

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXV – Nuova serie  
N. 2/2017 (maggio-agosto)

## INDICE

### DOTTRINA

GAETANO ARMAO

*Enti pubblici economici, società ad evidenza pubblica e privatizzazioni  
nell'ordinamento della Regione siciliana* 253

FLAVIO GUELLA

*La disciplina sugli appalti e le competenze dell'autonomia speciale, dai  
lavori ai contratti pubblici* 279

TOMÁS HUTCHISON

*El acto administrativo informático* 309

MARCO MAZZAMUTO

*A proposito di un recente libro di Franco Gaetano Scoca sul brigantaggio  
postunitario* 321

NATALIA MORTIER

*La acción de lesividad en el nuevo orden jurídico* 331

HADRIAN SIMONETTI

*La disciplina dei contratti pubblici: le esperienze nazionale e siciliana a confronto*

343

## GIURISPRUDENZA

ALESSANDRO BERRETTINI

*Osservazioni su «conflitto di interessi» nel procedimento amministrativo alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato*

357

ANTONIO LIGUORI

*L'acquisizione al patrimonio comunale nei confronti degli eredi estranei all'abuso*

375

MARCO PEDERSOLI

*Le garanzie di pubblicità nella gestione telematica delle gare d'appalto*

387

*Dottrina*



# Enti pubblici economici, società ad evidenza pubblica e privatizzazioni nell'ordinamento della Regione siciliana

di Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. L'intervento in economia della Regione siciliana attraverso enti e società. – 2. Privatizzazioni, mezze privatizzazioni, quasi privatizzazioni. – 3. I diversi volti della Regione imprenditrice. – 4. Applicabilità del testo unico sulle società a partecipazione pubblica. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. *L'intervento in economia della Regione siciliana attraverso enti e società.*

La Regione siciliana è stata ed è ancora, tra corsi e ricorsi, una Regione imprenditrice.

Con questo contributo si intendono ripercorre le alterne vicende dell'intervento della Regione siciliana in economia attraverso enti e società e, più recentemente, mediante fondazioni di partecipazione, consorzi ed organismi associativi.

Siffatto intervento, se per un verso, ha riprodotto forme e tipologie adottate dallo Stato (enti pubblici economici, partecipazioni societarie dirette ed indirette, privatizzazioni, ri-pubblicizzazioni), dall'altro ha manifestato disfunzioni ed inerzie che hanno generato un sistema che ha inciso profondamente sugli equilibri economico-finanziari della Regione e che, da ultimo, ha condotto alla contestazione del rendiconto generale del 2016 nel contesto del giudizio di parificazione da parte della Corte dei conti per talune irregolarità delle poste contabili relative al fondo perdite su società partecipate, del quale si illustreranno più avanti i contenuti.

In tale contesto, peraltro, si sono inserite le profonde modifiche all'assetto di sistema connesse all'innesto nell'ordinamento regionale dei principi in materia di concorrenza di matrice europea (con la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi), poi recepiti nell'ordinamento interno ed ampiamente declinati dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa in materia.

Come si avrà modo di sottolineare, lo strumento dell'intervento in economia mediante enti e società, seppur originariamente motivato per sostenere lo sviluppo di un'economia che alla nascita della Regione risultava prevalentemente agricola, puntando sull'industrializzazione, ha poi assunto connotati di tipo assistenziale e, successivamente, clientelare sino a snaturare lo stesso modello societario, ingenerando fenomeni degenerativi nei quali la "mano pubblica" ha giustificato la propria azione solo al fine di creare forme surrettizie di lavoro alle indirette dipendenze della pubblica amministrazione regionale.

In tal guisa, lungi dal creare sviluppo industriale e produttivo e, conseguentemente ricchezza in un'economia fortemente arretrata, le iniziative assunte e le ingenti risorse impiegate hanno indebolito il tessuto produttivo – in taluni casi addirittura creando forme di surrettizia concorrenza pubblica ad imprese private –, ed aggravato il bilancio regionale con crescenti oneri di difficile sostenibilità nel contesto di vincoli contabili progressivamente più rigorosi.

La ricostruzione che segue, quindi, oltre ad una illustrazione delle diverse fasi nelle quali si è svolto tale tipo di intervento regionale in economia intende far emergere taluni profili di contraddittorietà non solo con i criteri di efficienza ed economicità, ma anche con le finalità stesse dell'iniziativa economica pubblica della Regione e la sua difficile compatibilità con i principi che siffatta forma di intervento adesso regolano nel contesto dell'evoluzione dell'ordinamento di settore.

Le forme giuridiche e le strategie adottate in settant'anni di autonomia sono state le più disparate: enti pubblici economici, società ad evidenza pubblica sino alle fondazioni di partecipazione; si sono succedute fasi nelle quali la presenza diretta sul mercato della Regione ha assunto connotati assai rilevanti a fasi nelle quali, nell'alveo delle privatizzazioni e del principio di sussidiarietà orizzontale, dei vincoli di matrice europea sugli aiuti di Stato, delle esigenze di revisione della spesa, tale presenza ha dovuto esser riconsiderata e contenuta.

Tra contraddizioni e repentini mutamenti il fenomeno delle partecipazioni regionali sembra, di recente, trovare un singolare rilancio, smarcandosi dall'esigenza di circoscrivere la presenza delle istituzioni pubbliche in economia.

L'entrata in vigore del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (il "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*"), adesso modificato ed integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017 n. 100, del quale si analizzerà l'applicabilità nell'ordinamento regionale, se desta inevitabilmente nell'interprete nuove e complesse questioni, pone al cospetto di esigenze di razionalizzazione ormai ineludibili anche per una Regione ad autonomia differenziata. Anche se in merito, come si avrà modo di precisare, sul punto occorre verificare gli effetti della recente sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

Pur in presenza di alcune "buone pratiche", l'esperienza che sarà analizzata in questo contributo conduce a conclusioni critiche non solo in termini di analisi complessiva sul fenomeno (caratterizzatosi più per gli ingenti effetti di drenaggio di risorse pubbliche che per il tessuto produttivo creato), ma anche delle più recenti iniziative che, a conclusione di una fase di riordino nella quale si erano avviate dismissioni ed accorpamenti, sembrano offrire nuovi spazi all'estensione della sfera pubblica nella pur asfittica economia regionale

L'intervento diretto in economia della Regione siciliana ha seguito diverse fasi.

Da una di progressiva espansione, sino a passare a una timida stagione di privatizzazioni e liberalizzazioni, per poi ritornare nuovamente a una ri-espan-

sione delle imprese pubbliche. Tra il 2011 e il 2012 la nuova tendenza espansiva viene interrotta con l'avvio della drastica riduzione delle società regionali, mentre più recentemente sembra riemergere, e non privo di elementi di confusione, un nuovo "capitalismo regionale"<sup>1</sup> che – come meglio si avrà modo di illustrare – apparentemente riduce le società partecipate, concentrando tuttavia i compiti affidati in altre società regionali.

Le vicende che hanno caratterizzato la parabola degli enti economici e delle società regionali in Sicilia evidenzia, infatti, una storia di "fallimenti" dell'intervento pubblico in economia caratterizzata dal continuo ripianamento di perdite in spreco al principio di autosufficienza. E ciò, invero, avrebbe dovuto indurre, già nella seconda metà degli anni Sessanta, alla conclusione di una esperienza che, come si avrà modo di illustrare, è stata tenuta in vita sino quando, alla fine degli anni novanta, giungerà la scelta del legislatore regionale di sciogliere tali enti economici.

Lo scioglimento e la messa in liquidazione degli enti pubblici economici, tuttavia – come sarà meglio precisato – non ha posto fine a questa vicenda, infatti si è aperta una liquidazione che si protrae da oltre quindici anni, che il legislatore ha tentato di chiudere definitivamente, salvo poi scendere a più miti consigli. Mentre per le società pubbliche il fenomeno ha assunto connotati sinuoidali, che affiancano fasi di espansione con fasi di contrazione del fenomeno.

La travagliata vicenda delle imprese pubbliche regionali conferma quel fenomeno opportunamente definito di "non biodegradabilità" degli apparati pubblici<sup>2</sup>: la caratteristica, cioè, delle amministrazioni pubbliche e delle relative burocrazie a sopravvivere alle loro funzioni ed a rimanere talvolta sulla scena, anche quando la loro ragion d'essere è venuta meno da tempo.

Se si ripercorrono i tratti più significativi delle vicende dell'impresa pubblica in Sicilia è agevole rilevare che mentre in una prima fase ebbero la prevalenza le polemiche nei confronti della grande impresa del nord che avrebbe avuto intenti predatori sul debolissimo sistema economico isolano, ben presto si consolida un assetto di potere politico-imprenditoriale che estende a dismisura, utilizzando risorse pubbliche, la propria sfera di influenza sull'economia regionale mentre, nell'alveo del riformismo, si avviavano le prime esperienze di programmazione economica anche in Sicilia.

Entra così in crisi il modello originario della prima società finanziaria regionale (SOFIS S.p.a.)<sup>3</sup> e si punta a sostituirlo, anche sulla scorta dell'esperienza

---

<sup>1</sup> Si tratta di percorsi ondivaghi che hanno caratterizzato e caratterizzano anche le grandi economie mondiali (su tali tendenze v. A. MUSACCHIO, S. LAZZARINI, *Reinventing State capitalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2014), che tuttavia in Sicilia, come si vedrà, assumono connotati spesso patologici in termini di utilizzo clientelare di risorse pubbliche.

<sup>2</sup> Così F. SALVIA *Autonomie speciali e altre forme di autonomia differenziata*, in *Dir. soc.*, 4/2002, 451 e ss.

<sup>3</sup> Sulla quale si veda A. TULUMELLO, *La battaglia della SOFIS: l'origine degli enti pubblici siciliani*, in N. BRUNO, A. CATANIA, *La disciplina delle privatizzazioni degli enti pubblici siciliani*, Roma, 2000, 66 e ss.

statale, con l'ente pubblico economico, ritenuto più rispondente alle esigenze di un intervento diretto in economia. La legge regionale 7 maggio 1967, n. 18 provvederà in tal guisa a trasformare la *SOFIS* S.p.a. (istituita con la l.r. 25 agosto 1957, n. 51) nell'ente pubblico di promozione industriale (*ESPI*), che si affiancherà agli altri due enti economici (*EMS*, *AZASI*).

Il rafforzamento del rapporto di strumentalità dell'apparato imprenditoriale pubblico alla "politica", accentuato nella stagione del consociativismo da una diretta ingerenza di organismi parlamentari e amministrativi, ha rimarcato i connotati di eterodirezione degli enti in questione creando quel *continuum* tra politica ed economia pubblica causa di gran parte delle patologie.

Siffatta tendenza ha ridotto il sistema delle partecipazioni regionali a una propaggine delle strutture burocratiche regionali, relegando la gran parte delle imprese pubbliche regionali a un ruolo marginale nei mercati di riferimento con conseguenti effetti negativi sugli equilibri di bilancio.

La progressiva decozione degli enti pubblici economici e della prevalenza delle imprese partecipate connessa ai vincoli normativi, soprattutto di matrice comunitaria, e di finanza pubblica ha imposto, in tal guisa, di adottare l'unico rimedio possibile: la liquidazione degli enti pubblici economici e la liquidazione delle società dagli stessi partecipate avviando un processo di privatizzazione che, solo apparentemente, ancorché tardivamente, si riconnetteva a quello delineato a livello statale<sup>4</sup>.

Infatti, le privatizzazioni siciliane, se hanno ripetuto i "fallimenti" e le contraddizioni delle privatizzazioni definite a livello statale, solo in pochissimi casi hanno visto le imprese privatizzate continuare a svolgere l'attività imprenditoriale.

La gran parte delle società, ormai fuori mercato oppure oberate dai debiti, è stata così posta in liquidazione quando, addirittura, non è incorsa in procedure fallimentari.

Come si avrà modo di illustrare, la liquidazione degli enti economici di gestione, ai quali sono state affidate le operazioni di dismissione degli enti economici, si prolunga sino ad oggi, nonostante tali enti siano stati posti in liquidazione nel 1999<sup>5</sup>.

## 2. *Privatizzazioni, mezze privatizzazioni, quasi privatizzazioni.*

La questione della privatizzazione delle partecipazioni industriali della Regione ha avuto un rilievo più che altro di tipo simbolico. Ha assunto, invece,

<sup>4</sup> Per una ricostruzione delle stagioni dello "Stato imprenditore" si veda per tutti S. CASSESE, *Governare gli italiani*, Bologna, 2014, 247 e ss.

<sup>5</sup> Sulla disciplina regionale in materia di privatizzazioni sia consentito rinviare ai miei contributi: *Le società di capitali partecipate da Comuni e Province nella normativa statale e regionale siciliana*, in G. ARMAO, P.L. MANTIA, G. VERDE, *Studi sull'ordinamento delle autonomie locali*, Palermo, 1994, 112 e ss. e *Le privatizzazioni (annunciate) nella Regione siciliana*, in *Nuove Autonomie*, 1995, 343 e ss.



sotto il profilo economico, un rilievo del tutto marginale sia in termini qualitativi, visto l'esiguo rilievo delle aziende produttive privatizzate, nonché dei proventi incassati, i quali, ad oggi, non raggiungono i 300 milioni di euro.

Peraltro, proprio in quanto la gran parte delle imprese partecipate dai disciolti enti economici è già in liquidazione, più che un problema di dismissione di apparati produttivi, se ne è posto uno di mera vendita di cespiti già destinati alla produzione.

Accanto a questo fenomeno risalente, sarà oggetto d'indagine quello sviluppatosi dai primi anni 2000 del ritorno alla "*Regione imprenditrice*", principalmente per il tramite di società a totale o parziale partecipazione pubblica. E oggi tale fenomeno ha assunto connotati di gran lunga più consistenti del precedente per profili di ordine sia quantitativo (numero di società, dipendenti) che qualitativo (attività affidate)<sup>6</sup>.

La disciplina sulle privatizzazioni, analogamente a molti settori della regolazione dell'economia, è il frutto di scelte maturate prima sul piano della politica economica e quindi, successivamente, trasfuse in atti normativi.

Sin dai primi interventi il legislatore italiano ha manifestato in tale scenario una prospettiva ondivaga, volta a conseguire molteplici risultati e, primariamente, quelli più strettamente attinenti alle esigenze di cassa dello Stato<sup>7</sup>. Solo successivamente, attraverso interventi di modifica dell'originario assetto normativo la disciplina è stata completata e definita e si è posta obiettivi ulteriori. Peraltro non può sottacersi che il processo in questione si è inserito alla fine degli anni '90 del secolo scorso, quando lo Stato ha realizzato il maggior numero di privatizzazioni, in un contesto economico che si caratterizza per l'accentuato dualismo – che vede, da un lato, l'ascesa della piccola e media industria familiare e, dall'altro, il declino della grande impresa (familiare, quando è privata, manageriale, quando è pubblica) – e dal preminente profilo di "*modernizzazione senza sviluppo*", che si connota prevalentemente per l'incapacità di istituzionalizzare la formazione di una classe dirigente e manageriale, per l'incapacità di implementare sia una cultura dei costi e del controllo finanziario sia la cultura dell'espansione e dell'innovazione dell'impresa.

La singolarità della modalità di intervento prescelta dal legislatore italiano impone tuttavia, prima di svolgere alcune considerazioni sull'attuale assetto della normativa in materia, di inquadrare il tema in esame nella sua corretta prospettiva.

---

<sup>6</sup> Cfr. R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 55 e ss.

<sup>7</sup> La via italiana alle privatizzazioni, oltre all'evidente ritardo rispetto a quella percorsa da altri Paesi europei (Regno Unito e Francia prima, Spagna, Portogallo e Grecia, su tali vicende v. V. WRIGHT, *Privatization in western Europe, Pressures, Problems and Paradoxes*, Pinter Pub., London 1994; B. BORTOLOTTI, V. MILELLA, 2006, *Privatization in Western Europe Stylized Facts, Outcome, and Open Issue*, [http://www.Feem.it/attach/Publication/NDL\\_2006-124.pdf](http://www.Feem.it/attach/Publication/NDL_2006-124.pdf)), è pertanto caratterizzata da evidenti elementi di peculiarità.

In termini generali le privatizzazioni, in una prospettiva ampia, manifestano molteplici aspetti. In particolare è emerso che:

la privatizzazione è stata una vera e propria tendenza di fine secolo, comune alle principali aree economiche e a quasi tutti i comparti produttivi;

nella decisione di avviare il processo di privatizzazione, comune a Paesi economicamente avanzati e a quelli a sviluppo ritardato, le determinanti principali sono di natura politica e finanziaria;

una volta avviato il processo di privatizzazione, i proventi e la diffusione della proprietà azionaria sono influenzati da fattori quali: la credibilità dei governi, l'ampiezza e la liquidità dei mercati di capitali, il grado di protezione degli azionisti e dei creditori, la qualità di applicazione degli ordinamenti giuridici;

la variabile connessa agli istituti giuridici incide sulle modalità di collocamento, la quota di capitale ceduto al mercato, le pratiche di riduzione del prezzo sul valore effettivo dell'impresa, ciò dimostra la diffusione delle privatizzazioni parziali, la presenza di condizioni peculiari nel trasferimento del controllo quali la c.d. *golden share*;

infine, nella privatizzazione dei monopoli, la pre-esistenza di adeguati meccanismi di controllo di regolamentazione favoriscono il processo medesimo, contenendo l'incertezza e contribuendo alla valorizzazione delle imprese.

Nella disamina della problematica della privatizzazione delle imprese pubbliche, non può sottacersi il pregnante influsso esercitato dal diritto europeo<sup>8</sup> e ciò nonostante la neutra prescrizione dell'art. 345 TFUE a norma del quale il Trattato non incide sui regimi di proprietà all'interno dei Paesi dell'UE, con la conseguenza che non può sussistere alcuna discriminazione ingiustificata fra le imprese pubbliche e quelle private nel quadro dell'applicazione delle regole della concorrenza, a partire dalle relazioni finanziarie. L'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, prevede poi talune eccezioni allorquando imprese pubbliche o private svolgono un servizio di interesse economico generale.

Invero, come opportunamente sottolineato, l'obiettivo delle politiche comunitarie, trasfuso in molteplici norme del Trattato, risiede nella liberalizzazione dei mercati, con conseguente soppressione dei regimi di riserva o monopolio legale, al fine di realizzare il mercato unico europeo concorrenziale<sup>9</sup>.

In tal guisa l'eventuale proprietà pubblica, pur non essendo pregiudicata, deve essere ricondotta nell'alveo della neutralità, con la conseguenza che le imprese pubbliche vanno trattate alla medesima stregua di quelle private<sup>10</sup>. Ciò

<sup>8</sup> Per più ampie considerazioni in merito v. per tutti G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 e ss. e, più recentemente, G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016.

<sup>9</sup> Al riguardo si rinvia alle considerazioni di L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 323 e ss.

<sup>10</sup> La dottrina è ormai convergente su tali conclusioni, al riguardo si vedano F. FRACCHIA, *La*

evidentemente determina, in un contesto che, peraltro, impone la liberalizzazione dei servizi, una sorta di disincentivo per gli Stati a ricorrere al modello dell'impresa pubblica, che diviene così recessivo non sulla scorta di un divieto, ma a causa del mutare del contesto ordinamentale<sup>11</sup>.

Quanto sin qui richiamato postula, nel contesto più ampio della riduzione della sfera di influenza delle pubbliche amministrazioni, la recessività del contesto stesso di impresa pubblica in ossequio al principio della parità di trattamento tra gli operatori economici<sup>12</sup>.

Occorre evidenziare che questa analisi non è limitata alle c.d. privatizzazioni sostanziali, ossia a quelle che determinano l'effettivo trasferimento del controllo sulla società privatizzata a investitori privati e che trovano la prevalente giustificazione teorica nella influenza dei diritti di proprietà rispetto alla redditività e all'efficienza delle imprese. Come noto, a questa fattispecie si aggiunge quella delle privatizzazioni formali, solo in taluni casi propedeutiche alle prime, che risponde al principio della corrispondenza tra la natura giuridica dell'attività e quella del soggetto gestore e della conseguente inadeguatezza del soggetto pubblico a gestire attività imprenditoriali<sup>13</sup>.

In tale ultima fattispecie vanno collocate tutte quelle operazioni che si sostanziano nella trasformazione dell'ente pubblico in società<sup>14</sup>. Il processo di privatizzazione formale degli enti pubblici economici, tuttavia, non ha risolto appieno l'ibrida convivenza tra pubblico e privato. Infatti al modello dell'ente pubblico economico si sostituisce, in molte ipotesi, quello della società di diritto speciale nella quale convivono la forma organizzativa societaria e la prevalente partecipazione pubblica<sup>15</sup>.

Le vicende che hanno riguardato gli enti pubblici economici della Regione

---

*costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 589 ss. e C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche a volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2015, 409 e ss.

<sup>11</sup> Nell'estesa dottrina in materia si vedano S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista It. dir. pubb.com.*, 1996, 579 ss.; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.; Id., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA, (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 1 e ss.

<sup>12</sup> Il riferimento d'obbligo è a M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

<sup>13</sup> Il tema è oggetto di vasti approfondimenti tra i quali si vedano F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009.

<sup>14</sup> Sul complesso fenomeno si rinvia per tutti al fondamentale contributo di M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle SpA derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997.

<sup>15</sup> Cfr. M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi autori, Torino, 2008, 1 e ss.

siciliana rappresentano un esempio paradigmatico dell'elevato livello d'ingerenza del pubblico potere nell'economia siciliana. Sulla scorta del grave ritardo che caratterizzava e ancor oggi caratterizza la Regione, le istituzioni autonomistiche hanno, ben presto rinunciato alla funzione di regolazione in favore di una sempre più incisiva e articolata presenza nel mercato attraverso imprese pubbliche<sup>16</sup>.

Sotto diverso profilo, occorre ricordare che l'intervento nell'economia della Regione siciliana, attraverso la forma tradizionale degli enti pubblici economici regionali è stato progressivamente superato da altre forme di inferenza sulle dinamiche di mercato.

Un ruolo rilevante è stato, infatti, riconosciuto a strumenti quali le sovvenzioni, i contributi a fondo perduto non meno distorsivi della concorrenza, i quali, probabilmente nati per incentivare lo sviluppo regionale, hanno accentuato il distacco del sistema economico siciliano da quello nazionale e comunitario.

La congerie di interventi in questione ha così comportato la progressiva trasformazione dell'economia siciliana riconducibile per molti aspetti al modello dirigista con un significativo drenaggio di risorse dal bilancio regionale<sup>17</sup>.

In tale contesto, la crescita esponenziale del personale regionale, para-regionale e precario, ha trasformato l'amministrazione regionale nella principale protagonista della domanda di lavoro. Mentre l'incremento della spesa regionale non è stato collegato a uno sviluppo della competitività del sistema delle imprese, le quali, in parte alleggerite dai costi delle disfunzioni burocratiche o con la previsione di quote di riserva di mercato, hanno perso competitività nello scenario nazionale ed europeo.

Ciò ha determinato che più si stringevano i legami tra i Paesi membri dell'Unione europea e nello stesso ordinamento giuridico italiano si avviavano importanti riforme sul piano della tutela della concorrenza, delle privatizzazioni, della regolazione dei mercati, più il sistema economico siciliano ha visto accentuarsi i caratteri assistenziali. Una divergenza che ha aggravato gli elementi di arretratezza economica della Sicilia, contribuendo alla sua "desertificazione" industriale<sup>18</sup>.

### 3. *I diversi volti della Regione imprenditrice.*

Con specifico riguardo alle imprese pubbliche deve osservarsi che in Sicilia, più che nel resto del Paese, ha funzionato una sorta di *benchmarking* in negativo.

<sup>16</sup> Si vedano per tutti i contributi pubblicati in N. BRUNO, A. CATANIA (a cura di), *La disciplina delle privatizzazioni degli enti pubblici siciliani*, Roma 2000.

<sup>17</sup> In senso analogo A. LA SPINA, *La Regione siciliana, gestore o regolatore?*, in N. BRUNO, A. CATANIA (a cura di), *La disciplina delle privatizzazioni degli enti pubblici siciliana*, cit., 81 e ss.

<sup>18</sup> Si tratta della sintesi concettuale elaborata dalla Svimez, *Rapporto 2015 Svimez sull'economia del mezzogiorno*, Roma, 2015, 66 e ss..

Gli enti economici regionali, comunali, provinciali e le banche pubbliche, hanno assunto una conformazione più simile alla p.a. che ai concorrenti privati. In altre parole si è ingenerata una vera e propria burocratizzazione delle imprese in questione che ha trovato, in particolare nel settore industriale e in quello bancario, gli epiloghi più disastrosi.

L'effetto burocratizzante sortito dall'amministrazione regionale sull'impresa ha trovato poi preoccupante estensione in alcuni settori dell'imprenditoria privata (la cooperazione vitivinicola, alcuni segmenti dell'artigianato, l'edilizia, i trasporti pubblici, la pesca ecc.) laddove il sistema imprenditoriale si trovava ad essere destinatario di una così pregnante massa di benefici economici da essere in qualche modo affrancato dai rischi del mercato. L'effetto "narcotizzante" di siffatta politica economica, intesa come meramente allocativa di risorse pubbliche, ha disvelato i propri effetti perversi di fronte al progressivo smantellamento di un simile apparato di benefici, incidendo negativamente sulla competitività delle imprese in questione.

Il mutamento del paradigma economico connesso all'instaurazione del Mercato unico europeo non ha inciso che in minima parte sul tessuto economico regionale. Appare evidente, tuttavia, che un diverso impatto su quest'ultimo avranno le applicazioni concrete che da tale mutamento scaturiscono.

In merito occorre ricordare che la Regione siciliana ha fatto ampio ricorso alla figura dell'ente pubblico economico regionale per realizzare il proprio intervento in economia. Tale forma organizzativa che ha contribuito a fare della Sicilia la prima tra le "Regioni imprenditrici", risulta tuttavia già da tempo inadeguata<sup>19</sup>.

Chiusa la parentesi della Società finanziaria siciliana (SOFIS S.p.a., l.r. 5 agosto 1957, n. 51)<sup>20</sup>, trasformata nel 1967, per l'appunto, in ente pubblico economico (ESPI), la Regione ha nuovamente intrapreso la via della partecipazione diretta – al pari di quanto realizzato dallo Stato – al capitale di società pubbliche. Così è avvenuto infatti per gli enti creditizi pubblici trasformati in società per azioni, il Banco di Sicilia S.p.A. e la Sicilcassa S.p.A. (adesso incorporato nel Gruppo Unicredit il primo, posta in liquidazione e poi ceduta allo stesso Banco di Sicilia

<sup>19</sup> In tal senso v. S. MATTARELLA, *Profili giuridici dell'intervento della Regione siciliana nell'economia*, Palermo, 1979; F. SALVIA, *Enti economici regionali: l'esperienza della Sicilia*, in *Scritti in onore di A. Arena*, V, Milano, 1979, 2355 ss. e G. CORSO, *Regione Sicilia*, in AA. VV., *La Regionalizzazione*, cit., 1590 e ss.

Più in generale sul contesto economico nel quale si costruisce l'intervento della Regione in economia si veda da ultimo A. TULUMELLO, R. FODERÀ, *Gli anni dello "sviluppo autonomo" nel Mezzogiorno e in Sicilia*, in N. La SPINA, C. RIOLO (a cura di), *Il Mezzogiorno nel sistema politico italiano. Classi dirigenti, criminalità organizzata, politiche pubbliche*, cit., 231 e ss.; E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, 2015, 229 e ss. ai quali si rinvia per più completi riferimenti in dottrina.

<sup>20</sup> Sulle vicende della finanziaria regionale si veda ancora A. TULUMELLO, *La battaglia della SOFIS: l'origine degli enti pubblici siciliani*, in N. BRUNO, A. CATANIA (a cura di), *La disciplina delle privatizzazioni degli enti pubblici siciliani*, cit., 66 e ss.; D. LA CAVERA, *Sicindustria e Confindustria alla fine degli anni '50*, in A. TULUMELLO (a cura di), *Modelli di sviluppo economico in Sicilia*, Palermo, 1995, 89 e ss.

la seconda), incrementando ulteriormente la presenza della Regione nel sistema bancario e finanziario regionale, poi ridottasi, dopo liquidazioni e incorporazioni, alla sola piccola partecipazione al capitale di *Unicredit* Spa adesso anch'essa dismessa, con la conseguente perdita di ruolo, se si eccettuano i due enti finanziari *IRCAC* e *CRIAS* – da anni commissariati a fronte di pur opportuni progetti di concentrazione in un unico intermediario finanziario con *IRFIS*<sup>21</sup> –, nel sistema bancario e finanziario.

Ma in merito deve registrarsi nel 2012 l'acquisizione di *IRFIS* S.p.a. proprio dal gruppo bancario *Unicredit*. A seguito della complessa operazione di trasferimento alla Regione quest'ultima Società finanziaria – che nel frattempo ha aggiunto alla sua denominazione quella di *Finsicilia* – ha ulteriormente rafforzato la specializzazione in attività di credito agevolato ed erogazione di finanziamenti su fondi regionali a sostegno dell'economia e delle imprese siciliane, a tal uopo conseguendo l'iscrizione nell'elenco degli intermediari finanziari avvenuta nel 2011.

Lo scenario delineato va ricondotto a quello che in questi anni ha visto in Italia l'incedere della “stagione delle privatizzazioni”. E in tal senso una prima considerazione sembra opportuno svolgere sul tema delle partecipazioni detenute dagli enti pubblici economici di gestione, giacché la Regione che per prima, e in misura più massiccia, ha sperimentato forme di intervento in economia mediante enti pubblici economici è risultata quella che con maggior ritardo ha attuato le sue politiche di dismissione e privatizzazione, pur nel crescente disagio in cui versa la finanza regionale, e sorte con il fine di realizzare delle entrate per il bilancio regionale a ridurne il tasso di indebitamento.

Le diverse forme di intervento diretto della Regione siciliana nel sistema economico si sono realizzate sul piano industriale e dei servizi attraverso gli enti gestori di partecipazioni azionarie della Regione. La gestione di tali enti è stata da molte parti stigmatizzata, anche dalla Corte dei conti nei giudizi annuali di parificazione del bilancio regionale, per le disfunzioni e gli sprechi che l'hanno connotata<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Si veda Assemblea Regionale Siciliana-XV Legislatura, d.d.l. n. 631 «*Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2011. Legge di stabilità regionale*», presentato dal Governo regionale. In generale sulla questione sia consentito rinviare al mio contributo *L'IRFIS S.p.a. da ente creditizio a finanziaria regionale*, in [www.armao.eu](http://www.armao.eu), 1.2.2012, più in generale sulle finanziarie regionali si veda lo studio della “*Fondazione Rosselli*” curato da M. GIORGINO, *Le finanziarie regionali*, Milano, 2010.

Sul tema degli enti creditizi pubblici siciliani si veda, da ultimo, P.F. ASSO (a cura di), *Storia del Banco di Sicilia*, Roma, 2017, mentre per le peculiari vicende della trasformazione conseguente alla c.d. “*legge Amato*” sia consentito rinviare ai miei lavori *L'intervento finanziario della Regione a sostegno del sistema bancario siciliano, (prime note sulle l. r. siciliana 19 giugno 1991, n. 39)*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1992, 105 ss. e *Fondazioni bancarie e poteri delle Regioni ad autonomia differenziata, nota a Cort. Cost. 16 maggio 1995*, in *Banca e borsa e tit. di cred.*, 1996, II, 1 ss.

<sup>22</sup> Tra i più efficaci si veda Corte dei Conti, Sez. di Controllo per la Regione siciliana, *Delibera*, 24 dicembre 2013, n. 417.

Gli enti economici di partecipazione industriale, per molteplici profili, hanno così progressivamente assunto i caratteri degli enti di erogazione, perdendo ogni riferimento all'economicità della gestione. Mentre sul piano dell'ordinamento si sono accresciute le ingerenze degli organi politici sulla gestione di questi ultimi, sino a configurare un vero e proprio "governo parlamentare dell'economia".

È stato opportunamente sottolineato che, determinazioni di enti gestori di imprese fossero valutate alla stregua dei canoni di legittimità che presiedono all'azione dei pubblici poteri, manifestando di fatto l'evidenziato processo di "amministrativizzazione" dell'attività di detti enti.

I continui ripianamenti dei deficit di bilancio ed i finanziamenti a vario titolo effettuati a enti e società regionali hanno determinato il trasferimento di una enorme mole di risorse di cui resta ben poco<sup>23</sup>.

Ha quindi trovato applicazione, anche nel campo dell'intervento in economia, quel "provincialismo assistenziale"<sup>24</sup> che ha caratterizzato la gran parte delle politiche pubbliche messe in atto dalla Regione siciliana.

Nella disamina del variegato contesto delle partecipazioni regionali occorre svolgere una considerazione preliminare. Il tema della privatizzazione delle società controllate dagli enti economici di gestione deve essere osservato da diversi angoli di visuale. Infatti, come si avrà modo di verificare, il circoscritto numero di società operative, è stato definito ben prima delle procedure di chiusura delle liquidazioni delle società e la dismissione dei relativi cespiti.

E così se per la privatizzazione delle società direttamente partecipate dalla Regione si è delineato un quadro normativo di riferimento compiuto e in gran parte riconducibile alla disciplina statale (l.r. n. 5 del 1999 e s.m.i.), il secondo dei fenomeni in questione è stato realizzato sulla base di disposizioni interne diramate dagli enti di gestione medesimi e delle norme del codice civile.

In altre parole, mentre per le poche società rimaste operative si è previsto di procedere alla cessione dei pacchetti azionari, sulla base di articolate e assai dettagliate procedure, alla vendita dei beni delle molteplici società poste in liquidazione si è provveduto secondo modalità procedurali ispirate allo snellimento e alla flessibilità.

Ciò ha determinato che più si stringevano i vincoli scaturenti dall'ordinamento comunitario, nel contempo nello stesso ordinamento giuridico italiano si

<sup>23</sup> In trent'anni di attività la Regione siciliana ha versato a questi ultimi ben 4.464 md di vecchie lire, cifra che quantificata in moneta attuale supererebbe i cinque miliardi di euro. Ciò ha determinato, altresì un: "clamoroso caso continuato di falso in bilancio della Regione siciliana", nella considerazione che, dette somme sono state sempre appostate come spese in conto capitale, trattandosi invece, per la parte prevalente, di "elargizioni assistenziali", così C. SORCI, *Dall'assistenzialismo allo sviluppo. Il riorientamento dell'azienda pubblica*, Torino, 1995, 77.

<sup>24</sup> Così V. RIGGIO, *La nuova autonomia comincia dall'Europa*, in AA.VV., *L'alba della Sicilia*, cit., 70 e ss.

avviavano importanti riforme sul piano del rafforzamento della tutela della concorrenza, delle privatizzazioni, della regolazione dei mercati, il sistema economico siciliano ha visto accentuarsi i caratteri assistenziali e condizionanti il mercato.

La “*burocratizzazione*” ha costituito, insieme con alcune scelte errate sul piano delle iniziative imprenditoriali, la principale causa del fallimento della regione imprenditrice e l’avvio di una lunga fase di agonia delle partecipazioni regionali, ancora in atto, che potrà chiudersi solo in esito alla definizione della quasi ventennale liquidazione degli enti economici.

Per quel che concerne le imprese pubbliche bisogna osservare che in Sicilia, più che nel resto del Paese, la connotazione pubblica delle società ha funzionato quale elemento caratterizzante in maniera negativa delle stesse.

Gli enti economici regionali, le banche e istituzioni finanziarie pubbliche, le imprese pubbliche comunali e provinciali hanno assunto una conformazione più simile alla p.a. che ai concorrenti privati, ingenerando di fatto una vera e propria concorrenza al ribasso, tendente alla burocratizzazione delle imprese, la quale ha trovato, in particolare nel settore industriale e in quello bancario gli epiloghi più disastrosi.

In questo contesto l’impresa pubblica, anche se decotta o fuori mercato, grazie al sostegno riusciva a concorrere con l’impresa privata, erodendole profitti e capacità di investimento e finendo per spingere quest’ultima fuori mercato. Dall’inizio degli anni Duemila è emersa poi una nuova dinamica, che ha dipanato i suoi effetti anche a livello statale, sicché, mentre inizia a muovere i primi passi il processo di dismissione delle partecipazioni regionali, si avvia quella che può essere definita la “seconda stagione” della Regione imprenditrice.

Tale fase si contraddistingue, da un lato, per la costituzione di una serie di società miste con i privati scelti mediante procedura a evidenza pubblica, ai quali vengono affidati importanti servizi: da quello idrico a quello informatico, alla gestione del patrimonio immobiliare, alla promozione del lavoro, alla riscossione. Dall’altro si procede alla costituzione di “*società-contenitore*” per lo svolgimento di servizi in favore dell’amministrazione nelle quali collocare crescenti fasce di precariato.

Riemerge così con vigore e con rilevante impiego di risorse, la Regione imprenditrice, le cui partecipazioni societarie oggi assumono una configurazione assai variegata e, per certi aspetti, contraddittoria.

Questa vera e propria “esplosione” della “*Regione imprenditrice*”, nuova maniera, soprattutto nelle c.d. attività “ausiliare”, ha determinato non solo la crescita esponenziale di amministratori pubblici e soprattutto personale precario, spesso volutamente ingaggiato in violazione delle norme giuslavoristiche, ma anche pesanti effetti sul bilancio regionale, imponendo alla Regione di partecipare a ripianamento di posizioni debitorie, ricapitalizzazioni in taluni casi di dubbia compatibilità con il regime degli aiuti di Stato e della trasparenza delle relazioni finanziarie di matrice europea.

Si tratta, tuttavia, di un fenomeno che non è esclusivamente rinvenibile nell’esperienza della Regione siciliana.



Parimenti di non minor rilievo sono stare le questioni determinate dall'applicazione dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, conv. con l. n. 248 del 2006, che ha avuto quale proprio l'obiettivo di limitare le distorsioni concorrenziali derivanti da una troppo estesa presenza di società pubbliche nei servizi<sup>25</sup>. Con riguardo alle società strumentali che esercitano "attività amministrativa in forma privatistica" è stato ribadito, anche in sede giurisprudenziale il divieto di fornire prestazioni a enti terzi stabilito dal citato art. 13 d.l. n. 223 del 2006 e non anche per le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici<sup>26</sup>.

Il complesso e articolato percorso di riordino delle Società partecipate nella Regione siciliana trova il proprio riferimento nell'insieme d'interventi succedutisi dal 2010 in poi. L'art. 20 della l.r. n.11 del 2010 ha inteso, da un lato, dettare le procedure per l'attuazione del Piano di riordino delle partecipazioni regionali, dall'altro ha introdotto previsioni dirette a contenere i costi di gestione delle società partecipate: dalla riduzione del numero dei membri dei consigli di amministrazione, al drastico contenimento degli emolumenti di amministratori e sindaci, anche in questo caso assai elevati e dalla struttura spesso variegata e causa di pesanti costi.

In merito giova ricordare che con l'entrata in vigore dell'articolo 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007, col precipuo obiettivo di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1 del comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

La medesima disposizione stabilisce, comunque, che è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e s.m.i. nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

Mentre, al comma successivo, la norma prevede che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con deliberazione motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti in precedenza indicati.

---

<sup>25</sup> In tal senso vedi per tutti M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 55 e ss.

<sup>26</sup> Il riferimento è a A. LOLLI, *Società miste*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 2011, 311 e ss. Sin dal 2008 è risultato chiaro, pertanto, che occorre provvedere a un profondo riassetto delle partecipazioni, non solo per ridurre l'aggravio finanziario sulle finanze regionali, ma anche al fine di far uscire la Regione dalla presenza societaria in settori non ritenuti strategici.

Al fine di offrire un *corpus* di regole puntuali che raccogliesse in forma integrata le disposizioni in precedenza dettate con circolari assessoriali sono state introdotte norme in materia: di adempimenti organizzativi e funzionali, di riduzione dei compensi degli organi amministrativi, di controllo e di contenimento della spesa, di risoluzioni alternative dei contenziosi con il preciso obiettivo di scongiurare l'insorgere, nonché di trasparenza e riequilibrio di genere per le società a partecipazione pubblica.

Il riordino delle società partecipate dalla Regione ha puntato alla riduzione delle società partecipate residue, ritenute strategiche, il riassetto della *governance* con la riduzione degli amministratori, il drastico contenimento dei costi di gestione e del ricorso alle consulenze, il blocco delle assunzioni, la piena applicazione delle norme sui contratti pubblici e sulla trasparenza amministrativa, del codice regionale antimafia ed anticorruzione dell'amministrazione, del patto di stabilità regionale, il ricorso agli acquisti di beni e servizi centralizzati, della normativa sul riequilibrio di genere e più in generale, di disposizioni che in netta discontinuità con l'elefantiasi che aveva visto crescere nel precedente decennio il sistema delle partecipate.

Molteplici sono stati, altresì, i problemi applicativi scaturiti dall'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. decreto sulla *spending review*)<sup>27</sup>.

Il sistema delle partecipazioni regionali della Sicilia sottoposto a un profondo riordino negli assetti di *governance*, sembra così guardare alla compatibilità con l'evoluzione dell'ordinamento europeo e al rispetto dei principi di concorrenza, sussidiarietà in senso orizzontale e revisione della spesa, il tutto in una prospettiva di riduzione della sfera pubblica regionale.

In tale contesto vanno analizzate l'insieme delle riforme intervenute a livello statale in materia, inerenti il sistema delle partecipazioni regionali, anche con riferimento ai più recenti interventi in merito della Corte dei conti. La legislazione regionale, successiva alle appena menzionate norme statali in materia di revisione della spesa, è stata caratterizzata da numerosi interventi volti al riordino delle partecipazioni societarie.

La legge di stabilità regionale siciliana 28 gennaio 2014, n. 5, all'articolo 23 introduce, poi, alcune modifiche di norme in materia di società pubbliche regionali sancite dalla l.r. 12 maggio 2010, n. 11, indicando le società per le quali la Regione intende mantenere le partecipazioni, in quanto considerate strategiche<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. A. PERICU, *Le imprese esercitate dagli enti pubblici locali tra concorrenza e spending review (profili giuridici)*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO, (A CURA DI), *Le imprese pubbliche a volte ritornano*, cit., 349 e ss.

<sup>28</sup> Tali società sono:

- Azienda siciliana trasporti S.p.A., per l'area trasporti pubblici;
- Servizi ausiliari Sicilia S.c.p.a., per l'area servizi ausiliari di interesse generale;
- Sicilia e servizi S.p.a., per l'area innovazione e attività informatiche;

A seguito di questo intervento normativo nel contesto della l.r 12 agosto 2014, n. 21, all'articolo 64, è stato istituito un albo dei dipendenti delle società in liquidazione dal quale le medesime possono attingere, al fine di sopperire ai propri fabbisogni di personale<sup>29</sup>.

Tali misure volte: alla verifica dei presupposti per il mantenimento delle partecipazioni e della capacità di ciascuna partecipata di garantire gli equilibri economico-patrimoniali, alla puntuale ricostruzione delle erogazioni finanziarie disposte dalla Regione nei confronti di società in costante perdita, unitamente alla necessità di implementare un sistema di *governance* volto a un effettivo controllo delle partecipazioni detenute è stato accolto dalla giunta regionale, la quale con delibera n. 291 del 13 ottobre 2014, ha adottato le misure prospettate dalla Corte dei conti, disponendo che la chiusura delle liquidazioni proceda “*senza indugio*” nell'ambito del delineato processo di riordino.

La legge statale 23 dicembre 2014, n. 190, ha successivamente stabilito che, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, le Università, gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1 gennaio 2015<sup>30</sup>, avrebbero dovuto avviare un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute<sup>31</sup>.

- 
- Riscossione Sicilia S.p.A., per l'area servizi di riscossione dei tributi;
  - IRFIS FinSicilia S.p.a., per l'area credito;
  - Sviluppo Italia Sicilia S.p.A., per l'area sviluppo;
  - M.A.A.S per il settore agro-alimentare;
  - Siciliacque S.p.A., per l'area attività captazione, accumulo, potabilizzazione, adduzione di acqua di interesse regionale;
  - Parco scientifico e tecnologico per l'area scientifica-tecnologica e della ricerca;
  - Servizi di emergenza sanitaria Sicilia Emergenza Unitaria Sanitaria S.c.p.a.;
  - S.PI S.p.A., per l'area gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare.

<sup>29</sup> Invero, il quadro generale delle partecipazioni regionali siciliane era già stato oggetto di interventi a opera della Corte dei conti, la quale con deliberazione della Sezione di controllo per la Regione siciliana n. 417/2013/ GEST del 24 dicembre 2013 aveva richiesto alla Regione siciliana l'adozione di una serie di misure correttive, sintetizzate dalla relazione del Magistrato Istruttore del 24 settembre 2014.

<sup>30</sup> La normativa in materia ha altresì stabilito che i presidenti delle regioni e degli enti locali dovevano definire e approvare, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie, direttamente o indirettamente detenute, indicandone modalità, tempi di attuazione, risparmi da conseguire. Il piano in questione, corredato di un'apposita relazione tecnica sui risultati conseguiti, entro il 31 marzo 2016, gli organi di cui al primo periodo avrebbero dovuto predisporre e trasmettere alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata sul sito *internet* istituzionale dell'amministrazione interessata.

<sup>31</sup> Tale processo di razionalizzazione, prospettato dal legislatore statale, era volto al conseguimento della riduzione delle partecipazioni detenute entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:

Facendo seguito alle summenzionate prescrizioni normative intervenute in ambito statale, con decreto del Presidente della Regione siciliana del 26 marzo 2015, è stato definito un nuovo riordino delle società partecipate dalla Regione<sup>32</sup>.

A seguito della legge di stabilità regionale siciliana 7 maggio 2015, n. 9, con decreto del Presidente della Regione del 27 novembre 2015 è stato così varato un ulteriore: “*Piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute dalla Regione siciliana*”, nel quale viene descritta la situazione finanziaria delle partecipazioni regionali, mediante relazione tecnica di accompagnamento al piano di razionalizzazione secondo i criteri stabiliti in precedenza nel decreto presidenziale del 27 marzo 2015.

Si tratta di un contesto regolativo invero controverso, che, soprattutto nei più recenti sviluppi, non determina l’auspicata riduzione delle partecipazioni regionali, sostanzialmente rimasta ferma a quella delineata nel 2011, e che – come si avrà modo di osservare – in taluni casi ha ripristinato l’operatività di società non strategiche.

#### 4. *Applicabilità del testo unico sulle società a partecipazione pubblica*

Sul controverso contesto della disciplina irrompono infine le previsioni della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante: “*Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, che, nell’ampio contesto di deleghe legislative, prevede (art. 18) l’emanazione di un “*Testo Unico in materia di società a*

- 
- eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;
  - soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
  - eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internazionalizzazione delle funzioni;
  - aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
  - contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

<sup>32</sup> Le società a totale e maggioritaria partecipazione della Regione, vengono così suddivise e classificate in:

- società indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali;
- società non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, per le quali si procederà a valutare l’opportunità di vendita ed eventualmente le condizioni e la tempistica;
- società non indirettamente partecipate dalla Regione non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, per le quali si valuterà il percorso, in base anche alla decisione che verrà presa per la controllante;
- società partecipate direttamente o indirettamente dalla Regione che verranno dismesse per scadenza naturale della convenzione con la Regione, perché poste in liquidazione o per cessione della quota di partecipazione;
- società a totale e maggioritaria partecipazione della Regione che sono in liquidazione.

*partecipazione pubblica*” (d.l.gs. 19 agosto 2016, n. 175), per il generale riordino del settore delle partecipazioni societarie statali, regionali e comunali in relazione delle attività svolte, degli interessi pubblici di riferimento, della natura della partecipazione pubblica, dell’affidamento del servizio e dell’eventuale quotazione in mercati regolamentati<sup>33</sup>.

La normativa infatti, assume come principio basilare quello di proporzionalità, prevedendo l’applicazione delle norme comuni del diritto societario anche alle società a capitale pubblico soprattutto per quel che concerne l’organizzazione e la crisi d’impresa e che deve ritenersi in gran parte trovi applicazione anche nei confronti della Regione siciliana<sup>34</sup>, come nel caso dell’assoggettività alle procedure concorsuali, nei casi in cui vi sia una perdurante crisi aziendale dell’impresa a capitale pubblico, fermo restando quanto sancito dalla clausola di salvaguardia di cui all’art. 23<sup>35</sup>.

E ciò a partire dalla ricognizione che dovrà essere messa in atto ad opera delle amministrazioni locali, Regioni e Comuni.

Al termine di tale ricognizione, le stesse, dovranno sopprimere le società non strettamente necessarie o non perfettamente compatibili con le finalità degli enti partecipanti.

---

<sup>33</sup> Sul testo unico si veda per tutti G. MEO, A. NUZZO (dir. da), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, e da ultimo A. NAPOLITANO, *Le prospettive della nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica tra interventi normativi e giurisprudenziali*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 6/2017, ai quali si rinvia per ampi riferimenti in dottrina e giurisprudenza. Come noto sulle procedure di esercizio del potere normativo delegato stabilite dalla citata l.n. 124 del 2015 è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 251 del 2016 che, con specifico riguardo alla questione in esame, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale “dell’art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l’art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata”, stabilendo tuttavia che “le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.

Per alcune considerazioni critiche sulla sentenza si veda *La Corte costituzionale, senza accorgersene, cambia la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2016, 705 e ss., a firma pseudonima di J. MARSHALL.

<sup>34</sup> E ciò nel solco della giurisprudenza costituzionale che ha espressamente riconosciuto che disposizioni statali di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica, ove costituzionalmente legittime, possono “incidere su una materia di competenza della Regione e delle Province autonome (sentenze n. 188 del 2007, n. 2 del 2004 e n. 274 del 2003), come l’organizzazione ed il funzionamento dell’amministrazione regionale e provinciale” (sent. n. 159 del 2008), di guisa che si tratta di verificare se le singole disposizioni impugnate dalle Regioni siano riconducibili a principi di coordinamento della finanza pubblica (sent. n. 229 del 2013).

<sup>35</sup> Art. 23. *Clausola di salvaguardia*. “Le disposizioni del presente decreto si applicano nelle Regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”.

## 5. *Considerazioni conclusive.*

Nella stagione del nuovo interventismo pubblico, nella quale trova spazio crescente lo “*Stato promotore*”<sup>36</sup> che anche attraverso il ruolo delle banche nazionali di promozione (CDP) consente ai pubblici poteri di assumere un ruolo di promozione dell’economia, anche in collaborazione con i privati, occorre chiedersi quale sia il nuovo ruolo della mano pubblica e di come esso possa rimanere fedele ai principi scolpiti dall’art. 97 Cost., novellato dalla riforma costituzionale del 2012 che determina un mutamento del paradigma giuridico dell’efficienza dell’amministrazione destinato a un’applicazione puntuale anche alle nuove forme di intervento in economia<sup>37</sup>.

In altre parole, tale intervento, pur necessitato da misure come quelle di salvataggio bancario, tardivamente avviate in Italia dopo i tentativi di risoluzione attraverso forme più tenui di sostegno finanziario<sup>38</sup> che altri ordinamenti europei hanno invece utilizzato in forma ben più massiccia e prima dell’entrata in vigore del d.l. 23 dicembre 2016, n. 237 conv. con mod. dalla l. 17 febbraio 2017, n. 15, segna una definitiva svolta nella direzione delle ri-pubblicizzazioni che, tuttavia, non può prescindere dal pieno rispetto dei principi europei ed interni in materia di concorrenza e di perimetrazione degli aiuti di Stato.

In effetti il rinnovato interventismo in economia, ancora una volta, piuttosto che rispondere a scelte di politica economica che contemplano quale imprescindibile il ruolo promotore della mano pubblica negli investimenti strategici che creino e plasmino i mercati oltre che stabilizzarli, recentemente rilanciate<sup>39</sup>, sembra inseguire gli avvenimenti e le esigenze momentanee.

Come avvenuto per l’avvio della stagione delle privatizzazioni, imposta più da scelte di riequilibrio di bilancio che da strategia di politica economica, e con risultati invero modesti sulla riduzione del debito pubblico<sup>40</sup>, anche il canone inverso del neo-interventismo in economia appare una risposta tardiva ai dissesti bancari e industriali determinati dalla crisi economica che si trascina ormai da quasi un decennio.

<sup>36</sup> A TONETTI, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2016, 573 e ss.

<sup>37</sup> Sul tema si veda il recente contributo monografico di R. URSI, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, in part. 21 e ss.

<sup>38</sup> Il riferimento è ai c.d. *Tremonti Bond* sottoscritti dal Ministero dell’economia ai sensi del d.l. n. 185 del 2008, per un importo complessivo di 3.050 mil€ ed ai c.d. *Monti Bond*, sottoscritti ex D.L. n. 95/2012, per un importo di 4.071 mil€.

<sup>39</sup> M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Bari, 2014.

<sup>40</sup> A questo riguardo va infatti precisato che dal 1994, primo anno di operatività del Fondo ammortamento titoli di Stato, fino alla data del 31 dicembre 2015, le somme complessivamente affluite sono ammontate a circa 143 md€, mentre le operazioni di cessione di partecipazioni effettuate dal Ministero dell’economia nello stesso periodo sono ammontate a quasi 107 md€.

Se la “*crisi dell’ottimismo keynesiano della regolazione*” postulava che le possibilità di crisi potessero essere mantenute sotto controllo, e il cui collasso ha fatto esplodere le “*contraddizioni culturali del capitalismo*”<sup>41</sup> e ha imposto agli Stati europei di investire quel che sembrava un univoco orientamento verso la privatizzazione – seppur con le differenze di forme e di tempi in precedenza accennate –, le spinte verso un nuovo intervento pubblico in economia vanno collocate in un contesto ordinamentale profondamente diverso da quello che connotò le misure di sostegno all’economia varate dopo gli anni ’30 in Italia.

Il rispetto dei principi di tutela della concorrenza e di limite agli aiuti di Stato, per un verso, e quelli di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, adesso scolpiti nell’art. 97 Cost. novellato, da correlare a quelli in materia di finanza pubblica sanciti dagli artt. 81 e 119 Cost., impone un ben diverso quadro di riferimento.

Gli effetti degenerativi della smisurata espansione della sfera pubblica che ha connotato l’esperienza della Regione siciliana, hanno condotto, ben presto, a revocare in dubbio non solo l’efficienza allocativa, ma anche la stessa utilità di tale modello, anche per coloro che intendevano utilizzarla con finalità di drenaggio di risorse in favore delle burocrazie (politiche, sindacali ecc.) o di mera gestione di consenso con finalità clientelari. Si manifesta così quel fenomeno opportunamente definito di “*modernizzazione senza sviluppo*” i cui effetti dirompendi hanno determinato l’acuirsi della crisi in Sicilia<sup>42</sup>.

Il presupposto concettuale del “*fallimento di mercato*”, che avrebbe dovuto offrire alternative alla de-industrializzazione dei settori divenuti obsoleti (si pensi all’industria zolfifera o a quella dei derivati agrumari fiorenti in Sicilia ad inizio del ’900), si è scontrato ben presto con i fallimenti dell’economia pubblica e delle sue molteplici iniziative industriali.

La degenerazione del modello è proseguita con l’estensione del campo di azione alle imprese private in crisi. Ne è derivata la trasformazione della politica industriale regionale da “*politica attiva*” di promozione in “*politica passiva*” di salvataggio, con la conseguente formazione di un “*cronicario*” di imprese per le quali il mercato avrebbe inesorabilmente decretato la chiusura e che invece venivano tenute in attività grazie a quella che possiamo definire la “*triangolazione perversa*” costituita dalla singolare convergenza di interessi fra imprenditoria privata, forze sindacali e partiti politici nel trasferire nell’area pubblica le imprese prive di prospettive di sopravvivenza.

Piuttosto che rimodulare il sostegno finanziario alle imprese attraverso servizi selettivi, sia sotto forma di trasferimenti finanziari destinati alla loro acquisizione che di erogazione diretta degli stessi, come avvenuto in molte Regioni

<sup>41</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica*, Roma, 2014.

<sup>42</sup> Così P.F. ASSO, V. PIPTONE, *Innovare in un contesto difficile: l’economia siciliana in una prospettiva di lungo periodo*, in P. F. ASSO, C. TRIGILIA, *Remare controcorrente*, Roma, 2010, 3 e ss.

all'avvio dell'esperienza dell'intervento di queste in economia dopo la loro istituzione, si è invece preferito, non senza dissimulare gli obiettivi interessi della politica alla gestione del reclutamento del personale e al salvataggio di attività imprenditoriali decotte, continuare a replicare il modulo della partecipazione diretta al capitale delle imprese, socializzando perdite sociali spesso ingenti.

Questo ha determinato effetti di *contaminazione burocratica* sulle imprese a partecipazione pubblica che ben presto hanno condotto alla loro marginalizzazione dal mercato con conseguente progressiva perdita di competitività e capacità di penetrazione nei mercati più dinamici.

E ciò mentre, in un clima da "*assalto alla diligenza*", si moltiplicavano gli imprenditori pronti a cedere le proprie iniziative agli enti pubblici economici pur di "*mantenere livelli occupazionali*" o di rilanciare gli investimenti ben presto divenuti incompatibili con il regime comunitario degli aiuti e forieri, essi stessi, di distorsioni dello stesso mercato regionale (si pensi al settore dei trasporti, come, ad esempio, quello delle acque minerali)<sup>43</sup>.

L'assenza di un tessuto industriale consolidato, e in tal senso l'esperienza siciliana assume una valenza paradigmatica, ha operato alla stregua di un vincolo istituzionale allo sviluppo peraltro aggravato da decenni di intervento pubblico, nel corso dei quali si è consolidata una struttura di incentivi "perversi" che ha marginalizzato le relazioni di mercato<sup>44</sup>.

Tra il 2002 e il 2008 – come in precedenza evidenziato – crescono esponenzialmente le partecipazioni societarie (sia di maggioranza che di minoranza) regionali nei settori più disparati (dall'informatica, alla gestione del patrimonio immobiliare, al servizio idrico, dalla riscossione dei tributi a quella dei servizi diretti all'amministrazione), in taluni casi ricorrendo alla formula della società a capitale pubblico-privato.

Si apre così una nuova stagione di protagonismo imprenditoriale che avrà

---

<sup>43</sup> Ha così prevalso la politica di breve termine con obiettivi di vantaggio elettorale che, di fronte alla progressione geometrica delle emergenze di comparto, risponde con un crescente numero di leggi-provvedimento volte, dapprima, a regionalizzare questa o quell'impresa, salvo poi, quando il fallimento è divenuto inevitabile, ad assorbire i dipendenti regionali nell'area del precariato regionale (valga per tutti il riferimento alla nota ditta calzaturiera *Spatajora s.p.a.*).

<sup>44</sup> Con gli interventi normativi e amministrativi ricordati alla fine degli anni '90 del secolo scorso la Regione ha avviato la (tardiva) politica di dismissione, mettendo in liquidazione gli enti economici di gestione, cedendo le poche imprese ancora operative da essi detenute (*Sicilianagas* Spa, *Vini Corvo* Spa, *Sicilvetro* Spa, diversamente *Italkali* Spa attende ancora, per ricordare le più significative), dismettendo con grande lentezza quel che restava dei compendi aziendali delle altre già poste in liquidazione e privatizzando alcuni enti che, tuttavia, sono ancora in mano pubblica quali *P.A.S.T.* Spa, le Aziende termali.

Mentre ancora doveva definirsi la fase della liquidazione (come ricordato è stato necessario ricorrere all'intervento legislativo per chiedere la non meno paradossale vicenda) agli inizi del successivo decennio prende nuovamente vigore la scelta di intervento diretto in economia della Regione.



esiti non meno infausti da quelli conseguiti in precedenza. Una *ri-espansione* della sfera pubblica in chiara controtendenza con quella ancora in itinere delle privatizzazioni e dismissioni, che non solo ne nega le premesse concettuali e di politica economica, ma che addirittura arriva a collegare direttamente imprese pubbliche alle strutture politico-amministrative, senza neanche più l'intermediazione della società finanziaria o dell'ente pubblico economico di gestione.

Dopo l'avvio di queste società, con profluvio di risorse pubbliche, consigli di amministrazione, assunzione di personale, locazione di prestigiose sedi e il ricorso a una pletora di consulenti, ben presto si è dovuto constatare la difficoltà di coniugare il modulo societario e la partecipazione diretta dell'amministrazione pubblica con gli obiettivi di efficienza gestionale, anche per la presenza dei severi limiti normativi sull'affidamento dei servizi alla p.a. mediante l'*in house providing*.

E questi limiti nelle società miste hanno manifestato un'aggravante: la presenza del privato, infatti, ha scaricato sul pubblico erario la gran parte degli oneri e concentrato nelle mani privati rilevanti guadagni, facendo ben presto emergere contrasti insanabili.

La fallimentare esperienza delle partecipazioni regionali, seguita da quella non meno disastrosa stagione della "*seconda espansione della sfera regionale*" (primo decennio degli anni 2000), seppur con diverse forme di intervento (società miste, fondazioni di partecipazione, società-contenitore di precari per servizi alla stessa amministrazione), non hanno lasciato spazio a nuove forme di politica industriale per lo sviluppo che pur mantenendo il ruolo di *policy design* dello sviluppo della Regione, non determinasse le commistioni e le contaminazioni deteriori che hanno dominato le stagioni della Regione imprenditrice<sup>45</sup>.

Si può quindi affermare conclusivamente che, con nuova morfologia, protagonisti e ruoli, si ripropongono nello scenario economico siciliano le commistioni dando luogo a una vera e propria "*triangolazione perversa*" tra politica, rappresentanti delle imprese e sindacati (si è passati da un triangolo scaleno nel

---

<sup>45</sup> Nuove forme di incentivazione – a partire dalla fiscalità compensativa generalizzata per le nuove imprese nel Mezzogiorno, e l'eliminazione della contribuzione per i nuovi assunti – che puntano a creare opportunità per imprese e sistemi imprenditoriali, ad attrarre investimenti nel territorio regionale compatibili con i principi del diritto europeo e con i vincoli di finanza pubblica, devono prendere così progressivamente il posto delle superate modalità di partecipazione diretta della mano pubblica al capitale delle imprese e degli incentivi c.d. "*a pioggia*" che hanno consentito di conseguire risultati sicuramente poco lusinghieri.

Anche se agli obiettivi mancati dalla collettività regionale, hanno corrisposto sicuri successi di gruppi politici e imprenditoriali predatori che hanno conseguito e conseguono ancora sacche di clientela e di arricchimento in pregiudizio alla crescita della Sicilia e che oggi sembrano rinvigorirsi anche attraverso forme surrettizie di affermazione di *cliché* di "legalità" per dissimulare evidenti intendimenti di occupazione delle istituzioni pubbliche, con una commistione tra rappresentanza di interessi privati e imparzialità dell'azione amministrativa incompatibile con i principi della buona amministrazione e, successivamente, con la normativa anticorruzione (l. n. 190 del 2012 e relativi decreti attuativi).

quale la politica prevaleva sul sindacato e l'imprenditoria ad uno isoscele ove il lato debole è rappresentato ormai dal sindacato).

L'inversione di tendenza avviata nell'ordinamento regionale siciliano, in linea con quello statale, sin dal 2010, prima a livello legislativo e poi con i decreti attuativi, costituisce un indubbio segnale positivo. Tale linea evolutiva si è poi rafforzata in correlazione all'attuazione delle misure di austerità introdotte dalla fine del 2011 e ha trovato riscontro nelle analisi della stessa Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione siciliana degli anni 2011-12.

Appaiono invece in controtendenza le misure adottate nel più recente periodo nel quale, non solo non è stata proseguita la riduzione delle società pubbliche (salvo alcune abborraciate iniziative contenute nel citato decreto del novembre 2015), ma addirittura, quando tali società sono state poste in liquidazione per esigenze finanziarie, il personale è stato fatto transitare nei ruoli di altre<sup>46</sup>.

Tali vicende inducono a ritenere in atto, conclusivamente, una strisciante tendenza, da un lato, a fenomeni di "cattura" del decisore pubblico da parte di interessi privati, dall'altro, all'occupazione di spazi di mercato privato sotto direzione di organi direttamente correlati alla politica. Un vero e proprio ritorno al passato che sembra vanificare i passi avanti maturati ed espone le società regionali a pesanti censure sul piano della legittimità e della compatibilità con i principi concorrenziali di matrice europea<sup>47</sup>.

L'avvento di nuove regole a livello statale – e segnatamente del citato d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come ricordato modificato dal d.lgs. 16 giugno 2017 n. 100 – emanate dopo un lungo travaglio a livello statale e, come precisato, in gran parte applicabili anche nell'ordinamento della Regione siciliana, dovrebbe indurre quest'ultima a modificare nuovamente il proprio orientamento, recuperando efficienza e risorse finanziarie, ma soprattutto la credibilità essenziale a legittimare la propria specialità.

I pesanti effetti della crisi economica e le imprescindibili esigenze di riduzione della sfera pubblica, se da un lato impongono di eliminare gli sprechi e le diseconomie indicate riducendo il numero delle partecipazioni societarie e degli enti economici regionali, dall'altro dovrebbero indurre a concentrare in società

---

<sup>46</sup> Emblematiche di un andamento erratico e vischioso rispetto agli interessi coinvolti appaiono, poi, le vicende della dismissione di *Italkali* S.p.a. (nella quale la procedura di privatizzazione è stata bloccata, pur a fronte del riconoscimento della non rilevanza strategica della società, consentendo ai soci privati di rivendicare la prelazione con il pagamento del solo valore nominale) e del trasferimento di ben 100 milioni di euro a *IRFIS* S.p.a., nel frattempo proiettata sul mercato finanziario; scelta difficilmente compatibile con le previsioni in materia di aiuti di Stato e sottraendo ingenti risorse al credito agevolato in favore delle imprese siciliane.

<sup>47</sup> Cfr B. CARAVITA DI TORITTO, *Tutela della concorrenza e Regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (A CURA DI), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 229 ss.

strategiche (IRFIS, integrata con CRIAS e IRCAC, e con *Sviluppo Italia-Sicilia* S.p.a., potenziandone il ruolo a finanziaria di sviluppo) lo sforzo di sostegno a imprese e territori, nella prospettiva già delineata nel 2011, ma poi inspiegabilmente abbandonata dall'esecutivo regionale.

Il ruolo della Regione in economia resta essenziale sia sul piano regolativo, in ragione delle competenze attribuite dallo Statuto, seppure esse debbano essere declinate in coerenza ai principi di concorrenza, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza<sup>48</sup>, che su quello dell'organizzazione delle partecipazioni societarie, le quali vanno sottoposte alla profonda opera di razionalizzazione più volte richiesta dalla Sezione della Corte dei conti per la Regione siciliana<sup>49</sup> al fine di ridurne l'impatto sui conti pubblici, attenuarne l'incidenza sul mercato, aumentarne l'efficienza produttiva.

Ed in tale contesto, infine, non può non ricordarsi – come accennato all'ini-

---

<sup>48</sup> C osì come precisato dalla Corte costituzionale la “nozione comunitaria di concorrenza”, che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., anche per il tramite del primo comma dello stesso art. 117 e dell'art. 11 Cost.; nozione richiamata anche dall'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e s.m.i. Secondo tale nozione, «la concorrenza presuppone “la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi” (sentenza n. 401 del 2007). Essa pertanto – come affermato in numerose pronunce di questa Corte (sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004) – può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali:

1.  *misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure antitrust);*
2.  *misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato);*
3.  *misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare “la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici” (dirette a tutelare la concorrenza “per” il mercato)». (Sent. n. 325 del 2010) pubb. con nota di R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *le Regioni*, 2011, 1176 e ss., di A. LUCARELLI, *Primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010*, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it), 1/2011 e F. COSTANTINO, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della della sentenza n. 325 del 2010*, *ivi*.*

<sup>49</sup> Così da ultimo Corte dei Conti, Sez. Riunite per la Regione Siciliana, *Elementi per l'Audizione in merito alle previsioni del Documento di economia e finanza regionale (DEFER) per gli anni 2017-2019 e della relativa Nota di aggiornamento*, cit., 27 ove si afferma che per il settore delle partecipazioni societarie, invero molto sensibile in termini di costi indiretti a carico del bilancio regionale e non solo con riguardo all'impatto delle spese di personale, il DEFER: “non sembra riservare un adeguato approfondimento alle necessarie ed attese indicazioni programmatiche per la razionalizzazione del settore né appare raccordarsi al piano operativo all'uso adottato dalla Regione e segnatamente finalizzato al contenimento delle spese per i futuri esercizi. Nella logica del consolidamento dei conti pubblici tale aspetto appare, invece, meritevole di approfondimento come reiteratamente segnalato da questa Corte”.

zio di queste considerazioni – che da ultimo la Corte dei conti ha mosso pesanti critiche nel giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione del 2016 proprio con riguardo alle poste contabili riferite al “fondo perdite società partecipate” in relazione agli insufficienti accantonamenti predisposti ed escludendone la regolarità<sup>50</sup>.

### Abstract

#### Regional holding bodies, Regional owned-companies and privatization in Sicily

by Gaetano Armao

This essay reconstructs the framework within which the main region-owned enterprises of Sicily region are articulated, as well as the wide range of forms of direct intervention adopted in the economy.

After a brief reconstruction of regulatory provisions on the subject, the approach that characterizes this study is empirical, and it focuses on the recognition of the phenomenon in its various facets.

The events involving the state-owned enterprises of the Sicilian region represent a paradigmatic example of the high level of interference that the public authority exercises in the sicilian economy. In the light of the serious underdevelopment that characterized the region, autonomist institutions have quickly given up regulating in favour of an ever more effective and articulate presence in the market through state-owned enterprises.

The intervention in the Sicily's economy through the traditional form of regional separate bodies was supported by other forms of interference on market dynamics which were created to encourage regional development but have increased the detachment of the sicilian economic system from the national and community levels.

Meanwhile, the increase of the regional expenditure was not associated with the development of enterprises' competitiveness. This situation caused that, the more the European Union members States set political ties and the Italian legal system introduced key reforms in terms of protection of competition, privatization, and regulation of markets; the more the Sicilian economy increased the level of welfare assistance.

---

<sup>50</sup> Si veda al riguardo la decisione n. 3 del 19 luglio 2017 nel giudizio sul Rendiconto generale della Regione siciliana per l'esercizio finanziario 2016, in [http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/\\_documenti/controllo/sezioni\\_riunite/sezioni\\_riunite\\_regione\\_sicilia/sede\\_controllo/2017/delibera\\_3\\_2017\\_parifica.pdf](http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sezioni_riunite/sezioni_riunite_regione_sicilia/sede_controllo/2017/delibera_3_2017_parifica.pdf).

A divergence that has compound the economic backwardness of Sicily, for instance contributing to its industrial desertification.

With specific regard to state-owned enterprises must be considered that in Sicily, more than in the rest of the country, a kind of *benchmarking* in negative has worked. Municipal, provincial, regional economic bodies and public banks have become more similar to the p.a. than to private competitors. The change in the economic paradigm related to the establishment of the single European market has just affected minimally the regional economy.

The organizational form of the public economic entity, which has led Sicily to be the first of the “*Entrepreneurial regions*”, was found to be inadequate over time.

The bureaucracy constituted, together with some wrong choices in terms of business initiatives, the main cause of failure in the region and a long period of lack of regional holdings, still in progress. It will only quit as a result of the ten years winding-up of economic entities.

Since the beginning of the year 2000 with the start of the process of disposal of regional investments, the second season in the region takes shape. On one hand, this phase is characterized for the creation of a series of limited mixed companies, with private investors chosen through a public tender process. On the other, a container company is constituted in order to perform services on behalf of the administration.

This new expansion of the Region has resulted in substantial effects on the regional budget, forcing the region to participate in the rescheduling of loans.

The complex and comprehensive path of subsidiaries’ reorganization in the sicilian region is based on the interventions from the regulation of 2010 until the last decree of 2016. The reorganization of subsidiaries in the region aimed at reducing the strategic residual subsidiaries.

The system of regional holdings of Sicily subject to a substantial reform in the *governance* structure, seems to look at the compliance with the evolution of the European legislation and the principles of competition, subsidiarity horizontally and spending review, with a view to reducing the regional public sphere.

In this context, the essay analyzes the set of reforms made at the State level (d.l.gs. 19 agosto 2016, n. 175 ( “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”) in matters concerning the system of regional companies.



# La disciplina sugli appalti e le competenze dell'autonomia speciale, dai lavori ai contratti pubblici

di Flavio Guella

SOMMARIO: 1. L'autonomia speciale tra disciplina europea ed attuazione statale in materia di appalti pubblici. – 2. I limiti alla competenza regionale e la prudenza nel dettare una disciplina autonoma, da coordinare comunque con le materie trasversali di competenza statale. – 2.1. La materia trasversale “tutela della concorrenza” e l'evoluzione della competenza regionale in materia di lavori pubblici. – 2.2. La materia “ordinamento civile” e le competenze regionali incidenti sul contratto di appalto. – 3. Le divergenze teoriche tra la materia “ordinamento civile” (per le Regioni ordinarie) e il limite del diritto privato (per le autonomie speciali). – 4. I casi relativi alla legislazione della Provincia autonoma di Trento, a conferma della portata limitativa del diritto privato. – 5. Dai lavori pubblici alla disciplina del contratto: singoli problemi di competenza in tema di conclusione ed esecuzione dell'appalto. – 5.1. L'organizzazione amministrativa dell'esecuzione del contratto vs. l'esecuzione del contratto tout court. – 5.2. L'uso diversificato degli strumenti privatistici vs. la disciplina uniforme degli stessi; 6. Le analogie operative tra la materia “ordinamento civile” e il limite del diritto privato.

## 1. *L'autonomia speciale tra disciplina europea ed attuazione statale in materia di appalti pubblici*

Il Governo, su delega del Parlamento nell'esercizio delle proprie competenze riconosciute dall'art. 117 Cost., ha approvato il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con il quale è stata riorganizzata e riformata profondamente la disciplina statale in materia di appalti pubblici<sup>1</sup>.

Questo intervento dello Stato non modifica l'assetto delle attribuzioni in materia. Il riparto delle competenze rilevanti rimane quello fissato dalla Costituzione e dagli Statuti speciali, come interpretati negli ultimi anni dalla Corte costituzionale. Riparto che vede ancora alcuni non trascurabili spazi di intervento per le autonomie territoriali, maggiormente estesi per le Regioni speciali e le Province autonome alle quali la Corte costituzionale – giudicando sulla normativa precedente alla riforma – ha talora riconosciuto la possibilità di intervento a disciplina di ampi tratti della fase ad evidenza pubblica, anche idonei ad incidere indirettamente sulla vicenda contrattuale più ampiamente intesa<sup>2</sup>.

Tali spazi di autonomia sono peraltro riconosciuti pure dalla disciplina

---

<sup>1</sup> Tra i numerosi contributi su novità ed impianto del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come succ. mod. e integr., si rinvia ai commenti in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 4.

<sup>2</sup> Cfr. sentenza Corte cost., 8 febbraio 2010 n. 45, oltre alle numerose altre in materia citate nel testo a seguire.

nazionale<sup>3</sup>. L'art. 2 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 afferma, in primo luogo, che le disposizioni in esso contenute sono state adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, per quanto riguarda la fase pubblicistica ad evidenza pubblica, e nell'esercizio della competenza in materia di ordinamento civile, per quanto concerne la fase contrattuale. Il medesimo art. 2 però prosegue affermando che, da un lato, le Regioni a Statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione e, d'altro lato, le Regioni a Statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli Statuti e nelle relative norme di attuazione<sup>4</sup>.

Nell'esercizio delle competenze statutarie speciali, peraltro, le Province autonome sono tempestivamente intervenute ad adeguare ai nuovi principi la propria normativa (preesistente) in materia di appalti, legiferando prima ancora dell'approvazione della nuova disciplina nazionale. La Provincia autonoma di Trento ha proceduto con la legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2 modificando i provvedimenti legislativi provinciali fondamentali in materia: la legge provinciale 19 luglio 1990, n. 23, di disciplina dell'attività contrattuale e dell'amministrazione dei beni, e la legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, che contiene le norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti. La Provincia autonoma di Bolzano ha invece approvato una nuova disciplina organica con la legge provinciale 17 dicembre 2015, n. 16, che in undici capi detta una regolamentazione nuova ed autonoma dal quadro normativo precedente<sup>5</sup>.

Anche le altre Regioni speciali hanno attivato le proprie competenze in materia, intervenendo – con maggior cautela – a disciplina nazionale già approvata, anche riconoscendo ampi spazi di diretta applicazione alla stessa. La Regione Sicilia con la legge regionale 17 maggio 2016, n. 8 ha previsto di apportare

---

<sup>3</sup> Sui profili di intreccio con la disciplina regionale lasciati aperti anche dal recente D.Lgs. 50/2016 cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 5, 2016, pp. 503 ss., in particolare il par. 10; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, fasc. 10, 2016, pp. 25 ss., e in particolare il par. 3; M. CASAVECCHIA, *I contratti di appalto disciplinati dal d.lg. 163/2006. La nuova direttiva ricorsi (dir. 2007/66/CE dell'11-12-2007 e il d.lg. 20 marzo 2010, n. 53). Il nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, fasc. 17, 2012, pp. 84 ss., in particolare il par. 7.

<sup>4</sup> Così riprendendo, peraltro, una clausola di garanzia che era contenuta già nel precedente codice statale dei contratti pubblici, all'art. 4, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

<sup>5</sup> Sulla disciplina delle Province autonome e il suo rapporto con il nuovo Codice degli appalti pubblici cfr. il contributo di P. MANTINI, *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in *www.giustamm.it*, fasc. 2, 2016, pp. 19 ss., con specifico riguardo alla disciplina della Provincia autonoma di Bolzano.



alcune modifiche alla propria legge regionale 12 luglio 2011, n. 12 in materia, proprio per effetto dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50/2016<sup>6</sup>; si è infatti stabilito che con l'entrata in vigore del nuovo codice nazionale le relative disposizioni si applichino anche nel territorio della Regione siciliana, fatte comunque salve le diverse disposizioni introdotte dalla stessa legge n. 8/2016, che continua quindi a rivendicare specifici spazi di autonomia speciale.

Un adeguamento puntuale alla disciplina statale è stato infine apprestato dalla Regione Valle d'Aosta, con la propria legge 2 agosto 2016, n. 16. In sede di variazione del bilancio<sup>7</sup> si sono infatti aggiornate le disposizioni regionali in tema di contratti pubblici, di cui alla legge regionale 19 dicembre 2014, n. 13, abrogando non solo in modo espresso e puntualmente indicato la legge regionale 20 giugno 1996, n. 12 in materia di lavori pubblici<sup>8</sup> e la legge regionale 28 dicembre 2011, n. 36 sulle acquisizioni in economia di beni e di servizi, ma prevedendo anche che ogni altra disposizione di legge regionale in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture incompatibile con la disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 50/2016 sia considerata tacitamente abrogata dal recepimento della nuova normativa statale.

L'adeguamento tempestivo ai nuovi principi della materia, che nel caso delle Province autonome ha preceduto la stessa approvazione della riforma a livello statale, è stato reso possibile dal fatto che tanto la disciplina provinciale, quanto la normativa statale, sono attuative delle medesime direttive europee; direttive che – ai sensi dell'art 117 co. 1 della Costituzione – vincolano tanto il legislatore statale, quanto quello regionale. Neppure il Parlamento e il Governo erano quindi liberi nell'individuazione dei principi fondamentali in materia di appalti pubblici, dovendo fare riferimento al quadro normativo comune europeo di cui il decreto legislativo 50/2016 è ricognitivo, prima che specificativo. Entro i medesimi margini anche la legislazione provinciale si è quindi mossa, dando tempestiva attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture<sup>9</sup>.

Passando ad esaminare più nel dettaglio i titoli di competenza con cui rispettivamente lo Stato, le Regioni speciali e le Province autonome sono intervenuti nelle proprie sfere di attribuzione, è utile ricostruire l'evoluzione della normativa

---

<sup>6</sup> Cfr. Part. 24 della legge regionale n. 8/2016.

<sup>7</sup> Cfr. Part. 10 della legge regionale n. 16/2016.

<sup>8</sup> Fatta eccezione per gli articoli 40-*bis*, 40-*ter*, 41 e 42, nel che si evidenzia comunque una rivendicazione di spazi di autonomia speciale in materia, non rinunciati con la legge citata.

<sup>9</sup> Sull'impianto generale delle direttive, tra i numerosi commenti si rinvia alle analisi svolte in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, fasc. 12.

precedente alle ultime riforme, e le indicazioni che la Corte costituzionale ha già fornito sul criterio di riparto tra legge statale e legge regionale (e delle Province autonome).

Mentre nell'impostazione del titolo V della Costituzione precedente al 2001 la materia degli appalti pubblici era considerata rientrare nella competenza legislativa esclusiva dello Stato (residuale), ed era di potestà concorrente delle Regioni ordinarie solo quanto riconducibile ai "lavori pubblici di interesse regionale", con la riforma del 2001 la nuova formulazione dell'articolo 117 ha voluto assegnare alcuni ambiti di materia generalissimi alla responsabilità di intervento del Parlamento, come ad esempio è avvenuto con la materia dell'ordinamento civile (già limite del "diritto privato" per le Regioni speciali, e non solo) o con la "funzione" generale di tutela della concorrenza. Ciò al fine di conservare allo Stato uno spazio di regolazione comunque ampio nonostante il nuovo criterio di riparto, che vede la clausola residuale posta a favore delle Regioni ordinarie<sup>10</sup>.

Nell'interpretazione della Corte costituzionale, a partire dalla sentenza 1 ottobre 2003, n. 303, si è così affermato che la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nell'elencazione dell'articolo 117 non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni ordinarie. Al contrario, quelli inerenti le opere pubbliche sarebbero ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale si riferiscono e – pertanto – possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative regionali<sup>11</sup>.

In particolare si è evidenziato che – anche alla luce del processo di integrazione europeo e dei principi dell'Unione – la ragione dell'adozione del metodo della gara nell'affidamento degli appalti pubblici non risiederebbe più solo in una generica esigenza di buona amministrazione, che si traduce nella necessità di individuare il contraente migliore nell'interesse pubblico (come era nella *ratio* originaria della legge di contabilità di Stato<sup>12</sup>), bensì trova giustificazione più in generale nell'esigenza di tutela della concorrenza.

Rilevato quindi come la tutela della concorrenza sia materia riservata alla potestà legislativa dello Stato – come disposto dall'articolo 117, comma 2, lettera e) –, si è concluso che per quanto attiene alla fase ad evidenza pubblica sussiste una competenza esclusiva statale anche rispetto alla disciplina degli appalti pub-

<sup>10</sup> Cfr. *infra* più nel dettaglio al par. 2 per l'esame di queste tematiche attinenti le competenze.

<sup>11</sup> Su Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303 (ma anche sulla successiva Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, pure utile a definire la portata della materia tutela della concorrenza) tra i molti contributi cfr. A. ANZON DEMMIG, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in *Le Regioni*, 2008, fasc. 4-5, pp. 779 ss. e R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, fasc. 4-5, pp. 791 ss.

<sup>12</sup> Cfr. Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato".

blici (mentre per quanto riguarda la fase più propriamente contrattuale, in modo analogo, il titolo di competenza legittimante l'intervento statale non sarà la tutela della concorrenza ma l'ordinamento civile).

Ciò peraltro non escluderebbe la sussistenza di residuali ambiti di potestà legislativa regionale. La Corte ha infatti affermato che la tutela della concorrenza configura una competenza di tipo "trasversale", coinvolgendo molteplici ambiti materiali e caratterizzandosi per una natura funzionale (individuando cioè le sole finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata). Quando la materia della tutela della concorrenza coinvolge ambiti di competenza regionale, quindi, l'intervento del legislatore statale deve essere contenuto entro limiti di stretta adeguatezza e proporzionalità rispetto allo scopo, al fine di evitare un'illegittima compressione dell'autonomia delle Regioni<sup>13</sup>.

Per le Regioni speciali la Corte costituzionale ha riconosciuto più ampi e originari spazi di intervento, che in parte – ma non completamente, essendovi pur sempre obblighi di adeguamento (da realizzare però, nel caso delle Province autonome, con le garanzie procedurali del D. Lgs. 16 marzo 1992, n. 266<sup>14</sup>) – escludono un'estensione acritica delle logiche "trasversali" applicabili alle Regioni ordinarie.

Gli Statuti speciali hanno infatti previsto da subito – ed hanno continuato a riconoscere anche dopo il 2001 – una potestà legislativa primaria in materia di "lavori pubblici di interesse regionale/provinciale" e, a sola limitazione, le medesime disposizioni statutarie prevedono che tale potestà deve esplicarsi "in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con il rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali (...) nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica"<sup>15</sup>.

Su tali basi statutarie, e in coerenza con i peculiari meccanismi di adeguamento alla legislazione statale, la Corte costituzionale – in particolare con la sentenza n. 45 del 2010 – ha definito la portata dell'autonomia normativa speciale in materia di appalti pubblici, individuando quali dei vincoli posti dai principi dell'Unione europea e della legislazione nazionale in materia (trasversale) di tutela della concorrenza costituiscono scelte non derogabili anche alla luce di una competenza che rimane di natura primaria e speciale<sup>16</sup>.

La Corte costituzionale – già prima degli ultimi interventi normativi attuativi

<sup>13</sup> Cfr. ancora *infra* il par. 2.1.

<sup>14</sup> E relativo sistema di impugnazione successiva delle leggi regionali e provinciali del Trentino-Alto Adige, su cui tra i molti contributi si rinvia a E. ROSSI, "Mettere vino nuovo in otri vecchi": le prime applicazioni dell'art. 2 del d.lgs. 16 marzo 1992 n. 266, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 1994, pp. 1553 ss.; S. BARTOLE, *Postilla ad un commento sulla "chiusura della questione altoatesina"*, in *Lx Regioni*, fasc. 2, 1993, pp. 411 ss.; C. SALAZAR, *La "questione altoatesina" si chiude... ma alcuni problemi restano aperti (considerazioni in margine al d.lg. 266/1992)*, in *Lx Regioni*, fasc. 2, 1993, pp. 349 ss.

<sup>15</sup> Così l'art. 8, co. I, n. 17), dello Statuto speciale Trentino-Alto Adige.

<sup>16</sup> Cfr. *infra* i par. 4 e 5.

delle direttive 2014 – ha quindi giudicato positivamente sulla competenza delle Province autonome a dare attuazione ai principi generali di origine europea con una disciplina interamente propria, purché in coerenza con le scelte nazionali. È stata così dichiarata costituzionalmente non illegittima, nelle sue linee fondamentali, la precedente riforma operata con la legge provinciale trentina 24 luglio 2008, n. 10, la quale aveva modificato la legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti. A prescindere da singole problematiche<sup>17</sup>, va quindi evidenziata la conformità dell'intervento normativo provinciale con lo spazio di autonomia tutt'oggi riconosciuto dallo Statuto speciale.

Posto il riconoscimento della competenza, rimane pur sempre ferma la necessità di una costante verifica dell'armonia con la Costituzione ed i principi dell'ordinamento giuridico nazionale; armonia che in primo luogo si traduce – in questa materia – nel rispetto degli obblighi posti in sede di Unione europea, dato che sono proprio i vincoli europei a definire la portata della tutela della concorrenza che una volta recepiti dallo Stato, per la legislazione delle Regioni speciali, divengono qualificabili come normativa fondamentale delle riforme economico-sociali della Repubblica. E in particolare, a questo riguardo, la Corte costituzionale ha poi precisato – per accentuare il ruolo della legislazione statale – che risulta specificamente vincolante anche il recepimento concreto da parte dello Stato del diritto europeo e, quindi, che le scelte di fondo del legislatore nazionale relative alle modalità di adeguamento integrano esse stesse limite alla potestà primaria<sup>18</sup>.

Gli indirizzi della giurisprudenza così riassunti sono pertanto ancora utili per definire gli spazi dell'autonomia lasciati dalle direttive del 2014 e dall'attuazione statale del 2016, al fine di orientare la selezione dei principi inderogabili che regolano la materia. Principi cui anche la legislazione delle Regioni speciali e delle Province autonome si deve conformare e che sono ad oggi comunque in ampia parte codificati dall'intervento complessivo (e dettagliato) dell'Unione europea in tema di appalti pubblici, di cui anche la normativa nazionale si pone in gran parte come ricognitiva (e solo parzialmente come specificativa). E proprio per tale ragione la normativa statale rimane rilevante, nei suoi principi più generali, anche per la corretta applicazione ed interpretazione di una disciplina speciale e onnicomprensiva come quella delle Province di Trento e di Bolzano

---

<sup>17</sup> Quali i contratti di sponsorizzazione, i lavori eseguiti da soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici che ricevono finanziamenti dalla Provincia, la partecipazione alla procedura ristretta non consentita a tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta, la portata della procedura negoziata, la stipula di accordi quadro e l'affidamento in caso di fallimento dell'esecutore.

<sup>18</sup> Tra la giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza 45/2010, e che ha indotto a considerare comunque come vincolanti anche gli indirizzi attuativi del legislatore nazionale, cfr. le sentenze n. 187/2013 e n. 74/2012.

che, facendo immediato riferimento alle direttive UE in materia, è stata approvata/aggiornata prima ancora dell'approvazione dello stesso decreto legislativo 50/2016.

Del ruolo proprio della disciplina nazionale – non pervasivo degli spazi di autonomia speciale, ma comunque fortemente armonizzatore degli stessi – troviamo quindi conferma anche in numerose altre sentenze della Corte costituzionale successive al *leading case* del 2010, come la n. 187/2013 che vincola il legislatore provinciale al rispetto sia degli istituti e rapporti privatistici regolati interamente dallo Stato<sup>19</sup>, sia dei principi della tutela della concorrenza e – dunque – delle disposizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici (che costituiscono diretta e prioritaria attuazione delle prescrizioni poste dal diritto dell'Unione europea). La disciplina regionale rimane così autonoma e legittima nella sua autosufficienza, ma a condizione che non assuma un contenuto difforme in senso deteriore da quello previsto – in attuazione delle norme europee – dal legislatore nazionale: condizione di costituzionalità della normativa provinciale antecedente al codice statale in materia di appalti è, quindi, quella di non alterare negativamente il livello di tutela della concorrenza e degli interessi dei privati come oggi assicurato dalla normativa nazionale.

## *2. I limiti alla competenza regionale e la prudenza nel dettare una disciplina autonoma, da coordinare comunque con le materie trasversali di competenza statale*

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e dell'interpretazione delle competenze statali attinenti la regolazione degli appalti pubblici ha pertanto imposto una certa prudenza – anche per le Regioni speciali – nel discostarsi dalle linee tracciate dal legislatore nazionale. Prudenza che deve essere particolarmente accentuata anche in ragione della diversa forza conformativa che le scelte statali assumono qualora fondate o sulla tutela della concorrenza (sempre derogabile per introdurre meccanismi di tutela rafforzati, o analoghi ma alternativi), ovvero sull'ordinamento civile. Tale secondo ambito di competenza statale appare infatti (salvo episodiche ricadute indirette) più radicalmente sottratto alle possibilità di intervento regionale, posto che la giurisprudenza citata ha sempre riguardato i lavori pubblici, laddove invece la competenza in materia di contratti non è mai stata di per sé confermata in Corte costituzionale.

Peraltro, un accenno espresso alla disciplina dei contratti quale competenza legislativa delle Province autonome si rinviene nella normativa di attuazione, e quindi in una fonte non statutaria ma comunque di rango superiore alla legge

---

<sup>19</sup> Come già affermato da Corte costituzionale n. 74/2012, sempre in una sentenza avente ad oggetto la legge trentina

ordinaria statale<sup>20</sup>; fonte sulla cui base una disciplina organica anche in materia di esecuzione del contratto (ma non derogatoria della disciplina nazionale) era già stata abbozzata in passato, ed è oggi confluita nelle leggi provinciali n. 2/2016 e n. 16/2015. Anche nelle altre Regioni speciali, inoltre, non sono mancate ricadute indirette sul “contratto” di appalto, connesse all’esercizio di altre competenze autonome, anche non meramente ricognitive della disciplina sulla fase di esecuzione già dettata dal legislatore nazionale, come ad esempio nel caso della disciplina di contrasto alle infiltrazioni criminali negli appalti pubblici apprestata dalla Regione Sicilia<sup>21</sup>.

Nel suo complesso, comunque, e al di là degli assunti di principio contenuti nella citata sentenza n. 45/2010, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia<sup>22</sup> ha negli anni progressivamente evidenziato una delimitazione sempre più stretta dei confini dell’ambito di competenza regionale, anche speciale; delimitazione derivante essenzialmente dalla tendenza a leggere tutte le norme statali in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile come limiti per il legislatore regionale o provinciale.

### 2.1. *La materia trasversale “tutela della concorrenza” e l’evoluzione della competenza regionale in materia di lavori pubblici*

La competenza regionale sui lavori pubblici delle Regioni ordinarie è infatti mutata con la riforma del titolo V, e tale nuova articolazione fondata sulla competenza trasversale della tutela della concorrenza ha agito – in combinato disposto con la generale figura dei limiti derivanti alla legislazione primaria dalle grandi riforme economico sociali – anche nel senso di riqualificare il fondamento dei limiti alla competenza delle Regioni speciali in materia di lavori<sup>23</sup>.

Il riparto di competenze in materia successivo alla riforma del titolo V si presenta quindi come maggiormente complesso, essendo venuta meno l’im-

<sup>20</sup> Cfr. la norma di attuazione in D.Lgs. n. 268/1992.

<sup>21</sup> Sul tema sia consentito rinviare a F. GUELLA, “Ordine pubblico e sicurezza” nel contrasto all’illegalità negli appalti: una concorrenza della materia, preclusiva di leggi regionali, o una concorrenza “alla tedesca”, per legittimare sperimentazioni?, in *Le Regioni*, fasc. 3, 2015, pp. 821 ss.

<sup>22</sup> Anche con numerose pronunce riguardanti altre autonomie differenziate, come le sentenze nn. 330/2006, 447/2006, 411/2008, 221/2010, 114/2011, 184/2011, 328/2011, 263/2016.

<sup>23</sup> Sul riparto delle competenze in materia di lavori pubblici, cfr. C. DE BENETTI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2007 fasc. 2, pp. 229 ss.; L.A. MAZZAROLLI, *Il concetto di “materie” nell’art. 117, Titolo V, Cost. Se i “lavori pubblici” si prestino a esservi riportati e come si attui per essi il riparto di competenze tra enti*, in *Le Regioni*, 2007 fasc. 3-4, pp. 473 ss.; A.M. DE LUCA, *In tema di competenze legislative in materia di attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Il Foro italiano*, 2008 fasc. 6, pt. 1, pp. 1786 ss.; D. GALLI, C. GUCCIONE, *La giurisprudenza sui contratti della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 11, 2008, pp. 1136 ss.

postazione per cui gli appalti pubblici rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato salvo che per i lavori pubblici di interesse regionale, su cui la divisione dei ruoli era resa lineare (ripartendosi in norme di principio e norme di dettaglio) dalla natura concorrente del titolo di competenza riservato alle Regioni ordinarie.

Con la riforma del 2001 la nuova formulazione dell'articolo 117 non considera più rilevanti i "lavori pubblici" in quanto tali, non collocandoli né tra le materie di competenza statale esclusiva né tra quelle di competenza concorrente. Da tale circostanza, alla luce del nuovo criterio di riparto che vede la clausola residuale posta a favore del livello regionale, era quindi sorto il quesito se la materia degli appalti fosse stata affidata alla competenza legislativa residuale delle Regioni.

Se nel nuovo art. 117 il mancato inserimento degli appalti pubblici tra le materie di competenza statale (esclusiva o concorrente) avrebbe effettivamente potuto far pensare ad una competenza legislativa regionale, la Corte costituzionale invece, rilevando l'illogicità di un tale assetto ed i possibili problemi connessi ad una sua pratica applicazione, ha sostenuto – a partire dalla citata sentenza 303/2003 – che la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nell'elencazione dell'art. 117 non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni; al contrario, si tratterebbe di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale sono riferiti e, pertanto, possono essere ascritti – di volta in volta – a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti.

Alla luce di tali premesse, la giurisprudenza costituzionale ha pertanto avuto modo di pronunciarsi sulla portata vincolante per le Regioni della disciplina statale in materia di appalti<sup>24</sup>. In particolare si è evidenziato che – anche alla luce del processo di integrazione europeo e dei principi del diritto comunitario – la ragione giustificativa dell'adozione del metodo della gara nell'affidamento dei lavori e nell'individuazione dei contraenti non risiederebbe più solo in una generica esigenza di buona amministrazione, che si traduce nella necessità di individuare il contraente migliore nell'interesse pubblico, bensì più in generale nella tutela della concorrenza<sup>25</sup>. Per tali motivi, rilevato come la tutela della concorrenza sia

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401.

<sup>25</sup> Cfr. tra i molti contributi in tema di tutela della concorrenza in riferimento all'ambito dei lavori pubblici: C. LACAVA, *I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, fasc. 6, pp. 624 ss.; P. CHIRULLI, *Tutela della concorrenza e potestà legislativa statale in materia di appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2008, fasc. 4, pp. 740 ss.; R. MANGANI, *La tutela della concorrenza e l'ordinamento civile nel codice dei contratti pubblici: la Corte costituzionale promuove il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni contenuto nel d.lg. n. 163 del 2006*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2008, fasc. 4, pp. 776 ss.; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008 fasc. 2, pp. 297 ss.; L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza esclusiva statale in materia di "tutela della con-*

materia riservata alla potestà legislativa dello Stato – ai sensi dell’articolo 117, co. II, lettera e) – si è concluso che per quanto attiene alla fase ad evidenza pubblica sussiste una competenza statale generale e trasversale, anche rispetto alla disciplina degli appalti pubblici propri delle Regioni non più coperti da una specifica materia concorrente legata ai lavori pubblici<sup>26</sup>.

Ciò peraltro non escluderebbe per nulla la sussistenza di residuali ambiti di potestà legislativa regionale. La Corte ha infatti affermato che la tutela della concorrenza configura una competenza di tipo appunto “trasversale”, che coinvolgendo una pluralità di ambiti materiali e caratterizzandosi per una natura funzionale (individuando le finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) conforma solo dall’esterno le competenze regionali. Quando la materia della tutela della concorrenza coinvolge ambiti regionali, l’intervento del legislatore statale deve essere contenuto entro limiti di “adeguatezza e proporzionalità” al fine di evitare un’illegittima compressione dell’autonomia che, quindi, in una certa misura continua a residuare nonostante la sua conformazione necessariamente pro-concorrenziale (le norme regionali potendo introdurre unicamente più elevati standard di tutela).

## 2.2. *La materia “ordinamento civile” e le competenze regionali incidenti sul contratto di appalto*

Per quanto riguarda la fase più strettamente privatistica dell’esecuzione del contratto, il titolo competenziale legittimante l’intervento statale non è stato individuato nella tutela della concorrenza ma, più strettamente, nell’ordinamento civile<sup>27</sup>. Le scelte di regolazione delle problematiche successive alla stipulazione sono quindi fondate sulla competenza in tema di ordinamento civile, ed è su tali basi generalissime che il Parlamento è legittimato a comprimere gli spazi dell’intervento regionale sulla gestione dei contratti pubblici<sup>28</sup>.

---

*correnza”?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, fasc. 6, pp. 4559 ss.; C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell’intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell’evidenza pubblica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, fasc. 6, pp. 4569 ss.

<sup>26</sup> Con riguardo al primo profilo, dell’utilizzo del parametro della tutela della concorrenza, cfr. in particolare i precedenti di cui alle sentenze Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303 e Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14.

<sup>27</sup> Con riguardo al secondo profilo, dell’utilizzo del parametro dell’ordinamento civile, cfr. già Corte cost., 7 luglio 2005, n. 271 in materia di protezione dei dati personali; G. CASSANO, *Privacy e Costituzione: le indicazioni della Consulta*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, fasc. 11, pp. 1288 ss.

<sup>28</sup> Cfr. R. MANGANI, *La tutela della concorrenza e l’ordinamento civile nel codice dei contratti pubblici: la Corte costituzionale promuove il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni contenuto nel d.lg. n. 163 del 2006*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2008, fasc. 4, pp. 776 ss.; R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008 fasc. 2, pp. 398 ss.; A. VENTURI, *La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”*. *La Corte conferma il riparto Stato-Regioni aperto dal codice De Lise (nota a margine di Corte costituzionale 27 novembre 2007, n. 401)*, in *Le Regioni*, 2008 fasc. 2, pp. 407; R. DE NICTOLIS, *La Corte*



Anche in questo ambito più direttamente attratto alla competenza statale, tuttavia, non mancano profili di problematicità nel riparto, con spazi di interferenza articolati su più livelli. L'intreccio delle esigenze di gestione proprie della Regione con gli istituti privatistici disciplinati dallo Stato genera infatti occasioni per una regolamentazione differenziata anche di singoli profili della fase esecutiva degli appalti pubblici<sup>29</sup>.

Tale questione si pone peraltro in termini generali per tutte le Regioni, in quanto titolari di poteri di intervento e gestione nel settore dei lavori pubblici. Per le Regioni ad autonomia differenziata si richiede tuttavia una specifica attenzione, tanto per la più diretta base competenziale della materia "lavori pubblici" che rimane tutt'oggi specificamente rinvenibile negli Statuti speciali, quanto perché i profili di coordinamento con il ruolo dello Stato nell'ambito del diritto privato non sono legati al nuovo titolo competenziale della "materia" ordinamento civile, ma all'originaria concezione di "limite" alla potestà legislativa primaria.

Le competenze delle Regioni speciali previste in Statuto, infatti, continuano a portare con sé il quadro di limiti per esse originariamente individuati, mentre solo le materie nuove – attribuite mediante la clausola di maggior favore di cui all'art. 10 della legge costituzionale 3/2001 – sono soggette integralmente al nuovo sistema di limiti, vincoli e intrecci con le materie trasversali, come previsti per le Regioni ordinarie dopo la riforma del titolo V. In tema di lavori pubblici il limite alla disciplina delle Regioni speciali è quindi quello sviluppato originariamente, fin dai primi interventi regionali in materia di contratti.

Il diritto regionale italiano ha infatti da subito constatato come con l'aggiudicazione e la chiusura della fase pubblicistica le possibilità di intervento regolativo autonomo non si dovessero confrontare tanto con i limiti del potere pubblico regionale, ma che – vista la conclusione di un contratto con l'impresa vincitrice – oggetto di tutela diveniva piuttosto l'autonomia negoziale garantita dal diritto privato (che anche prima della riforma del titolo V era considerato

---

*costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 1, pp. 5 ss.; A. CELOTTO, *La "legge di Kirschmann" non si applica al Codice degli appalti (In margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in *Giustizia amministrativa*, 2007 fasc. 6, pp. 1266 ss. Si evidenzia in particolare come con la sentenza Corte cost. 401/2007, in punto di riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di lavori pubblici e diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 303/2003, si sia privilegiata la competenza legislativa statale, proprio sulla base della trasversalità e prevalenza (con leale collaborazione) delle materie "tutela della concorrenza" e "ordinamento civile".

<sup>29</sup> Cfr. per l'assetto precedente al 2001 delle competenze regionali in materia di appalti pubblici A. MARZANATI, *Lavori pubblici e Regioni a Statuto ordinario*, Padova, CEDAM, 1983 e, per una ricostruzione dell'assetto successivo alla riforma del 2001, l'inquadramento in G. BERGONZINI, *La potestà legislativa regionale in materia di procedure di affidamento degli appalti di lavori pubblici*, in *Il Diritto della Regione*, 2002, fasc. 5, pp. 819 ss.

di ovvia competenza statale, all'epoca residuale)<sup>30</sup>. Anche l'autonomia regionale speciale doveva conseguentemente rispettare, come tutti i soggetti dell'ordinamento, le prescrizioni del codice e dalle altre leggi civili dello Stato, così che la questione diveniva quella di definire non gli spazi di competenza ma il quanto il diritto privato potesse incidentalmente limitare altre competenze di gestione regionale. Restava quindi da subito incontestato che nella materia civilistica – di per sé considerata – anche le Regioni speciali non potevano intervenire se non con effetti del tutto riflessi, prodotti da competenze invece strettamente gestorie degli interessi pubblicistici regionali<sup>31</sup>, e che anzi il diritto privato statale sarebbe intervenuto a limitare anche le opzioni disponibili nelle sfere di competenza primaria.

La Corte costituzionale, in continuità con un'impostazione assunta già prima della propria istituzione dalla Corte di cassazione<sup>32</sup>, ha enucleato da subito il limite del diritto privato quale elemento di conformazione degli spazi di competenza lasciati alle autonomie regionali (anche speciali), in tutte le loro attribuzioni, e quindi anche nel settore degli appalti pubblici.

Già con la sentenza 2 luglio 1956, n. 7 la Corte confinava gli interventi regionali negli spazi dell'organizzazione e delle politiche pubbliche, precludendo al legislatore regionale interventi nei settori regolati dal codice civile (e quindi negli ambiti lasciati all'autonomia privata). L'evoluzione successiva ha portato la giurisprudenza – in costanza della carenza di un riferimento costituzionale o statutario apposito – a fondare il limite del diritto privato sul carattere “amministrativo” dell'ente regionale<sup>33</sup>, sul principio di unità ed

---

<sup>30</sup> Cfr., per la qualificazione della fase contrattuale in generale, N. GIOFFRÈ, *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione. Riferimenti alle norme sui pubblici appalti*, Napoli, Jovene, 1995.

<sup>31</sup> Sul tema del “diritto privato regionale”, ovvero della competenza delle Regioni di fronte alle materie che presentano profili privatistici, cfr. le opere monografiche di E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005 e A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2008. Si rinvia inoltre a V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2005, fasc. 3, pp. 377 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il “diritto privato delle Regioni” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Stadium iuris*, 2011, fasc. 3, pp. 253 ss.; ID., *Ordinamento civile e competenza legislativa delle Regioni*, in *Il Foro italiano*, 2005, fasc. 11, pt. 1, pp. 2960 ss.; *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, a cura di F.P. TRASCIA, Napoli-Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2007.

<sup>32</sup> Cfr. a partire da Cass., Sez. II, n. 331 del 1950; riferimenti specifici alla giurisprudenza della Cassazione in materia – tra il 1950 e il 1956 – in E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, pp. 11 ss.

<sup>33</sup> Cfr. in particolare Corte cost., 2 luglio 1956, n. 7; Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 35; Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 36. In tali sentenze si evidenzia specificamente come le competenze regionali afferiscano al settore delle politiche pubbliche, anche quando attengono ad ambiti materiali per altri versi riconducibili (come ad esempio accade per l'agricoltura) al settore del diritto privato.

indivisibilità della Repubblica<sup>34</sup>, sul principio di eguaglianza<sup>35</sup> e su quello di ragionevolezza<sup>36</sup>.

Con la riforma del titolo V si è dovuto riconsiderare tale assetto, oramai consolidatosi a livello giurisprudenziale. In particolare, alla luce dell'inserimento tra le competenze esclusive statali della materia "ordinamento civile", con la lettera l) dell'art. 117, si esplicitava il limite del diritto privato – consolidatosi prima del 2001 – mediante la previsione di una materia riservata allo Stato.

La posizione della Corte costituzionale sull'interpretazione da dare alla nuova formulazione dell'art. 117 non è stata da subito chiara, registrando soluzioni alternative anche significativamente distanti tra loro<sup>37</sup>; gli orientamenti prevalenti sono comunque accomunati da una concezione dell'ordinamento civile che ora lo concepisce non quale "limite" ma come vera e propria "materia"<sup>38</sup>. In quanto materia, il settore del diritto privato nel suo complesso opererebbe quale delimitazione di aree di competenza statale esclusiva, con preclusione di qualsiasi intervento regionale entro tali confini. L'evoluzione sarebbe quindi nel segno di una più radicale esclusione degli interventi regionali negli ambiti propri della legislazione civile, di regolazione dei rapporti tra privati (o meglio, di natura privatistica)<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Sul profilo del riferimento all'art. 5 della Costituzione come parametro per sindacare l'ingerenza regionale nel diritto privato, invocato autonomamente ovvero in combinazione con la natura amministrativa delle politiche regionali o con il principio di eguaglianza, cfr.: Corte cost., 8 luglio 1957, n. 109; Corte cost., 27 gennaio 1958, n. 6; Corte cost., 22 dicembre 1961, n. 66; Corte cost., 14 giugno 1962, n. 53 (per i parametri di cui agli artt. 5 e 117, sulla competenza in materia di politiche pubbliche); Corte cost., 12 luglio 1965, n. 72; Corte cost., 6 giugno 1968, n. 60 (per il solo art. 5); Corte cost., 27 luglio 1972, n. 154; Corte cost., 29 maggio 1974, n. 151; Corte cost., 7 maggio 1975, n. 108; Corte cost., 20 gennaio 1977, n. 38; Corte cost., 23 marzo 1983, n. 69; Corte cost., 23 giugno 1988, n. 691; Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 506 (per gli artt. 3 e 5).

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., 5 febbraio 1992, n. 35; Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75; Corte cost., 26 ottobre 1995, n. 462; Corte cost., 24 luglio 1996, n. 307 (parametri di cui agli artt. 2 e 3 Costituzione).

<sup>36</sup> Cfr. in particolare Corte cost., 6 novembre 2001, n. 352, che ha fatto per prima riferimento in materia al principio di ragionevolezza.

<sup>37</sup> Per una ricostruzione delle diverse tesi, continuiste o non continuiste, cfr. ancora E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, pp. 262 ss.

<sup>38</sup> In questo senso era peraltro orientata già l'ultima sentenza riconducibile all'assetto precedente alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Corte cost., 5 novembre 2001, n. 352); la riforma dell'art. 117 potrebbe quindi essere letta – sul punto – anche quale codificazione di un orientamento giurisprudenziale, seppure non consolidato. Per un approfondimento specifico sul valore del diritto privato come limite o materia, cfr. anche C. CHIOLA, *Regioni e ordinamento civile: materia o limite?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>39</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *L' "ordinamento civile" come "materia" o come "limite"? Ovvero: il federalismo italiano tra rigidità delle formule e ragionevolezza delle soluzioni*, in *Politica del diritto*, 2005, fasc. 3, pp. 471 ss. (e in particolare par. 2).

3. *Le divergenze teoriche tra la materia “ordinamento civile” (per le Regioni ordinarie) e il limite del diritto privato (per le autonomie speciali)*

La differenza di tale impostazione “materiale” del diritto privato, rispetto alla qualificazione come “limite” (ancora necessaria a delimitare gli usi ammessi per le competenze primarie delle Regioni speciali, di origine statutaria), starebbe allora proprio nel fatto che l’attribuzione della materia ordinamento civile alla potestà esclusiva statale esclude del tutto l’intervento regionale, anche incidentale. La nuova codificazione dell’ordinamento civile nell’ambito della riforma del titolo V postulerebbe infatti la possibilità di deliberare in modo (sufficientemente) preciso i confini del diritto privato quale materia, non considerando più lo stesso quale settore o funzione di disciplina dei rapporti tra privati, che limita trasversalmente le funzioni regionali in quanto – appunto – limite di difficile definizione in astratto.

Per una certa concezione della lettera l) dell’art. 117 la natura di tale riferimento rimane comunque quella di un “limite”, così che – pur nella consapevolezza della riserva allo Stato del settore del diritto privato – si sarebbe dovuta trasporre la precedente impostazione giurisprudenziale nell’ambito della nuova materia, “per legittimare la legislazione regionale negli interstizi, nei dettagli, nelle lacune della legislazione statale che governa l’ordinamento civile”. L’opposta concezione considera invece l’ordinamento civile come una comune materia riservata allo Stato, che “esclude in radice qualsiasi ingerenza delle Regioni” nel suo ambito, di qualunque natura – anche accessoria e di completamento – sia tale ingerenza; ciò in quanto il legislatore statale avrebbe già operato le relative scelte normative, senza possibilità di lacuna, non solo per quanto riguarda il sistema generale del codice e delle altre leggi civili generali, ma anche per quanto interessa specificamente l’ambito speciale degli appalti pubblici<sup>40</sup>. Le lacune statali in ambito privatistico, posta la vigenza di un generale principio di autonomia privata, non sarebbero vere lacune, in quanto tali colmabili dal legislatore regionale, ma si porrebbero al contrario come scelte di libertà dei privati all’interno delle quali le autonomie regionali non possono ingerirsi senza violare un limite posto – appunto – a tutela dei consociati.

In verità, non sembra per nulla da escludersi la possibilità di una ricostruzione intermedia, che valorizzi l’ordinamento civile non come materia compiuta e delimitata in se stessa, né come funzione statale di tutela dei privati che limita l’azione regionale in tutte le sue espressioni, bensì come “materia non-materia” o “materia trasversale”; l’ordinamento civile sarebbe cioè descrivibile come un ambito di competenza sì nominalmente individuato art. 117, co. II, ma che in realtà opera strutturalmente come un limite per le competenze concorrenti e

<sup>40</sup> Cfr. G. ALPA, *Ordinamento civile e diritto privato regionale. Un aggiornamento sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Vita notarile*, 2009, fasc. 3, pt. 1, pp. 1279 ss.

residuali delle Regioni, agendo appunto quale metodo di tutela di interessi dei privati, riservato allo Stato<sup>41</sup>.

Anche identificando l'ordinamento civile quale materia statale preclusa all'intervento regionale, l'approccio strettamente materiale non pare infatti essere idoneo a (ri)definire l'impiego giurisprudenziale della lettera l) dell'art. 117 in un senso radicalmente diverso rispetto a quanto si era consolidato in applicazione del limite dei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato. Ciò in quanto la giurisprudenza successiva alla riforma del titolo V si segnala per la presenza di soluzioni flessibili e articolate, che sottenderebbero comunque l'idea che l'ordinamento civile non funzioni tanto come ambito di disciplina materiale, quanto come un modo di disciplina di rapporti ontologicamente paritari; metodo di regolazione riservato allo stato e la cui deroga da parte del legislatore regionale richiede un giudizio ponderale (di ragionevolezza) che non si esaurisce nella considerazione dell'oggetto che la legge regionale è andata a disciplinare (con un giudizio in termini assoluti di ingerenza o non ingerenza)<sup>42</sup>.

Per quel che riguarda gli Statuti speciali, peraltro, la considerazione del diritto privato come limite è tutt'ora da considerare come non sostituibile da una diversa concezione materiale, essendo fondata su espresse disposizioni statutarie che richiamano a limitazione della competenza primaria (anche) in materia di "lavori pubblici di interesse regionale" non solo le generali esigenze di armonia con la Costituzione, gli obblighi internazionali, gli interessi nazionali e le norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica, ma anche con i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali da sempre la giurisprudenza costituzionale individua – in posizione preminente – l'intero sistema civilistico. Complesso di norme a tutela dei rapporti di natura privata che va quindi tutt'ora qualificato come limite alle competenze primarie delle Regioni speciali.

La Corte costituzionale<sup>43</sup> ha infatti avuto occasione, anche dopo la riforma del titolo V, di definire la portata della competenza delle Regioni speciali nell'ambito dei lavori pubblici, statuendo per la continuità del regime competenziale precedente, non intaccato – nei suoi spazi di autonomia, e relativi limiti – dalla riforma del titolo V<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Sull'ordinamento civile come materia trasversale, cfr. S. CALZOLAIO, *La materia "ordinamento civile": una ulteriore competenza trasversale dello Stato?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>42</sup> Sul punto, per una casistica esemplificativa di ipotesi di chiusura – ma non assoluta – nell'interpretazione giurisprudenziale, cfr. le sentenze: Corte cost., 29 settembre 2003, n. 300 (sulle fondazioni bancarie), Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282 (sui criteri della responsabilità extracontrattuale del medico), Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359 (su nuove fattispecie di responsabilità civile in materia di *mobbing*). Ma cfr. anche Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372; Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 378; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 271.

<sup>43</sup> Cfr. Corte cost. 12 febbraio 2010, n. 45.

<sup>44</sup> Sul tema della competenza in materia di lavori pubblici nelle Regioni a Statuto speciale, in

#### 4. *I casi relativi alla legislazione della Provincia autonoma di Trento, a conferma della portata limitativa del diritto privato*

Nella disciplina della fase di evidenza pubblica si deve pertanto definire la misura in cui la competenza primaria è vincolata ai principi di tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà di circolazione dell'Unione europea e, dunque, alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo. Operazione che è stata poi considerata particolarmente rilevante dalla giurisprudenza costituzionale successiva, che come già visto ha ritenuto vincolanti per le autonomie speciali non solo le scelte di tutela della concorrenza proprie delle fonti europee, ma anche le opzioni attuative seguite dal legislatore nazionale per dare coerente applicazione alle stesse<sup>45</sup>.

Su tali basi, la disciplina provinciale trentina in materia di appalti pubblici è stata oggetto della citata sentenza 45/2010, oltre che della successiva pronuncia 187/2013, con cui la Corte costituzionale ha definito la portata dell'autonomia normativa della Provincia autonoma, individuando (*ex art. 4 dello Statuto*) i vincoli di origine europea e nazionale che – in materia di tutela della concorrenza – costituiscono scelte non derogabili anche alla luce di una competenza che pure – ai sensi del citato art. 8, co. I, n. 17) – rimane di natura primaria.

Tali pronunce sono state quindi fondamentali per la selezione dei principi che regolano la materia, cui anche la Provincia autonoma di Trento si deve conformare; principi sia di origine europea, così come riconducibili invece alla legislazione nazionale. Nel merito, la Corte costituzionale ha peraltro riconosciuto che la legge provinciale 24 luglio 2008, n. 10 – la quale ha modificato la legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26 già prima dell'ultimo intervento attuativo delle direttive 2014 – nelle sue linee fondamentali è conforme agli ordinamenti delineati in materia dall'Unione europea e dal sistema costituzionale italiano, che tutelando la concorrenza introduce norme ordinamentali e di grande riforma.

---

riferimento al funzionamento della clausola di maggior favore di cui all'art. 10 legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, cfr. R. BIN, *Lavori pubblici: quanto "intangibili" sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in *Le Regioni*, 2010, fasc. 5, pp. 1148 ss. In particolare, annotando Corte cost. 12 febbraio 2010, n. 45 – che ha riconosciuto alla Provincia autonoma di Trento la competenza "statutaria" in materia di lavori pubblici – si evidenzia la condizione del rispetto (anche) dei limiti che lo Statuto speciale pone alla potestà esclusiva, in applicazione del "principio di non frammentazione" degli istituti.

<sup>45</sup> Cfr. le sentenze della Corte cost., 17 giugno 2010, n. 221; 12 luglio 2013, n. 187 e – da ultimo – 18 ottobre 2016 n. 263. Ma si vedano anche le sentenze 27 febbraio 2013, n. 36; 21 marzo 2012, n. 74; 22 novembre 2011 n. 328; 10 giugno 2011, n. 184 e 7 aprile 2011, n. 114 sulle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, dalle quali la Corte costituzionale trae variamente la conseguenza che i vincoli europei attuati dal legislatore statale nell'esercizio della propria competenza in tema di tutela della concorrenza fanno sì che neppure le autonomie speciali possano dettare discipline difformi.

A prescindere da singole criticità<sup>46</sup>, si segnala quindi la conformità dell'impianto normativo provinciale alla lettura della competenza che emerge in materia dalle disposizioni statutarie, ferma la necessaria di costante verifica dell'armonia con la Costituzione ed i principi dell'ordinamento giuridico nazionale, nonché del rispetto degli obblighi posti in sede di Unione europea e degli interessi nazionali, anche come espressi appunto dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica. In questo quadro anche la concorrenza assume il valore di limite, fondabile tanto sul suo valore di grande riforma e di principio dell'ordinamento giuridico nazionale quanto di obbligo di tutela imposto dall'Unione europea.

Anche con specifico riguardo all'ordinamento civile la Corte riconosce come nel sistema dello Statuto speciale il diritto privato continui a rappresentare un limite alla potestà legislativa primaria, interpretativamente collocato nel (o tratto dal) limite dei "principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica". La materia lavori pubblici di interesse regionale (o provinciale) si trova quindi ad interagire con una ricostruzione del ruolo degli istituti di diritto civile nelle forme di "limite", il che ha permesso alle Regioni di svolgere interventi normativi anche sulla fase contrattuale, purché rispettosi delle soluzioni adottate dal codice civile.

L'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, a beneficio delle Regioni ad autonomia differenziata, limita infatti l'applicabilità delle nuove definizioni delle competenze alle parti in cui la riformulazione del titolo V prevede forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite dagli Statuti speciali. Per il profilo dei lavori pubblici di interesse regionale (o provinciale) tale condizione non è stata riscontrata e, di conseguenza, la Corte ha statuito che all'invariata materia statutaria dei lavori pubblici si continuano ad applicare anche i limiti previsti statutariamente per le materie di competenza primaria in luogo delle interferenze dirette con le nuove materie dell'art. 117, co. I, con una giurisprudenza peraltro non sempre univoca sul punto<sup>47</sup>. Le oscillazioni sono infatti

---

<sup>46</sup> Quali gli istituti connessi ai contratti di sponsorizzazione, ai lavori eseguiti da soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici che ricevono finanziamenti dalla Provincia, alla partecipazione alla procedura ristretta qualora non consentita a tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta, all'estensione del ricorso alla procedura negoziata, alla stipula di accordi quadro, all'affidamento in caso di fallimento dell'esecutore, etc.

<sup>47</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di appalti, tra Regioni ordinarie e speciali, cfr. R. DE NICTOLIS, *Appalti di lavori pubblici e Corte costituzionale: da uno a sette codici dei lavori pubblici?*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, fasc. 4, pp. 377 ss. In particolare si evidenzia come con la pronuncia 23 novembre 2007, n. 401 la Corte costituzionale aveva delineato il riparto di competenza legislativa in materia di appalti pubblici, tra lo Stato e le Regioni a Statuto ordinario. Con la successiva pronuncia 17 dicembre 2008, n. 411, la Corte aveva poi esteso gli stessi principi al riparto tra Stato e Regioni ad autonomia speciale, mentre con la citata pronuncia 12 febbraio 2010, n. 45, operando un ripensamento rispetto alla sentenza 17 dicembre 2008, n. 411, si individua un diverso e maggiore ambito di competenza in materia di appalti delle Regioni a Statuto speciale (e Province autonome), rispetto a quelle a Statuto ordinario.

riconducibili ad un'inevitabile ambiguità di fondo, gli interventi statali a tutela della concorrenza e relativi all'ordinamento civile essendo comunque divenuti utili per riempire di nuovi contenuti i vecchi limiti delle grandi riforme e dell'ordinamento della Repubblica, in modo che l'interpretazione della Corte riconosce sì una diversa portata operativa agli interventi statali generali qualora usati in modi limitativi della potestà primaria, ma non una diversa base contenutistica alle uniformi esigenze di tutela della concorrenza e dei privati.

Su tali basi anche successivamente alla sentenza 45/2010 non sono infatti mancate declaratorie di incostituzionalità degli interventi delle autonomie speciali, come ad esempio per l'art. 17, co. I, della legge provinciale 7 aprile 2011, n. 7<sup>48</sup>. Nello specifico, in tale ipotesi il vizio di costituzionalità discendeva dal fatto che la disposizione censurata aveva rinviato, per la disciplina della determinazione del prezzo dei lavori pubblici, ad un regolamento provinciale di attuazione, potenzialmente difforme dalla normativa statale di cui all'art. 53, co. IV, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dove si prevedeva come principio generale la regola per cui i contratti pubblici devono essere stipulati "a corpo", consentendo alle stazioni appaltanti la facoltà di stipulare "a misura" solo i contratti di importo inferiore a 500.000 euro (oltre ad alcuni tipi di contratto nominativamente individuati, tra cui, ad esempio, i contratti di manutenzione, restauro e per la realizzazione di scavi archeologici).

In tal modo, a parere della Corte, il legislatore regionale avrebbe violato comunque non una materia intangibile, ma il già conosciuto limite del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, che circoscriverebbe però radicalmente la competenza della Provincia autonoma nell'ambito dei lavori pubblici di interesse regionale entro i confini di quanto non già disciplinato da regole privatistiche (con un'estensione quindi ben diversa rispetto alle logiche della tutela della concorrenza, che fissa invece uno standard raggiungibile anche con misure normative apprestate dal legislatore regionale).

In altri casi, ulteriori profili di regolazione della fase esecutiva del contratto sono stati invece censurati dalla Corte costituzionale con diversi gradi di pervasività – come ad esempio in materia di consegna dei lavori, inizio delle prestazioni del fornitore o del prestatore di servizi, sospensione dell'esecuzione del contratto, subappalto, collaudo e regolare esecuzione delle commesse, nonché collaudo dei lavori pubblici – e ciò sia in riferimento ad interventi di Regioni ordinarie, che di Regioni speciali<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. Corte cost., 30 marzo 2012, n. 74.

<sup>49</sup> Cfr. le sentenze: Corte cost., 17 dicembre 2008, n. 411; Corte cost., 12 febbraio 2010, n. 45; Corte cost., 17 giugno 2010, n. 221; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 114; Corte cost., 10 giugno 2011, n. 184; Corte cost., 7 dicembre 2011, n. 328; nonché ordinanza Corte cost., 20 gennaio 2012, n. 11.



5. *Dai lavori pubblici alla disciplina del contratto: singoli problemi di competenza in tema di conclusione ed esecuzione dell'appalto*

La difendibilità di spazi di autonomia normativa regionale anche con interferenze nell'ambito della fase di esecuzione del contratto è stata fondata su due diversi argomenti, il primo afferente la distinzione tra regolazione ed impiego degli istituti privatistici ed il secondo diretto a valorizzare la competenza delle Regioni sull'intero ciclo di realizzazione dei lavori pubblici. Per le autonomie speciali tali argomenti si presentano – in astratto – come dotati di una maggior forza, potendo tali autonomie godere di una competenza espressa nella materia dei lavori pubblici e, quindi, venendo legittimate in un certo senso a valorizzare la specificità territoriale nell'intero ciclo di realizzazione. Rapportandosi agli istituti del diritto privato come ad un limite piuttosto che ad una competenza, inoltre, le Regioni ad autonomia differenziata godono teoricamente di un più ampio margine di manovra.

Con riguardo al primo argomento, la disciplina regionale (di alcuni profili) della fase contrattuale di realizzazione dell'opera si può fondare su una bipartizione delle tipologie di intervento normativo, che distingue la disciplina degli istituti del diritto civile (sicuramente lasciata allo Stato) dalla disciplina dell'uso degli strumenti del diritto civile (attribuita alla Regione). In questo senso, scegliere tra diverse opzioni di impiego dell'istituto privatistico già predisposto dalla legislazione statale (e normalmente lasciate all'autonomia privata) non esorbiterebbe dalle competenze regionali, il cui esercizio semplicemente restringerebbe la sfera dell'autonomia lasciata ai contraenti dal codice e dalle altre leggi civili, indicando in modo vincolante una specifica soluzione negoziale.

5.1. *L'organizzazione amministrativa dell'esecuzione del contratto vs. l'esecuzione del contratto tout court*

Questa impostazione corrisponde in gran parte ad un'altra possibile bipartizione, ovvero quella che distingue tra ambito dell'organizzazione degli apparati regionali, per quanto necessari all'esecuzione dell'opera, ed esecuzione del contratto in senso stretto.

La giurisprudenza costituzionale sembra infatti fondare l'ammissibilità di interventi legislativi regionali nella fase esecutiva delle opere pubbliche proprio su tale diversità di approcci normativi, facendo ricadere la fase di esecuzione del rapporto contrattuale nella materia dell'ordinamento civile, di esclusiva competenza legislativa statale ai sensi dell'art. 117, co. II, lett. l), salvo il ricorrere di un'eccezionale natura esclusivamente organizzativa delle disposizioni regionali stesse, dirette ad istituire le strutture amministrative necessarie alla gestione della fase esecutiva.

Così, è stato eccezionalmente dichiarato legittimo il riferimento di una legge regionale alla “disciplina per la esecuzione di lavori e opere pubbliche da eseguirsi sul territorio regionale” in quanto – posto che la richiamata espressione deve essere intesa non già come “fase esecutiva dei contratti di appalto”, bensì come equivalente a “realizzazione delle opere pubbliche” – l’intervento regionale non può considerarsi lesivo della competenza statale in materia di ordinamento civile e di tutela della concorrenza, ma comporta (per i profili civilistici) una valenza “meramente programmatica” priva di una disciplina specifica degli istituti relativi ai lavori pubblici<sup>50</sup>.

Allo stesso modo, nella medesima pronuncia non è stata considerata fondata neppure la questione di legittimità costituzionale dell’art. 16 della legge regionale umbra 21 febbraio 2010, n. 3; articolo che era diretto a disciplinare gli emolumenti accessori da destinare ai soggetti i quali, all’interno dell’amministrazione appaltante, collaborino all’attività di progettazione e alle attività tecnico-amministrative connesse. Tale ambito materiale, fatto oggetto di regolamentazione regionale, invade il settore già occupato dall’art. 92, co. V, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ponendosi in contrasto con lo stesso nella parte in cui – non specificando i criteri per la determinazione della percentuale effettiva destinata ad ogni singola attività svolta – amplia la sfera di discrezionalità dell’amministrazione precedente.

La Corte ha innanzi tutto ritenuto che il mancato richiamo, da parte della disposizione regionale, alla norma del Codice degli appalti pubblici “non implica, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, la sua inapplicabilità”, la disciplina degli incentivi “ponendosi al di fuori dell’attività di progettazione delle opere in senso stretto”<sup>51</sup>. Proprio su tali basi, quindi, la legge regionale non invaderebbe le competenze esclusive dello Stato nelle materie della tutela della concorrenza e dell’ordinamento civile, posto che la riconduzione dell’attività di progettazione a tale competenza opera esclusivamente per quanto attiene alla fissazione dei criteri con cui detta attività deve essere svolta (in modi idonei ad assicurare la più ampia competitività e la libera circolazione degli operatori economici).

Tutto ciò – in definitiva – in quanto la disciplina regionale in esame “deve essere ascritta alle potestà di organizzazione degli apparati regionali, di esclusiva spettanza della Regione”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 43.

<sup>51</sup> Sulla tematica della progettazione in generale, sia consentito rinviare per i riferimenti a F. GUELLA, *La partecipazione di soggetti esterni all’amministrazione nella fase progettuale degli appalti pubblici*, in *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G.A. BENACCHIO, M. COZZIO, Milano, Egea, 2012, pp. 317 ss.

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost. 11 febbraio 2011, n. 43. Sul profilo della competenza sull’organizzazione cfr. ancora Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401.

Fuori di tali ipotesi eccezionali, di disciplina limitata all'ambito organizzativo (di una pubblica amministrazione che ricorre agli istituti del diritto privato), ogni altra incisione delle norme civilistiche ad opera della legislazione regionale viene però censurata, in quanto afferente all'esecuzione del contratto strettamente intesa.

Così, nella medesima sentenza 11 febbraio 2011, n. 43, la Corte costituzionale ha affermato che è costituzionalmente illegittimo l'art. 20, co. III, il quale invade la sfera di competenza statale in materia di ordinamento civile prevedendo che, all'esito delle procedure di affidamento diretto dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, sia possibile la determinazione dei corrispettivi concordata tra il responsabile del procedimento o il dirigente e il professionista incaricato. Tale disposizione disciplina infatti un aspetto afferente al contenuto negoziale del contratto di appalto e, dunque, attiene a quei profili rispetto ai quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio della propria autonomia negoziale (e non di un potere auto-organizzatorio); trattandosi di spazi di autonomia privata, pertanto, la relativa regolamentazione, al fine di assicurare il rispetto del principio di eguaglianza, deve essere disciplinata coerentemente con la normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici, senza frammentazioni in disposizioni diversificate di origine regionale.

Allo stesso modo, in altri casi si è interpretato in senso stretto il riferimento ai profili organizzativi, a legittimazione dell'intervento regionale. Così, ad esempio, si è affermato che una disposizione che disciplina un settore quale quello del collaudo e della verifica di regolarità dell'esecuzione dei contratti di lavori, forniture e servizi – che rientra specificamente nella disciplina civilistica (quale tipico istituto del contratto di appalto) – si pone certamente come invasivo della sfera di competenza materiale fissata dalla lettera l); ciò in quanto una simile disciplina – che trova suoi corrispondenti nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici – non risulta in alcun modo riconducibile a profili meramente organizzativi degli apparati amministrativi e tecnici regionali, soltanto in relazione ai quali la giurisprudenza costituzionale riconosce sussistere la competenza legislativa delle Regioni<sup>53</sup>.

Se gli spazi di autonomia regionale sulla base di tale interpretazione si dimostrano quindi ristretti, ancora più scarsa è la portata legittimante di interventi regionali fondata sulla distinzione tra “disciplina di istituti privatistici” e “disciplina dell'uso di istituti privatistici”.

La scelta se ricorrere o meno a definizioni del compenso “a corpo” o “a misura” si presenta infatti, nel sistema del diritto privato, come uno spazio di libertà, però lasciato all'autonomia delle parti; questa diviene quindi un'autonomia negoziale delle singole amministrazioni, così che non può essere la legge

---

<sup>53</sup> Cfr. Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 53.

regionale – priva di potere di intervento in materia di ordinamento civile – a disciplinarne una riduzione, verificandosi in tali circostanze un'ipotesi di contrasto tra le diverse dimensioni dell'autonomia territoriale e dell'autonomia privata.

In questo senso, una scelta regionale che consentiva alle amministrazioni di provvedere all'espletamento dell'attività di manutenzione tramite la stipula di contratti "aperti", caratterizzati dal loro contenuto "variabile" – ossia determinabile in ragione delle necessità che si manifestino nel periodo temporale di efficacia dello stesso – è stata anch'essa dichiarata incostituzionale<sup>54</sup>. Tale disposizione, infatti, non trova riscontro in alcuna previsione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ed inciderebbe in via prevalente sull'ambito materiale dell'ordinamento civile. Proprio alla luce di tali due circostanze – per tutelare l'autonomia negoziale delle singole amministrazioni aggiudicatrici – si è quindi ritenuto che spetti al legislatore statale individuare il tipo contrattuale da utilizzare per la regolamentazione dei rapporti di affidamento dei lavori, servizi e forniture pubbliche.

## 5.2. *L'uso diversificato degli strumenti privatistici vs. la disciplina uniforme degli stessi*

Così, "per garantire uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale" non si è lasciata alle Regioni la possibilità di comprimere od ampliare i tipi contrattuali cui le amministrazioni possono accedere. L'uniformità che tale impostazione della Corte costituzionale vuol garantire, infatti, "è funzionale ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza" e, conseguentemente, a far sì che su tutto il territorio nazionale ci sia un'eguale capacità di auto-gestione da parte delle amministrazioni.

L'uso degli istituti del diritto privato è ad ogni modo da tenere distinto dalla disciplina degli istituti stessi ma, se quest'ultima è certamente riservata alla competenza statale esclusiva, anche il primo profilo non è di competenza regionale; ciò in quanto sarebbero le amministrazioni intese come soggetti dell'ordinamento che ricorrono agli strumenti privatistici ad essere titolari della potestà (autonoma) di scelta sull'uso di tali strumenti, in quanto investite di detta potestà appunto dal legislatore civile statale che riconosce loro (piena) capacità giuridica privatistica<sup>55</sup>.

Il ritaglio di spazi di intervento nella fase contrattuale di realizzazione delle opere pubbliche pare quindi particolarmente problematico anche per le Regio-

<sup>54</sup> Cfr. ancora Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 43.

<sup>55</sup> Sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici, in generale cfr. tra i molti V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011 e C. CICERO, *Sul diritto civile dell'ente pubblico*, Napoli-Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2010, ma anche, più specifico per la contrattualistica pubblica, C. CICERO, *I principi di diritto privato nel contratto pubblico*, in *Rivista del Notariato*, 2009, fasc. 5, pt. 1, pp. 1169 ss.

ni speciali, visto l'approccio restrittivo che la Corte assume rispetto al diritto regionale "privato" in generale. Per le autonomie speciali, tuttavia, il citato riferimento esplicito alla materia dei lavori pubblici – accompagnato alla natura di limite attribuita al diritto privato – è sembrato poter lasciare qualche margine di intervento, secondo una lettura da ultimo confermata anche mediante l'organica presa in considerazione della fase di esecuzione dei contratti di appalto confermata nelle due recenti leggi n. 16/2015 della Provincia di Bolzano e n. 2/2016 della Provincia di Trento.

L'approccio seguito ha letto nel riparto statutariamente previsto un'attribuzione dell'intero ciclo dei lavori pubblici alla disciplina dell'autonomia speciale, fermo il rispetto dei limiti interni alla competenza primaria e – quindi – la coerenza con le direttive europee e le scelte di fondo del legislatore statale (che rispetto alle leggi provinciali sono state però successive, anche se già ben note nei contenuti – a livello di disegno di legge – al momento della stesura da parte dei Consigli di Trento e di Bolzano).

Peraltro, nei fatti la disciplina delle Province autonome in materia di appalti si è da tempo svolta su tutto il ciclo dei lavori pubblici, con interventi anche nella fase privatistica, in coerenza con la prospettiva della citata concezione del diritto privato come limite e non come materia. E, peraltro, alcuni precedenti depongono per tale impostazione anche nelle Regioni ordinarie, con un'implicita valorizzazione della natura trasversale della "non-materia" ordinamento civile<sup>56</sup>.

Così – con specifico riferimento alla legislazione previgente nella Provincia autonoma di Trento – si è affermato che non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 20 della legge provinciale, il quale disciplinava il documento tecnico di cantiere che poteva essere richiesto all'appaltatore dal direttore dei lavori per lavorazioni nelle quali l'organizzazione dell'appaltatore e le tecnologie operative di cui esso dispone richiedono di dettagliare le fasi esecutive<sup>57</sup>.

La disposizione citata si limitava infatti a disciplinare fasi afferenti all'organizzazione del momento esecutivo del rapporto contrattuale, senza incidere sui principi generali che impongono il rispetto di regole comuni finalizzate ad assicurare un pari trattamento tra gli operatori economici del settore. A questo proposito, con riferimento al riparto di competenza tra Stato e Regioni a Statuto ordinario, la Corte – come ricordato – aveva peraltro già affermato che la fase di conclusione ed esecuzione del contratto rientra prevalentemente nella materia dell'ordinamento civile, aggiungendo che ciò non significa che in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico non possano residuare in capo alla pubblica amministrazione poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva.

---

<sup>56</sup> Per i riferimenti al diritto privato come materia o come limite, cfr. ancora E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, pp. 262 ss., e i riferimenti ivi richiamati.

<sup>57</sup> Cfr. ancora Corte cost., 12 febbraio 2010, n. 45.

L'argomentazione torna così a concentrarsi sulla natura necessariamente organizzativa degli interventi legislativi regionali, che però – si afferma – possono svolgersi lungo tutto il ciclo della realizzazione dei lavori pubblici.

Va comunque segnalato che la Corte costituzionale non sempre è stata orientata a valorizzare un così ampio ambito della competenza sul “ciclo” dei lavori pubblici; alla legislazione della Regione Sardegna – nell'esame della quale la Corte ha avuto occasione di entrare maggiormente nel merito – non sono state infatti risparmiata censure di incostituzionalità radicali in punto di impostazione ampliativa degli spazi di intervento regionale, senza che una considerazione unitaria della gestione dei lavori pubblici potesse legittimare maggiori spazi di azione<sup>58</sup>.

Così si è affermato che ai fini della corretta ascrizione della potestà normativa in relazione alla disciplina (da un lato) della fase pubblicistica delle procedure di gara e (dall'altro) della fase privatistica dell'esecuzione del rapporto, non assume rilievo la previsione di uno Statuto di autonomia speciale il quale devolve alla potestà legislativa primaria la materia dei “lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione”. Ciò in quanto sia la disciplina della richiamata fase pubblicistica, sia quella della fase privatistica, non sono comunque riconducibili alla nozione di lavori di esclusivo interesse regionale, con la conseguenza che esse debbono essere riguardate – ai fini del riparto della potestà legislativa – alla luce delle generali previsioni di cui all'art. 117 della Costituzione, valevoli anche per le Regioni ad autonomia speciale (per quanto non disciplinato dai relativi Statuti di autonomia)<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Corte cost., 17 dicembre 2008, n. 411.

<sup>59</sup> Sulla sentenza n. 411/2008, riferita alla legge regionale sarda, cfr. S. MUSOLINO, *Il codice dei contratti pubblici si applica anche nelle Regioni a Statuto speciale*, in *Il Corriere giuridico*, 2009 fasc. 5, pp. 642 ss. e C. CONTESSA, *Il Codice dei contratti prevale anche sulla normativa delle Regioni a Statuto speciale*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 3, pp. 304 ss. In particolare, gli autori ricordano come in base a tale pronuncia sia stata riconosciuta l'applicabilità della disciplina statale contenuta nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 anche alle Regioni ad autonomia speciale, non essendo riconducibile alla materia dei “lavori pubblici di interesse regionale”, nella quale le autonomie speciali vantano una competenza legislativa primaria statutaria, bensì alla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile. Anche alle autonomie differenziate sarebbero pertanto estensibili i principi affermati dalla sentenza 23 novembre 2007, n. 401, con la quale la Corte costituzionale aveva acclarato la legittimità dei criteri di ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni disposta dall'art. 4 del citato decreto legislativo, che lasciava ristretti ambiti alla competenza dei legislatori regionali. Si sottolinea in particolare il carattere di continuità con i precedenti di cui alle sentenze 1 ottobre 2003, n. 303 e 23 novembre 2007, vista la particolare nuova qualificazione della materia. Sulla medesima sentenza cfr. anche R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, 2009, fasc. 3-4, pp. 618 ss., in particolare in punto di tutela della concorrenza e ordinamento civile come materie trasversali (non vere e proprie materie in senso tecnico, ma obiettivi che – nel rispetto del principio di leale collaborazione – consentono le ingerenze statali) e connessa applicazione “unilaterale” del criterio della prevalenza.

Si è quindi ad esempio dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34, co. I, della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5, in quanto sarebbe lesivo della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile nella parte in cui esorbita dai limiti della potestà legislativa esclusiva regionale in materia di lavori pubblici di interesse regionale intervenendo in tema di limiti al corrispettivo dell'appalto.

La materia ordinamento civile, per tale pronuncia, sembra quindi riferirsi direttamente anche alle Regioni speciali, comprimendone l'autonomia di modo che la tutela riconducibile alla nozione statutaria di "lavori pubblici" avrebbe conseguentemente una portata piuttosto limitata.

In tal senso, la Corte afferma in primo luogo che la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi "ambiti di legislazione", con conseguente interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale; in secondo luogo – con specifico riguardo alle Regioni speciali – la Corte ricorda che lo Statuto della Regione Sardegna, all'art. 3, lettera e), attribuisce sì alla Regione una competenza legislativa primaria in materia di lavori di interesse regionale, ma d'altra parte si ribadisce come alla stessa competenza non apparterebbero le norme relative alle procedure di gara e all'esecuzione del rapporto contrattuale, le quali costituiscono invece oggetto delle disposizioni del Codice nazionale dei contratti (disposizioni alle quali, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi).

In questo senso, le diverse opzioni regionali che intervenissero in qualunque modo nella fase successiva all'aggiudicazione lederebbero – in ogni caso – la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile; ciò in quanto, esorbitando dai limiti della potestà legislativa esclusiva regionale in materia di lavori di interesse regionale (così restrittivamente interpretata), regolerebbero ambiti di spettanza materiale statale (quali, ad esempio, la consegna dei lavori, l'inizio delle prestazioni del fornitore o del prestatore di servizi, la sospensione dell'esecuzione, il subappalto, il collaudo e la regolare esecuzione delle commesse, nonché il collaudo dei lavori pubblici), in un modo difforme da quanto stabilito dallo Stato nelle corrispondenti norme del codice degli appalti pubblici.

#### 6. *Le analogie operative tra la materia "ordinamento civile" e il limite del diritto privato*

Lo spazio di autonomia regionale nella disciplina della fase contrattuale della realizzazione dei lavori pubblici sembra quindi essere potenzialmente molto ristretto, tanto facendo applicazione del regime vigente proprio degli Statuti speciali, quanto applicando il nuovo titolo V.

La portata della materia ordinamento civile, nelle sentenze riferite alla legislazione delle Regioni ordinarie, pare senz'altro ampia; così, ad esempio, tutte

le disposizioni che disciplinano il collaudo di lavori pubblici ricadono sotto tale titolo competenziale, inerendo alla seconda fase in cui si articola l'attività contrattuale della pubblica amministrazione (la quale ha inizio con la stipulazione del contratto e comprende l'intera esecuzione del rapporto contrattuale, ricondotta dalla Corte nella sua interezza alla materia dell'ordinamento civile)<sup>60</sup>; tale fase, successiva a quella ad evidenza pubblica, comprende quindi il complesso della disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale e si connota per la recessività dei poteri autoritativi disponibili per il soggetto pubblico.

Alla luce di ciò, la disciplina della fase contrattuale, inerendo a rapporti di natura privatistica in relazione ai quali sussistono imprescindibili esigenze di garanzia di uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale (riferite alla conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto), deve essere ricondotta nell'ambito dell'ordinamento civile, di spettanza esclusiva del legislatore statale.

In questo senso, il collaudo dei lavori pubblici – ad esempio – costituendo istituto tipico del contratto di appalto, come tale disciplinato dal codice civile (art. 1665 c.c. e ss.), pur essendo caratterizzato da elementi di matrice pubblicistica conserva una prevalente natura privatistica e rientra, quindi, nella competenza esclusiva statale. Ciò in quanto una disciplina di questo tipo attiene a quella fase dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, che ha inizio con la stipulazione del contratto, nella quale l'amministrazione agisce nell'esercizio della propria autonomia negoziale<sup>61</sup>.

D'altra parte, rispetto a ciò, il limite del diritto privato richiamato nelle sentenze sulle autonomie speciali sopra citate non sembra presentare una radicale differenza – qualitativa o quantitativa – nel definire gli spazi di autonomia regionale; ciò in quanto né per l'ampiezza degli interventi sul ciclo dei lavori pubblici nella fase contrattuale, né per la distinzione tra disciplina degli istituti privatistici ed organizzazione del loro impiego, gli argomenti usati dalla Corte costituzionale paiono discostarsi significativamente nei risultati dall'impostazione applicata alle Regioni a Statuto ordinario.

Al di là del caso della sentenza sulla Regione Sardegna<sup>62</sup>, peraltro, anche l'applicazione del regime apprestato dagli Statuti speciali in materia di lavori pubblici non può prescindere da interferenze con il regime delle Regioni ordinarie, i concetti usati per queste ultime presentando riflessi generali sulla disciplina della fase contrattuale.

In questo senso, in un'impugnativa di legge della Regione Friuli Venezia Giulia, la Corte costituzionale<sup>63</sup> ha operato un richiamo anche alle disposizioni contenute nell'art. 117, co. II, lett. e) ed l), che trova giustificazione nella consi-

---

<sup>60</sup> Cfr. Corte cost., n. 401/2007.

<sup>61</sup> Cfr. Corte cost., n. 431/2007.

<sup>62</sup> Cfr. Corte cost., n. 411/2008.

<sup>63</sup> Cfr. Corte cost., n. 114/2011.



derazione secondo cui i limiti statutari alla potestà legislativa regionale derivano dalla legislazione statale, costituente espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica (legislazione che è stata emanata, nella specie, proprio in applicazione delle citate competenze esclusive). Analogo richiamo è stato operato anche nei più recenti casi aventi ad oggetto le legislazioni trentina e siciliana<sup>64</sup>. In altri termini, i limiti derivanti dalla necessità di rispettare gli obblighi internazionali, le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica sono rinvenibili in quelle disposizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici con le quali lo Stato ha esercitato la competenza legislativa ad esso attribuita dal predetto titolo V, in particolare con riferimento alla materia della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile; per tale via – quindi – il regime delle competenze applicabile alle Regioni ordinarie (che ha sottratto la quasi totalità della materia alle stesse) assume indiretto rilievo come limite (stretto) anche nel sindacato sull'impiego dell'autonomia speciale nel settore degli appalti pubblici.

Cosa sia ordinamento giuridico della Repubblica – che limita la potestà legislativa primaria delle Regioni speciali – dipende infatti (ovviamente) da come lo Stato ha esercitato la propria competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, *ex art. 117, co. II, lett. l*).

Da ciò deriva una (conseguente) parziale irrilevanza a fini pratici della distinzione dei due regimi, applicabili alle Regioni ordinarie e speciali, che fa sì che le possibilità di intervento normativo sulla fase contrattuale sia limitatissimo per entrambe le tipologie di autonomia. Tanto per le Regioni ordinarie, cui si applica l'interferenza con la materia di competenza esclusiva statale sull'ordinamento civile, quanto per le Regioni speciali, cui si applica il limite del ordinamento giuridico della Repubblica (comunque connesso all'esercizio da parte dello Stato della competenza *ex art. 117, co. II, lett. l*), la disciplina della fase contrattuale della realizzazione dei lavori pubblici rimane in linea di principio preclusa. La conseguenza auspicabile è tuttavia non tanto quella di un livellamento dell'autonomia regionale differenziata, quanto – con soluzione intermedia – quella di un'interpretazione della materia ordinamento civile come materia trasversale, in coerenza con quanto già consolidatosi in riferimento al vecchio limite del diritto privato.

Una concezione dell'ordinamento civile come limite e non come materia sembra infatti preferibile in generale, per almeno due ordini di ragioni.

---

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost., n.187/2013 e n. 263/2016, quest'ultima limitatamente al profilo della tutela della concorrenza. La Corte afferma infatti che il richiamo anche alle disposizioni contenute nell'art. 117, secondo comma, lettere e) e l), Cost. trova giustificazione nella considerazione secondo cui i limiti statutari alla potestà legislativa regionale derivano dalla legislazione statale, costituente espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, emanata, nella specie, in attuazione delle suindicate prescrizioni costituzionali (così già sentenza n. 114/2011).

In primo luogo, perché alcune materie di competenza concorrente o residuale regionale presentano comunque contenuti privatistici e richiedono, quindi, l'adozione di leggi regionali incidenti indirettamente sull'ordinamento civile.

In secondo luogo, in quanto il sindacato di legittimità della legge regionale fondato sul solo dato dell'oggetto di disciplina si rivela insufficiente, la normativa regionale potendo – anche indirettamente – incidere sull'ordinamento civile di modo che, rispetto a tali casi, solo un'impostazione del giudizio di costituzionalità fondata sul parametro della ragionevolezza si rivela idonea a valutare se l'ingerenza regionale sia giustificabile o meno<sup>65</sup>.

In dottrina si è così individuato nel criterio della ragionevolezza il mezzo idoneo a definire la portata – lesiva o meno dell'ordinamento civile – di misure legislative regionali connotate da profili privatistici. Il test di legittimità della legge regionale potrebbe pertanto articolarsi in un primo livello di “ragionevolezza intrinseca”, che valuti se l'adattamento del diritto privato nazionale alle esigenze regionali è effettivamente connesso ad una materia di competenza regionale, quale titolo che giustifichi l'intervento, e se tale adattamento è proporzionato – in termini di idoneità, necessità ed adeguatezza – rispetto agli obiettivi di intervento che il legislatore regionale si riproponeva. A tale valutazione potrebbe seguire un esame della “ragionevolezza estrinseca”, che consideri se la differenziazione delle norme di diritto civile *ratione loci* si concreti in una disparità di trattamento inammissibile o se la stessa sia giustificabile nel quadro di un bilanciamento degli interessi nel quale considerare anche l'autonomia territoriale tra i valori costituzionalmente garantiti<sup>66</sup>.

Ciò postula che spazi di intervento indiretto del legislatore regionale nella fase contrattuale ci siano, ma la giurisprudenza costituzionale descritta costringe a piegare anche questa ricostruzione all'idea che il test di ragionevolezza da applicare sia in realtà così stretto – visti i valori chiamati in gioco (eguaglianza, unità nazionale etc.) – che, né per le Regioni speciali (dove si applica la logica del limite), né per le Regioni ordinarie (dove si applicherebbe un'analogia logica di materia trasversale, anch'essa fonda un test di ragionevolezza del tutto simile),

<sup>65</sup> Cfr. in particolare A.M. BENEDETTI, *L'ordinamento civile*” come “materia” o come “limite”? Ovvero: il federalismo italiano tra rigidità delle formule e ragionevolezza delle soluzioni, in *Politica del diritto*, 2005, fasc. 3, nello specifico par. 3 (pp. 476 ss.).

<sup>66</sup> Il test di ragionevolezza in materia viene prospettato da V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, fasc. 1, in particolare – sul punto – pp. 41 ss., dove lo stesso viene articolato su due livelli, di ragionevolezza “intrinseca” ed “estrinseca” (duplicità rilevata, in particolare, nel passaggio dalla giurisprudenza concentrata sul binomio uguaglianza e autonomia – quale relazione fondamentalmente antinomica – a quella della relatività del vincolo dell'uguaglianza in quanto parametro ricomposto in sinergia con il valore dell'autonomia). Cfr. anche V. ROPPO, *Il diritto privato regionale: fra la nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, in *il Corriere giuridico*, 2003 fasc. 1, pp. 5 ss. e ID., *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2005, fasc. 3, pp. 377 ss.

siano permessi interventi significativi. Ragionevole sarebbe unicamente ciò che presenta riflessi esclusivamente organizzativi nella sfera della pubblica amministrazione, senza alcuna ricaduta sugli istituti privatistici o sulla sfera dell'autonomia privata.

L'applicazione delle logiche della materia-valore relativizza quindi la radicalità della separazione della competenza regionale dalla fase contrattuale degli appalti pubblici ma, nella pratica, è poi l'applicazione in concreto del meccanismo flessibile della ragionevolezza – che tanto la logica del limite quanto quella della materia trasversale porta con sé – a confinare entro ambiti ristretti gli interventi normativi regionali ammissibili<sup>67</sup>.

Dalla giurisprudenza costituzionale in definitiva emerge un'impostazione che vede l'ente regionale (anche) speciale porsi come utilizzatore di istituti privatistici, strumentali alla propria autonoma organizzazione, piuttosto che come regolatore esso stesso di quegli istituti. Approccio che non ha precluso tuttavia ad alcune autonomie speciali di continuare a rivendicare una competenza sull'intero ciclo dei lavori, riproducendo in una propria legislazione organica anche le disposizioni occorrenti per disciplinare l'esecuzione dei contratti; così una disciplina dell'esecuzione del contratto di appalto si trova nel capo IX della legge n. 16/2015 della Provincia di Bolzano e analoghi contenuti sono stati novellati al capo X *bis* della legge n. 26/1993 della Provincia di Trento, solo in minima parte modificato dalla legge n. 2/2016<sup>68</sup>. La riproduzione e l'utilizzo di istituti privatistici calati in una regolamentazione autonoma, peraltro, assume inevitabilmente una fisionomia autonoma, che rinvia all'interprete la responsabilità di un'applicazione coerente con le esigenze di eguaglianza cui un ordinamento civile unico a livello nazionale è funzionale; lo sviluppo di un diritto vivente non coerente con le precedenti indicazioni della Corte lascia infatti sempre aperta la possibilità di una declaratoria di incostituzionalità di istituti che, in ogni caso, sono espressione di spazi di autonomia che le Regioni speciali e le Province autonome presidiano ed esercitano da prima del nuovo codice nazionale in materia di appalti pubblici.

---

<sup>67</sup> Sull'interpretazione dell'ordinamento civile come materia trasversale, anche al fine di relativizzare le problematiche citate, cfr. ancora S. CALZOLAIO, *La materia "ordinamento civile": una ulteriore competenza trasversale dello Stato?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>68</sup> La disciplina relativa all'esecuzione del contratto è invece in gran parte frutto dell'intervento della precedente legge provinciale 24 luglio 2008, n. 10.

**Abstract**

Regulation of public procurement and competences of special autonomies,  
from the public works to the public contracts

by Flavio Guella

The paper analyzes competences and experiences of the Italian special regions involved in the regulation of public procurement. Starting from the regulations approved by some special autonomies after the 2014 directives and the new national code of public procurement of 2016, the analysis moves to the evolution of the Constitutional court's case law in this field. In particular, the special statutes' set of competences on public works, together with the limit of the private law, is compared to the use of competition and civil legal system as "transversal" categories codified by the constitutional reform of 2001.

# El acto administrativo informático

di Tomás Hutchinson

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. El acto administrativo. – 2.1. Consideraciones preliminares. – 2.2. Noción. – 2.3. El acto administrativo informático. – 2.3.1. Motivación. – 2.3.2. Defectos de “procedimiento”. Vicios. – 2.3.3. Discrecionalidad. – 2.3.4. Responsabilidad. – 3. Conclusión.

## 1. *Introducción*

Estas reflexiones no son originales ni producto de agudas investigaciones. No son originales porque como casi todo lo que he escrito provinieron del dominio público de la literatura jurídico y no jurídica y de los hechos de mi experiencia acumulada en 30 años de función judicial y en unos cuantos más de vagar por este mundo. No son pues, producto de sesudas reflexiones ni de haberme quemado las pestañas en la investigación.

Todo surgió en una tarde otoñal apacible en la, en ese entonces, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, al estacionar mi automóvil al costado de la vereda en una acera porteña y comenzar la odisea que culmina en este día, en esta bella ciudad de Reggio Calabria, a la vera de este estrecho tan bonito que me trae reminiscencias de ese otro estrecho que rodeó mi vida durante un tiempo: el de Magallanes.

Retornando al relato, ni bien bajé de mi automóvil me topé con un, por darle un nombre, “funcionario” estatal, que no contestaba, juzgaba y decidía por sí y no escuchaba defensas. Tampoco uno podía utilizar la que podríamos llamar, como en el ajedrez: la *defensa siciliana*, que, en ese caso, hubiera consistido en poder hacer catarsis mediante gritos y el correspondiente zamarreo. Todo era imposible. Más adelante verán por qué.

## 2. *El acto administrativo*

### 2.1. *Consideraciones preliminares*

Nuestro país es federal y siendo el Derecho Administrativo una rama del Derecho público y siendo de las jurisdicciones locales la competencia para legislar acerca de lo que se refiere al Derecho administrativo, cada jurisdicción ha regulado lo que se refiere al acto administrativo. Cabe, pues, que

analice el tema del acto administrativo referido a uno solo de esos ordenamientos<sup>1</sup>

El acto administrativo, tomado en su sentido general se anticipa, desde el punto de vista histórico, a cualquier otra manifestación estatal. Un Estado podría existir sin leyes ni jueces, pero no sin administración porque ésta es la acción viviente que completa la vida de aquél, como en el hombre la vida no consiste solamente en voluntad y en pensamiento, sino, en primerísimo lugar, en acción<sup>2</sup>.

Esta supremacía natural y lógica de la Administración, en relación con las demás funciones del Estado, explica la posición preponderante que ésta ha conservado durante un largo período, en la vida de aquél. Durante la época del Estado-policía, la función ejecutiva constituía la manifestación más intensa de la actividad del Estado y tendía, muy a menudo, a apropiarse del contenido mismo de la potestad pública. Además, no era susceptible, en un principio, de ningún control judicial<sup>3</sup>.

La transformación de ese Estado policía en uno en el cual el Poder Ejecutivo queda sometido a la ley (porque ésta se impuso a todas las demás funciones estatales), se efectuó por etapas sucesivas que dependieron de las condiciones históricas y políticas de cada país. El hecho de que la justicia fuese la primera en ser sometida a la ley, es el rasgo característico de esa evolución. Los tribunales juzgaban ya desde hacía mucho tiempo “según la ley”, y subordinaban a ella las decisiones individuales, en épocas en que el Poder Ejecutivo, formado por un grupo de autoridades policivas, no se consideraba todavía obligado por la ley.

El sometimiento del Ejecutivo al ordenamiento sólo se realizó con el advenimiento del Estado de Derecho. A partir de entonces, la acción de aquél toma, por primera vez, el nombre de “acto administrativo” y adquiere un interés jurídico especial, y se convierte en el objeto principal de una nueva rama de derecho público: el Derecho Administrativo.

Justamente, es precisando la noción del Estado de Derecho como puede definirse el acto administrativo y determinar su posición exacta dentro del conjunto de las manifestaciones jurídicas del Estado contemporáneo. En nuestra materia, la noción del Estado de derecho se relaciona tanto con una teoría filosófica, sino con una puramente jurídica que se refiere exclusivamente al método según el cual actúan los órganos del Estado.

La sumisión de la Administración al ordenamiento les da una significación nueva a sus acciones. Del caos indisciplinado de las operaciones materiales de toda clase, propias del Estado policía, se desprende una noción nueva: *la del acto*

---

<sup>1</sup> Si bien podría decirse que no hay tantas diferencias respecto a lo que podríamos denominar una *teoría general del acto administrativo*, hay particularidades en las regulaciones locales que no me permiten enfocar globalmente el tema que trato.

<sup>2</sup> JELLINEK, B., *Allgemeine Staatslehre*, (Economía Política General), p. 612.

<sup>3</sup> LABAND, *Derecho Público del Reich Alemán*, p. 149.

*administrativo*<sup>4</sup>. Es decir, de un acto jurídico de naturaleza especial, que determina de antemano en qué sentido debe aplicarse la norma de derecho en un caso individual. La Administración sometida en adelante al ordenamiento no procede ya a su aplicación en los casos individuales por operaciones materiales inmediatas, sino que debe actuar por una declaración previa sometida a una forma determinada, que significa que el caso individual en cuestión ha sido analizado por aquella, que cabe dentro de la disposición normativa en que se fundamenta y que ha decidido ejercer en tal caso y de tal modo, su poder. Esta declaración liga recíprocamente a la Administración y al particular; por virtud de esta relación, el último se verá sometido a actos materiales inminentes que buscarán alcanzar la realización del contenido del acto en el mundo material. Por su lado, la Administración está obligada a conducirse en adelante de acuerdo con esa declaración y abstenerse de todo acto material que no esté acorde con ella.

De esta manera, entre la situación material que encaja dentro de la norma y la medida de ejecución que produce el efecto material deseado por la aplicación de esa norma sobre la situación en cuestión, se interpone necesariamente un acto jurídico que es la base de la operación material de ejecución.

Queda claro que se crea una relación entre las operaciones materiales y los actos jurídicos. La operación material está sometida al acto jurídico como este último está subordinado a la regla de derecho<sup>5</sup>. Sin embargo, podrían señalarse casos excepcionales, cuando el interés general necesita un acto material inmediato sin acto jurídico previo<sup>6</sup>.

De esta forma, el acto administrativo es la fuente o el límite de todos los actos materiales a los cuales tiende todo el esfuerzo continuo de la Administración, para satisfacer las necesidades cotidianas del público.

El acto administrativo, en tanto institución jurídica moldeada con exactitud desde el punto de vista dogmático, se caracteriza por la perfecta sistemática de sus efectos jurídicos, que se manifiesta en sus funciones materiales, ejecutivas, procedimentales y jurídico-procesales. Pero no son sólo estas consecuencias en particular lo esencial, sino el básico y específico *reparto de responsabilidad*. Porque

---

<sup>4</sup> En Francia, se sirven por primera vez del término “acto administrativo” en la ley de 16 *fructidor*, año III, que prohíbe a los tribunales hacerse cargo “de los actos de administración de cualquier especie que sean”, mientras que la ley anterior de 16 de agosto de 1790, al pronunciar la misma prohibición, hablaba “de las operaciones de las entidades administrativas”. En la doctrina, se encuentra un artículo sobre “el acto administrativo”, en el Repertorio de Merlin (1812); ver RAGGI, *Sull' atto amministrativo*, en *Rivista di Diritto Pubblico*. 1917, pp. 160-161. Luego se sirven, sea del término “acto administrativo” (JEZE, DUGUIT), sea del término “decisión ejecutoria” (HAURIUO, WALINE).

<sup>5</sup> Cuando ello no ocurre nos encontramos con las vías de hecho.

<sup>6</sup> No hay que confundir esta posibilidad de actuación sin acto jurídico previo con la ejecución inmediata del acto jurídico, lo cual es “la acción directa”.

el acto administrativo es regulación, en el sentido que, por un lado, constituye un ejercicio responsable de poder de configuración por parte de la Administración, y, por otro, proporciona a los habitantes una expectativa clara de lo que va a llevarse a cabo bajo la responsabilidad de la Administración. El acto administrativo reduce la inseguridad y crea un supuesto al que pueden anudarse consecuencias jurídicas de forma sólida y segura.

Así, el acto administrativo no constituye una manifestación de poder autoritario<sup>7</sup>, sino que es una ayuda muy apreciable para las necesidades de la realidad práctica. Precisamente en épocas en las que se producen continuos desplazamientos de los límites entre los ámbitos de responsabilidad de la sociedad y el Estado, el acto administrativo es un instrumento necesario para establecer puntos de referencia claros y seguros en los ámbitos en que se produce esa convergencia, ya que la figura del acto administrativo es fundamentalmente formal.

## 2.2. *Noción*

En el caso de nuestro país no hay acuerdo en cuanto a la noción del acto administrativo. Nos encontramos ante una textura abierta, porque no se puede lograr una definición absoluta y por eso referirnos a él debemos explicar con qué alcance lo hacemos. Si utilizamos la denominación para todos los tipos de actos jurídicos de la Administración (unilateral-individual/generalo bilateral) tiene aquella una gran vaguedad, precisamente por abarcar un ámbito muy grande de dife rentes *cosas*. Por lo cual al referirse en cada caso al acto administrativo habrá que explicar de cual de esos tipos se trata.

Si, además, los actos unilaterales/particulares, los unilaterales/generales y los bilaterales tienen un régimen jurídico diferenciado y una denominación propia. la utilización unívoca de una denominación para actos con regímenes jurídicos diversos y nombres propios distintos, puede provocar erradas interpretaciones. Además de carecer de sentido.

Dentro de los actos jurídicos que producen efectos jurídicos directos pueden distinguirse claramente entre los dictados unilateralmente y los bilaterales en su formación y, dentro de aquellos a los de efectos particulares y generales, porque tienen un régimen jurídico distinto, sea en su formación o en sus alcances;

---

<sup>7</sup> La *unilateralidad* de la competencia regulativa del acto administrativo no es expresión de un estilo autoritario de la Administración. La crítica de que el acto administrativo no se acomoda a la imagen de una Administración que interviene cooperativamente no está justificada. La regulación del procedimiento administrativo con sus exigencias de solicitud previa, trámite de audiencia y deber de motivación muestra que los actos administrativos son el resultado de un entrelazamiento de relaciones comunicativas, para el cual la relación jurídico-procedimental administrativa ofrece el marco jurídico adecuado. Ese entrelazamiento se mantiene también posteriormente, salvo en aquellos casos en que su eficacia se agota instantáneamente.



en sus vicios y en su modos de extinción; etc. Si a ello le agregamos que normal y comúnmente a los actos bilaterales se los denomina *contratos* (también en otras disciplinas: civil, comercial, laboral, etc.) y a los de alcance general: *reglamentos*<sup>8</sup>, no parece útil denominar a todos esos tipos y a los actos unilaterales de alcance individual con el mismo nombre: *acto administrativo*<sup>9</sup>.

Porque de que un acto sea administrativo depende de ciertas cuestiones de competencia, formas, objeto, fines, validez, extinción, etc. De la forma en que las distintas normas de procedimiento administrativo regulan la cuestión, surge claramente que el acto unilateral/particular es el que acá tratamos como administrativo<sup>10</sup>

Por eso podemos decir, a manera de adelanto, que *el acto administrativo es aquel acto jurídico expedido en ejercicio de funciones administrativas, sometido al derecho público administrativo, y sujeto al control en un proceso judicial* (preponderantemente contencioso administrativo). Constituye el principal instrumento jurídico de la Administración Pública para la realización de sus fines, encontrándose revestido de unos atributos que se explican por el carácter que implica la actividad de aquella.

### 2.3. *El acto administrativo informático*

La específica configuración del acto administrativo tiene su enfoque en el ser humano actuante en la Administración. Como prueba de este aserto, baste la remisión al elemento – o prerequisite según otros – “voluntad” y a los diversos vicios de un acto administrativo. Los vicios de la “voluntad”; de forma; los defectos de procedimiento; la falta de motivación, etc., conducen normalmente a la antijuricidad del acto administrativo. Así las categorías de *conforme a derecho* o *antijurídico* son aplicables a las conductas humanas. ¿Pero que pasa en el caso de la máquina? La orden de “alto” de un policía puede ser antijurídica. ¿Puede serlo el “rojo” del semáforo?

Hasta ahora se considera al acto administrativo como actividad de una persona física, imputable a un “sujeto de la Administración”. Los casos en que funcionarios inhábiles dictaran actos administrativos eran de escasa relevancia; de todas formas era una actividad humana el acto de un incapaz. Las consecuencias de la misma difería según que se la considerara desde el punto de vista del Derecho administrativo, del penal o del civil.

Una fisonomía diversa presenta la decisión administrativa formada por

<sup>8</sup> Sin perjuicio de que existen actos de alcance general no normativos (ver HUTCHINSON, T., *Ley Nacional*, cit, t. I, p. 447, pero de casi nula importancia jurídica.

<sup>9</sup> Debe resaltarse que MARIENHOFF, M., *Tratado*, t. II, p. 206, nota 63 lo denomina *acto administrativo típico*.

<sup>10</sup> Las pocas normas locales que definen al acto administrativo lo hacen en esa línea.

medio de maquinas de “intensificación técnica”<sup>11</sup>. La regla común de este tipo de decisiones es la falta del control humano. Un ejemplo: la regulación del tránsito callejero mediante semáforos de funcionamiento automático. Aquí la autoridad determinó, previa medición del flujo del tránsito, las fases respectivas del “verde”, del “amarillo” y del “rojo”. Tal determinación solo pudo hacerla, el hombre, pero no es relevante; la relevancia jurídico-administrativa comienza con la puesta en marcha del semáforo. Las órdenes concretas e individuales que da la luz son actos administrativos, pero tras los mismos no se halla una actuación voluntaria de una persona, son independientes de la voluntad del funcionario actuante en la Administración.

De allí que el “rojo” y el “verde” sean tolerables aunque no aludan, por la concreta situación del tránsito, a ningún usuario concreto, situación que en el caso de un policía, solo sería concebible si fuera mentalmente perturbado.

El acto administrativo en el sentido tradicional experimenta, por la intervención de las maquinas de “intensificación técnica” una modificación tal que pierde alguna de sus características “v. gr.”, su individualidad, ya que podemos dividirlo en dos elementos: actuación administrativa de ejecución de la ley y procedimiento técnico (resultado técnico administrativo). Esa actuación y el resultado administrativo forman el concepto de acto administrativo. Al hablar de resultado técnico administrativo me estoy refiriendo exclusivamente al “producto” de la maquina.

Otro ejemplo de la no intervención de la voluntad del funcionario – mas aún, solo intervenía la “voluntad” del particular – lo demostraba, hace unos años en Buenos Aires, uno de los primeros “decisores estatales” mecánicos que ya no está en funciones y que, como dije, fue la causa de este trabajo. Ni prestó juramento – cuando empezó a funcionar escuchaba razones, no concedía audiencias, ni fue dejado “cesante” cuando cesó de funcionar. Era el “parquímetro”, un aparatito recaudador de tasas de estacionamiento. La “decisión” del parquímetro se basaba en pruebas preconstruidas, una norma clara y sencilla y un razonamiento esquemático. El propio particular – obligado – lo ponía en marcha al introducir en la máquina las monedas correspondientes al precio de la tasa de estacionamiento. La determinación del momento y del monto del depósito eran pruebas necesarias para el procedimiento y únicas que se presentaban a la maquina como estímulos externos. La otra se gestaba en el interior de ella y era la cuenta del tiempo a través de su “mecanismo”. Al vencer el plazo previsto si el automóvil aun permanecía allí, su dueño podía leer el “automático” acto

<sup>11</sup> En primer trabajo sobre el tema que denominé: *La actividad administrativa, la máquina y el Derecho administrativo* en *Revista de Direito Publico*, n° 55/56, julho-dezembre 1980, ed. Rev. dos Tribunais, San Pablo, Brasil, pp. 37 y ss, utilicé el vocablo intensidad *administrativa*. Ahora empleo el vocablo *técnico* tratando de involucrar en ese término las actividades automáticas, mecánicas, telemáticas, informáticas, etc.

administrativo: la palabra “infracción” en la boca transparente del parquímetro. Así automáticamente valoraba las pruebas, juzgaba y condenaba. Aplicaba la norma y declaraba el derecho.

Las definiciones de nuestra disciplina se hallan en una continua relación de intercambio con la práctica de la vida jurídica. Es que el Derecho Administrativo en amplias zonas de su campo de acción es dependiente de la práctica de los Tribunales y de la Administración. Los doctrinarios elabora conceptos que solo la cotidiana aplicación y la ejecución del Derecho demuestran si tienen rango vital. Las definiciones no son ni verdaderas ni falsas, son útiles o inútiles,<sup>12</sup> por lo menos, en nuestra disciplina.

Un ejemplo, típico de lo que digo es el concepto de acto administrativo. Para que conserve su practicidad, para evitar que se convierta en una forma “vacía”, desconsiderada de las realidades ha de ser sometida a la prueba de revisar su valor expresivo y de confrontarlo con la realidad administrativa.

Así pienso que aquellas definiciones que hablan del acto administrativo como “una manifestación de voluntad” o “declaración de voluntad”, o aquellas que incluyen dentro del concepto de acto administrativo a los contratos “acuerdo de voluntades” deben ser revistas a la luz de lo que dije respecto del resultado administrativo derivado de las máquinas de intensidad administrativas.

Para seguir hablando de “voluntad” en este aspecto; tendríamos que referir-la a la “voluntad declarada”<sup>13</sup> o a los factores objetivos que constituyen el procedimiento<sup>14</sup> pero nunca a los factores subjetivos.

### 2.3.1. *Motivación*

Una de las exigencias del Estado de Derecho es la fundamentación, la motivación del acto administrativo. Exigencia que se encuentra normada en el art. 7º, inc. e) de la ley nacional de procedimientos administrativos y que deriva del principio republicano de gobierno. De ello se infiere que todo acto; y con mayor razón si afecta derechos de los particulares, ha de ser motivado, como regla general, si bien la amplitud de la motivación no puede ser establecida con carácter general, aunque queda claro que debe ser tal que el afectado pueda siempre ejercer una defensa adecuada.

La tecnificación progresiva puede llevar a un detrimento considerable de la obligación de motivar los actos administrativos. Para ejemplificar esta idea remitámonos al cómputo mecánico de los servicios telefónicos. El cómputo de la tasa telefónica es un acto administrativo, ya

<sup>12</sup> GORDILLO A., *Tratado de Derecho administrativo*, Macchi, Buenos Aires, 1974, pp. I-7.

<sup>13</sup> BIELSA R., *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. II, p. 33.

<sup>14</sup> GALLO DE POMPONE C., *La voluntad en el acto administrativo*, en *Acto y Procedimiento Administrativo*, p. 58.

que el mismo órgano prestador (en nuestro caso concesionario) establece unilateralmente y con carácter final la cuantía de la misma<sup>15</sup>.

La comunicación automática y el cómputo técnico muestran un panorama complejo para el interesado. El método de cómputo escapa, prácticamente, a todo control eficaz por parte del usuario. Por lo que hace a la cuantía de las tasas, si bien la liquidación presenta las sumas finales, no permite apreciar a los usuarios cuáles son los distintos elementos o sumandos, que en el seno del operador han conducido al resultado final. Si tal cómputo de tasas es ilegal es algo que no puede ser determinado sin más, ni tampoco se halla el usuario en situación de determinar por sí mismo su legalidad.

La disputa entre el concesionario y el usuario sobre la cuantía de las tasas no será fundamentalmente una controversia jurídica. Es decir sobre la aplicación adecuada de las normas – sino una controversia sobre el funcionamiento de los instrumentos. No significa esto otra cosa que el desplazamiento del funcionario de formación jurídica por el ingeniero – bajo su influencia se halla la programación que actúa bajo unas premisas totalmente distintas. Este supervisa el procedimiento técnico de valoración de datos; la concreción jurídica de la norma general en el caso individual carece para él de todo interés. No analiza hechos jurídicos sino datos numéricos.

Que la controversia no es jurídica y que sólo se remite a la aplicación de máquinas de calcular y registrar se hace patente en el hipotético caso de que algún usuario pudiese llevar un control de sus comunicaciones por medio de un contador automático. Si en ese caso difiere la suma calculada por el usuario de la estimada por la prestadora, la contienda sólo puede ser resuelta por medio de un examen técnico de los dos contadores.

Si falta el contador para el control de parte del usuario, éste apenas podrá aportar la prueba de la inexactitud de la cuantía de las tasas. Por ello pienso que en cuanto a la alegación de hechos, en un recurso presentado contra el “resultado administrativo”, las exigencias deberían ser menores. Para ello es inevitable deducir algunas consecuencias respecto a la “carga de la prueba”. Habría de bastar que el usuario alegara la inexactitud de la cantidad exigida, habida cuenta de que no está en condiciones de aportar pruebas concretas del cálculo mecánico defectuoso.

### 2.3.2. Defectos de “procedimiento”. Vicios

El ejemplo que he dado, me parece, confirma la duda que ya planteaba acerca que las categorías de que la actuación de la Administración “conforme a derecho” o

<sup>15</sup> GORDILLO A., *El acto administrativo*, 2ª ed. Bs. As. 1969, p. 114., quien define al acto administrativo como la “declaración unilateral realizada en ejercicio de la administrativa que produce efectos jurídicos directos de alcance individual.

“antijurídica”, necesitan ser completadas en el caso del empleo de las máquinas de “intensificación técnica”. No es menester resaltar que la teoría del acto administrativo viciado sólo piensa en vicios que puedan ser reconducidos una persona actuante en nombre de la Administración. Pero de esta premisa no podemos partir en el supuesto de las máquinas que aquí considero. El defecto técnico de una de estas tiene en este caso una importancia individualizada. La existencia del mismo en el caso de que sea de una entidad tal que produzca un error en la “aplicación del derecho”, sólo puede ser determinado por el ingeniero no ya por el jurista.

El control de la Administración por los medios jurídicos es desplazado por la vigilancia técnica de un procedimiento mecánico o informático. La conclusión del control de esa naturaleza nada puede decir acerca de la juridicidad o anti juridicidad, sino solamente sobre la corrección o imperfección técnica del procedimiento.

Supongamos aun juez que deba decidir sobre la disputa acerca de la cuantía de las tasas; sólo podría decidir que, en virtud de la norma correspondiente, ha de pagarse una cantidad determinada por cada comunicación. Pero sobre esto no existe controversia alguna; sólo se discute con respecto a los errores del cómputo técnico.

### 2.3.3. *Discrecionalidad*

Pareciera que hablar de “facultades discrecionales o regladas” sólo tendría sentido si entendemos al hombre actuante, pues sólo puede haber discrecionalidad en la esfera estimativa o valorativa.

Sin embargo, una receptividad para los modernos aparatos técnicos aparecerá allí donde los procedimientos de trabajo se repitan en gran número y con características especialmente idénticas. Cuanto más se logre estandarizar o “confeccionar en serie” el procedimiento de trabajo realizado por un individuo, tanto mayor será la posibilidad de que esos trabajos se repitan, y mayor será la tendencia a confiar al aparato mecánico la realización de dichos procedimientos masivos.

Si dentro del ámbito de las “facultades discrecionales” cabe alojar procedimientos generalizables, le será aplicable la utilización de máquinas de “intensificación técnica” lo mismo que a las regladas.

Piénsese que, dentro de ciertos límites, una decisión política – y esto significa decidir sobre la oportunidad el mérito o conveniencia – puede ser comparada con la de un jugador de ajedrez. Como en este caso tiene cierta importancia el conocimiento de la situación presente del “juego” y la previsibilidad más exacta posible de los efectos de la “jugada”, en lo que respecta a la decisión que habrá de tomarse. La información – conocimiento de la situación y consecuencias y su transformación en decisión son importantes tanto para el administrador como

para el “jugador”, Si la Administración, gracias a las máquinas calculadoras se convierte en el “jugador” mejor informado esto significa un acrecentamiento potencial de poder.

#### 2.3.4. *Responsabilidad*

En general, se puede afirmar que la atención del ordenamiento jurídico, en presencia de un fenómeno lesivo, no se dirige siempre hacia el comportamiento causante del daño para determinar su eventual antijuricidad, sino que, una vez determinada la antijuricidad del hecho dañoso ha provocado puede ser valorado mediante alguno de los criterios de atribución – culpa, riesgo, etc. El juicio de responsabilidad no tiene como fin la determinación de las modalidades concretas de un determinado suceso dañoso, sino la imputación del ciclo natural de causación del hecho mismo,<sup>16</sup> no siendo la actividad del hombre la que constituye el único medio para la imputación subjetiva de los efectos.<sup>17</sup>

En el caso el criterio de la culpa es ‘insuficiente y funcionalmente inválido para originar la responsabilidad de todos aquellos daños que son provocados por actividades organizadas cuyo ejercicio se caracteriza por una cierta continuidad<sup>18</sup> tal como ocurre caso de daños producidos por estas máquinas de “intensificación técnica”. Y esto no sólo por razones lógico-formales, o sea, por la imposibilidad de imputar una culpa – al ser la culpabilidad un estado psicológico inherente a las personas físicas, una cierta manera de ejercicio de la capacidad de entender y de querer correspondiente exclusivamente a las personas físicas – sino también por razones estrictamente funcionales relativas a la inservibilidad que caracteriza al criterio de la culpa en los casos en que los daños son, en cierto modo, anónimos y potencialmente existentes en el desarrollo de actividades organizadas.

Si la Administración se sirve de tales máquinas en mérito a las diversas ventajas que le brindan, tiene que soportar el riesgo de los fallos técnicos que son causa de daños, y tomar a su cargo la reparación de los mismos. Es cierto que los aparatos modernos causan menos errores que el hombre en la realización del trabajo, pero no hay que excluir la posibilidad de errores – el desgaste excesivo de las escobillas de contacto puede dar lugar, al pasar la escobilla por la perforación, a resultados falsos.

El elevado costo de la adquisición o el alquiler de estas máquinas, y la gran capacidad de las instalaciones de cálculo, favorecerá, cada vez más, la colaboración entre diversos sujetos estatales. La distinción entre “actuación” y “resultado administrativo” adquiere así importancia práctica, en lo que se refiere a la responsabilidad. Será importante en este aspecto como haya de ser regulada la

<sup>16</sup> RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*. Milano, 1964, p.108.

<sup>17</sup> RODOTÀ, ob. cit., p. 122.

<sup>18</sup> DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público*, (trad. Española), Madrid, 1915, p.342.

responsabilidad del técnico. Si se opta por la teoría de la utilización, corresponderá al dueño de la máquina la responsabilidad por daño derivada del “resultado administrativo”, si por aquella se paga un canon o alquiler para determinados cómputos. En lo que se refiere a la lesión del deber de funcionario – por parte del técnico – la situación será distinta y deberá estarse a la regulación específica.

### 3. *Conclusión*

El jurista está obligado a observar los hechos reales, a fin de no perder nunca el contacto con la realidad. El especial atractivo del Derecho Administrativo, estriba en su capacidad de adaptación a las situaciones nuevas. La utilización de máquinas de “intensificación técnica” condiciona un nuevo estudio de situación y una adecuada adaptación de nuestro ámbito jurídico.

La finalidad de este trabajo fue exponer algunas ideas a modo de incentivo para un ulterior ahondamiento de su problemática por los estudiosos de la materia. Se podrá disentir con algunos argumentos que aquí vierto, pero lo que no puede ponerse en duda es la relevancia de la tecnificación y su influencia sobre la Administración y el Derecho Administrativo.

Si esto es bueno o malo es cuestión que escapa al exa men que aquí intento. El progreso técnico no es algo ni bueno ni malo por sí mismo, sino por la forma en que se lo emplea y por las consecuencias que de este empleo derivan. Convenirá que los abogados hagamos un examen de conciencia y estemos preparados para conducir la transformación con lucidez.

### **Abstract**

The informatic administrative act

by Tomás Hutchinson

Starting from the notion and elements of administrative act, the author poses the question of the possible adaptation of the “traditional” categories and rules to the modern concept of informatic administrative act. This effort represents a challenge for scholars, in order to understand whether the nature of administrative law may become a special attitude to transformation and adaptation





## A proposito di un recente libro di Franco Gaetano Scoca sul brigantaggio postunitario

di Marco Mazzamuto

SOMMARIO: 1. La causa “sociale” del brigantaggio ignorata dal Governo. – 2. La politica repressiva e la violazione delle guarentigie statutarie. – 3. La contrapposizione tra Nord e Sud.

### 1. *La causa “sociale” del brigantaggio ignorata dal Governo*

Si tratta di un libro<sup>1</sup> di particolare fattura non solo per la complessità dell'argomento, ma anche per la provenienza dell'Autore, che non è uno storico, bensì, come è noto, un giurista di primo rango, tra i più importanti studiosi italiani di diritto amministrativo.

Il brigantaggio postunitario costituisce un tema da sempre assai controverso, tra momento assiologico, a volte fortemente polarizzato, nel segno della retorica risorgimentale o delle lamentazioni meridionaliste, e più distaccata presa d'atto di ulteriori acquisizioni della ricerca storica.

Il libro non manca di entrambi i profili.

Vi è anzitutto un contributo ricostruttivo calato sulla specifica fonte del dibattito parlamentare, la cui analiticità e compiutezza non sembra avere riscontri nella letteratura in materia. Già, sotto questo profilo, il lavoro presenta un prezioso valore aggiunto. Né costituisce un ostacolo che si tratti di un giurista prestato alla storia, anzi, tutto al contrario, è proprio il ferreo controllo delle implicazioni tecnico-giuridiche che consente, per la natura delle fonti considerate, un grado di approfondimento cui difficilmente potrebbe pervenire lo storico *tout court*.

In secondo luogo, l'A. non si ferma al momento ricostruttivo, ma rappresenta con chiarezza, anche alla luce delle indagini effettuate, i propri convincimenti sullo svolgersi di queste vicende e sulle responsabilità delle istituzioni italiane, non rinunciando dunque a prendere posizione su una spinosa e ancora irrisolta *querelle*.

Il libro sembra fondarsi su almeno tre corde, tra loro intrecciate: una corda autobiografico-familiare, una corda di ricostruzione storica ed una corda giuridica.

La corda autobiografico-familiare.

Al lettore si offre immediatamente una epigrafe destinata al “nonno Gaetano”, che visse quelle vicende storiche in un borgo dell'Alta Irpinia (Calitri) per

---

<sup>1</sup> F. G. SCOCA, *Il brigantaggio postunitario nel dibattito parlamentare 1861-1865*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

il quale ebbe perfino a transitare la famosa banda Crocco. Non si tratta di una semplice dedica. In una decina di righe, sono già anticipate le linee conduttrici del libro.

La questione sociale: il “nonno” era “un contadino povero e piccolo artigiano”, “uomo timorato di Dio”, “dedito al suo faticoso lavoro e alla sua numerosa famiglia”, non dunque un brigante, ma un uomo del popolo “sensibile ai problemi sociali dei suoi tempi”.

L’ingiustizia della repressione: un buon uomo, come molti suoi consimili, che “non meritava di essere ritenuto componente di un ‘proletariato selvaggio’ dagli sprezzanti italiani calati dal nord”.

La corda della ricostruzione storica e la corda giuridica.

Mi pare qui che l’analisi sia articolabile su due piani, un primo più lineare, almeno nelle interpretazioni dell’A., un secondo assai più problematico e, a nostro avviso, sostanzialmente irrisolto.

Il primo profilo attiene alla “causa” del brigantaggio. La questione è notoriamente assai complessa e nessuno nega il concorso di una molteplicità di cause (legittimismo, questione sociale, criminalità), semmai nelle diverse ricostruzioni può emergere un giudizio di prevalenza.

L’A. prende recisamente posizione per la tesi che attribuisce primazia, tra le varie cause, a quella “sociale”. Garibaldi poté avanzare con il sostegno popolare, sino ad entrare a Napoli “in carrozza, senza alcuna scorta”, e fu l’inadempimento delle promesse garibaldine da parte dei piemontesi, ed in particolare la mancata distribuzione dei beni demaniali, ad essere la “causa prima” della reazione popolare (p. 18 ss. e 144). E tanto gli si attribuisce un rilievo primario da far ipotizzare all’A. che, se si fossero adottate misure volte a fronteggiare il malessere sociale, in luogo di inutili e ingiuste misure repressive (v. infra), “la fine del brigantaggio sarebbe stata a portata di mano” (p. 81).

Inevitabile la stigmatizzazione dell’attitudine perpetrata dalle istituzioni, che peccarono di omissione, specie a seguito dei risultati della Commissione d’inchiesta Massari, che rendevano esplicito, tra l’altro, anche il rilievo della questione sociale.

Il discorso è poi interamente concluso, poiché si individuano non meno le ragioni che possono avere indotto ad una siffatta sottovalutazione. La classe politica nazionale preferì stringere l’alleanza con i cd. galantuomini del meridione (p. 149) e, del resto, lo stesso organo democratico-rappresentativo, la Camera dei deputati, era pur sempre espressione di uno stato censitario. Già nelle prime pagine introduttive si evoca significativamente la composizione del Parlamento offerta da Ferdinando Petruccelli della Gattina: “Vi è tutto, il popolo eccetto”.

La tesi prospettata non è certo pacifica, come dimostrano taluni recenti studi storici che tendono invece a privilegiare la causa “politica” (Lupo 2011). Ma, al di là di questa complessa questione interpretativa, vi è comunque da dubi-

tare che l'indebitato staterello sabauda, trovatosi improvvisamente di fronte ad un gigantesco territorio, frutto delle fulminee conquiste garibaldine ed in un inevitabile stato di caos in ragione della caduta delle istituzioni borboniche, avesse, anche a volerlo fare, le risorse finanziarie, progettuali e organizzative per gestire con "immediatezza" delle politiche pubbliche di sviluppo socio-economico del meridione, inclusa, in ipotesi, la "attuazione" delle promesse di distribuzione dei beni demaniali. Non è, ad es., privo di significato, come ricorda lo stesso A. (p. 24), che, nella seduta del 3 aprile 1861, il ministro dei lavori pubblici ebbe a confessare che i progetti di opere pubbliche per il Mezzogiorno, "non erano affatto pronti per essere realizzati". E finché un tale dubbio non venga sciolto, non ci pare che si possa *de plano* condannare la lamentata omissione delle istituzioni.

Bisognerà attendere perché lo Stato nazionale, pur, se si vuole, privilegiando gli interessi del Nord, potesse dare progressivamente spazio a politiche di promozione delle condizioni socio-economiche del meridione.

Ci piace, del tutto esemplificativamente, evocare al riguardo, anche per un qualche campanilismo disciplinare da giuspubblicista, il nostro Vittorio Emanuele Orlando, altro avo, questa volta accademico, dell'A.. In un saggio del 1883 sulla riforma elettorale, l'antico Maestro, allora poco più che ventenne, sembrò chiaramente prediligere, e con uno sguardo territorialmente più ampio, la causa "sociale": "L'ignoranza più supina, la mancanza di ogni sviluppo e di ogni spirito di audaci imprese.....soprattutto il disagio economico, la terribile miseria, specie nelle Romagne, in tutto l'antico Regno, nella Sicilia, costituiscono nelle nostre basse popolazioni uno stato patologico ancora latente ma che si manifesta non di meno bruscamente con l'internazionalismo delle Romagne, il lazzarettismo nella Toscana, colla camorra nel napoletano, col brigantaggio nella Basilicata, colla mafia in Sicilia ed insieme e dovunque colla generale emigrazione, e con quella spaventevole cifra di delitti contro le persone e la proprietà, triste prerogativa dell'Italia sulle altre nazioni". Non meraviglia dunque che, come è noto, Orlando fu propugnatore di politiche sociali e, ad es., nella sua veste di ministro della pubblica istruzione (1903-1905), realizzò una riforma della scuola primaria con la quale estese l'obbligo scolastico dal nono al dodicesimo anno d'età.

## 2. *La politica repressiva e la violazione delle guarentigie statutarie*

Il secondo profilo, come dicevamo, è quello più problematico e irrisolto: la cruda politica repressiva, ovvero sia il peccato, questa volta, commissivo delle istituzioni. Se l'insensibilità per la questione sociale può ancora razionalmente ascrivere ai limiti di uno Stato censitario o, per usare le parole del diretto Maestro dell'A. (Massimo Severo Giannini), di uno Stato monoclasse, mal si comprende come in uno Stato di diritto liberale si siano potute violare in modo così

appariscente le garanzie fondamentali dei cittadini. Gli interrogativi sono infatti subito posti all'inizio del libro: "mi sono chiesto come mai il Parlamento nazionale, liberale, e in modo particolare la Camera dei deputati, democraticamente eletta, abbia ritenuto di poter approvare misure liberticide"; "mi son chiesto ancora come sia stato possibile che il Parlamento tutto non abbia sanzionato con la dovuta indignazione il modo in cui le truppe colà inviate dal Governo di Torino si erano comportate per anni, prima della legge Pica, ..., uccidendo sul posto, senza processo, briganti o presunti tali". In altre parole, "se il brigantaggio non è stata una vicenda da esaltare, altrettanto, e forse peggio, fu il modo in cui venne combattuto" (p. 11 ss.).

E' proprio qui che, attraverso gli atti parlamentari, entra pienamente in campo la maestria giuridica dell'A., che si tratti di discettare del fondamento giuridico delle dichiarazioni di stato d'assedio, della costituzionalità della legge Pica, dalle sue proroghe alla sua applicazione estensiva, mentre le leggi d'eccezione dovrebbero essere soggette a stretta interpretazione, e ad una applicazione estensiva che inoltre, in violazione del principio di eguaglianza, discriminava tra regioni, o della previsione di poteri di polizia (domicilio coatto) per fronteggiare i sospetti (manutengoli) senza alcun controllo giurisdizionale, o ancora della mancata dimostrazione della sussistenza di un effettivo stato di necessità che avrebbe, in ipotesi, potuto giustificare una sospensione delle garanzie statutarie, tanto più nella fase delle proroghe, quando il fenomeno del brigantaggio appariva ormai recessivo.

Il dibattito parlamentare non fu affatto estraneo a questo ordine di perplessità, ma fu la tesi favorevole alle misure eccezionali a prevalere e soprattutto questa tesi prevalse senza che fossero stati apportati, sia sul piano giuridico, sia sul piano della razionalità delle scelte, argomenti plausibili, arrivando persino a volte a non onorare lo stesso contraddittorio, così, ad es., quando "fu semplicemente ignorato", l'argomento, che l'A. ritiene "molto forte", di Riccardo Sineo, che contestava la costituzionalità di tribunali speciali, quelli militari, perché privi del requisito della inamovibilità e perché operanti solo in alcune province (p. 211).

Lo sforzo di analisi è completo e puntuale, ma gli interrogativi iniziali non trovano certo appagamento e rimane così del tutto confermata la contraddizione interna ai principi dello Stato di diritto liberale. Tanto è vero che delle questioni messe in campo, dal bruto fatto della repressione alla costituzionalità delle misure giuridiche sopravvenute, si arriva infine a prospettare, e soltanto per la prima di esse, una debole ipotesi: "Ci si deve chiedere quale sia stata la ragione per la quale il Governo abbia tollerato per più anni il comportamento illegale ed incivile delle truppe; si può trovare la risposta (è una ipotesi) nella considerazione di cui godevano, sul piano politico, oltre che quello militare, il generale Cialdini e, in particolare, il generale Lamarmora" (p. 320).

Questo secondo asse portante del libro non è tuttavia nel complesso con-

vincente. Non si tratta di mettere in discussione i contenuti del suo svolgimento, che, specie sotto il profilo giuridico, sono in sé ineccepibili, bensì quella che ne è la premessa maggiore.

L'unità d'Italia si consumò anche attorno ad una ambigua presunzione, ovvero sia che il popolo italiano fosse già una realtà esistente, sicché vi erano da rimuovere solo gli ostacoli istituzionali. Una volta cancellati gli stati pre-unitari, unità di popolo ed unità di ordinamento sarebbero naturalmente coincisi. E un tale convincimento poté, invero del tutto temporaneamente, sembrare confermata dal consenso che incontrò Garibaldi nella sua spedizione e, in misura minore, dagli artefatti plebisciti di annessione.

Ma si trattava di una presunzione alquanto lontana dalla realtà. Più verosimile era la massima attribuita, non importa qui se correttamente o meno, a Massimo d'Azeglio: "Fatta l'Italia, bisogna fare gli italiani".

L'impressione è che il nostro A. sia stato condizionato dalla medesima presunzione, sicché, fatta l'Italia, tutto potesse essere immediatamente composto nell'ordinarietà e che in particolare, sempre con immediatezza, i meridionali potessero godere *pleno iure* dello status di cittadini del Regno d'Italia. Con una siffatta premessa maggiore, le violazioni dello Stato di diritto appaiono inevitabilmente ingiustificate: "Risulta davvero incomprensibile come questo comportamento di militari italiani nei confronti di civili, *anch'essi italiani*, possa essere stato tollerato" (p. 225: corsivo ns.) e, coerentemente, financo nei confronti di delinquenti, che "seppur briganti, *come cittadini italiani*, avrebbero avuto diritto alle guarentigie statutarie" (p. 318: corsivo ns.).

Il discorso prende invero tutta altra direzione se invece si assume a parametro di riferimento non la presunta vicenda "interna" di un Regno d'Italia che si vorrebbe compiuto d'incanto come Stato di diritto nei confronti di tutta la sua popolazione, bensì la vicenda "esterna" di uno Stato, il Regno sabauda, che procede alla occupazione di un altro Stato, il Regno delle due Sicilie, e che ha innanzitutto il problema di affermare la propria "sovranità" sui nuovi territori. Questo ci appare ineludibilmente, nel frangente storico, il punto di vista delle nuove istituzioni italiane, e poco importa che si voglia poi colorare questi eventi in termini di rivoluzione, guerra civile o quant'altro.

Si comprende allora che non si sia andati troppo per il sottile nel condurre la repressione o nell'usare disinvoltamente le leggi eccezionali, e ben al di là del problema del brigantaggio (ad es., nel caso dei renitenti alla leva), così come si ha difficoltà a condividere la meraviglia dell'A.: "fa davvero impressione venire a sapere che per combattere poche centinaia di malfattori furono impiegati fino ad oltre centomila uomini" (p. 294) o che "l'esercito piemontese si comportò sovente come truppa di occupazione" (p. 318).

Quei centomila uomini servirono appunto ad instaurare la nuova "sovranità", intervenendo in ogni questione che a quel fine fosse ritenuta rilevante. Ed

è a ciò che si può anche facilmente ricondurre la mano libera dei generali, più che alla ipotizzata considerazione di cui avrebbero goduto “sul piano politico”.

Ecco perché ci sembra incongruo giudicare l’operato delle istituzioni italiane col metro dello Stato di diritto: si trattò di una guerra di occupazione o, se si preferisce, di consolidamento delle conquiste garibaldine.

Illuminante è al riguardo una lettera del 2 agosto 1861 inviata da Massimo D’Azeglio al senatore Matteucci: “A Napoli noi abbiamo altresì cacciato il sovrano per instabilire un Governo fondato sul consenso universale. Ma ci vogliono, e sembra che ciò non basti, per contenere il regno, sessanta battaglioni; ed è notorio che, briganti e non briganti, niuno vuole saperne. Ma si dirà: e il suffragio universale? Io non so nulla di suffragio; ma so che al di qua del Tronto non sono necessari battaglioni, e che al di là sono necessari. Dunque vi fu qualche errore; e bisogna cangiare atti o principii. Bisogna sapere dai Napoletani, un’altra volta per tutte, se ci vogliono sì o no. Capisco che gl’Italiani hanno il diritto di far la guerra a coloro che volessero mantenere i tedeschi in Italia; ma agli Italiani, che restando Italiani non volessero unirsi a noi, credo che noi non abbiamo il diritto di dare delle archibugiate”.

Ebbene di tale diritto ci si arrogò, così come di quello conseguente di instaurare il nuovo ordine sovrano nei territori annessi. Significative, al di là della valenza critica dell’intervento, le parole del deputato Ferrari nella seduta del 4 aprile 1861: “al dire del presidente del Consiglio, urgeva che l’annessione fosse fatta, che fosse immediata, che fosse incondizionata. E per quali ragioni, signori? Per ciò solo, diceva egli, che eranvi germi di disordini, che la dittatura di Garibaldi poteva presto condurre a gravissimi sconcerti, e che quindi il bisogno di un governo regolare chiedeva immediatamente ad ogni costo il predominio di Torino, il dominio del Ministero”.

Anche una guerra di occupazione, nell’*an* e nel *quomodo*, può essere ovviamente discutibile, ma si tratterebbe di tutto altro discorso e da condurre quantomeno, senza dovere necessariamente accedere all’estremo broccardo *inter armes silent leges*, con ben diversi criteri di valutazione.

### 3. *La contrapposizione tra Nord e Sud*

Ciò semmai ci consente di valorizzare un altro ordine di problemi, quello della contrapposizione tra un Nord votato alla “modernità” e un Sud ancora avvolto nella arretratezza pre-moderna, che a volte giunge quasi a segnare una sorta di differenza antropologica tra le rispettive popolazioni.

Sottintende in qualche modo siffatte dicotomie uno dei contenuti dell’epigrafe, quello degli “sprezzanti” italiani calati dal Nord che tratta-

vano i meridionali come “proletari selvaggi”. Ed è proprio con questo sentimento che, amaramente, si chiude il libro, a partire da una invocazione di Giuseppe Ferrari (“fatevi amare, e non avrete bisogno di leggi eccezionali!”): ma, conclude appunto l’A., “Non si fecero amare!”.

Non mancavano certo, in quegli anni, giudizi sprezzanti, come è il caso di un dispaccio inviato il 27 ottobre 1860 da Luigi Carlo Farini a Cavour (“che paesi son mai questi, il Molise e Terra di Lavoro! Che barbarie! Altro che Italia! Questa è Affrica. I beduini, a riscontro di questi caffoni, sono fior di virtù civile!”) o di una lettera di Marco Minghetti allo stesso Farini del 15 dicembre 1860 (“Credo che un po’ di metodo soldatesco sia medicina salutare a codesto popolo”).

Al di là di queste battute estemporanee, il tema ha avuto nel tempo serie ed impegnative disamine.

E’ sufficiente al riguardo evocare la famosa inchiesta di Franchetti sulle *Condizioni politiche e amministrative della Sicilia* (1877), dove al modello della “modernità” fondato sulle leggi, sull’eguaglianza, sui diritti e sull’esercizio non arbitrario del potere si contrappone una società siciliana basata invece su tutti altri principi: la “mancanza di un concetto di una legge e di un’ autorità che rappresenti e procuri il vantaggio comune”, sicché i Siciliani “non si considerano come un unico corpo sociale sottoposto uniformemente a legge comune, uguale per tutti e inflessibile, ma come tanti gruppi di persone formati e mantenuti da legami personali”. La conseguenza che se ne trae è che, senza la legge, questa società finisce per poggiarsi sulle clientele, sulle prepotenze ed infine su associazioni di malfattori, ossia sulla mafia. Non vi è però alcuna venatura moralistica o antropologica. È “senza fondamento il giudicare il popolo siciliano più immorale di altri” o che nell’Isola certi elementi “psicologici” siano “in proporzione diversa”: piuttosto, “si mutino prima in Sicilia le condizioni sociali, si assimilino a quelle delle società che si prendono per tipo quando si giudica la Sicilia, si sostituisca insomma la forza della Legge alla forza privata, ed allora solamente si avrà il diritto di chiedere ai Siciliani di contribuire all’ordine pubblico, e di chiamarli immorali se non lo fanno”.

Tralasciando l’antropologia criminale lombrosiana, che si premurava di collocare i meridionali tra i popoli “semi-barbari” votati alla criminalità mafiosa, e andando a tempi recenti, non è neanche mancato chi abbia sottolineato il disvalore di una società arretrata che si fonda sul “familismo amorale” (Banfield 1958).

Senza abbandonarsi ad un puro moto d’orgoglio meridionalista, gli studi storici hanno da ultimo cercato di dimostrare, liberandosi da taluni “stereotipi” sul Mezzogiorno, che la “realtà” meridionale, tenendo anche conto delle variabili regionali, fosse invero assai più variegata, niente affat-

to riducibile alle semplificazioni dell'arretratezza, dell'immobilismo, del persistere di residui feudali, del familismo amorale o della vocazione alla criminalità. In questo senso, a ben vedere, anche il Mezzogiorno presentava dei tratti che consentono di ascriverlo alla storia della "modernità" (Lupo 2015).

Questo meritevole contributo tuttavia non ci soddisfa, anzi rende palese quello che ci sembra essere un vizio di fondo della storiografia.

Ciò che muta non è il parametro valoriale di riferimento, bensì un diverso esito nella ricognizione del fatto: sussistevano cioè vari profili di aderenza di una meglio indagata realtà meridionale a quel parametro.

La storiografia, con un qualche sottointeso determinismo, ci sembra in tal senso ideologicamente avvolta da talune grandi categorie di ricostruzione delle vicende storiche che conducono ad una unilaterale e limitata visione della "modernità" in quanto rappresentazione delle società nord-occidentali. Gli aspetti di difformità rispetto a tale costrutto vengono così pur sempre relegati ad una patologia non ancora superata dalla storia, come se, per usare le parole di un sostenitore del pensiero "meridiano", il sud sia "solo un non ancora nord" (Cassano 2010).

Ciò determina un difetto di approfondimento: non ci si chiede se tali elementi di presunta patologia non abbiano ragioni più profonde nella storia delle comunità mediterranee, o di talune di esse, e se non esista anche una modernità per così dire "diversa" o "plurale" dove, a differenza della semplicità delle società nordiche, vi sia un intreccio strutturale con una risalente e persistente complessità della società meridionali. In altre parole, andrebbe specularmente verificato se non sussistano anche degli "stereotipi" della stessa modernità di cui occorre liberarsi o, più esattamente, se tali stereotipi non vadano decisamente modulati con altri contenuti non meno importanti di storie più articolate.

Limitiamoci, nell'economia del presente scritto, all'esempio del "familismo".

In Sicilia, tutt'oggi, la "famiglia" avvolge l'individuo in un vincolo sovraordinato di fedeltà. Non vi è di regola alcuna possibilità che la ragion di Stato o, più genericamente, la ragione collettiva possa prevalere in caso di conflitto sulla ragion di famiglia. Non di rado si incrociano, nella vita pubblica, persone seriamente dedite all'affermazione della legalità dello Stato, che, al momento della cura dei figli, cambiano registro. Sono tutti dei diabolici ipocriti o, peggio, affetti da mentalità mafiosa? Niente affatto. Non a caso, questi comportamenti non sono vissuti come una deroga alle regole o come un opportunismo amorale. Al contrario, essi costituiscono adempimento di un superiore dovere morale, quello appunto di cura della famiglia, sia agli occhi di chi lo compie, sia agli occhi degli spettatori. Non



è difficile assistere a commenti del genere: “Hai visto che ha fatto Tizio?”, “Che c’entra, era suo figlio”. In altre parole, quando entra in campo la famiglia, vi è una ben diversa articolazione delle priorità morali. Tanto che se un genitore dovesse irragionevolmente far prevalere la ragion di Stato, verrebbe subito sanzionato dagli spettatori: “Ma come, così trattò suo figlio?”.

Da dove deriva mai questo “familismo”? È forse un residuo feudale, da superare nel segno della modernità? Ecco la superficialità delle grandi categorie storiografiche. Ci si dovrebbe chiedere piuttosto dove si collochi il momento “identitario” dell’individuo in una società che ha attraversato dominazioni di ogni tipo. Ancor prima della nazione italiana, vi è da dubitare della stessa esistenza di un “popolo” siciliano, poiché la casella identitaria o, se si preferisce, la “patria” è anzitutto incardinata al livello familiare e a ciò che vi gravita intorno, sicché è del tutto naturale che questo insieme sia garantito dalla massima fedeltà, così come, chi collega la propria identità alla grande compagine statale non ha dubbi nel cercare di proteggere in ogni modo i propri concittadini o soldati che sono incorsi in qualche difficoltà all’estero.

Si dovrebbe allora verificare la ricorrenza di una “altra” modernità dove vi è un intreccio complesso di fedeltà, che si compone gradatamente e gerarchicamente a partire piuttosto dal basso, dalla “prima” casella identitaria, che dall’alto, dalle identità più ampie di secondo grado.

Ed è un puro pregiudizio, frutto degli “stereotipi” della modernità, che una siffatta composizione sia di per sé produttiva di patologie: vi sono certo le patologie, come le associazioni criminali, ma vi è anche la creazione di una sfera di rispetto tra le famiglie e tra le amicizie, densa di contenuti etici e che ha la particolarità di sorgere non dallo schema semplificato delle grandi collettività, dell’unità di popolo e di Stato, ma da un’arte sofisticata di temperamento sociale degli interessi. Anzi, vi sarebbe molto da discutere se le modernità meridionali non siano nel complesso ben più civili della modernità nordica.

Non può dunque che concludersi nel senso di condividere *toto corde* la lamentazione consegnataci nella citata epigrafe del libro in commento, ovvero sia di stigmatizzare la del tutto presunta superiorità degli “sprezzanti” italiana calati dal Nord.

**Abstract**

About a recent book by Franco Gaetano Scoca  
on post-unitarian brigandage

by Marco Mazzamuto

The paper deals with the causes of brigandage in the early years of Italian unification and the Government reaction by discussing the recent opinion expressed by Franco Gaetano Scoca. The paper also touches on the relationship between “modernity” and Southern societies.

# La acción de lesividad en el nuevo orden jurídico

di Natalia Mortier

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Breves apuntes del control de convencionalidad. – 3. Acción de lesividad. – 4. Suspensión de efectos. – 5. Prescripción. – 6. Reconvencción. – 7. Corolario.

## 1. *Introducción*

Entre las formas de extinción del acto administrativo se encuentra la declaración de nulidad. En el sistema argentino, la nulidad se puede producir en sede administrativa o judicial. Veamos cómo es el sistema.

En sede administrativa, el particular cuenta con un fugaz plazo de 15 días para *recurrir administrativamente* el acto, de lo contrario adquirirá firmeza.<sup>1</sup> Esta firmeza implica en los hechos cosa juzgada administrativa y judicial ya que el particular no podrá luego impugnar judicialmente el acto administrativo.

La Administración, por su parte, frente al acto nulo debe *revocarlo por ilegitimidad*<sup>2</sup> en su propia sede siempre que respete las limitaciones que surgen del artículo 17 del decreto-ley de procedimientos administrativos 19.549 (en adelante “DLPA”) en cuanto prevé que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad en sede administrativa siempre que no estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Un sector de la doctrina y la Corte Suprema<sup>3</sup> han entendido que incluso en este último supuesto el acto podría ser revocado en sede administrativa si el interesado hubiera conocido el vicio, aplicando así las pautas que el artículo 18 del DLPA reserva para el acto regular.

En sede judicial, el administrado deberá animarse a una verdadera carrera de postas ya que en el brevísimo plazo de 15 días antes mencionado debe *agotar la vía administrativa* para luego, en el austero plazo de 90 días iniciar la *acción judicial de impugnación de acto administrativo*. En los hechos, la prescripción de su acción se produce a los 15 días de notificado del acto administrativo.

---

<sup>1</sup> Luego, tampoco podrá impugnar judicialmente el acto en los términos del artículo 23 inc. a) del DLPA.

<sup>2</sup> En Argentina un gran sector de la doctrina prefiere emplear el vocablo “anulación” para el supuesto en que el Estado deja sin efecto un acto por razones de *ilegitimidad*, reservando el término “revocación” para los casos en que lo hace por razones de *oportunidad, mérito y conveniencia*. Ampliar en A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, capítulo VI, *Fundación de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 9ª ed., 2007.

<sup>3</sup> CSJN, “Almagro”, 1998, Fallos 321:169; “Rincón de los Artistas”, 2003, Fallos 326:3700.

Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia han entendido que el Estado puede solicitar *sine die* la anulación judicial de su propio acto al amparo del anterior artículo 1047 del Código Civil, actual artículo 387 del Código Civil y Comercial Unificado, aspecto sobre el que volveremos más adelante. Esta acción del Estado se conoce como acción de lesividad. De modo que tenemos un sistema legal en el que por razones de seguridad jurídica, el acto debe ser recurrido en un plazo fugaz independientemente de la entidad de vicios que lo afecte; mientras que, por razones de orden e interés público el Estado puede pedir judicialmente la anulación del acto en cualquier momento porque el acto afectado de nulidad absoluta es imprescriptible<sup>4</sup>.

Las mismas razones de orden público fueron a su vez, invocadas por el Máximo Tribunal a fin de sostener todo lo contrario en 1936, al señalar que “el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inmovibles” ya que “de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible”<sup>5</sup>.

La idea de este trabajo es reflexionar nuevamente sobre estos aspectos a la luz de la plataforma convencional de derechos individuales que emerge de la incorporación a la constitución nacional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante Tratados IDH) en los que la Argentina es parte.

Es decir, confrontar a la luz de dichas pautas internacionales que, frente al acto absolutamente nulo el administrado se enfrenta a plazos brevísimos con consecuencias fatales, mientras que la Administración puede solicitar la anulación judicial de por vida, plazo que el derecho argentino reserva para situaciones de graves violaciones de derechos, como las de lesa humanidad o las cuestiones de familia.

Tampoco es acertada la construcción y justificación de algunos institutos del derecho administrativo desde la única mirada del interés público y la preservación de las potestades públicas como fin en sí mismo, olvidando que es la realización en concreto de la felicidad del hombre mirada en su triple dimensión de intereses – individuales, colectivos y sociales – la que otorgará contenido real a la noción del bienestar general. Pero claro, quizás todo inicia y todo termina en saber formular al estudio del derecho administrativo desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico que en su centralidad adopta a la dignidad del hombre y su libertad en un marco de igualdad social. La aproximación, en tal mirada, se acompaña generalmente con la clásica deferencia hacia las potestades administrativas a las que se subordinan los derechos del administrado en pos de satisfacer el interés público en juego. Todo ello sobre la base de alegaciones frecuentes a razones de alta política estatal o fin público esencial.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> CSJN, “Los Lagos”, 1941, Fallos 190:142.

<sup>5</sup> CSJN, Carman de Cantón, 1936, Fallos: 175:371.

<sup>6</sup> P.Á. GUTIÉRREZ COLANTUONO, *Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden*, La ley de 3 octubre de 2012, 8 – LA LEY2012-E, 592; Cita Online: AR/DOC/4998/2012.

## 2. Breves apuntes del control de convencionalidad

A partir de la reforma constitucional de 1994 se produjo, a través del nuevo artículo 75 inciso 22 la incorporación a nuestro sistema constitucional de los referidos Tratados IDH, con sus vastas cartas de derechos y los principios que surgen de las opiniones consultivas de sus órganos de aplicación e interpretación integran el derecho constitucional argentino. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>7</sup>. A partir de allí, comenzó a hablarse del control de convencionalidad cuando el juez declara que una norma no se ajusta a un Tratado IDH. Si bien cierta doctrina ha criticado la denominación, por tratarse, en definitiva, de una declaración de inconstitucionalidad, pareciera metodológicamente útil para el estudio del derecho – aunque no solamente<sup>8</sup> distinguir entre ambas categorías.

Control de convencionalidad es el término utilizado por la Corte Internacional de Derechos Humanos, y son llamados a ejercerlo todas las autoridades de los estados parte independientemente de su sistema judicial<sup>9</sup>, incluso en forma oficiosa<sup>10</sup>. En efecto, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana<sup>11</sup>. Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver entre otros, “Giroldi” (Fallos 318:514), “Esposito” (Fallos: 327:5668), “Rodríguez Pereyra” (Fallos 327:3753). En este último caso, el alto tribunal destacó que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado, dado que resultaría un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención, incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad; impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

<sup>8</sup> En los términos “gordillistas” de la expresión, en tanto nos parece una clasificación útil.

<sup>9</sup> Corte IDH en “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

<sup>10</sup> CSJN, en “Rodríguez Pereyra José Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia del 27 de noviembre de 2012, *Fallos*: 335:2333.

<sup>11</sup> “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, doctrina reiterada en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1 de septiembre de 2010); “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaiá’) vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010) y “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (del 26 de noviembre de 2010).

<sup>12</sup> “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” del 29 de noviembre de 2011.

Así, el control de convencionalidad en los propios términos de la Corte IDH genera en los jueces del Estado (y en rigor, en todas sus autoridades) que ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos la obligación de garantizar que los efectos del derecho emanado de la Convención no se vea restringido en el ámbito local. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana, tal como reiteradamente lo ha afirmado la Corte Suprema.

Tal control permite, entonces, de oficio constatar en el caso concreto la adecuación interna del obrar estatal a los estándares del sistema americano de Derechos Humanos. Más y mejores calidades de derechos para los ciudadanos son el eje que propone cualquier sistema de derechos humanos irradiando obligaciones hacia las estructuras estatales principalmente.<sup>13</sup>

A su vez, cabe recordar que en caso de que se produzca una trasgresión interna a las convenciones internacionales de derechos humanos, el caso podrá ser planteado ante los órganos jurisdiccionales de aplicación de aquéllos, lo que eventualmente podría generar responsabilidad internacional del Estado argentino. Esta particularidad también amerita una distinción semántica entre inconventionalidad e inconstitucionalidad.

Por último, y no menos importante, creo necesario destacar que este nuevo derecho internacional, en el que no existen inmunidades de poder, prerrogativas de interés público ni facultades exorbitantes, renueva, refresca y hasta pone en crisis conceptos remanidos del derecho administrativo que incluso han perdido vigencia en el derecho comparado (España e Italia son un buen ejemplo). Esta sola razón amerita por sí sola la distinción entre convención y constitución, y puede contribuir con la fuerza arrolladora del orden internacional al florecimiento de un nuevo derecho administrativo, que hoy se vislumbra como indispensable.

### 3. *Acción de lesividad*

Existe un principio general o regla de interpretación constitucional que consagra la presunción de validez de los actos estatales<sup>14</sup>, de tal modo que toda ley se considera constitucional, toda sentencia se considera válida y todo acto de la Administración se considera legal<sup>15</sup>. En este entendimiento, la presunción de legitimidad es una presunción de regularidad, de validez<sup>16</sup>, es decir, conformidad

<sup>13</sup> P.Á. GUTIÉRREZ COLANTUONO, *Derechos*, cit..

<sup>14</sup> Del mismo modo en que lo hace la Ley de procedimiento administrativo italiana 241 del año 1990.

<sup>15</sup> B. FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1968, 292.

<sup>16</sup> Conf. DROMI, JOSÉ ROBERTO *Presunción de legitimidad*, en ob. conj. *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1975, 80.

con el ordenamiento jurídico vigente que le resulta aplicable al acto<sup>17</sup>. Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia se dividen entre quienes reconocen al acto nulo presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, y quienes sólo reconocen lo primero o sólo el segundo carácter<sup>18</sup>. La Corte Suprema en el caso Pustelnik<sup>19</sup> (1975) señaló que el acto irregular que ostenta un grave error de derecho carecía de presunción de legitimidad. Gordillo afirma que es irrazonable otorgar ejecutoriedad a un acto manifiestamente nulo, de modo que sostiene que el principio general en estos casos es que el recurso suspende los efectos del acto.

Según el artículo 17 del DLPA el acto administrativo afectado de nulidad absoluta (irregular) que hubiera generado prestaciones que estuvieran en vías de cumplimiento solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad. Esta acción en la que el Estado es actor se conoce como acción de lesividad.

De acuerdo con el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Administración está obligada a interponer la acción de lesividad. Es que frente al acto administrativo irregular firme y consentido que generó derechos subjetivos en cumplimiento, la Administración no puede dejar subsistente tal irregularidad, y debe pedir su anulación judicialmente<sup>20</sup>. La doctrina también afirma que la promoción de la acción “un deber de cumplimiento inexcusable que incumbe a la autoridad administrativa” ya que “no es lógico ni axiológicamente concebible que la Administración pueda válidamente decidir, expresa o tácitamente (en este caso por simple inercia) la no impugnación judicial de un acto administrativo ‘irregular’, dejando subsistente, de ese modo, los ilícitos efectos producidos por dicho acto”.<sup>21</sup>

La acción de lesividad en Argentina es aquella demanda contencioso administrativa que entabla el Estado con el objeto de que se declare judicialmente la nulidad de un acto administrativo.

Calificada doctrina la ha conceptualizado como “aquella que sólo puede ser esgrimida por la Administración Pública para reclamar la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos que no puede revocar en su sede por hallarse vedada esa facultad en las leyes respectivas”<sup>22</sup>.

Si bien la ley obliga la interposición de la acción para obtener la nulidad de actos administrativos que generaron derechos en vías de cumplimiento, no lo

---

<sup>17</sup> La circunstancia que determina la validez de un acto administrativo consiste en la correspondencia de éste con el derecho objetivo vigente al momento de su dictado, ésta es la esencia del principio de legalidad de la actividad administrativa, como lo destaca la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes: 126:27; 203:47).

<sup>18</sup> Ampliar en A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, capítulos V y VI, cit..

<sup>19</sup> CSJN, Fallos, 293: 133.

<sup>20</sup> PTN, Dictámenes: 183:275; 200:133; 205:128; 92:170; 170:155; 207:517; 182:170; 206:141.

<sup>21</sup> J.R. COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, 1981, 153-155.

<sup>22</sup> F. GARCIA PULLÉS, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, 2004, 604.

exige en los demás casos de los artículos 17 y 18. Ello no obsta a que la Administración pueda hacerlo por ejemplo para solicitar la anulación judicial de un acto regular (acto perfecto o acto afectado por un vicio leve) cuyo beneficiario conoció (o debió conocer) el vicio. En realidad, el principio general en nuestro sistema jurídico es el de que toda nulidad requiere declaración judicial, por lo que cuanto más se autorestrinja el Poder ejecutivo en el uso de estas facultades anulatorias para ponerlas en manos del Poder judicial mejor se cumplirá el mandato constitucional de división de poderes.

El fundamento constitucional de la acción de lesividad – única vía posible para erradicar el acto administrativo del mundo jurídico, cuando se dan las condiciones impeditivas de la revisión de oficio -, está apoyado en un trípode constituido por el respeto al debido proceso, al derecho de propiedad y al principio de división de poderes<sup>23</sup>.

Los códigos procesales provinciales<sup>24</sup> que abordan los recaudos del proceso de lesividad, exigen como presupuesto procesal de la acción la previa declaración de que el acto es lesivo a los intereses públicos. Se ha incluso concluido que en el caso de que la ley no prevea este requisito en forma expresa, como ocurre con el proceso de lesividad regulado en el Código Procesal Administrativo de Corrientes, por tratarse de un presupuesto esencial y especialísimo que atañe a la naturaleza de la institución, su omisión por el legislador se debió, presumiblemente, a que lo consideró redundante<sup>25</sup>.

Se ha señalado en sentido similar que la declaración administrativa de lesividad es un presupuesto de la habilitación de la instancia judicial. Ello, en tanto sólo mediante un acto que ha sustentado y valorado las razones de invalidez que afectan al acto será posible impetrar judicialmente su nulidad<sup>26</sup>.

De acuerdo con esta interpretación, la obligatoriedad de la interposición de la demanda se correlaciona, pues, con el deber de emitir el acto anulatorio –“no ejecutorio” o “declarativo de lesividad”, pues éste viene a constituir el presupuesto lógico de dicha demanda<sup>27</sup>.

La Corte ha señalado también expresamente en un precedente, que la Administración debe emitir el correspondiente acto administrativo que declare la lesividad del contrato irregular y disponga la pertinente petición judicial para

---

<sup>23</sup> STJ de Chubut, en autos “Korn, Enrique Alejandro c. Pcia. del Chubut” s/Demanda de Nulidad de Decreto 1600/95”, sentencia del 4/10/00, SAIJ Sumario Q0010445.

<sup>24</sup> Ampliar en N. APRILE, *La acción de lesividad* en G. TAWIL, (dir.), *Proceso administrativo*, Buenos Aires, 2010.

<sup>25</sup> GORDILLO Y DROMI, *Comentarios al código procesal administrativo de corrientes*, en *Revista argentina de derecho administrativo*, N° 5, 28.

<sup>26</sup> B. ILLARRAZ, *El proceso de lesividad*, en J.C. CASSAGNE (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I, La Ley, 2007, 474.

<sup>27</sup> J.R. COMADIRA, *Procedimientos Administrativos-Ley Nacional de Procedimientos anotada y comentada*, T. I, La Ley, 2002, 344;



habilitar la competencia judicial.<sup>28</sup>

De tal modo, a fin de que se declare judicialmente la nulidad de un acto suyo, la Administración debe emitir el pertinente acto administrativo mediante la intervención de la autoridad competente —la que dictó el acto<sup>29</sup>— declarando su lesividad y ordenando a sus representantes judiciales requerir ante el Poder Judicial la declaración pertinente. Este acto, que debe respetar todos los recaudos previstos en el artículo 7° del DLPA, deberá dictarse en el marco del debido proceso lo que incluye la audiencia del interesado.

La garantía de la tutela administrativa efectiva contenida en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Tratado IDH) así lo exige, como también lo hacen el artículo 18 de la Constitución nacional y el artículo 1° inciso f) del DLPA, conocido como el debido proceso adjetivo.

Luego, el acto declarativo de la lesividad deberá estar causado, motivado, y su finalidad deberá atenerse a las previsiones del DLPA, aspectos que también hacen a la *decisión fundada* a que refiere el artículo 1° inc. f) del DLPA.

La Corte Suprema, en el precedente *Astorga Bratch*<sup>30</sup> aplicó la garantía en las condiciones de vigencia que contienen a aquélla en el Sistema Americano de Derechos Humanos, a partir del estándar interpretativo contenido principalmente en dos decisiones de la Corte IDH —“Tribunal Constitucional vs. Perú” y “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”—. La regla de la tutela administrativa efectiva fue reiterada por la Corte en 2012, con directa aplicación del artículo 8° del Pacto (CADH) en el caso “Losicer”<sup>31</sup>.

#### 4. *Suspensión de efectos:*

La suspensión de efectos en sede administrativa de un acto irregular que ha generado derechos subjetivos a favor de un particular no es admitida pacíficamente en la doctrina, a pesar de que la Corte Suprema la avaló en el caso “Miragaya”<sup>32</sup>.

Gordillo y Hutchinson consideran que la prohibición de revocación por la Administración respecto del acto nulo de nulidad absoluta contenida en el artículo 17 del DLPA impide que la Administración suspenda sus efectos “*aún pendientes*”. En este caso, el Estado podrá solicitar una medida cautelar a efectos de suspender los efectos del acto.

Otros autores entienden que ante el acto afectado de nulidad absoluta el

<sup>28</sup> C.S.J.N., “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, 1998, Fallos 321:174.

<sup>29</sup> Por el paralelismo de las competencias de pacífico reconocimiento jurisprudencial y doctrinario.

<sup>30</sup> CSJN, 2004, Fallos 327:4185.

<sup>31</sup> CSJN, 2012, Fallos 335:1126

<sup>32</sup> CSJN, 2003, Fallos 326:3316.

Estado debe declarar la lesividad, suspender los efectos del acto y luego entablar la demanda judicial de nulidad.

Como también afirma Gordillo, el ejercicio de la potestad para suspender el acto quede en manos del Gobierno es eminentemente peligroso en un país como el nuestro en que cada administración demoniza a la anterior, y utiliza una inexistente potestad revocatoria para castigar al antes beneficiado y hacer público escarnio con ello, sin acudir a la justicia.

## 5. *Prescripción*

El artículo 27 del DLPA consagra el principio general de que la prescripción es oponible al Estado, al disponer que “*No habrá plazo para accionar en los casos en que el estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción*” (énfasis agregado).

En efecto, el principio general en el DLPA es que al Estado se le aplican las mismas reglas de prescripción que a los particulares. Así, la Corte Suprema ha entendido que la prescripción es materia del derecho común y por lo tanto se encuentra regida por los artículos 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, por lo que las normas locales que reglamentan la prescripción en forma contraria o distinta a lo dispuesto en el Código Civil resultan constitucionalmente inválidas<sup>33</sup>.

Más allá de que la afirmación completa debe ser repensada a la luz del nuevo Código Civil y Comercial Unificado en cuanto preserva las atribuciones locales en materia de determinación de los plazos de prescripción<sup>34</sup>, lo cierto es que ante la falta de norma de derecho público que regule el instituto, los plazos de prescripción del CCyCU -sea que se lo considere derecho privado o derecho común- resultan aplicables a las relaciones de derecho administrativo federal, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de la materia.

Veamos entonces qué soluciones nos brinda al respecto el CCyCU:

*Invocación de la prescripción.* La prescripción puede ser invocada en todos los casos, con excepción de los supuestos previstos por la ley (artículo 2536 CCyCU).

*Plazo genérico y residual de 5 años* (artículo 2560): “*El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.*” El Código Civil

<sup>33</sup> CSJN, “Filcrosa”, sentencia del 30/09/2003, Fallos 326:3899.

<sup>34</sup> ARTÍCULO 2560. Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local. Tal vez poniendo fin a un largo debate doctrinario y jurisprudencial, desde “Filcrosa” a “Bottoni” (“Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Bottoni, Julio Heriberto s/ ejecución fiscal – radicación de vehículos”. CSJN sentencia del 6 de diciembre de 2011).

de Vélez Sarfield contemplaba un plazo especial de 10 años, al disponer en su artículo 4023 que “ Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. **Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátese de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor**” – énfasis agregado -).

*Plazo de 2 años* (Artículo 2562) “*Prescriben a los dos años: a) el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos...*” desde que la violencia, intimidación o incapacidad hubiese cesado, y desde que el error, el dolo, vicio o falsa causa fuese conocida (Artículo 2563 CCyCU). Este plazo ha sido aplicado por la CSJN en el caso Carman de Cantón<sup>35</sup> al amparo del anterior artículo 1045<sup>36</sup> y el 4030 CC. No cabe asimilar la anulabilidad del DLPA (vicio leve, pero siempre interés público) con la nulidad relativa del CCyCU (en interés de las partes).

*Imprescriptibilidad* (artículo 387): “*Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción*” (mi énfasis). El nuevo texto incorpora expresamente la imposibilidad de sanear el acto por prescripción, lo que significa la imprescriptibilidad –que debe ser expresa– que no contenía el texto anterior<sup>37</sup>, no obstante lo cual prestigiosa doctrina nacional<sup>38</sup> ya había entendido que la acción de nulidad era imprescriptible. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo declaró en reiteradas oportunidades, de igual modo que la nulidad absoluta y la absoluta y manifiesta son imprescriptibles para la Procuración del Tesoro.<sup>39</sup>

A mi criterio, sostener que el acto administrativo resulta judicialmente impugnabile por el Estado *ad eternum* atenta contra elementales razones de justicia y de seguridad jurídica, contraria el principio general de conservación de los actos y llega al ridículo de fingir que existe el mismo interés público en perseguir la

<sup>35</sup> CSJN, Fallos 175:368, consid. 8°.

<sup>36</sup> Artículo 1045 del viejo CC, sin correspondencia directa en el texto actual: “*Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.*”

<sup>37</sup> El artículo 1047 del antiguo CC señalaba que: “*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación*”.

<sup>38</sup> Entre ellos, Gordillo y Hutchinson, quienes son habitualmente parte de estos maravillosos encuentros de profesores italoargentinos de derecho administrativo.

<sup>39</sup> PITN, Dictamen N°73/1993.

grave nulidad de un acto administrativo que la de investigar un delito de lesa humanidad, razonamiento que no resulta coherente ni proponible.

No parece tampoco lógico, equilibrado ni consecuente con un Estado Convencional de Derecho que un acto administrativo sea inimpugnable administrativa ni judicialmente luego de transcurridos 15 días para el administrado; cuando la impugnación judicial del mismo acto resulta para la Administración imprescriptible.

Y no pensemos solamente en contrataciones públicas, aun cuando los tribunales están plagados de casos en los que, una vez ejecutado todo el contrato, recibidas todas las prestaciones y ante la falta de pago y la posterior demanda judicial del contratista por cobro de pesos el Estado reconviene por nulidad del vínculo contractual por vicios en las formas. Se llegó al colmo de rechazar la demanda a un médico neurocirujano de la República China que fue a mi país a dictar una serie de conferencias y practicar unas cirugías didácticas que en Argentina no se practicaban. Al llegar el caso a la Corte, rechazó la demanda de pago por nulidad de la contratación, por no haberse seguido los procedimientos esenciales y bajo la presunción — aquí “*iure et de iure*” — de que el derecho es conocido por todos<sup>40</sup>.

La idea de la imprescriptibilidad de la acción de lesividad del contrato tiene fuerza moral en un país que ocupa el puesto 107° entre 168 países en el ranking que mide el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparency Internacional.<sup>41</sup>

No obstante, no puede olvidarse que en el caso de Carman de Cantón el Estado pretendió revisar el haber de la pensión de la actora por el fallecimiento de su esposo al solicitarse la declaración de nulidad de una jubilación otorgada 17 años antes.

Por último, no quisiera dejar de mencionar un último aspecto con relación a la aplicación directa del plazo de imprescriptibilidad del artículo 387 CCyCU a las cuestiones de derecho administrativo.

Con un texto ligeramente diferente al de su antecesora<sup>42</sup>, la cláusula dispone que la nulidad absoluta puede alegarse por todos los interesados, “excepto por la parte que invoque la propia torpeza<sup>43</sup> para lograr un provecho”. Ese sería justamente el supuesto en el que la Administración invocara la nulidad de un acto suyo por no cumplir con las formas y procedimientos esenciales para su dictado luego de ejecutado el acto y pendiente solamente el pago de las prestaciones. En estos casos, entiendo que la analogía con que debe aplicarse el derecho civil

<sup>40</sup> CSJN, “Carl Chung Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos”, 2001, Fallos 324:3019.

<sup>41</sup> <http://www.transparency.org>.

<sup>42</sup> “Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

<sup>43</sup> *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

al régimen de nulidades del acto administrativo resulta un obstáculo a fin de considerar imprescriptible la acción de lesividad del acto firme que ha generado derechos subjetivos.

Asimismo, entiendo que la Administración está suficientemente resguardada a partir de la aplicación del plazo de 2 años previsto para la revisión de actos jurídicos en el artículo 2562 CCyCU, en tanto el plazo se computa desde que la violencia, intimidación o incapacidad hubiese cesado, y desde que el error, el dolo, vicio o falsa causa fuese conocida (artículo 2563 CCyCU).

## 6. *Reconvención*

A partir de los recaudos apuntados, y la necesidad de debate previo a la emisión del acto que declara la lesividad de un acto administrativo resultará en la práctica difícil que pueda oponerse la nulidad como reconvención y mera estrategia de defensa. Nada obsta, sin embargo, a que la Administración inicie un nuevo expediente por lesividad y solicite la acumulación de las causas de ser procesalmente procedente.

Más allá de mi posición personal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la reconvención por nulidad del Estado en numerosos antecedentes jurisprudenciales sin exigir siquiera la existencia del acto que declaró la lesividad (ver doctrina de Ingeniería Omega<sup>44</sup>, entre muchos otros).

Ello no obstará, naturalmente, a las facultades del juez para examinar de oficio el contrato “ya que no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un contrato, que no habría sido celebrado con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación”<sup>45</sup>.

## 7. *Corolario*

El nuevo orden jurídico internacional proyecta su fuerza normativa sobre los viejos conceptos del derecho administrativo, y nos obliga a repensar las viejas instituciones a la luz de las nuevas cartas de derechos, cuya vigencia el Estado argentino se obligó a garantizar. Así, el derecho de propiedad, la igualdad, la dignidad, así como el debido proceso adjetivo y la división de poderes tienen nuevos bríos. Es hora de que la Administración acompañe este proceso en todos sus cimientos, reformulando vetustos conceptos y garantizando derechos. Acaso la sanción del nuevo código civil, cuyos artículos 1° y 2° también refieren

<sup>44</sup> CSJN, 2000, Fallos 323:3924.

<sup>45</sup> CSJN, “Carl Chung Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos”, 2001, Fallos 324:3019.

y remiten a estos nuevos derechos de orden internacional sea la oportunidad propicia. En mi parecer, la acción de lesividad es uno de esos institutos que debe renovarse.

### **Abstract**

The acción de lesividad in the new legal order

by Natalia Mortier

The paper is focused on the exam of the *accion de lesividad* in the Argentinian legal system. The analysis starts from the description of the legislative evolution and takes into account the main results in case law and in the doctrine. In this perspective, the relationship between the *accion de lesividad* and the possible nullity or invalidity of administrative measures is also carefully taken into account.

# La disciplina dei contratti pubblici: le esperienze nazionale e siciliana a confronto\*

di Hadrian Simonetti

SOMMARIO: 1. Il recepimento delle direttive europee sui contratti pubblici nell'esperienza nazionale. – 2. L'attuazione delle direttive tra Stato e regioni. – 3. Il ruolo delle autonomie speciali. – 4. L'attuazione in Sicilia mediante la tecnica del rinvio. – 5. Le eccezioni al rinvio dinamico. – 6. *segue*. Il nodo dei criteri di aggiudicazione. – 7. Nuovi e vecchi limiti nella giurisprudenza costituzionale. – 8. Violazioni e sanzioni, tra forma e sostanza.

## 1. *Il recepimento delle direttive europee sui contratti pubblici nell'esperienza nazionale*

Il tema assegnatomi si colloca nel punto di congiunzione tra il discorso, più generale, sul riparto tra Stato e regioni nel recepimento del diritto europeo dei contratti pubblici e quello, più specifico ma non meno ampio e critico, del modo in cui si è realizzata l'autonomia siciliana nello stesso ambito di materia.

Parto dal recepimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici, avvenuto attraverso un numero crescente di disposizioni, solo in parte giustificate in nome della specialità italiana, lungo un processo attuativo che ha raggiunto il parossismo con il codice dei contratti del 2006 e con il regolamento del 2010, ma che il nuovo codice del 2016, al di là delle intenzioni e degli annunci, non sembra aver arrestato. Se è vero che al numero leggermente più ridotto degli articoli corrisponde una vasta gamma di disposizioni (emblematico è l'art. 106 che riassume larga parte della disciplina dell'esecuzione del contratto), che il tempo potrà solo accrescere, e che il carico regolatorio è destinato a concentrarsi e a disperdersi nelle linee guida dell'ANAC<sup>1</sup>.

Ipertrofia normativa, come da più parti ripetutamente sottolineato.

Il recepimento è avvenuto tradizionalmente nel segno della rigidità e della apparente severità delle regole, pensate per lo più per imbrigliare i protagonisti della gara in un rapporto ingessato di separatezza, alimentato dal sospetto che l'asimmetria informativa, tra parte pubblica e parti private, si possa governare alzando un muro. In questa prospettiva, a partire dalla Legge Merloni in poi, si sono privilegiate soluzioni all'insegna del carattere vincolato del potere eser-

---

\* Il presente scritto costituisce una versione riveduta ed ampliata della relazione svolta al convegno *Il codice dei contratti pubblici e le autonomie regionali. Il modello Siciliano* il giorno 17 febbraio 2017.

<sup>1</sup> Per un inquadramento generale sul nuovo codice, R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), n. 19/2016. Per una sintesi della vicenda storica, dall'Unità d'Italia ai giorni nostri, si v. S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, in corso di pubblicazione.

citato dalle stazioni appaltanti, limitando il più possibile la discrezionalità degli amministratori, la cui azione sarebbe stata tanto più virtuosa quanto più fosse stata regolata da automatismi (ne sono degli esempi il criterio del prezzo più basso nell'aggiudicazione delle gare e le esclusioni automatiche nella verifica di anomalia).

L'autonomia della p.a. declinata in astratto (art., 1 comma 1 bis, della l. 7 agosto 1990, n. 241), è stata compressa e negata in concreto.

Inutile ricordare come il diritto europeo, almeno al principio della vicenda nei primi anni '70 del secolo scorso, andasse in un'altra direzione. Verso una regolazione contenuta, per principi, che si è andata peraltro ampliando con le ultime direttive del 2004 e del 2014, significativamente più lunghe e precedute da un numero imponente di considerando che risentono dello sforzo di coniugare sollecitazioni e inclinazioni differenti. E verso una regolazione che lascia largo spazio alle stazioni appaltanti, che avrebbero dovuto e dovrebbero applicare tali direttive rifuggendo da automatismi e ricercando, piuttosto, soluzioni prese nel contraddittorio con le parti (si possono portare ad esempio il dialogo competitivo e lo sdoganamento della procedura negoziata, purché preceduta dalla pubblicazione di un bando).

## 2. *L'attuazione delle direttive tra Stato e regioni*

Il recepimento è avvenuto attraverso le leggi dello Stato, di cui i regolamenti governativi a lungo sono stati un'appendice fondamentale. Non solo nei primi decenni, vigente l'originario titolo V della Costituzione nel quale quella dei lavori pubblici di interesse regionale era una materia attribuita alla potestà legislativa concorrente delle regioni (quindi soggetta ai principi dettati dal legislatore statale, in termini che sappiamo erano stati intesi in modo estensivo); ma anche dopo, teorizzando che i lavori pubblici, che il nuovo art. 117 non menziona, più non fossero una materia (autonoma e, quindi, residuale, di competenza esclusiva delle regioni<sup>2</sup>) ma un settore applicativo innominato inerente a materie diverse, di volta in volta riservate allo stato o alle regioni, delle quali l'attività contrattuale pubblica costituisce uno strumento, un mezzo (23 novembre 2007, n. 401, ma prima ancora nella fondamentale 1° ottobre 2003, n. 303, concetto ribadito con la 29 gennaio 2004, n. 49)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Nel senso della residualità a favore delle regioni L. TORCHIA, *La potestà legislativa delle regioni*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); in senso contrario P. STELLA RICHTER, *I lavori pubblici dopo la riforma del titolo V della costituzione: competenza dello Stato e competenza delle Regioni*, in *Giust. civ.*, 2002, 411.

<sup>3</sup> Secondo la tesi avanzata in dottrina, tra gli altri, da F. CINTIOLI, *I Lavori pubblici e la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Urb. e appalti*, 2002, 506 e S. NICODEMO, *I lavori pubblici: una materia frantumata?*, in *Quad. cost.*, 2003, 363.



Con la precisazione che, quello che è stato definito come un “processo di evaporazione” della materia<sup>4</sup>, era già cominciato prima della riforma del titolo V, in occasione delle riforme Bassanini nella seconda metà degli anni '90, suggellato dalla scomposizione del Ministero per i lavori pubblici che sin dal 1861, anno della sua istituzione, aveva giustificato l'unitarietà della materia e accompagnato la storia dello Stato italiano.

Non solo. Le norme del codice dei contratti del 2006 – ma il ragionamento vale anche per il codice del 2016 dove, anzi, vi è un espresso richiamo in tal senso nell'art. 2 – sono in larga parte riconducibili, funzionali, a due macro materie riservate alla potestà esclusiva dello Stato: la tutela della concorrenza, per quanto attiene alla fase pubblicistica di scelta del contraente, che va dal bando all'aggiudicazione (e che ricomprende la qualificazione e la selezione dei concorrenti), e l'ordinamento civile, ovvero il diritto privato, per quanto concerne la fase privatistica che ha inizio con la stipulazione e attraversa l'intera esecuzione del contratto. Oltre che alla materia “giurisdizione (...) e giustizia amministrativa” per tutto quanto attiene al contenzioso.

Alle regioni rimane ben poco: sul piano legislativo, un po' di programmazione e di progettazione, facendo appello per lo più alla potestà concorrente in materia di governo del territorio; la composizione della commissioni di gara; i profili organizzativi interni alle regioni. Spazi maggiori potrebbero residuare sul versante amministrativo, anche seguendo alcune indicazioni contenute nel nuovo codice (v. art. 29, comma 3).

E, del resto, dopo la riforma costituzionale del 2001 le iniziative delle regioni su questo fronte si sono diradate (in precedenza si erano avute leggi regionali sui lavori pubblici degne di menzione in Lombardia, Marche, Piemonte), concentrandosi per lo più sulla disciplina del finanziamento degli interventi (Puglia 2011, Veneto 2003). C'è stato un tentativo più ambizioso della Campania nel 2007, con norme relative alle procedure di aggiudicazione, alla qualificazione dei concorrenti, all'avvalimento, che non ha retto al giudizio della Corte costituzionale (22 maggio 2009, n. 160).

### 3. *Il ruolo delle autonomie speciali*

Questa costruzione teorica è stata applicata anche nei confronti delle regioni a statuto speciali, sebbene tutti e cinque gli statuti (delle regioni) speciali prevedano la materia dei lavori pubblici di interesse regionale come devoluta alla competenza legislativa esclusiva dell'ente. Per cui, tenuto conto anche della norma di garanzia di cui all'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.

---

<sup>4</sup> Da R. BIN, *Lavori pubblici: quanto intangibili sono le materie enumerate negli statuti speciali?*, in *Le regioni*, 2010, 1148.

3, la regione ha un titolo di legittimazione ad intervenire, a legiferare

Ebbene, ciononostante, si è registrato nella giurisprudenza costituzionale un processo di livellamento – qualcuno ha parlato di appiattimento – delle autonomie speciali sull'autonomia ordinaria. Infatti, quando non si è fatto ricorso alle materie statali della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile (1° agosto 2008, n. 322 e 17 dicembre 2008, n. 411), si è motivato che le disposizioni del codice dei contratti costituiscono diretta attuazione dei principi del Trattato e del diritto che ne è derivato, attraverso le direttive. E che, inoltre, le medesime disposizioni vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, così recuperando una categoria che all'indomani della riforma costituzionale era sembrata dovesse finire in soffitta. E poiché gli statuti (per la Sicilia l'art. 14 ha una formulazione diversa, che risente dell'epoca, precedente alla Costituzione, in cui fu redatto<sup>5</sup>) richiamano entrambi i suddetti limiti tradizionali, le disposizioni del codice hanno natura di parametro interposto, che riempie di contenuti i limiti statutari (12 febbraio 2010, n. 45, 7 aprile 2011, n. 114, 22 novembre 2011, n. 328, 20 marzo 2013, n. 36).

Quindi, che ci si arrivi attraverso la via nuova della tutela della concorrenza o quella vecchia dei limiti statutari poco importa, la conclusione è sempre la stessa: le regioni speciali possono intervenire ma non possono dettare discipline difformi.

Possono intervenire per dire le stesse cose o per dire qualcosa di più (si intende, in senso pro-concorrenziale), ma nel secondo caso, quel qualcosa di più non deve invadere altri territori e scontrarsi con altri limiti.

Si tratta di una giurisprudenza mossa da una evidente e dichiarata finalità di omogeneità e di uniformità, particolarmente avvertita in un ambito, quello dei contratti pubblici, caratterizzato come noto da un avanzato processo di armonizzazione a livello europeo, che investe peraltro la disciplina non solo sostanziale ma anche processuale della materia.

Una omogeneità giudicata incompatibile con qualunque altra soluzione nel segno della specialità. Lo dimostra, per fare un solo esempio, il caso dell'esclusione automatica in tema di offerte anomale. La Corte ha dapprima giudicato incostituzionale una norma della regione Campania che, difformemente dalla legislazione statale, prevedeva simile esclusione anche quando il numero delle offerte ammesse fosse inferiore a dieci (3 giugno 2009, n. 160); per poi decidere allo stesso modo anche nei confronti di una norma della regione Friuli Venezia-Giulia recante la stessa previsione (7 aprile 2011, n. 114).

Dal momento che negli statuti mancano invece puntuali riferimenti agli appalti di servizi e di forniture, per essi l'uniformità sembrerebbe da intendere in un senso ancora più pregnante. Nel caso della Sicilia, tuttavia, è stata prospettata la tesi di una competenza legislativa concorrente, sulla base di alcuni riferimen-

---

<sup>5</sup> Lo Statuto fu approvato con r.d.l. 15 maggio 1946, n. 455, prima delle elezioni dell'Assemblea costituente del 2 giugno, e gli fu conferita natura di legge costituzionale con la l.c. 26 febbraio 1948, n. 2.

ti desunti dall'art. 17, comma 1, lett. g) ed i) dello Statuto. Anche se fosse da accogliere, molto difficilmente questa tesi muterebbe i termini della questione, riproponendosi la legislazione statale in forma di "limite"<sup>6</sup>.

#### 4. *L'attuazione nella regione siciliana mediante la tecnica del rinvio*

La negazione o la compressione della specialità in materia di contratti pubblici è parte, per quanto significativa, di una vicenda più ampia che ha riguardato l'intera esperienza dell'autonomia speciale siciliana. Dove si è rimproverato al legislatore regionale da un lato – specie negli ultimi decenni, dopo che invece nei primi anni dell'esperienza statutaria non erano mancati tentativi ambiziosi (ad esempio, in agricoltura o nell'industria) – una certa latitanza (per esempio in materia urbanistica)<sup>7</sup>; dall'altro, quando e dove è invece intervenuto, l'averlo fatto dimostrando una certa autoreferenzialità nell'individuazione delle soluzioni<sup>8</sup>.

Nell'ambito dei contratti pubblici e della loro disciplina nell'ordinamento siciliana, ritardi e soluzioni "speciali" si sono avvicinati e intersecati.

Ritardi in primo luogo, se pensiamo che le prime norme furono approvate nel 1978 e che il primo intervento organico si ebbe solo con la l. 21 aprile 1985, n. 21<sup>9</sup>. Dopodiché il recepimento della Legge Merloni del 1994 avvenne solo nel 2002, con la l. n. 7 del 2 agosto<sup>10</sup>, e per giunta attraverso un rinvio di tipo statico e non dinamico<sup>11</sup>, cui si accompagnavano numerose eccezioni (ad esempio riguardo alle procedure di scelta del contraente, alle varianti in corso d'opera, al collaudo, alla finanza di progetto). Staticità del rinvio, competenza esclusiva, inerzia del legislatore – si è osservato – hanno finito per determinare un vero e proprio iato tra ordinamento nazionale e quello regionale, che è venuto riducendosi solo in epoca recente, a partire dalla l.r. 12 luglio 2011, n. 12<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> M. MAZZAMUTO, *Profili di (in)costituzionalità della disciplina degli appalti pubblici*, in questa rivista, 1/2012, 67.

<sup>7</sup> S. RAIMONDI, *Opportunità e contraddizioni dell'autonomia siciliana*, *ivi*, 2/2015, 212.

<sup>8</sup> S. PAJNO, *Il fallimento dell'esperienza della specialità siciliana e le condizioni della sua prosecuzione*, *ivi*, 2-3/2009, 400.

<sup>9</sup> "Norme per l'esecuzione dei lavori pubblici in Sicilia", che si componeva di ben 55 articoli.

<sup>10</sup> "Norme in materia di opere pubbliche. Disciplina per gli appalti di lavori pubblici, di fornitura, di servizi e nei settori esclusi". La legge si componeva di 44 articoli ed abrogava quasi interamente la n. 21 del 1985.

<sup>11</sup> Sulla tecnica del recepimento in generale, sottolineando già allora come l'evoluzione della normativa (comunitaria) fosse tale da non dare sosta a questa logica normativa, G. VERDE, *Commento all'art. 1*, in R. CONTI (a cura di), *La nuova legge sugli appalti pubblici in Sicilia*, Milano, 2003, 19.

<sup>12</sup> Come sottolineato in A. RUGGERI – G. VERDE (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Sicilia*, Torino, 2012, 180. A testimonianza dell'iniziale posizione fortemente autonomistica della Regione si vedano il parere dell'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione del 4 agosto 2006 n. 13583 e la conforme circolare dell'assessorato LL.PP. del 18 settembre 2006.

Si è già ricordato come l'art. 14 lett. g) dello Statuto siciliano, come ricordato precedente la Costituzione repubblicana, menzioni i lavori pubblici (ma non i servizi e le forniture) tra le materie riservate alla competenza legislativa esclusiva della regione, sebbene nei limiti della Costituzione<sup>13</sup>.

In epoca più recente la specialità si è tradotta in una disciplina in parte integrativa e in altra parte derogatoria dettata dalla regione siciliana attraverso la già menzionata legge n. 12 del 2011, con cui è stato recepito il codice dei contratti del 2006, operando un rinvio, questa volta, dinamico. Dopo che un disegno di legge più ambizioso approvato dall'Assemblea regionale nel 2010 era stato impugnato dal Governo.

Le eccezioni al rinvio dinamico, alla stregua dell'originario art. 1 della l. 12/2011, riguardavano (e riguardano) le comunicazioni all'osservatorio per gli appalti di maggiore consistenza, la commissione giudicatrice, la programmazione dei lavori pubblici, l'adeguamento dei prezzi (artt. 4, 6, 8, 9). Si tratta di una normativa già contenuta nella l. r. 7/2002.

In ultimo, l'art. 24 della l.r. 17 maggio 2016, n. 8 ha perpetuato questo stato di cose, confermando il rinvio dinamico alla normativa statale frattanto mutata – il nuovo codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in luogo del vecchio codice del 2006 – con un numero ancora più limitato di eccezioni.

## 5. *Le eccezioni al rinvio dinamico*

Di quali eccezioni parliamo?

Di eccezioni riguardanti per lo più soluzioni di tipo organizzativo.

Come la creazione di un apposito dipartimento regionale nell'ambito dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità, i cui compiti sono indicati all'art. 4 e concernono la raccolta di informazioni in funzione di pubblicità e vigilanza; alcuni di questi compiti presentano punti di contatto con l'attività dell'ANAC cui fa riferimento, mantenendo ancora la vecchia dizione, l'art. 3.

Uno spazio di autonomia è ricercato anche attraverso la disciplina della programmazione (art. 6), dei bandi-tipo (7), della commissione giudicatrice (8), del ruolo e delle funzioni dell'ufficio regionale per l'espletamento di gare per

<sup>13</sup> Merita ricordare come già nei primi anni di attuazione dello Statuto la Regione avesse provato a dare un'interpretazione estesa del proprio titolo di competenza in materia, sin dalla legge approvata dall'Assemblea regionale il 4 aprile 1952 concernente "istituzione dell'albo regionale degli appaltatori di opere pubbliche", che l'allora Alta Corte per la Regione siciliana (antesignana per la Sicilia della Corte costituzionale e che quest'ultima avrebbe dichiarato venuta meno con la sentenza 25 febbraio 1957, n. 38), con decisione del 18 novembre 1952, giudicò in contrasto con l'art. 14 lett. g) dello Statuto nella parte in cui venivano escluse dal suo ambito solo le grandi opere d'interesse prevalentemente nazionale, ordinate e appaltate dallo Stato, e non anche quelle della stessa natura ordinate ed appaltate da altri enti come, ad esempio, la Cassa per il Mezzogiorno.

l'appalto di lavori-Urega (9), che si compone di ben 35 commi), articolato in una sezione centrale e in sezioni provinciali, quale struttura del dipartimento di cui all'art. 4.

L'Urega è una struttura intermedia del Dipartimento regionale tecnico dell'Assessorato regionale delle infrastrutture, che svolge attività servente a beneficio delle stazioni appaltanti: attività endoprocedimentali che comprendono il controllo circa il possesso dei requisiti di partecipazione, con l'eventuale soccorso istruttorio, l'esame e la valutazione delle offerte, sino alla adozione della proposta di aggiudicazione che è trasmessa alla stazione appaltante, cui spetta invece l'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Ne consegue che dell'esito finale del procedimento è responsabile la sola stazione appaltante, unica legittimata passiva nel giudizio proposto contro l'aggiudicazione (v., tra le tante, Cgars, 14 aprile 2016, n. 94, 20 novembre 2015, n. 665).

L'Urega non è una centrale di committenza ma un ausilio, un supporto, offerto alle stazioni appaltanti, in relazione agli appalti più importanti. Ci sarebbe da chiedersi come siano destinati ad incidere, sul funzionamento dell'Urega, i fenomeni della qualificazione delle stazioni appaltanti e quelli dell'aggregazione delle medesime e della centralizzazione degli acquisti. Tutti fenomeni che muovono da una matrice comune – l'eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti, molte delle quali non sono in grado di far fronte alla complessità delle procedure ad evidenza pubblica, e quindi il diffuso bisogno di razionalizzazione – ma che del problema offrono poi soluzioni differenti sul piano organizzativo.

Altre previsioni speciali hanno ad oggetto il prezzario regionale (10), l'albo unico regionale per i professionisti (12), riconducibili l'uno alla materia "ordinamento civile" e l'altro alla "tutela della concorrenza"<sup>14</sup>.

#### 6. *segue. Il nodo dei criteri di aggiudicazione.*

Uno dei nodi più critici sul quale si è esercitata l'autonomia siciliana concerne la disciplina dei criteri di aggiudicazione della gara, nell'alternativa tra il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, con una tradizionale preferenza, neanche troppo velata, per il primo criterio.

All'indomani del recepimento della Merloni si registrarono in Sicilia enormi ribassi, di cui era sin troppo evidente l'insostenibilità o in alternativa la scarsa serietà e veridicità. Nel tentativo di porre un argine a questa deriva il legislatore regionale introdusse un meccanismo di calcolo delle medie del tutto peculiare. La l.r. 29 novembre 2005, n. 15 prevedeva infatti che:

“Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di valore inferiore alla soglia

---

<sup>14</sup> E quindi di dubbia costituzionalità secondo M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 70-73.

comunitaria, l'amministrazione interessata aggiudica l'appalto all'offerta che più si avvicina per difetto alla media aritmetica delle offerte rimaste dopo l'esclusione automatica delle offerte di maggiore o minor ribasso, nella percentuale determinata come segue. Per la determinazione di tale percentuale, la commissione aggiudicatrice, dopo la fase di ammissione delle offerte, in pubblica seduta, sorteggia un numero intero da 11 a 40. Il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di minor ribasso da escludere; la differenza tra 50 e il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di maggior ribasso da escludere. I numeri delle offerte da escludere corrispondenti a tali percentuali sono determinati senza tener conto di eventuali cifre decimali. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero di offerte valide risulti inferiore a cinque. Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede immediatamente al sorteggio”.

Il risultato fu che da (una situazione di) enormi ribassi si passò ad un fenomeno diffuso di ribassi, più contenuti ma tutti o quasi tutti concentrati su valori intorno al 7,3%, e comunque compresi all'interno di pochi millesimi di punto. Fenomeno stigmatizzato dal Cgars in una serie di ordinanze del 2008 nelle quali si disponeva la trasmissione degli atti in Procura potendo ravvisarsi, nella dinamica dei fatti, gli estremi del reato di turbata libertà degli incanti. Una questione di l.c. fu sollevata dal Tar Sicilia, con ordinanza del 30 luglio 2007, in relazione agli artt. 3, 41 e 97 Cost. – lamentando come un simile calcolo della soglia non fosse ancorato ad alcuna rappresentazione del mercato dei lavori pubblici ma a dati numerici del tutto casuali – ma non fu esaminata nel merito dalla Corte costituzionale perché nel frattempo era stata modificata la norma, dalla l.r. 21 agosto 2007, n. 20.

Che i meccanismi di aggiudicazione, in caso di massimo ribasso, siano un nervo scoperto in Sicilia è dimostrato, più di recente, dalle modifiche intervenute nel 2015, all'art. 19 della l.r. 12/2011, che si erano concentrate sulla verifica di anomalia dell'offerta, con disposizioni che prevedevano:

- l'esclusione in via automatica nei casi di anomalia dell'offerta in gare da aggiudicarsi al prezzo più basso per appalti non transfrontalieri;
- modalità particolari di individuazione e calcolo della soglia, secondo un criterio matematico diverso da quello codicistico-nazionale;
- la riscoperta delle giustificazioni da allegare alle offerte, anche qui in controtendenza rispetto al quadro nazionale dove le stesse inizialmente previste erano state abolite;
- la necessità che fosse indicato un utile di impresa che non sarebbe potuto scendere al di sotto una determinata percentuale minima;
- il rinvio, quanto alle modalità procedurali della verifica di anomalia, ad un successivo decreto assessoriale.

Tali modifiche erano animate da intendimenti comprensibili e anche condi-

visibili sul piano generale, non solo a garanzia della serietà delle offerte e della loro sostenibilità ma anche per offrire un rimedio per i casi di accordi collusivi tra imprese che la vicenda, appena ricordata, dei ribassi tutti attorno al 7,3% rivelava come assai diffusi. Quelle stesse modifiche sono state peraltro abrogate dallo stesso legislatore regionale a maggio del 2016, dopo pochi mesi di vigenza, al pari dell'intero art. 19. Ad imitazione di un certo modo di legiferare del legislatore statale, nel segno della instabilità e di una codificazione sempre mutevole, il che contraddice il senso stesso della codificazione.

Corte costituzionale 14 dicembre 2016, n. 263, dopo aver ritenuto che la recente abrogazione non comportasse la cessazione della materia del contendere e dopo aver ricordato i propri precedenti, ha accolto il ricorso proposto in via principale dal Governo, sul rilievo che tutte queste modifiche avessero introdotto una disciplina difforme da quella racchiusa, a livello statale, nel codice dei contratti del 2006.

La sentenza della Corte è molto stringata e si ferma qui.

Non ha potuto affrontare, perché non prospettate in quel caso, altre questioni che vengono alla mente, come ad esempio quella relativa alla riserva di amministrazione: principio che viene minato da disposizioni di legge troppo dettagliate, che imbrigliano l'azione amministrativa nonostante che le nuove direttive si rivolgano in primo luogo proprio alle amministrazioni appaltanti, riconoscendo loro un margine di azione più ampio rispetto al passato.

#### 7. *Nuovi e vecchi limiti nella giurisprudenza costituzionale.*

Il tema della normazione regionale che pone regole di dettaglio, invadendo territori riservati al legislatore statale e al contempo appesantendo lo svolgimento della gara, è presente anche in una un'altra pronuncia della Corte costituzionale, la 12 marzo 2015, n. 33 che ha deciso una questione incidentale di l.c. sollevata dal Tar Sicilia e dal Cgars, che verteva sull'art. 2 della legge siciliana 20 novembre 2008, n. 15 modificata dall'art. 28 della legge 14 maggio 2009, n. 6.

Si era stabilito che per gli appalti di importo superiore a 100.000 euro, i bandi di gara prevedessero, a pena di nullità, l'obbligo per gli aggiudicatari di indicare un numero di conto corrente unico sul quale gli enti appaltanti avrebbero dovuto far confluire tutte le somme relative all'appalto. L'aggiudicatario si sarebbe dovuto avvalere di tale conto, per tutti i pagamenti e il mancato rispetto di questo obbligo avrebbe comportato la risoluzione del contratto.

La risoluzione era prevista altresì nei casi in cui il legale rappresentante o uno dei dirigenti dell'impresa aggiudicataria fossero rinviato a giudizio per favoreggiamento in reati di mafia.

Tre erano le questioni portate all'attenzione degli interpreti:

(i) la possibilità di uno scioglimento del contratto in assenza di una sentenza di condanna ma sulla base di indizi, per quanto gravi; (ii) l'ammissibilità di un sistema di tracciabilità dei flussi e dei pagamenti corredato da sanzioni automatiche in caso di violazioni; (iii) il regime di validità dei bandi, tra nullità e annullabilità, disapplicazione e (onere di) impugnazione.

La censura della Corte si è appuntata, anche in questo caso, sulla violazione delle regole di riparto tra Stato e regioni, sul rilievo che l'ordine pubblico e della sicurezza da un lato, l'ordinamento civile dall'altro, sono materie riservate entrambe alla competenza esclusiva del legislatore statale. Con la conseguenza, di non poco conto, che in tali ambiti alla regione sarebbe precluso qualunque intervento a promozione della legalità, quand'anche attraverso una più severa disciplina che tenesse conto della peculiarità delle condizioni della Sicilia.

#### 8. *Violazioni e sanzioni, tra forma e sostanza.*

Non si affronta nella sentenza appena richiamata il tema, pure evocato dal giudice remittente, della violazione del principio di proporzionalità tra fine perseguito e mezzo impiegato.

Questo principio è a rischio in tutti i casi di esclusioni automatiche o di automatismo espulsivo per inosservanza delle regole della gara. Che sia il sospetto di anomalia o il possesso dei requisiti di partecipazione.

Almeno un cenno deve farsi alla vicenda dei protocolli di legalità nel quadro, più in generale, del tormentato capitolo delle esclusioni dalle gare disposte per violazioni, spesso formali, commesse in sede di presentazione delle domande di partecipazione.

La Corte di Giustizia è stata negli ultimi anni ripetutamente chiamata in causa, per supposta violazione del principio di tassatività della cause di esclusione e di quello di proporzionalità. Da ricordare Corte di Giustizia 22 ottobre 2015, in causa C-425/2015, proprio sui protocolli di legalità, su una questione rimessa dal Cgars (con l'ordinanza 12 settembre 2014, n. 534), dove la Corte europea ha valutato che l'automatismo espulsivo discendente dall'omessa sottoscrizione dei protocolli non fosse in contrasto con il principi del Trattato, salvo verificare il contenuto in concreto e per talune delle clausole ritenere necessaria una previa valutazione della stazione appaltante in contraddittorio con l'operatore.

A proposito della tassatività delle cause di esclusione, l'art. 83 del nuovo codice prescrive che i bandi e le lettere di invito non possano contenere ulteriori prescrizioni escludenti "rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di leggi vigenti". Ci si chiede se, nel secondo ambito, possano essere annoverate anche le leggi e i regolamenti regionali.

Larghi settori della dottrina hanno posto in luce il formalismo cui spesso si



è indugiato, sia nella gestione amministrativa delle gare pubbliche, che nel contenzioso derivatone, acuito dall'uso strumentale del ricorso incidentale, con cui dolersi, magari a distanza di tempo e dopo che la gara era giunta ormai alla sua conclusione, dell'ammissione degli altri concorrenti. Il criterio dell'esame prioritario del ricorso incidentale che, se accolto, può determinare l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'impugnazione principale, ha fatto il resto. Fenomeno noto e discusso, che qui non può essere affrontato<sup>15</sup>, ma la cui inflazione è stata certamente alla base del rafforzamento del potere-dovere di soccorso istruttorio che dall'art. 38, comma 2 bis, del codice previgente è transitato nell'art. 83, comma 9, del codice attuale; come anche dell'introduzione, all'art. 120 del c.p.a. nell'ambito della disciplina processuale, del nuovo rito cd. super-speciale per le ammissioni e le esclusioni dalla gara, ad imitazione di quello elettorale.

Il "gioco" mutevole delle ammissioni e delle esclusioni può modificare il calcolo delle medie, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso; il che può tradursi in un incentivo a contestare l'ammissione di concorrenti non già perché si teme che possano aggiudicarsi la gara ma al solo fine di ottenere che si ridetermini la soglia di anomalia, per trarne un vantaggio, ossia una *chance* di aggiudicazione. Questo ed altro ancora – una volta di più, la percezione di accordi collusivi tra le imprese partecipanti alla gara – è stato alla base della regola, introdotta nel 2014 e ribadita nel 2016, secondo cui "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Il Cgars è stato chiamato a risolvere una serie di questioni applicative, che postulano una risposta alle seguenti domande:

la parola "anche" sottintende che le variazioni potrebbero intervenire (oltre che per effetto di pronunce giurisdizionali) a seguito di provvedimenti in autotutela della stazione appaltante?

Quando ha termine la fase di ammissione e quindi da quale momento opera la regola della stabilità della soglia: già all'indomani dell'aggiudicazione provvisoria ora proposta di aggiudicazione? Vedi Cgars 11 gennaio 2017, n. 17 e 22 dicembre 2015, n. 740.

Il principio di stabilità, impedendo il ricalcolo, preclude la tutela in forma

---

<sup>15</sup> È sufficiente qui ricordare come la soluzione data al rapporto tra impugnazioni reciprocamente escludenti dall'Adunanza plenaria nel 2011 e poi nel 2014 sia stata sconfessata dalla Corte di Giustizia, dapprima nel 2013 e poi, in termini più generali, nel 2016, con la sentenza 5 aprile in C-689/13, Pulgjenica, su questione rimessale dal Cgars con ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848. L'importanza della sentenza della Corte di Giustizia del 2016 va peraltro ben al di là della questione da cui trae origine, investendo più generale il sistema della giustizia amministrativa in materia di contratti pubblici e il ruolo (e i limiti) della nomofilachia dell'Adunanza plenaria di cui all'art. 99 del c.p.a.

specifica attraverso l'aggiudicazione e l'eventuale subentro: residua ed è sufficiente, sul piano dei principi europei e costituzionali, il solo rimedio risarcitorio per equivalente?

Ma qui siamo già su un piano diverso da quello legislativo, sul versante dell'applicazione concreta della disciplina statale, dove il giudice siciliano spesso si è mostrato all'altezza dei suoi compiti, talvolta anche allontanandosi dai sentieri battuti dalle sezioni romane del Consiglio di Stato, e dove anche la Regione può e deve giocare, sul piano amministrativo, una parte molto importante.

### **Abstract**

The regulation of public procurement:  
a comparison of experiences in Sicily and the rest of Italy

by Hadrian Simonetti

The paper examines the way in which European Directives on public procurement procedures are been implemented in our national and regional experiences, with particular reference to the region of Sicily where the Special Statute recognises a particular competence in this field and where appeals against the decisions of the Regional Administrative Court are brought before the Council of Administrative Justice for the Region of Sicily.

*Giurisprudenza*



# Osservazioni su «conflitto di interessi» nel procedimento amministrativo alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato<sup>1</sup>

di Alessandro Berrettini

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto d'esame: diverse prospettive in materia di conflitto di interessi delineate dal TAR e dal Consiglio di Stato – 2. Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo: indeterminatezza e genericità del dettato normativo – 3. Problematiche applicative dell'art. 51 c.p.c. in relazione al tema oggetto d'esame – 4. Novità introdotte dall'art. 6 bis l. n. 241/1990 e posizione critica del Consiglio di Stato. – 5. Rapporti di forza tra art. 51 c.p.c. e art. 6 bis: *lex specialis* derogat generali? – 6. Conclusioni

## 1. *La vicenda oggetto d'esame: diverse prospettive in materia di conflitto di interessi delineate dal TAR e dal Consiglio di Stato*

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato<sup>2</sup> si è pronunciato in merito all'appello proposto da un'ASL avverso due sentenze del Tar Abruzzo<sup>3</sup> che – nell'ambito di un concorso pubblico – avevano accolto parzialmente il ricorso di due dottoresse non risultate vincitrici.

Fra le altre cose, il ricorso di primo grado, poi accolto, si fondava sulla illegittima composizione della commissione di concorso, poiché la presidente di commissione risultava coinvolta in un legame collaborativo con tre candidati alla procedura, risultati poi vincitori, relativamente sia alla redazione di una serie di pubblicazioni scientifiche che per aver operato nei laboratori dell'ASL assieme agli stessi.

All'esito del giudizio di primo grado, il Giudice accertava, ai sensi dell'articolo 6-bis Legge 7 agosto 1990 numero 241, oggetto di queste note, la sussistenza di un conflitto d'interessi alla luce dell'intensità del rapporto suindicato prolungatosi per almeno dieci anni, dunque non occasionale, tra due membri della commissione e tre vincitori.

<sup>1</sup> Commento alla sentenza del CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 28 aprile 2016 n. 1628

I rapporti personali di colleganza o collaborazione tra componenti della commissione e candidati ammessi alla prova orale non sono sufficienti a configurare un vizio della composizione della commissione stessa, non potendo le cause di incompatibilità previste dall'art. 51 c.p.c. essere oggetto di estensione analogica, in assenza di ulteriori specifici indicatori di una situazione di particolare intensità e sistematicità, tale da dar luogo ad un sodalizio professionale.

Con riferimento alle commissioni di concorso, l'introduzione dell'art. 6 bis l. n. 241/1990 non ha inciso sui principi consolidati in materia.

In caso di antinomia tra gli artt. 6 bis e 51 c.p.c. deve prevalere quest'ultimo in quanto norma speciale.

<sup>2</sup> Cons. Stato, Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628.

<sup>3</sup> Rispettivamente T.A.R. Abruzzo, sentt. nn. 402/2015 e 422/2015.

Su questo ultimo punto, il medesimo TAR considerava sussumibile sotto la causa di astensione astrattamente prevista all'art. 51 c.p.c. comma 1, n. 4<sup>4</sup>: «l'aver contribuito ad una pubblicazione o titolo scientifico», poiché una simile relazione equivaleva ad aver dato il proprio consiglio sull'oggetto.

Inoltre, nella motivazione della sentenza, il giudice di prime cure ha affermato l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi alle commissioni giudicatrici, poiché deve essere sempre garantita, fin dalla loro composizione «trasparenza, obiettività e terzietà». Ciò si aggiunge al rispetto delle cause d'incompatibilità ai sensi dell'art. 51 c.p.c., la cui *ratio legis* è direttamente riconducibile al principio d'imparzialità, di cui all'art. 97 Cost., recepito dal medesimo art. 6-*bis* e dall'art. 1, l. n. 241/1990<sup>5</sup>.

Proprio in riferimento a quest'ultimo punto, il TAR ha affermato come l'art. 6-*bis*, per garantire la più ampia tutela del principio d'imparzialità, abbia trasformato le cause di astensione facoltativa del giudice<sup>6</sup> in un generale obbligo di segnalazione della situazione conflittuale, sottolineandone per questa via l'aspetto innovativo.

Come anticipato avverso le sentenze di primo grado l'ASL propone due appelli, rilevando preliminarmente che, in materia concorsuale, le cause di astensione previste dall'articolo 51 c.p.c. rivestono carattere tassativo, vietando qualsiasi interpretazione analogica. La stessa ASL, infatti, ritiene che il giudice di primo grado abbia errato nel valutare, come motivo di astensione, la pubblicazione di opere da parte di un componente di una commissione perché ciò non rientrerebbe nei casi di astensione del giudice indicati dall'articolo sopra citato, evidenziando come i rapporti di collaborazione accademica non integrino un vero e proprio motivo di astensione, a patto che non abbiano carattere stabile, che non siano presenti interessi economici, o che il rapporto personale non sia talmente intenso da far sospettare che il giudizio sia stato parziale.

Da parte sua il Consiglio di Stato ha accolto gli appelli riformando la sentenza del TAR, poiché non è stato ravvisato nel caso di specie alcun conflitto di interessi *ex* art. 6-*bis*. In particolare, la prima censura che il giudice di appello muove alla pronuncia di primo grado riguarda proprio il capo della sentenza relativo alle *novità* introdotte dall'art. 6-*bis*. Nella prima parte della motivazione, difatti, confermando l'applicabilità dell'articolo 6-*bis* alle commissioni giudicatrici, è stato affermato che la disposizione appena indicata non ha «inciso sui principi

---

<sup>4</sup> Ossia: «se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico»

<sup>5</sup> T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 marzo 2014, n. 584.

<sup>6</sup> Art. 51 comma 2 c.p.c.: «In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore».

consolidati in materia, rilevando che il dovere di astensione è (...) funzionale al principio di imparzialità della funzione pubblica, di rilievo costituzionale *ex art.* 97 della Costituzione, così come recepito dagli artt. 1 e 6 *bis*, della l. n. 241 del 1990, che deve orientare l'interprete ad un'applicazione ragionevole delle disposizioni in materia, rifuggendo da orientamenti formalistici e riconoscendo invece il giusto valore a quelle situazioni sostanziali suscettibili in concreto di riflettersi negativamente sull'andamento del procedimento»<sup>7</sup>.

A conferma di ciò si sottolinea inoltre come le cause di astensione del giudice *ex art.* 51 c.p.c. siano sufficienti a soddisfare «l'esigenza del rispetto del principio di imparzialità»<sup>8</sup>, vietando ogni tipo di interpretazione analogica che possa minare la stabilità delle commissioni d'esame ed il principio della certezza giuridica. Da questa premessa lo stesso Giudice di secondo grado ha preso le mosse per ribadire come nel caso concreto non sia ravvisabile un conflitto di interessi, in quanto «la sussistenza di rapporti accademici o di ufficio tra candidato e commissario non è idonea a integrare gli estremi delle cause d'incompatibilità previste»<sup>9</sup> dallo stesso art. 51 c.p.c..

Il giudice d'appello, inoltre, affermato il ruolo *neutrale* dell'art. 6*bis*, in disaccordo con il TAR, evidenzia come in campo pubblicistico rimanga invariata la distinzione tra astensione obbligatoria e astensione facoltativa, rispettivamente prevista dai commi 1 e 2 dell'art. sopraccitato. A sostegno di quanto affermato, il Consiglio di Stato, nella seconda ed ultima parte della motivazione, si sofferma sui rapporti di forza in termini di efficacia giuridica che intercorrono fra l'art. 51 c.p.c. e l'art. 6 *bis*. Qui merita subito rilevare che il giudice d'appello, almeno per quanto ci consta, si pronuncia per la prima volta sulla questione, dichiarando la prevalenza dell'articolo 51 c.p.c.. Ciò è avvenuto sulla base dell'affermato rapporto di specialità intercorrente fra l'obbligo di astensione contenuto nella disciplina processual-civilistica e quello introdotto nella legge sul procedimento amministrativo<sup>10</sup>. In forza di ciò, il Consiglio di Stato, per risolvere una potenziale antinomia tra le due norme, ha ipotizzato l'utilizzo del criterio di specialità.

Al termine di questo primo inquadramento occorre sottolineare come il caso in esame risulti emblematico riguardo la difficoltà applicativa del menzionato art. 6 *bis* (e come tali difficoltà siano ravvisabili anche dal diverso contenuto delle pronunce di primo e di secondo grado).

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. V, 16 maggio 2016, n. 1969.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Ciò sembra ribadito anche dalla Delibera ANAC n. 209 del 1° marzo 2017, in cui la stessa ANAC si è pronunciata in merito alla *segnalazione* (effettuata dal secondo classificato in una procedura concorsuale) per l'asserita presenza di un conflitto di interessi tra il primo classificato ed il presidente della commissione giudicatrice. Così, citando i più rilevanti orientamenti giurisprudenziali in tema, l'ANAC ha ritenuto sussistere il conflitto d'interessi alla luce dell'intensità dei legami tra i due soggetti sopraindicati, escludendo per altro il solo legame di collaborazione accademica.

<sup>10</sup> L'articolo 6-*bis* è stato introdotto dall'art. 1, comma 41, l. n. 190/2012.

Per meglio inquadrare le questioni poste dalle pronunce in esame il prosieguo del lavoro sarà strutturato in quattro parti: la prima analizzerà la disciplina del conflitto di interessi nel procedimento amministrativo; la seconda accennerà all'applicazione dell'art. 51 c.p.c. nei vari campi dell'azione amministrativa; la terza riguarderà le *novità* introdotte dall'art. 6 *bis*; la quarta, infine, riguarderà i rapporti di forza tra art. 51 c.p.c. e art. 6 *bis*.

## 2. *Il conflitto di interessi nel procedimento amministrativo: indeterminatezza e genericità del dettato normativo*

Per analizzare con maggior consapevolezza le diverse posizioni assunte dai giudici di primo e di secondo grado (in merito alle *novità* introdotte dall'art. 6 *bis*) è necessario inquadrare preliminarmente la tematica del conflitto di interessi nel procedimento amministrativo. Trattasi di un istituto introdotto nel corpo della l. n. 241/1990 dall'art. 1, comma 41, Legge 6 novembre 2012 n. 190<sup>11</sup> (c.d. legge anticorruzione).

L'art. 6-*bis* prevede che «il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».

A livello generale l'istituto si colloca probabilmente nell'ambito della c.d. *buona amministrazione* che, nell'art. 41 comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, indica il diritto di ogni individuo «a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Tale collocazione è confermata dal fatto che il principio di imparzialità della funzione pubblica, di rilievo costituzionale *ex* art. 97 Cost., risulta essere recepito dall'articolo 6-*bis*, in quanto, secondo il Consiglio di Stato, «il dovere di astensione è funzionale al principio di imparzialità<sup>12</sup>», rendendo in questo modo chiara la sua *ratio legis*. Come è noto, infatti, i due obblighi previsti dalla norma da ultimo richiamata, quello di segnalazione e di (eventuale) astensione<sup>13</sup>, sono strumenti utilizzati da legislazioni più

<sup>11</sup> Merita rilevare come tale integrazione alla l. n. 241/1990 risponda alla generale aspirazione della Convenzione di Merida, onde evitare che «i funzionari pubblici possano piegare la propria azione al perseguimento di interessi privati». In tema, G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in *La legge Anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, Torino, 2013, pp. 153 e ss.

<sup>12</sup> Cons. Stato, Sez. V, 9 luglio 2015, n. 3443.

<sup>13</sup> Dall'All. 1 al Piano Nazionale Anticorruzione si desume che l'obbligo di astensione sia solo eventuale e successivo alla dichiarazione (presa di posizione) del dirigente o del responsabile per la prevenzione della corruzione che, esercitando una funzione “filtro”, dovrà valutare se, in seguito alla segnalazione del funzionario, sia opportuno sostituirlo.



mature in tema di anticorruzione, come quella degli Stati Uniti d'America, per garantire uno svolgimento imparziale dell'azione amministrativa<sup>14</sup>. Tuttavia, se l'individuazione della *ratio* dell'articolo 6 *bis* risulta agevole, più controverso è stabilire la relativa portata della fattispecie alla luce della sua mancata definizione.

A tal riguardo la giurisprudenza, riprendendo parte del contenuto dell'articolo 78 Decreto Legislativo 18 agosto 2000 numero 267<sup>15</sup>, offre una prima definizione di conflitto di interessi che si ha «ogni qualvolta sussiste una correlazione diretta ed immediata fra la posizione dell'amministratore e l'oggetto della deliberazione<sup>16</sup>». Invece, fonti di grado diverso, come il Piano Nazionale Anticorruzione 2012/2015, parlano di conflitto di interessi quando l'interesse privato di uno o più soggetti indicati dall'articolo 6 *bis* «potrebbe porsi in conflitto con l'interesse perseguito mediante l'esercizio della funzione e/o con l'interesse di cui sono portatori il destinatario del provvedimento, gli altri interessati e contro interessati<sup>17</sup>».

La stessa giurisprudenza, oltre ad assolvere ad una funzione suppletiva circa la definizione di «conflitto di interessi», contribuisce notevolmente anche per l'*indicazione* delle situazioni conflittuali. Ciò è stato possibile prendendo le mosse dalla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato di estendere l'art. 51 c.p.c. a tutti i campi dell'azione amministrativa<sup>18</sup>, anche prima che fosse introdotto lo stesso art. 6-*bis*<sup>19</sup>. L'art. 51 c.p.c., infatti, individua i casi in cui il giudice è obbligato ad astenersi<sup>20</sup>, nonché quelli di astensione facoltativa per «gravi ragioni di

<sup>14</sup> Per approfondire la tematica: J.B. AUBY, *Conflict of interest and administrative law in Conflict of interest in Global, Public and Corporate Governance*, a cura di A. PETERS and L. HANDSHIN, Cambridge, 2012.

<sup>15</sup> L'articolo 78, comma 2, d.lgs. 267/2000 recita: «Gli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado». Sul punto è interessante evidenziare lo strumento delle votazioni frazionate nei piccoli comuni. Tale *escamotage* è stato creato per evitare che le astensioni dei singoli funzionari possano paralizzare l'esercizio della funzione amministrativa. Sul punto si rimanda a quanto affermato da S. A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge 190/2012*, in *Dir. amm.*, n. 4., 2013 p. 707. Per ulteriori approfondimenti in tema: M. FRACANZANI, *Brevi note in tema di varianti al P.R.G. ed incompatibilità dei consiglieri comunali*, in *Il diritto della Regione*, 1999, p. 135 e ss. e F.G. SCOCA, *Le modalità di adozione degli strumenti urbanistici in presenza del dovere di astensione*, in *Riv. giur. Urb.*, 1999 p. 257.

<sup>16</sup> T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 marzo 2014, n. 584.

<sup>17</sup> All. 1, Piano Nazionale Anticorruzione cit., pp. 44-45.

<sup>18</sup> Cons. Stato, VI, 30 luglio 2013, n. 4015.

<sup>19</sup> T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 15 aprile 2011, n. 363.

<sup>20</sup> L'articolo 51 c.p.c. recita: «Il giudice ha l'obbligo di astenersi: 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente

convenienza». Ebbene, proprio interpretando analogicamente l'art. 51 c.p.c., la giurisprudenza amministrativa è riuscita a calare i casi di incompatibilità del giudice nella dimensione procedimentale.

Su questo punto entrambe le sentenze in esame confermano la funzione integrativa – e talvolta, come si vedrà di qui a poco, *sostitutiva* – dell'art. 51 c.p.c., volta a superare il *silenzio* del legislatore in materia di conflitto di interessi nel procedimento amministrativo. Più esattamente, il TAR Pescara fa riferimento all'azione «concorrente» dell'art. 51 c.p.c. rispetto all'art. 6 *bis*, mentre il Consiglio di Stato sembra parlare addirittura di una funzione *assorbente* dell'art. 51 c.p.c. rispetto allo stesso art. 6 *bis*.

Orbene, se da questo primo inquadramento l'art. 51 c.p.c. risulta essere una possibile *chiave di volta* su cui poggia la struttura normativa della disciplina del conflitto di interessi nel procedimento amministrativo, un contributo alla riduzione dell'indeterminatezza dell'art. 6 *bis* sembra giungere dalla lettura degli artt. 6 e 7 del Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013 n. 62, *figlio* anch'esso della l. n. 190/2012. Entrambi gli articoli, infatti, prevedono un obbligo di astensione per i pubblici funzionari in caso di conflitto di interessi ma, a differenza dell'art. 6 *bis*, cooperano sinergicamente per circoscrivere l'applicazione di tale obbligo, fornendo una definizione delle situazioni conflittuali e della natura degli interessi coinvolti. In quest'ottica, l'art. 6 d.P.R. 62/2013 stabilisce che «Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici». Mentre, secondo quanto affermato dall'art. 7 d.P.R. 62/2013, il pubblico funzionario deve astenersi «dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non

---

fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore.

riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente».

Se dalla lettura di quest'ultima disposizione sembra chiaro come l'art. 7 cit. sia frutto della *vis expansiva* dell'art. 51 c.p.c., data la vicinanza ai casi di astensione del giudice con quelli del pubblico dipendente, altrettanto chiara sembra essere la distanza (o differenza) tra le appena citate disposizioni. Infatti, l'art. 7, oltre ad aggiornare la casistica dell'art. 51 c.p.c., sostituendo ad esempio la «commensalità abituale» con la «frequentazione abituale», non sembra far menzione dell'astensione facoltativa prevista nel secondo comma dell'art. 51 c.p.c., mettendo così in risalto una modalità di tutela differente<sup>21</sup> rispetto alla disciplina processual-civilistica.

Infine merita rilevare – *mutatis mutandis* – che il profilo maggiormente problematico relativo all'interpretazione dell'art. 6 *bis*, per altro messo in luce da entrambe le pronunce in commento, sia la definizione degli interessi rilevanti, piuttosto che l'individuazione delle potenziali situazioni confliggenti. Ciò è ravvisabile proprio dalla differente interpretazione che è stata data dal TAR e dal Consiglio di Stato dell'art. 51 c.p.c. comma 1 numero 4<sup>22</sup>.

Comunque, per far luce su questo profilo una strada utile potrebbe essere quella di attingere alla casistica in materia di astensione del giudice. Infatti, grazie alla tendenziale coincidenza dei casi indicati dall'articolo 51 c.p.c. con quelli indicati *ex art.* 7 d.p.r. 62/2013, si potrebbero utilizzare alcune coordinate fornite dalla dottrina e giurisprudenza processual-civilistica per utilizzarle nella sfera procedimentale amministrativa.

### 3. *Problematiche applicative dell'art. 51 c.p.c. in relazione al tema oggetto d'esame*

Come anticipato in precedenza, il problema principale che entrambi i giudici si sono trovati ad affrontare riguarda l'applicazione in campo pubblicistico dei casi di astensione del giudice, con particolare riguardo ai concetti giuridici indeterminati<sup>23</sup> richiamati dalla norma. In merito a questo punto occorre ricostruire la disciplina del conflitto di interessi nel procedimento amministrativo partendo dalla dottrina processual-civilistica, per poi raffrontarla con la giurisprudenza amministrativa.

La prima questione problematica che emerge dalla sentenza in commento

---

<sup>21</sup> Tale profilo sarà trattato nei prossimi paragrafi.

<sup>22</sup> Art. 51 c.p.c. comma 1 numero 4: «se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico».

<sup>23</sup> In tema: S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice*, Torino, 2014; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

concerne la *tassatività* dei casi di astensione del giudice. Su tale questione la dottrina processual-civilistica maggioritaria ritiene inderogabile l'elencazione dei casi di astensione *ex art. 51 c.p.c.*<sup>24</sup>, alla luce della necessità di assicurare il superiore interesse della «precostituzione del giudice»<sup>25</sup>, nonché per evitare un utilizzo strumentale dell'istituto a causa delle «facili e inconsistenti censure»<sup>26</sup>, volte ad ottenere una «paralisi»<sup>27</sup> della funzione giurisdizionale.

Invece, per altra parte della dottrina, che tuttavia sembra minoritaria<sup>28</sup>, i casi di astensione del giudice non si esauriscono in quelli astrattamente previsti all'art. 51 c.p.c., ma possono essere incrementati. Da ciò si desume come l'elencazione della casistica, delineata nell'art. 51 c.p.c., non sia tassativa ma esemplificativa. Diversamente, altri sottolineano come la genericità dei casi di astensione permetta una «certa qual elasticità ermeneutica»<sup>29</sup>, tale da rendere fallace l'idea di una tassatività della fattispecie.

Sul piano generale, il Consiglio di Stato sembra conformarsi all'orientamento della dottrina processual-civilistica maggioritaria, affermando così la tassatività dei casi di astensione del giudice: «stante l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa e di evitare un pretestuoso ricorso ad elementi invalidanti che non sia basato su un effettivo conflitto di interessi»<sup>30</sup>, ritenendo altresì operativo l'obbligo di astensione solo nei casi espressamente previsti dall'art. 51 c.p.c..

Ebbene, proprio sulla base di tale principio, lo stesso Consiglio di Stato nel caso in esame ha sostenuto che «i rapporti personali di colleganza o di collaborazione tra alcuni componenti della commissione e determinati candidati ammessi alla prova orale non sono sufficienti a configurare un vizio della composizione della commissione stessa, non potendo le cause di incompatibilità previste dall'art. 51 (tra le quali non rientra l'appartenenza allo stesso ufficio e il rapporto

<sup>24</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, pp. 177 e ss.; S. SAIITA, *Astensione e ricsuzione*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1959, p. 947; T. SEGRÉ, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, in *Comm. c.p.c.* a cura di E. ALLORIO, I, Torino, 1973, p. 626; S. LA CHINA, *Giudice (astensione e ricsuzione)* in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 26.

<sup>25</sup> L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricsuzione del giudice civile*, Padova, 1991, p. 206.

<sup>26</sup> C. Cass., Sez. pen., 30 giugno 1972, n. 121733.

<sup>27</sup> G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, p. 283 ss.

<sup>28</sup> A. CARRATA, *Tutela degli interessi diffusi e astensione obbligatoria collettiva dell'intero ufficio giudiziario*, in *Giur. It.*, n. 6, 2002, p.1197; C. GLENDI, *L'astensione del giudice*, in *Corr. Trib.*, n. 11, 2003 p. 1004.

<sup>29</sup> A. TEDOLDI, *Astensione ricsuzione e responsabilità dei giudici*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2015, p. 56.

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 2119; così anche Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4794; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4792; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4791; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 4789; Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460; Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577; Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015; Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2013, n. 2858; Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1606; Cons. Stato, Sez. VI, 15/3/2013, n. 1512; Cons. Stato, Sez. III, 24 gennaio 2013, n. 477.

di colleganza) essere oggetto di estensione analogica, in assenza di ulteriori e specifici indicatori di una situazione di particolare intensità e sistematicità, tale da dar luogo ad un vero e proprio sodalizio professionale».

Approfondite le questioni che toccano il carattere tassativo dei casi di astensione del giudice, occorre a questo punto considerare le regole per orientare l'interprete nella determinazione di concetti che altrimenti risulterebbero (eccessivamente) indeterminati, come ad esempio: «frequentazione» e/o «commensalità abituale<sup>31</sup>», «grave inimicizia<sup>32</sup>», «gravi ragioni di convenienza<sup>33</sup>». In effetti, dall'analisi della più recente giurisprudenza amministrativa sembrano desumersi tre regole comuni per sussumere la fattispecie concreta sotto quelle astrattamente e genericamente previste dal legislatore all'art. 51 c.p.c.

Una prima regola riguarda la necessaria valutazione *ex ante* della situazione di incompatibilità «in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi che il sospetto difetto di imparzialità è idoneo a determinare» da modulare «con estrema cautela in relazione alla sua portata soggettiva<sup>34</sup>».

Una seconda regola concerne la necessaria presenza di circostanze oggettive, tali da determinare il pericolo concreto di uno svolgimento imparziale dell'azione amministrativa<sup>35</sup>.

Infine, una terza regola interessa il profilo della necessaria intensità dei legami<sup>36</sup>, tale da rientrare in una vera e propria comunanza di interessi economici e di vita, che possano ingenerare il sospetto di parzialità (del giudice come della P.A.)<sup>37</sup>, dunque il sospetto di parzialità dell'agire.

Seppur necessarie ed essenziali queste regole non risultano tuttavia sufficienti. Infatti, come specificato dalla dottrina<sup>38</sup>, per superare l'indeterminatezza dei casi di astensione del giudice sarà fondamentale un'accurata analisi dell'*id quod plerumque accidit*, ossia della comune esperienza, che aiuti l'interprete a valutare se una certa condotta possa (o non) essere ricompresa nelle categorie generali dell'articolo 51 c.p.c., quindi violare, in concreto, il principio d'imparzialità *ex art. 97 Cost.*

<sup>31</sup> Art. 51, comma 1, n. 1 c.p.c., e art. 7 D.P.R. 62/2013.

<sup>32</sup> Art. 51, comma 1, n. 3 c.p.c..

<sup>33</sup> Art. 51, comma 2 c.p.c.

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1411.

<sup>35</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2004 n. 6912; T.A.R. Sicilia, Catania, 2 aprile 2008 n. 594; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 19 agosto 2014, n. 2213.

<sup>36</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara Sez. I, 19 febbraio 2015, n. 84.

<sup>37</sup> T. SEGRÈ, *Astensione, ricasazione e responsabilità dei giudici*, op. cit., p.634; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, in *Comm. c.p.c. E. Allorio*, I, Torino, 1973, p. 634; S. SATTÀ, *Astensione e ricasazione* in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1959, p. 947; L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricasazione del giudice civile*, Padova, 1991 p. 83; S. COSTA, *La ricasazione del giudice*, in *Studi Sarsari*, Sassari, Galizzi, II, 1935, p.314; C. CONSOLO, *Commentario di procedura civile*, Torino, 2012, p.710.

<sup>38</sup> A. ROLATI, *Cause di estromissione personale del giudice e rimessione del processo*, Padova, 2007, p. 107.

Nel caso in esame, nell'escludere il conflitto di interessi, il Consiglio di Stato sembra fare riferimento alle regole qui indicate a partire dalla valutazione dell'intensità del legame professionale tra membro di commissione d'esame e vincitori di concorso<sup>39</sup>, fino ad arrivare implicitamente alla comune esperienza per ricavare i criteri necessari a tale valutazione<sup>40</sup>.

#### 4. *Novità introdotte dall'art. 6 bis l. n. 241/1990 e posizione critica del Consiglio di Stato*

Uno dei profili di maggiore interesse delle pronunce oggetto di analisi attiene alle *novità* introdotte dall'art. 6 bis l. n. 241/1990 rispetto alla generale applicazione dell'art. 51 c.p.c.. Infatti, se per un verso il Consiglio di Stato sembra scettico nel riconoscere portata innovativa all'art. 6 bis, per altro verso, ad avviso di chi scrive, è invece possibile ravvisare alcune *novità*.

In tal senso, se prima del 2012 il legislatore aveva scelto di tutelare il principio d'imparzialità dell'azione amministrativa attraverso l'introduzione di un obbligo di astensione per determinati funzionari pubblici in particolari settori<sup>41</sup>, con l'art. 6 bis il legislatore ha creato una diversa modalità di *tutela* di tale principio mediante l'emanazione di una disciplina *generale* che, oltre a superare la precedente settorialità, aggiunge anche un obbligo di segnalazione a quello di astensione, al fine di meglio temperare (come si vedrà di qui a poco), lo stesso principio di imparzialità con gli altri principi che regolano l'azione amministrativa.

<sup>39</sup> A tal riguardo G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 79, propone un'interpretazione dell'art. 6 bis secondo ragionevolezza e «quindi individuare il conflitto di interessi quando vi siano interessi tra commissario e componente di natura diversa rispetto alle finalità della ricerca».

<sup>40</sup> A dimostrazione di quanto detto, nella sentenza in esame il Consiglio di Stato afferma: «perché i rapporti personali assumano rilievo, deve trattarsi di rapporti diversi e più saldi di quelli che di regola intercorrono tra maestro ed allievo o tra soggetti che lavorano nello stesso ufficio, essendo rilevante e decisiva la circostanza che il rapporto tra commissario e candidato, trascendendo la dinamica istituzionale delle relazioni docente/allievo, si sia concretato in un autentico sodalizio professionale, in quanto tale «connotato dai caratteri della stabilità e della reciprocità d'interessi di carattere economico».

<sup>41</sup> Ad esempio si imponeva ai titolari di pubblici uffici di astenersi dal partecipare ad atti ai quali siano interessati essi stessi o prossimi congiunti (art. 279 t.u. c. e .p. 1934; art. 290 t.u. c. e p. 1915), e a chi abbia svolto attività accusatoria o istruttoria in ordine ai fatti da giudicare di astenersi nei procedimenti disciplinari e sanzionatori ex art. 112 t.u. imp. civ. o 34 c.p.p. Un ulteriore esempio è ravvisabile nell'articolo 4 della l. n. 1081/1964 che esclude dall'esercizio della professione di consulente del lavoro nell'ambito della provincia in cui siano addetti agli uffici dell'Amministrazione del lavoro prossimi congiunti del professionista. Si parla, inoltre, di un dovere generico dell'addetto al pubblico ufficio, genericamente inteso, di astenersi, ai sensi dell'art. 149 t.u. imp. civ. per i procedimenti disciplinari nei confronti degli impiegati civili dello Stato, nel caso di mancata serenità nello svolgimento della loro funzione. Sul tema: S. A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge 190/2012*, in *Diritto amministrativo*, n. 4., 2013 p. 672-713

Dunque, risulta evidente come la *forza* e la *novità* di questo istituto si desumano in particolar modo dalla sua collocazione nella legge sul procedimento amministrativo, in relazione alle ripercussioni<sup>42</sup>, in caso di violazione degli obblighi suindicati, sulla validità del provvedimento amministrativo emanato. Tali conseguenze non possono che considerarsi veri e propri deterrenti per il funzionario pubblico nella prospettiva dell'eliminazione sul piano giuridico degli effetti del provvedimento amministrativo quale oggetto di un *pactum sceleris*.

Non solo. Un'innovazione ulteriore che l'introduzione dell'art. 6 bis reca con sé è stata messa bene in luce dal giudice di primo grado che ha affermato come l'art. menzionato «abbia trasformato tutte le ipotesi di astensione facoltativa nella fonte d'obbligo di astensione», incidendo notevolmente sul *grado* di tutela offerto al principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

Orbene, tali parole sembrano trovare conferma (e assumere un più chiaro significato) nella scelta effettuata dal Piano nazionale anticorruzione di ricondurre all'art. 7 d.P.R. 62/2013 cit. la definizione delle cause di astensione ex art. 6 bis l. n. 241/1990<sup>43</sup>. Scelta confermata anche nella recentissima disciplina del conflitto di interessi contenuta nel codice dei contratti pubblici del 2016, ai sensi dell'art. 42<sup>44</sup>.

Dalla formulazione dell'art. 7 d.P.R. 62/2013 è possibile desumere come

<sup>42</sup> A tal riguardo la giurisprudenza afferma l'annullabilità del provvedimento amministrativo ex art. 21 *octies* l. n. 241/1990 per violazione di legge (vedi ad esempio T.A.R. Abruzzo, Pescara Sez. I, 6/03/2014, n. 195; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17/03/2014, n. 582; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17/03/2014, n. 579; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23/07/2013, n. 905; Cons. Stato, Sez. III, 30/07/2013 n. 4026). In tema, per una ricostruzione in senso difforme che afferma in certi casi la nullità del provvedimento per vizio derivante da conflitto di interessi: S. VILLAMENA, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e procedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI Torino, 2017, pp. 287 e ss.

<sup>43</sup> L' All. 1 P.N.A. cit. a pag. 45, riferendosi all'art. 6-bis l. n. 241/1990, afferma: «da norma va letta in maniera coordinata con la disposizione inserita nel Codice di comportamento. L'art. 7 di questo decreto infatti prevede che "Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui egli sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza».

<sup>44</sup> Art. 42 comma 2 «Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».

il legislatore abbia voluto *fondere* in un unico obbligo di astensione le cause di astensione obbligatoria con quelle di astensione facoltativa *ex* art. 51 c.p.c., rendendo così obbligatoria l'astensione del pubblico funzionario anche in caso di «gravi ragioni di convenienza». Pertanto, grazie al collegamento con il codice di comportamento dei pubblici dipendenti, si potrebbe ritenere che l'articolo 6 *bis*, costituendo «esplicazione del più generale principio d'imparzialità<sup>45</sup>», imponga la segnalazione obbligatoria anche in caso di «gravi ragioni di convenienza», conferendo un maggior grado di tutela al medesimo principio d'imparzialità<sup>46</sup>.

D'altronde, la soluzione di estendere l'obbligo di segnalazione anche alle «gravi ragioni di convenienza», oltre ad essere coerente con lo *spirito* dell'art. 6*bis*<sup>47</sup>, risulta contemperare<sup>48</sup> più adeguatamente, come sopra anticipato, il principio d'imparzialità con quello di continuità dell'azione amministrativa, direttamente ricavabile dal principio del *buon andamento*, ai sensi dell'art. 97 Cost., ed inteso come quel principio volto a garantire «la costante operatività e possibilità di funzionamento» dell'attività amministrativa<sup>49</sup>.

Ciò risulta evidente dalla lettura combinata della disposizione in esame con il Piano nazionale anticorruzione più volte cit. che prevede la predisposizione di figure “filtro”<sup>50</sup>, come quella del dirigente (o posizione organizzativa) e quella eventuale<sup>51</sup> del responsabile per la prevenzione della corruzione, chiamate a valutare la segnalazione del funzionario in conflitto di interessi.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. V, 16/05/2016, n. 1967; in tema S. VILLAMENA (a cura di), *La pubblica amministrazione e i suoi principi*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, AA.VV., Torino, 2017, pp. 33-57.

<sup>46</sup> Questa posizione sembra trovare conferma anche dal rinnovato utilizzo del principio d'imparzialità come canone ermeneutico per «orientare l'interprete ad un'applicazione ragionevole delle disposizioni in materia».

<sup>47</sup> Di questo avviso sembra anche il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Abruzzo che con la sentenza 10/03/2017, n. 126 afferma che l'art. 6*bis* abbia esteso «il principio di “astensione” tutte le volte che possa manifestarsi un “sospetto”, consistente, di violazione dei principi di imparzialità, di trasparenza e di parità di trattamento (comunque inquadrabile nell'art. 51, comma 2, c.p.c.)».

<sup>48</sup> Tale necessità di contemperamento tra i principi di efficacia ed imparzialità è ravvisata da G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., p. 86.

<sup>49</sup> C. Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, Milano, 2007, p. 131.

<sup>50</sup> Questa funzione “filtro” è disciplinata dall'All. 1 PNA cit.: «La segnalazione del conflitto deve essere indirizzata al dirigente, il quale, esaminate le circostanze, valuta se la situazione realizza un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo. Il dirigente destinatario della segnalazione deve valutare espressamente la situazione sottoposta alla sua attenzione e deve rispondere per iscritto al dipendente medesimo sollevandolo dall'incarico oppure motivando espressamente le ragioni che consentono comunque l'espletamento dell'attività da parte di quel dipendente. Nel caso in cui sia necessario sollevare il dipendente dall'incarico esso dovrà essere affidato dal dirigente ad altro dipendente ovvero, in carenza di dipendenti professionalmente idonei, il dirigente dovrà avocare a sé ogni compito relativo a quel procedimento. Qualora il conflitto riguardi il dirigente a valutare le iniziative da assumere sarà il responsabile per la prevenzione».

<sup>51</sup> Come visto nella nota precedente, l'all. 1 PNA cit. prevede che il responsabile per la prevenzione della corruzione eserciti la funzione “filtro” solo per le segnalazioni pervenute dal dirigente.



Questi soggetti, proprio al fine di evitare la paralisi dell'azione amministrativa, sono chiamati a bilanciare *ex ante* (ed in maniera proporzionata<sup>52</sup>) il principio di imparzialità con quello di continuità dell'azione amministrativa, in special modo nel valutare se la situazione conflittuale, segnalata dal funzionario in conflitto, possa giustificare o meno la sostituzione del segnalante con altro dipendente della P.A.<sup>53</sup>.

Merita rilevare che dal procedimento delineato nel P.N.A., il legislatore abbia voluto estendere a tutte le cause di astensione il procedimento previsto dal comma 2 dell'articolo 51 c.p.c., conferendo al dirigente e al responsabile della prevenzione della corruzione l'omologa funzione del capo dell'ufficio giudiziario<sup>54</sup>. Per questa via il legislatore è forse riuscito a bilanciare in maniera proporzionata *logica di risultato* e *logica di garanzia*, imponendo l'obbligo di astensione solo nel caso in cui venga valutata positivamente la segnalazione effettuata dal funzionario al dirigente o al responsabile della prevenzione.

Risulta pertanto evidente come il legislatore abbia voluto estendere ad ogni procedimento amministrativo l'(eventuale) obbligo di astensione al fine di garantire, soprattutto nelle procedure concorsuali, la prevalenza, nell'azione dei pubblici funzionari, «dell'aspetto tecnico su ogni altro aspetto che non coinvolga la legittimità, e tra l'altro l'esigenza che l'azione stessa venga espletata in modo obiettivo e disinteressato<sup>55</sup>».

Quanto detto finora sembra far propendere per un impatto innovativo sull'ordinamento amministrativo dell'articolo 6 *bis*.

##### 5. *Rapporti di forza tra art. 51 c.p.c. e art. 6 bis: lex specialis derogat generali?*

Il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame si è occupato (essenzialmente) del rapporto di forza tra artt. 51 c.p.c. e art. 6 bis l. n. 241/1990, affermando

<sup>52</sup> Secondo S. COGNETTI in *Principio di proporzionalità*, cit., il principio di proporzionalità opera su due assi diversi, uno verticale ed uno orizzontale. In merito al secondo asse, che attiene alla ponderazione, il funzionario amministrativo deve effettuare un confronto parallelo tra diritti e/o interessi e fra principi giuridici posti a supporto dei medesimi.

<sup>53</sup> Occorre precisare che, a differenza dell'art. 51 c.p.c., in forza del dettato normativo dell'art. 6 *bis* e dell'all. 1 del P.N.A., il funzionario in conflitto di interessi non deve e non può astenersi, ma segnalare il prima possibile la situazione conflittuale alle figure "filtro" sopra indicate che stabiliranno sull'eventuale astensione.

<sup>54</sup> In base alla disciplina contenuta nell'articolo 78 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile: «Se il motivo d'astensione sorge dopo che l'istruzione è iniziata, il giudice istruttore ne dà subito notizia al capo dell'ufficio giudiziario competente e dichiara o chiede di astenersi».

<sup>55</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 587; similmente, A. CERRI, *L'imparzialità e indirizzio politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973.

come, in caso di antinomia, in applicazione del criterio di specialità, l'art. 51 c.p.c. prevalga sull'art. 6 bis.

Il criterio di specialità, come è noto, è un criterio logico-teoretico<sup>56</sup> utilizzato per risolvere *antinomie*, ossia contrasti tra due o più norme «che pongono conseguenze giuridiche diverse ed incompatibili per una medesima fattispecie<sup>57</sup>».

Dunque, non tollerando una simile situazione, il nostro ordinamento giuridico prevede l'applicazione della norma speciale e la restrizione della portata della norma generale, riassumendo l'effetto nella altrettanto nota espressione latina: *lex specialis derogat generali*.

Bisogna sottolineare, tuttavia, che il criterio di specialità, anche se richiamato dall'articolo 15 c.p., e direttamente collegato all'art. 3 Cost., che impone di trattare in maniera uguale situazioni uguali ed in maniera diversa situazioni diverse<sup>58</sup>, «non è ben codificato, né sotto il profilo concettuale né sotto quello legislativo perché stabilire cosa sia “genere” e cosa sia “specie” è spesso questione di opinioni<sup>59</sup>».

Se da questa analisi si desume che l'applicazione del criterio di specialità trovi la sua ragion d'essere in caso di antinomie, risulta evidente come questo criterio non si applichi in caso di compatibilità tra norme. Un esempio in tal senso è quello che riguarda il rapporto tra norme in cui *la norma speciale è solo specificazione* di quella generale<sup>60</sup>. Tale rapporto sembra sussistere anche tra art. 51 c.p.c. ed art. 6 bis l. n. 241/1990. Infatti, dall'analisi delle sentenze oggetto di queste brevi note, così come dalla giurisprudenza successiva in materia di conflitto di interessi nel procedimento amministrativo<sup>61</sup>, sembra chiaro che l'art. 51 c.p.c. possa essere interpretato in campo pubblicistico con il fine di dare colore all'indeterminatezza dell'art. 6 bis, attraverso la *specificazione* dei casi di astensione del funzionario pubblico. Alla luce di ciò risulta difficile valutare le due disposizioni sopracitate in termini di incompatibilità: l'art. 51 c.p.c., assolvendo una funzione suppletiva per colmare le lacune dell'art. 6 bis, non dovrebbe logicamente porsi in contrasto

<sup>56</sup> Secondo A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014 p.100, questo criterio «risale alla fondamentale esigenza di giustizia del *sum cuique tribuere*, rispondendo al naturale processo di differenziazione delle categorie cui consegue l'esigenza di trattare in maniera diversa coloro che appartengono a categorie diverse». Secondo N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 100 e ss., è considerato un momento ineliminabile di sviluppo dell'ordinamento nel suo divenire.

<sup>57</sup> A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, cit., p. 2.

<sup>58</sup> Corte Cost., 26 giugno 1975, n. 158.

<sup>59</sup> R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2013 p. 334.

<sup>60</sup> In merito a tale argomento, S. ZORZETTO, *Lex specialis e ragionamento giuridico: ridondanze linguistiche e norme speciali e generali compatibili*, relazione al XVII Seminario Italo-Spagnolo-francese di teoria del diritto, Università Commerciale Luigi Boconi, Milano 26 e 27 ottobre 2012, in *www.unibocconi.eu*, p. 9.

<sup>61</sup> T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 27/03/2017, n. 409; T.A.R. Abruzzo, l'Aquila, Sez. I, 10 marzo 2017, n. 126.

con quest'ultimo, venendo meno pertanto l'applicazione del criterio di specialità.

A *fortiori*, l'affermata (e qui contrastata) prevalenza dell'art. 51 c.p.c. sull'art. 6 *bis* in applicazione del criterio di specialità rischierebbe di configgere con i limiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sull'utilizzo di tale criterio. Tale giurisprudenza ha infatti affermato che la disciplina del rapporto tra norma speciale e norma generale non deve essere di «ostacolo ad un'interpretazione che si uniformi non solo e non tanto all'intenzione del legislatore, ma anche e soprattutto alla razionalità intrinseca del sistema ed alla *ratio* della norma quale è con certezza desumibile dal quadro normativo in cui essa è inserita e dal contesto politico-economico alla quale la stessa fa riferimento<sup>62</sup>».

Ebbene, affermare la *prevalenza* (o *forza sostitutiva*) dell'art. 51 c.p.c., dunque di conseguenza anche la distinzione tra astensione obbligatoria e facoltativa, contrasterebbe con l'esigenza di prevenzione della corruzione manifestata dal legislatore con l'introduzione, ai sensi dell'art. 1, comma 41, l. n. 190/2012 cit., dell'art. 6 *bis* che ha «coniato un canone di generale applicazione che postula ineludibili esigenze di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento<sup>63</sup>», attraverso i più volte indicati obblighi di segnalazione e di astensione per i funzionari in conflitto di interessi.

Invero, piuttosto che parlare di rapporto di specialità tra gli artt. 51 c.p.c. e 6 *bis*, sarebbe probabilmente più appropriato parlare di rapporto di *integrazione*<sup>64</sup> tra gli stessi nonchè, fra questi, e gli artt. 6 e 7, d.P.R. 62/2013 nei termini sopra precisati<sup>65</sup>.

## 6. Conclusioni

Dalla vicenda analizzata si desume come il principale problema della disciplina sul conflitto di interessi sia costituito dall'eccessiva genericità della formulazione contenuta all'art. 6 *bis*, l. n. 241/1990, che obbliga giurisprudenza e dottrina a svolgere in via suppletiva una funzione che il legislatore ha scelto di abdicare, soprattutto in relazione alla definizione degli interessi rilevanti<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Corte Cost., 10 febbraio 1994, n. 25

<sup>63</sup> T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 marzo 2014, n. 582.

<sup>64</sup> Quanto appena detto sembra trovare conferma anche dal Consiglio di Stato: per cui il criterio di specialità, configurandosi in termini di prevalenza esclusiva della norma su un'altra, non si configurerebbe in caso di «mera integrazione fra fonti di produzione del diritto» (Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 31/07/2009, n. 4838)

<sup>65</sup> Quanto detto sembra essere confermato dall'A.N.A.C. nei pareri AG11/2015/AC e AG 47/2015AC, l'A.N.A.C. Tali pareri, infatti, affermano che l'articolo 6 *bis* deve *coordinarsi* con la disciplina prevista dal d.P.R. 62/2013, rimandando all'articolo 7 per l'individuazione dei casi di astensione. Oltre all'A.N.A.C., anche la più recente giurisprudenza sembra confermare quanto detto (vedi Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Palermo, Sez. I, 30/06/2016).

<sup>66</sup> S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice*, Torino, 2014, p. 98.

Tuttavia, l'utilizzo di clausole rigide rischia (di contro) di cristallizzare una disciplina che necessita fisiologicamente di essere elastica, da modellarsi, come visto in questo lavoro, sulla base del contesto storico in cui l'interprete si trova ad operare, dato il necessario ricorso all'*id quod plerumque accidit* per la definizione degli interessi rilevanti.

Indubbiamente la situazione descritta genera confusione, imponendo al giudice di creare volta per volta regole *ad hoc*, anche attraverso il necessario ricorso a fonti "d'integrazione"<sup>67</sup>.

Questa operazione dovrà essere compiuta con grande attenzione bilanciando le diverse *anime* degli istituti coinvolti. Del resto tale esigenza sembra essere stata ravvisata anche dall'ANAC che, in una sua recente delibera<sup>68</sup>, ha affermato la necessità di «*coniugare* una corretta applicazione dell'art. 51 c.p.c. con la *ratio* delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione di cui alla l. n. 190/2012 e dei principi di cui all'art. 97 Cost.<sup>69</sup>».

È pertanto auspicabile che il giudice, al fine di non tradire la *ratio legis* della disciplina sul conflitto di interessi, eviti interpretazioni eccessivamente limitative della portata applicativa dell'art. 6 *bis*, innalzando così la tutela del principio d'imparzialità che costituisce una tra le più rilevanti misure di prevenzione della corruzione introdotte dalla l. 190/2012<sup>70</sup>.

---

L'autore sottolinea che il problema dell'indeterminatezza della legge, ascrivibile all'uso di clausole generali, è vasto e ricomprende non solo il diritto amministrativo ma tutte le branche del diritto, quasi a voler rimarcare il generalizzato peccato di accidia del legislatore.

<sup>67</sup> come il ricorso all'art. 51 c.p.c. e 7 d.P.R. 62/2013.

<sup>68</sup> Delibera ANAC n. 209 del 1° marzo 2017.

<sup>69</sup> *ibidem*

<sup>70</sup> T.A.R., Campania, Salerno, Sez. II, 17 marzo 2014, n. 584.

**Abstract**

Observations on «conflict of interests» in the administrative procedure in the light of a recent ruling by the State Council

by Alessandro Berrettini

The conflict of interest in the administrative procedure, *ex art. 6bis* l. n. 241/1990, is one of the most important anticorruption measures introduced by l. n. 190/2012 in the Italian legal system. The purpose of this article is to understand the role of that legal framework, highlighting its lights and shadows, through the analysis of a recent ruling by the Council of State. This analysis will be based on the interpretative difficulties, encountered by first and second instance judges in the application of art. *6bis* to the specific case, in order to recognize the innovative scope of the conflict of interest and the strength of the relations between art. 51 c.p.c. and the art. *6bis*.



# L'acquisizione al patrimonio comunale nei confronti degli eredi estranei all'abuso<sup>1</sup>

di Antonio Liguori

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale: natura della sanzione. – 3. Sanzioni edilizie e proprietario estraneo all'abuso: le aperture della giurisprudenza. – 4. Conclusioni.

## 1. Il fatto

Con sentenza n. 4624 del 7 ottobre 2016, il T.A.R. della Campania, Napoli, si è pronunciato, in maniera sostanzialmente conforme all'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, in tema di effetti del provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale di un immobile divenuto di proprietà di un soggetto estraneo all'abuso edilizio, stabilendo che è da considerarsi *“legittimo il provvedimento con il quale un Comune, a seguito dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione, ha disposto l'acquisizione al patrimonio comunale di un immobile abusivo, che sia stata emessa nei confronti del terzo acquirente in buona fede del medesimo immobile. Infatti, l'acquirente di un manufatto abusivo succede nelle posizioni attive e passive del dante causa, ivi comprese quelle derivanti da una precedente ordinanza di demolizione e dall'inottemperanza all'ingiunzione, per cui è da escludere che possa avere considerazione l'ignoranza dell'acquirente in ordine alla situazione del bene all'atto della stipula ovvero la estraneità dell'avente causa all'abuso commesso dall'originario proprietario, fatti salvi ovviamente gli effetti della buona fede del nuovo proprietario sul piano civilistico nei rapporti con il venditore”*.

La ricorrente, divenuta titolare del bene *iure hereditatis* nel 2009, risultava essere univocamente acquirente in buona fede dell'immobile, dovendosi escludere che la stessa avesse avuto conoscenza del carattere abusivo delle opere, non avendo ricevuto né la comunicazione di avvio del procedimento, né l'ordinanza di demolizione assunta a presupposto dell'acquisizione.

Malgrado l'abuso edilizio risalisse verosimilmente al 2000, il provvedimento

---

<sup>1</sup> Commento alla sentenza del TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. III – sentenza 7 ottobre È *legittimo il provvedimento con il quale un Comune, a seguito dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione, ha disposto l'acquisizione al patrimonio comunale di un immobile abusivo, che sia stata emessa nei confronti del terzo acquirente in buona fede del medesimo immobile.*

*L'acquirente di un manufatto abusivo succede nelle posizioni attive e passive del dante causa, ivi comprese quelle derivanti da una precedente ordinanza di demolizione e dall'inottemperanza all'ingiunzione, per cui è da escludere che possa avere considerazione l'ignoranza dell'acquirente in ordine alla situazione del bene all'atto della stipula ovvero la estraneità dell'avente causa all'abuso commesso dall'originario proprietario, fatti salvi ovviamente gli effetti della buona fede del nuovo proprietario sul piano civilistico nei rapporti con il venditore.*

di acquisizione al patrimonio comunale – adottato a distanza di anni dall’ordine di demolizione ingiunto al precedente proprietario – risultava comunque sprovvisto di alcun accenno all’interesse pubblico alla demolizione del fabbricato, che tenesse conto del tempo trascorso e del radicamento delle aspettative della ricorrente.

I giudici partenopei, rifacendosi all’indirizzo sopra richiamato, affermano che “*L’acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive non demolite rappresenta una misura sanzionatoria derivante direttamente dalla legge per effetto della mancata ottemperanza all’ingiunzione di demolizione ed ha carattere essenzialmente dichiarativo*”<sup>2</sup>. Il carattere essenzialmente dichiarativo della sanzione, pertanto, varrebbe ad escludere la sussistenza di un onere motivazionale a carico dell’Amministrazione, il cui provvedimento sembrerebbe giustificato dalla mera applicazione del dettato normativo.

Riprendendo, inoltre, la pronuncia n. 40 del Consiglio di Stato, Sez. V del 10 gennaio 2007, la sentenza in commento ha stabilito che l’acquirente di un immobile abusivo succede nelle posizioni attive e passive del dante causa, comprese quelle derivanti da una precedente ordinanza di demolizione e dall’inottemperanza all’ingiunzione, per cui è da escludere che possano avere considerazione in giudizio l’ignoranza della ricorrente in ordine alla situazione del bene all’atto della stipula ovvero la estraneità dell’avente causa all’abuso commesso dall’originario proprietario, fatti salvi gli effetti della buona fede del nuovo proprietario sul piano civilistico nei rapporti con il venditore<sup>3</sup>.

Il puro e semplice trascorrere del tempo, pertanto, non “*legittimerebbe l’illecito edilizio*”, che ha carattere permanente e non è soggetto ad alcun termine di prescrizione, per cui l’applicazione da parte dell’amministrazione delle sanzioni edilizie ha carattere di atto dovuto, e dunque non necessita di alcun riferimento alla sussistenza dell’interesse pubblico al ripristino della legalità violata o alla ponderazione con gli interessi privati. Per tale ragione, l’esercizio dei poteri repressivi non può subire condizionamenti legati al mero decorrere del tempo o al mutamento della titolarità dell’immobile abusivo, che non può legittimare il consolidamento di alcuna aspettativa o affidamento in ordine alla conservazione dell’opera abusiva<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> In termini T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 11 luglio 2016 n. 1877, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 2015 n. 1064, in *Riv. Giur. dell’Edilizia*, 2015, 3, I, 487; Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2014 n. 3565, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1994.

<sup>3</sup> Cfr., *ex multis*, T.A.R. Basilicata, Sez. I, 24 marzo 2016 n. 280, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 8 gennaio 2016 n. 26, in *Riv. Giur. dell’Edilizia*, 2016, 1-2, I, 120. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 8 gennaio 2016 n. 14, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>4</sup> Il T.A.R. prosegue affermando che “*l’esercizio dei poteri repressivi non può essere limitato o condizionato in relazione al tempo trascorso dall’abuso, o dall’emanazione dell’ordine di demolizione, o dal trasferimento dell’immobile abusivo, che non può legittimare il consolidamento di alcuna aspettativa o affidamento in ordine alla conservazione dell’opera abusiva*”. In termini cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 23 febbraio



A fondamento della decisione in commento, il TAR afferma anche che “*le ordinanze di demolizione non risultano impugnate, per cui è da escludere che nella presente sede possano trovare considerazione censure relative alla legittimità della sanzione prevista dall’art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 in caso di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, nella specie consistenti nella realizzazione di un fabbricato composto da piano seminterrato e piano rialzato su una superficie di circa mq. 170*”. Si osservi sin d’ora, tuttavia, che l’innoppugnata ingiunzione di demolizione non può essere imputata alla ricorrente proprietaria, posto che, nel momento in cui è stata ingiunta, questa non ne era a conoscenza, né avrebbe potuto adire un giudice per far valere eventuali profili di illegittimità del provvedimento, non avendo alcun titolo sull’immobile.

## 2. Il provvedimento d’acquisizione al patrimonio comunale: natura della sanzione

L’acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive non demolite è comunemente definita come una misura sanzionatoria autonoma, derivante direttamente dalla legge per effetto della mancata ottemperanza all’ingiunzione di demolizione, per cui l’atto impugnato ha un carattere essenzialmente dichiarativo del trasferimento coattivo al Comune della proprietà sull’immobile per effetto della scadenza del termine per ottemperare previsto dalla legge<sup>5</sup>. In taluni casi, tuttavia, la definizione può lasciare perplessi: è infatti evidente che, da un lato, il trascorrere del tempo, e dall’altro, la non coincidenza del soggetto destinatario dell’ingiunzione di demolizione con il privato proprietario dell’immobile, come si è verificato nel caso di specie, possa far apparire la funzione “automatica e autonoma” – che, di norma, si attribuisce alla sanzione – in contrasto con i principi che regolano la complessa disciplina delle sanzioni amministrative<sup>6</sup>. Se, infatti, il carattere automatico della sanzione appare inecce-

---

2016 n. 532, in *Riv. Giur. dell’Edilizia*, 2016, 3, I, 305; T.A.R. Sardegna, Sez. II, 28 maggio 2015 n. 821, in *Foro amm.*, 2015, 5, 1600; Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2012 n. 6702, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 12, 3237. Non mancano, tuttavia, recenti pronunce in senso difforme, laddove si afferma che “*Il notevole periodo di tempo trascorso tra la commissione dell’abuso e l’adozione dell’ordinanza di demolizione e il protrarsi dell’inerzia dell’Amministrazione preposta alla vigilanza possono costituire indice sintomatico di un legittimo affidamento in capo al privato, a fronte del quale grava quantomeno sul Comune, nell’esercizio del potere repressivo-sanzionatorio, un obbligo motivazionale “rafforzato” circa l’individuazione di un interesse pubblico specifico alla sanzione demolitoria, diverso ed ulteriore rispetto a quello al mero ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato, in deroga al carattere strettamente dovuto dell’ingiunzione a demolire*”. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2016 n. 1393, in *www.giustizia-amministrativa.it*; V. anche Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2015 n. 2512, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3847, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 7-8, 2076.

<sup>5</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1064, in *Riv. Giur. dell’Edilizia* 2015, 3, I, 487.

<sup>6</sup> Il tema delle sanzioni amministrative è stato oggetto di una profonda revisione critica, in particolare dovuta a talune pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo (*Ex multis* Grande Stevens C. Italia del 4 marzo 2014 n. 18640/10 in *Cass. Penale* 2016, 12, 4515). Ai sensi degli

pibile nella maggior parte degli ambiti di applicazione, essa può suscitare più di una perplessità quando è richiamata in determinati “casi-limite”, quale è quello di specie, laddove l’inerzia dell’Amministrazione e l’estraneità all’abuso del destinatario del provvedimento possono far dubitare della coerenza sistematica della disposizione e della ragionevolezza dell’azione della p.a.

Il provvedimento in questione, come si è già ricordato, è inquadrato generalmente alla stregua di un automatismo, che consentirebbe, a fronte del solo presupposto dell’inottemperanza all’ordine di demolizione, l’acquisizione del bene e dell’area al patrimonio indisponibile del Comune.

Sebbene il tema sia oggetto di divergenti interpretazioni dottrinali, si ritiene comunemente che l’ordine di demolizione appartenga alla categoria delle sanzioni a carattere ripristinatorio<sup>7</sup> e che pertanto possa essere legittimamente applicato prescindendo dall’indagine sulla paternità dell’abuso e sulla buona fede del privato destinatario: si afferma infatti che tale provvedimento è finalizzato esclusivamente al ripristino dello *status quo ante*, perseguito attraverso la rimozione della situazione antiggiuridica venutasi a creare con la costruzione dell’immobile abusivo.

Tuttavia, malgrado prevalga generalmente la distinzione tra la sanzione in

---

artt. 6 e 7 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la natura sostanzialmente penale di sanzioni che tradizionalmente venivano qualificate come amministrative. Peraltro, in tale contesto sono state ricondotte alla “materia penale” non solo misure chiaramente connotate da un carattere affittivo, ma anche per i provvedimenti che perseguono chiaramente un interesse pubblico. Si veda CEDU, 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, Hamer c. Belgium, parr. 56/60, in *www.echr.coe.int*, ove si conclude che “*the court considers that the demolition measure can be regarded as a penalty for the purposes of the convention*”. Con tale pronuncia, la Corte di Strasburgo, valorizzando la gravità della misura sanzionatoria, ha considerato come sanzione penale ai fini della Convenzione EDU l’ordine di demolizione di un immobile abusivo. Si veda anche F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative e il diritto europeo*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano 2016, 48 e ss; R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009.

<sup>7</sup> Così G. PANTE, *I soggetti passivi dell’ordine di demolizione delle opere abusive*, in *Immobili e proprietà*, 2010, 9, 56; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989, 335; P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. Cost.* 2014, 3605 e ss. Si veda inoltre Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 4400, in *Riv. Giur. Edilizia* 2016, 6, I, 1116, ove si afferma che “*nella disciplina legislativa statale non par dubbio che il proprietario debba essere coinvolto nel procedimento successivo all’accertamento dell’inottemperanza all’ordine di demolizione (in particolare, nel sub-procedimento relativo all’acquisizione al patrimonio comunale del bene e dell’area di sedime), a prescindere da una sua diretta responsabilità nell’illecito edilizio. Tale sistema non presenta profili di criticità sul piano del rispetto dei principi costituzionali, e tanto per la dirimente ragione che si parla di sanzioni in senso improprio, non aventi carattere “personale”, ma reale, essendo adottate in funzione di accrescere la deterrenza rispetto all’inerzia conseguente all’ordine demolitorio e di assicurare ad un tempo la effettività del provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi e la soddisfazione del prevalente interesse pubblico all’ordinato assetto del territorio [...] l’acquisizione al patrimonio del Comune dell’area sulla quale insiste la costruzione, pur differenziandosi dalla stretta e immediata misura ripristinatoria insita nell’ordine di demolizione, partecipa della stessa natura reale di tale sanzione, in quanto concorre a rendere effettiva l’efficacia ripristinatoria dell’ordine giuridico violato*». Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, 10/01/2007, n. 40, in *Riv. Giur. Edilizia* 2007, 3, I, 1040.

parola e quelle c.d. "affittive" – per le quali é d'obbligo il rispetto dei principi di responsabilità personale e colpevolezza<sup>8</sup> – assumono rilievo i diversi effetti giuridici scaturenti dall'ordine di demolizione e dal provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale.

Sebbene l'abuso edilizio costituisca illecito permanente e l'ordinanza di demolizione di una costruzione abusiva abbia carattere ripristinatorio, "*tanto che può essere legittimamente emanata anche nei confronti del proprietario che non sia responsabile dell'abuso*", il conseguente provvedimento di acquisizione all'area di sedime delle opere abusive è tuttavia produttivo di effetti e conseguenze per il solo proprietario e, proprio per questo, presupporrebbe sempre l'accertamento del dolo o della colpa del soggetto cui si imputa la trasgressione all'ordine di demolizione. "*Per questa ragione l'ordine di demolizione avrebbe una duplice natura: ripristinatoria ma altresì sanzionatoria*".<sup>9</sup>

A riguardo, la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale deve considerarsi "*la reazione dell'ordinamento al duplice illecito di chi prima esegue un'opera abusiva e poi non adempie all'obbligo di demolirla*"<sup>10</sup>.

Nel caso in cui il soggetto destinatario del provvedimento sia estraneo sia all'abuso che all'inottemperata demolizione, non sembrerebbe irragionevole prendere in considerazione l'ipotesi che al provvedimento in questione possa riconoscersi valore di sanzione autonoma rispetto ai provvedimenti pregressi.

Se la natura del provvedimento di acquisizione non fosse esclusivamente ripristinatoria, il suo carattere automatico varrebbe solo nel caso di coincidenza tra il soggetto responsabile dell'abuso e il soggetto che subisce un pregiudizio dal provvedimento d'acquisizione.

L'automaticità della sanzione sembrerebbe discendere esclusivamente dalla

---

<sup>8</sup> Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 47281, in *CED Cass.*, 24540. È noto che le sanzioni a carattere ripristinatorio, a differenza di quelle aventi carattere affittivo, non presuppongono l'accertamento della responsabilità personale e della colpevolezza del soggetto destinatario. Questo perché mentre queste ultime mirano a garantire il rispetto di una norma a tutela dell'interesse pubblico attraverso la previsione di una pena, le prime aspirano alla mera eliminazione di una situazione obbiettivamente anti-giuridica in ragione del preminente interesse pubblico al ripristino dello *status quo ante*, motivo per il quale non sarebbe necessario alcun accertamento in ordine all'elemento soggettivo del destinatario della sanzione.

<sup>9</sup> Cfr. G. PORTALURI, V. MELE, F. ANGELI, G. CREPALDI, A. DI LASCIO, A. BERTOLINI, *Sanzioni amministrative per abusi edilizi*, in A. Cagnazzo, S. Toschei, F. Tuccari (a cura di), *Sanzioni Amministrative in materia edilizia*, Torino, 2014, 469.

<sup>10</sup> Cort. Cost., ord. 15 febbraio 1991, n. 82 in *Riv. giur. edilizia* 1991, I, 311 con la quale si afferma che "*È manifestamente infondata, in riferimento all'art. 42 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15 comma 3 della legge n. 10 del 1977, nella parte in cui prevede l'acquisizione gratuita dell'area sulla quale insiste la costruzione abusiva al patrimonio indisponibile del comune; invero, detta acquisizione rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima, esegue un'opera in totale difformità o in assenza della concessione e, poi, non adempie l'obbligo di demolire l'opera stessa entro il termine fissato dal sindaco*". Si veda anche Cort. Cost., 15 luglio 1991, n. 345, in *Riv. giur. polizia locale*, 1992, 514.

inottemperanza dell'ingiunzione a demolire, dunque *“essa si riferisce esclusivamente al responsabile dell'abuso e non può quindi operare nella sfera giuridica di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offerti dall'ordinamento”*<sup>11</sup>.

Quanto condivisibilmente ritenuto dalla dottrina, con riguardo specificamente al rapporto tra l'attività del conduttore e la responsabilità del proprietario, sembra poter assumere una portata generale ai fini della qualificazione della natura affittiva e non solo ripristinatoria del provvedimento di acquisizione, proiettando la sua efficacia anche nelle ulteriori ipotesi di alterità soggettiva tra chi commette l'abuso e chi è chiamato, nei fatti, a risponderne<sup>12</sup>.

Nel caso di specie, il richiamo operato in sentenza al carattere automatico della sanzione, e dunque sostanzialmente al regime di responsabilità oggettiva, è di problematica giustificazione, a differenza di quanto si verifica qualora vi sia coincidenza tra il soggetto effettivamente responsabile dell'inadempimento e quello che subisce il pregiudizio.

---

<sup>11</sup> F. VETRÒ, *Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 766, in particolare laddove si afferma, richiamando la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione che *“l'ordine di demolizione esplica i suoi effetti nei confronti di tutti i soggetti che medio tempore, dunque anche anteriormente all'ordine medesimo, abbiano acquistato un diritto reale o personale di godimento sul manufatto abusivo, attesa la sua natura di sanzione amministrativa a carattere ripristinatorio e la rilevanza degli interessi pubblicistici ad esso sottesi su quelli privatistici astrattamente coinvolti. E ciò anche se si tratti di soggetti estranei alla commissione del reato, salva la facoltà del terzo di far valere, sul piano civile, la responsabilità contrattuale o extracontrattuale, del proprio dante causa”*. Discorso diverso meriterebbe, invece, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale, dal momento che questa non può non operare nella sfera giuridica di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offerti dall'ordinamento. L'effetto acquisitivo della proprietà determinato dall'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione presupporrebbe sempre la volontarietà dell'inadempimento: in presenza dell'impossibilità da parte dell'autore dell'abuso di eseguire l'ingiunzione stessa, non si può disporre l'acquisizione automatica al termine dei novanta giorni. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2015, n. 1927, in *Foro Amm.* 2015, 4, 1113.

<sup>12</sup> Ritenere che il rapporto locatore/locatario possa costituire un paradigma delle ulteriori ipotesi possibili di alterità soggettiva tra autore dell'abuso e destinatario della sanzione, avrebbe forse potuto permettere l'estensione al caso di specie di quanto affermato dalla giurisprudenza in ordine alla sanzionabilità del locatore che non sia responsabile dell'illecito edilizio. Si veda, ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8673 in *Foro amm.* TAR 2006, 10, 3288, laddove si afferma che *“L'estraneità del proprietario (o del titolare del diritto reale) agli abusi edilizi commessi sulla cosa locata e affittata dal conduttore, locatario o affittuario non implica l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione o di riduzione in pristino dello stato dei luoghi, emessa ai sensi dell'art. 7, l. n. 28 del 1985 nei confronti del responsabile dell'abuso, ma la sola insuscettività del provvedimento repressivo e sanzionatorio a costituire titolo per l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene”*.

### 3. *Sanzioni edilizie e proprietario estraneo all'abuso: le aperture della giurisprudenza*

Se è vero che la scadenza del termine per ottemperare configura il presupposto per l'applicazione automatica della sanzione amministrativa, che consiste nel trasferimento coattivo all'ente comunale della proprietà sull'immobile non demolito, tuttavia, dal tenore letterale dell'art. 31, comma 3 del t.u. n. 380 del 2001<sup>13</sup>, risulta evidente che l'effetto ablatorio, che si verificherebbe alla inutile scadenza del termine fissato per ottemperare all'ingiunzione di demolire, non può operare se non si verifica un ulteriore presupposto, ovvero che il responsabile dell'abuso coincida con il soggetto che subisce pregiudizio dal provvedimento di acquisizione<sup>14</sup>.

In talune pronunce<sup>15</sup> è emersa l'importanza dell'elemento soggettivo nella condotta omissiva dell'inadempimento all'ordinanza di demolizione. Il trasferimento della *res* abusiva al patrimonio del comune può operare solo a condizione che l'inottemperanza sia volontaria o colposa, ovvero non sia determinata da una causa di forza maggiore, non siano state concesse proroghe per l'adempimento, siano stati individuati i beni da trasferire ed, infine, il proprietario non sia persona del tutto estranea alla commissione dell'illecito e si sia adoperato, una volta venutone a conoscenza, per la cessazione dell'abuso.

La giurisprudenza ammette generalmente che l'ordinanza di demolizione della *res* abusiva può legittimamente essere emanata nei confronti del proprietario non responsabile dell'abuso, in ragione della natura permanente dell'illecito e del carattere ripristinatorio della sanzione, che permetterebbe di prescindere dall'accertamento del dolo o della colpa del soggetto cui si imputa la trasgressione. Diversamente, deve considerarsi che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime su cui insiste l'abuso, sebbene risulti una sanzione prevista per l'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, non potrebbe essere coerentemente comminata nei confronti di un nuovo proprietario, incolpevole ed ignaro dell'ordine di demolizione, poiché danneggerebbe esclusivamente la sfera giuridica di un soggetto rimasto estraneo all'illecito edilizio<sup>16</sup>.

L'estraneità del proprietario agli abusi edilizi commessi sulla cosa locata dal conduttore non basta a determinare l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione o di

---

<sup>13</sup> “Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime [...] sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune”.

<sup>14</sup> Cfr. F. VETRÒ, ult. op. cit.

<sup>15</sup> T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 10 aprile 2009, n. 450, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 1991, n. 66, in *Foro amm.*, 1991, 346; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 30 settembre 1992, 406, in *Foro it.*, 1993, 630.

<sup>16</sup> T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 13 settembre 2006, n. 2053 in *Foro amm.* TAR 2006, 9, 2890; T.A.R. Umbria Perugia, 1 giugno 2007, n. 477, in *Giur. merito* 2007, 10, 2741. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 luglio 2007, n. 5968, in *Foro amm.* TAR 2007, 7-8, I, 2454.

riduzione in pristino dello stato dei luoghi, ma impedirebbe all'inottemperanza di tale provvedimento di costituire un valido presupposto per l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene. La giurisprudenza ha anche chiarito che “*ai sensi dell'art. 31, t.u. 6 giugno 2001 n. 380, l'ingiunzione di demolizione deve essere notificata al responsabile dell'abuso, oltre che al suo proprietario, con la conseguenza che è illegittima l'ingiunzione di demolizione che non venga notificata al responsabile dell'abuso né al proprietario dell'opera abusiva ma solo al proprietario dell'area sulla quale è stata realizzata la stessa opera, soprattutto se questi non ha la materiale disponibilità e non può procedere alla demolizione o rimozione dell'opera abusiva.*”<sup>17</sup>

Particolarmente significativa appare, inoltre, la pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 11 novembre 2011, n. 5293 con la quale si afferma che mentre il comma 2 del citato art. 31 individua come destinatari dell'ordine di demolizione il proprietario e il responsabile dell'abuso, il comma 3 si dirige esclusivamente al responsabile dell'abuso, “*sul presupposto che questi abbia la disponibilità dell'area ove insistono le opere abusive e, quindi, sia in condizione di eseguire spontaneamente la demolizione*”. Il Collegio aggiunge che, per tale ragione, “*qualora il proprietario del fondo sia un soggetto diverso dal responsabile dell'abuso, l'acquisizione gratuita (essendo una sanzione prevista per il caso dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolire) si verifica senz'altro nei confronti del responsabile dell'abuso che non esegua spontaneamente la demolizione nel termine assegnatogli, mentre il proprietario dell'area (che non può eseguire spontaneamente la demolizione perché non ha la disponibilità dell'area) può evitare che l'effetto acquisitivo operi anche nei suoi confronti dimostrando — in modo inequivocabile — la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza (ad esempio attraverso la notifica dell'ordine di demolizione), si sia adoperato per impedire l'abuso con tutti gli strumenti offertigli dall'ordinamento*”<sup>18</sup>.

#### 4. Conclusioni

La breve analisi condotta sul tema della acquisizione al patrimonio comunale consente una duplice riflessione sulla natura della sanzione. Se si estendono al caso di specie le condivisibili conclusioni della dottrina e della giurisprudenza riguardo i casi, principalmente riconducibili ai rapporti locatore-locatario, di alterità soggettiva tra responsabile dell'abuso e proprietario dell'area, se ne dovrebbe desumere che la sentenza in commento non giunge a conclusioni pienamente condivisibili, in particolare laddove conferisce all'acquisizione gratuita al patri-

<sup>17</sup> T.A.R. Lazio, Roma Sez. II, 3 luglio 2007 n. 5968 in *Foro amm. TAR* 2007, 7-8, I, 2454

<sup>18</sup> Cfr. anche T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 20 gennaio 2014, n. 184, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014, laddove si afferma che “*In ragione della disciplina dettata dall'art. 31, commi secondo e terzo, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, la comprovata estraneità del proprietario del fondo alla realizzazione dell'abuso edilizio comporta che l'ordine di demolizione non può costituire titolo per l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insistono le opere abusive*”.

monio indisponibile del comune un carattere esclusivamente ripristinatorio. Il caso di specie, sebbene rappresenti una questione piuttosto singolare, lascia emergere in tutta evidenza, da un lato, la natura (anche) affittiva della sanzione e, dall'altro, il ricorso alla categoria della responsabilità oggettiva, che risulta difficilmente armonizzabile con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>19</sup>, quando applicato per legittimare sanzioni che non abbiano un carattere pienamente ed esclusivamente ripristinatorio.

Parrebbe, infatti, che il richiamo alla automaticità della sanzione possa valere solo quando vi sia perfetta coincidenza tra i soggetti privati coinvolti. Al di fuori di questi casi, la sanzione non potrebbe essere legittimamente applicata a meno che non si dia prova del dolo o della colpa di chi è destinato a subirla. Deve considerarsi, inoltre, che il mero richiamo alla automaticità della sanzione lascia perplessi se si considera che l'Amministrazione, nel caso di specie, è rimasta inerte per oltre un decennio. Richiamare *sic et simpliciter*, a sostegno della propria decisione, una norma che consente l'effetto ablatorio, una volta decorso inutilmente il brevissimo termine di novanta giorni dalla conoscenza dell'ingiunzione a demolire, potrebbe risultare, a fronte della grave inerzia amministrativa, non pienamente ragionevole<sup>20</sup>.

Un secondo profilo critico che emerge dall'analisi svolta attiene al confronto tra la posizione del responsabile dell'abuso che sia anche proprietario del bene e il titolare di un diritto di proprietà di un'area oggetto del provvedimento di acquisizione che risulti essere estraneo alla realizzazione dell'abuso.

Al primo, malgrado sia, a titolo di colpa o dolo, responsabile dell'abuso, verrebbe nei fatti accordata la possibilità di scegliere tra l'adempimento all'ordine di demolizione, che gli consentirebbe di conservare il diritto di proprietà sull'area, e l'inadempimento che lo esporrebbe consapevolmente al rischio di perdere il proprio diritto. Il sistema sanzionatorio dettato dalla legge sembrerebbe invero escludere la possibilità di configurare un vero e proprio diritto di scelta tra queste

<sup>19</sup> Cfr. Grande Stevens c. Italia e Hamer c. Belgium.

<sup>20</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2015, n. 1927, in *Foro Amm.* 2015, 4, 1113, ove si afferma che “il Collegio qui considera che l'acquisizione gratuita dell'area – come la demolizione pubblica in danno – non possa essere senz'altro disposta nei confronti degli attuali interessati. Il contrario sarebbe stato se, a norma dell'art. 31, comma 4, l'Amministrazione, previa notifica dell'atto all'interessato, avesse provveduto, prima della morte dei signori An. e Lu.Or., alla trascrizione nei registri immobiliari del provvedimento di acquisizione del bene al patrimonio comunale”. Nello stesso senso Cons. Stato Sez. VI, 04 luglio 2014, n. 3409, in *Foro Amm.* 2014, 4, 1128, laddove si afferma che “L'estraneità del proprietario attuale dell'immobile agli abusi edilizi commessi sul bene da un soggetto terzo non implicando ex se l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, determina nondimeno l'inidoneità del provvedimento sanzionatorio non eseguito dal soggetto non responsabile dell'abuso a costituire titolo per l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste l'opera abusiva. E ciò in quanto l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area sulla quale sorge il fabbricato da demolire costituisce sanzione personale della mancata attuazione dell'ordine demolitorio, di tal che non può riguardare un soggetto estraneo all'abuso edilizio in confronto del quale non sia stata ritualmente compiuta la comunicazione d'avvio del procedimento di demolizione”.

due ipotesi, ma sono proprio vicende del tipo di quella esaminata nella sentenza in commento che testimoniano del carattere eminentemente deontologico di un tale sistema, ispirato al massimo rigore, e che tuttavia, stenta ad assumere il carattere di effettività, dando vita in questo modo, come si diceva, alla apertura di margini configurabili, sul piano effettivo, in termini di scelta<sup>21</sup>. Le conclusioni della sentenza in commento assumono come un dato irrilevante la farraginosità delle procedure e la generale lentezza amministrativa, considerati alla stregua di aspetti fisiologici del sistema sanzionatorio edilizio, laddove il comportamento amministrativo viene in rilievo quale elemento di alterazione del modello formale creato a suo tempo dal legislatore. Al punto da creare, nei fatti, cioè in termini direttamente apprezzabili sul piano economico, una diversità di trattamento tra il proprietario autore dell'abuso ed il proprietario estraneo allo stesso, al quale ultimo non è consentita la scelta tra adempimento ed inadempimento, dovendo egli subire la perdita, non solo del manufatto abusivo, ma anche dell'intera area sulla quale insiste il bene.

È forse il caso di interrogarsi sulla tenuta in termini di ragionevolezza del sistema, ispirato al massimo rigore, ma che non riesce a dare risposte efficaci ai comportamenti inerti che ne minano l'effettività, dando vita così a situazioni del tipo di quella in commento, che appaiono di difficile armonizzazione con i principi fondamentali in tema di garanzie a fronte dell'esercizio di poteri sanzionatori.

---

<sup>21</sup> M. D'ALBERTI, *l'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011, 6 e ss..



**Abstract**

The private property's acquisition by municipal power towards heirs unrelated to the infringement of local building regulations

by Antonio Liguori

The author investigates a ruling pertaining to the municipal acquisition of private property *in case of illegal buildings* when the owner, distinct from the builder, was ignorant of both the illegality of the structure and the existence of a demolition order. The seizure of the property was consequent to the unfulfillment of a demolition order of which the present owner was unaware, as he inherited the property on which the structure stands. This paper questions the coherence of the ruling, arguing that the nature of the sanction is not merely restorative but punitive, hence an investigation of the subjective element of the private party is needed, especially in borderline cases in which the incoherence of the legal framework is due to the inefficiency of the public administration.



# Le garanzie di pubblicità nella gestione telematica delle gare d'appalto<sup>1</sup>

di Marco Pedersoli

SOMMARIO: 1. Il fatto – 2. Evoluzione dei principi di pubblicità e trasparenza nell'*e-procurement* – 3. L'importanza della piattaforma informatica – 4. Conclusioni.

## 1. *Il fatto.*

A seguito della pubblicazione di un bando di gara da parte di una azienda ospedaliera, finalizzata all'affidamento del servizio di gestione e manutenzione di apparecchiature mediche, venivano presentate cinque domande di partecipazione. Esperita la gara, risultava vincitrice un'associazione temporanea di imprese, ma la società seconda classificata, ritenendo illegittimo il provvedimento di aggiudicazione, lo impugnava, articolando il ricorso in numerose doglianze.

Per quanto riguarda l'argomento trattato, in particolare, il ricorrente rilevava che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche avrebbe dovuto avvenire in seduta pubblica come previsto dalla legge e dal bando stesso<sup>2</sup>, invece che, senza pubblicità, come accaduto<sup>3</sup>. Si costituiva in giudizio la stazione appaltante

---

<sup>1</sup>Commento alla sentenza del CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 25 novembre 2016 n. 4990

*La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta. Inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte. Pertanto nella procedura telematica non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche.*

<sup>2</sup> Il disciplinare di gara prevedeva come la Commissione "si riunirà per l'esamina dei plichi pervenuti, a cui potranno assistere i Rappresentanti delle Ditte concorrenti.", precisando "Nella prima seduta pubblica: tramite piattaforma Sintel verrà aperta la sezione Documentazione amministrativa, procedendo all'esame della documentazione presentata". Si indicava poi "In una fase successiva, previa comunicazione a tutti i concorrenti, si procede all'apertura della offerta tecnica e a verificarne il contenuto rispetto alle prescrizioni del presente disciplinare. (...) Esperita questa prima fase, il Presidente disporrà affinché la Commissione inizi, in data da definirsi, le sessioni riservate (e quindi non pubbliche) di valutazione tecnica degli elaborati presentati dai concorrenti".

<sup>3</sup> Nello specifico la ricorrente deduceva "la violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 120 e 283 del D.P.R. n. 207 del 2010, nonché del disciplinare di gara: tali disposizioni imponevano l'apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica, mentre i verbali danno conto del fatto che in seduta pubblica sono avvenute la verifica della documentazione amministrativa, il sorteggio ex art. 48 per il controllo e l'apertura delle offerte economiche. Tenuto conto che la gara in questione non potrebbe essere qualificata come un'asta elettronica, richiedendosi la valutazione tecnica delle offerte tecniche e che non vi sarebbe stata alcuna esigenza di riservatezza, pur configurandosi come una procedura gestita in modalità telematica, le offerte tecniche avrebbero dovuto essere aperte in seduta pubblica".

oltre ovviamente l'aggiudicataria, la quale sul punto rilevava come, essendo la procedura gestita da un sistema informatico, veniva garantita l'immodificabilità delle offerte con la conseguenza che nessun pregiudizio sarebbe comunque stato arrecato alla regolarità della procedura e pertanto ai concorrenti<sup>4</sup>.

Sul contenzioso si pronunciava in prima istanza il T.A.R. Lombardia, Sezione di Brescia<sup>5</sup>, riconoscendo come esente da vizi il contegno tenuto dalla stazione appaltante, in considerazione delle garanzie comunque offerte dal sistema informatico<sup>6</sup>. In conseguenza, ritendo infondate anche le ulteriori censure proposte, il tribunale respingeva il ricorso. Parte soccombente in primo grado interponeva allora appello presso il Consiglio di Stato avverso il citato arresto dell'organo di *prime cure*, sostanzialmente reiterando le medesime doglianze proposte nel giudizio di primo grado. In particolare, per quanto di interesse, ribadendo come la regola che prevede l'apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica non subisca eccezioni nella procedura telematica, rendendosi pertanto necessario, in ogni caso, garantire ai partecipanti l'accessibilità alla fase<sup>7</sup>. Resistevano sia l'aggiudicante che l'aggiudicataria, di fatto riproponendo le medesime argomentazioni già offerte in primo grado. Si pronunciava allora il Consiglio di Stato<sup>8</sup> a conclusione definitiva della vicenda precisando che, da un lato, nella procedura telematica non è necessaria alcuna seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche e che, dall'altro, il disciplinare di gara non prevedeva affatto l'a-

<sup>4</sup> In particolare “La gara è stata condotta su piattaforma informatica SINTEL: questa consente automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse. Proprio in ragione di ciò, l'art. 295 del D.P.R. n. 207 del 2010 sancisce la piena applicabilità delle previsioni dell'art. 85 alle procedure di gara che, come quella in parola, siano interamente gestite con sistemi telematici. In ogni caso, la mancata dimostrazione di un qualsiasi pregiudizio consentirebbe di superare il fatto che l'apertura in seduta pubblica (non possibile nella procedura telematica) era prevista dal bando”.

<sup>5</sup> T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 marzo 2016, n. 413, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>6</sup> Per completezza, vedasi il punto 5) della citata sentenza nel quale il Collegio statuisce: “Peraltro, il fatto stesso che la procedura di aggiudicazione in questione fosse telematica esclude che, come invece lamentato da parte ricorrente, fosse necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche. La gestione di una gara sulla piattaforma SINTEL, infatti, consente automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta, con la conseguenza che, a prescindere dall'accertamento del momento in cui, nel caso di specie, è avvenuta l'apertura delle offerte tecniche, la ratio del principio affermato dalla giurisprudenza (e cioè la certezza e non conoscibilità delle offerte economiche prime della valutazione delle offerte tecniche) appare comunque rispettata. L'apertura delle offerte economiche, infatti, non avrebbe comunque potuto essere anteriore alla conclusione della fase di valutazione delle offerte tecniche, così come le caratteristiche stesse della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (in termini, TAR Brescia, sentenza 12 gennaio 2016, n. 38). Ciò in conformità anche al disciplinare di gara, che, diversamente da quanto dedotto ex adverso, pur descrivendo in modo minuzioso l'iter della procedura, non ha previsto alcuna seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche”.

<sup>7</sup> La parte ricorrente in appello sostiene nello specifico “L'inderogabilità della regola di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica non subisce eccezioni nella procedura telematica. Occorre garantire ai partecipanti l'accessibilità alla fase, mediante accesso da remoto secondo le “procedure smaterializzate””.

<sup>8</sup> Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

pertura pubblica delle offerte<sup>9</sup>, con la conseguenza che, ritenute infondate anche le ulteriori censure proposte alla sentenza di primo grado, respingeva anche il ricorso in appello.

## 2. *Evoluzione dei principi di pubblicità e trasparenza nell'e-procurement*

Fin dai primi anni novanta dell'ormai secolo scorso<sup>10</sup>, lo sviluppo delle allora "nuove tecnologie" rendeva sempre più impellente valutare l'opportunità di introdurre strumentazioni informatico-telematiche nel settore delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Appariva sin da subito evidente, infatti, come l'apertura alle tecnologie informatiche nella materia degli appalti avrebbe consentito, da un lato, di limitare l'utilizzo dell'attività umana e i connessi rischi corruttivi mentre, dall'altro, di estendere la possibile platea dei partecipanti con conseguente aumento dell'efficienza complessiva del sistema e riduzione dei costi finali.

I profondi mutamenti derivanti dalla rivoluzione tecnologica imponevano quindi un urgente adeguamento delle norme giuridiche regolanti la disciplina degli appalti. In risposta a queste spinte innovatrici, l'Unione Europea ha proceduto ad una regolamentazione della materia, principalmente traendo spunto dall'orientamento dominante negli Stati Uniti d'America<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Vedasi il punto n. 2 della Sentenza sopra indicata ed in particolare: "Infondato è anche il secondo motivo di appello. Nella procedura telematica non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche. La gara si è svolta attraverso la piattaforma telematica regionale Sintel e trattandosi di procedura telematica era rimesso alla scelta della stazione appaltante di effettuare in seduta riservata la valutazione delle offerte in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto, come consente l'art. 85, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006. Il disciplinare di gara (paragrafo "modalità di svolgimento della gara") a tal proposito disponeva due sedute pubbliche: una per l'apertura della documentazione amministrativa; la seconda per l'apertura dell'offerta economica e la proclamazione dell'aggiudicatario. In difetto di altra previsione, deve ritenersi che la stazione appaltante abbia scelto di aprire le offerte tecniche in seduta riservata, opzione che le era consentita. La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377; Id., Sez. III, 3 ottobre 2016, 4050)".

<sup>10</sup> Per quanto riguarda la necessità di aprire la materia degli appalti all'*Information Technology* si veda in particolare *Libro verde Gli appalti pubblici dell'Unione europea della Commissione Europea Spunti di riflessione per il futuro*, Bruxelles, 1996; *Commission of the european communities, Action plan for the implementation of the legal frameworks for electronic public procurement*, Bruxelles, 2004.

In dottrina, si confronti R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 69 ss.; A. MASSERA, *I contratti* in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 399 ss..

<sup>11</sup> Secondo il modello d'Oltreoceano nel ventunesimo secolo appare indispensabile il ricorso alle nuove tecnologie per l'attività di *procurement* delle PA. Sull'argomento si confronti *European Commission – Internal Market Directorate-General, Study on the evaluation of the Action plan for the imple-*

L'istituto dell'asta elettronica veniva pertanto introdotto nell'ordinamento europeo per il tramite delle direttive 2004/17/CE del 31 marzo 2004 e 2004/18/CE del 31 marzo 2004<sup>12</sup> con la dichiarata finalità di ottenere dall'uso delle nuove tecnologie un sensibile risparmio di tempo<sup>13</sup>, denaro<sup>14</sup>, nonché un importante aumento della trasparenza<sup>15</sup>. L'azzeramento dei vincoli di spazio e tempo garantiti dalle nuove procedure non poteva, infatti, che portare ad una diminuzione delle possibilità corruttive<sup>16</sup> e contemporaneamente ad un aumento della platea dei partecipanti con conseguente maggiore concorrenza. Entrambe gli aspetti in ultima analisi avrebbero portato a un minor costo finale delle commesse e dunque una migliore efficienza dell'attività amministrativa<sup>17</sup>.

---

*mentation of the legal frame work for electronic procurement (Phase II)*, Bruxelles, 2010, pag. 15 ss.; *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia degli appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 2011.

<sup>12</sup> Sulle direttive europee, si rinvia a *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, e dottrina e giurisprudenza *ivi* indicata., in corso di aggiornamento.

<sup>13</sup> Sul punto si veda il considerando 38 della Direttiva 2004/18/CE che precisa come “L'uso di mezzi elettronici determina economie di tempo. È pertanto opportuno prevedere una riduzione dei termini minimi in caso di ricorso a tali mezzi elettronici, a condizione tuttavia che essi siano compatibili con le modalità di trasmissione specifiche previste a livello comunitari”.

<sup>14</sup> In particolare quanto al considerando 12, lo stesso indica come “Tali tecniche consentono un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di danaro derivante dal loro utilizzo”. Mentre per quanto concerne il considerando 13 lo stesso precisa come “Tenuto conto della rapida espansione dei sistemi di acquisto elettronici, occorre prevedere fin d'ora norme adeguate per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di trarre pienamente profitto dalle possibilità offerte da detti sistemi. In questa prospettiva occorre definire un sistema dinamico di acquisizione interamente elettronico per acquisti di uso corrente”.

<sup>15</sup> Ancora, sul punto il considerando 35: “Tenuto conto delle nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e delle semplificazioni che esse possono comportare per quanto riguarda la pubblicità degli appalti nonché in termini di efficacia e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione, è opportuno porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli strumenti classici di comunicazione e di scambio di informazioni. In tutta la misura del possibile i mezzi e le tecnologie prescelti dovrebbero essere compatibili con le tecnologie utilizzate negli altri Stati membri”.

<sup>16</sup> In merito non si può che concordare con A. MASUCCI, *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, in *Giornale dir. amm.*, 3/2013, 317 ss. il quale afferma come “La possibilità di un'informazione più ampia e tempestiva andava ricollegata soprattutto al fatto che le tecnologie informatico-telematiche avrebbero permesso in tempo reale da qualsiasi luogo e in qualsiasi momento un accesso al sito dell'amministrazione appaltante. La riduzione delle opportunità di corruzione andava ricollegata, invece, al fatto che una gara on line avrebbe rappresentato un freno ad ipotesi di “corruzione” (e, quindi, di maggiori costi) tra amministrazione appaltante e concorrenti. Non solo perché la corruzione è più facile quando il numero dei concorrenti è ristretto e di estrazione locale, ma anche perché la gestione della gara mediante la strumentazione informatico-telematica riduce fortemente le occasioni di rapporti diretti e personali fra amministrazioni appaltanti e concorrenti, evitando così le possibilità di “corruzioni” durante il procedimento di gara. Con la telematizzazione e l'automatizzazione delle procedure i funzionari addetti alle procedure di aggiudicazione perdono il “governo diretto della procedura”.

<sup>17</sup> In Dottrina ancora si veda S. SIMONE, L. ZANATTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L.

Si giungeva così ad una prima definizione Europea di asta elettronica come “processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte, permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico. Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche”<sup>18</sup>.

Per quanto concerne l'ordinamento nazionale, le disposizioni contenute nelle direttive citate non potevano che trovare recepimento con il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nonché con il relativo regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.<sup>19</sup>

In particolare il Legislatore italiano disciplinava negli art. 3 e 60 del codice il cd. “sistema dinamico di acquisizione”<sup>20</sup> mentre all'art. 85 del medesimo Codice la disciplina della “gara telematica”<sup>21</sup>.

A seguito dell'abrogazione della predetta normativa europea ad opera delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, si rendeva necessaria una nuova attività di recepimento del nostro Paese al fine di conformarsi alla nor-

FIorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, 133 ss. Gli autori sottolineano come un ostacolo alla concorrenza sia rappresentato non solo dalla inclinazione degli Stati membri a discriminare a favore degli operatori nazionali, ma anche dalle imprese private propense a colludere per innalzare i profitti. Si confronti altresì nel panorama internazionale S. ARROWSMITH, *Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects in Public Procurement Law Review*, Londra, 2002, 302 ss.; e ancora S. ARROWSMITH, *The Law of public and utilities procurement*, Londra, 2009/2010.

<sup>18</sup> Sul punto si confronti art. 1, par. 6, Dir. 2004/17/CE e art. 1, par. 7, Dir. 2004/18/CE del 31 marzo 2004.

<sup>19</sup> Sugli effetti delle direttive europee nell'ordinamento nazionale, si veda R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 72. ss. Per una visione d'insieme della normativa relativa all'*electronic public procurement* nell'ordinamento italiano, si confronti invece F. MANGIARACINA, *Gli appalti telematici, profili teorici ed operativi dell'e-procurement*, Roma 2008; nonché A. MASSERA, *I contratti*, cit., 455, ss.

<sup>20</sup> In particolare si veda l'art. 3, comma 14, del codice dei contratti pubblici che definisce il Sistema dinamico di acquisizione come “un processo di acquisizione interamente elettronico per acquisti di uso corrente le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo e aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onere”. Il primo comma dell'art. 60 puntualizza poi che “le stazioni appaltanti possono ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione. Tali sistemi sono utilizzati esclusivamente nel caso di forniture di beni e servizi tipizzati standardizzati, di uso corrente”. In dottrina vedasi M. BERSI e R. DAMONTE, *Art. 60. Sistemi dinamici di acquisizione*, in R. GAROFOLI e G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Molfetta, 2012, I, 748 ss.

<sup>21</sup> L'art. 85, c. 13, del Codice riconosce alle stazioni appaltanti, alle condizioni di cui al c. 3, la possibilità di ricorrere a procedure interamente gestite con sistemi telematici, disciplinate con regolamento. Per riferimenti, vedasi A. MASSERA, *I contratti*, cit., 456 ss.; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità (art. 81-89)* in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 524 ss..

mativa *in* prevista. Veniva in conseguenza adottato il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 recante il nuovo codice degli appalti<sup>22</sup>. Per quanto riguarda la materia in argomento vengono ad interesse l'art. 55 per quanto concerne i sistemi dinamici di acquisizione e l'art. 56 per quanto riguarda la disciplina delle aste elettroniche<sup>23</sup>. Entrambe gli articoli, in particolare, si limitano a trasporre nell'ordinamento le disposizioni contenute nelle Direttive<sup>24</sup> senza per altro apportare sostanziali differenze con le disposizioni previgenti<sup>25</sup>.

Appare evidente come, sia la normativa dell'Unione Europea sia la corrispondente attività legislativa di recepimento posta in essere dalle autorità italiane, sia indirizzata da un lato ad ottenere un aumento della trasparenza e dall'altro a prevenire fenomeni di natura corruttiva con il dichiarato intento finale di garantire un aumento della concorrenzialità, ampliando la platea dei partecipanti. Troverebbe così realizzazione il generale principio di buon andamento dell'azione amministrativa, di cui l'incremento di efficienza ed una maggiore efficacia rappresentano, come noto, elementi sintomatici.

Sia la trasparenza che la prevenzione di fenomeni corruttivi, non sono però certo elementi nuovi nel panorama italiano, rappresentando invero temi di particolare attualità giuridica. Basti ricordare come la l. 6 novembre 2012, n.

---

<sup>22</sup> Sul nuovo Codice dei contratti pubblici si rinvia a F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016; P. COSMAI, R. IOVINO, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Padova, 2016; AA.VV., *L'amministrativista*, Milano, 2016.

<sup>23</sup> Per un commento degli articoli citati si rimanda a F. CARINGELLA, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici: commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., 181 ss.; A. MASSARI, *Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici: le novità del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per i settori ordinari*, Rimini, 2016; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016.

<sup>24</sup> In particolare l'art. 55 del Codice Appalti recepisce l'art. 34 della direttiva 2014/24/UE e l'art. 52 della direttiva 2014/25/UE, prevedendo, in analogia a quanto disciplinato in passato dall'articolo 60 del d.lgs. 163 del 2006, che per gli acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche soddisfano le esigenze delle stazioni appaltanti, è possibile avvalersi di un sistema dinamico di acquisizione. Tale sistema è un processo interamente elettronico ed è aperto per tutto il periodo di validità a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione. L'art. 56 del Codice Appalti recepisce invece l'art. 35 della direttiva 2014/24/UE e l'art. 53 della direttiva 2014/25/UE, disciplinando l'utilizzo dell'asta elettronica e individuando in quali specifici casi sia ammesso. Il ricorso all'asta elettronica è espressamente escluso infatti, come noto, per gli appalti di servizi e di lavori aventi ad oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, che non possono essere classificati in base ad un trattamento automatico.

<sup>25</sup> Da segnalare come rispetto all'articolo 85 del decreto legislativo 163 del 2006, secondo il quale l'asta elettronica si doveva svolgere in un'unica seduta, la novella prevede più modalità secondo le quali le stazioni appaltanti possono dichiarare conclusa l'asta elettronica, anche in combinazione fra loro. In particolare l'asta è dichiarata conclusa alla data e all'ora preventivamente indicate ovvero quando non si ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono alle esigenze degli scarti minimi, a condizione che sia stato preventivamente indicato il termine da rispettare a partire dalla ricezione dell'ultima presentazione prima di dichiarare conclusa l'asta elettronica ovvero ancora quando il numero di fasi dell'asta preventivamente indicato è stato raggiunto.



190 recante appunto “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*” abbia delegato il Governo all’adozione di atti aventi forza di Legge sia in materia di trasparenza che in tema di prevenzione della corruzione, deleghe poi concretizzatesi nell’adozione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 finalizzato al “*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*” e del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 recante “*Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell’articolo 1, commi 49 e 50, della l. 6 novembre 2012, n. 190*”<sup>26</sup>.

Posto un simile quadro normativo non stupisce come il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria<sup>27</sup> abbia avuto modo di chiarire l’obbligatorietà dell’apertura delle buste in seduta pubblica ed in particolare come “*costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all’apertura della busta dell’offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l’offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell’esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento*”. Viene statuito, pertanto, un obbligo di pubblicità che gli stessi giudici di palazzo spada, con arresto successivo, riconoscono esistente anche nei così detti settori speciali<sup>28</sup>. Di fronte a tanta chiarezza, anche la dottrina ha avuto modo di dilun-

<sup>26</sup> Nello specifico, l’art. 1, comma 35, l. n. 190/2012 contiene la delega al Governo in materia di trasparenza, mentre l’art. 1 co. 49 della medesima legge prevede la delega finalizzata ad una nuova regolamentazione delle attribuzioni di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni. Per un approfondimento dottrinale sulla riforma si confronti F. FERRARO, S. GAMBACURTA, *Anticorruzione: commento alla riforma: la legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi: D.Lgs. 235/2012 (Incandidabilità), D.Lgs. 33/2013 (Trasparenza), D.Lgs. 39/2013 (Incompatibilità), D.P.R. 62/2013 (Codice comportamento), D.P.C.M. 18 aprile 2013 (White List)*, Rimini, 2013, ancora D. PULTANÒ, *Legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)*, Milano, 2012, mentre per una analisi della normativa italiana nel contesto europeo vedasi D. U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un’analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo* in *Riv. It. di Dir. Pubblico Comunitario*, 5/2016, 1019 ss.

<sup>27</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011 n. 13, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Vedasi per commenti alla sentenza N. PAOLANTONIO, *La pubblicità di (alcune) sedute di gara, tra imparzialità e buon andamento*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, 3 ss.; A. VALLETTI, *La pubblicità delle sedute di gara si estende all’offerta tecnica*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2011, 1314 ss.; L. CARBONE e M. D’ADAMO, *Gara d’appalto e principio di pubblicità*, in *Corriere Giuridico*, 11/2011, 1515 ss.

<sup>28</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2012 n. 31 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per note all’arresto giurisprudenziale si confronti P. CERBO, *Fasi d’aggiudicazione e pubblicità delle sedute: le precisazioni dell’adunanza plenaria* in *Urbanistica e appalti*, 2/2013, 191 ss.; L. CARBONE, R. VICARIO, *Decorrenza del termine di impugnazione dell’aggiudicazione definitiva e generalità della regola della seduta pubblica per l’apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche*, in *Giornale dir. amm.*, 11/2012, 1107 ss..

garsi sulla necessità dell'apertura in seduta pubblica sia della offerte tecniche sia di quelle economiche<sup>29</sup>.

Le innovazioni tecnologiche offerte dall'applicazione dell'*information technology* alle gare d'appalto hanno però modificato sensibilmente il quadro e la sentenza in commento, proprio basandosi sulle novità apportate dalla tecnologia, ha apprezzabilmente ritenuto di poter superare quello che poteva apparire, a primo acchito, come un insuperabile e granitico orientamento giurisprudenziale. Infatti, al fine di raggiungere una ancora maggiore efficienza del sistema (anche e soprattutto in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione), viene proposto il superamento di uno dei capisaldi posti a garanzia della trasparenza e della prevenzione della corruzione, ossia proprio la pubblicità delle sedute. In forza dell'uso di applicativi informatici che, oltre a garantire un ampliamento della platea dei partecipanti, assiomaticamente esonerano dai rischi derivanti dalla gestione e conservazione delle offerte, viene consentito di prescindere da strumenti che fino ad ora erano stati posti proprio a tutela dei medesimi principi. Non si può negare, sul punto, come la pubblicità sia da sempre stata posta a garanzia, prima di tutto della trasparenza, ma in ultima analisi ovviamente della partecipazione; quanto più trasparente appare una gara, quanti più partecipanti attirerà, quanto più la stazione appaltante potrà in astratto strappare offerte economicamente più vantaggiose. Viene quindi effettuato un bilanciamento tra la pubblicità delle sedute, quale baluardo della trasparenza e una "*procedimentalizzazione telematica*" che, oltre a garantire i medesimi livelli di trasparenza e prevenzione della corruzione, consente un ampliamento della platea dei possibili partecipanti in ragione della maggior facilità di accesso alla gara. Appare pertanto condivisibile la scelta effettuata, valutato che, sui piatti della bilancia vengono posti da un lato la trasparenza garantita dalla pubblicità della seduta, mentre dall'altra la medesima trasparenza, egualmente garantita dall'applicativo informatico, con in più la possibilità di estendere la platea dei partecipanti.

### 3. *L'importanza della piattaforma informatica.*

Affinché il sopra descritto giudizio di ponderazione possa propendere per l'utilizzo dello strumento elettronico occorre però che lo stesso garantisca un livello trasparenza identico o superiore a quanto offerto dall'apertura delle buste in seduta pubblica. Appare di tutta evidenza quindi come il ruolo fondamentale per l'esecuzione di un'asta elettronica che possa risultare esente da censure sia da attribuirsi alla piattaforma informatica deputata a supportare l'attività. Di fatto si tratta di un applicativo *software* attraverso il quale si svolgono tutte le operazioni

---

<sup>29</sup> Si veda sul punto F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 1612 ss.

concernenti la gara. I requisiti di questa piattaforma erano chiaramente delineati già dall'art. 289 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207<sup>30</sup>, nel quale si specificava come la stessa dovesse essere costituita da soluzioni e strumenti informatici e telematici che consentissero la presentazione di offerte da remoto e la loro classificazione secondo metodologie e criteri predefiniti. Nonostante le evoluzioni normative che hanno coinvolto la materia degli appalti da allora, i requisiti della piattaforma sono rimasti invariati. In particolare l'applicativo deve assicurare prima di tutto l'identificazione dei soggetti partecipanti, per poi registrare ogni attività da chiunque svolta, con l'indicazione della data e dell'ora di esecuzione, nonché infine redigere autonomamente la verbalizzazione dell'andamento della gara e garantire la conseguente archiviazione. Da un lato, quindi, deve consentire la tracciabilità, assicurando l'immodificabilità delle registrazioni effettuate e dei documenti depositati, ma dall'altro, contemporaneamente, anche la riservatezza delle informazioni detenute, con particolare riguardo sia ai dati sensibili, sia soprattutto al contenuto delle offerte, che dovranno essere disvelate solo alla data prevista per l'apertura<sup>31</sup>.

La gara oggetto delle sentenze in commento si è svolta in Lombardia. Questa Regione, ritenendo che l'adozione di una piattaforma informatica comune a tutte le pubbliche amministrazioni del territorio garantisse un miglior raggiungimento dei già citati obiettivi posti dalle norme Europee e nazionali<sup>32</sup>, si è dotata di una piattaforma denominata "SINTEL". La stessa rappresenta uno strumento di *e-procurement* introdotto dalla Regione, con lo scopo di realizzare un sistema di intermediazione telematica che supporti la Regione e tutte le pubbliche amministrazioni della Lombardia nella realizzazione delle proprie gare. SINTEL consente infatti agli enti, in forma gratuita e in completa autonomia, di realizzare gare sopra e sotto soglia, interamente *online*<sup>33</sup>. Per comprendere a fondo lo

---

<sup>30</sup> Vedasi il comma primo del citato articolo e in particolare "L'asta elettronica è svolta attraverso un sistema informatico di negoziazione costituito da soluzioni e strumenti elettronici e telematici che consentono la presentazione delle offerte e la classificazione delle stesse secondo metodologie e criteri predefiniti, realizzato in conformità dell'articolo 77 del codice e con modalità e soluzioni che impediscono di operare variazioni sui documenti, sulle registrazioni di sistema e sulle altre rappresentazioni informatiche e telematiche degli atti e delle operazioni compiute nell'ambito delle procedure." In dottrina si veda R. DE NICCOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici in Urbanistica e appalti*, 5/2016, 503 ss.; C. LACAVA, G. PASQUINI, *Il regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 7/2011, 718 ss..

<sup>31</sup> Per un approfondimento in dottrina si confronti E. CARLONI, *Articoli 1-3* in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005, 39 ss.; F. MANGIARACINA, *Gli appalti telematici*, cit., 175 ss.; V. D. SCIANCALEPORE, *Art. 77. Regole applicabili alle comunicazioni*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, cit., I, 886 ss..

<sup>32</sup> In particolare gli obiettivi prefissi erano: riduzione della spesa, procedure più rapide, trasparenza e sicurezza, maggiore competitività del mercato e conseguente riduzione della spesa per le forniture di beni e servizi nella pubblica amministrazione

<sup>33</sup> Per maggiori informazioni, anche sull'utilizzabilità dello strumento per PA non presenti sul territorio Lombardo si visiti il sito web <http://www.arca.regione.lombardia.it>

strumento occorre però fare un passo indietro e descrivere genesi e funzioni dell'ente che dell'applicativo è il creatore, ovvero la società ARCA – Azienda Regionale Acquisti S.p.a..

La facoltà di creare una centrale di acquisto per il territorio di competenza viene concessa alle Regioni con una disposizione contenuta nella l. 27 dicembre 2006, n. 296 recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, la Legge finanziaria 2007<sup>34</sup>, ed in base alla quale nel 2008 viene creata la “Centrale acquisti della Regione Lombardia” all'interno di Lombardia Informatica S.p.a., poi successivamente trasformata in soggetto autonomo e rinominata ARCA. In particolare, questa, così come già Consip S.p.a. a livello statale<sup>35</sup>, è in grado di fornire sia piattaforme di *e-procurement*, quali appunto SINTEL, finalizzate a migliorare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità degli appalti pubblici, sia operando quale vera e propria centrale di committenza al fine di effettuare acquisti accentrati.

Appare evidente come le ragioni di un accentramento delle procedure di acquisto siano da ritrovare principalmente nella possibilità di garantire una maggiore uniformità di prezzo, una trasparenza superiore nella gestione di una unica gara e, più importante, un risparmio derivante da un incremento dei volumi.

Proprio al fine di ottenere i sopra descritti risparmi ed in virtù della già citata “Finanziaria 2007” anche tutte le altre Regioni<sup>36</sup>, come la Lombardia, hanno provveduto a dotarsi di una propria centrale acquisti con il compito di accentrare le gare d'appalto e contemporaneamente fornire anche applicativi idonei a garantire un corretto svolgimento delle procedure telematiche. Come troppo spesso accade, però, il proliferare di queste centrali ha portato a risultati alterni e come rilevato fin da subito anche dall'allora autorità per la vigilanza dei suoi contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, già nell'ormai lontano 2010, a fianco di realtà efficienti, che hanno garantito effettivi risparmi di spesa, non sono mancate importanti criticità<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Vedasi in particolare l'art. 1, c. 455 della L. 296/2006 che prevede come “*Ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza (...), in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio.*”

<sup>35</sup> Sulla questione CONSIP S.p.a. vedasi, *ex multis*, L. PICCI, *Dal «Modello Consip» ad un «Sistema di procurement nazionale»*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2006; D. IACOVONE, *Problematiche e prospettive nel percorso di riduzione della spesa pubblica in Italia*, Bologna, 2014; G. PIGA, *E pluribus unum? Una valutazione dell'esperienza Consip S.p.a.*, in *L'industria*, 2/2009, 225 ss..

<sup>36</sup> Tutte le regioni si sono dotate di una propria centrale acquisti ma le realtà più attive, oltre alla già citata ARCA per la Lombardia, sono: Società di Committenza Regione Piemonte, Friuli Venezia Giulia Centro Servizi Condivisi, Informatica Trentina, Intercent Emilia Romagna, ESTAV per la Toscana, LA.i.t. per il Lazio, ASREM per il Molise, SO.RE.SA. per la Campania, EMPULIA, C.A.T. per la regione Sardegna. Si rinvia ai rispettivi siti internet per ulteriori dettagli.

<sup>37</sup> Si confronti la relazione dell'AVCP dal titolo: *Censimento ed analisi dell'attività contrattuale svolta*

#### 4. Conclusioni.

Come emerso da quanto sopra esposto, il rispetto degli obblighi di trasparenza rappresenta un nodo fondamentale per il corretto svolgimento delle attività di gara. Le sedute, sul punto, rappresentano il principale momento di contatto tra la commissione di gara e i partecipanti e si rende pertanto necessario garantire, innanzi tutto, il corretto svolgimento delle operazioni, evitando manomissioni delle offerte presentate, ma, forse in maniera ancora più decisiva, evitare che si radichi anche solo il sospetto che sia venuta meno la trasparenza necessaria al corretto svolgimento dell'operazione. A ben vedere, ancor prima che momento di controllo attribuito ai partecipanti, le sedute pubbliche sono, in quanto aperte ad un pubblico indistinto e non limitato agli offerenti, una prima forma di controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione. La trasparenza, infatti, come ribadito anche dal già citato d.lgs. 33/2013, è strumento atto a consentire un controllo diffuso dell'operato della pubblica amministrazione<sup>38</sup>.

Sul punto la già affrontata giurisprudenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria e la citata dottrina<sup>39</sup> hanno avuto modo di chiarire l'obbligatorietà dell'apertura delle buste in seduta pubblica, statuendo un obbligo di pubblicità. Se la pubblicità rappresenta quindi indiscutibilmente la regola, non si può non apprezzare ancora di più gli arresti in commento, i quali, innanzi al sopraesposto quadro normativo-giurisprudenziale-dottrinale hanno ritenuto comunque di consentire un'eccezione, attraverso un'apprezzabile ponderazione tra i principi di pubblicità ed economicità<sup>40</sup>, garantendo così una concreta attuazione dei principi

---

*nel biennio 2007-2008 dalle Centrali di Committenza Regionali e verifica dello stato di attuazione del sistema a rete*, Roma, 2010, mentre in dottrina si confronti G. FIDONE, F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa* in *Foro amm.*, 11/2014, 2995 ss.

<sup>38</sup> Proprio per la sua importanza programmatica il principio è stato posto all'art. 1, c.1, del predetto Decreto nel quale si indica come *“La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.”*

<sup>39</sup> Sul punto si confronti il paragrafo 2del presente elaborato con particolare riferimento alle note da 26 a 28.

<sup>40</sup> Ci si riferisce in particolare all'art. 1, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui indica *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”* nonché del c. 2 della medesima disposizione nella quale si indica come *“La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria”*. Sul punto basti ricordare come detti principi rappresentino diretta esplicazione del buon andamento e dell'imparzialità di cui all'art. 97, c. 2, Cost., *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*. Per un autorevole commento si veda V. CRISAFULLI, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008 e P. CARETTI, C.

Europei ispiratori dell'introduzione degli strumenti elettronici (in particolare garantendo risparmio di tempo e denaro e allargamento della platea dei partecipanti). Appare, infatti, condivisibile come, ogniqualvolta pubblicità e trasparenza vengano garantiti da un applicativo *software* non appaia rispondente a economicità aggravare il procedimento di gara con sedute pubbliche<sup>41</sup>, di fatto rese superflue dalle garanzie offerte dalla tecnologia. A contrario, peraltro, obbligare la stazioni appaltante all'apertura pubblica delle offerte, muoverebbe gli operatori a parteciparvi al fine di verificare la regolarità delle operazioni, costringendo gli stessi a recarsi fisicamente presso la sede di gara, di fatto scoraggiando i soggetti più lontani e, in ultima analisi, riducendo la platea dei partecipanti con conseguente, probabile, aumento dei prezzi finali di aggiudicazione.

### Abstract

The openness guarantees in electronic tendering procedures.

by Marco Pedersoli

The paper concerns the relationship between openness and new technologies in the tendering procedures. In particular it deepens the Italian Council of State decision number 4990 dated 2016, in which the Supreme Administrative Court rules that is not necessary to disclosure the offers in an open public session every time the procedure is managed by an electronic system. Indeed, according to the Court, the software assures the same transparency and openness as the public opening of the sealed envelopes, in addition to an easier participation to the procedure for tenderers far from the contracting authority.

---

PINELLI, U. POTOTSCHNIG, G. LONG, G. BORRÈ, *Art. 97-98. La Pubblica Amministrazione* in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1994.

<sup>41</sup> In merito al generale divieto di aggravamento del procedimento amministrativo se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria di cui al c. 3, dell'art. 1, l. n. 241/1990 si rimanda per un commento ad A. BOTTIGLIERI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo: l. n. 241 del 1990 e successive modificazioni*, Padova, 2007; F. MANGANARO, *Il principio di non aggravamento del procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 267 ss.

*Hanno collaborato a questo numero:*

Gaetano Armao

*Docente di Diritto Amministrativo Europeo e Contabilità Pubblica presso l'Università degli Studi di Palermo*

Alessandro Berrettini

*Collaboratore alla cattedra di Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Macerata*

Flavio Guella

*Dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei presso l'Università degli Studi di Trento*

Tomás Hutchison

*Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università Nazionale di La Plata (Argentina)*

Antonio Liguori

*Dottorando in Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Marco Mazzamuto

*Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo*

Natalia Mortier

*Avvocata, Vicesegretaria del Tribunale della Città Autonoma di Buenos Aires*

Marco Pedersoli

*Avvocato presso il Foro di Brescia*

Hadrian Simonetti

*Consigliere di Stato*

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE 2017  
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI