione bancaria³⁶.

³⁶ *Funditus*, F. DE LUCA, *Enti privati e beni culturali: i finanziamenti e la gestione della cultura*, in *Formez-Progetto innovazione e formazione nel settore della cultura e dello spettacolo*, 2005. L'A. osserva come il sostegno dei privati al settore dei beni culturali "oltre ad esser diventata un'abitudine più o meno consolidata, al centro-nord piuttosto che al sud, grazie anche all'avallo della legge, è ormai uno strumento indispensabile di supporto finanziario-gestionale per il patrimonio artistico italiano. Il contributo dei vari enti si può difatti manifestare in diverse forme, con sponsorizzazioni, attraverso finanziamenti o con la gestione diretta dei siti e delle risorse; ognuna di queste azioni ha l'obiettivo comune di contribuire attivamente al rilancio culturale del Paese, potendo vantare anche esempi di assoluta eccellenza". Per una verifica degli aspetti problematici dell'intervento delle Fondazioni bancarie nel contratto di sponsorizzazione, cfr. F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Rivista di Dir. Amministrativo*, 1, 2007, pp. 1 ss. Sul tema dell'importante ruolo svolto dalle Fondazioni, cfr. G. SCIULLO, *Ministero, Regioni e Fondazioni bancarie: prove d'integrazione delle politiche in tema di valorizzazione*, in «Rivista di arte e diritto online», 2 (2010), che sottolinea gli emblematici casi verificatisi nei Protocolli di intesa sottoscritti agli inizi del 2010 (il 20 e il 21 gennaio) fra il MIBAC, la Regione Emilia-Romagna e l'Associazione delle Fondazioni bancarie dell'Emilia-Romagna, e fra il MIBAC, la Regione Toscana e l'Associazione delle Fondazioni bancarie della Toscana che si segnalano all'attenzione per almeno due aspetti: le politiche di valorizzazione che esprimono in materia di beni culturali e i concreti contenuti [...]. Ricorre, altresì, il collegamento fra politiche pubbliche di diversa natura. Oltre ad interventi di conservazione, recupero e valorizzazione (sicuramente prevalenti), i Protocolli annoverano fra gli obiettivi perseguiti la promozione e realizzazione di "percorsi turistici e itinerari di visita che assicurino [ai beni considerati] un ruolo baricentrico nella costruzione di circuiti turistici culturali territoriali", nonché l'organizzazione di "attività formative" da attuarsi tramite "convenzioni con le Università e le scuole di ogni ordine e grado" (art. 4). Il Protocollo relativo alla Toscana si spinge a prevedere fra gli obiettivi anche "l'adeguamento delle infrastrutture di collegamento" ai beni che considera (art. 4). Se l'art. 112 assegna un ruolo centrale agli Enti territoriali, prevedendo la presenza di privati solo in ambiti particolari (partecipazione a Organismi appositamente costituiti per l'elaborazione di piani di sviluppo culturale, oppure ad accordi in tema di servizi strumentali, cfr. commi 8 e 9), l'art. 121 amplia la platea degli 'attori' della concertazione alla particolare categoria dei soggetti privati costituita dalle Fondazioni di origine bancaria. E ciò – presumibilmente – in ragione sia delle specifiche finalità che possono connotare tali Organismi ("scopi di utilità sociale nel settore dell'arte e delle attività e beni culturali"), sia di una prevedibile disponibilità economica degli stessi Organismi derivante dalla loro partecipazione al capitale sociale di Imprese bancarie.

La peculiarità dell'intervento *de quo* non è, infatti, sfuggita all'occhio del legislatore, che ha previsto nel Codice bb.cc. una normativa specifica, contemplando all'art. 121 che il MIBAC, le Regioni e gli altri Enti Pubblici territoriali, possano stipulare Protocolli di Intesa con le Fondazioni Bancarie che statutariamente perseguano scopi di utilità sociale nei settori dell'arte e dei beni culturali, al fine di coordinare gli interventi di valorizzazione sul patrimonio culturale e, in tale contesto, garantire l'equilibrato impiego delle risorse finanziarie messe a disposizione.

Occorre ribadire che le Fondazioni Bancarie sono soggetti privati non equiparabili alle PP.AA., né configurabili quali Organismi di diritto pubblico³⁷, per cui

Detto in altre parole, l'art. 121 tiene conto della funzione di 'polmoni finanziari' a favore delle comunità territoriali di riferimento storicamente assolta dagli Enti (Casse di Risparmio, Casse del Monte ecc.) da cui sono derivate le Fondazioni bancarie e la 'curva' alle esigenze dell'arte e della cultura, assegnando alle stesse Fondazioni un ruolo di sostanziale codeterminazione delle politiche di valorizzazione o, quanto meno, di importante concorso all'attuazione delle stesse, ruolo che la crisi della finanza pubblica, specie di questi ultimi anni, tende inequivocabilmente ad accentuare. In effetti, in ambedue i Protocolli di Intesa (non a caso la loro denominazione è mutuata dal testo dell'art. 121) le Fondazioni, per il tramite della singola "Associazione delle Fondazioni bancarie" regionale, assumono la veste di interlocutori 'a pieno titolo' del Ministero e delle Regioni. Quanto ai contenuti, i Protocolli presentano una struttura analoga, richiamando entrambi l'accordo di collaborazione sottoscritto il 4 dicembre 2008 dal Ministro per i Beni e le Attività Culturali e dal Presidente dell'Associazione delle Fondazioni Bancarie. Ambedue individuano interventi di conservazione e/o valorizzazione (restauro, riqualificazione, recupero/adequamento funzionale) di beni culturali (edifici, aree archeologiche, musei); entrambi indicano, in apposite schede tecniche, le azioni previste, i costi, i tempi di realizzazione, i soggetti attuatori, le fonti di finanziamento, e per la relativa attuazione rinviano ad "accordi di programma" o "intese operative" fra i soggetti di volta in volta coinvolti. Di notevole significato è, poi, la comune affermazione di principio che le parti contraenti – e come tali sono indicati esplicitamente il Ministero, la Regione e l'Associazione Regionale delle Fondazioni Bancarie (Preambolo) – concorrono all'attuazione dei Protocolli "secondo un criterio di tendenziale parità" in ordine al riparto della spesa (art. 7, comma 2, Protocollo per la Toscana, e artt. 1 e 8, comma 2, Protocollo per l'Emilia-Romagna). Tutti e due i documenti, infine, pur avendo una durata limitata nel tempo (31 dicembre 2014), presentano margini di flessibilità, potendo essere oggetto di revisione (art. 9) o di aggiornamento, in particolare al fine di ricomprendere interventi ulteriori rispetto a quelli originariamente contemplati (art. 8, comma 1, Protocollo per l'Emilia-Romagna, e art. 7, comma 1, Protocollo per la Toscana) [...]. Da non trascurare, infine, è il fatto che il concorso dei diversi soggetti presiede altresì all'attuazione degli interventi concordati, con un utile effetto di stimolo e controllo reciproco a tutto beneficio della *accountability* (o rendicontabilità) della loro azione rispetto agli *stakeholder* istituzionali e sociali, ovvero, in parole più semplici (e pregnanti), rispetto ai cittadini (in prospettiva è da sperare non più minoranza) attenti alle sorti del patrimonio culturale italiano.

³⁷ Per un approfondimento sulle modalità di intervento mediante contratti di sponsorizzazione delle Fondazioni Bancarie, soggetti privati non equiparabili alle PP.AA. *stricto sensu* e non configurabili quali Organismi di diritto pubblico, si confronti R. CHIEPPA, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle fondazioni nel settore pubblico*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2010. L'A. evidenzia come la questione della non configurabilità delle Fondazioni Bancarie quali Organismi di diritto pubblico debba intendersi ad oggi definitivamente risolta, non sussistendo in

il loro intervento in opere, servizi ed altre utilità è solo configurabile attraverso le erogazioni liberali (siano esse dazioni in danaro o donazioni), le sponsorizzazioni o altre forme di ‘collaborazione’ con soggetti pubblici.

Ebbene, la prassi ci insegna come la principale modalità collaborativa sia rappresentata dalle erogazioni liberali, ma è doveroso evidenziare come non sempre sia facile identificare la linea di confine tra erogazioni/accordi di patrocinio e sponsorizzazioni.

La Suprema Corte, chiamata a delineare le cornici strutturali degli istituti, ha chiarito che il contratto di sponsorizzazione non ha ad oggetto lo svolgimento di un’attività in comune, e dunque non assume le caratteristiche di un contratto associativo, ma ha ad oggetto lo scambio di prestazioni. Diversamente, nell’accordo di patrocinio il soggetto finanziatore non è un imprenditore commerciale, di modo che quant’anche egli finanzia delle attività, tale obbligazione non trova corrispettivo nel vantaggio atteso dalla pubblicizzazione del suo intervento. Dacché la qualificazione del contratto di patrocinio come donazione modale, piuttosto che come contratto a prestazioni corrispettive³⁸.

In linea teorica, dunque, nulla esclude che il finanziamento operato dalle Fondazioni possa assumere molteplici forme oltre alla sponsorizzazione vera e propria: donazione di una somma di denaro finalizzata ad uno scopo preciso, atteggiandosi alla stregua di una donazione modale (art. 793 cc); donazione diretta di un bene, somma o servizio, di un lavoro da eseguire o di un rapporto obbligatorio di fare o di dare (art. 769 c.c.); donazione di una somma tramite l’accollo diretto di un debito dell’Ente Pubblico.

A conferma della complessità del tema si osservi il Parere n.1451/99 del Consiglio di Stato, chiamato ad esprimersi sulla legittimità di alcuni schemi di convenzione tra il MIBAC ed una Fondazione Bancaria, con cui si prevedeva il pagamento da parte della Fondazione di alcune fatture per prestazioni rese al MIBAC da terzi circa il restauro di beni culturali. Ebbene, giova osservare come il Collegio si sia espresso favorevolmente sull’operazione, seppur non qualificandola negli schemi del contratto di sponsorizzazione, bensì dell’accollo del debito, nonostante il richiamo testuale “*all’accollo di debito da parte dello sponsor*”³⁹.

capo a tali soggetti uno dei requisiti indefettibili contemplati al comma 25 dell’articolo 3 del Codice cc.pp.: l’essere sottoposti ad influenza pubblica. Sul punto, cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1255. *Contra*, TAR Lazio, sez. I, 31 luglio 2007, n. 7283, che ha qualificato le fondazioni bancarie come organismi di diritto pubblico (*ex art. 3, comma 26, Codice cc.pp.*). Sul rapporto tra Fondazioni Bancarie e sponsorizzazioni, cfr. anche F. VENTURA, *Le sponsorizzazioni “atipiche” tra fondazioni bancarie e pubbliche amministrazioni*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2010; M. CAMELLI, *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazioni*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2010.

³⁸ Cfr. R. CHIEPPA, *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni*, cit.; dello stesso A., *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali*, ove l’A. richiama Cass. Civ., sez. III, 21 maggio 1998, n. 5086.

³⁹ Il parere è riportato in R. CHIEPPA, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni*, cit.

Tutto ciò premesso, è indubbio come l'atipicità comporti inevitabili ricadute anche sul piano della forma: non essendovi alcuna prescrizione circa la forma *ex art. 1350 c.c.*, in linea generale è rimessa alle parti l'individuazione di un Protocollo strutturale.

Ciononostante, la forma più usata risulta essere quella della forma scritta, e ciò inevitabilmente alla luce della posizione assunta dal contraente P.A., comunque indefettibilmente sottoposto alla procedimentalizzazione dell'*agere* amministrativo ed alla funzionalizzazione dello stesso al perseguimento dell'interesse pubblico. Sembra, dunque, derivare, in maniera precettiva, dai dettami dell'*art. 97 Cost.*, l'opportunità (*rectius* necessità) di una forma scritta *ad substantiam*.

Indubbio, inoltre, come la forma scritta soddisfi le esigenze probatorie sul patto contrattuale, determinando un preciso e articolato regolamento per le prestazioni dedotte in contratto, ma è comunque prassi consolidata la predisposizione di moduli o formulari, cui consegue l'applicazione della disciplina generale codicistica.

2. *La Gestione dei Beni Culturali: esperienze e modelli*

2.1. *Le best practice nella gestione dei beni culturali*

Se l'ordinamento giuridico vigente nel settore dei beni culturali mostra spiragli di apertura al mercato e la volontà del legislatore sembra apparentemente orientata a sradicare logiche consolidate che privilegiano la gestione diretta dei beni (come testimonia l'eliminazione dal CBC del ricorso all'affidamento *in house*, attuata dal d.lgs. n. 156/2006), nei fatti la situazione resta in alcuni casi ambigua a livello Statale, e contraddittoria a livello Regionale e Locale. Che i servizi destinati alle attività di valorizzazione culturale e, in particolare, quelli strumentali alla fruizione posseggano rilevanza economica, emerge da diversi aspetti: il settore si è dimostrato economicamente competitivo; le attività, per le quali esiste certamente un mercato, sono suscettibili di essere gestite in forma remunerativa; la libertà di iniziativa economica è in grado di conseguire gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore; la dialettica fra organizzazioni sindacali dei lavoratori e organizzazioni imprenditoriali è bene instaurata.

Le attività di valorizzazione, dunque, per quanto configurabili come servizio pubblico, si svolgono in un mercato aperto al confronto concorrenziale tra più operatori. Ciò può essere confermato, seppure in modo contraddittorio, dalla tendenza diffusa in ambito pubblico ad adottare modelli organizzativi imprenditoriali per la gestione dei servizi di valorizzazione dei beni e delle attività culturali, come strumenti di intervento pubblico a tutti gli effetti posti in una situazione di vantaggio rispetto ai concorrenti privati. Non di meno, tanti gli esempi che

possono essere rappresentativi dell'importanza, come anticipato, della sinergia tra privato e pubblico in un territorio come quello italiano, dotato di un così ampio e articolato complesso di emergenze archeologiche, di siti storico-architettonici, di beni artistici, di paesaggi culturali, di tradizioni storiche, da richiedere un livello di progettazione adeguato all'offerta dei servizi culturali che rendano facilmente fruibili i beni artistici.

A partire dai primi anni Novanta, infatti, il ricorso a forme di gestione externalizzata più snelle e di stampo privatistico ha contribuito a migliorare la qualità dei servizi offerti ai cittadini, reso le nostre città più competitive, con ottimi risultati in termini di attrazione territoriale, occupazione e sviluppo. Il partenariato pubblico-privato ha funzionato con efficienza e trasparenza, arricchendo il nostro Paese di quelle che oggi sono considerate eccellenze anche in ambito internazionale. Basti solo pensare alla Venaria Reale⁴⁰, alla Triennale di Milano⁴¹, al Museo delle Antichità Egizie di Torino⁴², ai parchi della Val di Cornia⁴³, ai

⁴⁰ Il recupero della Reggia è attualmente il più importante Progetto Europeo per il restauro e la valorizzazione di un bene comune e del suo territorio, oltre ad essere un modello di gestione a livello internazionale. Patrimonio Unesco, fa parte del circuito delle Residenze Reali del Piemonte, connessa con il Polo Reale e con il sistema museale concentrico di Torino. Restituita al pubblico nel 2007, attualmente è attestata tra i siti culturali più visitati (cfr. Rapporto Federculture, *Cultura e turismo. Locomotiva del paese*, febbraio 2014, p. 30).

⁴¹ La Fondazione "La Triennale di Milano", nata nel 1999, è l'evoluzione della prima edizione della "Esposizione Internazionale delle Arti decorative", tenutasi nel 1923 e promossa dal Consorzio Milano-Monza-Umanitaria. La Fondazione ha tra i suoi scopi quello di organizzare esposizioni internazionali e di svolgere e promuovere attività di ricerca, documentazione ed esposizione riguardanti interventi e materiali di arte, architettura, urbanistica, arti decorative e visive, *design*, artigianato, produzione industriale, moda e produzione audiovisiva (cfr. Rapporto Federculture, p. 31).

⁴² La Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino, costituitasi ufficialmente il 6 ottobre 2004, rappresenta il primo esperimento di creazione, da parte dello Stato, di uno strumento di gestione museale a partecipazione privata. La *partnership* intende realizzare una gestione più efficiente e dinamica, in grado di attrarre risorse finanziarie dallo Stato, dalle Amministrazioni Locali e dai privati. I nuovi soggetti vengono direttamente coinvolti in un progetto di valorizzazione che mette in primo piano la fruizione dell'immensa collezione, mantenendo la sua tutela statale controllata dalla Soprintendenza. Dopo il Cairo, il Museo Egizio di Torino risulta essere il più importante museo al mondo sulla civiltà Egizia e può vantare anche di essere il primo museo Egizio della storia, con circa 6.500 oggetti esposti e più di 26.000 reperti depositati nei magazzini (cfr. Rapporto Federculture, p. 33).

⁴³ La Società Parchi Val di Cornia è stata costituita il 18 luglio 1993 per iniziativa di diversi Comuni e di alcuni soci privati, come Società mista pubblico-privato, con il vincolo del prevalente capitale pubblico, con una duplice missione. Quella di realizzare le opere pubbliche necessarie alla valorizzazione del patrimonio culturale e ambientale per conto dei vari Enti, e di gestire in forma integrata i servizi direttamente o affidandoli a terzi. L'azione della Parchi Val di Cornia S.p.a. ha prodotto un ampliamento dell'offerta turistica, reso possibile grazie ad investimenti strutturali e non, finanziati con fondi nazionali, locali e Comunitari, che hanno arricchito il territorio (strade, ristrutturazioni di casali, parcheggi, strutture di accoglienza). Il rapporto tra costi e ricavi si mantiene ben oltre il 90% ed ha raggiunto il livello *record* di autofinanziamento pari quasi al 99%.

Teatri di Pietra⁴⁴ che, con una elevata capacità di autofinanziamento, riescono a realizzare ottimi risultati in termini di numero di visitatori e di contributo all'indotto cittadino. Purtroppo, negli ultimi anni questo sistema di offerta culturale ha subito una dura battuta d'arresto a causa di una serie di norme che, nel piano generale di revisione della spesa pubblica, hanno introdotto vincoli e limiti anche alle aziende culturali, equiparandole alle Pubbliche Amministrazioni, ingessando la loro autonomia e rendendole esclusivamente centri di costo incapaci di programmare le attività e sviluppare la produzione.

2.2. I profili giuridici della sponsorizzazione: il comb. disp. degli articoli 26, 27 e 199 bis del Codice dei contratti pubblici, ovvero la linea normativa che costituisce la disciplina di dettaglio delle sponsorizzazioni

Il settore dei beni culturali riveste oggi più che mai un ruolo di primaria importanza nella considerazione collettiva, ed assicura un elevato grado di visibilità al soggetto che decida di dedicarvi risorse economiche, strumentali e finanziarie. Motivo per cui il legislatore ha ravvisato la necessità di elaborare figure giuridiche alquanto precise e definite, pervenendo ad una configurazione nel complesso organica e razionale.

L'idea di fondo che ha ispirato l'iter normativo risiede nella riconduzione

Compressivamente, il fatturato è decuplicato, sono raddoppiate l'occupazione e la capacità di autofinanziamento, è cresciuta l'area di parchi, musei e relativi servizi gestita dall'azienda, ed è diminuito, in rapporto alle medesime aree gestite, l'intervento economico dei Comuni (cfr. Rapporto Federculture, p. 46).

⁴⁴ "Teatri di Pietra" è un Progetto di riqualificazione del territorio e delle tradizioni culturali del Sud Italia attraverso il Teatro. La rete "Teatri di Pietra", a partire dal recupero dei teatri antichi presenti in Campania, si è estesa in sei Regioni (Campania, Basilicata, Calabria, Sicilia, Lazio, Toscana), aprendo siti straordinari, con progettualità articolate che vanno dagli spettacoli classici agli incontri, alle esposizioni e ad iniziative rivolte alla sensibilizzazione e all'avvicinamento delle nuove generazioni ai temi del paesaggio e del patrimonio. L'obiettivo perseguito dal Progetto è la creazione di un sistema turistico integrato, finalizzato alla fruizione contemporanea delle aree archeologiche attraverso lo spettacolo, sperimentando lo studio di "modelli di utilizzo e gestione innovativa" del patrimonio, nella più ampia prospettiva di una rinnovata alleanza tra le cittadinanze ed i territori. Alla base del Progetto è l'idea del "fare rete" quale strumento per la salvaguardia, la promozione ed il sostegno alle identità culturali di un paesaggio culturale diffuso, e per lo sviluppo sostenibile, socio-culturale ed economico, delle comunità coinvolte. È un'iniziativa di ampio respiro, che coinvolge *partner* pubblici e privati di grande importanza, come il MIBAC, le Soprintendenze per i Beni Archeologici di Napoli e Caserta, dell'Alto Lazio e dell'Etruria Meridionale, gli Assessorati Regionali di competenza, le Province e le Amministrazioni Locali interessate territorialmente. Anche importanti Organismi dello spettacolo e di circuiti teatrali e di danza, come l'Istituto della Commedia Latina, il Consorzio Teatro Campania, Pentagono Produzioni Associate, Circuito Danza Lazio, Centro di Drammaturgia Europeo, nonché l'Università Kore di Enna, la Seconda Università di Napoli (ora Università della Campania "Luigi Vanvitelli") e l'Università La Sapienza di Roma hanno appoggiato l'iniziativa (cfr. Rapporto Federculture, p. 56).

del fenomeno delle sponsorizzazioni dei beni artistico-culturali entro un alveo di programmazione accorta e razionale⁴⁵. Ciò ha permesso di conseguire, nel corso dell'ultimo decennio, il duplice obiettivo, da una parte, di superare l'episodicità, la frammentarietà e la casualità degli interventi, dall'altra, di ottenere la diversificazione e la graduazione delle tipologie di interventi. Anche a tal fine è stata prevista la redazione di una speciale sezione del programma triennale, indirizzata agli interventi che l'Amministrazione ritiene meritevoli di collaborazione da parte di *sponsor* privati.

In quest'ottica particolare attenzione merita la relazione che si instaura tra il Codice bb.cc. (in particolare l'art. 120) ed il Codice dei contratti pubblici (di seguito Codice cc.pp.) ogniqualvolta la P.A. rivesta il ruolo di soggetto sponsorizzato e lo *sponsor* privato intervenga nel contratto non solo con una dazione di danaro, bensì impegnandosi nella realizzazione di lavori pubblici, servizi o forniture alla stessa P.A.

La delicatezza del tema aveva attirato sin dal principio l'attenzione dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici (di seguito AVCP, oggi ANAC) che, con determina n. 24 del 2001, aveva ammesso la sponsorizzazione come utile strumento per realizzare interventi, prevedendo accorte forme di verifica sia in merito alla figura del soggetto contraente sia in merito all'esecuzione delle attività, secondo schemi, principi e meccanismi di controllo poi pienamente recepiti dalla L. 166/2002 (c.d. L. Merloni *quater*).

La successiva emanazione del Codice cc.pp. ha regolato la fattispecie, devolvendola integralmente agli articoli 26 e 27 del *corpus* normativo, ma le molteplici forme di combinazione negoziale che spesso assume la sponsorizzazione nel settore dei beni culturali rendono non sempre agevole un suo compiuto inquadramento in schemi generali definibili a priori⁴⁶.

Di qui il tentativo, le cui trame sono ontologicamente mutevoli in virtù dell'atipicità intrinseca a certe obbligazioni, di individuare tre tipologie di sponsorizzazioni di beni culturali, ciascuna soggetta a precipua disciplina: la sponsorizzazione *pura*, in cui lo *sponsor* si impegna unicamente a finanziare (anche mediante acollo) le obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dell'appalto dovuti dall'Amministrazione; la sponsorizzazione *tecnica*, ove l'intervento dello *sponsor* si estende alla progettazione ed all'esecuzione di parte o di tutto l'intervento programmato; la sponsorizzazione *mista*, risultante dalla combinazione delle prime due fattispecie.

⁴⁵Per un'aggiornata ed approfondita analisi del contratto di sponsorizzazione di beni culturali alla luce delle importanti novità normative registratesi nel 2012, cfr. P. CARPENTIERI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, 2013.

⁴⁶Per l'esame complessivo delle problematiche derivanti dall'applicazione degli articoli 26, 27, 199 *bis*, cfr. L. BELLAGAMBA, *La sponsorizzazione ordinaria e quella nel settore dei beni culturali*; il D.M. 19/12/2012, in linobellagamba.it, 2013; D. LAMARCA, *Le norme dei settori cultura, spettacolo e turismo*, in *Dossier legislativo di Federcultura*, 2012.

Dal canto suo, già il d.lgs. 30/2004 recante “Modificazioni alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali”, all’articolo 2 stabiliva per la sponsorizzazione culturale l’esclusione delle disposizioni relative agli appalti pubblici in generale, ritenendo sufficiente il rispetto dei principi Comunitari circa la progettazione, la direzione e l’esecuzione delle opere. *“Per i lavori indicati all’articolo 1, commi 1 e 2, realizzati mediante contratti di sponsorizzazione a cura ed a spese dello sponsor, nel rispetto dei principi e dei limiti comunitari in materia, non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di appalti di lavori pubblici, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e dei soggetti esecutori.*

Nei casi previsti dal comma 1, l’amministrazione preposta alla tutela del bene impartisce le opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all’esecuzione delle opere e alla direzione dei lavori?”.

Ciononostante, il Codice cc.pp., abrogando espressamente la norma⁴⁷, non ne ha recepito *in toto* le prescrizioni, intendendo invece predisporre una disciplina unitaria sui contratti (articoli 26 e 27 Codice cc.pp.), senza alcuna disposizione specifica per il singolo settore.

Con esplicito riferimento alle procedure, occorre infatti precisare che l’inserimento dell’art. 26 nel Titolo secondo, Parte prima (avente ad oggetto i contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del Codice), chiarisce, in primo luogo, che il contratto di sponsorizzazione non è sottoposto alle rigide procedure generalmente previste per i contratti della P.A., e che, inoltre, agli stessi contratti devono applicarsi *“i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto”.*

Al comma 1, l’art. 26 stabilisce testualmente che *“l’Amministrazione aggiudicatrice (...) beneficiaria delle opere, dei servizi, delle forniture [possa impartire] le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed all’esecuzione del contratto”*, delineando in modo chiaro l’effettivo ruolo che possono assumere le parti contrattuali nella realizzazione delle opere sponsorizzate. Il successivo comma 2, invece, generalizzando quanto già affermato dall’art. 2, comma 2 d.lgs. 30/2004 a proposito delle sponsorizzazioni aventi ad oggetto il restauro dei beni culturali, estende a tutte le ipotesi di sponsorizzazioni tecniche in cui è parte una P.A., la possibilità per lo *sponsor* di realizzare sia la progettazione delle opere che l’esecuzione del contratto, conservando in capo all’Amministrazione fruitrice il potere di controllo dell’operato della parte privata.

La linea normativa è quindi integrata dal successivo articolo 27, ove si dispone che, per la scelta del contribuente, quando il contratto abbia ad oggetto lavori, servizi o forniture acquistati o realizzati direttamente dallo *sponsor*, la P.A. è comunque tenuta a rispettare i criteri Comunitari dell’economicità, dell’effi-

⁴⁷L’art. 256 Codice cc.pp., recante “Disposizioni abrogate”, ha espressamente abrogato l’art. 2 d.lgs. 30/2004.

cienza, dell'imparzialità e della parità di trattamento; principi che il legislatore ha ritenuto di ribadire, prevedendo una procedura semplificata che impone alla P.A. di far precedere "l'affidamento (...) da un invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto" (art. 27, comma 1)⁴⁸.

Orbene, acclarato che con l'originaria formulazione dell'art. 26 il legislatore aveva inteso disciplinare le sponsorizzazioni tecniche, restava da dirimere la questione dell'applicabilità degli articoli 26 e 27 anche alle sponsorizzazioni *pure*, posto che l'entrata in vigore del Codice cc.pp. non aveva abrogato né l'art. 43 d.lgs. 449/1997, né tantomeno l'art. 119 TUEL.

Rimaneva, quindi, il problema di comprendere se quanto non previsto dagli articoli 43 e 119 a proposito delle sponsorizzazioni *pure* potesse essere integrato dalle disposizioni di carattere generale di cui all'art. 3 R.D. 2440/1923, recante Disposizioni sul patrimonio e sulla contabilità generale⁴⁹, ovvero dalla normativa generale del Codice cc.pp.

Rilevante, sul punto, la determinazione cui era giunta la stessa Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con la delibera 8 febbraio 2012 n. 9⁵⁰ che, a proposito della distinzione tra sponsorizzazione di puro finanziamento e sponsorizzazione tecnica, aveva dichiarato che: "1) i contratti di sponsorizzazione tecnica di cui all'art. 26 del d.lgs. n.163/2006, sono sottoposti agli obblighi di pubblicità e trasparenza enunciati nel successivo art. 27; 2) i contratti di sponsorizzazione di puro finanziamento, in quanto contratti attivi, sono sottratti alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006 e sottoposti alle norme di contabilità di Stato, le quali richiedono l'esperimento di procedure trasparenti; 3) la mutata volontà della stazione appaltante di concludere un contratto di sponsorizzazione di puro finan-

⁴⁸ Cfr. M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, ne *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, 2011, p. 524. L'A. analizza, condivisibilmente, le motivazioni che hanno indotto il legislatore nazionale ad escludere i contratti di sponsorizzazione dalle procedure comunitarie di evidenza pubblica, imponendovi solo l'osservanza dei principi comunitari a garanzia della concorrenza; individua, altresì, in due ragioni il fondamento di tale scelta: da un lato, nel contratto di sponsorizzazione riveste importanza anche l'*intuitu personae*, sicché è comprensibile che tali contratti siano sottratti dall'applicazione di vere e proprie formali procedure di gara; dall'altro lato, perché tali contratti si mostrano comunque rilevanti sotto il profilo della concorrenza, determinando inevitabili ricadute positive in termini di pubblicità, di immagine e di mercato per gli *sponsor*. Al riguardo, preme rilevare la novella intervenuta nel 2012 e recante l'inserimento nella disposizione *de qua* di una soglia di applicabilità della norma pari ad euro 40.000,00, volta a limitare il non insensibile impatto derogatorio della disciplina.

⁴⁹ Cfr. da ultimo, S. GATTO COSTANTINO, *Art. 26*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI, 2011.

⁵⁰ Nello stesso senso, AVCP determinazione n. 24 del 5 dicembre 2011, con la quale l'Autorità di Vigilanza aveva concluso per la non applicabilità della normativa degli appalti sui lavori pubblici ai contratti di sponsorizzazione tecnica, poiché gli stessi non rientrano nella classificazione giuridica dei contratti passivi, bensì comportano un vantaggio economico e patrimoniale per la P.A. consistente in un risparmio di spesa, qualificandosi quindi alla stregua di contratti attivi della P.A. e, come tali, rientranti nell'alveo di applicabilità della Legge generale di contabilità pubblica.

ziamento in luogo del contratto di sponsorizzazione tecnica ex art. 26, d.lgs. n.163/2006, può giustificare il ricorso ad una procedura negoziata con gli operatori interessati alla precedente procedura ad evidenza pubblica e non appare in contrasto con i principi di legalità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa”.

Il nodo gordiano che per lungo tempo ha animato il dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è stato sciolto solo di recente. L'occasione è stata propiziata dalla ‘discussa’⁵¹ procedura di restauro del Colosseo⁵², in seguito alla quale il legislatore si è visto obbligato ad intervenire sull'originario *corpus* normativo del Codice cc.pp., introducendo l'articolo 199 *bis* recante la “Disciplina delle procedure per la selezione di *sponsor*”.

In verità, con il D.L. 5/2012 (conv. in L. 35/2012), la disciplina del Codice cc.pp. ha subito non solo l'inserimento dell'art. 199 *bis*, ma anche una significativa modifica dell'art. 26, sia prevedendosi che in caso di lavori, servizi o forniture superiori a 40.000 euro realizzati a cura e a spese dello *sponsor* si applichino i principi dell'evidenza pubblica enunciati dal Trattato in materia di scelta dello *sponsor* e di qualificazione dei progettisti e degli esecutori dei lavori, sia introducendosi il comma 2 bis, che dispone, per via nomologica, il raccordo con la novella dell'art. 199 *bis*.

Or dunque, se è vero che l'art. 199 bis Codice cc.pp. ha gettato le fondamenta per una disciplina organica e funzionale dei contratti di sponsorizzazione, è pur vero che da un lato permangono dubbi sulle procedure che le stazioni appaltanti devono porre in essere, dall'altro si è chiamati a confrontarsi con una disciplina non univoca ed esaustiva rispetto alla moltitudine di fattispecie ipotizzabili.

Basti pensare – come vedremo – che in ipotesi di attribuzione di una sponsorizzazione relativa a lavori, servizi o forniture per un bene culturale, le stesse stazioni appaltanti, nel rispetto del trattato UE, dovrebbero – *ex* art. 26 del Codice cc.pp. (ferme restando le eccezioni di cui all'art. 20 D.L. 5/2012) – rispettare le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progetti e degli esecutori, l'ordito normativo (ove compatibile) dello stesso Codice cc.pp., l'art. 120 del Codice bb.cc., diverse Circolari MIBAC, nonché i principi individuati a più riprese dall'Autorità di Vigilanza⁵³.

Alla luce di un quadro normativo di così vasta portata, per lo più frutto di

⁵¹ S. CAVALIERE, *Le sponsorizzazioni e la tutela del patrimonio culturale*, cit.; M. VERONELLI, *Sponsorizzazioni culturali: Il caso del Colosseo e le novità legislative*, in *Dir. e Prat. Amm.*, 3, 2012, pp. 84 ss.

⁵² I lavori di restauro del Colosseo sono stati finanziati dalla Tod's S.p.A., per un importo complessivo di 25 milioni di euro. L'accordo con il MIBAC prevede il diritto di esclusiva dell'utilizzo dell'immagine del Colosseo per 15 anni, prorogabili. Esclusiva che si estende ad iniziative promozionali sia in campo nazionale che internazionale. Allo *sponsor* è data facoltà: 1) di inserire il proprio marchio sui biglietti di entrata e sulla recinzione del cantiere; 2) di pubblicizzare l'intervento sui prodotti e marchi dell'azienda, alla quale è anche riservata la facoltà di condurre la campagna di informazione sui restauri. Per un esame approfondito del progetto, vd. nel prosieguo del lavoro.

⁵³ S. CAVALIERE, *Le sponsorizzazioni e la tutela del patrimonio culturale*, cit, pp. 6-8.

interventi integrativi e modificativi sorti in base ad esigenze concrete di regolamentazione con impatto e risonanza di respiro nazionale (da ultimo la ‘vicenda Colosseo’), è oramai indubbio che le sponsorizzazioni culturali possano collocarsi fra le attività di natura contrattuale dell’Amministrazione e, quindi, tra le espressioni di capacità di diritto privato della P.A.

Ciononostante, attesa la collocazione del contratto di sponsorizzazione tra i contratti esclusi (*ex art. 26 Codice cc.pp.*), occorrerà analizzare il ruolo dello *sponsor* (e quindi l’oggetto della prestazione, nonché la causa del negozio) al fine di applicarne la corretta disciplina.

Aspetti che si proiettano sulle differenti tipologie di sponsorizzazioni culturali, in ragione dell’incidenza più o meno ampia che l’intervento dello *sponsor* abbia sull’attività culturale della P.A.

La prassi mostra uno sviluppo amorfo del contratto in commento⁵⁴, atteso che alle originarie sponsorizzazioni di puro finanziamento si sono affiancate le sponsorizzazioni cc.dd. tecniche e le sponsorizzazioni miste, che combinano elementi dell’una e dell’altra, impersonando le vesti di un *tertium genus* nei casi in cui lo *sponsor*, oltre a finanziare l’iniziativa pubblica, offra anche un contributo di attività, magari limitato ad una o ad alcune fasi esecutive⁵⁵.

In tale ottica, un importante strumento di interpretazione dell’art. 199 *bis* è rappresentato dalle “Norme tecniche e linee guida esplicative”⁵⁶ elaborate dal MIBAC, recanti una significativa normativa di indirizzo per le Amministrazioni

⁵⁴Per un’ampia analisi delle differenti sottocategorie di contratti di sponsorizzazione, cfr. G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali*, cit.; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni: il settore dei beni culturali e l’intervento delle fondazioni*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2013.

⁵⁵Giova rilevare come la prassi sociale dei mercati abbia elaborato diverse sottoclassificazioni di sponsorizzazione. *Ex multis*: 1) Sponsorizzazione in esclusiva, ove lo *sponsor* è l’unico sostenitore dello sponsorizzato; in tal caso, a fronte di un notevole impegno economico lo *sponsor* riceve solitamente un rilevante ritorno di immagine. 2) Sponsorizzazione tecnico-sportiva, ove lo *sponsor* si obbliga a fornire beni, impianti ed attrezzature sotto forma di cessione o di concessione in godimento per lungo tempo. 3) Sponsorizzazione secondaria, ove lo *sponsor* detiene il diritto di esclusiva in relazione ad una definita categoria merceologica (c.d. fornitore ufficiale). Per un esame delle diverse tipologie degli interventi da sponsorizzazione, cfr. S. CASCIU, *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali visto dalla parte delle Soprintendenze: difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2013.

⁵⁶Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A “Norme tecniche e linee guida ...”, cit. Nella *Premessa* alle stesse si precisa che, quanto alla valenza giuridica da riconoscere al presente Documento, occorre distinguere tra le indicazioni aventi natura di norma tecnica e le semplici linee guida, anche allo scopo di dichiararne la vincolatività rispetto agli Enti dotati di autonomia. Sono, pertanto, da intendersi norme tecniche di natura precettiva quelle volte a dare attuazione alle norme di cui all’art. 120 Codice bb.cc. Viceversa, vanno qualificate linee guida le indicazioni che hanno ad oggetto il quadro normativo vigente e l’applicazione delle disposizioni concernenti le modalità di affidamento dei contratti di sponsorizzazione e dei rapporti di carattere affine. Cfr. F. DI MAURO, *Le norme tecniche e linee guida applicative delle disposizioni in materia di sponsorizzazioni di beni culturali: i tratti essenziali*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 3, 2012.

Pubbliche. Dette linee sono volte ad orientare l'azione degli uffici nell'applicazione del complesso quadro normativo vigente in materia di sponsorizzazione di beni culturali e pongono in evidenza come tale forma di partenariato vada inevitabilmente incardinata lungo la linea normativa sinora richiamata, ovvero quella che prendendo il via dall'art. 120 Codice bb.cc. si combina con il Codice cc.pp., ed in particolare con gli artt. 26, 27 e 199 *bis*.

Il ritorno pubblicitario ed economico che le imprese possono trarre dall'associazione del proprio nome al restauro di importanti siti culturali rende quindi necessario il controllo del confronto concorrenziale; da qui l'accurata proceduralizzazione dei relativi negozi imposta sia dal diritto Comunitario, sia dalla legislazione nazionale.

La sponsorizzazione tecnica risulta così soggetta all'applicazione degli articoli 26 e 27 del Codice cc.pp. – di portata generale – e, per ciò che concerne le modalità di svolgimento della procedura di scelta dello *sponsor*, dall'art. 199 *bis* del medesimo Codice.

In questa cornice, l'art. 26 conferma quanto già ritenuto dall'AVCP, ovvero la non applicabilità del Codice cc.pp. ai contratti esclusi, tra i quali rientrano appunto le sponsorizzazioni in cui i lavori, i servizi e le forniture siano acquistati o realizzati a cura e spese dello *sponsor*. Ma la disposizione prevede, inoltre, che qualora l'intervento tecnico dello *sponsor* sia superiore a 40.000 euro, trovino applicazione i principi del Trattato per la scelta dello *sponsor*, oltre alle disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto⁵⁷.

Ne consegue che, al di sotto della soglia di 40.000 euro, l'accordo potrà essere stipulato mediante procedura negoziata “*senza la necessità di nessuna formalità amministrativa (diversa dalla normale delibera a contrarre e dagli adempimenti contabili del caso)*”⁵⁸; diversamente, al di sopra di detta soglia, la sponsorizzazione tecnica è sottoposta ad apposita procedura concorsuale di scelta dello *sponsor*, seppur semplificata, ma comunque rispettosa dei principi di imparzialità, efficacia, efficienza, economicità, proporzionalità e parità di trattamento.

È in quest'ottica che l'art. 199 *bis* detta le modalità procedurali per i contratti in ambito di valorizzazione e tutela dei beni culturali⁵⁹, dettagliando gli schemi operativi attraverso i quali trovano applicazione i principi dell'art. 27 dello stesso Codice, sancendo il principio della programmazione degli interventi⁶⁰.

⁵⁷ Ovvero i requisiti di capacità tecnica e professionale per i progettisti ed i requisiti di possesso dell'attestazione SOA per gli esecutori.

⁵⁸ Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A *Norme tecniche e linee guida...*, cit., Par. 1.1.1-1).

⁵⁹ Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A *Norme tecniche e linee guida...*, cit., al Par. 1.1.1-1), chiarisce che in caso di sponsorizzazione tecnica in cui lo *sponsor* si avvalga di imprese terze per l'esecuzione dei lavori, il bando dovrà imporre la scelta di imprese che siano in possesso dei medesimi requisiti richiesti in caso di lavori affidati direttamente dalla P.A.

⁶⁰ Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A *Norme tecniche e linee guida...*, cit., al Par. 1.1.1-1), richiama l'attenzione sull'ipotesi – non inverosimile – in cui lo *sponsor* sia un soggetto rientrante

Le Amministrazioni, al fine di selezionare il soggetto idoneo alla sponsorizzazione, dovranno obbligatoriamente pubblicare il bando (dopo aver accuratamente programmato e dettagliato l'intervento, previa acquisizione dello studio di fattibilità), indicandovi, in maniera analitica, i criteri, gli elementi e le valutazioni tipizzanti l'opera, nonché i termini, le modalità e i tempi delle offerte da presentare⁶¹. Solo nel caso di esito infruttuoso del bando la stazione appaltante potrà, al ricorrere delle condizioni, ricercare direttamente lo *sponsor*.

Le norme degli artt. 26 e 27, invece, non trattano – chiariscono le Linee guida – della sponsorizzazione pura, la quale, dato il carattere di contratto attivo, era in principio sottratta all'applicazione del Codice cc.pp., per essere sottoposta alle norme di Contabilità di Stato.

Tuttavia, per maggiore garanzia di pubblicità, trasparenza e concorrenzialità delle procedure, il legislatore ha inteso estendere anche alla scelta dello *sponsor* mero finanziatore la novella recata dall'art. 199 *bis* Codice cc.pp., sempreché si tratti di contratti superiori a 40.000 euro⁶².

A garantire unità al sistema e chiusura alla complessa griglia negoziale (che la realtà dei fatti oggi pone all'attenzione degli osservatori), giunge infine la sezione delle Linee guida dedicata all'interpretazione dei contratti di sponsorizzazione mista – non irrilevanti per numero ed impatto socio-economico – in cui si assiste ad una complessa commistione tra le due discipline appena accennate ed ove inevitabilmente si riflette il dibattito civilistico sulla distinzione (peraltro non pacificamente ritenuta) tra contratti misti, complessi e collegati, in uno con il dibattito che accompagna l'ermeneusi della causa di tali contratti.

tra quelli sottoposti all'ambito di applicabilità del Codice appalti (ossia un'altra P.A. aggiudicatrice o un Ente aggiudicatore, come definiti nell'art. 3, commi 25 e 29 del Codice appalti). In tal caso, precisa il Documento che la sponsorizzazione potrà essere affidata mediante trattativa privata e senza alcuna formalità.

⁶¹ La disciplina delle offerte prevede la previa pubblicazione del bando sul sito dell'Ente almeno 30 gg. prima della scadenza fissata, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale e sulla G.U. (sulla G. Europea per importi superiori alla soglia Comunitaria).

⁶² Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A “*Norme tecniche e linee guida ...*”, cit., al Par. 1.2 affronta la questione circa l'ambito oggettivo di operatività dell'articolo 199 *bis* ai soli lavori relativi ai beni culturali ed ai servizi e procedure strumentali, oppure anche ai contratti di servizi e forniture in sé, cioè non strumentali alla realizzazione di lavori.

Tra le due tesi, il documento del MIBAC propende per la prima, ovvero quella restrittiva, poiché ritenuta più logica e coerente laddove limita le nuove disposizioni ai soli contratti relativi ai lavori e alle prestazioni di servizi e forniture inglobati negli stessi lavori. Ciò anche in coerenza con i contenuti del programma triennale dei lavori di cui all'articolo 128 Codice cc.pp. Ne consegue che la sponsorizzazione tecnica di beni e servizi non strumentali a lavori sui beni culturali sarà soggetta – al di sopra della soglia di 40.000,00 euro – unicamente alle disposizioni dell'articolo 26 del Codice cc.pp., e non anche a quelle dell'articolo 199 *bis*. Diversamente, la sponsorizzazione pura di beni o servizi non accessori a lavori – di qualunque importo – non ricadrà nell'ambito di applicazione del Codice appalti, ma sarà assoggettata ai principi di legalità, buon andamento e trasparenza imposti in via generale dalle norme e dai principi in materia di contabilità pubblica.

Ebbene, evitando di addentrarsi in un campo tematico di così vaste dimensioni, il Documento elaborato dal MIBAC si limita a disporre che “*alle sponsorizzazioni miste dovrà applicarsi, per ciascuna parte, il regime proprio della sponsorizzazione tecnica e di quella pura*”, ribaltando sugli operatori del caso concreto l'onere di individuarne gli stilemi procedurali.

La sponsorizzazione sembra così approdata ad una disciplina organica idonea a rimuovere molti degli ostacoli e delle perplessità che sino a pochi anni or sono ne delimitavano l'utilizzo.

È convinzione diffusa che l'imprenditoria privata possa costituire una valida risorsa in grado di contribuire efficacemente al gravoso ed oneroso compito di salvaguardare il patrimonio artistico e culturale del Paese. Del resto, le forme tecnico-guridiche contrattuali elaborate si palesano, pur nelle loro manchevolezze, idonee a garantire stimolanti iniziative di tutela dei beni artistici.

L'auspicio è che si proceda per questa strada contribuendo non solo al ripristino dei beni strutturali culturali, ma anche all'affermazione di manifestazioni ed eventi volti a valorizzare i cultori contemporanei delle arti.

2.3. *La sponsorizzazione dei beni culturali nel panorama del partenariato pubblico-privato*

Qualificando la sponsorizzazione alla stregua di un contratto atipico, ne deriva un rimando alla regolamentazione delle disposizioni sui contratti in generale di cui al Codice civile, ed in particolare agli stilemi dell'art. 1322 c.c., ove si ricollega l'ammissibilità di impalcature contrattuali atipiche al giudizio di meritevolezza espresso dall'ordinamento a favore degli interessi da esse perseguiti.

Si tratta di un contratto che presuppone un'organizzazione imprenditoriale, in quanto la ricaduta pubblicitaria è considerata attività strumentale di un'impresa. Di fatto, con la sponsorizzazione si 'commercializza', con diritto di esclusiva, il nome e l'immagine di una persona, di un'organizzazione, di un club, di un evento o di una attività. Dacché solitamente lo *sponsor* è una società commerciale, ma sono frequenti esempi di contratti in cui il ruolo è assunto da Enti e Strutture associative, Istituti Bancari, Consorzi di Imprese.

Data la struttura e le finalità del contratto, lo *sponsor* rimane estraneo all'attività dello *sponsee*, che resta libero di organizzarsi autonomamente nel compimento delle attività (parzialmente *contra* l'esperienza che ha riguardato il sito di Ercolano), per cui è evidente che lo *sponsor* non assume alcuna responsabilità (né a titolo contrattuale, né a titolo aquiliano) in merito allo svolgimento ed all'organizzazione dell'*agere* dello sponsorizzato.

Diverso il caso in cui conseguenze dannose dovessero derivare dal cattivo funzionamento, dalla pericolosità o dal cattivo stato dei materiali forniti, poiché in tali ipotesi per lo *sponsor* potrebbe ragionevolmente configurarsi un concorso di responsabilità.

Orbene, queste come le altre considerazioni già svolte sul contratto di sponsorizzazione, riflettono l'inserimento di tale protocollo negoziale nel più ampio *genus* delle *partnership* pubblico-privato che, a vario titolo ed in vario modo, incidono sulla gestione, sulla tutela e sulla valorizzazione dei beni culturali⁶³.

Il partenariato pubblico privato (di seguito P.P.P.)⁶⁴, inteso nella sua generalità, ha assunto negli anni una dimensione innovativa volta ad incidere, in un'ottica manageriale e privatistica, sugli interventi di conservazione dei monumenti, dei siti archeologici o dei centri storici⁶⁵.

Ponendo la misura valoriale della *performance* a base delle molteplici forme di intervento privato nel settore culturale, si è data la stura ad innovativi accordi basati sul reciproco impegno tra una P.A. ed un soggetto privato, per l'erogazione di servizi pubblici, con il duplice obiettivo di realizzare sinergie ed opportunità per i *partner* e nel contempo offrire ad entrambi incentivi ed interessi, evidentemente di segno diverso, tendenti alla soddisfazione dei reciproci, differenti, bisogni.

Elementi costitutivi del P.P.P. sono la mutualità e l'identità: condivisione di obiettivi e distinte competenze.

Le parti pongono in contatto responsabilità diverse, perseguimento di obiettivi mirati alla natura del soggetto e vantaggi, per l'uno di natura pubblicistico-sociale, per l'altro di natura privatistico-mediatica. Un coinvolgimento armonico di mezzi, di capitali, di risorse umane specializzate e di opportunità volto alla conservazione e valorizzazione del patrimonio artistico culturale e con l'obiettivo generale per l'Ente Pubblico di rendere fruibile il bene culturale, per il privato di poter godere di un vantaggio pubblicitario di notevole portata.

Nel dettaglio, il partenariato individua una serie di elementi caratterizzanti: la lunga durata della collaborazione tra *partner* privato e fruitore pubblico relativa alle diverse fasi del progetto; l'intervento anche in forme di 'cofinanziamento' con il soggetto pubblico; la partecipazione del privato sempre più ampia e determinante in tutte le fasi progettuali (progetto, realizzazione, attuazione e

⁶³ Per un esame sull'opportunità di 'produrre reddito' con lo sfruttamento del patrimonio culturale, cfr. A.L. TARASCO, *Il governo efficiente del patrimonio culturale*, in *Rivista Giur. del Mezzogiorno*, XXVII, 3, 2013, pp. 483 ss.

⁶⁴ Il P.P.P. (partenariato pubblico privato) è stato introdotto *ex tabulas* nell'art. 3 Codice cc.pp. dal nuovo comma 15 *ter*, recependo i requisiti del *Libro Verde* del 30 aprile 2004 della Commissione delle Comunità Europea, che ha suggerito linee guida sulla selezione dei *partner* privati e dell'esercizio del contratto.

⁶⁵ P. FERRI e L. ZAN, *Economia e gestione delle partnership nei beni culturali. Riflessioni sull'esperienza di Ercolano*, in *Rivista di arti e diritto* on line, 3, 2014. Il Consiglio d'Europa nel 2005 e l'Unesco nel 2013 si sono interessati a tale forma di collaborazione pubblico-privato nel settore dei beni culturali, il primo, suggerendo la promulgazione di linee guida sulle buone pratiche di P.P.P., il secondo, individuando il P.P.P. come una iniziativa idonea a colmare i *gap* finanziari della P.A. e nello stesso tempo a costituire opportunità di investimento per il settore privato.

finanziamento); l'attenzione del *partner* pubblico che si concreta maggiormente nella definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi e di controllo (preventivo, *in itinere* e conclusivo) sull'intero progetto; i rischi del progetto che coinvolgono, per le rispettive parti e competenze dedotte in contratto, entrambi (o tutti se sono più *partner*) i soggetti coinvolti nell'impresa.

La collaborazione può trovare disciplina in un contratto tra privato e P.A. (P.P.P. contrattuale) – ove il rapporto è basato su legami convenzionali che possono assumere varie forme, con diversa ripartizione dei rischi – ovvero può essere realizzata mediante la creazione di un nuovo soggetto giuridico *ad hoc*, partecipato dai *partner* pubblico e privato per la sola realizzazione dell'intervento (P.P.P. istituzionalizzato)⁶⁶.

Ai sensi del Codice cc.pp., i contratti di partenariato pubblico-privato sono negozi aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi Comunitari vigenti (art. 3, comma 15^{ter}). Ebbene, il Codice, recependo le linee guida elaborate dall'Eurostat, propone alcuni modelli contrattuali riconducibili al partenariato, quali la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Ma vi rientra, altresì, l'affidamento a contraente generale, ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

Schemi contrattuali, questi, che seppur simili per causa ed oggetto alla sponsorizzazione *tout court*, dalla stessa si differenziano per struttura e funzionalità: due fattori che la rendono, ad oggi, il modello negoziale più utilizzato nella prassi e più corrispondente ai *desiderata* dei soggetti privati che intendono intervenire nel processo di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale nazionale.

3. Le sponsorizzazioni dei beni culturali: vecchie e nuove frontiere

3.1. Il nuovo Codice dei beni culturali e paesaggistici

Diversi sono stati i provvedimenti che negli ultimi dieci anni hanno indirizzato la materia della tutela dei beni culturali, che ha avuto la sua legittimazione

⁶⁶Sull'opportunità ed i conseguenti effetti della creazione di apposite società cc.dd. miste, cfr. S. MABELLINI, *Intreccio di competenze in materia di gestione dei servizi culturali e il tortuoso cammino verso l'esternalizzazione*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 2011, pp. 140 ss.

con l'adozione del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, abrogativo del Testo Unico in materia di beni culturali e ambientali⁶⁷.

Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio venne istituito con decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 ed entrato in vigore il 1° maggio 2004.

Si tratta di un intervento di particolare rilievo, non limitandosi la delega a prevedere un mero riordino della materia, ma un vero e proprio riassetto⁶⁸ e, limitatamente alla lett. a) relativa ai beni culturali ed ambientali, la codificazione delle disposizioni legislative.

Le ragioni della necessità di procedere al riordino e all'aggiornamento delle norme riguardanti la tutela del patrimonio culturale non possono che ricondursi alla crescente complessità nello sviluppo del territorio italiano e al cambiamento del quadro istituzionale intervenuto con la modifica del Titolo V della Costituzione. Nel rispetto della norma costituzionale, art. 9, attorno alla quale ruota il nuovo codice, quest'ultimo si prefigge, in generale, la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale, in quanto finalizzate "a preservare la memoria della comunità nazionale e a promuovere lo sviluppo culturale del Paese".

Per quanto concerne l'oggetto del nuovo codice, si è ritenuto di non prendere posizione in ordine alla risalente e mai sopita disputa dottrinarica sulla definizione di "bene culturale", giudicandosi più opportuno, in linea con l'orientamento già seguito dal Testo Unico del 1999, accogliere una nozione *mista* di bene culturale, risultante dalla sintesi della nozione *eleniativa*, offerta dall'art. 2 della legge 1089 del 1939, con quella *aperta* già proposta dalla nota Commissione "Franceschini".

⁶⁷Quest'ultimo, istituito con D. Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 non ha rappresentato una norma di riforma, ma ha costituito una raccolta coordinata delle disposizioni legislative inerenti ai beni culturali e ambientali. A ciò si aggiunga, poi, il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, sul conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli Enti Locali, il d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, istitutivo del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, e il Regolamento n. 283 (Ministro Melandri) emanato con Dpr del Presidente Ciampi. Con questi provvedimenti si è delineata la struttura organizzativa portante del settore della cultura del Paese e sono state individuate e ripartite le relative funzioni amministrative.

⁶⁸I principi e i criteri direttivi di attuazione della delega sono stati individuati dal decreto legislativo, oltre che nell'adeguamento agli art. 117 e 118 della Costituzione, nell'adeguamento alla normativa Comunitaria e agli accordi internazionali; nel miglioramento dell'efficacia degli interventi concernenti i beni e le attività culturali, anche allo scopo di perseguire l'ottimizzazione delle risorse assegnate e l'incremento delle entrate; nella chiara indicazione delle politiche pubbliche di settore, anche ai fini di una significativa e trasparente impostazione del bilancio; nello snellimento e nella abbreviazione dei procedimenti; nell'adeguamento delle procedure alle nuove tecnologie informatiche; nell'aggiornamento degli strumenti di individuazione, conservazione e protezione dei beni culturali e ambientali, anche attraverso la costituzione di Fondazioni aperte alla partecipazione di Regioni, Enti Locali, Fondazioni Bancarie, soggetti pubblici e privati; nella riorganizzazione dei servizi offerti anche attraverso la concessione a soggetti diversi dallo Stato mediante la costituzione di Fondazioni aperte alla partecipazione di Regioni, Enti Locali, Fondazioni Bancarie, soggetti pubblici e privati; nell'assenza di nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato.

È fondamentale rilevare che la riforma costituzionale ha distinto l'attività di tutela da quella di valorizzazione, ponendo non pochi dubbi in ordine alla compatibilità delle disposizioni che, a Costituzione invariata, avevano realizzato delle forme di decentramento in materia. Il Codice ha avuto, quindi, l'arduo compito di ricomporre la disciplina sulla base dei nuovi equilibri costituzionali. Innanzitutto, si è provveduto ad introdurre per la prima volta – nella normativa sostanziale di settore – le nozioni di “tutela” e “valorizzazione”, dando loro un contenuto chiaro e rigoroso, risolvendo così i dubbi e le ambiguità che la formulazione contenuta nel D.lg. 112/1998 aveva ingenerato.

La *tutela* è stata individuata nelle funzioni e nella disciplina delle attività dirette – sulla base di un'adeguata attività conoscitiva – ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione (art. 3).

L'attività di *valorizzazione*, invece, si riconduce all'esercizio delle funzioni e alla disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso (art. 6).

Si è, inoltre, provveduto a stabilire, in modo non equivoco, il necessario rapporto di subordinazione che deve intercorrere tra la *valorizzazione* e la *tutela*, nel senso di rendere la seconda parametro e limite della prima.

Al fine di assicurare l'esercizio unitario delle funzioni di tutela su tutto il territorio nazionale, è stato individuato il Ministero per i beni e le attività culturali quale titolare “naturale” di tali funzioni. Alla stregua dell'art. 118 della Costituzione si è, dunque, considerato preminente, in questo caso, il profilo dell'adeguatezza del livello di attribuzione amministrativa rispetto al concorrente principio di sussidiarietà verticale.

Il successivo art. 5 del Codice prevede, comunque, la possibilità che l'esercizio delle funzioni di tutela di specifici settori di attività venga conferito, sulla base di appositi atti di intesa e coordinamento, sia alle Regioni sia, in via subordinata, agli Enti Locali, quando ciò risponda ad una corretta applicazione dei principi di sussidiarietà e differenziazione⁶⁹. Recependo l'orientamento del Consiglio di Stato, per cui la fruizione dei beni culturali è ascrivibile, in diversa percentuale, tanto alla funzione di *tutela*, quanto alla funzione di *valorizzazione*, il nuovo Codice, all'art. 3, indica la pubblica fruizione quale fine ultimo dell'attività di tutela e specifica, altresì, che l'attività di valorizzazione deve tendere a realizzare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso. Non di meno, apre il titolo dedicato alla valorizzazione con un capo interamente destinato a disciplinare la fruizione.

⁶⁹ La normativa costituzionale, come già detto in altra sede, esaurisce il riparto di competenze in materia di beni culturali nella dicotomia tutela-valorizzazione, assegnando la prima alla potestà legislativa esclusiva dello Stato e la seconda alla legislazione concorrente Stato-Regioni, senza far riferimento all'attività concernente l'ordinaria fruizione del patrimonio culturale.

In particolare, il nuovo codice attribuisce alla potestà legislativa regionale la disciplina della fruizione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente. Per quanto riguarda lo svolgimento della relativa attività è previsto che, al fine di coordinare, armonizzare ed integrare la fruizione, lo Stato, le Regioni e gli altri Enti Pubblici territoriali procedano alla stipulazione di accordi su base regionale per definire gli obiettivi e fissare i tempi e le modalità di attuazione.

In via residuale, qualora non si pervenga alla conclusione di un accordo, ciascun soggetto pubblico sarà tenuto a garantire la fruizione dei beni di cui ha la disponibilità. In proposito, è necessario rilevare che comunque lo Stato può trasferire alle Regioni ed agli altri Enti territoriali la disponibilità di istituti e luoghi della cultura, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Venendo alla *valorizzazione*, si è ribadita, in omaggio al dettato costituzionale, la potestà legislativa concorrente delle Regioni, nell'ambito dei principi fondamentali fissati dal Codice, mentre per lo svolgimento delle funzioni amministrative si è fissato il principio dell'ordinario ricorso ad accordi o intese finalizzati ad assicurare il necessario coordinamento delle relative attività sul territorio.

In proposito, una novità di particolare rilievo è la menzione della possibilità dei soggetti pubblici di ricorrere alla esternalizzazione delle attività e dei servizi, quando ciò risponda all'esigenza di assicurare un adeguato livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta della gestione in forma indiretta è lasciata per lo Stato e le Regioni ad una previa valutazione comparativa, in termini di efficienza ed efficacia, degli obiettivi che si intendono perseguire e dei relativi mezzi, tempi e modi; gli altri enti pubblici territoriali ricorrono, invece, ordinariamente alla gestione in forma indiretta, salvo che per le modeste dimensioni o per le caratteristiche dell'attività di valorizzazione, non risulti conveniente od opportuna la gestione in forma diretta.

Sul punto, infine, è necessario rilevare come il nuovo Codice preveda espressamente, tra le forme di gestione indiretta dell'attività di valorizzazione dei beni culturali, anche la concessione attraverso il contratto di sponsorizzazione. In siffatta cornice opera l'art. 120 del Codice bb.cc. che, nel definire la natura sinallagmatica del contratto di sponsorizzazione, prevede quale corrispettivo a favore dello *sponsor* il diritto di associare il proprio nome, marchio, immagine, attività o prodotti all'iniziativa di valorizzazione del bene sponsorizzato, purché l'intervento non contrasti con il carattere artistico o storico, l'aspetto o il decoro del bene culturale da tutelare e valorizzare (art. 120 comma 2)⁷⁰.

⁷⁰Cfr. *Funditus*, P. TESTA (a cura di), *Guida operativa alle sponsorizzazioni nelle amministrazioni pubbliche*, ad opera della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica, 2003. A. FANTIN, *La sponsorizzazione dei beni culturali: nuovi orizzonti del partenariato pubblico privato, ne Il capitale culturale*, 2, 2011.

L'inquadramento giuridico⁷¹ delle sponsorizzazioni e l'evoluzione delle relative norme muovono pertanto dalla sostanziale base di riferimento rappresentata dal d.lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) che, come modificato dal d.lgs. 62/2008, all'art. 120 definisce sponsorizzazione di beni culturali ogni contributo, "sia monetario che in termini di beni o servizi, erogato per la progettazione e l'attuazione di iniziative volte a tutelare e valorizzare il patrimonio artistico-culturale con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto del soggetto finanziatore erogante".

La collocazione dell'articolo nell'ambito delle disposizioni codicistiche dedicate alla valorizzazione del patrimonio culturale non deve indurre a ritenere che la sponsorizzazione sia unicamente destinata a tale finalità. Dalla lettura d'insieme del citato articolo, infatti, emerge un'ampia nozione di sponsorizzazione, le cui finalità si esplicano nel perseguimento di indirizzi tanto di tutela quanto di valorizzazione dei beni oggetto del contratto. Non va infatti taciuto come la *ratio* della norma richieda un intervento dello *sponsor* che non sia finalizzato esclusivamente al mero ritorno economico-pubblicitario per lo stesso, ma anche ad una diretta ricaduta positiva sulla conservazione e valorizzazione del bene culturale. Da qui l'esigenza della previa valutazione di compatibilità dell'attività che, evidenziata nel comma 2 dell'articolo 120, colora il contenuto della prestazione dello *sponsee* ribadendo che la promozione dello *sponsor* deve avvenire "*in forme compatibili con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale*", forme da individuarsi nello stesso protocollo negoziale⁷².

La norma, positivizzando un'obbligazione oramai divenuta socialmente tipica, ha rafforzato l'impiego di questo strumento giuridico nel settore dei beni culturali e ne ha fornito una qualificazione dettagliata, individuandone i soggetti, l'oggetto, le finalità e le modalità del rapporto che si instaura tra *sponsor* e *sponsee*, nonché enunciandone i contenuti essenziali, così da distinguere le sponsorizzazioni da altre figure consimili come la donazione modale o il mecenatismo *tout court*⁷³.

Il legislatore non ha mancato peraltro di prevedere specifiche forme di controllo, riservando al Ministero per i beni e le attività culturali (di seguito MIBAC), già nella fase antecedente alla stipula del contratto, la "*verifica delle compatibilità di dette iniziative [quelle proposte dallo sponsor] con le esigenze di tutela*" (comma 1), e riconoscendo in capo alle parti la possibilità di introdurre ulteriori forme di

⁷¹ Per l'inquadramento giuridico dell'istituto, P. TESTA (a cura di), *Guida operativa*, cit.; R. CHIEPPA, *I contratti di sponsorizzazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, 2008, I, pp. 463 ss.

⁷² *Funditus*, Decreto MIBAC del 19/12/2012, all. A, *Approvazione delle norme tecniche e linee guida...*, cit., Cap. III, *Linee guida attuative del Codice dei beni culturali e del paesaggio*.

⁷³ Per un approfondimento sul tema, cfr. P. CARPENTIERI, *Art. 120, ne Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) R. Tamiozzo, 2005, pp. 541-552.

controllo, da parte del soggetto erogante, sulla realizzazione dell'iniziativa cui il contributo si riferisce.

Ulteriore passo è stato quello di estendere l'ambito soggettivo di operatività della norma (art. 120, comma 1 Codice bb.cc., come modificato dal d.lgs. 62/2008), coinvolgendo oltre al MIBAC, le Regioni, i Comuni e gli Enti territoriali in genere, nonché altri soggetti pubblici e persone giuridiche private senza fini di lucro, sino a comprendervi le iniziative dei privati su beni culturali di loro proprietà⁷⁴; ampia platea di soggetti cui è possibile ricollegare una altrettanto ampia categoria di forme di collaborazione pubblico-privato, individuate nel modello generale del partenariato (di seguito P.P.P.)⁷⁵, che spaziano dalle liberalità (dazioni di danaro) al finanziamento di interventi, per giungere alla costruzione, alla gestione ed alla manutenzione di una infrastruttura, ovvero alla fornitura di un servizio. Il tutto, ovviamente, condito dall'opera certossina degli Organi giudicanti che hanno elaborato una giurisprudenza⁷⁶ sempre più foriera di spunti e di indicazioni essenziali, problematiche e fondamentali, tali da consentire la concreta (e corretta) applicazione dell'istituto alle diverse tipologie socialmente tipiche elaborate negli anni.

3.2. La legislazione della Regione Campania nel settore di beni culturali

A questo punto, è importante sottolineare che in tema di valorizzazione, promozione e salvaguardia del patrimonio culturale, le politiche regionali hanno risentito e, in parte, ancora risentono della mancanza di uno specifico e adeguato strumento normativo, che fornisca un quadro di riferimento per attuare gli interventi sui beni culturali in termini di qualità e coerenza con la normativa nazionale, il che ha determinato effetti negativi soprattutto nel Meridione, dove emerge anche un ritardo rispetto alle esperienze di gestione – Fondazioni, Imprese e Istituzioni – costituite grazie ad un processo di esternalizzazione dei servizi pubblici da parte di Regioni ed Enti Locali, nato circa venti anni fa, che in altre Regioni hanno migliorato e arricchito l'offerta culturale del territorio ai cittadini con un più efficiente utilizzo delle risorse⁷⁷.

⁷⁴ Prima dell'emanazione del d.lgs. 62/2008 l'art. 120 del Codice bb.cc. proponeva un ristretto campo di applicazione della sponsorizzazione demandando il ruolo di *sponsee* solo al MIBAC, alle Regioni ed agli Enti pubblici territoriali, ed il ruolo di *sponsor* solo a soggetti privati.

⁷⁵ Il PPP (partenariato pubblico-privato) è stato introdotto nel diritto interno con l'art. 3, comma 15^{ter} del d.lgs. 163/2006 (come integrato dall'art. 2, comma 1, lett a, d.lgs 152/2008); Vd. nota 61.

⁷⁶ *Ex multis*, Cass. Civile, sez. I, n. 9880/1997; Cass. Civile, n. 5086/1998; Cass. Civile, n.18801/2006; Cass. Civile, sez. I, n. 7083/2006; Consiglio di Stato, sez. VI, n.6073/2001; TAR Campania, Sez. VIII, n.7939/09.

⁷⁷ È però opportuno precisare che queste esperienze di gestione non sono del tutto assenti

Siffatta carenza ha costituito certamente un limite, soprattutto per la Regione Campania, al perseguimento degli obiettivi previsti dall'art. 6 dello Statuto, laddove si legge che la Regione “*sollecita e promuove lo sviluppo delle attività culturali, in ogni libera manifestazione e potenzia le attività di ricerca*”.

La prima ed unica legge, infatti, che la Regione Campania ha emanato per contribuire alla tutela, alla salvaguardia e alla valorizzazione di beni mobili ed immobili, aventi carattere storico-artistico, è la legge del 9 novembre 1974 n. 58, concernente il “*Programma di valorizzazione dei Beni Culturali della Regione Campania*”, finalizzata soprattutto al finanziamento annuale di un Piano di interventi per il miglioramento della conservazione fisica dei beni e della loro sicurezza, integrità e valore.

Due anni dopo, con delibera n. 200/4 del 20 dicembre 1976, la Giunta Regionale ha approvato il relativo Regolamento di attuazione, dettando le modalità e le procedure per la formazione e l'attuazione del Piano⁷⁸.

Ad oggi, non si può non rilevare che la Regione Campania non ha ancora adeguatamente riformato la propria legislazione in materia di beni culturali ai nuovi principi fissati dallo Stato. Si è affidata, sia per quanto riguarda il “miglioramento della conservazione fisica dei beni e della loro sicurezza, integrità e valore”, sia per quanto attiene all'attività di “promozione e valorizzazione”, a provvedimenti attuativi approvati dalla Giunta Regionale che, pur recependo gli orientamenti della nuova disciplina statale, non consentono ancora di effettuare un' appropriata strategia di promozione dei beni culturali, capace di valorizzare e promuovere la conoscenza e l'armonizzazione degli interventi con le esigenze della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'istruzione e del turismo⁷⁹. Su

nel Mezzogiorno. Anche qui esistono esempi virtuosi di una programmazione culturale efficiente, di rivitalizzazione dei luoghi d'arte, di creazione di nuova occupazione. Parliamo del Consorzio del Teatro Pubblico Pugliese, del nuovo Museo di Arte contemporanea Donna Regina di Napoli, della Fondazione Federico II di Palermo o della Fondazione che, in un piccolo centro di 1.000 abitanti della Sardegna, ha valorizzato il sito Unesco di Barumini. Questi e tanti altri casi dimostrano che la buona gestione è possibile e che le competenze non mancano, ma ancora molto c'è da fare per valorizzare queste esperienze e modernizzare l'offerta culturale del nostro Sud, a beneficio di una maggiore attrattività turistica e di una più ampia fruizione da parte dei cittadini. Non si tratta solo di incentivare la visita ai musei o ai grandi siti culturali, ma di portare la cultura nelle famiglie, nelle case, nei luoghi di lavoro e d'incontro, dove la gente vive ogni giorno. Anche per fronteggiare l'allontanamento dei cittadini dalla fruizione culturale, che a livello Paese nel 2012 è diminuita in tutti i settori, e nel Meridione assume i contorni di un vero crollo dei consumi. (cfr. Rapporto Federculture, *Cultura e turismo. Locomotiva del paese* (febbraio 2014), p. 18).

⁷⁸ Tali strumenti, se da un lato hanno consentito di recuperare, ristrutturare e conservare una molteplicità di edifici, soprattutto ecclesiastici, a volte di dubbio interesse storico, artistico o architettonico, dall'altro, non hanno costituito un riferimento per un'efficace strategia di promozione e valorizzazione del patrimonio culturale Campano.

⁷⁹ A tal riguardo, interessanti e puntuali gli spunti di A. RANAURO: «È evidente, quindi, la necessità di aggiornare la legislazione regionale in materia di beni culturali, adeguandola agli indi-

questo fronte, però, non si può non citare, tra i tentativi, la proposta del 2006 di *Piano Territoriale Regionale (Ptr)*, adottata dalla Giunta Regionale in fase di ridefinizione dopo le osservazioni e proposte di modifica, che assumeva come proprio epicentro strategico la valorizzazione delle risorse territoriali. Il Ptr promuove il rafforzamento di una *Campania plurale*, attraverso la ricerca di un più organico investimento nelle esperienze di programmazione, in corso e future, e il consolidarsi di reti di connessione di un sistema policentrico basate su di un efficiente sistema della mobilità, delle continuità ecologiche, della valorizzazione paesaggistica e della gestione efficace del grado di rischio ambientale del territorio.

Il Ptr definisce gli ambiti territoriali di base per la nuova programmazione, vale a dire i *sistemi territoriali di sviluppo (Sts)* individuati in funzione dell'assetto geografico-ambientale del territorio, delle alleanze condotte tra i vari attori e delle linee strategiche conseguenti, secondo una dominante di sviluppo riconosciuta per ciascun Sts⁸⁰.

Discorso a parte merita, invece, quanto la Regione Campania ha posto in essere per la valorizzazione dei centri storici e delle tipologie di architettura rurale del passato.

Con legge 18 ottobre 2002, n. 26, concernente “*Norme ed Incentivi per la valorizzazione dei Centri Storici della Campania e per la catalogazione dei beni ambientali di qualità paesistica. Modifiche alla L.R. 19 Febbraio 1996, n.3*”, la Regione si è dotata di una normativa che, muovendosi non con lo strumento del vincolo, ma con quello dell'incentivo, intende perseguire l'obiettivo di promuovere un'efficace politica a favore dei Centri Storici, incentivando organici piani di intervento finalizzati

rizzi che vengono dalla normativa statale e fissando le norme per: • assicurare, sulla base delle norme e degli indirizzi statali, l'attività di conservazione, restauro, valorizzazione, promozione, catalogazione e inventariazione dei beni culturali; • promuovere la catalogazione dei beni mobili e immobili d'interesse storico, artistico, architettonico e monumentale; • definire le procedure di programmazione degli interventi sui beni culturali; • determinare una più stretta rispondenza di tutti gli interventi sul territorio alle esigenze delle comunità locali; • promuovere la conoscenza e lo sviluppo dell'arte contemporanea; • ricercare strategie di valorizzazione e promozione, basate sull'integrazione tra le attività del settore culturale con quelle dei settori connessi, quali turismo e artigianato. • promuovere lo sviluppo delle attività produttive collegate alla conservazione e alla pubblica fruizione del patrimonio culturale; • promuovere lo sviluppo della progettualità comune e il coordinamento dei soggetti operanti nel settore e delle loro attività; • promuovere lo sviluppo dei sistemi di cooperazione e partecipazione di soggetti pubblici e privati» (cfr. *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale nella legislazione regionale della Campania*, in «Rassegna legislativa regionale», pp. 180-1).

⁸⁰ Vengono individuate almeno tre categorie di Sts, che assumono in maniera più o meno esplicita come stella polare lo sviluppo locale basato sulla valorizzazione delle risorse culturali e paesaggistiche: i sistemi a dominante rurale-culturale, i sistemi a dominante naturalistica ed i sistemi costieri a dominante paesistico-ambientale-culturale, (oltre naturalmente ai sistemi urbani), che complessivamente riguardano oltre i 3/4 del territorio e della popolazione regionale. Per approfondimenti, cfr. A. D'AURIA, *Un programma per la valorizzazione sostenibile delle risorse culturali e paesaggistiche in Area Vasta on line*, n. 12/13, 2006, pp.158-162.

al recupero, alla valorizzazione e, in particolare, alla “rivitalizzazione” dei centri medesimi. Strumenti per raggiungere i predetti obiettivi sono stati individuati nel Programma Integrato di Riqualificazione Edilizia, Urbanistica e Ambientale, nel Piano del Colore per l’Edilizia Storica e nella Catalogazione del Patrimonio immobiliare di interesse storico-artistico ed ambientale.⁸¹

Dalle considerazioni su esposte, con specifico riferimento alla tematica della conservazione, valorizzazione e promozione del patrimonio culturale, appare evidente la necessità che la Regione Campania si doti di uno strumento normativo che, in linea con i nuovi orientamenti dello Stato in materia, fornisca risposte importanti sia sul principio della “concorrenza” nella politica di valorizzazione dei beni culturali, sia sui temi della “formazione”, e consenta la piena attuazione di quel principio di “collaborazione”, sancito dalla vigente normativa statale.

3.3 *Il caso Pompei: dal Piano per Pompei al grande Progetto Pompei*

Con la creazione della Soprintendenza autonoma nel 1997⁸², Pompei costituiva una sorta di esperimento amministrativo di autonomia gestionale in vista di futuri cambiamenti in programma nella struttura dell’intero MIBAC⁸³. Nella stessa ottica furono infatti di seguito create le Soprintendenze autonome per le aree archeologiche di Roma e dei Poli museali di Venezia, Firenze e Napoli⁸⁴.

In tal modo, con la creazione di entità autonome, si decentrarono talune attività e servizi prima accentrati a livello ministeriale, si crearono figure professionali *ad hoc* (*city manager*), si dirottarono nuove risorse ma, soprattutto, si

⁸¹ «È una legge che ha suscitato particolare interesse, soprattutto per quanto attiene alla problematica, di grande suggestione, legata all’uso del colore nell’edilizia storica e al ruolo che esso assume nella qualificazione sia del singolo complesso architettonico, che dei contesti ambientali. Oltre a tanti suggestivi centri storici, la Campania conserva, soprattutto nelle aree collinari e montane interne, ancora ampi spazi di paesaggio rurale, caratterizzato non solo da insediamenti agricoli, edifici o fabbricati rurali del passato, ma anche da un rilevante e singolare patrimonio, rappresentato da una miriade di piccoli manufatti (selciati in pietra, ponticelli in pietra, opere di imbrigliamento e regimentazione delle acque, ecc.), che sono testimonianza dell’interconnessione tra l’attività dell’uomo e il sistema ambientale, basata, nel passato, sempre sulla necessità di ricercare un equilibrio tra intervento umano e ambiente in cui si operava.», (cfr. A. RANAURO, *Tutela e valorizzazione*, cit., pp. 180-1.

⁸² Legge 8 ottobre 1997, n. 352, recante “Disposizioni sui beni culturali”. Per uno studio mirato sulla stato del sito di Pompei e sulle sue criticità, cfr. C. MIGLIORATI, *Il sito archeologico di Pompei a rischio di cancellazione dalla lista del patrimonio mondiale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2013, pp. 723-747.

⁸³ *Funditus*, G. GHERPELLI, *Nuovi mutamenti di rotta nella gestione di Pompei*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 3, 2013.

⁸⁴ D.M. 22 maggio 2001 e D.M. 21 febbraio 2002; art. 8 d.lgs. n. 368 del 20/10/1998. Sui limiti della decretazione d’urgenza nel settore dei beni culturali, cfr. L. CASINI, *Il Decreto valore cultura: “senza pietre non c’è arco”*, in *Giornale di Dir. Amm.*, 2, 2014.

dotarono i Soprintendenti di poteri d'intervento più incisivi, tali da permettere l'assunzione di decisioni indipendenti e regolare le azioni in conformità con le esigenze locali⁸⁵. A tal proposito, è importante sottolineare che alcune attività di valorizzazione, per quanto configurabili come servizio pubblico, si svolgono in un mercato aperto al confronto concorrenziale tra più operatori. Ciò può essere confermato, seppure in modo contraddittorio, dalla tendenza diffusa in ambito pubblico ad adottare modelli organizzativi imprenditoriali per la gestione dei servizi di valorizzazione dei beni e delle attività culturali, ma come strumenti di intervento pubblico a tutti gli effetti posti in una situazione di vantaggio rispetto ai concorrenti privati⁸⁶.

In Campania, il perché di un siffatto *revirement* amministrativo-gestionale va ricercato in ragioni di carattere storico, oltretutto tecniche e giuridiche. Alla fine degli anni Novanta il sito archeologico di Pompei versava in una situazione di forte degrado strutturale ed organizzativo; da qui la necessità di approntare una riforma avente carattere di efficacia e di effettività in termini di valorizzazione, tutela e conservazione dei beni.

Il "Piano" si snodava, sostanzialmente, in tre punti cardine: l'introduzione

⁸⁵ Nel 1997 si elaborò il primo "Piano per Pompei" nell'ambito del quale furono predisposte tre mappe operative per la realizzazione di ragionati lavori di recupero e la redazione di un programma mirato di interventi sul sito.

⁸⁶ «Questi fenomeni, meglio noti come "neo-statalismo" o "neo-capitalismo municipale", si sono diffusi in diversi settori (dalle autostrade agli aeroporti, dall'energia ai trasporti), e nei servizi per i beni e le attività culturali hanno trovato opportunità di realizzarsi in misura forse più incisiva e (almeno secondo l'opinione degli amministratori pubblici) meno contestabile. In questo settore, specie a livello locale, si sono verificate situazioni anche paradossali di acquisizione di imprese private da parte di amministrazioni pubbliche o fondazioni, mortificando un mercato (per certi versi) ancora immaturo, ma strategico per il sistema Paese, in cui lo sviluppo della capacità imprenditoriale andrebbe semmai rafforzato. Soprattutto il "neo-capitalismo municipale", anche in questo settore, è fortemente incoraggiato da una (presunta) maggiore libertà di utilizzo dell'affidamento *in house*, venendo così a creare un evidente conflitto di interessi in seno all'amministrazione locale, che assume contemporaneamente il duplice ruolo di azionista (assoluto o insieme ad altri) e di regolatore del mercato di riferimento del servizio o dell'attività culturale. Proprio a livello locale emergono le maggiori esigenze di intervento del legislatore, che dovrebbe rivedere i meccanismi che disciplinano le modalità di affidamento della gestione dei servizi, eliminando l'alternativa della disciplina sui servizi pubblici locali in materia di attività culturali, anche se ciò risulta particolarmente indigesto ai gruppi d'interesse che si sono creati, nonostante l'intervento di varie magistrature a favore della corretta applicazione delle regole sulla concorrenza. In queste situazioni il mercato sta forse mostrando la sua faccia più opaca, dietro la quale si sono create nicchie protette di monopolio pubblico e pubblico-privato, attraverso società in cui si incrociano gli interessi di pochi attori, generando un altro fenomeno distorsivo quale la *cross-directorship*, cui si è accennato in precedenza» (cfr. *La Valorizzazione della cultura fra Stato e mercato. Assetto economico e giuridico, imprese e istituzioni del mercato delle attività culturali in Italia, Febbraio 2008*, Rapporto elaborato da P. DE LUCA, S. DOTI, G. MELE dell'Area Impresa e Territorio di Confindustria, con il contributo, per Confcultura, di P. ASPRONI e G. MERCADANTE, pp. 70 ss.).

di un Direttore Amministrativo cui demandare la sfera gestionale del sito, la creazione di un Consiglio di Amministrazione (di seguito C. di A.) dotato di poteri mutuabili dalle strutture societarie privatistiche, il riconoscimento in capo alla Soprintendenza dell'autonomia scientifica e decisionale in ambito tecnico, oltretutto dell'autonomia contabile e finanziaria⁸⁷: entità amministrative autonome capaci di individuare, con appropriati *business plan*, le più opportune forme di intervento conservativo e valoriale delle opere e dei luoghi, di progettare la realizzazione degli interventi, di finanziare le spese con risorse proprie e specularmente riportate in bilanci 'economici', e chiamate a dar conto del loro operato al MIBAC, ai cittadini ed al Paese. Fin qui le intenzioni.

La riforma conteneva, come noto, insormontabili limiti strutturali, riconducibili, in via esemplificativa, ai criteri di selezione del *city manager*, alla 'debolezza' decisionale del C. di A., alla mancanza di linearità e coerenza delle logiche gestionali, alla scarsa incisività del potere riconosciuto agli Organi di vertice sull'organizzazione dei rapporti di lavoro del personale dipendente, ed a molte altre resistenze burocratiche che, di fatto, minavano alla base l'autonomia gestionale, contabile e finanziaria delle Soprintendenze.

Nonostante il forte aumento delle entrate, si colse fin dal principio il nodo fondamentale di quello che di lì a breve sarebbe apparso come un vistoso insuccesso: l'impossibilità di spesa⁸⁸.

Il 4 luglio 2008 l'esperimento del "Piano per Pompei" poteva dirsi del tutto esaurito con la nomina di un Commissario governativo per l'area archeologica di Pompei, nella persona del Prefetto di Napoli⁸⁹.

Da qui la *querelle*, che vide il Soprintendente contestare la legittimità e l'opportunità del commissariamento, volta a sottolineare l'incoerenza tra lo strumento d'intervento emergenziale e le effettive condizioni del sito archeologico.

Il Commissario ed il suo *team* di cinque collaboratori furono incaricati di elaborare un nuovo Piano di salvaguardia dell'area incentrato sulla manuten-

⁸⁷ Per una visione complessiva sull'esperimento dell'autonomia del sito archeologico di Pompei, cfr. P. FERRI e L. ZAN, *Pompei dieci anni dopo. Ascesa e declino dell'autonomia gestionale*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 1-2, 2012; P. G. GUZZO, *Pompei 1998-2003, l'esperimento dell'autonomia*, 2003; P. G. GUZZO, *L'autonomia delle Soprintendenze: l'esperienza di Pompei*, in *Notiziario a cura dell'ufficio studi del MIBAC*.

⁸⁸ La Soprintendenza continuò ad utilizzare la contabilità finanziaria tipica delle Amministrazioni Pubbliche, non potendo avvalersi della più opportuna contabilità economica, a causa della mancata attribuzione del potere correlato.

⁸⁹ D.P.C.M. del 4 luglio 2008, adottato su richiesta congiunta del MIBAC, del Prefetto di Napoli e della Regione Campania, per far fronte al grave stato di emergenza e di criticità del sito; Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 luglio 2008 n. 3692; Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 agosto 2008 n. 3696; Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 febbraio 2009 n. 3742; Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 luglio 2009 n. 3795.

zione straordinaria, sulla ricerca di sponsorizzazioni⁹⁰, sulla rimozione degli insediamenti abusivi e sull'affidamento ai privati del servizio di vigilanza: ciò a fronte di un *budget* di 40 milioni di euro, peraltro prelevati dalla cassa della stessa Soprintendenza⁹¹.

Inizia così un periodo di forte travaglio, cui consegue un progressivo declino dell'idea di assegnare ad entità autonome la gestione e l'amministrazione di aree e siti storico-archeologici.

Ma, dal canto suo, il commissariamento rappresenta l'antitesi del decentramento: un trasferimento di competenze, responsabilità e funzioni dalla periferia amministrativa e gestionale al centro ministeriale e governativo, secondo la logica delle 'decisioni calate dall'alto' con carattere straordinario ed urgente, talvolta con mere finalità simbiotico-mediatiche, che motiva misure necessarie da adottare nell'esercizio di poteri in deroga.

A fronte del susseguirsi di Commissari, esperti e *city manager*, non cambia negli anni lo stato dei luoghi, anzi si aggrava, sottraendo risorse finanziarie che vengono dirottate verso altre iniziative⁹².

Dal che, il 5 aprile 2012 il lancio di un nuovo Piano, il c.d. Grande Progetto Pompei (in attuazione del D.L. 31/3/2011 n.34), volto ad “*arrestare il degrado e riportare il sito archeologico a migliori condizioni di conservazione*”, prevedendo l'investimento complessivo di 105 milioni di euro nel triennio 2012-15⁹³.

Dall'iniziale “Piano per Pompei” al “Grande Progetto Pompei”, un percorso che testimonia, da una parte, il mancato coordinamento tra differenti pratiche e professionalità, dall'altra, la costante incertezza amministrativa e gestionale del

⁹⁰ Per effetto del DPCM 24 luglio 2009 e della successiva Ordinanza del PCM 30 luglio 2009 n. 3795, vengono attribuiti al Commissario governativo ulteriori poteri e mansioni. In particolare, poteri specifici per la ricerca urgente di sponsorizzazioni, oltre a poteri generali in materia di servizi di vigilanza, razionalizzazione degli interventi e l'impiego di personale, il tutto al fine di garantire la migliore fruizione del servizio.

⁹¹ Al Commissario erano inoltre attribuiti poteri di sanzionamento degli abusivi, ristabilimento delle condizioni di igiene, di ordine e sicurezza; poteri di realizzare opere pubbliche con procedure semplificate e abbreviate, derogando dalle norme ordinarie; era inoltre data facoltà di apportare varianti agli strumenti urbanistici, anche affidando la progettazione a liberi professionisti terzi, seppur in dissenso con le altre Amministrazioni. Sul punto, per un'analisi critica della figura commissariale, cfr. D. LA MONICA, *Il caso Pompei, ne Il degrado dei siti archeologici in Italia*, a cura della Scuola Normale di Pisa, 2011, pp. 119-132.

⁹² Ai 40 milioni di euro messi a disposizione del Commissario nel 2008, prelevandoli dalla cassa della Soprintendenza autonoma, vanno aggiunti 30 milioni di euro già prelevati nel 2006 con D.M., ed un ulteriore dirottamento di fondi sempre nel 2006 pari al 30% delle entrate di biglietteria, in attuazione del DPR n. 240 del 29 5 2003.

⁹³ I 105 milioni di euro si componevano di Fondi FESR e nazionali, affidati alla Soprintendenza (ai sensi dell'art. 2 comma 4, D.L. 34/2011, conv. in L. 75/2011), che operava in collegamento con il Comitato di pilotaggio di cui al Decreto Interministeriale 19 12 2012. Sul punto, G. SCIULLO, *La retorica dell'organizzazione: il Grande Progetto Pompei*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2013.

‘bene cultura’: immancabili progressi tecnico-scientifici e professionali non sono stati accompagnati da uno sforzo parallelo di pianificazione e gestione manageriale, economica e finanziaria capace di attrarre risorse, cultura ed esperienze.

Considerazioni, queste, che appaiono fondamentali non solo in relazione agli interventi di attuazione del “Grande Progetto Pompei 2012-15”, ma anche oltre gli orizzonti temporali dello stesso, nella speranza di interventi sempre più dettati dall’ordinarietà.

In verità, il “Grande Progetto”, ovvero Unità Grande Pompei⁹⁴, come peraltro ripreso e perfezionato dall’art. 1 del D.L. 8 agosto 2013 n. 91, ispiratosi al modello francese dell’*Amministrazione di missione*, sembra essere approdato su lidi di notevole efficacia e *performance*, tanto in merito alla cura delle strutture, quanto all’organizzazione gestionale. Ma l’auspicio è che sia in grado di suscitare l’interesse di coloro che seguono le vicende del patrimonio culturale italiano nell’ottica di un’efficiente organizzazione di sistema, così da favorire per gli anni a venire anche forme di partenariato pubblico-privato volte alla conservazione dei beni.

In tale prospettiva, anche l’art. 1 del D.L. n. 91 enumera funzioni, ruoli, tempi e termini: una “Unità Grande Pompei” dotata di autonomia amministrativa e contabile, con al vertice un Direttore Generale – che assicuri l’efficace e tempestivo svolgimento delle procedure (assumendo le funzioni di stazione appaltante) – affiancato da un Comitato di gestione e da un Comitato di pilotaggio, ferme restando le competenze della Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Pompei.

Per il raggiungimento dell’obiettivo, due strumenti: un accordo di valorizzazione per il coinvolgimento delle Amministrazioni Pubbliche interessate (ai sensi dell’art. 112 del d.lgs. n. 42/2004); un Piano strategico che indichi gli interventi infrastrutturali, gli interventi di riqualificazione e rigenerazione urbana dei territori e recupero ambientale dei paesaggi degradati, nonché azioni di “*promozione e sollecitazione di erogazioni liberali e sponsorizzazioni e la creazione di forme di partenariato pubblico-privato*”⁹⁵, il tutto anche mediante il coinvolgimento di organizzazioni *no profit* e l’impiego di operatori culturali qualificati (Progetto “Mille giovani per la cultura”).

Anche qui intuizioni, pregi, opportunità, ma inevitabilmente limiti e sfasature, per un Progetto mosso da lodevoli intendimenti che non si vorrebbe riproponesse gli stessi esiti disastrosi delle trascorse esperienze.

Ebbene, lo snellimento delle procedure, la razionalizzazione dei percorsi,

⁹⁴ D.L. 8 agosto 2013 n. 91, conv. con L. 112/2013. Sul punto, L. CASINI, *Il Decreto valore cultura: “senza pietre non c’è arco”*, cit.

⁹⁵ Il punto 8.4, pag. 71 del *Piano di gestione sito UNESCO*, Aree archeologiche di Pompei, Ercolano e Torre Annunziata, titolato “Le sponsorizzazioni”, richiama e rinvia alle *Norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate* approvate con D.M. 19-12-12.

l'univocità delle responsabilità, un reale decentramento delle funzioni dirigenziali con il coinvolgimento di qualificate competenze tecnico-scientifiche, l'impiego di risorse umane di qualità, sembrano suggerire la via maestra da perseguire per poter raggiungere gli obiettivi indicati, evitando lungaggini, nomine ed investiture Ministeriali che, il più delle volte, sembrano voler mediatamente riportare l'ambito decisionale a livello di amministrazione centrale⁹⁶.

3.4. *Il caso Packard di Ercolano ed una probabile ipotesi per Pompei*

Il discorso sull'esperienza di Ercolano si mostra parzialmente diverso dal 'caso' Pompei, sia in termini di pratiche gestionali, che in ambito tecnico-giuridico. *L'Herculaneum Conservation Project* è stato creato nel 2000, a seguito di una visita al sito archeologico di Ercolano da parte di David W. Packard, presidente del Packard Humanities Institute⁹⁷ e di Andrew Wallace-Hadrill, all'epoca Direttore della British School at Rome. In quell'occasione David W. Packard concordò con Pietro Giovanni Guzzo, allora soprintendente archeologo della Soprintendenza Archeologica di Pompei (da marzo 2008 diventata Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei), di avviare un importante progetto di collaborazione per la salvaguardia del sito di *Herculaneum*. L'intervento sul sito di Ercolano è, infatti, caratterizzato dall'innovativo accordo di partenariato pubblico-privato tra la Soprintendenza archeologica di Pompei ed il Packard Humanities Institute (di seguito P.H.I.), stipulato nell'aprile 2001, con la sot-

⁹⁶ Interessante può essere la lettura del *dossier* predisposto in occasione dell'esame dell'atto Senato n. 1563, relativo alla "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83, recante disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo". Approvato dal Consiglio dei Ministri n. 17 del 22 maggio 2014, il decreto-legge n. 83 è stato pubblicato nella GU del 31 maggio, in vigore dal 1° giugno, con scadenza il 30 luglio 2014. Il decreto-legge in commento è stato presentato alla Camera dei deputati il 31 maggio 2014 e approvato, con modificazioni, il 9 luglio. Trasmesso dalla Camera l'11 luglio 2014, al Senato è stato assegnato in sede referente alla 7ª Commissione permanente (Istruzione Pubblica, Beni Culturali, Ricerca Scientifica, Spettacolo e Sport), con il parere delle Commissioni 1ª (Affari costituzionali) [presupposti di costituzionalità], 2ª (Giustizia), 3ª (Affari Esteri), 4ª (Difesa), 5ª (Bilancio), 6ª (Finanze), 8ª (Lavori Pubblici), 10ª (Industria, Commercio, Turismo), 11ª (Lavoro), 13ª (Ambiente), 14ª (Unione Europea), e per le questioni Regionali. Il decreto-legge, originariamente composto di 18 articoli – ai quali, a seguito delle modifiche approvate dalla Camera, se ne sono aggiunti altri 2, per un totale di 20 – è suddiviso in 4 titoli relativi, rispettivamente, alla tutela del patrimonio culturale della Nazione e allo sviluppo della cultura (artt. 1-8), al supporto dell'accessibilità del settore culturale e turistico (artt. da 9 a 11-*bis*), all'amministrazione del patrimonio culturale e del turismo (artt. 12-16), alle norme finanziarie e all'entrata in vigore (artt. 17-18), [cfr. *Dossier del Servizio Studi sull'A.S.* n. 1563 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83, recante disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo", luglio 2014, n. 156].

⁹⁷ Per capire le vere dinamiche che avevano portato David Packard ad Ercolano ed i risvolti, cfr. L. SALVIA, *Resort Italia. Come diventare il villaggio turistico del mondo e uscire dalla crisi*, Venezia 2015.

toscrizione del “*Memorandum of understanding*” e favorito dalla mediazione del Direttore della British School at Rome⁹⁸. Nel maggio 2001 la sottoscrizione del relativo Protocollo d’Intesa che ha dato vita all’“*Herculaneum Conservation Project*” (di seguito H.C.P.).

Le parti sono giunte alla stipula di un contratto di sponsorizzazione avente ad oggetto l’assistenza alla Soprintendenza nelle attività di conservazione dell’intero sito archeologico, cui sono seguiti ‘progetti minori’ e lavori emergenziali mirati a stabilizzare le aree a maggior rischio.

Idea portante del Progetto è stata l’uniformità ed omogeneizzazione degli interventi di tutela dei beni, cosicché tutte le parti interessate all’opera di restauro (dalle superfici architettoniche alle pitture murali, le strutture, gli arredi ed i giardini) non rappresentassero elementi disgiunti e scollegati da recuperare in tempi, modi e tecniche differenti, ma piuttosto un *unicum* da sottoporre ad un intervento complessivo e completo. Si comprese con immediatezza che occorrevano un maggior numero di figure professionali e tempi adeguati, anche superiori a quelli inizialmente previsti; che necessitavano capitali e idee differenti, ma sapientemente coordinati e teleologicamente orientati.

La soluzione è stata trovata coinvolgendo nel Progetto la *British School at Rome*, anch’essa sottoposta al controllo della Soprintendenza. Con queste premesse si è giunti alla stipula, nel 2004, di un apposito ed organico contratto di sponsorizzazione⁹⁹, destinato a durare cinque anni, e poi rinnovato nel 2009 per garantire la presenza delle attività del Progetto sul sito per altri cinque anni.

Ne è seguita la creazione di un Comitato Scientifico di cui erano parte il Direttore della *British School*, il Soprintendente di Napoli e Pompei, il Soprintendente Regionale, il Direttore del Centro internazionale per gli studi e la conservazione del patrimonio culturale (I.C.C.R.O.M.), e tre studiosi nel campo dell’archeologia Vesuviana.

L’oggetto del contratto di sponsorizzazione risulta costituito dalla “*realizzazione a propria cura e spese, di lavori di conservazione, restauro e valorizzazione del sito di Ercolano*” da parte della *British School*, secondo le prestabilite modalità di interventi organici dispiegati con il Piano annuale di esecuzione e la Programmazione triennale dei lavori.

Molteplici i benefici per la Soprintendenza: un considerevole finanziamento esterno per il recupero e la conservazione del patrimonio storico, artistico e culturale, in uno con la salvaguardia delle risorse interne di bilancio, da poter quindi destinare ad altre attività. In più, l’esecuzione diretta da parte della *British School* dei lavori, con l’impiego di professionisti specializzati e di qualificate ditte appaltanti: come infatti precisato all’articolo 3.3 del contratto di sponsorizzazione,

⁹⁸ M. SELO, *L'utilizzo dell'istituto giuridico della sponsorizzazione in materia di beni culturali. Scavi archeologici di Ercolano e Anfiteatro Flavio di Roma, due casi a confronto*, in *Rivista di arti e diritto on line*, 3, 2014.

⁹⁹ P. FERRI e L. ZAN, *Economia e gestione delle partnership nei beni culturali*, cit.

spetta allo *sponsor* individuare le ditte appaltatrici e stipulare con esse le dovute convenzioni, assicurandosi che l'esecuzione dei lavori avvenga nel rispetto della normativa vigente. Spetta inoltre allo *sponsor*, in qualità di soggetto erogante, provvedere alla corresponsione dei corrispettivi pattuiti con le ditte appaltatrici, nonché provvedere, semestralmente, alla redazione di un *report* sugli interventi in corso di esecuzione¹⁰⁰.

La sponsorizzazione, certamente positiva e di ampio respiro qualitativo, ha avuto un ulteriore profilo di vantaggio con il rinnovo del contratto, dapprima nel 2004 e poi nel 2009, prevedendosi l'estensione della collaborazione alla progettazione dei lavori e l'attribuzione dell'onere di spesa ad esclusivo carico dello *sponsor* esterno.

Il Progetto complessivo consta di tre fasi, diverse per tempi, per impegno e per coinvolgimento del *partner*: dal 2001 al 2004, secondo uno schema di *sponsorship* tradizionale, con il rimborso del costo dei lavori pianificati ed attuati dalla Soprintendenza; dal 2004 al 2009, assumendo la *British School* la diretta responsabilità di pianificare ed attuare i lavori (c.d. periodo eroico); dal 2009 in poi, fase in cui lo *sponsor* trasferisce gradualmente alla Soprintendenza la gestione diretta e la manutenzione delle opere restaurate (c.d. fase della strategia d'uscita).

La sostanza dell'esperienza sta nell'accelerazione data al Progetto a partire dal 2004, allorché l'P.H.C.P. decise di assumere in proprio la responsabilità della pianificazione e realizzazione delle opere di restauro, data la forte dilatazione dei tempi di esecuzione impiegati dalla Soprintendenza fino a quel momento ed il correlato rischio di giungere in ritardo rispetto ai tempi della fase progettuale iniziale e dell'impegno finanziario preventivato.

L'opportunità si concretizzò in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 42/2004, rendendosi possibile, mediante la sottoscrizione del contratto di sponsorizzazione, un maggiore coinvolgimento dello *sponsor* nell'*affaire*, riconoscendogli l'opportunità di intraprendere direttamente i lavori sul sito, a sue spese e sotto la sua gestione, nonché di pianificare in proprio i tempi, i modi e le attività delle fasi di progettazione, del finanziamento e dell'esecuzione delle opere, ricorrendo a schemi contrattuali di diritto privato e gestendo direttamente l'intero processo¹⁰¹. Una forma di collaborazione che ha consentito di realizzare opere di elevata qualità, con esclusivo finanziamento privato, con l'utilizzo di tecnici altamente qualificati (individuati dallo *sponsor* ed operanti sotto il controllo della Soprintendenza), e nel rispetto di tempi di esecuzione ristretti e certi.

Un modello di grande impatto simbiotico per futuri progetti di valorizzazione e tutela dei beni culturali. Basti pensare che l'innovativa 'strategia di uscita' contempla una "*programmazione congiunta*", secondo la quale la Soprintendenza si

¹⁰⁰Sul punto, cfr. M. SELO, *L'utilizzo dell'istituto giuridico della sponsorizzazione in materia di beni culturali*, cit.

¹⁰¹P. FERRI e L. ZAN, *Economia e gestione delle partnership nei beni culturali*, cit.

è impegnata ad investire un miliardo di euro nel 2009 e quasi due miliardi di euro nel 2010 e nel 2011, per finanziare progetti pianificati di concerto con gli specialisti di H.C.P., ma appaltati dall'Ente Pubblico, così da consentire al *partner* di uscire dal progetto gradualmente, riducendo in maniera sempre più significativa il proprio coinvolgimento: una *exit strategy* che obbliga lo *sponsor* a consegnare alla Soprintendenza i progetti ultimati, nonché ad affidare alla stessa i lavori progettati ed ancora in corso di esecuzione.

Il ripetersi delle condizioni di favore riscontrate nell'esperienza maturata sul sito di Ercolano appare replicabile in termini generali, ma difficilmente concretizzabile quanto all'individuazione di *sponsor* disposti ad intervenire con lo stesso spirito e contributo della Packard. Basti pensare al disinteresse mostrato dallo *sponsor* del Progetto Ercolano rispetto a forme dirette di ritorno dell'immagine che, nella regola contrattuale della sponsorizzazione, sono invece il punto di forza della partecipazione privata.

Invero, il partecipante estero ha chiesto esclusivamente la possibilità di menzionare gli effetti del proprio intervento su riviste scientifiche specializzate e su modeste targhe commemorative piantate nel sito, oltre alla possibilità di poter organizzare visite guidate private, in orari di chiusura al pubblico, per gruppi di persone invitate a scopo accademico o scientifico: il che rende l'operazione *de qua* configurabile alla stregua di un'elargizione liberal-mecenatistica, più che di una rappresentazione sinallagmatico contrattuale che rispetti i crismi del contratto di sponsorizzazione vero e proprio¹⁰². Una nuova ipotesi di liberalità nella quale, con la sottoscrizione del contratto di sponsorizzazione, il 'mecenate' (*sponsor*) partecipa ad ogni fase dell'attività espletata dall'Ente Pubblico sul progetto.

Ciononostante, lascia forse ben sperare, per il futuro del nostro patrimonio artistico culturale, la costituzione a Pisa, nel luglio del 2013, sulla scia dell'esperienza di Ercolano, della nuova Fondazione Packard, creata e partecipata dalla British School at Rome e conosciuta come "Istituto Packard per i beni culturali".

Non è quindi improprio rilevare come l'analisi comparata delle esperienze di Ercolano e Pompei, distanti pochi chilometri ma – a quanto pare – lontane anni luce nella realtà dei fatti, evidenzia che la gestione perennemente (*rectius*, esclusivamente) emergenziale dei beni culturali non appaia la strada idonea da perseguire per una piena valorizzazione degli stessi. La normativa di necessità ed urgenza, in uno con i limiti di gestione degli appalti e del personale derivanti dalla farraginoso normativa di riferimento (norme generali sugli appalti e sul rapporto di lavoro alle dipendenze delle PP.AA.), che si mostrano poco adattabili al mondo dei beni artistici, hanno favorito il propagarsi di situazioni di stallo e di perpetrata inattività, di cui il sito Pompeiano assurge ad emblema.

Viceversa, la *partnership* sperimentata ad Ercolano, svincolata dai patologici

¹⁰²Per comprendere lo spirito che ha animato ed anima lo *sponsor* Packard, cfr. F. ERBANI, *Pompei Italia*, Milano 2015.

ostacoli normativi e burocratici, ha fatto sì che le ingenti risorse finanziarie provenienti dallo *sponsor* privato fruttassero appieno¹⁰³, e la riprova è il numero di visitatori paganti, aumentato in maniera esponenziale dal 2001, con un incasso più che raddoppiato nel giro di dieci anni¹⁰⁴.

Viene da pensare, quindi, come il problema strutturale che involge la vicenda Pompei non attenga tanto alle risorse disponibili, quanto alle modalità di gestione delle stesse. La conferma ci è data dall'osservazione del cambio di rotta che si è avuto nel Progetto Ercolano fra la prima e la seconda fase, quando, a fronte di tre anni di 'inattività' della S.A.P., a far data dal 2004 lo *sponsor* ha visto aumentare i propri gradi di libertà nella gestione del Progetto e nelle concrete modalità di esecuzione delle opere.

¹⁰³Su questo fronte non si possono non tener presente gli sviluppi, in termini di riqualificazione e valorizzazione dell'area, dal 2014 ad oggi, con la creazione di un Museo archeologico come indicato da M. LILLI nel suo articolo: «La circostanza che ad occuparsi di forma e dimensioni, a disegnarne lo *skylene*, sarà Renzo Piano, ha probabilmente contribuito a dare ancora maggior rilevanza ad un'idea corretta. Quella di fornire il sito di uno spazio nel quale esporre i materiali scavati. Un contenitore che permetta di mettere in mostra il patrimonio custodito finora nei depositi. Un Museo che dovrebbe essere tutt'altro che impattante. La probabile scelta di realizzarlo in parte interrato sembra un indizio inequivocabile sul fatto che esso dovrà dialogare con gli scavi, esserne un'aggiunta funzionale. La regia, anche di questa operazione, sarà di Jane Thompson, la *Project Manager* che fin dall'avvio ha curato con determinazione e capacità il procedere dell'*Herculaneum Conservation Project* e che dal settembre 2014 è stata chiamata a far parte della Commissione Paritetica di esperti designati dal MIBACT e da Roma Capitale, con il compito di elaborare uno studio per un Piano strategico per la sistemazione e lo sviluppo dell'Area Archeologica Centrale di Roma. Se ad Ercolano si è voltata pagina, riaprendo monumenti da tempo chiusi, procedendo con nuovi restauri, molto si deve a lei, oltre che alla Direttrice degli scavi, Maria Pia Guidobaldi. È così che in questi anni si è giunti a rendere visitabili circa due terzi dell'area, compreso il Decumano massimo, sul quale è stato realizzato un percorso multisensoriale adatto ai disabili. Ma si è anche proceduto ad una risistemazione di circa l'80% delle coperture degli edifici, ed è stata restaurata la rete fognaria antica per gestire la dispersione delle acque meteoriche, principale causa di potenziali crolli. Si è intervenuti sugli affreschi e sulle strutture, restaurando e consolidando. È *in itinere* il programma di **riqualificazione dell'antica spiaggia**, con l'imbrigliamento delle acque sorgive ed il recupero del livello antico, per aprire alla visita i fornicci e le arcate che custodiscono i calchi degli scheletri rinvenuti agli inizi degli anni Ottanta. Insomma, tutto quello che non riesce a Pompei se non in maniera inadeguata rispetto alle attese e soprattutto alle stringenti necessità, ad Ercolano prende forma. Compresa la proposta di riqualificare un settore del centro urbano contiguo all'area archeologica: quello compreso tra via Cortili e via del Mare. L'accordo, firmato da MIBACT, le due Soprintendenze, il Comune dell'*binterland* Campano e la Fondazione W. Packard per i Beni Culturali nel gennaio 2014, ma entrato nel vivo solo circa un anno dopo, prevede l'acquisizione di un'area di 5.171 metri quadrati a nord-ovest degli scavi, la demolizione di immobili fatiscenti e la sua riqualificazione. Un'operazione il cui fine non è soltanto quello di estendere l'area archeologica, recuperando monumenti obliterati da un'urbanistica senza regole, ma anche quello di ristabilire un ordine. Sia nella città moderna, che in quella antica. Un intervento, dunque, che tenta di restituire un pezzo di paesaggio, smembrato. (cfr. *Ercolano non è Pompei. Anche un Museo archeologico per il progetto* Packard, in <http://www.ilgiornaledellefondazioni.com>).

¹⁰⁴ Pungenti considerazioni si ritrovano nel peculiare lavoro di S. RIZZO, *Razza stracciona. Uomini e storie di un'Italia che ha perso la rotta*, Bologna 2012.

Nel rispetto dei precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento, nonché nell'osservanza dei principi Comunitari in materia di concorrenza, appare appropriato ipotizzare un piano di recupero per Pompei ove la parte normativa e, (ahinoi!) burocratica, sulla scia dell'esperienza di Ercolano, lasci il passo al versante *manageriale* di stampo privatistico, ma sempre teleologicamente orientato alla massimizzazione dell'interesse pubblico specifico, consistente – è opportuno ribadirlo – nella pronta tutela del bene culturale.

4. Conclusioni: Il contesto dei beni culturali oggi

Specialità ed innovatività, riordino e semplificazione: sono questi i “principi ed i criteri direttivi” dettati al legislatore delegato che, in apparente continuità con il D.lgs 12 aprile 2006, n.163, ha dedicato – con espresso riferimento al contesto dei beni culturali – un Capo specifico nell'ambito del Titolo VI della Parte II del Codice dei contratti riservato ai “*Regimi particolari di appalto*” con il d.lgs 18 aprile 2016, n.50, che di fatto, però, non tralascia di rinviare taluni aspetti della materia alla disciplina comune degli appalti pubblici nei settori ordinari.

Viene da chiedersi, al riguardo, se la mancanza di reale semplificazione e plasticità della materia non sia in qualche modo legata al concetto italiano di salvaguardia del patrimonio culturale, intesa come funzione in primo luogo giuridico-amministrativa, espressione della nozione di *tutela* e non, piuttosto, di *cura* del patrimonio culturale (in Germania, *denkmalpflege*), o di *protezione* del patrimonio culturale (in Inghilterra e Francia, *protection*; in Germania *denkmalschutz*).

Tant'è che in Italia la normativa di settore ha progressivamente sempre più riassorbito nell'ordinamento giuridico le nozioni di *conservazione* e *restauro* delle cose di interesse artistico e storico, ovvero – semplificando – di ciò che oggi definiamo patrimonio culturale, sicché ogni intervento finalizzato a dare continuità non soltanto di sussistenza, ma anche di corretta fruizione (pubblica o privata) del patrimonio culturale (pubblico o privato) è oggi regolamentato dalla normativa che chiamiamo di *tutela*¹⁰⁵.

Così, oggi che la Convenzione di Faro¹⁰⁶ del 2005 è sottoscritta dal Gover-

¹⁰⁵ Sul tema, P. PETRAROLA, *Conference Paper, January 2018*. L'Autore afferma che «di fatto ciò è avvenuto perché in Italia l'approccio alle testimonianze fisiche della memoria storica è stato guidato da uno sviluppo culturale nel quale le “cose” che siano riconosciute quale documento materiale di tale memoria sono state, per dir così, “personificate”: vale a dire che, invece di essere concepite come patrimonio *di e per* comunità di persone e di cittadini, esse stesse sono state come trasfigurate in soggetto giuridico, titolare di personalità e diritti e capaci di una sussistenza ora e nel futuro, sulla base di forze intrinseche al loro stesso esistere e di motivazioni proprie, come fossero ormai addirittura immortali, sebbene definite “cose”».

¹⁰⁶ Il testo della Convenzione di Faro è disponibile, ovviamente, *on line*. cfr., ad es.: http://www.beniculturali.it/mibac/multimedia/UfficioStudi/documents1362477547947_Convenzione_d_Faro.pdf.

no, l'apporto privato alla salvaguardia e al godimento di ciò che è riconosciuto significativo per “*preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio*” e per “*promuovere lo sviluppo della cultura*” rimane confinato alla funzione di mero supporto finanziario allo sviluppo delle politiche pubbliche, con le modalità dell'atto di mecenatismo o di liberalità, ovvero, della sponsorizzazione, in questo secondo caso, sulla base di un contratto; con ciò intendendosi che scivola nell'irrilevanza proprio il tema più importante, quello cioè di un rapporto attivo dei cittadini (non solo finanziario) e delle loro libere organizzazioni con il patrimonio culturale, che nasca da consapevolezza e corresponsabilità civica, sia cioè nutrito dall'effettivo riconoscimento di specialità di quelle “*testimonianze aventi valore di civiltà*”, che sono parte dell'eredità culturale della comunità (per usare linguaggio e valori semantici del testo della Convenzione di Faro) e del suo territorio.

La *diminutio*, tuttora, del pur importante ruolo propositivo e attivo che la Costituzione Italiana (art.4, secondo comma)¹⁰⁷, nonché il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (Codice BCP), artt.6 e 111, assegnano ai cittadini “privati” per lo sviluppo della cultura e per la valorizzazione dei beni di appartenenza pubblica, è evidente e grave; essa limita, di fatto, alla sola competenza istituzionale pubblica le funzioni di tutela e valorizzazione, lasciando presupporre la sfiducia di cui è fatto destinatario spesso ogni soggetto non statale, soprattutto se privato, che volesse contribuire a tali obiettivi.

D'altro canto, il recente dibattito sull'ulteriore riforma del Titolo V della Costituzione, rispetto alla già insoddisfacente riforma costituzionale del 2001, ha mostrato tra le pieghe un diffuso desiderio di rimontante centralismo statalista, proprio in materia di tutela e valorizzazione, incoraggiato dalla debolezza delle dotazioni umane e finanziarie delle Soprintendenze, la cui inevitabile lentezza decisionale viene strumentalizzata per giustificare i numerosi atti normativi volti a limitare su più fronti, all'insegna di una presunta “semplificazione”, i loro tradizionali poteri di autorizzazione e controllo.

Nello specifico campo dei beni culturali, si sono succeduti – con vicende alterne – svariati provvedimenti normativi volti ad attivare una positiva predisposizione al *partenariato* genericamente definito “pubblico-privato”, a partire dal 1982, con la legge n.512 di quell'anno, promossa dall'allora Ministro per i Beni culturali e ambientali On.le Vincenzo Scotti, ad otto anni dall'istituzione del Ministero stesso¹⁰⁸. Tale legge rappresentava il primo tentativo di considerare

Per una presentazione della Convenzione, si veda innanzitutto:

Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society, Council of Europe Treaty Series, n.199.

¹⁰⁷ Costituzione della Repubblica Italiana, art.4, secondo comma: “Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”.

¹⁰⁸ Legge 02 agosto 1982, n.512 “Regime fiscale dei beni di rilevante interesse culturale” (in G.U. n.216 del 07 agosto 1982).

dazioni e donazioni a favore del patrimonio culturale come atti meritori, dunque degni di “premio”, con agevolazioni fiscali di vario tipo. Questa norma fu accolta da generale consenso, ma venne poi in vario modo depotenziata e limitata, quindi, nei suoi effetti, per il timore – peraltro mai suffragato da prove – che generasse un significativo mancato introito all’Erario.

Dal 2004, il Codice dei Beni culturali e del Paesaggio e successive modifiche, all’art.120, ha riconosciuto piena dignità alla sponsorizzazione del patrimonio culturale, opportunamente includendo tra gli interventi meritevoli di corrispettivi vantaggi dello *sponsor* (da precisare con contratto) “*ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato per la progettazione o l’attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l’immagine, l’attività o il prodotto dell’attività del soggetto erogante [...include] iniziative di soggetti privati su beni culturali di loro proprietà*”.

Peccato che le norme sui contratti pubblici, particolarmente quelle in vigore tra il 2006 ed il 2016, abbiano equiparato le sponsorizzazioni per beni culturali pubblici a meri atti di accrescimento dei fondi per lavori pubblici, assoggettandoli perciò alla loro disciplina, con ciò snaturando gravemente quel rapporto di particolare predilezione che connota in genere la scelta da parte dello *sponsor* del bene culturale o dell’intervento cui destinare proprie risorse, sia pure a fronte di un corrispondente vantaggio promozionale: esito, questo, da ritenersi assolutamente svalutante dell’intervento privato – se pure non a titolo di mera liberalità – che si concretizzava ad esempio nella prescrizione rigida di individuare lo *sponsor* mediante bando, al fine di assicurare trasparenza e pariteticità di condizioni fra potenziali concorrenti. Di fatto, tale approccio legislativo non rispettava il principio di proporzionalità della normazione, in quanto il principio della tutela della concorrenza veniva posto non come regola, ma come obiettivo prioritario; è altrettanto evidente che quella non potesse essere la strada migliore per favorire un fervido coinvolgimento dei cittadini nella cura dell’eredità culturale, in quanto l’esito sarebbe stato quello di allontanare tutti i non vincitori, creando delusione, quando non contenzioso¹⁰⁹.

L’appetibilità per le erogazioni liberali da parte di privati è comunque migliorata con i provvedimenti sopravvenuti con il Decreto legge 83/2014 (convertito nella legge 106/2014), detti inopinatamente “Art-bonus”, anche se di fatto le erogazioni da parte delle imprese possono avere una significativa incidenza soltanto a fronte di fatturati molto consistenti, dovendosi contenere entro il cinque per mille di essi.

Tutto ciò esaminato, rimane tuttavia evidente che l’apporto “privato” fatica molto a tradursi in vero partenariato con Enti Pubblici, perché resta in ogni caso per lo più confinato a quello “esterno” di mero fornitore di beni e servizi

¹⁰⁹ Cfr. P. PETRAROIA, *Conference Paper, january 2018*.

alla Pubblica Amministrazione, ovvero di fonte di risorse a vario titolo (*sponsor*, mecenate, fondazione *ex* bancaria...), frequentemente fuori da azioni di programmazione per interventi di impatto territoriale; sostanzialmente inattiva resta, infatti, quella forma di coinvolgimento maggiormente proattivo e più paritario, che invece è evocata proprio nel Codice BCP all'art.11, laddove emerge la possibilità per Enti Pubblici e soggetti privati di convergere corresponsabilmente verso la co-produzione di numerose e diverse azioni di valorizzazione, quali ad esempio la «*costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti*», ovvero la «*messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali*»: azioni, queste, enunciate certo in termini generali, ma tali da suggerire un più vero partenariato strutturato, non occasionale soltanto, tra soggetti pubblici e privati in fase di progettazione che di attuazione, con la possibilità di interventi legislativi a livello Regionale. La norma arriva ad indicare, pur restando senza concrete conseguenze, che «*la valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale*»: ciò induce aspettativa di un futuro completamento in altra sede normativa, ad esempio in analogia a quanto in via ordinaria è previsto a favore delle *organizzazioni non lucrative di utilità sociale* (onlus)¹¹⁰.

Nel 2016 il d.lgs n.50 (con cui si registra ancora un passo avanti nella definizione di presupposti normativi più aperti all'idea di partenariato, in particolar modo per beni di interesse pubblico e con connotati storico-culturali), innova la regolamentazione sui contratti pubblici, che si ispirano a principi di minore complessità e rigore per l'individuazione di *sponsor*. Particolare rilievo è da riservarsi all'art.151, che in conclusione recita «*Per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo può attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1*». È sicuramente determinante che gli atti attuativi del d.lgs 50/2016 chiariscano il raccordo tra le nuove disposizioni del richiamato art.151 e gli artt.112-115 del Codice BCP, che regolano per l'appunto le forme di gestione "indiretta" dei beni culturali (ossia mediante concessione a soggetti privati), con disposizioni che già da tempo meriterebbero migliore e più diffusa comprensione ed applicazione anche presso gli Enti Locali.

Parrebbe dunque che i presupposti normativi indispensabili alla progressiva definizione di modalità concrete e diversificate di partenariato (e non solo di

¹¹⁰ Sul tema e le discipline connesse, P. PETRAROLA, *Storia (storie?) dell'arte (delle arti?) e valorizzazione*, Il Capitale culturale, I (2010), pp.143-148; P. PETRAROLA, *La valorizzazione come dimensione relazionale della tutela*, in AA.VV. (a cura di G. NEGRI CLEMENTI e S. STABILE), *Il diritto dell'arte. 3. La protezione del patrimonio artistico*, Milano, Skira, 2014, pp.41-49.

dazione), tali da consentire di coniugare *buona amministrazione e buona cultura tecnica e d'impresa* per lo sviluppo della cultura e la salvaguardia dell'eredità culturale, siano oggi finalmente disponibili nell'ordinamento Italiano.

Ma in effetti restano tre punti ancora da dirimere, secondo dottrina rilevante¹¹¹. Il primo: la normativa degli ultimi dodici anni sulla valorizzazione del patrimonio culturale – che da alcuni è recepita addirittura con avversione, per un pregiudizio ideologico-politico che equipara valorizzazione a mercificazione – tralasciando che proprio la valorizzazione è funzione di rilievo pubblico costituzionale ed ormai ampiamente regolata per legge, sia pure praticamente solo statale, avendo purtroppo la gran parte delle Regioni sinora rinunciato ad attivarsi come legislatore primario in materia. Il secondo: i benefici fiscali si applicano a beni culturali di proprietà pubblica, ma non a quelli assai diffusi in Italia, ugualmente di interesse pubblico, però in proprietà privata. Il terzo, forse il più importante: nel pur ampio panorama normativo giuridico manca una cultura della normativa tecnica e regolamentare che coordini disposizioni giuridiche diverse, garantendo Protocolli operativi adeguati, che diano certezza del diritto a cittadini, amministratori, professionisti, imprese, funzionari, nei numerosi ambiti di competenza, ma che nel contempo garantiscano anche investitori e *sponsor*, contenendo i margini di discrezionalità.

Il punto di equilibrio, infatti risiede nella capacità di identificare e gestire la complessità dei processi di riconoscimento, gestione e coevoluzione del patrimonio culturale, salvaguardandone l'identità (che è identità della nazione, citando il Codice BCP), e con la partecipazione della popolazione, come raccomandato da Hugues De Varine¹¹².

In conclusione, dunque, è un'illusione pensare che la sola produzione legislativa, anche se adeguatamente rapportata alla complessità e pervasività del nostro patrimonio artistico e storico, possa da sola bastare: dobbiamo accettare che sono le comunità e, per gradi, le loro organizzazioni, che determinano con consapevolezza e responsabilità le condizioni più adatte al buon esercizio dei poteri pubblici di tutela, così da incoraggiare anche la propositività privata, soprattutto nel campo della valorizzazione del patrimonio culturale. Utopia? No, consapevolezza che la bellezza, nel senso più ampio e profondo del termine, (ricordando F.M. Dostoevskij), può salvare il mondo, ma sappiamo che senza coniugazione di una buona amministrazione pubblica e di una sana educazione nella dimensione privata, ciò non è possibile. Per fare, *occorre esserci*, riconoscersi in un contesto di valori condivisi.

¹¹¹ Per un approfondimento, P. PETRAROLA, appendice al Saggio *Carta del rischio: linee guida e normativa recente. Una lettura critica*, in: *Economia della Cultura*, anno XXIV, nn.3-4, pp. 303-320. L'Autore ha saputo cogliere, più di altri, il punto nodale della questione.

¹¹² HUGUES DE VARINE, *Le radici del futuro. Il patrimonio culturale al servizio dello sviluppo locale*, Bologna, CLUEB, 2005. Anche in P. PETRAROLA, *Conference Paper*, January 2018, cit.

Abstract

The enhancement of great cultural attractors between institutional co-operation dynamics and sustainable tourism models. Cultural heritage functions and management models: the government of a territory and the Pompei case

by Gianpiero Zinzi

This article analyses the importance and advisability of the enhancement of hystorical-architectural cultural assets held by a territory, with regard to the public-private forms of partnerships offered by legislation. The analysis is the setting for the Pompei site restoration example, while pointing out the necessity of updated forms of co-operation with private entities or individuals, aimed at heritage development and at *care*, not simply *tutelage*, of public goods, in a vision based on the equilibrium between the ability of the national or local administration to identify a cultural patrimony and deal with its management, protecting its identity, and with the participation of the population. For without a good public administration and a sound private dimension education – so without shared values– this is not to be conceived as possible.

Key words: cultural heritage, Pompei, sponsorship

Il patrimonio culturale cittadino tra art bonus e sponsorizzazioni (...*mira videre potes*)

di Serenella Pieroni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Art bonus. Il nuovo Mecenate. – 3. La sponsorizzazione... (adottiamo un monumento). – 4. Studio di un primo caso di sponsorizzazione ed Art bonus nella città di Perugia.

1. *Premessa*

Aspice qui transis iocundo murmure fontes, si bene prospicias mira videre potes.

(*Guarda tu che passi questa fontana dal lieto mormorio, se osservi bene potrai vedere cose mirabili*).

Così comincia l'iscrizione che corre lungo la cornice inferiore della seconda vasca della Fontana Maggiore di Perugia, cuore e simbolo della città, insieme all'Arco Etrusco.

Due monumenti, questi, che hanno subito un profondo restauro in tempi distanti, con regimi normativi diversi, ma sempre con il coinvolgimento della collettività, che viene ulteriormente e differentemente sollecitata nei più recenti progetti di restauro dei beni culturali della città.

La cultura, difatti, rappresenta innegabilmente un fattore di sviluppo economico, ma costituisce sempre, *in primis*, un fondamentale fattore di coesione e di integrazione sociale¹.

Il disegno cittadino è attuativo nella normativa nazionale (inderogabile da parte degli enti locali), di cui occorre, quindi, dare preliminarmente conto, per poi vedere come la città di Perugia abbia realizzato l'intento valorizzatore del legislatore in ordine a beni che, *naturaliter*, sono 'beni di fruizione', ovvero, in estrema sintesi, beni -spesso identitari- della collettività (è nota la problematica dei *commons*), chiamata, per questo, a collaborare alla loro conservazione.

2. *Art bonus. Il nuovo Mecenate*

Nell'ambito della tutela dei beni culturali si ravvisano differenziate forme di cooperazione tra pubblico e privato².

¹ D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Rivista di arte e critica*, 2014, 6.

² In via meramente indicativa cfr. A. BARTOLINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 93; M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*,

Il legislatore, da un lato ha individuato metodi nuovi e, dall'altro, ha aggiornato formule di collaborazione risalenti nel tempo. Invero, l'investimento culturale in Italia è nato ed è stato interpretato *in primis* come una forma di mecenatismo, utile strumento integrativo (se non sostitutivo della finanza pubblica) per la conservazione e valorizzazione di beni culturali, senza alcun obbligo contrattuale per il donatore né alcun profitto che non fosse l'agevolazione fiscale³.

Difatti l'erogazione liberale, o elargizione liberale o mecenatismo è un contributo in danaro elargito da un benefattore senza obblighi di controprestazione o riconoscimenti di natura economica da parte del soggetto ricevente⁴.

Invero, a principiarsi dalla legge 2 agosto 1982, n. 512 l'ordinamento italiano ha introdotto misure di incentivazione per i beni culturali disponendo agevolazioni fiscali per donazioni provenienti da un privato, da un ente non commerciale o da un'impresa, mentre i beneficiari erano le pubbliche amministrazioni o fondazioni e associazioni riconosciute, senza scopo di lucro⁵.

L'oggetto era costituito da attività di studio, di ricerca e di documentazione di rilevante valore culturale e artistico "...effettuate per l'acquisto, la manutenzione, la protezione o il restauro delle cose indicate nell'art. 1 della legge 1° giugno 1939, n. 1089..." (art.3), ivi comprese le erogazioni effettuate per l'organizzazione di mostre e di esposizioni di rilevante interesse scientifico culturale. Il donatore ed il beneficiario dovevano sottoscrivere una convenzione *ad hoc* ed il progetto doveva essere autorizzato dal Ministero per i Beni culturali, il quale finiva per esercitare un controllo delle somme, oggetto della liberalità.

La successiva legge 21 novembre 2000, n. 342 nell'ambito della disciplina della materia limita il beneficio fiscale introdotto solo alle imprese, ma è con il d.l. 31 maggio 2014, n.83 convertito nella legge 29 luglio 2014, n. 106, "Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo", che viene previsto all' Art. 1 il c.d. "*Art-bonus*", ovvero un *credito di imposta per favorire le erogazioni liberali a sostegno della cultura*⁶.

La Legge di Stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208) ha apportato due innovazioni alla disciplina dell'Art bonus. La più importante riguarda la durata dell'agevolazione: in base alla versione previgente dell'art.1, comma 1, della l. n. 106/2014, era infatti possibile usufruire dell'Art bonus soltanto per il triennio 2014-2016. L'art. 1, comma 318, della Legge di Stabilità 2016 ha eliminato que-

Diritto amministrativo speciale, a cura di S. Cassese, II, Milano, 2003, 1449; C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011.

³ A. FERRETTI, *Mecenatismo culturale e Sponsorizzazione*, in www.altalex.com, 2008.

⁴ Sulla più ampia problematica, P. CARPENTIERI, *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, in www.giustamm.it.

⁵ In generale A.M. GAMBINO, *Per uno sviluppo del patrimonio culturale: la leva fiscale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2007,109.

⁶ Per un primo commento: G. PENNISI, *Art bonus. Un commento al decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83 del 2014*, in www.astrid-online.it.

sta limitazione temporale, rendendo così l'Art bonus un'agevolazione di natura permanente e strutturale⁷.

In secondo luogo, è ora stabilito che il credito d'imposta è pari al 65% delle erogazioni liberali in denaro, indipendentemente dal periodo d'imposta in cui la liberalità viene effettuata: precedentemente era invece previsto che, per le erogazioni liberali effettuate nel periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015, il credito d'imposta spettasse nella misura del 50%.

Quanto agli interventi agevolabili, se l'oggetto dell'erogazione liberale è un Bene Culturale pubblico, l'Art bonus si applica esclusivamente per erogazioni liberali in denaro effettuate per interventi di restauro, protezione e manutenzione, anche se l'erogazione liberale è destinata ai soggetti concessionari o affidatari di beni culturali pubblici.

Se l'erogazione liberale è destinata ad Istituti e Luoghi della cultura di appartenenza pubblica (Musei, Biblioteche, Archivi, Parchi e Aree Archeologiche, Complessi Monumentali), alle Fondazioni lirico-sinfoniche ed ai Teatri di tradizione, l'Art bonus si applica solo per erogazioni liberali in denaro effettuate per interventi di sostegno.

Se l'erogazione liberale è destinata ad Enti o Istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo (es. Teatri Comunali), l'Art bonus si applica solo se l'erogazione liberale è effettuata per la realizzazione di nuove strutture, il restauro ed il potenziamento di quelle esistenti.

Di contro, il *beneficio fiscale dell'Art bonus non può* essere applicato alle erogazioni liberali effettuate a favore di beni culturali appartenenti a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

Per quanto riguarda i soggetti beneficiari del credito d'imposta, la l. n. 106/2014 non pone alcuna limitazione soggettiva. Di conseguenza – come chiarito anche dalla Circolare ministeriale – l'Art bonus spetta a tutti i contribuenti che effettuano erogazioni liberali in denaro di cui al l. n. 106/2014, a prescindere dalla loro forma e natura giuridica.

Possono infatti usufruire dell'Art bonus: persone fisiche non imprenditori (dipendenti, titolari di reddito di lavoro autonomo, pensionati ecc.) ed enti non commerciali (associazioni ecc.), sia residenti che non residenti in Italia; società semplici: in tal caso la circolare precisa che il credito d'imposta va ripartito tra i soci seguendo le norme previste dall'art. 5 del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi-Tuir) in materia di imputazione dei redditi prodotti in forma associata; soggetti titolari di reddito d'impresa (siano essi persone fisiche, società o enti che svolgono attività d'impresa) e stabili organizzazioni in Italia di imprese non residenti.

⁷ A. CRISMANI, *Art-bonus: strumenti partecipativi alla gestione del bene pubblico*, in www.federalismi.it.

La disciplina delle ‘elargizioni liberali’(Art bonus) contiene altresì una disposizione peculiare che, peraltro, ci introduce nel tema delle sponsorizzazioni proprio tentando di offrire una soluzione al problema della sottile linea di confine tra mecenatismo e sponsorizzazioni. Infatti, l'erogazione di denaro, per potere usufruire delle agevolazioni fiscali, non può rientrare in un rapporto sinallagmatico, non potendo, in buona sostanza, l'impresa ottenere alcun ritorno di immagine a seguito di qualsiasi investimento. Tuttavia, il d.m. 3 ottobre 2002, attuativo dell'articolo 38 della legge 21 novembre 2000, n. 342, prevede che la donazione possa dar luogo ad un ‘pubblico ringraziamento’ del destinatario a favore del donatore.

Invero, la norma non eccede in chiarezza e con d.m. del 19 dicembre 2012 (*Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate*. in GU n.60 del 12 marzo 2013) il Ministro per i beni e le attività culturali, nell'Allegato A, ha operato una distinzione al fine di distinguere erogazioni liberali e sponsorizzazioni. Il Ministro richiama proprio il d.m. 3 ottobre 2002, cit. che, all'articolo 5, comma 3, ha precisato appunto che possono considerarsi erogazioni liberali anche le elargizioni che diano luogo ad un “pubblico ringraziamento” del beneficiario al mecenate⁸.

«La previsione normativa risolve, dunque, sia pur implicitamente, il problema della distinzione tra mecenatismo e sponsorizzazioni, lasciando intendere che quest'ultima figura può dirsi ricorrente solo qualora la promozione del nome, dell'immagine, del marchio, dell'attività, dei prodotti dello sponsor sia oggetto di un preciso obbligo giuridico gravante in capo al soggetto sponsorizzato, obbligo che costituisce la controprestazione del finanziamento erogato dallo sponsor. Qualora, invece, l'erogazione dello sponsor sia sorretta da spirito di liberalità o abbia comunque carattere di gratuità (ancorchè eventualmente corrisponda a un interesse di rilevanza patrimoniale dell'erogante), e non sia accompagnata da alcun obbligo posto a carico dello sponsee, si è al di fuori dello schema della sponsorizzazione, rientrandosi, invece, in quello del mecenatismo, e ciò anche qualora il soggetto finanziatore benefici comunque di un ritorno di immagine per effetto del comportamento spontaneo, di pubblico ringraziamento, posto in essere dallo sponsorizzato.

La stessa disciplina fiscale non esclude, pertanto, la natura di erogazione liberale dell'atto allorquando lo stesso sia accompagnato da forme di riconoscimento essenzialmente morale, non trasmodante in una forma di promozione dell'azienda o dei suoi prodotti. D'altra parte, se è vero che, di regola, l'elargizione liberale è lo strumento adoperato dalle persone fisiche e dalle persone giuridiche non perseguenti fini di lucro, esso non è perciò precluso alle persone giuridiche lucrative e alle imprese commerciali in generale.

⁸ Per una puntuale disamina delle quali cfr. F. DI MAURO, *Le norme tecniche e linee guida applicative delle disposizioni in materia di sponsorizzazioni dei beni culturali: i tratti essenziali*, in www.aedon.it.

In tali casi l'amministrazione procedente dovrà prestare un'attenzione particolare a che il riconoscimento morale attribuito al donatore impresa commerciale non travalichi i limiti suoi propri per assumere la consistenza di una vera e propria sponsorizzazione (con i connessi regimi di selezione concorrenziale e tributario suoi propri)».

3. *La sponsorizzazione... (adottiamo un monumento)*

Altro efficace strumento di conservazione e di valorizzazione del patrimonio culturale è, appunto, l'istituto della sponsorizzazione di beni culturali, che suscita crescente interesse sia da parte della pubblica amministrazione, sia da parte degli operatori economici⁹. La prima rinvie in essa, infatti, una modalità duttile e agevolmente percorribile per il reperimento di risorse, o anche di beni e servizi, da destinare al perseguimento dei propri scopi istituzionali; i secondi dimostrano di ritenere particolarmente allettante il vantaggio promozionale che può derivare dall'accostamento dell'azienda o dei suoi prodotti al prestigioso patrimonio culturale nazionale.

Il valore pubblicitario e di immagine che le imprese possono derivare dall'associazione del proprio nome o del proprio marchio al restauro di importanti monumenti dimostra altresì che esiste un mercato all'interno del quale questi valori sono contendibili, onde la necessità di regolare il confronto concorrenziale, nel duplice interesse, da un lato, dell'amministrazione – che può legittimamente puntare a incrementare l'apporto economico dello sponsor – e, dall'altro lato, delle stesse imprese private, per evitare a priori contenziosi e poter confidare su un quadro certo di regole applicabili¹⁰.

⁹ Corte Conti Deliberazione n. 8/2016/G Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato-Adunanza dei collegi I e II e del collegio per il controllo sulle entrate del 20 giugno 2016 – *Iniziativa di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali*

¹⁰ In materia si rinvia, anche per interessanti spunti critici e ricostruttivi ai recenti contributi di G.D. COMPORTI, *Sponsorizzazioni ed erogazioni liberali*, in www.aedon.it; M. TOCCI, *Lineamenti sul contratto di sponsorizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2015, *infra multis*, M. BIANCA, *Il contratto di sponsorizzazione*, Rimini, 1990; M. CAMMELLI, *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in www.aedon.it; M. CAMMELLI, *La sponsorizzazione tra evidenza pubblica ed erogazione*, in www.aedon.it; M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazioni e mecenatismo*, Padova, 1988; F. MASTRAGOSTINO, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in www.aedon.it; S. GATTI, *Sponsorizzazione*, in *Enc. Dir.*, XLIII. Milano, 1990, 509; R. CHIEPPA, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Niccolis, R. Garofoli, I, Milano, 2008, 460; S. PELLIZZARI, *Il ruolo dei privati e la tutela del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico inglese: un modello da esportare?*, in www.aedon.it; G. PIPERATA, *Sponsorizzazione ed interventi di restauro sui beni culturali*, in www.aedon.it; G. PIPERATA, *Servizio per il pubblico e sponsorizzazione dei beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in www.aedon.it; M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F.

Non è dunque un caso che il rispetto delle regole procedurali sia stato imposto già dal 2004 sia dal diritto dell'Unione europea, sia dal diritto nazionale.

Il quadro normativo da tenere presente è oggi costituito, *in primis*, dall'articolo 120 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, che reca la definizione della *sponsorizzazione di beni culturali*. Essendo collocata nell'ambito delle disposizioni specificamente dedicate alla valorizzazione del patrimonio culturale la sponsorizzazione è destinata al perseguimento di tale finalità intesa in primo luogo anche come miglioramento delle condizioni economiche per la tutela. Il comma 1 del citato articolo 120 fornisce, infatti, un'ampia nozione della sponsorizzazione di beni culturali, che include "ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante (...)". Il comma 2 del medesimo articolo 120 specifica poi che "la promozione di cui al comma 1 avviene attraverso l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine, dell'attività o del prodotto all'iniziativa oggetto del contributo, in forme compatibili con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare, da stabilirsi con il contratto di sponsorizzazione".

Finalità propria della sponsorizzazione è, pertanto, il perseguimento della tutela e valorizzazione dei beni culturali mediante l'apporto di soggetti privati, i quali trovano la propria remunerazione nell'associazione tra il proprio nome, prodotto o attività e l'iniziativa sponsorizzata.

Con il contratto di sponsorizzazione sono altresì definite le modalità di erogazione del contributo nonché le forme del controllo, da parte del soggetto erogante, sulla realizzazione dell'iniziativa cui il contributo si riferisce.

La causa del negozio atipico di sponsorizzazione è il fine di pubblicità per il quale lo sponsor si impegna a finanziare lo sponsee o a provvedere direttamente alle attività richieste da quest'ultimo.

Tuttavia, con specifico riferimento all'oggetto del contratto in esame, l'obbligazione che grava sul soggetto sponsorizzato è di mezzi e non di risultato, essendo preclusa la possibilità per lo sponsor di dolersi dell'eventuale mancato ritorno pubblicitario. La sponsorizzazione, dunque, pur essendo un contratto a prestazioni corrispettive, si traduce per l'amministrazione in un ricavo, nel caso di corrispettivo pagato in denaro, ovvero in un risparmio di spesa, nel caso di corrispettivo pagato in beni o servizi.

Mastragostino, Torino, 2011, 523; R. ROSSOTTO, *Contratti di sponsorizzazione: opportunità giuridiche*, in www.aedon.it; L. STAROLA, *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità fiscali*, in www.aedon.it; R. TOMEI, V.D. SCIANCALEPORE, *Sponsorizzazione (contratto di)*, in *Digesto Disc. Pubbl., Aggiornamento*, II, Milano, 2008, 827; P.A. VALENTINO, *Fiscalità e mecenatismo*. Ufficio Studi – Ministero per i beni e le attività culturali (2010); L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in www.aedon.it; L. ZANETTI, *Gli sviluppi della disciplina agli incentivi al mecenatismo* in www.aedon.it.

La disciplina predetta si completa con quella contenuta nel *Codice dei contratti pubblici*, che pure configura la sponsorizzazione dei beni culturali come un peculiare rapporto di partenariato pubblico-privato caratterizzato per l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine o del prodotto di un'impresa a un bene o a un'iniziativa culturale. Peraltro, il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), semplifica enormemente le procedure per le sponsorizzazioni in favore del patrimonio culturale, che ora avverranno a seguito di una nuova e trasparente procedura di segnalazione sui siti web¹¹. Si compie così un ulteriore passo verso l'incentivazione di un sostegno privato alla tutela e alla valorizzazione del nostro patrimonio, un passo che ora agevola e rende finalmente semplice l'intervento di sponsor che ovviamente opereranno entro limiti e regole che garantiscano il rispetto e la tutela del patrimonio storico artistico della Nazione¹².

In primis vediamo che il codice distingue due ipotesi di sponsorizzazione: una in cui lo sponsor dà il denaro e che il vecchio codice dei contratti chiamava 'sponsorizzazione pura'; l'altra al comma 2 art. 19, ove lo sponsor esegue lavori o servizi o forniture e che il vecchio codice dei contratti chiamava 'sponsorizzazione tecnica', precisando altresì che in caso di sponsorizzazione 'tecnica' (con lavori o servizi o forniture) non trovano applicazione norme in materia di contratti pubblici.

Con circolare n. 28 del 17 giugno 2016, il Segretariato generale del Ministero dei beni e delle Attività Culturali e del Turismo (MIBACT) ha fornito a tutte le amministrazioni i primi indirizzi applicativi degli artt. 19 e 151 del d.lgs. n.50/2016, che hanno semplificato le procedure riguardanti le sponsorizzazioni¹³.

Difatti, in vista di un potenziamento dell'istituto della sponsorizzazione, proprio per la sua capacità di attrarre risorse private da destinate alla tutela e alla valorizzazione di beni culturali in cambio del vantaggio promozionale tratto dallo sponsor dall'accostamento della sua immagine al prestigioso patrimonio culturale, con la circolare si è posto l'accento sulla necessità di semplificare il più possibile l'*iter* procedimentale, anche al fine di non scoraggiare eventuali soggetti interessati.

Fermo restando che al di sotto dei 40.000 euro non è richiesta alcuna for-

¹¹ Sulla innovativa disciplina codicistica cfr. V. SESSA, *Le sponsorizzazioni prima e dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il settore dei beni culturali tra specialità e avanguardia*, in www.giustamm.it; D. SICLARI, *Innovazione e continuità dei contratti di sponsorizzazione della PA nel nuovo codice appalti*, in www.giustamm.it; C. NUZZO, *Sponsorizzazione*, in www.lamministrativista.it; S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, 403.

¹² N. FERRANTI, *Gli accordi di sponsorizzazione*, in www.altalex.com.

¹³ Cfr. anche Corte Conti Deliberazione n. 8/2016/G Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato-Adunanza dei collegi I e II e del collegio per il controllo sulle entrate del 20 giugno 2016 – *Iniziative di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali*

malità per la scelta dello sponsor, al di sopra di tale cifra la sponsorizzazione ‘pura’ (solo in denaro) richiede pubblicazione di avviso ricerca sponsor o di avvenuto ricevimento di proposta di sponsorizzazione, dopodiché la p.a. sceglie nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento fra gli operatori che hanno manifestato interesse, fermo il possesso dei requisiti morali *ex art. 80 d.lgs. n.50/2016*. Nel caso in cui pervengano offerte in aumento, migliorative di quella iniziale, la sponsorizzazione sarà stipulata con l’impresa che avrà offerto la somma maggiore con esclusione di qualsiasi valutazione discrezionale e opinabile da parte della p.a. Se l’importo finale (a seguito di eventuali rilanci) dovesse risultare maggiore di quello stimato necessario per l’intervento, il *surplus* verrà accantonato e vincolato alla futura conservazione del bene.

Nel caso di sponsorizzazione ‘pura’ deve escludersi che l’offerta del concorrente possa valutarsi in termini di minore ritorno pubblicitario richiesto dal medesimo (es. minore superficie dei ponteggi allestiti per il restauro da occupare con immagini pubblicitarie...), questo per evitare di effettuare una gara vera e propria tra le imprese in competizione con aggravio in termini di esame tecnico comparativo delle offerte.

Nel solo caso di sponsorizzazione ‘tecnica’ potrà ammettersi una valutazione comparativa tecnica delle offerte con quella originaria del primo proponente e quelle presentate dai candidati successivi a seguito della pubblicazione. In tal caso, sarà possibile un apprezzamento tecnico- discrezionale cioè non vincolato a parametri puramente quantitativi e numerici, ma esteso a profili di valutazione di tipo qualitativo, sempre con esclusivo riferimento all’intervento sul bene culturale progettato e realizzato a cura e spese dello sponsor, mentre devono restare sostanzialmente ininfluenti al fine della valutazione delle offerte e quindi della scelta dello sponsor gli aspetti relativi alle modalità promozionali

Di particolare interesse è la esposizione dei vantaggi peculiari di ciascuna tipologia di sponsorizzazione, per il valore di orientamento che essa riveste nella scelta dell’amministrazione, in quanto si propenderà per la sponsorizzazione “tecnica” nel caso in cui l’amministrazione intenda evitare i gravosi oneri procedurali inerenti alla gestione delle gare e/o le successive fasi contrattuali e di cantiere, residuando all’amministrazione un ruolo di vigilanza; viceversa, potrà optarsi per la sponsorizzazione “pura”, quando vi sia la disponibilità dei progetti e la possibilità di curare le gare, gli appalti e la gestione dei rapporti.

Merita segnalare che la disciplina di cui all’articolo 19 sulla sponsorizzazione si applica anche ai contratti finalizzati al sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura, fondazioni liriche, teatri di tradizione (d.lgs n.42/2004, art. 151, c.1-2 *Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato*). Difatti il MIBACT estende la disciplina anche a ipotesi che non rientrerebbero fra i beni culturali in senso tradizionale ma che possono suscitare interesse tra gli operatori per l’appetibilità dell’operazione...

In questo caso il “sostegno” a istituti e luoghi della cultura quali musei, biblioteche, archivi...anche per la natura dei beneficiari si distingue dal tradizionale apporto dello sponsor in denaro, lavori, servizi, forniture, finalizzato ad un intervento, ma abbraccia ipotesi di contenuto più vario finalizzato alla cura in senso ampio dell'istituto per es. la manutenzione ordinaria o straordinaria, anche con carattere di periodicità.

La norma assume così carattere incentivante e promozionale per il reperimento di risorse volte ad alimentare anche l'attività degli istituti o luoghi.

La nozione di sponsorizzazione viene, così, ampliata ed estesa al ‘sostegno’ che può comprendere interventi ma anche attività culturali connesse al luogo o istituto. Quindi più che un legame tra sponsor ed intervento si crea un legame tra sponsor e luogo analogamente a quanto avviene con la figura sviluppatasi nella prassi e che ora potrebbe trovare un riconoscimento normativo della adozione di un monumento.

Sono ipotesi in cui l'associazione tra sponsor e bene è molto stringente e destinata a protrarsi nel tempo, ove il ritorno pubblicitario appare più consistente e rilevante, evidente essendo il rilievo strategico della sponsorizzazione nel settore culturale, per la capacità di creare sinergie e condivisioni di azione tra pubblico e privato¹⁴.

4. *Studio di un primo caso di sponsorizzazione ed Art bonus nella città di Perugia*

Invero, anche in situazioni di crisi ed emergenza, come quelle derivanti da un sisma che la nostra Regione ha anche di recente subito, sponsorizzazione ed Art bonus possono essere di grande ausilio per la raccolta di fondi che non sempre risultano facilmente reperibili. Le risorse dei privati, infatti, costituiscono una delle leve che potrebbero far ripartire il sistema cultura in un'ottica di recupero e valorizzazione del patrimonio culturale, non solo delle realtà locali, pur in momenti di crisi e di emergenza.

Nondimeno, il comune di Perugia è stato tra i primi (o il primo...) ad utilizzare i diversi strumenti che il diritto offre nella materia *de qua*...

Seguendo l'iter cronologico degli eventi, non possiamo dimenticare che, prima ancora delle discipline *ad hoc* di cui ci occupiamo in questa indagine, la cittadinanza è stata coinvolta in un progetto di grandi dimensioni, il restauro della *Fontana Maggiore* negli anni 1994-1999.

Quasi tutte le città europee che avevano nelle loro piazze un capolavoro dell'arte dell'importanza della Fontana Maggiore di Perugia- la città dalla Fontana gioconda, come ricordato in premessa- lo hanno sostituito con una copia.

¹⁴ A. FERRETTI, *Mecenatismo culturale e sponsorizzazione*, cit.

Questo a Perugia non è avvenuto poichè la Fontana ha un valore che va al di là di quello storico artistico. È anima e simbolo della comunità, della vita stessa come lo è l'acqua, tanto è vero che autentico artefice della Fontana e degli interventi necessari per portare l'acqua in città è stato indubbiamente il popolo di Perugia, come rilevano anche gli storici, grande contribuente, altresì, al primo radicale restauro della 'sua' Fontana.

Restauro che è stato illustrato alla collettività tramite la creazione di luoghi partecipativi in cui sono state rese accessibili le decisioni tecniche e recepite le osservazioni. La scelta degli interventi da fare dibattuti pubblicamente, in particolare, ha portato a modificare la cupola che ha coperto la Fontana, poi realizzata in materiale trasparente per consentire ai cittadini di seguire tutte le fasi dei lavori. Per altro verso, il contributo alle spese si è realizzato, all'epoca, in maniera indiretta, attraverso la vendita delle acqueforti riproducenti le formelle della Fontana, modalità allora propria solo delle gestioni museali e che il Comune di Perugia per primo ha legittimamente utilizzato, poi seguito da altri illustri esempi (Venezia), ovvero con vendita della ristampa anastatica del libro sulla Fontana Maggiore di Perugia, edito nel 1834, contenente il rilievo delle strutture e di tutte le sue sculture, pubblicato nel 1994 a cura del Comune di Perugia.

La città di Perugia, in particolare, è stata testimone del primo esempio in Umbria e secondo sul territorio nazionale, dopo il restauro del Colosseo a Roma¹⁵, di un contratto di *sponsorizzazione* privata su beni pubblici. Nella specie, l'Amministrazione Comunale con delibera di Giunta Comunale n°310 del 04.08.2011, ha approvato il progetto preliminare di Restauro e valorizzazione dell'Arco Etrusco e, con il medesimo atto, considerata la valenza archeologica, storica e architettonica del monumento, si è valutato opportuno reperire le complessive risorse finanziarie necessarie per la realizzazione dell'intervento, attraverso la ricerca di uno sponsor che legasse la propria immagine al rilevante intervento di recupero del monumento. Pertanto, al fine di reperire finanziamenti privati, l'Amministrazione Comunale ha attivato apposita procedura per l'individuazione di potenziali sponsor e si è provveduto ad approvare l'Avviso pubblico per la procedura negoziata per la ricerca di sponsor per il finanziamento dell'intervento di Restauro Dell'Arco Etrusco, nonché lo schema tipo di contratto di sponsorizzazione e modello di istanza e offerta economica (con D.D. n° 24 del 10 agosto 2011 dell'U.O. Beni Culturali), comunicando che l'affidamento della sponsorizzazione, tramite apposito contratto, sarebbe stato aggiudicato al soggetto che avesse presentato la migliore offerta economica in aumento (massimo rialzo) rispetto ad un'offerta minima (base d'asta) di € 500.000,00. Espletate, in seduta pubblica, le operazioni di gara con l'apertura delle offerte pervenute,

¹⁵ Sul problematico uso dell'istituto G.D. COMPORI, *Sponsorizzazioni ed erogazioni liberali*, cit.; S. PELUSO, *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità e criticità dello strumento alla luce del caso Colosseo*, in *Rass. avv. Stato*, n.2, 2010, 278.

pervenne all'Amministrazione Comunale l'offerta della società Brunello Cucinelli s.p.a cui conseguì la stipula del contratto di sponsorizzazione, finalizzato per la parte pubblica: al miglioramento delle attività del Comune di Perugia nell'ambito della tutela e valorizzazione dei beni culturali e di valenza storica, artistica e archeologica; all'attivazione ed allo sviluppo di iniziative comportanti benefici per la comunità locale in forma di sviluppo culturale, attrattiva turistica e conseguenti riflessi sull'economia locale; alla produzione di risparmi effettivi di risorse economiche riferibili al budget previsto per l'area di attività specifiche, attraverso la realizzazione di interventi con finanziamenti messi a disposizione da privati.

Per converso, lo sponsor ha inteso incrementare la notorietà della propria immagine e dei propri segni distintivi individuati nel logo e nel marchio aziendale specificato nell'offerta presentata. Il contratto ha avuto una durata determinata per il periodo decorrente dalla data di stipula del contratto di sponsorizzazione e fino a due anni successivi all'ultimazione dei lavori e comunque per una durata non inferiore a 5 anni.

Nello specifico, quanto agli obblighi dello sponsor, questi, al fine di incrementare la notorietà del proprio marchio aziendale e della propria immagine si è impegnato, a titolo di corrispettivo delle prestazioni di veicolazione pubblicitaria rese dallo sponsee nell'ambito del contratto, a versare all'Amministrazione Comunale la somma di Euro pattuita. Prestazione resa dallo sponsor allo sponsee esclusivamente quale corrispettivo per la sponsorizzazione della realizzazione dell'intervento progettato. Lo sponsor si è assunto, altresì, tutte le responsabilità collegate al messaggio pubblicitario promosso dallo stesso sponsor ed alle relative autorizzazioni.

Dal canto suo, lo sponsee si è impegnato: a condurre a piena realizzazione il progetto per il quale si ha sponsorizzazione ed in particolare a curare e/o affidare e coordinare la progettazione definitiva ed esecutiva dell'intervento di restauro e valorizzazione dell'Arco Etrusco e a concedere allo sponsor il diritto di sponsorizzazione, con conseguenti vantaggi dal punto di vista della comunicazione e della promozione. Nello specifico, durante la vigenza del contratto di sponsorizzazione, il Comune di Perugia ha assunto l'impegno di promuovere il marchio prescelto dallo *sponsor* attraverso una campagna di comunicazione concordata e coordinata nelle sue modalità con lo sponsor, articolata in tre fasi coincidenti con l'evoluzione dell'intervento stesso. Sono state previste conferenze stampa- con la partecipazione diretta dell'aggiudicatario e menzione dello stesso come di sponsor unico- di cui: una di presentazione dell'iniziativa di sponsorizzazione, una precedente l'inizio dei lavori e una al termine degli stessi. Inoltre ha provveduto ad inserire, previa autorizzazione dello sponsor, il marchio e il segno distintivo prescelto dallo *sponsor* nel materiale illustrativo del progetto prodotto dal Comune di Perugia; in sintesi, ad associare ad ogni evento comunicativo inerente l'intervento e/o il progetto l'immagine dello sponsor,

con modalità concordate, coordinate con lo sponsor e tali da evidenziarne il ruolo di sostenitore qualificato. Difatti, per la durata del contratto il Comune di Perugia ha garantito allo sponsor in via esclusiva, la possibilità di utilizzare lo status di sponsor dei lavori di restauro del monumento nelle proprie campagne di comunicazione e/o pubblicitarie a livello nazionale e o internazionale anche in abbinamento ai propri segni distintivi.

Proprio a tal fine, il Comune aveva previsto specifiche procedure valutative non solo della utilità della sponsorizzazione per il Comune (anche in prospettiva di sviluppo di percorsi analoghi per altre iniziative), ma anche del beneficio di immagine per il Comune (con rilevazione del ruolo dello stesso come attore nell'ambito di rapporti sinergici pubblico-privato) e del gradimento, da parte della comunità locale, dell'utilizzo della sponsorizzazione in relazione alla realizzazione di iniziative, progetti o interventi del Comune (con analisi di soddisfazione e rilevazione delle potenziali criticità, anche in relazione all'utilizzo della sponsorizzazione in altri ambiti).

L'esito evidentemente positivo di siffatte valutazioni trova riscontro nelle successive iniziative promosse dal Comune in materia.

Dalla descritta procedura, per vero, risulta palese che il Comune di Perugia non ha mai associato la sponsorizzazione al monumento, ma ai lavori di restauro del monumento, per evitare che la collettività locale potesse pensare ad una sorta di 'vendita' del bene.

Si è invece concretizzato, comunque, uno stretto legame tra sponsor e bene, cui prima si accennava, e che permane anche a lavori terminati, andando oltre, in effetti, le finalità del contratto di sponsorizzazione e di fatto concretizzando una traslata 'adozione del monumento', anche a prescindere da finanziamenti ulteriori, per il connubio che si crea, nell'immaginario collettivo, tra bene (lavori di restauro del bene) e benefattore.

La presenza di specifiche previsioni normative non ha saputo, tuttavia, generare l'auspicata crescita delle sponsorizzazioni culturali. L'aleatorietà dei benefici discendenti in capo allo sponsor e la farraginosità delle procedure burocratiche hanno, infatti, disincentivato interventi in tal senso, relegando le sporadiche erogazioni solo a opere celebri in grado di assicurare un congruo ritorno pubblicitario. La rivalutazione del ruolo del privato, a fronte di un difetto di strutture e di misure di coordinamento adeguate, non ha permesso di sviluppare una politica culturale efficace e coerente, spingendo il legislatore, come si è visto, a revisionare la più snella ed immediata disciplina dell'*Art bonus*.

Difatti, il medesimo connubio tra bene e benefattore, ancorché in termini più discreti -ed anzi obbligatoriamente tali come si è detto- si viene a verificare anche con l'istituto dell'*Art bonus*. Questo ha trovato l'immediato consenso dell'amministrazione comunale della città di Perugia, la prima in Italia ad aver fatto applicazione nel 2014 della normativa sull'*Art bonus*, attuando la 'prima

edizione' della disciplina sullo sgravio fiscale, introdotta, si ricorda, con il d.l. 31 maggio 2014 n. 83, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2014 n. 106, che prevede un regime fiscale agevolato di natura temporanea, sotto forma di credito di imposta, nella misura del 65% per le erogazioni liberali effettuate nel 2014 e 2015 e nella misura del 50% delle erogazioni effettuate nel 2016.

L'Amministrazione Comunale, affinché questa opportunità per reperire risorse a favore dei beni culturali potesse essere conosciuta dai cittadini e applicata anche a favore dell'ente, ha deciso di dar vita ad un più complessivo PROGETTO ART BONUS, provvedendo in prima istanza ad individuare, nell'ambito del patrimonio culturale della città, alcuni monumenti a cui destinare le eventuali erogazioni liberali. Tra i beni culturali di proprietà dell'Amministrazione Comunale individuati era presente l'intervento di manutenzione e restauro della "vera del Pozzo Etrusco", in quanto il complesso del Pozzo Etrusco, che ha immediatamente ricevuto la offerta (02 dicembre 2014) del prof. Ruggero Ranieri. La somma corrisposta a titolo di liberalità era pari a quella stimata dai competenti Uffici per eseguire la totalità delle lavorazioni previste e pertanto si è proceduto all'esecuzione delle stesse, realizzandosi così il primo intervento di restauro con il beneficio dell'Art bonus, inaugurato nel 2015. Nello stesso anno, sono pervenute numerose altre donazioni liberali pari all'importo determinato, in sede programmatica dei beni da restaurare ancor prima dell'entrata in vigore della l. n.208/2015 (Legge di Stabilità 2016) che ha stabilizzato e reso permanente l'"Art bonus", l'amministrazione comunale ha realizzato nel sito web dell'Amministrazione un'apposita sezione dedicata al progetto in cui riportare la descrizione del progetto, la descrizione degli interventi con supporto fotografico, le modalità per effettuare l'erogazione liberale, l'ammontare delle erogazioni liberali pervenute, la loro destinazione, lo stato di avanzamento dei progetti a cura dell'U.O. Sistemi tecnologici-open data-energia; l'attività di promozione e comunicazione del progetto (tramite, p.es. realizzazione video, depliant, pubblicità sui social network, conferenza stampa di presentazione, affissione manifesti e invio lettere di presentazione del progetto ad aziende, associazioni ecc.), registrando altresì sul portale www.artbonus.gov.it l'Amministrazione Comunale come soggetto beneficiario, nonché i progetti previsti anche per il 2016.

In questo contesto, per sensibilizzare la popolazione, il Sindaco e la Giunta promuovono iniziative sociali (ad es. concerti) nell'ambito dei quali illustrano il progetto Art Bonus, una sorta di "Chiamata alle arti- Mecenati di oggi per l'Italia di domani" (così intitolata) per il recupero di alcuni monumenti della città grazie al contributo dei cittadini che usufruiranno, in tal modo, delle detrazioni previste dal decreto Art Bonus. In verità molti sono i mecenati della porta accanto che hanno risposto alle iniziative del Comune di Perugia (destinando ad esempio i... doni nuziali all'Art bonus di cui beneficiano, ovviamente, i singoli donatori non i nubendi!).

Analoghi eventi sono organizzati altresì per il ringraziamento del comune ai mecenati che hanno contribuito al recupero dei beni culturali della città. Questo è forse il momento che, ancorché legittimamente previsto, presenta le maggiori criticità, stante il rischio di un possibile straripamento del ringraziamento in sponsorizzazione.

Iniziativa recente è quella che vede il connubio tra Art bonus e sponsorizzazione non solo in modalità alternativa, ma anche combinata.

Più precisamente il Comune, al fine di consentire il maggiore coinvolgimento possibile della collettività, ha pubblicato bandi per il restauro dei beni che contemplavano la possibilità di partecipare attraverso l'Art bonus, oppure, ovviamente dirigendosi alle imprese commerciali, tramite contratti di sponsorizzazione (ad es. per il restauro dell'Acquedotto medievale), di talchè sullo stesso bene, considerata la rilevante spesa, più 'benefattori' potessero contribuire.

Ma un ulteriore passo è stato compiuto con la stipula di un contratto di Art bonus (per una parte dell'importo) e contestuale sponsorizzazione (per l'altra parte) con la medesima impresa (quando il mecenate è anche sponsor...), la quale potrà godere sia del rilevante beneficio fiscale previsto dall'una forma che del ritorno pubblicitario contemplato dall'altra, mentre tutta la collettività avrà il bene storico restaurato senza aggravii economici!

Pare interessante evidenziare una recente iniziativa del Comune, ancora *in fieri*, il quale amplia la sua prospettiva di coinvolgimento pur restringendo la tipologia di collettività coinvolta dal recupero. Difatti, nell'ambito del progetto di restauro del teatro Morlacchi, intende promuovere una proposta diretta essenzialmente agli abbonati o spettatori, del tipo 'adotta una poltrona', quale Art bonus, che cioè, senza dar alcun diritto di riserva o prelazione ovviamente sulle poltrone, si prefigura come piccolo contributo (che rilevante diventa nel cumulo numerico) il quale potrebbe gratificare il donante anche con l'esposizione dei nominativi dei donatori (una sorta di albo d'oro).

Invero, questa appariva l'intenzione originaria dell'amministrazione comunale, alla quale erano già pervenuti i primi piccoli contributi del *quisque de populo*, ancora rigorosamente anonimo (cfr. il sito istituzionale [www. http://artbonus.comune.perugia.it/](http://artbonus.comune.perugia.it/)).

Da pochi mesi, però, l'iniziativa ha subito un notevole colpo di acceleratore e mutamento di prospettiva in quanto della residua parte economica (molto rilevante essendo stati ampliati anche i lavori di restauro...) si è fatto carico un solo, noto, imprenditore perugino, sempre nell'ambito dell'Art bonus, ma di fatto già con un clamore pubblicitario (interviste anche con il sindaco ecc...) sui quotidiani locali che fanno seriamente riflettere sulla necessità di una rimeditazione dei confini tra 'sponsorizzazione' e 'pubblico ringraziamento'....ed i lavori non sono ancora iniziati!

Abstract

The citizen cultural heritage between art bonus and sponsorship

by Serenella Pieroni

The essay deals with the involvement of the citizens in projects of restoration of cultural goods. Starting from the national law about “art bonus” and sponsorships, the analysis continues checking how the city of Perugia achieved the collaborative “ratio” of the law, thanks to concrete and opportune initiatives.

Key words: cultural heritage, art bonus, sponsorship.

Hanno collaborato a questo numero:

Gaetano Armao

Professore aggregato di Diritto amministrativo nell'Università di Palermo - Vicepresidente ed Assessore all'economia della Regione siciliana

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Professore di Diritto costituzionale nell'Universidade Federal do Paraná e Uninter

Marco Calabrò

Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università della Campania L. Vanvitelli

Niccolò Maria D'Alessandro

Docente presso il Master in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi Niccolò Cusano, Roma

Judith Gifreu Font

Professore Titolare di Diritto Amministrativo nell'Universidad Autònoma de Barcelona - Direttore della Cattedra Enric Prat de la Riba di Studi Giuridici Locali

Serenella Pieroni

Professore aggregato di Diritto Amministrativo nell'Università di Perugia

Paolo Provenzano

Ricercatore in Diritto Amministrativo nell'Università statale di Milano

Gianpiero Zinzi

Avvocato nel Foro di Napoli

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI AGOSTO 2018
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI